

ЧАСОПИС КИЇВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ ПРАВА

Український науково-теоретичний часопис

Заснований
у жовтні 2001 року

2014/1

Виходить
4 рази на рік

Київський університет права НАН України
Інститут держави і права ім. В.М.Корецького НАН України

Головний редактор

Шемшученко Ю.С.

Заступник

головного редактора

Бошицький Ю.Л.

Редакційна колегія

Андрійко О.Ф.,
Батанов О.В.,
Вашук О.М.,
Горбатенко В.П.,
Костенко О.М.,
Савчук К.О.,
Семчик В.І.,
Усенко І.Б.,
Ходаківська Т.В. (редактор),
Чернецька О.В.,
Шевченко Я.М.

Іноземні члени редакційної колегії

Райнер Арнольд (Німеччина),
Богуслав Банашек (Польща),
Уільям Батлер (США),
Арнольд Варенвальд (Німеччина),
Ванда Ламм (Угорщина),
Адам Махарадзе (Грузія),
Герберт Шамбек (Австрія)

Рекомендовано до друку
Вченою радою
Київського університету права
НАН України
(протокол № 6 від 18.04.2014)
Вченою радою
Інституту держави і права
ім. В.М.Корецького
НАН України
(протокол № 4 від 17.04.2014)

Передплатний індекс
23994

ISSN 2219-5521

ЗМІСТ

<i>Шемшученко Ю.С.</i> В авангарді української юридичної науки	4
<i>Нагребельний В.П.</i> Видатний вчений-правознавець, академік, організатор вітчизняної академічної юридичної науки (до 100-річчя від дня народження академіка НАН України Б.М. Бабія)	8

Теорія та історія держави і права. Філософія права

<i>Гладкий С.О.</i> Склад правосвідомості у контексті правового самопізнання	12
<i>Берніков А.М.</i> Онтологія правової реальності	16
<i>Волощенко-Віслобокова О.М.</i> Особливості правового статусу ченців за нормами канонічного права	21
<i>Десятник В.О.</i> Методологічний есенціалізм та юридичне мислення	24
<i>Зінченко О.В.</i> Теоретико-правова природа декотрих видів юридичних конструкцій	28
<i>Кравченко М.Г., Авраменко А.В.</i> Загальні закономірності реалізації закону – новий погляд на давно відомі речі	32
<i>Проць О.С.</i> До питання про функції правосвідомості	36
<i>Ситар І. М.</i> Ціннісне обґрунтування західної традиції права в контексті динамічного підходу	41
<i>Атрашкевич С.В.</i> Взаємозв'язок філософсько-правового прагматизму і постмодернізму в поглядах Сьюзан Хаак	45
<i>Гончар Д.В.</i> Концептуальні засади дослідження механізму реалізації міжнародного договору в національному правопорядку	49
<i>Губар К.А.</i> Викладання церковного права у Київській духовній академії (1837–1920 рр.) ...	53
<i>Мельник А.І.</i> Статут «Західноукраїнського товариства Ліги Націй» Ю. Романчука, Р. Перфецького як відображення дипломатичної активності емігрантського уряду ЗУНР щодо захисту права українців Галичини на вільне національно-державне самовизначення	57
<i>Мельничук О.П.</i> Теоретико-правовий аналіз конституційних принципів відносин церкви та держави в Україні: пропозиції	62
<i>Русенко І.Я.</i> Реформування національної правової системи України: філософсько-правовий підхід	67
<i>Толкачова Г.В.</i> Еволюція правового забезпечення гарантій захисту прав і свобод дитини ...	72

Конституційне право та конституційний процес в Україні

<i>Батанов О.В.</i> Проблеми становлення і розвитку муніципального права: основні чинники та суспільно-політичні умови	77
<i>Рудик П.А.</i> Превентивний контроль Конституційного Суду України щодо внесення змін до Основного Закону держави	82
<i>Чернецька О.В.</i> Права та свободи людини і громадянина як основа функціонування органів публічної влади	87
<i>Кравчук В.М.</i> Нормативно-правові гарантії діяльності суддів в Україні: загальна характеристика	91
<i>Софінська І.Д.</i> Право на ім'я в Україні: конституційно-правове регулювання	95
<i>Безносик А.О.</i> Недосконале законодавство – основна причина соціально-економічної кризи територіальних громад України	99

<i>Бовсуновська І.Г.</i> Конституційний Суд України як суб'єкт правотворчості	104
<i>Гецько В.В.</i> Конституційно-правова відповідальність депутатів за законодавством України та зарубіжних країн	109
<i>Коваль Н.В.</i> Порівняльно-правова характеристика координаційних, консультативних, дорадчих та інших допоміжних органів і служб при главі держави в зарубіжних країнах	112

Адміністративне право і процес. Фінансове право. Інформаційне право

<i>Войтенко І.С.</i> Поняття, сутність та ознаки адміністративно-господарських санкцій за адміністративним законодавством України	117
<i>Гелич А.О., Гелич Ю.О.</i> Захист інтересів суб'єкта господарювання при поширенні в Інтернет недостовірної інформації про його діяльність	121
<i>Трофімова Л.В.</i> Удосконалення правового регулювання податкових відносин: питання теорії і практики фінансової політики	126
<i>Зубачова І.С.</i> До питання щодо концептуальних засад реалізації судово-правової реформи в Україні	134
<i>Капінус Р.Ю.</i> Акти глав держав як джерела адміністративного права країн англо-американської правової системи: Сполучені Штати Америки, Сполучене Королівство Великої Британії та Північної Ірландії	138
<i>Козачук О.А.</i> Інституційний розвиток та формування державних органів влади в сфері лісової охорони: історико-правовий аспект	142
<i>Комарницька І.І.</i> Поняття та особливості профілактики адміністративних правопорушень у сфері власності	145
<i>Леценко Р.М.</i> Офшорні юрисдикції: історія виникнення, поняття та класифікація	148
<i>Лобанова С.А.</i> Еволюція адміністративно-правових засад регулювання нафтогазового комплексу України	155

Проблеми цивільного та підприємницького права в Україні

<i>Головкін О.В.</i> Звичай як джерело сімейного права України: історія та сучасність	159
<i>Гостюк В.І.</i> Договірне регулювання відносин у сфері надання туристичних послуг	163
<i>Лаврінченко І.А.</i> Спадкування частки у статутному капіталі ТОВ	168
<i>Петрина В.Н.</i> Зовнішньоекономічна діяльність як предмет правового регулювання	174
<i>Стадник М.П.</i> Міжнародно-правові засади соціального партнерства в Україні	180
<i>Федорченко Н.В.</i> Договірне регулювання відносин із надання послуг	183
<i>Щербак С.В.</i> Судові та виконавчі процедури в цивільному процесі	187
<i>Бадила О.О.</i> Теоретичні основи забезпечення доказів у цивільному та нотаріальному процесі: порівняльний аспект	191
<i>Дзюба С.О.</i> Проблеми правового регулювання відносин Інтернет-трейдингу на ринку Форекс в Україні	196
<i>Журба І.О.</i> Сторони як суб'єкти цивільних процесуальних відносин: проблемні питання їх належності та заміни	199
<i>Соболюк Р.В.</i> Правовий статус вигодонабувача за договором страхування відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки	203
<i>Усуб Е.</i> Отдельные аспекты залога денег по законодательству Украины, Азербайджана и Казахстана	208
<i>Фурса Є.Є.</i> Відмова від спадщини: нотаріальне посвідчення правочину чи засвідчення підпису (на прикладі консульської практики)	212
<i>Чабан О.А.</i> Лікарська таємниця у приватному та публічному праві	215
<i>Шевченко Д.В.</i> Реформа трудового законодавства: правова модель вирішення колективних трудових спорів, конфліктів в Україні	219
<i>Яремova І.В.</i> Момент виникнення права власності на цінні папери	223

Проблеми права інтелектуальної власності

<i>Гордієнко С.Г.</i> Інформаційне право і право інтелектуальної власності: проблеми співвідношення	228
<i>Андрусів У.Б.</i> Легалізація діяльності суб'єктів інформаційної діяльності: питання теорії і практики	230
<i>Ковальова М.В.</i> Деякі особливості прав та обов'язків винахідників в Україні	235
<i>Яшарова М.М.</i> Визначення поняття промислової власності в історії законодавства України та закордонних країн	238
<i>Мороз В.П.</i> Право на ім'я фізичної особи (псевдонім) як об'єкт права інтелектуальної власності	243

Аграрне, земельне та екологічне право

<i>Кулинич П.Ф.</i> Земельно-правові аспекти розвитку сільськогосподарської кооперації в Україні на засадах публічно-приватного партнерства: шляхи вдосконалення	247
<i>Бондар О.Г.</i> Поняття контрольно-наглядової діяльності як основа дослідження контрольно-наглядової діяльності у сільському господарстві	251
<i>Бусуйок Д.В.</i> Види стандартів та нормативів у галузі охорони земель	256
<i>Євтієнєв А.С.</i> Правові проблеми реалізації принципу ВАТ при видачі дозвільних документів на право спеціального природокористування в Україні	260
<i>Щерцун С.М.</i> Категорія «оцінка» та її застосування у контексті з іншими еколого-правовими категоріями	263
<i>Нагребельний А.В.</i> Організаційно-правові засади контролю у сфері охорони та раціонального використання земель прибережних захисних смуг в Україні	266

Кримінальне право та кримінологія

<i>Кваша О.О.</i> Поняття колективного злочину, колективної злочинної діяльності, колективного суб'єкта в юридичній науці	270
<i>Скулиш Є.Д., Нежурбіда С.І.</i> Теорії контролю як «соціально процесні» теорії причин злочинності: аналіз вихідних положень	274
<i>Жук О.М.</i> Режим в установах виконання покарань як основний засіб виправлення та ресоціалізації жінок, засуджених до позбавлення волі	279
<i>Загінєй З.А.</i> Види кримінально-правових конструкцій: до постановки проблеми	283
<i>Назимко Є.С.</i> Кримінально-правові та кримінальні процесуальні особливості регламентації інституту покарання	287
<i>Рогатюк І.В.</i> Напрями удосконалення використання дактилоскопічної інформації в діяльності органів досудового розслідування та прокуратури	292
<i>Бондарчук В.В.</i> Наукові підходи до з'ясування сутності медичного ризику як різновиду виправданого професійного ризику	296
<i>Мельніченко М.І.</i> Свідок, потерпілий, експерт, перекладач у злочинах проти порядку одержання доказів у кримінальному провадженні (статті 384–386 Кримінального кодексу України)	300
<i>Рубежанська О.В.</i> Правові підстави проведення обшуку при розслідуванні кримінальних правопорушень, пов'язаних з незаконним використанням обладнання для виготовлення наркотичних засобів	304
<i>Рябенко М.В.</i> Зловживання повноваженнями аудитора у складі злочину, передбаченому статтею 365-2 кримінального кодексу України	307
<i>Теліус Є.І.</i> Інститут затримання в кримінальному провадженні Англії	310

Правова система України й міжнародне право, порівняльне правознавство

<i>Polivanova O.</i> EU on the way to facilitating the exercise of rights on the workers in the context of freedom of movement for workers	314
<i>Малишева Ю.В.</i> Відмежування поняття «санкції» від суміжних понять «примусові заходи» та «контрзаходи» в міжнародному праві	320
<i>Абилов А.</i> Роль права на справедливе судебное разбирательство при рассмотрении вопросов выдачи	324
<i>Усубова А.</i> Деякі питання вдосконалення кримінального законодавства Азербайджанської Республіки та Російської Федерації у сфері посягань на культурні цінності	331

Юридична освіта

<i>Кодьова О.П.</i> Категорія свободи у навчальній дисципліні «Історія української культури» для студентів факультету правознавства	334
---	-----

Гість номера

<i>Bakaveckas A., Valančius V.</i> Few remarks the model of executive authorities of the Republic of Lithuania	338
<i>Болокан Л., Мунтяну С.</i> Роль інтелектуальної собственности в продвижении и использовании инноваций в республике Молдова	342

Студентська трибуна

<i>Василик Ю.С.</i> Участь малолітніх та неповнолітніх у цивільному процесі	351
<i>Іванець О.О.</i> Порівняльний аналіз правового статусу президента у французькій республіці та Україні	355
<i>Киливник К.І.</i> Деякі проблеми правового регулювання племінної справи у тваринництві	360
<i>Левченко А.О.</i> Правова природа електронної реклами та проблеми правового регулювання її створення, обігу і охорони	363
<i>Литвиненко К.О.</i> Сфера дії міжнародного права у соціальних відносинах	367
<i>Луцький М.І., Шевченко Ю.І.</i> Правове врегулювання трансфертного ціноутворення з метою запобігання виведенню прибутків у податкові гавані	371
<i>Ляміна О.І.</i> Еволюція надання страхових послуг в Україні нерезидентами	374
<i>Марцева І.С.</i> Електронна платформа державних закупівель: проблеми державного управління та практики застосування	377
<i>Оленіна Я.Г.</i> Особливості кримінальної відповідальності за погрозу щодо працівника правоохоронного органу (ч. 1 ст. 345 КК України)	382
<i>Порфимович А.С.</i> До питання соціального захисту студентської молоді	386
<i>Яковенко О.А.</i> Тенденції правового регулювання контракту як особливого виду трудового договору	391
<i>Яценко Т.В.</i> Актуальні проблеми законодавчого закріплення поняття «адміністративний акт»	395

Рецензії

<i>Остапенко О.І.</i> Актуальне дослідження проблем захисту законних інтересів громадян України у сфері власності засобами адміністративного права	401
<i>Колодій А.М.</i> Наукове підґрунтя конституційного процесу в Україні	402

Наукова хроніка

Новий партнер КУП НАНУ – Вища школа в Сладковичово (Словаччина)	404
Команда КУП НАНУ взяла участь у Міжнародному правничому конкурсі імені Філіпа Джесоп	404
Конкурс наукових робіт ім. В.М. Корецького серед молоді	405
VII Всеукраїнські Шевченківські читання	406
Представники КУП НАНУ взяли участь у 7-му Київському Безпечковому Форумі «Безпека на лінії розриву»	406
У КУП НАНУ відбувся фінал Міжнародного конкурсу студентських робіт на тему: «Удосконалення системи захисту прав людини в Україні та світі»	407
I Всеукраїнські змагання з конституційного правосуддя у Львові	408
«Круглий стіл» на тему: «Особливості екуменічного руху в сучасній Україні: стан і перспективи розвитку»	408

Редакційні повідомлення	410
-------------------------------	-----

«Часопис Київського університету права» внесено до переліку фахових видань за спеціальністю «Юридичні науки» (Постановою Президії ВАК України № 1-05/6 від 12.06.02; Постановою Президії ВАК України № 1-05/3 від 14.04.10).

Адреса редакції: 01601, м. Київ, вул. Трьохсвятительська, 4.
Головний редактор: (044) 278-51-55. Редактор: (044) 235-63-24.

E-mail: chasprava@ukr.net

www.kul.kiev.ua

Редактор *Т.В.Ходаківська*. Художник *Н.М.Косяк*
Комп'ютерне макетування: *Г.П.Кондрашин*

Свідчення про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації КВ № 16356-4828ПР від 19.02. 2010 р.

Підп. до друку 12.05.2014. Формат 60×84 1/8.

Друк офсетний. Ум.-друк. арк. 47,8. Обл.-вид. арк. 55,2. Наклад 350 прим.

Видання та друк: Київський університет права НАН України. 01601, м. Київ – 1, вул. Трьохсвятительська, 4. Тел. 278-73-11.

Ю. С. ШЕМШУЧЕНКО

Юрій Сергійович Шемшученко, директор Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, академік НАН України

В АВАНГАРДІ УКРАЇНСЬКОЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України виповнюється 65 років. Він є провідною науково-дослідною юридичною установою в Україні. Його досягнення широко відомі як у нашій країні, так і за її межами. За вагомі досягнення у розвитку правової науки Інститут нагороджений Почесною грамотою Кабінету Міністрів України.

Історія Інституту бере свій початок з Сектору держави і права АН УРСР. Ідею утворення останнього у повоєнні роки ініціював академік АН УРСР професор Володимир Михайлович Корецький. Завдяки його зусиллям 6 травня 1949 р. з'явилася постанова Ради Міністрів УРСР про дозвіл АН УРСР утворити у складі відділу суспільних наук Академії Сектор держави і права як окрему науково-дослідну одиницю.

Після цього, а саме 13 травня того ж року, Президія АН УРСР ухвалила рішення: «Постанову Ради Міністрів УРСР від 6 травня 1949 р. за № 1091 взяти до відома та виконання». Під цією президіальною постановою стоїть підпис в. о. президента АН УРСР академіка П. С. Погребняка.

Саме з цієї постанови розпочалися конкретні заходи, пов'язані з організацією Сектору держави і права АН УРСР. 16 травня 1949 р. було затверджено Положення про Сектор. Ним були визначені загальна структура Сектору та його головне завдання – «всебічний розвиток радянської правової науки в УРСР і теоретичне узагальнення діяльності державних органів республіки».

Наказом № 91 по АН УРСР від 12 серпня 1949 р. завідувачем Сектору держави і права АН УРСР було призначено В. М. Корецького. Сам Сектор розмістили у кількох кімнатах будинку Президії Академії (вул. Володимирська, 54). До сімки перших дослідників Сектору, крім В. М. Корецького, також увійшли Борис Мусійович Бабій (вчений секретар) і п'ять наукових співробітників – Михайло Петрович Діденко, Микола Карпович Михайловський, Лідія Луківна Потарикіна, Лілія Володимирівна Боцян і Євгенія Антонівна Тихонова.

Становлення Сектору відбувалося в умовах жорстокої сталінської командно-адміністративної системи і класового підходу до дослідження державно-правових явищ. Перші наукові праці, опубліковані співробітниками Сектору, стосувалися питань міжнародного права (В. М. Корецький), возз'єднання українських земель в єдину радянську державу та організації правознавчих наукових досліджень (Б. М. Бабій). З 1952 р. розпочалося багатотомне видання Наукових записок Сектору держави і права.

Хрущовська відлига позитивно вплинула на стан і характер наукової діяльності Сектору. Він отримав нове приміщення – на сьомому поверсі по вул. Кірова, 4 (тепер – вул. М. Грушевського). Зросла кількість науковців Сектору і розширилася тематика, зокрема, за рахунок дослідження проблем історії держави і права, державного, адміністративного, цивільного, трудового і колгоспного права, кримінального права і кримінального процесу, правової охорони природи.

У 1961 р. у складі Сектору були організовані науково-галузеві групи на громадських засадах. А відповідно до постанови Президії АН УРСР від 30 грудня 1965 р. було утворено чотири постійні діючі науково-дослідні відділи: а) теоретичних і конституційних проблем Радянської держави (завідувач – Б. М. Бабій); б) проблем державного і господарського управління (завідувач – А. П. Таранов); в) по дослідженню причин і розробки заходів щодо запобігання злочинності (завідувач – І. П. Лановенко); г) проблем міжнародно-правової діяльності УРСР і порівняльного державознавства (завідувач – В. М. Корецький).

Наступного року Сектор поповнився ще одним відділом – проблем радянського будівництва (завідувач – В. М. Терлецький), а відділ І. П. Лановенка було перейменовано на відділ проблем соціалістичної законності і кримінології. Б. М. Бабій обійняв посаду заступника завідувача Сектору і фактично керував ним, оскільки В. М. Корецький з 1960 по 1970 р. перебував у Гаазі як член, а потім – заступник голови Міжнародного суду ООН.

Вжиті заходи дали можливість предметніше організувати наукові дослідження у Секторі, зміцнити зв'язки з практикою. Зросла роль Сектору як установи по координації наукових державно-правових досліджень у республіці. Збільшилась кількість публікацій, у тому числі колективних монографій. Помітним явищем, зокрема, стали такі з них, як «Політична організація суспільства» за редакцією В. М. Корецького (1967 р.) та «Історія держави і права Української РСР (1917–1967)» за редакцією Б. М. Бабія (1967 р.).

З 1950 по 1968 р. науковцями Сектору було підготовлено і опубліковано 92 монографії, 73 брошури і понад 320 наукових статей. За цими показниками, а також за своїм складом Сектор наблизився до наукової установи у формі академічного науково-дослідного інституту.

У цьому зв'язку було поставлено питання про надання Секторові статусу інституту. Це питання з розумінням було сприйняте Президією АН УРСР і особисто президентом Академії академіком Борисом Євгеновичем Патонем. Після подолання численних бюрократичних перепон він домігся від Москви згоди на перетворення Сектору в Інститут держави і права. Після цього 12 червня 1969 р. Рада Міністрів УРСР ухвалила постанову за № 360 «Про створення Інституту держави і права Академії наук УРСР», яку підписав голова Уряду Володимир Васильович Щербицький.

На виконання цієї постанови Президія АН УРСР 24 червня того ж року ухвалила постанову за № 202 «Про створення Інституту держави і права АН УРСР», яку підписав Б. Є. Патон. Інститут було включено до складу Відділу економіки, історії, філософії та права АН УРСР. Виконувачем обов'язків директора Інституту було призначено В. М. Корецького, а заступником директора з наукової роботи – Б. М. Бабія.

Цією ж постановою були визначені й основні напрями наукових досліджень Інституту: а) дослідження актуальних проблем радянського державного будівництва і розвитку Українського РСР як складової єдиної багатонаціональної соціалістичної держави – СРСР; б) розробка теоретичної спадщини з питань утворення Української радянської держави; в) дослідження проблем, пов'язаних з удосконаленням законодавства УРСР; г) дослідження проблем управління народним господарством УРСР і правового регулювання господарських відносин в УРСР; д) вивчення найважливіших питань зміцнення соціалістичної законності, запобігання і викорінення злочинності і розробка заходів щодо посилення боротьби з порушеннями громадського порядку в УРСР; е) дослідження теоретичних проблем міжнародно-правової діяльності УРСР; ж) критика ревізійністських поглядів з питань розвитку української соціалістичної державності.

У 1974 р. академік АН УРСР Б. М. Бабій став директором Інституту, а В. М. Корецький – почесним директором. У листопаді наступного року Інститут зайняв приміщення, у якому знаходиться і зараз (вул. Трьохсвятительська, 4).

За директорства Б. М. Бабія неодноразово здійснювалася реорганізація структури Інституту, а кількість наукових відділів зросла до восьми. Інститут зміцнив творчі зв'язки з державними органами та вищими юридичними навчальними закладами України, а також з Інститутом держави і права АН СРСР, Всесоюзним науково-дослідним інститутом радянського законодавства, Всесоюзним інститутом з вивчення причин і розробки заходів запобігання злочинності тощо.

Крім підготовки монографічних праць, Інститут розгорнув програму популяризації юридичних знань серед населення. Кілька разів перевидався «Юридичний довідник для населення». 1974 р. побачив світ «Юридичний словник» за редакцією Б. М. Бабія, В. М. Корецького та В. В. Цветкова, а у 1985 р. – «Російсько-український словник юридичної термінології» за редакцією Б. М. Бабія.

У 1977–1978 рр. Інститут узяв активну участь у підготовці проекту Конституції УРСР 1978 р. Б. М. Бабій був членом робочої групи і Секретаріату з підготовки проекту Основного Закону. Він же, а також В. Є. Бражников, І. П. Бутко, А. П. Таранов і В. М. Терлецький очолювали робочі підгрупи з відповідних питань.

1980 р. В. М. Корецькому виповнилося 90 років. За великі заслуги у розвитку юридичної науки та активну громадсько-політичну діяльність йому було присвоєно звання Героя Соціалістичної Праці. Цьому активно сприяв Б. Є. Патон. Це був безпрецедентний випадок в історії радянської юридичної науки.

Наступного року інститутський двотомник «Історія держави і права Української РСР» отримав Державну премію УРСР у галузі науки і техніки (відповідальний редактор – Б. М. Бабій, співавтори – В. М. Терлецький, А. П. Таранов, В. В. Мрига, В. Є. Бражников та ін.).

Розпочата в середині 80-х років горбачовська перебудова суспільного життя в Радянському Союзі демократизувала процеси наукостворення і зменшила ідеологічний тиск на науку. Це збіглося зі зміною керівництва в Інституті. У жовтні 1988 р. Президія АН УРСР затвердила на посаді директора Інституту автора цих рядків.

Після цього була розроблена система заходів щодо перебудови наукової діяльності Інституту на основі переосмислення ідеологічних стереотипів і догм у галузі держави і права, що дісталися у спадок від часів командно-адміністративної системи. Відповідно до цього по-новому були сформульовані пріоритетні напрями наукових досліджень, була реформована і структура Інституту. З метою поліпшення координації наукових досліджень у 1990 р. з провідних вчених Інституту на громадських засадах було утворено дві наукові ради – «Проблеми правової держави, захист і забезпечення прав особи» і «Проблеми сучасної політичної системи, господарського механізму і управління».

Сучасний, якісно новий етап у діяльності Інституту розпочався з ухвалення у 1990 р. Декларації про державний суверенітет України та у 1991 р. – Акта проголошення незалежності України. З розпадом СРСР відбулися істотні зміни у підходах до дослідження державно-правової тематики. Тепер відповідні державно-

правові явища почали розглядатися не через призму загальносоюзної політико-правової системи, а як явища суверенної, ні від кого політично незалежної держави, тобто у рамках власної політико-правової системи.

З урахуванням цього наукові дослідження Інституту були скориговані на створення юридичної наукової бази для становлення і розвитку української суверенної державності і правової системи, здійснення конституційної, судово-правової, адміністративної та інших реформ.

Пріоритетними напрямками сучасних фундаментальних наукових досліджень Інституту є: проблеми державотворення і правотворення в Україні: теорія, історія, практика; правові проблеми демократизації суспільних відносин і формування громадянського суспільства та утвердження і реалізація прав та свобод людини; теоретичні і прикладні проблеми розвитку правової системи України; теоретичні і практичні проблеми реалізації Конституції та законодавства України; Україна в системі сучасного міжнародного правопорядку та європейської інтеграції: теорія і практика; проблеми енциклопедичних юридичних досліджень, філософії і соціології права.

За роки своєї діяльності Інститут зробив істотний внесок у розвиток української юридичної науки і практики державно-правового будівництва. Його науковцями за цей час опубліковано близько 500 монографій з актуальних проблем державотворення і правотворення та понад 10 тисяч наукових журнальних статей.

До творчого доробку Інституту належить також довідково-енциклопедична та словникова література. Пріоритетне значення у цьому мала видана під егідою Інституту у 1998–2004 рр. 6-томна «Юридична енциклопедія» (відповідальний редактор – Ю. С. Шемшученко). Це було зроблено за державним замовленням відповідно до постанови Кабінету Міністрів України від 22 лютого 1966 р. «Про державну підтримку видання «Юридичної енциклопедії»». У 2005 р. ця праця отримала Державну премію України у галузі науки і техніки.

До довідково-енциклопедичної літератури належать також «Мала енциклопедія етнодержавознавства» (1996 за редакцією Ю. І. Римаренка, «Політичний енциклопедичний словник» (1997 та 2004 рр.) за редакцією Ю. С. Шемшученка, В. Д. Бабкіна та В. П. Горбатенка, «Великий енциклопедичний юридичний словник» (2007 та 2012 рр.) за редакцією Ю. С. Шемшученка, «Енциклопедія цивільного права України» (2008 р.) за редакцією Я. М. Шевченко тощо.

Зараз Інститут бере участь у виданні багатотомної «Міжнародної поліцейської енциклопедії», а також здійснює проект видання тритомної «Енциклопедії міжнародного права».

Помітним у загальнонаціональному масштабі було й видання Інститутом протягом 2002–2005 рр. 10-томної «Антології української юридичної думки» (відповідальний редактор Ю. С. Шемшученко). У цьому багатотомному зібранні кращі праці українських правознавців за останні два з половиною століття.

Чимало уваги приділяє Інститут і періодичним виданням. З 1992 р. він видає щорічник «Правова держава» та збірник наукових праць «Держава і право». Є засновником чи співзасновником журналів «Право України», «Підприємництво, господарство і право», «Судова апеляція», «Порівняльно-правові дослідження» та «Проблеми філософії права», «Альманах права». Разом з Київським університетом права НАН України Інститут видає «Часопис Київського університету права», у якому друкуються статті з проблем, що стосуються як юридичної науки, так і освіти.

У контексті посилення зв'язків юридичної науки і освіти плідною виявилася розпочата у другій половині 90-х років діяльність Інституту з підготовки і видання підручників та навчальних посібників для вищих юридичних навчальних закладів. Ця робота здійснювалася у координації з Київським університетом права НАН України. Як наслідок з'явилися одностомні чи двотомні академічні курси з провідних галузей права. Йдеться, зокрема, про підручники: «Теорія держави і права» (2006 р.) за редакцією О. В. Зайчука і Н. М. Оніщенко; «Конституційне право України» (1999 р.) за редакцією В. Ф. Погорілка; «Конституційне право України» у 2-х томах (т. 1 (2006 р.), автори – В. Ф. Погорілко, В. Л. Федоренко; т. 2 (2008 р.) за редакцією Ю. С. Шемшученка; «Адміністративне право України» у 2-х томах (2004–2005 рр.) за редакцією В. Б. Авер'янова; «Цивільне право України» у 2-х томах (2007 р.) за редакцією Я. М. Шевченко; «Трудове право України» (2004 р.) за редакцією Н. М. Хуторян; «Кооперативне право» (1998 р.) за редакцією В. І. Семчика; «Земельне право України» (2001 р.) за редакцією В. І. Семчика; «Екологічне право України» (2005 та 2008 рр.) за редакцією Ю. С. Шемшученка; «Інформаційне право України (2009 р.) Т. А. Костецької; «Адміністративне право України» (2009 р.) за редакцією В. Б. Авер'янова; «Космічне право» (2012 р.) Ю. С. Шемшученка. Кілька видань витримав підручник «Основи правознавства» для загальноосвітніх навчальних закладів за редакцією І. Б. Усенка.

У доробку Інституту й серія збірників нормативно-правових актів та коментарів до них. Зокрема, це: «Правова охорона культурних цінностей. Міжнародні документи і законодавство України» (1997 р.) за редакцією Ю. С. Шемшученка і В. І. Акулєнка; «Ядерне законодавство України» (1998 р.) за редакцією Ю. С. Шемшученка; «Космічне законодавство: нормативні акти» (1998 р.) за редакцією Ю. С. Шемшученка і О. О. Негоди; «Космічне законодавство країн світу» у 5-х томах (2001–2012 рр.) за редакцією Н. Р. Малишевої та Ю. С. Шемшученка.

Серед науковців Інституту 10 лауреатів Державної премії України в галузі науки і техніки. Чимало з них нагороджені премією НАН України імені М. П. Василенка, премією імені Ярослава Мудрого та іншими державними і громадськими нагородами.

Творча діяльність Інституту базується на глибокому вивченні практики реалізації чинного законодавства, співпраці з державними і господарськими органами. Співробітники Інституту є членами багатьох наукових і науково-консультативних рад при відповідних державних правоохоронних органах.

Інститутом систематично готується наукові записки та інші пропозиції і рекомендації з питань удосконалення чинного законодавства і практики його застосування. З 1995 р. тут діє Рада наукових експертиз (голова – В. І. Семчик), яка щороку надає 50-60 експертних висновків.

На особливу увагу заслуговує участь вчених Інституту у конституційних проектах незалежної України. Зокрема, в Інституті при підготовці проекту Конституції України 1996 р. були розроблені і надіслані до відповідних державних органів наукова концепція і власний проект Основного Закону. Автор цих рядків був членом Конституційної комісії Верховної Ради України, а В. Б. Авер'янов, І. П. Бутко, Л. Т. Кривенко та В. Ф. Погорілко входили до складу офіційних робочих груп з підготовки проекту Конституції. І. Б. Усенко взяв участь у остаточному термінологічному редагуванні тексту Конституції.

Нині в Інституті працює більш як 100 наукових співробітників, у тому числі майже 90 докторів і кандидатів юридичних наук, 13 академіків та членів-кореспондентів НАН України і Академії правових наук України, 10 заслужених діячів науки і техніки, заслужені діячі науки і техніки та заслужених юристів України.

У 2011–2013 рр. провідні науковці Інституту працювали у складі Конституційної Асамблеї по підготовці проекту Концепції внесення змін до Конституції України. До цієї роботи були залучені Ю. С. Шемшученко (заступник Голови Асамблеї), О. В. Скрипнюк, О. І. Ющик, Н. М. Пархоменко, В. Ф. Сіренко, М. О. Пухтинський та ін. Зараз вони беруть участь у підготовці проекту змін до Конституції України у рамках діяльності Конституційної комісії, утвореної у 2014 р.

Головними структурними одиницями Інституту є 10 наукових відділів: теорії держави і права (завідувач Н. М. Онисенко); історико-правових досліджень (завідувач І. Б. Усенко); конституційного права та місцевого самоврядування (завідувач Ю. С. Шемшученко); проблем державного управління та адміністративного права (завідувач О. Ф. Андрійко); проблем цивільного, трудового та підприємницького права (завідувач Н. М. Хуторян); проблем аграрного та земельного права (завідувач П. Ф. Кулинич); космічного та екологічного права (завідувач Н. Р. Малишева); проблем кримінального права, кримінології та судуострою (завідувач О. М. Костенко); міжнародного права та порівняльного правознавства (завідувач В. Н. Денисов); правових проблем політології (завідувач І. О. Кресіна).

Крім того, у складі чи при Інституті діють 8 наукових центрів, а також Рада по координації фундаментальних правових досліджень НАН України (голова Ю. С. Шемшученко).

Ми підтримуємо тісні зв'язки з Академією правових наук України. Останнім часом разом підготували і видали фундаментальні п'ятитомні праці «Правова система України» та «Правова доктрина України».

Традиційними є наші зв'язки з Національним юридичним університетом ім. Ярослава Мудрого, юридичними факультетами Київського національного університету ім. Тараса Шевченка та Львівського національного університету ім. Івана Франка, Національним університетом «Одеська юридична академія», Національною академією внутрішніх справ та Харківським національним університетом внутрішніх справ, ДВНЗ «Українська академія банківської справи Національного банку України», Інститутом міжнародних відносин Київського національного університету ім. Тараса Шевченка тощо.

Інститут проводить як національні, так і міжнародні наукові конференції та симпозиуми. Разом з Національним космічним агентством України він, зокрема, провів у Києві у 2006 р. Міжнародний симпозиум ООН з космічного права, який отримав широкий резонанс.

Співробітники Інституту включаються до складу міжнародних делегацій України, в тому числі на сесії Генеральної Асамблеї ООН. Інститут здійснює творче співробітництво з Інститутом держави і права Російської Академії наук, Інститутом законодавства при Раді Міністрів Російської Федерації, Московською юридичною академією, науковими і навчальними юридичними центрами США, Франції, Німеччини, Угорщини, Польщі, Казахстану, Республіки Білорусь та інших країн.

Наукова діяльність Інституту на національному рівні здійснюється у контексті її інтеграції з юридичною освітою. При цьому використовуються різноманітні її форми. Зокрема, провідні вчені Інституту залучаються до читання курсів лекцій у багатьох провідних навчальних закладах країни.

Найбільш ефективною, системною формою такої інтеграції є творче співробітництво Інституту з Київським університетом права НАН України (ректор професор Ю. Л. Бошицький), яке вже триває понад 15 років. Науковці Інституту результати своїх творчих досліджень випробовують у студентських аудиторіях. Інститут і Університет проводять спільні наукові і науково-практичні конференції, взаємодіють у підготовці кандидатів і докторів юридичних наук через аспірантуру і докторантуру, разом видають монографічні праці, підручники і навчальні посібники, а також журнал «Часопис Київського університету права».

Справжньою школою для перевірки наукових ідей стали методологічні семінари, які періодично проводяться Інститутом разом з юридичною фірмою «Салком». Загальною рубрикою для них є: «Юридична наука і суспільство: проблеми теорії і практики».

До участі у семінарах, крім науковців, залучаються народні депутати України, відомі державні діячі. Науковий і практичний інтерес, зокрема, викликали такі методологічні семінари останніх років, як: «Громадянське суспільство і держава в Україні: проблеми взаємодії» (доповідь академіка НАН України О. С. Онисенка); «Національна держава і право в умовах глобалізації» (доповідь академіка В. М. Литвина); «Проблеми організації державної влади в Україні» (доповідь академіка НАН України Ю. С. Шемшученка); «Конституційно-правові засади державного суверенітету України в умовах глобалізації: проблеми теорії і практики» (доповіді першого Президента України Л. М. Кравчука та В. М. Гейця) та ін.

Гордістю Інституту є наукові школи, які сформувалися протягом його існування на засадах наступництва у науці. До них, зокрема, належать наукові школи міжнародного права академіка В. М. Корецького, історії держави і права академіка Б. М. Бабія, державного управління члена-кореспондента НАН України В. В. Цветкова, конституційного права члена-кореспондента Національної академії правових наук України А.П. Таранова і члена-кореспондента НАН України В. Ф. Погорілка, проблем інтересів у праві члена-кореспондента НАН України В. Ф. Сіренка, етнодержавознавства члена-кореспондента Національної академії правових наук України Ю. І. Римаренка, аграрного права члена-кореспондента НАН України В. І. Семчика та ін. Ці школи мають продовження в учнях тих їх лідерів, які вже пішли з життя.

Разом з тим дбаємо про інститутську наукову зміну, підготовку нового покоління кандидатів і докторів наук. Робиться це, головним чином, через аспірантуру і докторантуру. Станом на початок 2014 р. в аспірантурі і докторантурі Інституту навчалися понад 90 осіб на умовах бюджетного фінансування і на контрактній основі. Серед аспірантів – громадяни як України, так і інших зарубіжних країн.

Успішно діє також інститут здобувачів наукових звань. Нині його кількісний склад налічує близько 60 осіб.

При Інституті є три спеціалізовані вчені ради по захисту дисертацій. Ними охоплені майже всі юридичні спеціальності. Щороку в цих рада захищається 60–70 докторів і кандидатів наук.

Підготовці наукових кадрів допомагає Рада молодих вчених Інституту.

Таким чином, 65-річний досвід діяльності Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України свідчить про те, що він завжди займав провідні позиції в українській юридичній науці. Свою громадянську роль Інститут виконує і зараз. Його творчий пошук у сучасних складних і неоднозначних умовах соціального і економічного розвитку спрямований на побудову в Україні дійсно правової держави і розвинутого громадянського суспільства.

В. П. НАГРЕБЕЛЬНИЙ

*Володимир Петрович Нагребельний, заступник
директора Інституту держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України, член-кореспондент
НАПрН України, заслужений юрист України*

ВИДАТНИЙ ВЧЕНИЙ-ПРАВОНАВЕЦЬ, АКАДЕМІК, ОРГАНІЗАТОР ВІТЧИЗНЯНОЇ АКАДЕМІЧНОЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ (До 100-річчя від дня народження академіка НАН України Б. М. БАБІЯ)

25 липня 2014 р. виповнюється 100 років від дня народження Бориса Мусійовича Бабія – відомого українського вченого – правознавця, визначного організатора вітчизняної академічної юридичної науки, громадського і державного діяча, колишнього академіка-секретаря Відділення історії, філософії та права і члена Президії НАН України, колишнього директора Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України (1974–1988 рр.), академіка Національної академії наук України і академіка Академії правових наук України.

Б. М. Бабій народився (12) 25 липня 1914 р. у с. Гурівці Козятинського району Вінницької області в селянській сім'ї. Свою трудову діяльність розпочав у 1932 р. в редакції Козятинської районної газети «Коллективна праця»: спочатку літпрацівником, а невдовзі – відповідальним секретарем редакції. Його творчі здібності, сумлінне ставлення до виконання своїх обов'язків, наполегливість у праці, устремління до самовдосконалення відкрили шлях для його подальшого навчання. У 1933–1934 рр. він навчався у Всеукраїнському комуністичному інституті журналістики у м. Харкові, після чого працював у м. Могилів-Подільському Вінницької області завідувачем відділом, відповідальним секретарем районної (потім окружної) газети «Прикордонна зірка».

У вересні 1935 р. Б. М. Бабій вступив на перший курс Всеукраїнського комуністичного інституту радянського будівництва і права у м. Харкові, а через рік був переведений на другий курс юридичного факультету Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка. У студентські роки він був відмінником навчання, брав активну участь у роботі наукових студентських гуртків, виступав з науковими доповідями, опублікував декілька нарисів з юриспруденції у вузівських малотиражних газетах. У червні 1939 р. ще до закінчення навчання в університеті Борис Мусійович був призначений прокурором кримінально-судового відділу Прокуратури Української РСР, де працював до червня 1940 р., а після військової перепідготовки був зарахований до кадрового складу Радянської Армії і призначається помічником прокурора Київського військового округу.

З 22 червня 1941 р. Б. М. Бабій перебуває в лавах діючої армії. Брав безпосередню участь у бойових діях на фронтах Великої Вітчизняної війни, зокрема, воював на Південно-Західному, 2-ому Українському фронтах, був учасником визволення від фашистських загарбників Правобережної України, Молдови,

Румунії, Угорщини, Чехословаччини, Австрії, деякий час працював у Головній військовій прокуратурі Радянської Армії у Москві. Нагороджений трьома бойовими орденами Вітчизняної війни I (двічі) і II ступеней та багатьма медалями. У 1947 р., ще перебуваючи на військовій службі, Б. М. Бабій став укладачем і автором вступної статті юридичного довідника для органів дізнання і дізнавачів; тоді ж вийшла друком його стаття «Про офіцерські суди честі». У цих перших працях проявились явна схильність їх автора до науково-дослідницької роботи, його природна обдарованість і багатий життєвий досвід.

У повоєнні роки після демобілізації Борис Мусійович почав займатися активною науково-педагогічною та організаційно-освітнянською діяльністю. З 01 серпня 1947 р. працював старшим викладачем кафедри теорії держави і права та заступником декана юридичного факультету Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка. На цій посаді він багато уваги приділяв вдосконаленню навчального процесу, підвищенню якості викладання юридичних дисциплін, вихованню у студентів творчої активності, самостійності, високої правосвідомості і правової культури. Як досвідчений педагог і дослідник, Борис Мусійович глибоко розумів, що важливу роль у розвитку політичної і правової культури відіграє юридична наука – її теоретичні розробки та їх впровадження в практику державно-правового будівництва і діяльності правоохоронних органів.

З утворенням Організації Об'єднаних Націй, серед держав засновників якої була й Україна, виникла нагальна необхідність у дослідженнях міжнародно-правових проблем і розробки зовнішніх політико-правових ініціатив для розгляду ООН. У зв'язку з цим у 1949 р. у складі Академії наук УРСР була утворена юридична науково-дослідницька установа – Сектор держави і права на чолі з видатним українським вченим-юристом, академіком АН УРСР В. М. Корецьким. Ученим секретарем Сектора, а трохи пізніше заступником завідувача цієї установи, був призначений Б. М. Бабій, який брав безпосередню участь у визначенні основних напрямів наукових досліджень і формуванні кадрів наукових співробітників, а також організації дослідницької діяльності Сектора держави і права¹.

У цей період яскраво проявились неабиякі здібності Б. М. Бабія як у науковій, так і науково-організаційній діяльності. Все більш окресленим і чіткішим стає коло його наукових інтересів, серед яких головне місце посідають проблеми історії держави і права Української РСР та методології історично-правових досліджень. У 1950 р. він захищає кандидатську дисертацію, присвячену державно-правовим аспектам возз'єднання Західної України з Українською РСР. Невдовзі вийшли друком його перші монографічні праці, а також численні наукові статті з правових проблем української радянської державності, утворення СРСР і ролі України у цьому процесі, діяльності місцевих органів влади та органів самоврядування, історії правових досліджень в УРСР та ін.

У 1961 р. була опублікована монографія Б. М. Бабія «Українська Радянська держава в період відбудови народного господарства (1921–1925 рр.)», в якій дослідник, що чудово володів і постійно спілкувався українською мовою, докладно висвітлює вельми актуальні й на сьогодні проблеми українізації державного апарату поряд із забезпеченням прав представників інших національностей щодо участі у роботі органів державної влади та багатьох інших аспектах життя нашої країни.

У 1963 р. Б. М. Бабій захистив докторську дисертацію, у якій в історичному аспекті дослідив розвиток державно-правових процесів в Україні у період відродження народного господарства (1921–1925 рр.). При підготовці кандидатської і докторської дисертацій він зібрав, детально вивчив, ретельно проаналізував і систематизував величезний масив архівних документальних і фактичних матеріалів, які досі використовуються дослідниками історії держави і права України радянського періоду. В 1966 р. Б. М. Бабій був затверджений у вченому званні професора.

У надрукованих ним багатьох наукових статтях йшлося також про актуальні проблеми державно-правового будівництва в Українській РСР. Звичайно, не всі публікації цього періоду за науковим змістом відзначались об'єктивністю, оскільки готувались з дотриманням існуючих тоді партійних вимог послідовно-класового підходу до дослідження суспільних (у тому числі, державно-правових) явищ. Разом з тим, долаючи ідеологічну і політичну заангажованість, що панувала у ті часи, йому вдалося поставити і вирішити ряд важливих наукових завдань, зокрема, з методології історико-правових досліджень.

Для творчої діяльності Б. М. Бабія було характерним вміле поєднання роботи над індивідуальними монографічними працями з організацією колективних, комплексних досліджень. Ще у 50-х роках у нього виникла ідея створення узагальнюючої праці з історії держави і права Української РСР. Згодом він очолив колектив провідних вітчизняних істориків-юристів для підготовки даного фундаментального твору, який вийшов друком в 1961 р. і став першою колективною науковою працею такого характеру і масштабу в радянському правознавстві.

У середині 60-х років у житті Сектора держави і права АН УРСР відбувалися важливі зміни, значно зросла кількість наукових співробітників, розширилась тематика дослідницьких робіт; у його складі було утворено п'ять наукових підрозділів. У цей час Б. М. Бабій призначається завідувачем відділу теорії та історії держави і права, який він очолював до 1982 р. Під його керівництвом у відділі розроблялись актуальні проблеми історії і теорії держави та права, ефективності правового регулювання, зміцнення законності і правопорядку, вдосконалення форм і методів правового виховання та ін. В цей же час за ініціативою і під керівництвом Бориса Мусійовича розгорнулась робота по підготовці фундаментальної двотомної праці з історії держави і права Української РСР, яка була опублікована у 1967 р.

Б. М. Бабій доклав чимало зусиль для перетворення Сектора в Інститут держави і права АН УРСР, що було здійснено у червні 1969 р. Активна дослідницька і науково-організаційна діяльність сформувала його як

визнаного вченого-правознавця, першодослідника багатьох проблем державно-правового будівництва в Україні в 60-х–70-х роках. У грудні 1967 р. Б. М. Бабій був обраний член-кореспондентом, а у березні 1972 р. – академіком АН УРСР. На цей час у його творчому доробку – понад сто наукових праць, серед них п'ять монографій з проблем історії держави і права, методологічних проблем юридичної науки, державного права і радянського будівництва, історії становлення і розвитку української академічної юридичної науки та ін.

У 1968 р. Б. М. Бабія як вченого-правознавця з широким діапазоном наукових інтересів було затверджено академіком-секретарем Відділення економіки, історії, філософії і права (з 1976 р. – Відділення історії, філософії і права), обрано членом Президії АН УРСР. На цих відповідальних загальноакадемічних посадах він перебував до 1988 р. За цей час ним здійснено велику роботу по розвитку структури академічних наукових установ та організації, вдосконаленню і координації досліджень в галузі економічної, історичної, філософської, соціологічної і правової науки, зміцненню їх зв'язків з суспільною практикою, розширенню міжнародного науково-правового співробітництва.

За вагомі заслуги у розвитку юридичної науки і підготовку наукових кадрів у 1974 р. Борису Мусійовичу було присвоєно почесне звання заслуженого діяча науки і техніки Української РСР. В цьому ж році на Загальних зборах АН УРСР його було обрано директором Інституту держави і права, а академік АН УРСР В. М. Корецький, який обіймав цю посаду, був призначений почесним директором інституту.

Під керівництвом Б. М. Бабія в інституті значно розширилися дослідження теоретичних, методологічних, конституційних та державно-управлінських проблем, зміцнилися зв'язки з правотворчою і правозастосовною практикою. Як директор інституту у цей час він приділяє велику увагу визначенню найбільш актуальних напрямів наукових досліджень, розробці комплексних програм і фундаментальних проблем юридичної науки, спрямовує зусилля колективу на створення важливих узагальнюючих праць, підвищення наукового рівня досліджень, популяризацію юридичних знань, а також на підготовку і впровадження в державно-правову практику конкретних пропозицій і рекомендацій. У його полі зору постійно перебували питання формування наукових кадрів, підвищення їх наукової кваліфікації і професійної майстерності, розширення світогляду. Він активно сприяв науковому зростанню багатьох відомих українських вчених-правознавців.

У цей час значно позвалися творчі зв'язки із загальносоюзними дослідницькими установами, зокрема з Інститутом держави і права АН СРСР, Всесоюзним науково-дослідним інститутом радянського законодавства, Інститутом проблем боротьби із злочинністю і розробки заходів її попередження, рядом наукових установ союзних республік, вищих навчальних закладів України, Росії, Білорусі тощо, а також наукові контакти з дослідницькими юридичними установами Польщі, Німеччини, Угорщини, Румунії, Чехословаччини та ряду інших країн.

Багато років Борис Мусійович очолював Наукову раду АН УРСР «Закономірності розвитку держави, управління і права», яка здійснювала координацію наукових досліджень в галузі юриспруденції, розробляв пропозиції щодо найбільш ефективних методів дослідження та надання науково-методичної допомоги юридичним установам, вузам і кафедрам. За його ініціативи широко застосовувалася практика підготовки колективних монографічних робіт, у яких брали участь фахівці багатьох наукових установ і навчальних закладів. Одна з таких колективних праць, яка була підготовлена під науковим керівництвом Б. М. Бабія – «История государства и права Украинской ССР» у 1981 р. була відзначена Державною премією Української РСР у галузі науки і техніки, а він разом з іншими авторами став лауреатом цієї премії.

Значним поповненням наукових праць з історії вітчизняної правової думки стала монографія Б. М. Бабія «Правовые исследования в Академии наук Украинской ССР 1919–1973», опублікована в 1974 р. і перевидана (зі значними змінами і доповненнями) у 1984 р. У ній ґрунтовно була висвітлена історія наукових юридичних установ на Україні після жовтня 1917 р., проаналізовані процес академічних правових досліджень в республіці як органічної частини усєї радянської правової науки, а також основні напрями діяльності українських правознавців.

Важливим напрямом діяльності Б. М. Бабія була також організація підготовки науково-популярних видань з актуальних питань державно-правового будівництва та застосування чинного законодавства в Україні, академічних правових словників, а також юридичних довідників для масового читача.

Протягом багатьох років Борис Мусійович був членом Президії Комітету по державних преміях Української РСР в галузі науки і техніки, головою секції суспільних наук цього комітету. Він брав безпосередню участь у створенні фундаментальних праць як член головної редколегії «Історії Української РСР», член редколегії другого видання Української радянської енциклопедії (УРЕ), член науково-консультативної ради при Комісії по підготовці до видання Зводу законів УРСР, Головної редколегії «Зібрання діючих законів УРСР» у 24-х томах, «Радянської енциклопедії історії України», головної редколегії багатотомного Зводу пам'яток історії і культури народів СРСР по Українській РСР, редколегії «Вісника АН УРСР», журналу «Радянське право» (зараз – «Право України») та ін.

Як член комісії Президії Верховної Ради і Ради Міністрів УРСР Б. М. Бабій брав участь у підготовці численних проектів законодавчих актів, зокрема: Закону про вибори до Верховної Ради УРСР, Закону про вибори до місцевих Рад народних депутатів, Регламенту Верховної Ради УРСР, Закону УРСР про повноваження обласних Рад народних депутатів УРСР. Положення про роботу з наказами виборців та ін. В 1978 році він був членом робочої групи та Секретаріату Комісії по підготовці проекту Конституції УРСР.

Багато сил та енергії Борис Мусійович віддавав громадсько-політичній діяльності. Він неодноразово обирався депутатом Київської міської ради, на громадських засадах сім років працював членом Юридичної

комісії при Раді Міністрів УРСР, обирався заступником голови правління Українського товариства охорони пам'яток історії і культури, членом республіканського Комітету захисту миру. Тривалий час Б. М. Бабій був членом Комісії УРСР у справах ЮНЕСКО і головою її Комітету з гуманітарних наук, членом Комісії по радянських традиціях, святах і обрядах при Раді Міністрів УРСР.

З 1963 р. Б. М. Бабій входив до складу виконкому Асоціації політичних наук при АН СРСР, брав участь у роботі низки всесвітніх конгресів Міжнародної асоціації політичних наук, був делегатом XIII Всесвітнього конгресу історичних наук. Він неодноразово виконував відповідальні доручення в галузі зовнішньополітичної діяльності, очолював делегації Української РСР на кількох конференціях ООН, делегацію УРСР на Другій всесвітній конференції по боротьбі проти расизму і расової дискримінації. Тривалий час Борис Мусійович гідно представляв Україну у Постійній палаті Третейського суду в Гаазі.

Постановою Президії АН УРСР від 14 жовтня 1985 р. було затверджено рішення установчих зборів про створення Українського відділення радянської асоціації політичних наук. базовою науковою установою відділення став Інститут держави і права АН УРСР, а головою відділення – Б. М. Бабій, під керівництвом якого нове громадське об'єднання почало здійснювати діяльність, спрямовану на сприяння розвитку наукових досліджень політологічних проблем.

Плідна наукова і громадсько-політична діяльність Б. М. Бабія були відзначені орденами Знак пошани, Жовтневої революції та багатьма медалями. Він автор близько 300 наукових праць, підготував цілу плеяду кандидатів і докторів наук, які з вдячністю і пошаною згадують свого вчителя.

У жовтні 1988 р. директором Інституту держави і права АН УРСР був обраний визначний вчений-правознавець, член-кореспондент АН УРСР Ю. С. Шемшученко (згодом – академік НАН України), який очолює Інститут до теперішнього часу. Б. М. Бабій склав свої повноваження директора Інституту і останні роки своєї трудової діяльності був радником Президії АН України, членом спеціалізованої ради по захисту докторських дисертацій при Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. Відповідно до Указу Президента України від 23 липня 1993 р. «Про Академію правових наук України» Борис Мусійович був затверджений дійсним членом-засновником Академії правових наук України (з 23 лютого 2010 р. – Національна академія правових наук України).

Помер Б. М. Бабій 19 вересня 1993 р., похований у Києві на Байковому цвинтарі.

Науку, як відомо, творять і розвивають особистості, що гуртують навколо себе однодумців, формують наукові школи, пробуджують творчу думку, відомо впливають на розвиток інтелекту людини, прославляють країну. Ця безперервна естафета є традицією в науковому середовищі, в суспільстві тримається на плідному природженні ідей, знань, подвижницькій праці науковців. До таких відомих правознавців і організаторів юридичної науки належить Б. М. Бабій.

Вчений-енциклопедист, визнаний авторитет у правознавстві, в історично-правовій науці, високоосвічена інтелігентна людина, енергійний, принциповий і цілеспрямований, вимогливий до себе та своїх підлеглих керівник, Борис Мусійович вписав важливу сторінку в історію вітчизняної юридичної науки у цілому та Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, зокрема, який у травні цього року відзначив своє 65-річчя з дня заснування.

Колеги та учні, що протягом багатьох років пліч-о-пліч працювали з Б. М. Бабієм, у тому числі й автор цих рядків, який протягом 1984–1990 рр. працював ученим секретарем цього Інституту, пам'ятатимуть його як скромну, чесну і порядну людину, самовідданого трудівника творчого дослідника та організатора академічної юридичної науки.

¹ Детальніше про це див.: Шемшученко Ю. С. Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України та інші академічні наукові установи юридичного профілю / Ю. С. Шемшученко // Академічна юридична думка / [укладачі: І. Б. Усенко, Т. І. Бондарук; за заг. ред. Ю. С. Шемшученка]. – К.: Ін Юре, 1998. – С. 54–57; Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України. Наукові досягнення за 50 років (1949–1999) / [відп. ред. Ю. С. Шемшученко]. – К.: Ін Юре, 1999. – С. 5–9.

УДК 34 : 165.242.1

С. О. ГЛАДКИЙ

Сергій Олександрович Гладкий, доктор юридичних наук, доцент, професор ВНЗ Укоопспілки «Полтавський університет економіки і торгівлі»

СКЛАД ПРАВОСВІДОМОСТІ В КОНТЕКСТІ ПРАВОВОГО САМОПІЗНАННЯ

Низький рівень правової культури українського суспільства та гостра потреба в швидкій позитивній трансформації правосвідомості українців, що є необхідною умовою модернізації країни на основі європейських цінностей, актуалізує проблематику правового самопізнання: патріотично налаштовані громадяни України повинні взяти на себе відповідальність насамперед за власну суб'єктивну реальність. В умовах інформаційних війн остання перетворюється на об'єкт маніпулятивного впливу і тому заслуговує дуже уважного ставлення.

У царині теоретичної юриспруденції увагу до феномена правосвідомості виявило широке коло вчених, серед яких – відомі українські дослідники О. Атоян, Ю. Калиновський, С. Максимов, М. Цимбалюк та інші. Проте в контексті самопізнання проблематика правосвідомості науковцями досі ґрунтовно не розроблялася. Метою статті є розгляд представлених у науковій літературі підходів до вивчення архітекtonіки правосвідомості під кутом зору практичних завдань правового самопізнання.

Правове самопізнання як пізнання людиною себе у світі права та світу права у собі може відбуватися як у побутовій сфері життя, так і на науковому рівні. В останньому випадку воно потребує теоретичного обґрунтування, методології і методики. Теоретичні положення щодо складу (структури) правосвідомості слугують виробленню методологічних засобів такого пізнання – вони утворюють свого роду «мапу», яка допомагає досліднику зорієнтуватися у внутрішній реальності. Можна припустити, що згадані положення водночас «форматують» цю реальність (принаймні, верхні її шари).

Структуру правосвідомості в юридичній літературі трактують як усталений і стійкий взаємозв'язок між її елементами, який визначає специфіку її формування, розвитку і трансформації у тих чи інших конкретних соціально-політичних і культурно-історичних обставинах¹.

Український дослідник Д. Андреев виділяє два рівні правосвідомості: стихійний («суспільні підсвідомість і психологія, тобто ті цінності, правові погляди, повсякденні уявлення, норми, які помітно впливають на правове життя») та усвідомлений («містить у собі єдність знань та самосвідомості, рефлексії, яка базується на науці та ідеології»)². Такий підхід видається не зовсім виправданим з декількох причин, насамперед у термінологічному аспекті. Так, усвідомлення стихійних проявів власної правосвідомості до певної міри можливе; самосвідомість значною мірою коріниться у несвідомому, ґрунтується на психічних установах.

Л. Мамут виокремлює такі два рівні правосвідомості: первинний (або повсякденна, практична правосвідомість) і вторинний (теоретична правосвідомість)³. Хоча зрозуміло, що повсякденна і теоретична правосвідомість є явищами, які взаємно пронизують і доповнюють одне одного, з психолого-практичного погляду такий поділ становить інтерес, адже в процесі самопізнання постійно відбувається перехід від емпіричної до теоретичної установки свідомості.

Значно складнішим для практичного застосування є підхід, який пропонує В. Бачинін. Учений виділяє у структурі правосвідомості «передрозсудковий», «розсудковий» та «розумний» рівні «раціональності ставлення до регуляції людського буття». Так, «передрозсудку» відповідає сфера соціонормативної регуляції вітальних, природно-тілесних проявів людського існування; «розсудку» – сфера практично-духовної діяльності людини в локальних соціальних сферах, підпорядкованих конкретним імперативам етнічного, національного, етатистського, політичного, ідеологічного, морального та позитивно-правового характеру; «розуму» – сфера буття особистості як суб'єкта загальнолюдської культури, що перебуває у соціокультурному універсумі, усвідомлює себе як «громадянин світу та носій родової сутності, вибудовує лінію своєї соціальної поведінки згідно із всезагальними моральними нормами та імперативами природного права»⁴. М. Цимбалюк з приводу наведеної схеми небезпідставно пропонує «розвести» методологічні та предметні основи класифікації форм і рівнів правосвідомості, щоб уникнути колізій таких основ: за логіко-методологічними підставами виділяти в

правосвідомості розсудковий та розумний рівні, а за предметними – природно-регулятивний (пов'язаний з унормуванням ставлення людини до власної природної основи та до навколишнього природного середовища) і суспільно-регулятивний (пов'язаний з нормативною регуляцією суспільного буття в усіх його формах прояву – від міжособистісних та обмежено-групових стосунків до загальнолюдських норм буття культурного універсуму) рівні⁵. Такий підхід утворює чіткіші орієнтири для саморефлексії.

Отже, правосвідомість постає в науковій літературі як багатоаспектне, багатомірне явище, яке має складну рівневу структуру. Кожен рівень правосвідомості характеризується специфічним поєднанням і функціональним проявом низки компонентів та їх елементів.

Більшість дослідників вважає, що до компонентів правосвідомості належать знання права, ставлення до права та поведінкові настанови. У науковій літературі представлено декілька варіантів цього підходу. Зокрема, Ю. Калиновський називає такі компоненти правосвідомості: раціональний (погляди, уявлення, ідеї про право); психологічний (почуття, емоції, що спричинені правом і виражають певне ставлення до чинного або бажаного права); поведінковий (настанова на певну поведінку у правовій сфері, готовність діяти певним чином – відповідно або проти права)⁶. О. Скакун виокремлює в структурі правосвідомості правову ідеологію, правову психологію та правову поведінку⁷.

Досліджуючи стан вирішення питання щодо класифікації форм та рівнів правосвідомості, М. Цимбалюк піддає критиці поширені логіко-філософські некоректності в плані добору адекватних підстав та дотримання формально-очевидних правил поділу. Логічно-коректна класифікація, з його погляду, передбачає «горизонтальний» поділ правосвідомості (за критерієм офіційності чи неофіційності нормативних підвалин її організації та наявності чи відсутності фахової компетенції застосування останніх) з розрізненням інституційної та неінституційної її форм, а також «вертикальний» поділ – з виокремленням буденного й теоретичного її рівнів (за мірою систематизації, узагальненості та наукової обґрунтованості). У свою чергу, в рамках кожної форми правосвідомості, взятої на будь-якому з її рівнів, вчений вирізняє низку компонентів (правові знання, оцінки, ідеали, установки)⁸.

Залежно від підходу до дослідження структури правосвідомості науковці зосереджуються на тому чи іншому її компоненті. Одні автори наголошують на когнітивній та оціночній її сторонах і розглядають вольовий компонент як похідний. З погляду інших на роль центрального заслуговує саме останній. Попри те, що в межах науково-теоретичної свідомості вказані компоненти правосвідомості сприймаються як до певної міри автономні психічні утворення, цілком очевидно, що функціонально вони мають сенс лише в контексті правосвідомості як системного цілого. Відповідно, аналітичний аспект дослідження структури правосвідомості має бути доповнений синтетичним.

Найпоширенішим підходом до об'єднання компонентів правосвідомості в комплекси («шари») є її поділ на правову ідеологію та правову психологію. Обидва шари мають складний, комплексний характер. У психіці конкретного індивіда, який здійснює самоспостереження, компоненти цих рівнів тісно переплетені – у «чистому» вигляді вони існують лише в науково-теоретичній свідомості.

Дослідники слушно зауважують, що правова ідеологія зазвичай спонтанно не виникає – вона є продуктом філософської та науково-теоретичної свідомості і має систематизований характер. Компоненти правової ідеології – уявлення, погляди, переконання, концепції, теорії правового змісту, виробляються фахівцями і засвоюються населенням у процесі правової освіти та самоосвіти. Для правової ідеології притаманне осмислення права як цілісного соціального феномена, а не лише окремих його проявів.

До структурно простіших компонентів правової ідеології можна віднести правові уявлення. Проте й вони є складним психосоціальним явищем, яке визначається комплексом історичних, державно-інституційних, світоглядних і особистісних детермінант. Правові уявлення, так само як і правові переконання, оцінки та ставлення, не є суто раціональними явищами – вони мають змішаний раціонально-емоційний характер.

Л. Петражицький, інтроспективно вивчаючи правові уявлення як різновид «етичних переживань-уявлень», побудував таку «схему інтелектуального складу права» (правосвідомості): 1) об'єктні уявлення – уявлення: а) об'єктів обов'язків, обов'язкових дій і б) об'єктів прав; 2) суб'єктні уявлення – уявлення: а) суб'єктів обов'язків і б) суб'єктів прав; 3) уявлення релевантних, юридичних фактів; 4) уявлення нормативних фактів. Наведену схему вчений вважав повною, вичерпною, в тому розумінні, що всі уявлення («інтелектуальні складові частини»), які «зустрічаються» у правових переживаннях, можна підвести під зазначені «рубрики»⁹.

Правова психологія є складнішим за структурою і механізмом функціонування шаром правосвідомості, що значно важче піддається самопізнанню. Вона, з погляду науковців, складається з почуттів, емоцій, настроїв, оцінок людей щодо феноменів правової реальності. Серед її складових дослідники називають також ілюзії, волю, фантазії, уяву, совість, інтуїцію, навик, звички, масові психологічні стереотипи юридичної поведінки тощо. Вважається, що правова психологія пов'язана передусім з безпосереднім емоційним (чуттєвим) відображенням правової дійсності; відповідає емпіричному, буденному рівню суспільної свідомості; суттєво впливає на характер і спрямованість правової поведінки особи; формується в результаті повсякденної людської практики, є «практичною правосвідомістю»; являє собою свого роду стихійний, «несистематизований» шар правової свідомості, який виражений в окремих психологічних реакціях людини на юридичні явища.

Одиницею правової психології (а з певного погляду □ і правосвідомості загалом) можна вважати психічне переживання. В. Дільтей був першим, хто надав слову «переживання» функцію поняття у філософії та

психології. Згодом воно стало одним із ключових понять феноменології та герменевтики, завдяки впливу яких набуло статусу одного з центральних понять сучасної філософії та психології. О. Улановський зауважує, що поняття «переживання» і у вихідному своєму значенні, і в подальшому науковому розвитку виявляється тісно переплетеним з поняттями «життя» і «свідомість». Свідомість – це потік переживань. А саме життя є те, що маніфестується в переживанні¹⁰.

У феноменології переживання є широкою назвою всякого виду досвіду, який є предметним, що володіє змістом, який в тій чи іншій формі представлений у свідомості і який ми ідентифікуємо як пов'язаний з нашим «я». Це щось схоплене у відчутті, сприйнятті, спогаді, бажанні і т. д. в тому вигляді, в якому ми відчували, сприймали, згадували, бажали і т. д. Вивчення структури переживання традиційно є однією з центральних тем феноменологічних досліджень. З погляду О. Улановського, в будь-якому переживанні ми можемо знайти: 1) феноменальний предмет переживання; 2) смисли – те, що ми уявляємо, про цей предмет (предикати, змістовні визначення предмета); 3) спосіб покладання буття предмета (як достовірного, вірогідного, сумнівного, бажаного і т. д.); 4) акти, в яких нам даний цей предмет у певний момент часу (у сприйнятті, судженні, фантазії, радості і т. д.) і в яких формується смисл предмета; 5) «я» як тотожний полюс переживань¹¹.

Одним із перших учених-правників, хто визначив правові емоції (переживання) як основу права, був Л. Петражицький. Емоції («імпульси») він вважав головними і керівними психічними чинниками пристосування людини до умов життя. Вищий клас емоцій учений називав емоціями обов'язку, або етичними емоціями, а відповідні нормативні емоційно-інтелектуальні психічні стани – етичними переживаннями (етичною свідомістю). Л. Петражицький вказував на таку закономірність: чим інтенсивнішою є імперативно-атрибутивна (тобто правова) емоція, чим сильнішим є «містично-авторитетний характер атрибуції», чим «святішим» видається людині її право, тим сильнішою є мотивація до відповідної правової поведінки. Дослідник розрізняв активну правову мотивацію, що виходить з усвідомлення людиною свого права – обов'язку іншого, та пасивну, яка виходить з усвідомлення лише свого обов'язку¹².

Сучасна теорія права оперує насамперед поняттями «правові емоції» та «правові почуття». Правові почуття виникають з приводу права, нормативного акта, правотворчої, правозастосовної, правоохоронної, іншої юридичної діяльності державних органів, а також правопорушень, злочинності тощо. Дослідники розрізняють правові почуття відповідальності, справедливості, свободи, незалежності та інші, а також почуття права як такого, законності юридичних прав і обов'язків¹³.

Трактування когнітивної природи правових почуттів варіюється від визнання їх ірраціональним феноменом – до розуміння як цілком раціональних явищ. Останнє притаманне марксисту, прибічнику якого тлумачили будь-які почуття як такі, що існують на базі понять, ідей, уявлень про право, тобто розумні, усвідомлені правові переживання. Сучасні автори зазвичай віддають належне нераціональній сфері правової психіки.

До структурних елементів правової свідомості дослідники відносять також правову волю, наявність якої передбачає цілеспрямоване й свідоме здійснення суб'єктом обраної ним форми правової поведінки. Правова воля у вимірі правових цінностей може мати як позитивну, так і негативну спрямованість¹⁴.

Функціонування правосвідомості, здійснення нею нормативно-регулятивного впливу на людську поведінку забезпечується взаємозв'язками і взаємодією її когнітивного, оціночного та регулятивного компонентів. Вузловим моментом, свого роду ядром механізму такої взаємодії, можна вважати правові цінності та ціннісні орієнтації. Науково-психологічне розуміння цінності пов'язане з мотивацією: цінність постає як єдність двох форм мотивації – установки як стійкого очікування (передчуття) і орієнтації як стратегічної мотивації (схильності)¹⁵. На основі цінностей формуються і функціонують ціннісні орієнтації особистості.

Оцінювання правових явищ здійснюється згідно з системою вироблених правосвідомістю критеріїв. Фундаментальними критеріями правового оцінювання є ідея права, що зводиться до принципів справедливості, та правові смисли. Стійкі, повторювані, необхідні відносини між смислами називають аксіомами правосвідомості¹⁶.

Розгляд компонентів правосвідомості в духовному вимірі людського життя зумовлює введення до наукового обігу поняття «правова совість». Почуття совісті в праві проявляється як постійна спрямованість суб'єкта на наближення об'єктивного права, його іманентної відповідності вимогам трансцендентального, ідеального права. Таке відчуття завжди націлене на відтворення гармонійно цілісних юридичних цінностей «совісного» права¹⁷.

Як зазначено вище, такі елементи психологічного механізму регуляції правової поведінки суб'єкта, як цінність, особистісний смисл, мотив і настанова, нерозривно пов'язані між собою. У процесі осмислення й оцінювання особою правових явищ на підставі правових знань і власного досвіду формуються оціночні судження (міркування), які є інтелектуально-емоційними за своїм характером. Проте наявність правових знань, поглядів, уявлень і оціночних суджень не свідчить про готовність особи до поведінкової реакції – практичних правових дій (бездіяльності).

Регулятивна функція правової свідомості реалізується насамперед завдяки правовим настановам, які синтезують у собі вплив інших компонентів правосвідомості та відображають готовність (схильність) особи до певної правової поведінки. Разом з тим, не слід забувати, що настанови впливають і на схильність особи до набуття певних правових знань та оцінки правових явищ, тобто є важливим чинником як регулятивної, так і когнітивної (пізнавальної) та ціннісної функцій правосвідомості. Отже, правова настанова – це готов-

ність (схильність) особи певним чином проявляти фізичну або психічну активність у світі правових явищ. Сукупність домінуючих правових настанов особи утворює її ціннісно-правові орієнтації, які визначають зміст, способи та інші характеристики її правової поведінки.

Правові настанови як складні інтелектуально-емоційно-вольові утворення важко піддаються раціональному пізнанню. Вони вкорінені у несвідомій сфері людської психіки, що споріднює їх з правовою інтуїцією. Інтуїтивні осягнення, здогади, прозріння, миттєві інсайти правового змісту є невід'ємними явищами людської психіки. Правова інтуїція присутня в тому чи іншому прояві в усіх сферах правової реальності. Тож не можна вважати позбавленими вагомих підстав погляди Л. Петражицького щодо поділу права на інтуїтивне та позитивне, які з урахуванням витончення (розмивання) «кордонів» між онтологією та гносеологією права в умовах посткласики набувають особливої актуальності.

Вчення Л. Петражицького про інтуїтивне право, його власний досвід самоспостереження правових психічних явищ і висновок про те, що переважна більшість правових переживань є непомітними, неусвідомлюваними для пересічного індивіда¹⁸, створюють методологічні та методичні (у тому числі психотехнічні) підвалини для вивчення несвідомої сфери правової психіки.

Значний внесок у наукову розробку таких підвалин зробили представники аналітичної психології юнгіанського напрямку, які розглядають психіку як енергетичну систему компонентів свідомого та несвідомого рівнів, що здатна до саморегуляції саме як цілісне утворення. Структурний (вертикальний) зріз психіки в юнгіанській моделі, даючи загальну схему психічного апарату, включає такі три рівні: 1) свідоме, 2) індивідуальне несвідоме, 3) колективне несвідоме, що ґрунтується на так званих «архетипах»¹⁹. До структури об'єкта правового самопізнання належить низка елементів усіх трьох рівнів.

Колективне несвідоме в певному розумінні «створює» і наповнює глибинним змістом реальність, у якій живе людина, структурує її життєвий час і простір. У такому контексті поза впливом архетипів не може перебувати і правова реальність, безпосередніми джерелами якої виступають правовий менталітет і правосвідомість. Дослідження взаємозв'язку та взаємодії зазначених феноменів – одне із найскладніших завдань сучасної юридичної науки. Традиційне науково-юридичне бачення чинників формування індивідуальної правосвідомості характеризується дистанціюванням від її глибинних психічних детермінант.

Таким чином, осмислюючи теоретичний доробок ряду вчених стосовно структури правосвідомості, слід констатувати множинність існуючих підходів, що ґрунтуються на різних світоглядних засадах і реалізуються у різних парадигмальних площинах. Уявлення кожного дослідника щодо складу власної правосвідомості детермінуються не лише соціально, але й екзистенційно. У контексті практичних завдань правового самопізнання очевидно, що кожен його суб'єкт має побудувати (чи обрати з представлених у науковій літературі) органічну для власного світогляду модель структури правосвідомості, яка обов'язково зазнаватиме змін, якщо процес пізнання себе буде відбуватися реально.

¹ Волковицька Н. Поняття правової свідомості та її структури: теоретичні і методологічні проблеми дослідження / Н. Волковицька // Юридична Україна. – 2010. – № 2. – С. 33.

² Андреев Д. В. Етносоціокультурні чинники формування національної правосвідомості (на прикладі судової системи Запорозької Січі XVII–XVIII століть): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.12 / Д. В. Андреев. – К., 2003. – С. 9.

³ Общественное сознание и его формы / Предисл. и общ. ред. В. И. Толстых. – М.: Политиздат, 1986. – С. 119.

⁴ Бачинин В. А. Философия права и преступления / В. А. Бачинин. – Х.: Фолио, 1999. – С. 266.

⁵ Цимбалюк М. М. Онтологія правосвідомості: Теорія та реальність: монографія / М. М. Цимбалюк. – К.: Атіка, 2008. – С. 72.

⁶ Калиновський Ю. Ю. Правосвідомість українського суспільства: генеза та сучасність: монографія / Ю. Ю. Калиновський. – Х.: Право, 2008. – С. 90.

⁷ Скаун О. Ф. Теорія держави і права: підручник / О. Ф. Скаун; пер. з рос. – Х.: Консум, 2001. – С. 462–464.

⁸ Цимбалюк М. М. Вказана праця. – С. 68, 74.

⁹ Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности / Л. И. Петражицкий. – Изд. 2-е., испр. и доп. – Т. 1. – СПб., 1909. – С. 77.

¹⁰ Улановский А. М. Феноменология в психологии и психотерапии: прояснение неотчетливых переживаний / А. М. Улановский // Московский психотерапевтический журнал. – 2009. – № 2. – С. 29.

¹¹ Там само. – С. 31–32.

¹² Петражицкий Л. И. Вказана праця. – С. 3, 30–31, 146.

¹³ Соколов Н. Я. Профессиональное сознание юристов / Н. Я. Соколов; отв. ред. Е. А. Лукашева. – М.: Наука, 1988. – С. 19.

¹⁴ Калиновський Ю. Ю. Вказана праця. – С. 82.

¹⁵ Малахов В. Міф про правові цінності / В. Малахов // Право України. – 2011. – № 8. – С. 181.

¹⁶ Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления / С. И. Максимов. – Х.: Право, 2002. – С. 187, 272–274.

¹⁷ Калиновський Ю. Ю. Вказана праця. – С. 77.

¹⁸ Петражицкий Л. И. Вказана праця. – С. 3–4.

¹⁹ Юнг К. Г. Либидо, его метаморфозы и символы / К. Г. Юнг; под. общ. ред. Белкина А. И., Решетникова М. М. – СПб.: Восточно-Европейский ин-т психоанализа, 1994. – С. 136.

Резюме

Гладкий С. О. **Склад правосвідомості у контексті правового самопізнання.**

У статті розглядається одна з ключових проблем теорії правосвідомості, що пов'язана з множинністю підходів до структуривання цього психічного утворення. Головна спрямованість авторського підходу до вирішення зазначеної проблеми полягає не в побудові оригінальної теоретичної моделі індивідуальної правової свідомості чи пошуку найкоректніших логічних засад класифікації її компонентів, а в з'ясуванні придатності теоретичного доробку сучасних учених для практичного правового самопізнання.

Ключові слова: правосвідомість, правове самопізнання, права самосвідомість, права психіка, несвідоме, права реальність.

Резюме

Гладкий С. А. **Состав правосознания в контексте правового самопознания.**

В статье рассматривается одна из ключевых проблем теории правосознания, которая связана с множественностью подходов к структурированию этого психического образования. Главная направленность авторского подхода к решению указанной проблемы состоит не в построении оригинальной теоретической модели индивидуального правового сознания или поиске корректных логических оснований классификации его компонентов, а в выяснении пригодности теоретических построений современных ученых для практического правового самопознания.

Ключевые слова: правосознание, правовое самопознание, правовое самосознание, правовая психика, бессознательное, правовая реальность.

Summary

Gladkyi S. **Composition of legal consciousness in the context of legal self-knowledge.**

This article discusses one of the key problems in the theory of legal consciousness. This problem is related to the multiplicity of approaches to the structuring of legal consciousness. The author does not seek to create an original theoretical model of individual legal consciousness or find the correct logical bases of classification of its components. Main focus of the author's approach to solving this problem is to determine the suitability of the theoretical constructs of modern scholars for practical legal self-knowledge.

Key words: legal consciousness, legal self-knowledge, legal mind, the unconscious, the legal reality.

Отримано 9.04.2014

УДК 340.12

А. М. БЕРНЮКОВ

Анатолій Миколайович Бернюков, кандидат юридичних наук, доцент Хмельницького інституту соціальних технологій ВМУРОЛ «Україна»

ОНТОЛОГІЯ ПРАВОВОЇ РЕАЛЬНОСТІ

Усе більше залучення української філософії права до західноєвропейського мислення актуалізує в нашій країні дослідження, пов'язані із з'ясуванням істинного змісту права. При цьому, спостерігаючи останнім часом позитивні зрушення у вітчизняній науці щодо заповнення вакууму знань з даного питання, разом з тим доводиться констатувати, що аналіз наукової розробки цієї теми свідчить про наявність великого масиву недостатньо висвітлених її проблем. Більшість публікацій з означеної проблематики характеризуються відсутністю якісного методологічного підходу, зокрема з позиції системності. У цьому сенсі варто зазначити в позитивному плані лише деякі роботи¹. Зважаючи на такий стан справ та враховуючи те, що право є наріжним каменем усіх юридичних парадигм, одним із нагальних завдань в Україні нині постає дослідження права з позиції онтологічної методології.

Створення соціальної реальності та подальше вивчення її змісту ознаменувалося відкриттям своєї «чорної» скрині, сформованої Онтичною абсолютністю, яка чекала часу свого розкриття вже з самого початку народження Людини розумної. На її дні ми побачили одну із типових буттєвих найзагадковіших невідомостей – проблему права, що притаївшись дивилася на нас із потаємною посмішкою Мони Лізи всієї глибиною своєї таємничості. З цих пір над розгадкою цієї сутності людина буттєво-приречено б'ється в муках свого історичного мислення. На перший погляд, простота правового явища насправді обернулася надглибинним та незвіданим гносеологічним змістом.

Людський дух, за своєю природою та місцем, де він народився і звідки прийшов, існував, володіючи абсолютною свободою. Однак, опинившись в реальному світі, душа одразу була одягнута у фізичне тіло як матеріальну умову життя у даному суцтоті. Таким чином, ставши вразливою через постійну потенційну можливість втрати своєї тілесної оболонки, духовна екзистенція мала миритися з природними обмеження-

ми, що витікали із закладених в таку буттєву даність змістів. Кайдани на людську свободу були одягнені також і соціумом, як середовищем співіснування людських індивідуумів. У результаті цього, в апіорі вільних особистостей, окрім власного розуму, з'явилися ще принаймні два господаря: фізичні та правові закони.

Необхідність у *ius*, як однієї з основних частин соціального простору, була виявлена самим суспільством з метою подальшого свого виживання та наступного розвитку. Правова реальність, в якості безумовної об'єктивності, постала важливим соціальним конструктом.

Потреба у правовому врегулюванні суспільних відносин з'явилася тоді, коли усвідомлена свобода суспільної поведінки індивідів вже не вписувалася у масштаб фрейму природно-інстинктивної керованості. Будь-який контакт з іншою людиною (зустріч, розмова, навіть сусідство, не кажучи вже про найпростіші угоди та розподілення участі у вирішенні соціальних питань), – негайно буттєво ставив питання про право і несправедливість, Моє і Твоє, взаємні зобов'язання, загальні для усіх закони тощо. Саме взаємоперехрещування людських «духів», конфлікт їх інтересів та свободи породжувало проблему *ius* з відповідним їй гносеологічним вирішенням у світлі взаємоузгодження, взаємообмеження через посередництво власної свідомості. З'ясувалося, що без такого регулятора, людина як соціальна істота, була безвихідно приреченою. Усе це й викликало появу правової реальності як практичного втілення та функціонування *ius* у соціумі у формі світу необхідно-вимушеного спілкування екзистенційно-автономних людських духів через своєрідну реципрокно ренервацію соціумної експектації, оформлену у відповідному нормативному полі.

Право, поява якого в нашому світі була викликана самим людським буттям, виявилось тією дієздатною «формою», яка повинна була «дати» людям в їхньому практичному житті велике благо – реальний нормативний алгоритм для регулювання суспільних відносин. За своєю суттю воно мало здійснювати функцію з урівноваження свободи особи та потреб соціуму. При цьому, *ius* повинно було оберігати суспільство від ентропічного колапсу шляхом формування формальної визначеності, сприяти нейтралізації дезорганізуючого начала в соціальному середовищі, виступаючи таким чином інтегруючим ядром. Зміст його природи, відтак, проявився у тому, що воно по-патерналістському повинно було створити всередині глобального об'єднання людей порядок, який би захищав окрему особу від насильницьких дій з боку інших суб'єктів через відповідні правові процеси під егідою суверенітету усього людства.

Отже, виникнення правової реальності диктувалося виключно соціальними чинниками. Закони сформувалися як неминуче обмеження для абсолютної свободи екзистенції людської душі в умовах спільного проживання в суспільстві. У свою чергу це породило напругу між державою (як творцем загальнообов'язкових нормативних приписів) та особою (суб'єктом їх виконання), оскільки постала небезпека в силу неадекватного відображення права в законі «перегнути палицю» у питанні такого «обмеження», тим самим створивши конфлікт гносеології з онтологією. Це пояснювалося тим фактом, що оскільки реалізація *ius* почала здійснюватися через закон, який продукувало суспільство, то з буттєвої точки зору це й поклато початок формуванню головного конфлікту реальності: людина через свою обмеженість у пізнанні почала неадекватно відбивати ідеальний зміст у зовнішніх правилах. У формальному відношенні про це свідчить вже хоча б той беззаперечний факт, що кожна історична епоха формує власне уявлення про необхідний правовий ідеал.

Безупинний розвиток у часі здійснює інфляцію цінностей через втрату їх суспільної значущості, позбавляючи тим самим свого високого статусу у сфері норморегулювання визначальні установки попередньої історичної доби. Тому одержати універсальне право, починаючи з глибин античності й аж до сьогодення так і не вдалося. Внаслідок цього вкотре доводиться констатувати, що усі нормативні акти, як суб'єктивний суспільний відбиток, – залишаються суто довільним явищем, – правильна об'єктивація *ius* у суцюзому стає заручником людської недосконалості. Усе це ще більше загострює дилемне положення, над яким замислюється будь-яка особа (щонайперше, перебуваючи насамперед у шкаралупі власної егоїстичної автономії), про те, для чого вона, власне, повинна дотримуватися приписів норм. Однак, як засвідчила історія, відсутність законів є не менш великим злом, аніж вимушена їх недосконалість.

Природне право, як ідеал регулювання соціальних відносин, отримує життя в матеріальному світі через візуалізаційну об'єктивацію в позитивній нормі. У зв'язку з цим, за своєю есенціальністю, право є глибоко онтичним, а за власною гносеологією – онтологічним.

За відсутності своєї об'єктивації *ius* існує лише як аморфна інтерсуб'єктивна ідея і в зв'язку з цим посуті сприймається як чиста примара, що не має коріння в самому бутті, перебуваючи поза ним, у безплотній порожнечі чистої ідеальності. Разом з тим тільки якщо у правовій вимозі ми усвідомлюємо голос, що йде з глибини всесвіту та відповідних онтичних обґрунтувань, його здійснення набуває для нас розумного смислу. Усе це обумовлено тим, що мета *ius* завжди одна – забезпечити безпосереднє гармонійне існування соціуму саме в фокусі людського буття у світі. У зв'язку з цим сутністю правової реальності, як явища світу суцюзого, виступає норма «*naturales*». Останнє за своєю первинною онтологічною сутністю, як один із буттєвих змістів, що існує в ідеальному світі, є об'єктивною дійсністю. Однак, оскільки природне *ius* буттєво проявляється через людську гносеологію, оживаючи в матеріальному світі позитивної норми, то в такому розумінні воно стає суб'єктивним. Саме реалізація в інтерпретації в якості онтогносеологічного процесу, фактично, і становить суть правової реальності, в якій ми живемо. Людські домисли щодо універсальних нормативних основ добудовуються в ідеальну частину нашого світу, як його штучно створений зміст, у результаті герменевтико-епістемологічного осмислення відповідної сфери належної онтичності. У зв'язку з цим постійний процес онтогносеологічного пізнання метафізичної частини буття вцілому, та ідей права зокрема, і призводить до проліферації в юридичній галузі суспільства.

Позитивне право без природного – це привид, який лише ненадовго постає в дзеркалі волюнтаризму законодавця. Намагання створити норму без огляду на ідеальні універсальні правила, які існують в належному бутті, – це спроба виготовлення своєрідного Франкенштейну. Здійснення такого проекту завжди запрограмоване на неуспіх в силу своєї мертвої штучності. Неприродне формування *ius* – це вже апіорі нездійснена реалізація «перпето мобіле». Така нежитездатність буде завжди приречено дзвеніти в зіяючій пустоті правового ніщо, і якщо подивитися у таку прірву *квазі-ius*, то можна побачити, як ця безодня дивиться на нас своїми пустими очима.

Отже, позитивне право – це відповідь на виклик дійсності та спосіб розкриття належної буттєвості. У ньому потенція перетворюється на актуальність. Буття кидає виклик людині, примушуючи її втілювати правові ідеї у суще. При цьому розвиток системи законів та соціуму йдуть паралельно один одному, взаємно визначаючись. У ході нашого поступального історичного руху розвиваються і наші уявлення про істинний зміст *ius naturale*: якщо колись нормативний велосипед був недосконалий, то тепер він значно зручніший. Таким чином, людина, що переводить право в наявну дійсність, а по суті відкриває потаємність буття, покроково йде назустріч світу і самій собі.

Природне право ж за своєю буттєвою сутністю постає в якості ідеального, чистого, оригінального, універсального, єдиного, незмінного, дійсного, справжнього, розумного та правильного змісту, який у разі його дотримання завжди веде до істини та справедливості. Відповідно позитивна норма (як суб'єктивна форма втілення *ius naturale* у суще) – це є лише результат спроби копіювання, тому вона є штучною, неприродною, людською, тобто постає в якості гносеологічно-мінливого, нестабільного, умовного явища.

Таким чином, законодавство та сутність *ius* – це два різних за своїм онтичним змістом феномени: перше – є прояв оформлення правової ідеї в реальність сущого; друге – буттєва потаємність, яка просочується у наш матеріальний світ через її осмислення шляхом людського трансцендентування. Цей дійсний зміст проявляється через людину як гносеологічний ретранслятор в її існуванні: мисленні, діяльності, створених нею речах. Саме тому закон, як продукт експлікації належної дійсності в наявну реальність, є результатом редуціювання «правового змісту» відповідно до людського розуму. Причому таке «запитування» є не просто процесом роботи мислення, а направленістю людини до світу, діалог із ним та навколишньою дійсністю.

Що-небудь створюючи (в тому числі й право), людина входить в наявне суще не просто як звичайна «штатна одиниця», але завдяки своїй активності творця виступає центром його цілокупності. У зв'язку з цим наявна дійсність стає глибоко антропологічною, як така, що осмислена розумом душі. Буття без людини можливе, але воно не повністю змістовне, оскільки в такому разі не піддається суб'єктивному рефлексивному когнітуванню, що залишає ланцюжок буттєвої актуалізації неповним. Так, у гаражі може стояти шикарний автомобіль, але якщо ним не користуватися, тоді відпадає необхідність в його існуванні: він не виконує свого призначення, не має цілі, а тому буттєва присутність його тут є невиправданою.

Позитивація права надає йому статус реальності у сущому, відміченої печаттю людини. У результаті цього воно постає в іпостасі елементу середовища, засвоєного через суб'єктивне осмислення світу. При цьому *ius* втілює у собі усвідомлену потребу людини відчути себе частиною єдиного Цілого. Відповідно, соціальний устрій та суспільна свідомість стають зрозумілими, коли складається «кольорова гамма» вибудованої ними правової реальності.

Отже, основна конститууюча онтологічна експлікація артикулюється в наступному апроксиматичному положенні: імпліцитна іманентність в есентивності буття *ius* (як безумовна онтична еманация та аподіктично-асерторичне модальне торжество його холізматично-реляційної, амбівалентно-корегентної та полідуо-компонентної конструкції «зміст-форма») метачастини юснатуралістичного характеру □ є своєрідною сублімацією правової реальності, що відповідним чином актуалізує гносеоло-аплікативну визначеність позитивної норми як в процесі законотворення, так і під час застосування.

Головна ж онтологічна проблема юриспруденції полягає в тому, що глибинний правовий зміст людині важко розгледіти, оскільки для цього потрібно постійно трансгресувати в глибинність буття, в якому й перебуває *ius naturale*. Останнє, як і будь-яка інша ідеальна сутність, існує там в зачасовому та позапросторовому вимірах, – у такому «голому» форматі воно не може функціонувати в суспільстві, тобто інтегруватися в соціальну реальність. При спробі ж його легітимації через об'єктивацію (в силу гносеовластивостей людини як суб'єкта) і відбуваються відповідні метаморфози із належним правом: в світі сущого суть викривляється.

Правова реальність створюється людиною шляхом відповідних підказок Того, що стоїть за її спиною з позиції віддаленості за лінією належного. Ідея *ius* намагається постійно зникнути за горизонтом під час наших спроб гносеологічного руху до неї. Тому реальна норма – це завжди компроміс між природним правом та максимумом його пізнання в конкретних історичних умовах.

Відтворення ідеї у нормі – процес тривалий та надскладний. Побудова найбільш досконалого правового будинку є справою усього людства. Це обумовлено насамперед, що форми будь-якої споруди, відтвореної з проекту, повинні бути визначені з максимальною точністю. Однак на практиці, з онтологічної точки зору, створюються дешеві декорації, оскільки штучність права, породжена з необхідністю соціальною історичністю, превалює над його справжнім змістом. Попри це, основу нашого «правового будинку» вже закладено, а його подальша імпліцитна поліваріантність збуджує уяву та часто дезорієнтує людей, вводячи їх в оману щодо наступних «поверхів». При цьому, однак, побудований людством фундамент має значну цінність, адже він хоч би дає змогу визначити основні рамки поняття «фальсифікату» *ius*.

Побудова правового будинку висуває ряд необхідних умов як об'єктивного, так і суб'єктивного характеру. Необхідно врахувати багато обставин, володіти тонким смаком, шанобливо поставитися до задумів попередніх «архітекторів». Дана споруда вимагає й глибокого філософського осмислення саме з точки зору того змісту, який вона отримає «після будівництва». Слід також мати на увазі, що правова думка завжди зазнає значних змін: з'являються нові плани щодо добудов, з часом відкидаються старі будівельні пропозиції, відбувається осучаснення. При цьому важливо зрозуміти, чим керується влада, зупиняючи свій вибір на тому чи іншому варіанті норми. Однак, оскільки не кожна держава демонструє глибокі пізнання в сфері правового будівництва, тому, постійно існує драматизм взаємин влади та суспільства з приводу призначення закону та існування *ius*.

Кожна правова побудова є знаковою для своєї епохи з точки зору монументальності, демонструє силу й могутність держави, блиск і розкіш її атрибутів, пишність та амбіційність офіційних проектів, спадкоємність попередніх традицій. Реконструкція такого будинку, який є головним храмом у країні, з приходом наступних державотворців позначає і новий етап взаємовідносин суспільства і влади. Однак остання досить віддає перевагу масштабності, парадності, величі, мало піклуючись про істинні цінності. Справжність, правова достовірність відходять на задній план. У силу цього ігнорується положення про те, що будівництво правової реальності зберігає сенс лише при дотриманні ряду умов, які забезпечують відповідність поставленому завданню. Тому проекти відтворення *ius*, які виділяються своєю амбітністю, мають і відповідну суспільно-політичної значимістю, а отже, мають привертати пильну увагу та викликати численні дискусії. При цьому важливо дати відповіді на питання про ступінь доцільності та причини звернення саме до такої форми. Для цього, по-перше, необхідно розглянути соціокультурну поточну ситуацію, в якій відбувається правовідтворення. По-друге, потрібно детально проаналізувати причини, відповідно до яких влада «націлюється» на одні законодавчі моделі, а інші вже не набувають свого розвитку або взагалі остаточно відкидаються.

Іноді виникає й велика спокуса побудувати замість складного, але добротного будинку сучасну будівлю (що швидко, але неякісно будується) «під природне право». У результаті такі новобудови перетворюються на гігантські, дорогі, іноді дуже показні (але не ефективні та фальшиві) конструкції, які не викликають довіри з боку суспільства. У цих випадках отримання сьогочасної вигоди превалює над вічними істинами. Водночас, незважаючи на те, що проблема нових «поверхів» законодавчої системи існує і вона досить гостра, важливо поставити заслін надмірній «комерціалізації» та окомілюванню правової культури та зберегти міцний фундамент вже отриманого розуміння *ius* для майбутніх поколінь.

Таким чином, «тіло» правового будинку є непростим багатошаровим соціокультурним явищем. Воно повсякчас розбудовується та постійно змінюється – одне руйнується, а щось нове конструюється. Законодавча архітектура вбудовується в соціальний контекст сучасності. Такі риси цього процесу, як широке використання в нових надбудовах витворів попередніх епох та, водночас, певне критичне осмислення традицій минулого, сприяють правовідтворенню. Причому відбувається перетинання історико-культурних, політичних, релігійних, групових, комерційних та інших інтересів доцільності. Це викликає примітивізацію ставлення до право будівництва, втрачається поліфонія його сприйняття.

Загальні стильові риси відтворення проекту змісту *ius*, співрозмірність масштабів правової будівлі в єдиному суспільному ансамблі, точність повторення фасадів, ретельне відображення та наповнення відповідними художніми деталями, оснащення інтер'єрів усіма необхідними атрибутами, створення того чи іншого дизайнерського внутрішнього пейзажу та загального практичного й естетичного враження в цілому залежать вже від конкретної цивілізації. Даний вигляд правової конструкції дає нам уявлення про рівень розвитку конкретного соціального середовища.

Разом з тим, навіть у випадку повного правовідтворення сьогодні, такий стан справ може призвести до вельми невтішних результатів, в силу неготовності до цього сучасного соціуму. Це все одно, що надати, наприклад, в користування людині Х ст. літак. Вона, не зрозуміє цього та не оцінить такого подарунку, він їй не потрібен, оскільки для неї звично та зручно пересуватися кінями. Таким чином, абсолютна симульативна субсумція природного права позитивним, по-перше, в принципі поки що неможлива, а, по-друге, навіть якщо така абсолютна ідеальність колись в далекому майбутньому і буде втілена, то це означатиме кінець людської історії, адже тоді головне соціальне завдання, – усезагального благоденства, – буде досягнуто, а отже, зникнуть усі рушійні стимули до подальшого розвитку – розпочнеться регрес суспільства, аж до повного його знищення.

Не менш важливим також є те, що в праві містяться безумовні загальні властивості, які пов'язують усіх людей. Онтоможливість його існування полягає в наявності метафізичної єдності людства. Ця спільність між людськими екзистенціями є тією духовною силою, що діє у нашому світі, його міцним цементуючим соціальним началом. Природа правової реальності за своїм історичним походженням є такою, що існує не сама по собі, а функціонує лише всередині того соціумного контексту, який і сформував її. Причому у такій конструкції втілюється й розгортається увесь потенціал сутнісних сил людини та спектр її духовних потенцій. У зв'язку з цим, в правомисленні життєво необхідна присутність «антропологічної серцевини», дослідження якої дає змогу вийти через теоретичні лабіринти до людини як онтологічно-первинної одиниці матерії, для якої, власне, і призначене *ius*.

Суть антропологічної позиції щодо права полягає у тому, щоб, з одного боку, подати його як те, без чого будь-яка особа не зможе існувати, а, з іншого боку, – виявити в структурі антропобуття такі моменти, що в своєму зовнішньому вираженні створюють відносини, врегульовані нормами. Завдяки цьому, по-перше, вда-

ється глибше проникнути у сутність юридичної реальності через осягнення природи *homo sapiens*, а, по-друге, – відбувається краще розуміння людського ества через пізнання сутності *ius*. При цьому, очевидно, що такий підхід принципово протистоїть позитивістському пошуку, який, як відомо, здійснюється за низхідним принципом замкнутої схемою держава-норма.

Сьогодні вже ні в кого не викликає сумнівів, що в основі будь-якого правопорядку в державі лежить безумовне визнання особистості та реалізація її насамперед духовних потреб. Причому головним призначенням закону стає не примус, а гарантія, як засіб забезпечення вільного та повноцінного розвитку людини. Позитивне право має гарантувати почуття власної «духовної гідності», що здійснюється в реалізації особистого життєвого простору індивідууму через самоствердження душі в ціннісних параметрах усього буття.

Сучасне впровадження природного права в позитивне – змінило багатоміжковий історичний статус людини зі звичайного «гвинтика» великого механізму на рівноправний із ним суб'єкт. Таким чином, колись створена соціумом держава (як форма організації суспільства з метою природного виживання в нашому складному світі), яка поступово безпідставно піднялась над особою, нині виправдано отримали собі лише звичайний інституціональний статус.

Процес правопізнання через саморозуміння триває. У результаті цього *ius*, будучи соціально-буттєвою необхідністю існування людини у наявному світі, вимагає не замикатися у вже зафіксованих соціумом межах юридичної дійсності, а залишати її завжди відкритою для творчих трансгресій буттєвого самоосмислення. Саме наявність суб'єктивного світу, з його штучно виробленою позитивною нормою, і створює унікальну дивергенцію між онтологією та гносеологією правової реальності. Причому гетерогомія закону має завжди визначатися *ius naturale*, оскільки саме друге виступає прескриптивним приматом щодо першого.

Таким чином, буття права в своєму існуванні являє собою цілісну єдність своїх частин. Дискретним воно є тому, що паралельно реально та об'єктивно існує два його світи – «природне» та «позитивне», а завдяки тому, що вони мають бути співвідповідні, це формує його континуальність. Отже, *ius*, за своєю змістовною структурою – онтологічне, але у своєму прояві в існуючій дійсності – гносеологічне. В силу цього правова реальність постає не тільки як один із рівнів буття, але і як умова його пізнання.

¹ Козловський А. Право як пізнання: Вступ до гносеології права. – Чернівці: Рута, 1999. – С. 295; Мадіссон В. Онтологія приватного права // Право України. – 2001. – № 1. – С. 9–34; Максимов С. И. Правовая реальность как предмет философского осмысления: Дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.12 / Национальная юридическая академия им. Я. Мудрого. – Х., 2002. – 434 с.; Цимбалюк М. Правова реальність та онтологія праворозуміння // Право України. – 2007. – № 12. – С. 22–26.

Резюме

Бернюков А. М. Онтологія правової реальності.

У даній статті піддається аналізу буття правової реальності в світлі розвитку західноєвропейської філософсько-теоретичної думки. При цьому автор проводить своє дослідження з позиції комплексного методу. У результаті цього, охоплюються всі рівні правової реальності. Такий науковий погляд допомагає також розкрити усю глибину юридичної античності в цілому. Подібного роду філософсько-правовий підхід до правової реальності, як актуального та важливого питання нашої науки, є методологічно обґрунтованим.

Ключові слова: право, буття права, правова реальність, філософія права, правова онтологія.

Резюме

Бернюков А. М. Онтология правовой реальности.

В данной статье подвергается анализу бытие правовой реальности в свете развития западноевропейской философско-теоретической мысли. При этом, автор проводит своё исследование с позиции комплексного метода. В результате этого, охватываются все уровни правовой реальности. Такой научный взгляд также позволяет раскрыть всю глубину юридической античности в целом. Подобного рода философско-правовой подход к правовой реальности, как к актуальному и важному вопросу нашей науки – методологически обоснованный.

Ключевые слова: право, бытие права, правовая реальность, философия права, правовая онтология.

Summary

Bernuykov A. The ontology of legal reality.

In this article life of legal reality in the light of development of the West European philosophical and theoretical thought is exposed to the analysis. Thus, the author conducts the research from a position of a complex method. As a result of it, all levels of legal reality are covered. Such scientific view also allows to open all depth of legal antiquity as a whole. Philosophical and legal approach of this sort to legal reality as to a topical and important issue of our science – methodologically reasonable.

Key words: law, being of law, legal reality, legal philosophy, legal ontology.

Отримано 3.03.2014

О. М. ВОЛОЩЕНКО-ВІСЛОБОКОВА

Ольга Миколаївна Волощенко-Віслобокова, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України

**ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ЧЕНЦІВ
ЗА НОРМАМИ КАНОНІЧНОГО ПРАВА**

Подальша стратегія розбудови правової держави та громадянського суспільства на новітньому етапі розвитку України потребує дотримання задекларованих стандартів соціально-правової держави, зокрема, прав і свобод людини і громадянина. Ключовим з них є право на свободу думки, совісті і віросповідання. Вивчення та переосмислення ставлення до церкви, норм церковного права, окреслить напрямок вдосконалення відносин між державою і церквою, як однією з інституцій сучасного громадянського суспільства, дасть змогу сучасним правникам удосконалити законодавство, що визначає статус спільнот віруючих в Україні; уточнити їх права та обов'язки.

Мета статті полягає у визначенні особливості правового статусу ченців як особливої спільноти християн за нормами канонічного права.

Правовий статус ченців як особливої групи християн досить детально висвітлено авторами підручників з православного та католицького канонічного та церковного права І. Бердниковим, М. Суворовим, О. Павловим, М. Горчаковим, В. Ципіним та дослідниками В. Бенешевичем, В. Поспішілом, Л. Джерозою, Каллістом¹ та ін. Але в межах запропонованої статті спробуємо висвітлити предметно саме особливості правового статусу ченців як окремої спільноти християн.

Важливою складовою сучасного правового життя певної частини українського суспільства є норми канонічного (церковного) права, які регулюють відносини всередині християнських спільнот. Однією з таких спільнот є ченці. Слово чернець походить від грецького *μοναχός* «одинак, самотник, пустельник» та означає особу, яка відмовилась від світського життя та веде аскетичне в рамках чернечого згромадження (у спеціальних гуртожитках, монастирях, скитах-лаврах) або в цілковитому усамітненні². Інститут чернецтва відомий таким релігіям, як християнство, індуїзм та буддизм.

У православному та католицькому церковному праві чернецтво виділяється як окремий стан. Автор підручника з церковного права протоієрей В. Ципін зауважує, що «монашествуючі виділяються [як окремий стан] не служінням, а особливим способом життя...». Досить влучно це ілюструє грецька термінологія, продовжує він, де є «...ділення церковного народу. Одне – по відношенню до служіння: «κληρικός» (клірик) і «λαϊκος» (мирянин), а друге – по відношенню до способу життя «μοναχος» (монах) і «κοιτικός» (мирянин)»³.

Також католицький каноніст Ліберо Джероза зазначає, що за канонічним правом є три стани, рівні між собою: миряни, священнослужителі і ченці, але «кожному з них властиве власне покликання і перелік специфічних прав і обов'язків»⁴. Для Греко-католицької церкви чинний Кодекс канонів Східних церков встановлює три стани серед християн-вірних: миряни, клир і чернецтво⁵.

Чернецтво з'явилося у християнстві як форма втілення аскетичного ідеалу, яке є відображенням дуалістичного світорозуміння, в протиставленні духа і тіла, добра і зла. Воно вважається наймогутнішим засобом для досягнення вищого духовного життя. Мета чернецтва – духовне самовдосконалення, набуття моральної духовної сили для спасіння душі. За церковними настановами, чернече життя – доля небагатьох обраних, які мають покликання, тобто непереборне внутрішнє прагнення посвяченого життя, цілковитого присвячення себе служінню Богу.

Чернече життя існує у двох видах: у формі чернецтва відлюдного або скитського, та гуртожитного. Очевидно, що для монахів, які проводили відокремлене, усамітнене життя, не було потреби у створенні зовнішніх приписів та постанов. Кожен відлюдник керувався у своїх подвигах або своїми власними міркуваннями, або ж настановами та порадами старців, біля яких в більшості випадків оселялися нові іноки.

У гуртожитних монастирях необхідним було встановлення тих чи інших правил на різні випадки життя, тих чи інших приписів, якими б керувалися ченці. З розвитком християнства такі правила узагальнювались та знаходили своє відображення в монастирських уставах. Найдавнішим уставом чернечого життя вважається Устав преподобного Пахомія Великого (IV ст.). За ним, за часом створення, йдуть «Правила чернечі» св. Василя Великого (IV ст.), Устав прп. Іона Кассіана Римлянина (V ст.), Устав прп. Бенедикта Нурсійського (VI ст.) та ін. Візантійська традиція нараховує велику кількість таких уставів, які укладали ігумени, архієреї, які засновували монастирі. Найважливішими для розвитку гуртожитного монастиря вважаються устава: Єрусалимський VI ст. (прп. Сави Освяченого) та Студитський IX ст. (прп. Феодора Студита). На думку вчених, Єрусалимський устав був створений під впливом уставів преподобного Пахомія і св. Василя Великого. Студитський устав був запроваджений серед слов'ян преподобним Феодосієм Печерським у Києво-Печерській Лаврі. Він залишався у вжитку до XIV ст., після чого поступився Єрусалимському уставу⁶.

Спільним правилом для багатьох уставів чернечого життя є вимога попереднього випробування для всіх, хто бажає прийняти чернечий постриг перед наданням непорушних обітниць. Люди, які проходять попередні випробування, називаються послушниками. Вони живуть у монастирях, виконують різні послухи («послушання») при богослужбах та у монастирському господарстві. Якщо вони протягом тривалого терміну випробування виявляються спроможними прийняти чернецтво, то їх одягають в неповне вбрання інока, зі встановленими молитвами, й відтоді називають рясофорами, з правом носіння ряси і скуфії, щоб в очікуванні повного чернецтва вони ще більше стверджувалися на обраному шляху.

Прагнення порятунку душі поєднується у ченців із загальноцерковним завданням. Намагаючись молитвою та покаанням служити ближнім, частина чернецтва залишається в контакті з світом, виконуючи також справи милосердя, прислужуючи у закладах, які перебувають під церковною опікою – сиротинцях, домах для літніх та немічних, школах, лікарнях, й взагалі опікуючись хворими та особами, що потребують допомоги, тощо.

Кандидатами до чернецтва, на відміну, наприклад, від духовенства, можуть бути всі християни, які, згідно 43 правила Трульського собору, забажали «вступити до монастиря, прийняти чернечий постриг, навіть якщо би були викриті в будь-якому гріхопадінні»⁷.

Перед зверненням намісника до церковного керівництва про вступ до монастиря, у кандидата на постриг перевіряється досягнення повноліття, стан психічного розвитку; боргові, родинні та громадські обов'язки; перебування під судовим слідством у кримінальній справі. Також перевіряється наявність особистого вільного наміру прийняти постриг. Намісник випробовує кандидата на знання змісту чернечих обітниць та основ чернечого життя. У випадку будь-яких сумнівів, вагань чи неадекватної поведінки кандидата постриг відкладається.

Класичне чернецтво має два ступеня, які грецькою називаються мала схима й велика схима. Але практика Церков візантійського обряду визнає окремою категорією ченців також вже згаданих вище рясофорів, осіб, які лише готуються прийняти чернечий постриг»⁸. На це звертає увагу автор підручника зі Східного католицького церковного права В. Поспішил, говорячи про три ступеня чернечого статусу – рясофорат, малу схиму, ангельську схиму⁹.

Малу схиму ще називають мантийним чернецтвом – беручи постриг і обітницю малої схими, людина повністю відмежується від мирського життя. Приймаючи постриг, чернець зазвичай дістає нове ім'я, ніби народжуючись заново, що підкреслює відмову від попереднього життя. Чернець приймає обітницю: послуху (відмова від своєї особистої волі та підпорядкування Статуту й монастирській владі); безшлюбності та цнотливості у новому житті; безкорисливості (бідності та відмови від володіння особистою власністю). Також до обітниць ченця додається обов'язок безперервної молитви та постування.

Часто постриг в малу схиму здійснюється під час літургії, після якої монаха урочисто одягають в хітон, параман, пояс, рясу, мантию (вона також називається паллій), клобук, сандалі та дають в руку вервицю.

Велика схима – це найдосконаліше відречення від світу для поєднання з Христом. Чернець, який прийняв велику схиму, інакше – великий ангельський образ, називається схимонахом, або схимником. Постриг інока у велику схиму відбувається урочисто і довше, ніж у малу.

Великосхимник дає особливі обітницю, при цьому йому знову змінюють ім'я. Великосхимники зазвичай живуть окремо від іншої братії і не відправляють ніякі послухи крім безперервної молитви.

Обітницю великої схими по суті є повторенням обітниць малосхимника, але, слідом за повторенням, зобов'язують до ще суворішого їх дотримання. У давнину великосхимники давали додаткову обітницю – закритися в самотній печері як у труну й тим самим повністю померти для світу, залишившись з єдиним Богом¹⁰. Великосхимництво походить від прагнення здійснювати вищі чернечі подвиги, якими є самітницьке або пустельне життя.

Як вже було зазначено, особам усіх ступенів чернецтва після обряду постригу норми церковного права приписують, відповідно до виголошених обітниць, дотримуватись *послуху*, *цнотливості* та *безкорисливості*. Обітниця *цнотливості* означає заборону статевих зносин, перебування у шлюбі чи його укладання та ін. Обітниця *безкорисливості* передбачає заборону правилами (3-м та 4-м канонами Халкідонського собору) ченцям вступати у майнові відносини – своєю власністю особа має розпорядитись до вступу в чернецтво. А дотримання *послуху* передбачає обов'язкове виконання кожним, хто проживає в монастирі будь-якої роботи. Конкретний послух залежить від способу життя монастиря. У число послухів зазвичай входять: прибирання приміщень, служіння у вівтарі та храмі, спів та читання під час богослужіння та ін. Іноді послух відбувається поза стінами монастиря (наприклад, допомога у проведенні богослужінь у лікарні або в'язниці).

Крім основних обітниць чернечий спосіб життя виявляє себе у зреченні від світу (заборону спілкування з зовнішнім світом у справах, що не стосуються монастиря без погодження з його керівництвом), у покаянні, у посиленому пості та молитві, у тверезості та малослів'ї, у братолюбстві та любові до подорожуючих, у смиренні та лагідності, у прагненні морального вдосконалення»¹¹. Посилений піст передбачає виключення з раціону м'яса.

Межі участі ченця у підприємницькій діяльності, яка ведеться виключно в інтересах монастиря, також визначаються керівництвом цієї церковної установи. Церковні правила забороняють ченцям виконувати обряди та таїнства, й навіть бути хрещеними батьками. Тобто, обряд постригу не є обрядом висвячення (хіротонії) або таїнством посвячення у священний сан¹².

Зняття з себе даних Богу чернечих обітниць вважається й тяжким гріхом, й злочином. З ченцем, який прийняв рішення про полишення монастиря та чернецтва, намісник проводить бесіди, переконуючи його відмовитися від такого вчинку. У випадку безуспішності цих бесід намісник повідомляє про це єпархиального архієрея (священноархимандрита монастиря), який видає указ про відрахування вказаної особи з числа мешканців обителі та позбавлення його права носіння чернечого одягу, а також права називати себе ченцем та чернечим ім'ям.

Отже, чернецтво – це не тільки особлива спільнота вірних, яка має своє визначене місце у структурі християнської церкви. Це також частина населення України, яка й сьогодні, в третьому тисячолітті, за умов невинного занепаду духовності та засудження самопожертви заради нематеріальних цілей та любові до ближнього, живе за особливими правилами життя, має особливі права та обов'язки. І хоча динаміка зростання кількості ченців та черниць дещо уповільнилась за останні роки, на фоні європейських країн українська статистика виглядає вражаюче. Феномен чернецтва у сучасному українському суспільстві, соціальне підґрунтя цього явища та його правові основи варті подальшого спеціального дослідження.

¹ Бердников И. С. Краткий курс церковного права – Казань, 1888. – 468 с.; Суворов Н. С. Учебник церковного права. – М., 1912. – 531 с.; Павлов А. С. Курс церковного права – СПб., 2002. – 384 с.; Горчаков М. И. Церковное право. – СПб., 1909. – 338 с.; Бенешевич В. Н. Древнеславянская кормчая 14 титулов без толкований – СПб., 1907. – 840 с.; Цытин В. А. Церковное право. Курс лекций. – М.: Изд-во МФТИ, 1996. – 442 с.; Поспішил В. Д. Східне католицьке церковне право. – Л., 1997. – 616 с.; Джероза Л. Церковне право. – Л., 2001. – 336 с.; Каліст (Уер), єпископ Дюклійський Православний шлях / Пер. з англ. – К.: Дух і літера, 2003. – 164 с.

² Христианство. Словарь. – М., 1994. – С. 164, 290.

³ Цытин В. А., прот. Церковное право. Курс лекций. – М., 1994. – С. 135.

⁴ Джероза Л. Церковне право. – Л., 2001. – С. 172.

⁵ Кодекс Канонів Східних церков, проголошений Іваном Павлом II. – Л., 1995. – С. 41.

⁶ Монастырский устав – http://ru.wikipedia.org/wiki/Монастырский_устав

⁷ Правила Православной Церкви с толкованиями Никодима, епископа Далматинско-Истрийского. – М, 2001. – Т. I. – С. 529.

⁸ Вениамин, архиеп. Нижегород и Арзам. Новая Скрижаль. – М., 1992. – Т. 2. – С. 398.

⁹ Поспішил В. Д. Східне католицьке церковне право. – Л., 1997 – С. 215.

¹⁰ Хейзинга Й. Осень средневековья. – М., 1988. – С. 90–101.

¹¹ Внутрішній устав Спасо-Преображенського Угорницького чоловічого монастиря – <http://ugornyky-monastyr.if.ua/732/>

¹² Цытин В. А. Вказана праця. – С. 179–180.

Резюме

Волощенко-Вислобокова О. М. Особливості правового статусу ченців за нормами канонічного права.

Розглядаються особливості правового статусу чернецтва за нормами канонічного (церковного) права в умовах сучасності. Здійснено огляд правових вимог до особи, що бажає стати ченцем. Розглянуто стани чернечого життя. Розкрито зміст чернечих обітниць. Визначено умови виходу з монастиря.

Ключові слова: ченці, канонічне (церковне) право, монастирські устави, чернечі обітници, чернечі ступені.

Резюме

Волощенко-Вислобокова О. Н. Особенности правового статуса монашества по нормам канонического права.

Рассматриваются особенности правового статуса монашества в соответствии с нормами канонического (церковного) права в условиях современности. Осуществлен обзор правовых требований к лицу, желающему стать монахом. Рассмотрены состояния монашеской жизни. Раскрыто содержание монашеских обетов. Определены условия выхода из монастыря.

Ключевые слова: монахи, каноническое (церковное) право, монастырские уставы, монашеские обеты, чины монахов.

Summary

Voloshchenko-Vislobokova O. Features of the legal status of the monks according to norms of canon(church) law.

The article deals with the peculiarities of the legal status of monasticism to the norms of canon law in the present. The review of the legal requirements for a person wishing to become a monk. This article describes the state of the monastic life. The content monastic vows disclosed in the article. The author identified ways out of the monastery.

Key words: monks, canon (church) law, monastic charters, monastic vows, ranks monks.

Отримано 2.04.2014

В. О. ДЕСЯТНИК

Володимир Олексійович Десятник, кандидат юридичних наук, професор Київського університету права НАН України, адвокат

МЕТОДОЛОГІЧНИЙ ЕСЕНЦІАЛІЗМ ТА ЮРИДИЧНЕ МИСЛЕННЯ

Карл Поппер (1902–1994 рр.), один із найвидатніших філософів ХХ ст., методологічним есенціалізмом назвав оспорювану ним теорію, згідно з якою метою науки є виявлення, розкриття *сутності, справжньої природи* чуттєвої речі, її прихованої реальності та опис за допомогою визначення. Методологічні есенціалісти вважають, що у сутність речі можна проникнути, заглибитися, розпізнати її за допомогою *інтелектуальної інтуїції*, що кожна сутність має тільки їй властиве ім'я, за яким названо чуттєві речі, і що її можна описати словами¹. Методологічні есенціалісти стверджують, що наука повинна шукати *остаточне пояснення* у термінах сутностей; якщо можливо пояснити поведінку якої-небудь речі термінами її сутності – її сутнісних властивостей, то жодних питань у подальшому не може виникнути, та вони й не повинні виникати² (курсив мій – В. Д.).

Критика К. Поппером цієї вкрай поширеної теорії міститься в його знаменитих творах «Відкрите суспільство та його вороги» (1945 р.), «Злиденність історизму» (1957 р.), «Об'єктивне знання: еволюційний підхід» (1972 р.) та деяких інших.

Ця теорія домінує в суспільних науках, в тому числі й в таких ґрунтовних філософсько-правових дослідженнях, як «Філософія права» Г. Радбруха³, «Філософія права» В. С. Нерсесянца⁴, «Право як пізнання: Вступ до гносеології права» А. А. Козловського⁵, «Фундаментальні проблеми методології права» Л. В. Петрової⁶, а також в численних загальнотеоретичних та галузевих юридичних дослідженнях.

Провідні українські правознавці Ю. С. Шемшученко, В. Я. Тацій, Ф. Г. Бурчак, М. І. Козюбра, В. В. Копейчиков, М. І. Рабінович та ін. одностайні у тому, що розробка методологічних засад українського правознавства лише започатковується⁷.

Отже, завданням цього дослідження є спроба чіткого викладу аргументів К. Поппера та інших філософів проти методологічного есенціалізму з метою обговорення правознавцями можливості поступової відмови від цієї теорії у правових дослідженнях, запровадження в них методологічного номіналізму, використання правознавцями концепції критичного раціоналізму К. Поппера та його методу спроб і помилок, припущень та спростувань.

Значення творів К. Поппера в контексті філософських ідей ХХ ст. настільки велике, пише український філософ В. Лісовий у передмові до «Злиденності історизму», що інтерес до них виходить поза межі професійного. Так звана «матеріалістична діалектика» підтримувала в мисленні і природодослідника, і соціального науковця ряд таких стереотипів, джерела яких іноді є дуже глибокими: їх подолання не може здійснюватись шляхом простого заперечення марксистської філософії⁸.

В. Лісовий справедливо стверджує, що вивчення твору «Злиденність історизму» дасть читачам змогу свідомо підійти до осмислення того, «як ми мислимо», до свідомого вибору більш перспективних філософських концепцій у філософії суспільства та філософії історії. Для багатьох, як і для нього свого часу, переконаний автор, враження від цього твору буде, він переконаний, незабутнім⁹.

Для розуміння методології в галузі соціальних наук важливо зупинитися, підкреслює В. Лісовий, на критиці К. Поппером «есенціалізму». Критика «есенціалізму» важлива також з огляду на деякі методологічні стереотипи, характерне сьогодні для багатьох науковців-гуманітаріїв в Україні. У мисленні сучасної людини методологія есенціалізму проявляється тоді, коли думають, що загальне поняття (загальний термін) «відображає» загальне у речах («суттєві ознаки явищ»). Припускається, що загальне дійсно існує в поодиноких речах чи явищах. І завдання полягає лише в тому, аби відобразити це загальне у поняттях (так нас учили, викладаючи логіку чи «матеріалістичну діалектику»)¹⁰.

К. Поппер щодо терміна «реалізм» зазначає, що доктрині номіналістського напрямку протистоїть доктрина, традиційно звана «реалізмом» – дещо оманлива назва, як видно з того факту, що цю «реалістичну» теорію часто також називали «ідеалістичною»; тому К. Поппер запропонував перейменувати цю антиноміналістську теорію і називати її «есенціалізмом»¹¹.

К. Поппер розпочинає пояснювати відмінності між методологічним номіналізмом та методологічним есенціалізмом з нарисом проблеми статусу термінів, які позначають якості, тобто з проблеми універсалій, однієї з найстаріших і найфундаментальніших проблем філософії. Ця проблема, над якою так запекло сперечалися у Середньовіччі, має витоки з філософії Платона та Аристотеля. Переважно вона розуміється як виключно метафізична проблема. Однак, як і більшість метафізичних проблем, вона може бути переформульованою так, що стає проблемою наукового методу. Ми, пише К. Поппер, будемо тут розглядати лише методологічну проблему, обмежившись нарисом метафізичної проблематики у вигляді вступу. ...Кожна

наука застосовує терміни, що можуть бути названими універсальними – наприклад, «справедливість», «держав». Вони відрізняються від того різновиду термінів, які ми називаємо одиничними термінами – такими як, наприклад, «Перша світова війна», який є власним іменем... ..Навколо природи універсальних термінів тривала довга й іноді різка суперечка між двома напрямками. Один із цих напрямків передбачав, що універсальні відрізняються від власних імен тільки тим, що належать до членів множини або класу поодиноких речей, а не до якоїсь однієї речі. Наприклад, універсальний термін «білий» здається представникам цього напрямку нічим іншим, як етикеткою, що стосується множини багатьох різних речей – наприклад, сніжинок, скатертин і лебедів. Це доктрина *номіналістського* напрямку. Їй протистоїть доктрина, традиційно звана «*реалізмом*» (перейменована К. Поппером та названа ним «*есенціалізмом*»). Есенціалісти заперечують, що ми спочатку збираємо групу поодиноких речей, а потім називаємо їх «білі»; радше, кажуть вони, ми називаємо кожну поодинокую білу річ «білою», з огляду на те, що існує внутрішня властивість, спільна для всіх тих речей, які ми називаємо білими, а саме – «білизна». Ця властивість позначена універсальним терміном, розглядається як об'єкт, що потребує вивчення так само, як індивідуальні речі. (Назва «реалізм» походить від твердження, що універсальні об'єкти, наприклад білизна, «дійсно» існують поруч з поодинокими речами і множинами чи групами поодиноких речей.) Отже, універсальні терміни існують, аби позначити універсальні об'єкти, точно так само як одиничні терміни позначають індивідуальні речі. Ці універсальні об'єкти Платон називав «формами» або «ідеями». ...Але есенціалізм не лише вірить в існування універсальних (тобто універсальних об'єктів), він наголошує на їх важливості для науки. Окремі об'єкти, вказує він, мають багато випадкових ознак, – які, зовсім не цікавлять науку. Якщо взяти приклад із соціальних наук, то економіку, скажімо, цікавлять гроші й кредит, але вона байдужа до того, який конкретно вигляд мають монети, банкноти чи чеки. Наука відмітає випадкове і проникає у суть (*essence*) речей. А суттю чого-небудь є завжди щось універсальне. ...Ці останні зауваження вказують на деякі з методологічних наслідків цієї метафізичної проблеми. Однак методологічне питання, пише К. Поппер, яке він збирається обговорити, по суті, можна розглядати незалежно від метафізичного. Підійдемо до нього, каже він, іншою стежкою – стежкою, що уникає питання як про існування універсальних і одиничних об'єктів, так і про різницю між ними. Будемо обговорювати лише цілі та засоби науки. ...Школа мислителів, яких К. Поппер пропонує назвати *методологічними есенціалістами*, була заснована Арістотелем, який вчив, що **наукове дослідження повинно проникати у суть речей з метою пояснити їх***. Методологічні есенціалісти схильні формулювати наукові питання за допомогою таких висловів, як «що таке матерія?», або «що таке сила?», або «що таке справедливість?». І вірять, що глибока відповідь на такі питання – яка розкриває справжнє та присутнє значення цих термінів і тим самим виявляє дійсну або істинну природу сутностей, позначуваних ними, – є щонайменше необхідною передумовою наукового дослідження, якщо не головним його завданням. *Методологічні номіналісти*, на противагу цьому, формулювали б свої проблеми за допомогою такого роду висловів: «як ця частка матерії поводиться?» або «як вона рухається в оточенні інших тіл?». Бо методологічні номіналісти вважають, що завдання науки полягає тільки в описуванні поведінки речей і припускають, що це робиться шляхом довільного введення нових термінів, де це необхідно, або ж шляхом перевизначення старих термінів, де зручно зignorувати їх первинний зміст. Адже вони розглядають *слова* лише як *корисні інструменти описування*. ...Більшість людей погодиться, що методологічний номіналізм переміг у природничих науках. Фізики не досліджують, наприклад, суть атомів чи світла, а використовують терміни «атом» і «світло» досить вільно для пояснення й опису певних фізичних спостережень чи як імена для певних важливих і складних фізичних структур. Те ж саме ми спостерігаємо у біології. Філософи можуть вимагати від біологів вирішення таких проблем, як «що таке життя?» або «що таке еволюція?». Іноді навіть самі біологи відчують схильність піти назустріч таким вимогам. І все-таки наукова біологія загалом має справу з іншого роду проблемами і застосовує методи пояснення та опису переважно так, як вони застосовуються у фізиці. ...Отож, у соціальних науках ми повинні чекати, методологічні натуралісти будуть схильні до номіналізму, а анти натуралісти – до есенціалізму. А між тим, насправді есенціалізм тут, здається, переважає і навіть не зустрічає скільки-небудь енергійний спротив. Отже, припускається, що *метод природничих наук в основі є номіналістським, тим часом як соціальні науки змушені застосовувати методологічний есенціалізм*. Доводять, що завдання соціальної науки полягає в тому, щоб зрозуміти й пояснити такі соціальні об'єкти, як держава, економічна дія, соціальна група тощо, і цього можна досягти лише проникненням у їх сутності. Кожний важливий соціологічний об'єкт має своєю передумовою існування універсальних термінів для його опису, і було б безглуздо вільно вводити нові терміни, як це з успіхом робиться у природничих науках. Завдання соціальної науки – описувати такі об'єкти ясно і правильно, тобто відрізняючи суттєве від випадкового, а це вимагає знання їх суті. Такі проблеми, як «що таке держава?» і «що таке громадянин?» (що вважалися Арістотелем базисними проблемами його «Політики») є не лише цілком правомірними, а й саме тими питаннями, на які соціологічні теорії покликані відповідати¹².

Не менш переконливі аргументи К. Поппера проти методологічного есенціалізму наведені в іншій його знаменитій праці «Відкрите суспільство та його вороги» (див. том I, розд. 3 та том II, розд. 11)¹³.

У пізній своїй праці «Об'єктивне знання: еволюційний підхід» (1972 р.), присвяченій, зокрема, завданню науки, К. Поппер висловив припущення: метою науки є пошук задовільних пояснень для усього, яке здається нам таким, що потребує пояснення¹⁴.

* *Напівжирний шрифт мій.* – В. Д.

Але чи існує, на думку К. Поппера, *остаточне пояснення*? Доктрина, яку він назвав «есенціалізмом», зводиться до погляду, згідно з яким наука повинна шукати остаточне пояснення у термінах сутностей: якщо ми можемо пояснити поведінку якої-небудь речі термінами її сутності – її сутнісних властивостей, то жодних подальших питань не може виникнути, та їм і не потрібно виникати (окрім, можливо, теологічного питання про Творця цих сутностей)¹⁵.

К. Поппер не вірить в есенціалістську доктрину остаточного пояснення і викладає оновлені позиції «модифікованого есенціалізму». По-перше, відкидаючи ідею остаточного пояснення, він стверджує, що будь-яке пояснення можна пояснити в подальшому з допомогою якоїсь теорії або припущення більш високого ступеня спільності. Не може бути пояснення, яке не потребувало б подальшого пояснення, оскільки не може існувати самопояснювального опису сутності. По-друге, К. Поппер відкидає усі питання на зразок *що є?* Тобто, питання про те, що є ця річ, що є її сутністю чи її справжньою природою. Ми повинні, каже він, відмовитися від точки зору, характерної для есенціалізму, що у кожній одиничній речі є якась сутність, внутрішньо властива їй природа або принцип (такі як винний спирт у вині), які є необхідною причиною того, що ця річ така, яка вона є, і діє так, як вона діє. Цей анімістичний* погляд нічого не пояснює... Третя і остання зміна есенціалізму полягає в наступному. Ми повинні, каже К. Поппер, відмовитися від точки зору, тісно пов'язаної з анімізмом (і характерної для Арістотеля на противагу Платону), що можна апелювати до сутнісних властивостей, внутрішньо притаманних *кожній індивідуальній, чи одиничній, речі*, як до пояснення поведінки цієї речі. Ця точка зору зовсім нездатна пролити яке-небудь світло на питання про те, чому різні одиничні речі повинні поводитися однаково¹⁶.

Характерним прикладом методологічного есенціалізму у сфері філософсько-правового мислення є думка Г. Радбруха, який вважає природу речі юридичною формою мислення. Він виклав історію походження поняття «природа речі», яка належить до загальної духовної історії. Так, Шилер намагався цією формою мислення найвлучніше визначити спосіб думки Гьоте: через його ...солідну манеру приймати від об'єкта закон та виводити із природи речі її правила. ...Походження цієї думки, напевно, припускає Г. Радбрух, лежить у грецькому мисленні, його латинське словесне відображення, *rerum natura* (природа речей), повертає до Лукреція, назву якого має повчальний вірш. Його подальшим поширенням воно, можливо, завдячує так званому посмертному видавцеві Лукреція Цицерону. Від нього думка про природу речі потрапила до римських юристів і далі у Дигестії. ...Новий час прийняв поняття природи речі особливо через «Дух законів» Монтеск'є, перший розділ якого починається такими словами: «Закони, за найпридатнішим визначенням, – це необхідні відношення, які впливають з природи речей». Відтоді ця формула постійно з'являється, вона є і у германістів, і в романістів, у рамках історичної школи (Савінії, Пухта), як понятійній юриспруденції (Єринг), так і серед вільноправової течії (Ерліх). Легко впізнати природу речі також і під іншим іменем, зокрема у вченні про «реалії законодавства» (Ойген Губер), у феноменологічному «баченні сутностей» (Райнах), «конкретному порядковому мисленні» (Карл Шміт)¹⁷. Історична школа... охоче використовувала природу речі... «система Савінії сповнена дедукції із природи речі»... Єринг говорить, що навряд чи є вираз, який би своє вчення про метод передавав так надійно, як зворот «природа речі»¹⁸. Користуючись цим методом він намагався встановити сутність цивільно-правового договору¹⁹.

Есенціалістське юридичне мислення Г. Радбруха можна бачити у таких його словах: «Вираз «природа речі» перейшов у загальне мовне використання, хоча й як форма виразу чогось зрозумілого самого по собі, яке, здається, *не потребує обґрунтування і має перервати широку дискусію*. Не інакше він з'являється напевно іноді у правовій практиці: *без подальшого обґрунтування, з претензією на очевидність*. Але теорія права ще недостатньо пояснила *логічну сутність* природи речі...»²⁰ (курсив мій – В. Д.). В. Нерсесянц також вважає, що філософія права досліджує сутність права, його поняття²¹.

Панівне становище займає есенціалізм також у сучасній вітчизняній філософсько-правовій літературі. У ґрунтовному дослідженні Л. В. Петрової «Фундаментальні проблеми методології права» автор намагається проникнути в «суть» права і держави: «...нагальною потребою стає сьогодні оновлене пізнання сутності права і держави»²²; завданням цього дослідження є висвітлити парадигматичне значення Платона і Арістотеля для опрацювання сучасного трансцендентального вчення про константну сутність права і каузальне джерело виникнення та функціонування певних речей (юридичних фактів) цієї сутності і, у такий спосіб, дотриматися суто філософської вимоги мислити ціле і граничне усіх правових речей у пошуковій загубленій глибині права заради його первісного прояснення²³. До вперше одержаних висновків цього дослідження належить і той, що сутність права має метафізичну природу і його можна пізнати, лише розкривши філософське його джерело, а воно – в природі людської особистості, в її душі, субстанцією якого є свобода²⁴. Некритично наслідуючи Арістотелеву методологію, автор стверджує, що «ество» якоїсь речі – це те, чим вона є за своєю природою. Визначення – це встановлення природженого ества тієї чи іншої речі. ...Природа якоїсь речі, твердить Арістотель, це її мета, те, для чого ця річ існує²⁵. У фундаментальному дослідженні А. А. Козловського «Право як пізнання: Вступ до гносеології права», як видно із його назви, сутністю усього права є саме проникнення в цю ж сутність, тобто пізнання²⁶.

Домінує методологічний есенціалізм також у загальнотеоретичних та галузевих юридичних науках.

Авторитетні правознавці Є. Харитонов та О. Харитонова вважають, що в юридичній науці загалом і в окремих її галузях зокрема, мабуть, немає більш дискусійного питання, аніж питання про *сутність* і особ-

* Анімізм (від лат. *anima* – душа) – віра в те, що все неживе має душу. – В. Д.

ливості правових відносин. Це пояснюється тим, що проблема правових відносин взагалі є кардинальною для правової теорії і, окрім того, дає уявлення про предмет відповідної галузі. ...Тож природним є те, що на всіх етапах розвитку юридичної науки цим питанням приділялася значна увага як у контексті дослідження загальних проблем визначення поняття та встановлення його сутності...²⁷ (курсив мій – В. Д.). Р. Майданик зазначає, що поняття науковості передбачає разом із відкриттям законів ще й «занурення (рос. «углубление») у сутність досліджуваних явищ»²⁸. Інші дослідники стверджують, що наука цивільного права має розглядати, окрім усього іншого, ще й «суть термінології норм»²⁹, тобто не суть самих норм, а суть слів, якими ці норми позначені.

К. Поппер відкидає усі питання на зразок *що є?* Тобто, питання про те, що є ця річ, що є її сутністю чи її справжньою природою. Відтак, з його точки зору, питання на зразок *«що є філософія права?»* чи *«що є право?»* не відіграють жодної ролі в науці³⁰. Типовим прикладом формулювання таких питань є сучасний підручник «Філософія права», який розпочинається із запитання: що є філософія права?³¹. На думку його авторів, які посилаються на німецького філософа права А. Кауфмана, основним питанням філософії права, як і всієї правової науки, є питання про те, що є право³².

Підсумовуючи сказане вище, можемо зробити наступні висновки.

Оскільки методологічний есенціалізм дуже поширений в суспільних науках, а також в українській науці філософії права, загальнотеоретичних та галузевих юридичних науках, перспектива подальших досліджень полягає в критичному обговоренні, оцінці можливої поступової відмови: від інтелектуально-інтуїтивного проникнення в сутність, в ідеї, в дух права; від юридичної форми мислення, яка впливає із природи речі; від постановки безперспективних питань на зразок *«що є філософія права?»* чи *«що є право?»*.

Залежно від результатів критичного обговорення можливої відмови від методологічного есенціалізму, наука філософії права може започаткувати постановку та вирішення конкретних теоретичних і практичних правових проблем з допомогою критичного раціоналізму К. Поппера, головна ідея якого, на думку Д. Сепетого, полягає в тому, що пізнання здійснюється не шляхом індукції від окремих спостережуваних фактів до загальних положень (як вважають прихильники класичного емпіризму та позитивізму) і не шляхом дедукції з найзагальніших самоочевидних і безсумнівних істин чистого розуму (як вважають представники класичного раціоналізму), а шляхом спроб та помилок, припущень і спростувань, висунення гіпотез та їх раціональної критики. Це і є гіпотетико-дедуктивний метод³³.

¹ Карл Поппер. Відкрите суспільство та його вороги. Том 1 / Пер. з англ. О. Буценка. – К.: Основи, 1994. – С. 45.

² Поппер Карл Р. Объективное знание. Эволюционный поход / Пер. с англ. Д. Г. Лахути. Отв. Ред. В. Н. Садовский. – М.: Эдиториал УРСС, 2002. – С. 187.

³ Радбрух Г. Філософія права / Пер. з нім. – К.: Тандем, 2006. – 316 с.

⁴ Нерсесянц В. С. Философия права. – М.: Норма-Инфра, 1999.

⁵ Козловський А. А. Право як пізнання: Вступ до гносеології права. – Чернівці: Рута, 1999. – 295 с.

⁶ Петрова Л. В. Фундаментальні проблеми методології права. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ukrreferat.com/index.php?referat=1380&lang=book>

⁷ Там само. – С. 1.

⁸ Лісовий В. С. Карл Раймунд Поппер та його твір «Злиденність історизму» // Поппер, Карл. Злиденність історизму: Пер. з англ. – К.: Абрис, 1994. – С. 4.

⁹ Там само. – С. 17.

¹⁰ Там само. – С. 11.

¹¹ Поппер Карл. Злиденність історизму / Пер. з англ. – К.: Абрис, 1994. – С. 51.

¹² Там само. – С. 50–57.

¹³ Поппер Карл. Відкрите суспільство та його вороги. Томи 1, 2 / Пер. з англ. О. Буценка. – К.: Основи, 1994.

¹⁴ Див. докладніше: Поппер Карл Р. Объективное знание. Эволюционный подход. – С. 187.

¹⁵ Там само. – С. 189, 190.

¹⁶ Там само. – С. 190, 191.

¹⁷ Див. докладніше: Радбрух Г. Названа праця. – С. 248, 249.

¹⁸ Там само. – С. 250.

¹⁹ Савиньи Ф. К. фон. Система современного римского права: В 8 т. Т. II / Пер. с нем. Г. Жигулина; Под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. – М.: Статут; Одесса: Центр исследования права им. Савиньи, 2012. – С. 383.

²⁰ Радбрух Г. Названа праця. – С. 251.

²¹ Нерсесянц В. С. Названа праця. – С. 7.

²² Див. докладніше: Петрова Л. В. Названа праця. – С. 2.

²³ Там само. – С. 7, 8.

²⁴ Там само. – С. 10.

²⁵ Там само. – С. 26.

²⁶ Козловський А. А. – Названа праця. – С. 68.

²⁷ Харитонов Є., Харитонova О. Деякі питання методології дослідження цивільних правовідносин // Про українське право: Часопис кафедри теорії та історії держави і права Київ. нац. ун-ту імені Тараса Шевченка / За ред. проф. І. Безклубого. – К.: Грамота, 2009. – Чис. IV. – С. 112.

²⁸ Майданик Р. Наука цивільного права України: поняття, предмет, методологія // Про українське право: Часопис кафедри теорії та історії держави і права Київ. Нац. Ун-ту імені Тараса Шевченка / За ред. проф. І. Безклубого. – К.: Грамота, 2009. – Чис. IV. – С. 108.

²⁹ Цивільне право України / За ред. О. В. Дзери та Н. С. Кузнецової. – К., 2004. – Ч. 1. – С. 41.

³⁰ Див. докладніше: *Карл Поппер*. Відкрите суспільство та його вороги. Т. 2. – С. 19–21.

³¹ Див. докладніше: Філософія права: підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / О. Г. Данильян, О. П. Дзьобань, С. І. Максимов та ін. – С. 7.

³² Там само. – С. 20.

³³ Див. докладніше: *Сенетий Д. П.* Критичний раціоналізм Карла Поппера: пізнання шляхом спроб і помилок, припущень і спростувань // Гуманітарний вісник Запорізької державної інженерної академії. – Вип. 40. – 2010. – С. 72.

Резюме

Десятник В. О. Методологічний есенціалізм та юридичне мислення.

У статті здійснено спробу чіткого викладу аргументів К. Поппера та інших філософів проти методологічного есенціалізму. Мета: обговорення правознавцями можливості поступової відмови від цієї теорії у правових дослідженнях; запровадження в них методологічного номіналізму; використання правознавцями концепції критичного раціоналізму К. Поппера та його методу спроб та помилок, припущень та спростувань.

Ключові слова: методологічний есенціалізм, сутність, природа речі, інтелектуальна інтуїція, методологічний номіналізм, критичний раціоналізм, метод спроб та помилок, припущень та спростувань.

Резюме

Десятник В. А. Методологический эссенциализм и юридическое мышление.

В статье предпринята попытка четкого изложения аргументов К. Поппера и других философов против методологического эссенциализма. Цель: обсуждение правоведами возможности постепенного отказа от этой теории в правовых исследованиях; введение в них методологического номинализма; использование правоведами концепции критического рационализма К. Поппера и его метода проб и ошибок, предположений и опровержений.

Ключевые слова: методологический эссенциализм, существо, природа вещи, интеллектуальная интуиция, методологический номинализм, критический рационализм, метод проб и ошибок, предположений и опровержений.

Summary

Desiatnyk V. Methodological essentialism and legal thinking.

The article is an attempt to clear presentation of arguments Popper and other philosophers against methodological essentialism. Objective: To discuss the possibility of lawyers phasing out of this theory in legal research, the introduction of these methodological nominalism, lawyers use the concept of critical rationalism Popper and his method of trial and error, assumptions and denials.

Key words: methodological essentialism, the nature, the nature of things, intellectual intuition, methodological nominalism, critical rationalism, through trial and error, assumptions and denials.

Отримано 24.03.2014

УДК 340.1;321.01

О. В. ЗІНЧЕНКО

Ольга Володимирівна Зінченко, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету туризму, економіки і права

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВА ПРИРОДА ДЕКОТРИХ ВИДІВ ЮРИДИЧНИХ КОНСТРУКЦІЙ

Знак історичного часу обов'язково присутній і знаходить свій прояв у суспільно-історичних координатах, у системі того чи іншого формату (система права, правова система тощо). Як відомо, соціально-практична дійсність із її нормами, правилами й інститутами є певним часово-історичним коефіцієнтом, що твориться та функціонує за допомогою процесу типізації і, форматування, й як наслідок, є надбанням не одного покоління. Саме тому, на думку автора, доцільно простежити найбільш інтенсивний прояв такого переходу.

Процес означеного переходу включає в себе легітимацію – постійне визнання, «виправдання» існуючого соціально-правового порядку, дотримання точних пропорцій поміж тими чи іншими його компонентами. Завдяки цьому юридичні конструкції вступають в особливо міцний контакт із «світом реальної юриспруденції», в якому особисте тісно переплітається із загальним та стає, по суті, його функцією. Юридичні конструкції вирізняються своєю універсальністю, що, по-перше, вказує на неодномірний, багатосторонній характер юридичної конструкції, а, по-друге, на її здатність виконувати різноманітні функції, бути придатною і корисною для багатьох цілей. Ця властивість юридичної конструкції відокремлює її як явище від інших засобів юридичної техніки.

© О. В. Зінченко, 2014

Доказом універсальності юридичної конструкції слугує той факт, що виступаючи як засіб правотворчої, правоінтерпретаційної (тлумачної), правозастосовної техніки, юридична конструкція здатна реалізуватися і як спеціально-юридичний засіб дослідження права. Тобто, юридична конструкція не може бути зведена тільки до якогось одного рівня функціонування. Оскільки дієвість юридичної конструкції не обмежується суто однією сферою правової діяльності, означене є очевидним свідченням її універсальності. Крім того, універсальність юридичної конструкції значно розширює рамки функціональних можливостей означеного феномена.

Так, залежно від підстав класифікації видів юридичних конструкцій у теорії права виділяють: юридичні конструкції, які виникли у процесі саморозвитку права, та конструкції, що виникли завдяки волі законодавця; нормативні конструкції, що знайшли свій вираз у нормах права, та теоретичні, що застосовуються суто в якості методу пізнання права¹; юридичні конструкції первинні, що відображені у нормах позитивного права, та вторинні – абстрактні мета-конструкції, що виконують своє призначення у процесі розвитку, об'єднання і систематизації інституційних конструкцій².

Деякі автори виділяють норми-конструкції, що узагальнюють складні за своїм складом юридичні явища³. Проте такі норми-конструкції не завжди можна виокремлювати як правові, оскільки вони не встановлюють прав і обов'язків суб'єктів та, як правило, належать до когнітивних норм, що мають не правовий, а інтелектуальний характер⁴.

Зважаючи на зазначене вище, варто звернути увагу та той факт, що за своєю сутністю юридичні конструкції наділені легітиміаційним характером, справедливим свідченням якого є їх права природа. Доречно зазначити, що наповненість юридичних конструкцій легітиміаційними можливостями та «законністю», закладеною в їхньому характері, утворюють ту необхідну конструктивну платформу, котра, в свою чергу, і є основою їх практичної доцільності.

Легітиміаційні процеси щодо певного правового явища паралельно проходять два основні етапи: етап отримання необхідних знань про легітимоване явище та етап орієнтації (організації) правового регулювання), на котрому відбувається зіставлення ціннісних аспектів, що їх легітимоване явище привносить із собою, із ціннісною системою суспільства. Обґрунтування доцільності, конструювання, впровадження та практичне визнання є невід'ємними складовими техніки легітиміації юридичної конструкції як правової категорії. Тобто, щодо кожної юридичної конструкції з метою використання її в практичній діяльності застосовується певна легітиміаційна технологія.

На підставі викладеного вище вбачається очевидним висновок, що в основу юридичних конструкцій закладено відповідний легітиміаційний потенціал. Це означає, що легітиміаційний характер визначає їх подальше визнання та в цілому практичну виправданість. Тому, на наш погляд, за способом закріплення в законодавстві та загалом у системі права доречно виокремити легітиміаційний вид юридичних конструкцій.

Слід звернути увагу, що у результаті теоретичного закріплення феномена юридичної конструкції у відповідному понятті дана тематика набула значення проблеми правознавства, що започаткувало процес трансформації і розвитку розуміння юридичної конструкції. Звичайно, будь-яке явище більш різностороннє й глибше, аніж саме поняття, оскільки поняття є результатом узагальнення, абстракції. Але поняття – не єдина форма, не єдиний результат абстракції. Так, В. О. Штофф зазначає, що таким результатом є й ідеальна модель. Він пише: «Поки ізолююча абстракція приводить до утворення понять, що відображають або відносно прості властивості й відносини, або зовнішні ознаки речей, потреба в моделях не виникає. Але коли пізнання проникає глибше і за простою, як здавалося раніше, властивістю виявляється ціла система зв'язків і відносин, тобто складна структура, тоді процес абстрагування здійснюється за допомогою моделі»⁵. При цьому під моделлю дослідник розуміє уявлену чи реалізовану матеріально систему, яка, відображаючи чи відтворюючи об'єкт дослідження, здатна замінити його так, що її вивчення дає нам нову інформацію про цей об'єкт⁶. Для того, щоб розмірковувати про конкретний предмет, на думку М. К. Мамардашвілі, необхідно зробити його «мислимим», тобто перевести у такий стан, котрий є адекватним мисленню⁷.

Розуміння юридичної конструкції як моделі правового явища характеризує її як логічний заміник об'єкта пізнання, котрий створюється з огляду на те, що реальний об'єкт є занадто складним для пізнання його безпосередньо. Ситуативна реальність, що спостерігається і відображається, на відміну від відображеної реальності, є «надситуативною» (транситуативною). Тобто, щоб правильно розуміти правове явище, його необхідно певним чином «підготувати» для відповідного розуміння. Процес розуміння правового явища нерозривно поєднаний з трансформаційним, проектним мисленням, котре спрямовує від явища до суті. Кожна юридична конструкція має певний проектний, трансферабельний ресурс, так звану трансферабельну корисність, тобто можливість передачі сутності явища у схематичному, модельному виконанні. Тому, на думку автора, за ступенем досконалості та рівнем наукової розробки юридичних конструкцій варто виокремити транситуаційний (трансферабельний) вид юридичних конструкцій. Окрім того, доречно додати, що трансферабельний ресурс юридичної конструкції пов'язаний з її інженерним проектуванням.

Зважаючи на викладене вище та з огляду на функціонування юридичної конструкції у різноманітних тісно взаємопов'язаних формах – правотворчій, правозастосовній, правоінтерпретаційній (правотлумачній) та доктринальній, вбачається прийнятним зробити певне доповнення до існуючих видів юридичних конструкцій. Так, на наш погляд, за ступенем досконалості та рівнем наукової розробки юридичних конструкцій варто виокремити транситуаційні (трансферабельні) юридичні конструкції.

На думку М. С. Кельмана, відмінною особливістю понять правових теорій є їх виникнення не у процесі репрезентації правової реальності у предметі юридичної науки, а під час здійснення теоретичної органі-

зації самого наукового предмета у межах тієї або іншої наукової парадигми. Для понять такого роду знайти виділений, резидентний їм об'єкт, зазвичай, не вдається⁸. Ця обставина дає змогу А. Ф. Черданцеву справедливо стверджувати, що, приміром, «такого реально існуючого об'єкта, як механізм правового регулювання, в природі не існує»⁹. Зважаючи, що у природі не існує механізму правового регулювання як реально об'єкта, котрий перебуває у резидентних відносинах з поняттям «механізм правового регулювання», цей науковець зазначає, що механізм правового регулювання може й повинен розглядатися як ідеальна модель¹⁰.

Будь-яка наукова модель за своєю природою є ідеальною. У цьому сенсі і склад правовідносин, і структура юридичної норми, і процес правового регулювання однаково можуть бути представлені як ідеальні моделі. Наукова цінність таких уявлень, як відомо, і полягає в їхній «ідеальності». До того ж теоретична наука за своєю природою може мати справу лише з ідеальними об'єктами¹¹. Тому поняття теорії права має «право на існування» і без подачі його реальним об'єктом¹². Таким чином, слід констатувати: жодна теоретична модель не може трактуватися як безпосереднє зображення реальності, «той факт, що модель працює чітко з поставленими вимогами, сам собою не означає, що реальність структурована так само, як ця модель»¹³. Отже, процес правового регулювання, як і механізм правового регулювання, з огляду на предмет загальної теорії права може і повинен розглядатися як теоретична модель. Справедливість такого твердження можна аргументувати тим, що у реальному житті виділити певні етапи і стадії правового регулювання, тобто ті одиниці, в яких зображується процес, не менш складно, ніж виділити елементи механізму правового регулювання. Безпосередньо у житті (емпірично) можна спостерігати лише реальні дії реальних суб'єктів, а їхні тлумачення, наприклад, як реалізації права, – це питання панівної юридичної доктрини, використовуваних понять¹⁴.

Оцінюючи механізм правового регулювання як поняття, вбачається, що це – певна система юридичних засобів та способів здійснення результативного впливу на суспільні відносини тощо. Виокремлюючи механізм правового регулювання суто як модель, слід зазначити, що це вже система елементів, організована за певними правилами: норми права, юридичні факти, правовідносини тощо. Іншими словами, це – модельне представлення правового регулювання як структури, а не як процесу, хоча слід брати до уваги й той факт, що інтерпретований як юридична онтологія механізм правового регулювання інколи починає не тільки використовуватися для теоретичного дослідження правового регулювання, а й сам розглядається як його об'єкт. У результаті автор приєднується до позиції М. С. Кельмана, котрий вважає, що поняття на кшталт «механізм правового регулювання» теж належить до органічних юридичних понять, що утворюють понятійну серцевину предметного поля юридичної науки. А віднесення таких понять до юридичних засноване на тому, що юриспруденція як соціальна практика не зводиться виключно до укладення угод або судових розглядів. Її завдання – забезпечення правової організації суспільства. Відсутність у синтетично створених поняттях правознавства відповідних референтів у правовій реальності (практиці) не є приводом для сумнівів щодо їхньої наукової цінності. Юридична наука, як і наука загалом, передусім має справу з поняттями як рухом ідеальних об'єктів¹⁵.

Оскільки джерелом будь-яких теоретико-правових побудов слугує, як правило, реальна правова ситуація, а сама ця побудова виникає в процесі інтелектуальної діяльності суб'єкта, юридична конструкція за своєю природою є результатом їх синтезу. Синтез, як зазначає Н. М. Пархоменко, конкретизує загальне, виводячи з абстракції характерні конкретні прояви досліджуваних явищ, завдяки чому останні стають цілісними у своїй багатоманітності, з усіма зв'язками, відношеннями та взаємодіями¹⁶. При цьому в ході свого подальшого розвитку юридична конструкція, по суті, перетворюється на ідеальну типізовану модель правового регулювання, зовнішньою формою актуалізації якої, у більшості випадків, є норми права. Враховуючи викладене, логічно зазначити, що залежно від фактичних обставин юридичні конструкції дають змогу включати в дію різні юридичні норми. Тому слід підкреслити, що головною властивістю юридичної конструкції, в якій найбільш повно проявлено її сутність, є пряме, безпосереднє юридико-практичне значення, яке полягає в тому, що юридична конструкція завжди може бути виражена в системі правових норм, що визначають конкретний механізм правового регулювання чи його окремих елементів. Юридична конструкція є уявною формою, яка дає змогу поєднати, вибудувати правові засоби таким чином і у такий спосіб, щоб вони, доповнюючи один одного системним фактором, утворювали цілісний регулятивний механізм, що забезпечує досягнення заданого правового результату¹⁷.

Теоретичні юридичні конструкції, у свою чергу, слугують цілям правової науки у процесі пізнання права. Так, приміром, зміст поняття «механізм правового регулювання» як теоретичної конструкції розкрито А. М. Васильєвим. Вчений, зокрема, зазначає, що встановлення цієї категорії має важливе значення для розвитку правової теорії, оскільки вона виразила загальне у процесі правового регулювання, а саме: зв'язки між усіма елементами механізму, поза якими ці елементи не можуть існувати, й місце кожної ланки у цій системі. Тому поняття «механізм правового регулювання» тут є не простим відображенням дійсності, а її концептуалізацією через існуючі теоретичні уявлення та їхній синтез у межах певної теоретичної ідеї. А. М. Васильєв висловився про це досить точно: «Утворення категорії «механізм правового регулювання» пов'язане з синтезом як декотрих існуючих раніше теоретичних уявлень, так і висновків, зроблених до того часу галузевими юридичними науками. Дані галузевих наук, отримані при аналізі окремих життєвих ситуацій, у яких поведінка учасників суспільних відносин відповідає вимогам державних повелінь або відхиляється від них, були узагальнені, теоретично осмислені і подані як єдиний процес правової регуляції»¹⁸.

Удосконалюючи класифікацію видів юридичних конструкцій, на думку автора, видається прийнятним залучити до правового вжитку легітимацийний та транситуаційний (трансферабельний) види юридичних

конструкцій, оскільки легітимісний характер юридичних конструкцій визначає не тільки їх подальше визнання, практичну виправданість, а й якісно нове суспільно-правове існування. Крім того, щоб правильно розуміти правове явище, його юридичну природу й соціально-правове підґрунтя, виникає нагальна необхідність у передачі сутності досліджуваного явища за допомогою відповідного модельного виконання. Маючи за мету розуміння правового явища і його подальше адекватне сприйняття, означене явище повинно пройти крізь горнило необхідної теоретико-правової підготовки, котра полягає у з'ясуванні суб'єктивних і об'єктивних компонентів, що наповнюють дане явище, утворюють і відображають його сутність. Так, процес розуміння правового явища, його ретельно продумане юридичне переосмислення поєднується з проектним (трансформаційним) мисленням. Як традиційний стандарт, кожна юридична конструкція наділена трансферабельним (проектним) ресурсом. Саме за допомогою даного ресурсу відбувається передача сутності явища у схематичному, модельному виконанні. Зважаючи на зазначене, на думку автора, вбачається доречним розширення рамок класифікації юридичних конструкцій за ступенем їх досконалості та рівнем наукової розробки. Тобто, виокремлення транситуаційного (трансферабельного) виду юридичних конструкцій у даному випадку є цілком виправданим фактом.

Підсумовуючи викладене вище, слід зазначити, що завдяки юридичним конструкціям відбувається надзвичайне розширення правового кругозору, оскільки вони є найточнішим соціально-правовим знаменником відтворюваних життєвих феноменів.

¹ Пономарев Д. Е. Юридические конструкции: становление понятия в отечественном правоведении / Д. Е. Пономарев // Российский юридический журнал. – 2004. – № 4. – С. 46–53.

² Пономарев Д. Е. Генезис и структура юридических конструкций: подходы к пониманию / Д. Е. Пономарев // Академический юридический журнал. – 2005. – № 2. – С. 4–8.

³ Загальна теорія держави і права / [за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина]. – Х. : Право, 2002. – С. 286–287.

⁴ Поляков А. В. Общая теория права: Феноменолого-коммуникативный подход / Поляков А. В. – СПб. : Издательский дом Санкт-Петербургского ун-та, 2003. – С. 710.

⁵ Штофф В. А. Моделирование и философия / Штофф В. А. – М. : Наука, 1966. – С. 156.

⁶ Там само. – С. 19.

⁷ Мамардашвили М. К. Лекции по античной философии / Мамардашвили М. К. – М. : Аграф, 2002. – С. 147.

⁸ Кельман М. С. Методологія формування юридичних понять і предмета правознавства / М. С. Кельман // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2009. – № 4. – С. 7.

⁹ Черданцев А. Ф. Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике / Черданцев А. Ф. – Екатеринбург : Изд-во УИФ «Наука», 1983. – С. 126.

¹⁰ Там само. – С. 126.

¹¹ Кельман М. С. Вказана праця. – С. 8.

¹² Локк Джон. Два трактата правления / Дж. Локк // Локк Джон. Сочинения : в 3 т. – М. : Мысль, 1985–1988. – Т. 3. – 1988. – С. 320.

¹³ Фейербенд П. Избранные труды по методологии науки / П. Фейербенд ; [пер. с англ. и нем. ; общ. ред. и вступ. ст. И. С. Нарского]. – М. : Прогресс, 1986. – С. 27.

¹⁴ Кельман М. С. Вказана праця. – С. 8.

¹⁵ Там само. – С. 8–9.

¹⁶ Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології / Пархоменко Н. М. – К. : Вид-во «Юридична думка», 2008. – С. 32.

¹⁷ Пономарев Д. Е. Генезис и сущность юридической конструкции : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Пономарев Д. Е. – Екатеринбург, 2005. – С. 82.

¹⁸ Васильев А. М. Правовые категории. Методологические аспекты. Разработки системы категорий права / Васильев А. М. – М. : Наука, 1976. – С. 141.

Резюме

Зінченко О. В. Теоретико-правова природа декотрих видів юридичних конструкцій.

Досліджується теоретико-правова природа транситуаційного (трансферабельного) та легітимісного видів юридичних конструкцій. Автор робить висновок, що завдяки юридичним конструкціям відбувається надзвичайне розширення правового кругозору, оскільки вони є найточнішим соціально-правовим знаменником відтворюваних життєвих феноменів.

Ключові слова: юридична конструкція, право, трансферабельний та легітимісний види юридичної конструкції, правові явища.

Резюме

Зинченко О. В. Теоретико-правовая природа некоторых видов юридических конструкций.

Исследуется теоретико-правовая природа транситуативного (трансферабельного) и легитимационного видов юридических конструкций. Автор делает вывод, что с помощью юридических конструкций происходит расширение правового кругозора, поскольку они являются наиболее точным социально-правовым знаменателем воссозданных жизненных феноменов.

Ключевые слова: юридическая конструкция, право, трансферабельный и легитимационный виды юридической конструкции, правовые явления.

Summary

Zinchenko O. Theoretical and legal nature of specific juridical constructions' types.

The article analyses theoretical and legal nature of transferable and legitimate types of the juridical constructions.

The author concludes, that due to the juridical constructions, legal outlook is becoming broader dramatically, since they are the most precise social and legal indicator of proper vital phenomena.

Key words: juridical construction, law, transferable and legitimate types of the juridical constructions, legal phenomena.

Отримано 4.04.2014

УДК: 340.12

М. Г. КРАВЧЕНКО, А. В. АВРАМЕНКО

Михайло Георгійович Кравченко, кандидат юридичних наук, співробітник НДС «Центр дослідження проблем прав людини» юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

Альона Валеріївна Авраменко, студентка V курсу ПВНЗ «Фінансово правовий коледж»

ЗАГАЛЬНІ ЗАКОНОМІРНОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ЗАКОНУ – НОВИЙ ПОГЛЯД НА ДАВНО ВІДОМІ РЕЧІ

Проблематика реалізації законів, в Україні зокрема, не потребує додаткової аргументації. Безперечно процес реалізації законів був і є у центрі уваги, як вітчизняних так і зарубіжних вчених та юристів – практиків. Така увага до даного процесу обумовлюється тим, що юридичні закони займають особливе місце в системі нормативно-правових актів. Саме юридичні закони в країнах, які належать до романо-германської правової сім'ї очолюють систему нормативно-правових актів. Це безперечно передбачає підзаконність всіх нормативно-правових актів, які стоять нижче у ієрархії цієї системи. Тобто підзаконні нормативно-правові акти мають: конкретизувати, деталізувати, уточнювати, розвивати положення юридичних законів. Разом із тим, ставиться ще одна загальновідома вимога, всі без винятку, підзаконні нормативно-правові акти не мають суперечити юридичним законам. Це положення є однією із загальних закономірностей реалізації законів. Безперечно їй немає альтернативи, адже порушення її веде до численних колізій та дефектів чинного законодавства, а також до правового нігілізму пов'язаного із тим, що чинне законодавство не діє. Крім того, закони та підзаконні нормативно-правові акти пов'язані генетично. Це насамперед виявляється у тому, що дефекти законів, наявність у них недіючих норм одразу ж знаходить свого віддзеркалення у проблемах реалізації підзаконних нормативно-правових актів. Цей взаємозв'язок є також загальною закономірністю реалізації законів. Безперечно можна назвати і інші загальні закономірності реалізації законів. Таким чином, загальні закономірності реалізації законів явно або приховано присутні на будь-якому етапі процесу реалізації законів.

Варто відзначити те, що незважаючи на величезне значення загальних закономірностей реалізації законів для розуміння процесу реалізації законів та вдосконалення практики їхньої реалізації в Україні, ця категорія не досліджувалась у вітчизняній науці. Мало досліджувалися також загальні закономірності виникнення, функціонування та розвитку державно-правових явищ та процесів, як більш загальна категорія. Хоча загально визнаним є те, що саме закономірності виникнення, функціонування та розвитку держави і права складають основну частину предмету теорії держави і права як науки. На наш погляд така низька увага до наукової розробки закономірностей реалізації закону пояснюється декількома причинами.

По-перше, закономірність вважається категорією, яка штучно нав'язана юридичною наукою радянської доби. При цьому варто звернути увагу на те, що перші дослідження закономірностей державно-правових явищ та процесів як більш загальної категорії, були проведені ще в дореволюційний період. Проте ці дослідження, на думку спеціалістів, мало враховували: методологічні аспекти та принципи дослідження закономірностей, їх поняття та види, а також застосування отриманих знань про закономірності на практиці¹. Основні розробки закономірностей державно-правових явищ та процесів були зроблені радянськими дослідниками. Так, тут варто згадати дисертаційні дослідження С. М. Овчиннікова та П. М. Рабіновича² Серед радянських вчених, які досліджували закономірності державно-правових явищ та процесів, можна назвати: С. С. Алексєєва, А. М. Васильєва, Ю. Ю. Вєтютнева, Д. А. Керімова, В. М. Кудрявцева, П. О. Недбайло, Л. С. Явіча та ін. Разом із тим, ці дослідження мають певну специфіку. Вона полягає у тому, що юридична наука в той період була суттєво обмежена марксистсько-ленінською ідеологією, яка тоді визнавалася єдино

правильною і якій не було жодної альтернативи. Наукові праці у галузі теорії права видавалися лише за умови їх відповідності офіційній ідеології та відображення у них тих завдань, які ставила комуністична партія перед радянським народом. Крім того, такі наукові праці були в певній мірі відірваними від об'єктивного стану речей. Саме тому, вони нині є до певної міри застарілими. Після здобуття незалежності Україною комплексних досліджень закономірностей державно-правових явищ та процесів, зокрема, закономірностей реалізації закону, українськими дослідниками не проводилося. Це було пов'язано із тим, що основним завданням юриспруденції і теорії держави та права як науки, зокрема, стало пристосування держави та права незалежної України до нових соціальних та економічних умов. Після тривалої перерви в дослідженнях цього питання першим комплексним дослідженням закономірностей державно-правових явищ та процесів стало монографічне дослідження Ю. Ю. Ветютнева³.

По-друге, в юридичній науці досить скептично ставляться до самої категорії закономірностей реалізації закону. Це в значній мірі обумовлене тим, що закономірність вважається категорією філософії, яка використовується для дослідження зв'язків між явищами та процесами у філософії, історії, соціології. Часто цю категорію використовують для пояснення біологічних, хімічних, фізичних явищ та процесів. Що ж стосується юриспруденції, то ця категорія не застосовується через складність виявлення та дослідження закономірностей державно-правових явищ та процесів. Іншим чинником, який впливає на незначне їх використання в наукових розробках, є не розробленість самої категорії закономірності в межах юриспруденції, зокрема, ознак, які їй властиві, методів її дослідження тощо. І дійсно, для виявлення та дослідження закономірностей реалізації законів необхідний аналіз значного об'єму як наукової літератури, так і, безперечно, матеріалів юридичної практики.

Незважаючи на ці погляди ми вважаємо, що загальні закономірності реалізації закону властиві цьому процесу. На нашу думку варто звернути увагу на те, що вони були виявлені та сформульовані ще в глибокій древності відомими юристами стародавнього Риму. До наших часів ці закономірності дійшли у Дігестах Юстиніана серед висловів відомих юристів з різних питань по юриспруденції. Нажаль юристи-практики вважають більшість із цих висловів лише пам'ятками давньоримського права і не бачать у них жодної практичної користі для юриспруденції сьогодні. На нашу думку така позиція є хибною та потребує перегляду. Це пов'язано із тим, що хоча ці закономірності були сформульовані в дані часи, проте по суті вони і сьогодні найбільш повно та адекватно відображають суть сталих зв'язків державно-правових явищ та процесів під час реалізації закону тобто, власне загальні закономірності реалізації закону. Безперечно ці закономірності є чіткими, лаконічними та логічними. При нехтуванні ними втрачається будь-який сенс в реалізації юридичних законів. Наприклад, однією із загальних закономірностей реалізації закону є наступна закономірність *Audienda et alterapars* (з лат. нехай буде вислухана й інша сторона)⁴. Ця закономірно виражає цілком справедливий вимогу відносно того щоб при розгляді справи в суді кожна сторона могла надати свої докази та пояснення відносно предмету спору. Ця закономірність безперечно отримала свого закріплення в діючому законодавстві України. Незважаючи на це на практиці існують численні порушення коли сторони з тих або інших причин не знають ні про дату, ні про час судового розгляду, а отже не можуть надати свої докази та пояснення. Таким чином, порушення цієї закономірності призводить до того, що приймаються судові рішення, які відповідають вимогам чинного законодавства але за своєю суттю порушують законні права та інтереси людини.

Звичайно до наших часів дійшла не вся спадщина стародавніх римських юристів. Окремі Дігести Юстиніана ще не перекладені на українську або російську мову, а отже ми не можемо ними користуватися у повній мірі. Але ті вислови древніх римлян, які містять загальні закономірності реалізації законів можна тематично згрупувати у декілька груп.

Перш за все, хотілося б звернути увагу на групу закономірностей, які присвячені питанням про суть та призначення юридичних законів. Ця група закономірностей реалізації законів має надзвичайно велике значення сьогодні в Україні, адже є підґрунтям формування правових, демократичних законів. До таких закономірностей та вимог до юридичного закону можна віднести наступні: *Aequum bonum est lex legum* (з лат. справедливість та благо – закон законів); *Lex nemini operaturini quum, ne minifacit in juriam* (з лат. закон ніколи не вчиняє несправедливості, нікому не спричиняє шкоди); *Lex neminem cogitadim possibilia* (з лат. закон не вимагає неможливого); *Lex semperinten dit quodconvenitrationi* (з лат. закон завжди закріплює те, що відповідає здоровому глузду); *Lex unooreomne salloquitur* (з лат. закон говорить з усіма однаково); *Lex semperdabitre medium* (з лат. закон завжди передбачає способи захисту); *Omne jus hominumcaus a constitutum* (з лат. будь-яке право встановлюється заради людини). Цим закономірностям реалізації закону і нині немає альтернативи. За своєю це основні принципи та ідеї без врахування яких юридичні закони поступово перетворюються на тоталітарні, антиправові закони, стануть знаряддям приниження людини. Все це безперечно веде до падіння авторитету закону в очах суспільства, правового нігілізму та інших негативних процесів та явищ. Саме тому, на нашу думку, законодавець має зважати на ці закономірності при створенні юридичних законів.

Окремо хотілося б звернути увагу на виявлені древніми юристами закономірності реалізації закону, які стосуються питань здійснення судочинства. Ці закономірності і сьогодні після багатьох століть є незмінними правилами здійснення судочинства, адже вони є логічними послідовними та розумними. Мова йде наприклад про таку закономірність, як: *Actore non probantereusab solvitur* (з лат. при не доведенні позову позивачем відповідач звільняється від відповідальності) або *Actori incumbitonu sprobandi* (з лат. обов'язок доказування покладається на позивача).

Варто відзначити також те, що багато загальних закономірностей реалізації законів знайшли свого закріплення в діючому законодавстві України. Так, наприклад, відомий латинський вислів, який по суті є загальною закономірністю реалізації законів, *Imperitia proculpaha betur* (з лат. незнання закону не звільняє від юридичної відповідальності) знайшов свого закріплення в ст. 50 Конституції України⁵.

Окремі загальні закономірності реалізації законів твердо увійшли у практику реалізації законів в Україні у вигляді правових аксіом та презумпцій. Наприклад: *Duralex, sedlex* (з лат. закон хоч і суровий, але закон); *Lex specialis derogat generali* (з лат. спеціальний закон має перевагу перед загальним законом) тощо.

Безперечно ці загальні закономірності реалізації законів сформульовані відомими юристами того часу мали суттєве значення для практики реалізації законів у стародавньому Римі. Разом із тим, виникає питання про те, як розуміє дану категорію сучасна юридична наука? Варто зазначити те, що ні юриспруденція, ні філософія не мають єдиного підходу до розуміння того чим власне є закономірність. Так, одні фахівці пропонують розуміти під закономірністю універсальний зв'язок законів, єдність законів у певній сфері, спільну дію законів у певній сфері явищ⁶. Інші спеціалісти виступають проти розмежування закономірностей і законів⁷. Деякі спеціалісти у сфері філософії вважають, що відмінність між поняттями закономірність і закон – полягає лише в певних відтінках⁸. Існує наукова позиція у відповідності до якої закономірність варто розуміти «як «пійману» наукою тенденцію в розвитку дійсності, що являє собою прояв закону»⁹. Але в науковій літературі можна зустріти й протилежні наукові позиції. Так, як зазначає Т. Г. Грушевицька прийнято вважати, що в природі діють об'єктивні закономірності – стійкі, такі, які повторюються, зв'язки між предметами та явищами. Ми ж можемо пізнати закони, тобто відбиття цих об'єктивних закономірностей у нашій свідомості¹⁰.

Не менш важливим у контексті дослідження цього питання є визначення співвідношення загальних закономірностей реалізації закону із іншими чинниками, які впливають на даний процес. Безперечно, визначити всі чинники, які впливають на процес реалізації законів, надзвичайно важко. Однак серед вже відомих чинників, які обумовлюють процес реалізації закону поряд із загальними закономірностями реалізації закону, можна виділити: тенденції та фактори, які впливають на даний процес. При цьому варто зазначити наступне: по-перше, з позиції філософії фактор і тенденція є початковим етапом закономірності. Тобто об'єктивний, необхідний, суттєвий зв'язок явищ та процесів між собою, а також з іншими соціальними явищами і процесами, який набуває сталого та систематичного характеру, перетворюється в закономірність. Таким чином, саме тривалість впливу певного чинника на державно-правове явище або процес визначає чи є він закономірністю або ні. По-друге, як в теорії, так і на практиці надзвичайно важко відокремити закономірність від тенденції або фактора, оскільки існує така категорія як тимчасова закономірність. Таким чином, на нашу думку, не є закономірностями процесу реалізації закону всі ті чинники, які ситуативно, випадково, одноразово вплинули на процес реалізації закону. Так, наприклад, такі загальні закономірності процесу реалізації закону, як підвищення ефективності процесу правореалізації або послідовна інтенсифікація законодавства можна було б розглядати як певні тенденції в розвитку законодавства. Однак, нині вони є об'єктивними вимогами, закономірностями подальшої діяльності із вдосконалення діючого законодавства. Цікавим є питання про випадкові чинники, які обумовлюють процес реалізації закону. Як правило, при аналізі чинників, які обумовлюють процес реалізації закону, розглядалися ті з них, які властиві для реалізації більшості законів. Проте поза увагою залишилися чинники, які є ситуативними або випадковими тобто такі виникнення, яких не передбачалося заздалегідь. Прикладом цього може бути світова економічна криза 2008 року, яка істотно вплинула на реалізацію положень Закону України «Про державний бюджет на 2009 рік», або введення воєнного чи надзвичайного стану, який може суттєво впливати на реалізацію прав і обов'язків, закріплених в чинному законодавстві, наприклад, права власності ч. 5 ст. 41 Конституції України¹¹. Звідси можна вивести таку загальну закономірність реалізації закону – випадковий чинник може істотно впливати на процес реалізації закону.

На нашу думку, для загальних закономірностей реалізації закону властиві певні ознаки, якими вони відрізняються від схожих та близьких за суттю явищ. До основних ознак загальних закономірностей реалізації закону можна віднести наступні: 1) такі закономірності є одноманітністю, регулярністю повторень взаємодії державно-правових явищ та процесів під час реалізації закону; 2) вони є завжди певним взаємозв'язком державно-правових явищ та процесів під час реалізації закону; 3) мають стійкий, систематичний характер; 4) існують об'єктивно; 5) відображають глибинні, істотні властивості процесу реалізації закону; 6) мають логічне обґрунтування; 7) діють у певних межах; 8) реалізуються за допомогою правомірної поведінки та діяльності; 9) визначаються на підставі аналізу практики реалізації законів.

Іноколи ознаки загальних закономірностей реалізації закону доповнюють ще такою ознакою, як можливість їхньої оцінки. Дійсно, загальні закономірності реалізації закону як чинники, які впливають на процес реалізації закону цілком можуть отримувати в суспільстві позитивну або негативну оцінку. Однак сприйняття тих або інших загальних закономірностей реалізації закону як корисних або шкідливих має виключно суб'єктивний характер. Така оцінка може суттєво відрізнитися в окремих індивідів та в межах соціальних груп. Крім того, багато закономірностей мають нейтральний характер, тобто позбавлені яскраво вираженого позитивного або негативного забарвлення.

Враховуючи все вищезазначене, спробуємо дати визначення загальних закономірностей реалізації закону. Загальні закономірності реалізації закону – це вид державно-правових закономірностей, які розглядаються як об'єктивний, необхідний, суттєвий, сталий і систематичний зв'язок державно-правових явищ та

процесів між собою, а також з іншими соціальними явищами і процесами під час виникнення, функціонування, розвитку та припинення процесу реалізації закону.

В результаті проведеного дослідження ми прийшли до наступних висновків:

Окремі загальні закономірності реалізації законів були виявлені та сформульовані юристами стародавнього Риму. Ці закономірності є логічними, мудрими, універсальними правилами та вимогами, дотримання яких веде до позитивних результатів реалізації юридичних законів. Нині ці закономірності отримали свого закріплення у діючому законодавстві України. Також вони увійшли у практику реалізації законів в Україні у вигляді правових презумпцій та аксіом.

Сучасна юридична наука тільки підходить до ґрунтовного дослідження закономірностей державно-правових явищ та процесів і загальних закономірностей реалізації законів зокрема. На наш погляд щоб мати комплексне уявлення про ці закономірності необхідно розкрити їхні ознаки та суть.

Для загальних закономірностей реалізації закону властиві наступні ознаки, якими вони відрізняються від схожих та близьких за суттю явищ: 1) такі закономірності є одноманітністю, регулярністю повторень взаємодії державно-правових явищ та процесів під час реалізації закону; 2) вони є завжди певним взаємозв'язком державно-правових явищ та процесів під час реалізації закону; 3) мають стійкий, систематичний характер; 4) існують об'єктивно; 5) відображають глибинні, істотні властивості процесу реалізації закону; 6) мають логічне обґрунтування; 7) діють у певних межах; 8) реалізуються за допомогою правомірної поведінки та діяльності; 9) визначаються на підставі аналізу практики реалізації законів.

Суть загальних закономірностей реалізації закону полягає в тому, що вони дають можливість отримати комплексне уявлення про процес реалізації закону, розкрити його основні риси та особливості, відокремити випадкове від сталого і закономірного в цьому процесі.

Загальні закономірності реалізації закону – це вид державно-правових закономірностей, які розглядаються як об'єктивний, необхідний, суттєвий, сталий і систематичний зв'язок державно-правових явищ та процесів між собою, а також з іншими соціальними явищами і процесами під час виникнення, функціонування, розвитку та припинення процесу реалізації закону.

¹ Ветютнев Ю. Ю. Государственно-правовые закономерности : (введение в теорию) / Ю. Ю. Ветютнев. – Элиста : Джангар, 2006. – С. 8.

² Овчинников С. Н. Закономерности развития и функционирования права : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук / Овчинников Сергей Николаевич ; ЛГУ им. А. А. Жданова. – Л., 1979. – 15 с.; Рабинович П. М. Упрочение законности – закономерность развитого социализма : (теор.-методол. проблемы) : автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук / Рабинович П. М. ; АН СССР, Ин-т государства и права. – М., 1979. – 37 с.

³ Ветютнев Ю. Ю. Государственно-правовые закономерности : (введение в теорию) / Ю. Ю. Ветютнев. – Элиста : Джангар, 2006. – 204 с.

⁴ Денис Н. І. Латинська мова / Н. І. Денис. – Л., 1972. – 127 с.

⁵ Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

⁶ Марксистско-ленинская философия : учеб. пособие / редкол.: Рожин В. П. [и др.]. – М. : Политиздат, 1964. – 544 с.; Фаткуллин Ф. Н. Основы учения о праве и государстве : учеб. пособие / Ф. Н. Фаткуллин. – Казань : Изд-во Казан. фин.-экон. ин-та, 1997. – 223 с.; Перестройка и правовое воспитание советских / [Н. И. Козюбра и др.]. – К. : Наук. думка, 1989. – 301, [2] с. – (Актуальные проблемы коммунистического воспитания : АПКВ).

⁷ Советское законодательство: пути перестройки / Алексеев С. С. [и др.]. – М. : Юрид. лит., 1989. – 431 с.

⁸ Поленина С. В. Качество закона и совершенствование правотворчества / Поленина С. В. // Советское государство и право. – 1987. – № 7. – С. 12–19.

⁹ Гойман В. И. Действие права : (методол. анализ) / В. И. Гойман. – М. : Акад. МВД РФ, 1992. – 180, [1] с.

¹⁰ Тихомиров Ю. А. Теория закона / Тихомиров Юрий Александрович. – М. : Наука, 1982. – 257 с.

¹¹ Совгира О. В. Конституційне право України : навч. посіб. / О. В. Совгира, Н. Г. Шукліна. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – С. 56.

Резюме

Кравченко М. Г., Авраменко А. В. Загальні закономірності реалізації закону – новий погляд на давно відомі речі.

Статтю присвячено аналізу загальних закономірностей реалізації закону сформульованих юристами стародавнього Риму, а також розумінню даної категорії сучасною юридичною наукою.

Ключові слова: реалізація закону, вислови юристів стародавнього Риму, ознаки закономірностей реалізації закону, суть закономірностей реалізації закону.

Резюме

Кравченко М. Г., Авраменко А. В. Общие закономерности реализации закона – новый взгляд на давно известные вещи.

Статья посвящена анализу общих закономерностей реализации закона сформулированных юристами древнего Рима, а также пониманию данной категории современной юридической наукой.

Ключевые слова: реализация закона, высказывания юристов древнего Рима, признаки закономерностей реализации закона, суть закономерностей реализации закона.

Summary

Kravchenko M., Avramenko A. General laws of the law—a new look at things long been known.

The article analyzes the general principles of law formulated by lawyers of ancient Rome, and understanding of this category of modern legal science.

Key words: implementation of the law, lawyers expressions of ancient Rome, the signs of the laws of the law, the laws of nature law.

Отримано 16.04.2014

УДК 340.111.5

О. Є. ПРОЦЬ

Олександра Євстахіївна Проць, кандидат юридичних наук, доцент Дрогобицького державного педагогічного університету імені Івана Франка

ДО ПИТАННЯ ПРО ФУНКЦІЇ ПРАВОСВІДОМОСТІ

Питання про функції правосвідомості належить до тих невичерпних проблем сучасної теорії права, підвищений науковий інтерес до яких не втрачає своєї актуальності. Правосвідомість як цілісний і самодостатній феномен має певні, лише їй притаманні риси, оригінальну внутрішню структуру і власне унікальне призначення, для реалізації якого їй потрібне постійне функціонування, або, інакше кажучи, здійснення певних функцій. Водночас правосвідомість перебуває у тісному й нерозривному зв'язку з такими елементами правової системи, як система права, система законодавства, юридична практика, тому є сенс говорити про діалектичну взаємодію між функціями правосвідомості та функціями інших елементів правової системи.

Мета статті полягає в тому, щоб на основі системного аналізу як загальнотеоретичних правових ідей і концепцій, так і висновків філософії, соціології, психології та інших наук дати комплексну характеристику механізму функціонування правосвідомості в соціальному середовищі і визначити можливі напрями його вдосконалення на етапі становлення та розвитку в Україні громадянського суспільства й правової держави.

У сучасній юридичній науці відсутній єдиний підхід до визначення функцій правосвідомості, що зумовлено передовсім полісемантичністю самого терміна «функція»¹. За слушним зауваженням А. І. Абрамова, категорії «правосвідомість» і «функція» з наукової точки зору є різнобічними і змістовно багатими феноменами. Тому їх комбінація – «функції правосвідомості» – породжує широкий спектр різноманітних понять. Функції правосвідомості можна розглядати з різних позицій залежно від того, який зміст вчений вкладає в поняття функції і правосвідомості².

Науковці наголошують, що правосвідомість виявляється на всіх стадіях механізму правового регулювання, впливає на функціонування практично кожного елемента правової системи³. Одним із найбільш поширених є розуміння функцій правосвідомості як напрямів впливу цього явища на суспільні відносини⁴. Таке розуміння, по суті, відповідає традиційним уявленням про функції права⁵ і загалом правильно характеризує функціонування правосвідомості. Однак варто уточнити, що основне призначення права полягає саме у регулюванні суспільних відносин, натомість правосвідомість суспільні відносини безпосередньо не регулює, її регулятивна сила спрямована на внутрішній світ людини, її переконання та оцінки. Інакше кажучи, правосвідомість регулює поведінку людей: правосвідомість можна розглядати як спосіб впливу права через свідомість окремих індивідів на закріплення навичок їх правової позитивної поведінки⁶. Таким чином, вплив правосвідомості на суспільні відносини є опосередкованим: прямо впливаючи на поведінку людей, правосвідомість впливає і на суспільні відносини, що виникають між ними. У зв'язку з цим вважаємо, що визначення функцій правосвідомості потребує уточнення щодо об'єкта впливу даного феномена. У цьому контексті слушним уявляється зауваження О. Ф. Скакун, яка вважає правосвідомість суб'єктивною формою реалізації функцій права⁷.

Як одна із форм суспільної свідомості, правосвідомість виступає специфічним способом духовного пізнання суспільного буття: свідомість є психічним відображенням дійсності, відповідно правосвідомість – правової дійсності⁸. Виходячи з цього, вчені традиційно виокремлюють три основні функції правосвідомості: пізнавальну, оціночну, регулятивну⁹. Вони повністю охоплюють те значення, яке має правосвідомість для людини: забезпечує пізнання й сприйняття правової реальності, її оцінку і вибір варіанта поведінки відповідно до отриманих знань і сформованих орієнтацій та установок. Таким чином, можна стверджувати, по-перше, що основні функції правосвідомості орієнтовані на суб'єкта, і, по-друге, між функціями правосвідомості та її структурою існує діалектична взаємодія.

Відомо, що структуру правової свідомості становлять три складові: правові знання, правові оцінки і правові установки¹⁰. Більшість учених виділяють два елементи її структури: правову ідеологію й правову психо-

логію¹¹. Як уявляється, в сучасному суспільстві правова ідеологія відіграє провідну роль, що зумовлено передродом «юридизацією» суспільного життя, підвищенням значення правових регулятивних та охоронних інститутів, перетворенням правових цінностей на інтегративну, цементуючу основу суспільної свідомості. Функція правової ідеології у найбільш загальному вигляді – це утворення її інтелектуально-вольової сфери, накопичення знань про право, правову дійсність загалом, що, своєю чергою, становлять основу для формування відповідного ставлення до права, вироблення правових установок, націленості на ті чи інші варіанти поведінки. Інакше кажучи, саме правова ідеологія як елемент правосвідомості виконує пізнавальну функцію.

Отже, пізнавальна (або інформативно-пізнавальна) функція правосвідомості полягає у тому, що людина на основі набутих юридичних знань та юридичного досвіду формує уявлення про чинне право, зокрема, про свої суб'єктивні права і юридичні обов'язки. Зазначимо, що ефективність вказаної функції правосвідомості залежить від рівня правової інформованості людини та залучення її до системи правових відносин. Джерелами правової інформативності є документальні юридичні акти, оприлюднені в установленому законом порядку, повідомлення преси, радіо і телебачення, публічні виступи державних і громадських діячів тощо, а джерелом правового досвіду – практичні дії людини у сфері права.

Правова психологія – найпоширеніша форма сприйняття права, яка тією чи іншою мірою властива усім людям, колективам людей, соціальним групам; до змісту її передовсім належать правові емоції, почуття, настрої. Сучасна наука долає уявлення про правову психологію як другорядну і менш важливу, порівняно з правовою ідеологією, складову правосвідомості. На думку О. Ф. Скакун, було б неправильно принижувати значення емоцій і почуттів (правову психологію) порівняно з інтелектом (правовою ідеологією). Емоції і почуття – необхідний ґрунт, на якому виявляються (складаються, реалізуються) правові погляди, ідеї, теорії¹².

Специфіка правових емоцій та почуттів зумовлена їх зв'язком із правом, правовими явищами, водночас їм можуть бути притаманні всі ознаки, які характеризують емоційні явища в фізіологічному розумінні. Правові емоції та почуття беруть участь у формуванні раціональних і емоційних компонентів масової та групової правової свідомості – ставлення до правових приписів та оцінки правових явищ¹³.

Отже, сутність оцінної функції правової свідомості виявляється у тому, що на основі правових знань, досвіду правової діяльності та емоційного ставлення до різних проявів правової дійсності (чинного законодавства, своєї поведінки і поведінки інших суб'єктів, діяльності органів державної влади тощо) формуються ціннісні орієнтації людини. Пройшовши через свідомість особи, правові явища викликають певне до себе ставлення; при цьому оцінюються як правові знання, так і правова дійсність з погляду цих знань. Відбувається процес не прямого відтворення у діях особи одержаних знань, а виникає їх переосмислений варіант, що співвідноситься з поглядами на правове, обов'язкове. Своєю чергою, ціннісні орієнтації стають підґрунтям для формування правової установки, тобто готовності до певної правової поведінки – при цьому не тільки правомірної, але й протиправної.

Окрім правової психології та правової ідеології, у структурі правової свідомості виділяється третій елемент – правозначуща настанова¹⁴. Зауважимо, що більш відповідним уявляється термін «правова установка», під якою розуміється готовність, схильність суб'єкта до правомірної чи протиправної поведінки, що формується під впливом соціальних і психофізіологічних факторів¹⁵. На думку Н. В. Щербакової, «сутність установки в правовій сфері визначається загалом як схильність особистості до сприйняття змісту норми права, його оцінки, готовність до здійснення дії, вчинку, що має юридичне значення, або ж як імовірність того чи іншого варіанта поведінки (діяльності) у сфері правового регулювання»¹⁶.

Поняття правової установки конструюється на основі більш загального поняття установки соціальної, під якою у соціології розуміється стійка схильність, готовність індивіда чи групи до дії, орієнтованої на соціально значущий об'єкт; психологічне переживання людиною цінності, значення, змісту соціального об'єкта, стан свідомості індивіда щодо певної цінності¹⁷.

У контексті соціальної значимості установки можуть бути позитивними та негативними. Антисоціальні установки належать до негативних правових установок. І навпаки, правові установки, що виражають тенденцію та схильність суб'єктів сприймати правові явища як особистісні та суспільні цінності, а також готовність діяти відповідно до цих оцінок, є позитивними.

Разом із правовою установкою вчені звертають увагу на правову волю як самостійний елемент правової свідомості. Цим поняттям позначається «засіб реалізації правової установки, особливий психічний процес, поєднання потреби, інтересу, установки і мети з дією»¹⁸. І хоча говорити про її самостійність, на нашу думку, немає достатніх підстав, слід погодитися, що воля – загальна здатність людини керувати своєю правовою поведінкою – в структурі правової свідомості займає особливе місце, визначаючи її сутність і зовнішні прояви. Усі інші елементи – інформованість, погляди, переживання, установки людини існують винятково у психологічній сфері, а тому можуть бути матеріалізованими тільки через волю. Якщо під правовою установкою розуміється поведінкова готовність (схильність) до юридично значимої поведінки, то правова воля втілює цю готовність у правову реальність. На правову установку суб'єкта впливають як інтелектуальні, так і емоційно-чуттєві та ціннісні елементи правосвідомості.

Таким чином, основне призначення оцінної функції правосвідомості полягає у формуванні в свідомості людини певного правового стереотипу, варіанта поведінки і, що особливо важливо, готовності до такої поведінки, яка, хоч і не реалізується ще в конкретних діях, свідчить про націленість суб'єкта на переведення правових приписів у реальну площину. Цей процес відбувається уже в рамках регулятивної функції правосвідомості: той факт, що виконання правових норм людьми здійснюється свідомо, під впливом внут-

рішнього переконання, свідчить про регулятивну роль правосвідомості. Чим вищий рівень правосвідомості, тим більше вона виявляє свою регулюючу роль у «приведенні» поведінки у відповідність до мети і волі, вираженої в праві¹⁹.

Як уже зазначалося, пізнавальна та оціночна функції правосвідомості реалізуються відповідно правовою ідеологією і правовою психологією – її основними структурними елементами. Регулятивна функція, яка характеризує діяльну сторону правосвідомості людини, реалізується двома елементами в сукупності.

Основна відмінність регулятивної функції правової свідомості від регулятивної функції права полягає, на нашу думку, в спрямованості першої на конкретного суб'єкта, а другої – на об'єктивну реальність. Якщо норма права, маючи загальнообов'язковий характер, покликана регулювати широке коло відносин за участю неперсоніфікованих осіб, то правова свідомість визначає поведінку конкретної особистості. Крім того, норма права забезпечується зовнішньою, публічною владою, а правосвідомість – внутрішніми переконаннями людини і такими морально-етичними категоріями, як совість, честь тощо.

Крім елементів, у структурі правосвідомості виділяють рівні, які залежать від ступеня знання права та глибини відображення правової дійсності²⁰, інакше їх називають видами правосвідомості за глибиною відображення правової реальності²¹. Особливої уваги заслуговує професійно-юридична правосвідомість, яка відрізняється від інших видів правосвідомості (професійно-неюридичної, повсякденної) якісним станом елементів свого змісту, передовсім, об'ємом та глибиною правових знань, навичками та вміннями аналізувати й вирішувати правові завдання і проблеми. Доволі вдалим у науковому плані є визначення професійної правосвідомості як різновиду групової свідомості, що являє собою цілісний, практично спрямований, нормативно детермінований спосіб сприйняття правової дійсності та зворотного впливу на неї²². Носіями професійної правосвідомості є особи, які мають спеціальну юридичну освіту і професійно займаються юридичною наукою та практикою.

Професійно-юридична правосвідомість, безперечно, виконує усі охарактеризовані вище основні функції, однак цим її роль не вичерпується. Відштовхуючись від визначеної Н. М. Оніщенко та О. В. Зайчуком функції правосвідомості, що полягає у розвитку правової науки²³, уявляється можливим розширити її розуміння до визнання за правосвідомістю функції правового прогресу, тобто розвитку не тільки наукової, але й усієї правової сфери, зокрема, правотворчості, правозастосування, правореалізації. Ідея правового прогресу тісно пов'язана з ідеєю суспільного прогресу: якщо останній полягає в досягненні якомога більшої свободи людини, гармонізації інтересів особи й суспільства, то правовий – у їх забезпеченні правовими засобами. Рушійною силою правового прогресу виступає передовсім правосвідомість професійної юридичної спільноти, представлені юристами-теоретиками (вченими, викладачами) та юристами-практиками. Прогрес у правовій сфері виявляється, серед іншого, в тому, що представники юридичної науки постійно збагачують суспільну правосвідомість новими знаннями й ідеями, а юристи-практики як безпосередні «виконавці» правового прогресу забезпечують процес розвитку свободи та захист особи і суспільства від свавілля і хаосу, реалізуючи у своїй діяльності соціальний та культурний зміст права, його сутність і природу. Більше того, професійно-юридичну правосвідомість загалом можна сприймати як джерело права у широкому розумінні, з урахуванням семантики самого слова «джерело» – те, що дає початок чому-небудь, звідки постає, черпається щось; основа чого-небудь; вихідне начало²⁴. Роль правосвідомості в процесі правотворчості і правореалізації О. Ф. Скакун убачає в тому, що правосвідомість існує «до» права, певною мірою нібито випереджає юридичне право, є його безпосереднім ідейним джерелом, передує йому; діє «паралельно» з правом: уловлює потреби його вдосконалення в напрямі відображення об'єктивних суспільних процесів; визначає зміни і перспективи розвитку права; безпосередньо впливає на процес і результати правотворчості; існує «після» права у тому сенсі, що слугує орієнтиром вибору доцільного, оптимального варіанта поведінки в межах норм права, які застосовуються або безпосередньо реалізуються²⁵.

Як уявляється, саме правосвідомість професійної юридичної спільноти є безпосереднім джерелом правотворчості, їй належить провідна роль у розробці проектів нормативно-правових актів або їх частин, проведенні необхідних процедур на окремих стадіях нормотворчого процесу, систематизації нормативно-правових актів тощо.

Вважаємо, що правовий прогрес покликана забезпечувати передовсім молода генерація правників. Молодь загалом є носієм інтелектуального потенціалу, визначальним фактором соціально-економічного прогресу, і за своїми об'єктивними соціальними та психологічними характеристиками відіграє у суспільстві своєрідну інноваційну роль. У цьому, серед іншого, полягає призначення цієї соціальної групи в суспільній структурі. Одним із прикладів практичного втілення функції забезпечення правового прогресу є створення та діяльність Координаційної ради молодих юристів при Міністерстві юстиції України, яка покликана узгодити зусилля молодих правників в утвердженні високої ролі професії юриста в Україні, координувати діяльність, пов'язану з підвищенням якості підготовки фахівців у галузі права, залучати молодих фахівців до нормотворчих процесів, здійснювати правоосвітню та правовиховну роботу, формувати активну позицію нового покоління юристів²⁶.

Варто додати, що професійна правосвідомість юристів-науковців та юристів-практиків, своєю чергою, визначає якісний стан правової свідомості суспільства загалом. Вважаємо доцільним виокремлення про-світницько-виховної функції професійно-юридичної правосвідомості, яка передбачає позитивний вплив на суспільну свідомість, сприяння засвоєнню правових знань, утвердженню правових цінностей і формуванню правових ціннісних орієнтацій.

У зв'язку з цим одним із шляхів підвищення ефективності функціонування професійно-юридичної правосвідомості є удосконалення системи юридичної освіти, оскільки, за влучним зауваженням римських правників, які юристи – таке і право. А право і юристи такі, якими робить їх юридична освіта²⁷. В умовах розбудови в Україні громадянського суспільства і правової держави юридична освіта повинна динамічно впливати на суспільство, формуючи цивілізоване демократичне правове поле і новий тип правосвідомості сучасного юриста, що визначатиме його професійну діяльність і просвітницько-виховну місію. Втім, розвиток лише юридичної освіти не може повною мірою якісно забезпечити процес реалізації функцій правосвідомості, який є доволі складним, зумовленим різноманітними об'єктивними й суб'єктивними чинниками: політичними, економічними та соціальними умовами, за яких приймаються правові норми, якістю нормативно-правових актів, а так само ступенем розвитку системи правової освіти населення, що тлумачиться як один із головних елементів формування правової культури і правової свідомості населення та складова системи освіти загалом²⁸. На нашу думку, процес реалізації функцій правосвідомості без правової освіти неможливий, оскільки він базується на раціональних, свідомих засадах. За спостереженнями М. Є. Черкас, зазвичай суб'єкти права орієнтуються в правових нормах, які безпосередньо регулюють відносини, в які вони вступають, залежно від власних соціальних ролей. Для пересічного громадянина також досить часто є характерним керування власними уявленнями про право, а не конкретними знаннями його положень. Ці уявлення «спрацьовують» в основному у випадках, коли бракує достовірних знань про право. Водночас, як тільки відповідний суб'єкт зіштовхується з більш-менш складною юридичною ситуацією, він відчуває нестачу конкретних спеціалізованих юридичних знань практичного характеру. Це виражається в тому, що він не має чітких знань змісту прав та обов'язків – як своїх, так і інших суб'єктів, юридичної процедури, не володіє вмінням скласти необхідні юридичні документи²⁹. Саме тому для реалізації функцій правосвідомості важлива правова освіта безпосередніх суб'єктів правових відносин, що передбачає набуття ними певного обсягу правових знань. За висновком А. І. Абрамова, визнавальна, оціночна і регулятивна функції правосвідомості здійснюються не паралельно (як це має місце при реалізації функцій більшості соціальних явищ, у тому числі права), а послідовно, коли реалізація кожної попередньої функції є підставою (необхідною умовою) для реалізації наступних³⁰. Тобто, здійснення регулятивної функції можливе лише тоді, коли у людини є хоча б елементарні знання правової норми, що передбачає реалізацію функції пізнавальної, і сформоване певне ставлення до засвоєних нею правових норм, тобто мало місце здійснення оціночної функції правосвідомості.

Проаналізувавши основні функції правової свідомості, вважаємо за необхідне наголосити, що класифікація та побудова їх ієрархії є певною мірою умовними, оскільки у реальному житті ці функції, будучи самостійними й самодостатніми, тісно пов'язані між собою.

¹ Функція [Електронний ресурс] // Академічний тлумачний словник української мови: в 11-ти т. (1970–1980). – Режим доступу: <http://sum.in.ua/s/funkcija>

² Абрамов А. І. Функції правосознання и их роль в реализации функций права / А. І. Абрамов // Правоведение. – 2006. – № 5. – С. 23–34. – С. 24.

³ Крестовська Н. М. Теорія держави і права. Елементарний курс : навч. посіб. / Н. М. Крестовська, Л. Г. Матвеева. – Х. : Одиссей, 2007. – 432 с. – С. 353.

⁴ Теорія государства и права: курс лекцій / Под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Юристъ, 2007. – 786 с. – С. 618; Теорія держави і права. Академічний курс : підручник / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 688 с. – С. 555 та ін.

⁵ Загальна теорія держави і права / За ред. В. В. Копейчикова. – К. : Юрінком Інтер, 1998. – 320 с. – С. 110.

⁶ Теорія держави і права. Академічний курс. – С. 554.

⁷ Скакун О. Ф. Теорія права і держави : підручник / О. Ф. Скакун. – К. : Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2010. – 603 с. – С. 91.

⁸ Теорія держави і права. Академічний курс. – С. 555.

⁹ Ратинов А. Р. Правовое сознание как элемент правовой культуры / А. Р. Ратинов, В. И. Каминская // Правовая культура и вопросы правового воспитания. – М. : Наука, 1974. – С. 12–34; Теорія государства и права: курс лекцій. – С. 618–619 та ін.

¹⁰ Загальна теорія держави і права / За ред. В. В. Копейчикова. – С. 139.

¹¹ Скакун О. Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс) : підручник / О. Ф. Скакун. – Х. : Еспада, 2006. – 776 с. – С. 680; Теорія держави і права. Академічний курс. – С. 557; Теорія государства и права: курс лекцій. – С. 612 та ін.

¹² Скакун О. Ф. Теорія права і держави : підручник. – С. 93.

¹³ Каландаршивили З. Н. Актуальные проблемы правовой культуры российской молодежи : монография / З. Н. Каландаршивили. – СПб. : ИВЭСЭП, Знание, 2009. – 171 с. – С. 62.

¹⁴ Скакун О. Ф. Теорія права і держави : підручник. – С. 93.

¹⁵ Теорія государства и права: курс лекцій. – С. 619.

¹⁶ Щербакова Н. В. Правовая установка и социальная активность личности / Н. В. Щербакова. – М. : Юрид. лит., 1986. – 127 с. – С. 8.

¹⁷ Малахова Ж. Установка соціальна / Ж. Малахова // Соціологічна енциклопедія / Укл. В. Г. Городяненко. – К. : Академвидав, 2008. – 456 с. – (Серія «Енциклопедія ерудита»). – С. 416.

¹⁸ Керимов Д. А. Психология и право / Д. А. Керимов // Государство и право. – 1992. – № 1. – С. 10–20. – С. 16.

¹⁹ Певцова Е. А. Современные дефинитивные подходы к правовой культуре и правовому сознанию / Е. А. Певцова // Журнал российского права. – 2004. – № 3. – С. 70–82. – С. 77.

²⁰ Теорія держави і права. Академічний курс. – С. 558.

²¹ Скакун О. Ф. Теорія права і держави : підручник. – С. 96.

²² Жидовцева О. А. Структура та функції професійної правосвідомості / О. А. Жидовцева [Електронний ресурс] // Форум права. – 2012. – № 1. – С. 307–312. – С. 308 – Режим доступу: <http://www.nbu.gov.ua/e-journals/FP/2012-1/12goafpp.pdf>

²³ Теорія держави і права. Академічний курс. – С. 557.

²⁴ Джерело [Електронний ресурс] // Академічний тлумачний словник української мови: в 11-ти т. (1970–1980). – Режим доступу: <http://sum.in.ua/s/dzhereo>

²⁵ Скакун О. Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс). – С. 680.

²⁶ Положення про Координаційну раду молодих юристів України при Міністерстві юстиції України: Наказ Міністерства юстиції 19.07.2007 № 520/5 (у редакції наказу Міністерства юстиції України від 27.09.2007 № 835/5) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.krmj.org.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=8&Itemid=1

²⁷ Абрамова Е. Н. Юридическая клиника как форма соединения теории и практики в юридическом образовании : На примере юридической клиники «Эфора» Юридического института ДВГУ / Е. Н. Абрамова, Т. М. Самусенко // Юридическое образование, наука, практика : Взаимодействие и перспективы : Материалы межрегиональной научно-практической конференции. – Владивосток : Изд-во ВГУЭС, 2003. – С. 8–13.

²⁸ Правова освіта // Юридична енциклопедія : довідк. вид. В 6 т. – Т. 5. П – С / НАН України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Вид-во «Укр. енцикл.» ім. М. П. Бажана ; редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) [та ін.]. – К. : Укр. енцикл. ім. М. П. Бажана, 2002. – 736 с. – С. 37.

²⁹ Черкас М. Є. Функції правосвідомості в механізмі правового регулювання: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / М. Є. Черкас ; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. – Х., 2010. – 18 с. – С. 11.

³⁰ Абрамов А. И. Функции правосознания и их роль в реализации функций права. – С. 30.

Резюме

Проць О.Є. До питання про функції правосвідомості.

У статті досліджується проблема функцій правосвідомості, через які реалізується її власне унікальне призначення. Аналізуються три основні функції правосвідомості: пізнавальна, оціночна, регулятивна. Визначається діалектична взаємодія між функціями правосвідомості та її структурою.

Особлива увага звертається на професійно-юридичну правосвідомість, якій, окрім зазначених функцій, притаманні функції правового прогресу та виховна.

Одним із шляхів підвищення ефективності функціонування правосвідомості визнається удосконалення системи юридичної освіти та підвищення якості правової освіти населення.

Ключові слова: правова освіта населення, правова свідомість, професійна правосвідомість, структура правосвідомості, функції правосвідомості.

Резюме

Проць А.Е. К вопросу о функциях правосознания.

В статье исследуется проблема функций правосознания, посредством которых реализуется ее собственное уникальное предназначение. Анализируются три основные функции правосознания: познавательная, оценочная, регулятивная. Определяется диалектическое взаимодействие между функциями правосознания и ее структурой.

Особое внимание обращается на профессионально-юридическое правосознание, которому, кроме указанных функций, присущи функции правового прогресса и воспитательная.

Одним из путей повышения эффективности функционирования правосознания определяется совершенствование системы юридического образования и повышения качества правового образования населения.

Ключевые слова: правовое образование населения, правовое сознание, профессиональное правосознание, структура правосознания, функции правосознания.

Summary

Prots O. Concerning question of legal awareness function.

This article examines the matter of legal awareness functions through which its unique purpose is being realized. Three main functions of the legal awareness are analyzed: cognitive, evaluating and regulative. Dialectic link between the legal awareness functions and its structure is examined.

Emphasis is given on professional legal awareness which, apart from functions aforementioned, reside in progress in the domain of law and behavioral functions.

Perfecting the system of legal education and elevating the quality of legal education of population is recognized as an approach to improve efficiency of legal awareness functioning.

Key words: functions of the legal awareness, legal awareness, legal education of population, professional legal awareness, structure of the legal awareness.

Отримано 4.04.2014

І. М. СИТАР

Ігор Михайлович Ситар, кандидат юридичних наук, доцент, докторант Національної академії внутрішніх справ

**ЦІННІСНЕ ОБҐРУНТУВАННЯ ЗАХІДНОЇ ТРАДИЦІЇ ПРАВА
В КОНТЕКСТІ ДИНАМІЧНОГО ПІДХОДУ**

Як зазначають дослідники, Україна є історичною, геополітичною і культурною складовою європейської цивілізації. Тож наша країна не може залишатися поза інтеграційними процесами в межах континентальної Європи і в глобальних межах міжцивілізаційних взаємодій країн світу¹.

Особливої уваги у сучасному аналізі правових систем заслуговує аналіз західної традиції права, що відображає найбільш раціональні компоненти, створені індивідумом упродовж усього розвитку західної цивілізації. У найбільш формалізованому аспекті західна традиція права була виражена в романо-германському, англо-американському та змішаному (скандинавському і латиноамериканському) праві. Її конструкції вплинули на мусульманське, індуське, іудейське, філософсько-традиційне право.

Західна традиція права та її ціннісна характеристика і взаємозв'язок із національним правом розглядались у працях таких вітчизняних та зарубіжних дослідників: Е. Аннерса, Г. Дж. Бермана, С. І. Максимова, Ю. М. Оборотова, І. М. Панкевича, О. З. Панкевича, С. П. Рабіновича, С. С. Сливки, О. Д. Тихомирова, Ю. О. Тихомирова та інших. Ці науковці розробили концептуальні засади ціннісної характеристики західної традиції права.

Класичне римське право справило вплив на континентальне право і було засноване на принципах легалізму і пуританства, дотримуючись установок правової держави, сформованих під впливом філософії природного права.

В онтологічному аспекті західна традиція права характеризується дуалізмом духовної та світської влади і різноманітністю світських юрисдикцій, самим уявленням про автономність світської сфери. У цій традиції право становить самостійний предмет дослідження, відділений від теології, економіки й політики².

Слід зазначити, що в західній традиції права спостерігалось відокремлення права від релігії і поступове «підняття» його над іншими соціальними інститутами шляхом обмеження влади і формування верховенства права. Право – це явище в західній традиції права, яке постійно розвивається, де існує певна гносеологічна парадигма: римське право пройшло етап рецепції і діяльності глосаторів та постглосаторів, а також взаємозв'язку з канонічним і міським правом і взаємодії зі звичаєвим, що зрештою формувало нове право, надзвичайно ціннісне для сучасного світу.

Зважаючи на те, що онтологія – це вчення про суще й сутнісне, важливим є питання про те, яким чином право вкорінилося у буття людини. Ю. Пермяков із цього приводу зауважує: «Природа не може бути безпосереднім фундаментом права, оскільки її межі рухомі і невловимі, і саме право пов'язане з особливістю людського буття. Право також не може сприйматися як нав'язане людині суспільством чи державою, у становленні права відіграють роль духовні основи соціального життя, пов'язані зі співіснуванням людей як самоцінностей. Суспільство з'являється перед нами як етап духовного життя людини, зрілість якої зумовлює міру її возз'єднання з іншими елементами, звідси – посилення потреби духовної гармонії в самому собі. Матеріальне не конкурує з духовним, а є лише формою реалізації людських прагнень; право також не протистоїть духовному і моральному, а лише слугує засобом освоєння (утвердження) духовних цінностей, які містяться в соціальній оболонці, тобто підґрунтям права є духовне начало»³. У цьому й полягають основні ідеї онтологічної сутності права. Як зауважував В. С. Нерсисянц, проблема буття права пов'язана із принципом формальної рівності і його формоутворенням, формами його прояву, правовими феноменами (правовий суб'єкт, правовідносини, правові норми і т. д.), тобто об'єктивність світу – у правових формальностях. Наступна проблема характеризує соціальні наслідки дії норм права і фактичних змін у правовій реальності⁴.

Аналізуючи західну традицію права у контексті акультурації права, слід застосовувати онтологічний підхід до правової ситуації, що, як зазначає О. Стівба, повинен базуватися на тому, що для аналізу правової ситуації необхідно вивчати і сутнісні, і буттєві (екзистенціальні й онтологічні) її аспекти⁵. Будь-яке діяння і його розуміння повинно бути справедливим, що лише у своїй сукупності утворює онтологічну структуру сенсу правової ситуації.

Як підкреслює М. І. Козюбра, будь-яка юридична норма не може мати зобов'язувальної сили без її підтримки в масових формах поведінки та свідомості. Якщо більшість підтримує дані норми, то вони в онтологічному аспекті є правильними (відповідають ідеалам добра та справедливості і тим самим виражають волю й інтереси більшості соціуму) та відповідають категорії «право» у всіх його формах буття⁶.

З онтологічної точки зору (для національного права) західну конструкцію права слід оцінювати, виходячи з позицій, чи дана конструкція справедлива (в контексті запозичення) для національної правової системи.

У гносеологічному аспекті західну традицію права варто розуміти як явище, що пройшло певні етапи розвитку, упродовж яких відбувалася певна взаємодія римського, канонічного та міського права, взаємодія з природним правом.

Здійснюючи гносеологічний, епістемологічний аналіз правових явищ та інститутів, слід враховувати їх формування й розвиток у контексті сучасних ідей та їх доцільності. Гносеологія (теорія пізнання) повинна мати критичний характер.

Як зазначає Г. Дж. Берман, сучасне західне суспільство у ХХ ст. переживало кризу, якої ще не було: людина Заходу знаходилась у безпрецедентному центрі кризи правових цінностей і правової думки; перебувала під сумнівом і вся традиція права, особливо щодо концепції лібералізму і законності⁷. За принципом критицизму в гносеологічному аспекті слід враховувати розвиток сучасної західної традиції права в контексті сучасної світобудови. Запозичення певних ідей, концепцій відбувається лише за умови, що вони повинні відповідати аксіологічним особливостям. Аксіологія в класичному варіанті досліджує категорію цінності, характеристику та структуру цінностей світу, способи пізнання й онтологічний статус, а також природу ціннісних суджень.

Аксіологічна основа повинна базуватися на ієрархізації основних класів цінностей під час аналізу західної традиції права.

Є. фон Гартман (1895 р.) запропонував наступний ряд цінностей: задоволення – цілеспрямованість – доцільність – краса – моральність – релігійність. Більш громіздка ієрархізація належала Г. Мюнстербергу в праці «Філософія цінностей» (1908 р.): «самопідтримання»; «згода»; «діяльність»; здійснення; життєві й культурні цінності; цінності здійснення, єдності, розвитку (співвідносні з життєвими цінностями становлення і діяльності); божественні; цінності взаємозв'язку, краси, розвитку світогляду⁸.

Побудова будь-якої правової системи повинна базуватися на зазначених вище цінностях, оскільки вони визначають орієнтири розвитку того чи іншого правового явища.

Отже, онтологія, гносеологія та аксіологія дають можливість розкрити соціальну сутність західної традиції права, здійснити філософський аналіз даного явища.

Як зазначають дослідники, право стає все більш прагматичним і політичним, ніхто вже не думає про те, що основа закону – моральний порядок Всесвіту. Право на Заході все менше сприймається з позиції історії і все більше – з позиції політики. Водночас історична юриспруденція, яка могла об'єднати юридичний позитивізм і теорію природного права, майже зникла з філософії права⁹.

На думку Гарольда Дж. Бермана, сучасна західна традиція права переживає кризу правових цінностей. В епоху формування західної традиції права домінувала теорія природного права. За загальними уявленнями, людський (світський) закон є похідним від розуму й совісті, і тому розумом і совістю його слід перевіряти. «Не тільки філософії права того часу, але і самому діючому праву всякий діючий закон, і утверджений, і звичайний, повинен відповідати природному праву, інакше він не буде мати належної юридичної сили, його можна знехтувати»¹⁰. Ця теорія лягла в основу християнської теології та аристотелевої філософії.

Відтак західну традицію права слід розглядати з точки зору онтологічних першооснов, де домінантним є природне право.

Особливостями західної традиції права можна вважати:

1. Розмежування між правовими інститутами та установами (щодо правових процесів і законодавства, винесення судових рішень, становлення правових понять, що створені в ході цих процесів), іншими установами.
2. Сильний вплив релігії, політики, моралі, звичаю на право, хоча їх можна аналітично відокремити.
3. Здійснення управління правовими установами (адвокатами, юристами).
4. Розуміння закону як єдиної системи, організму, який розвивається в часі через століття і покоління.
5. Історичність права. Розвиток права має внутрішню логіку, адже зміна – це не тільки пристосування старого до нового, але й частина загальної моделі змін. Цей процес відображає певну внутрішню необхідність. У західній традиції права передбачається, що зміни приходять не випадково; тлумачення минулого намагається задовольнити потреби сьогодення і майбутнього. Право не тільки продовжується, воно має історію, а історія – це зміни в праві.
6. Домінантність права над політичними владами.
7. Існування та змагальність різноманітних юрисдикцій і різноманітних правових систем всередині одного суспільства.
8. Пошук балансу між ідеями і реальністю, між динамічними якостями і стабільністю, між трансцендентальністю й іманентністю¹¹.

Отже, західну традицію права слід розглядати як таку, що постійно розвивається, має історичне підґрунтя, де існує наступність у праві, де право відділене від релігії у формі секулярності, хоча існує взаємопроникнення між релігією і правом. Влада обмежується правом та формується на основі нього, відтак реалізується верховенство права. На сучасному етапі західну традицію права не слід ідеалізувати, оскільки в кризові моменти під сумнів ставляться не фундаментальні принципи законності (які діють уже дев'ять століть), а скоріше застосування таких принципів до нових обставин.

Тому західну традицію права слід досліджувати, беручи до уваги філософські та соціологічні підходи.

До прикладу, у праці «Демократія і складність: реалістичний підхід» Даніло Дзолло зазначає, що демократія в епоху глобалізму набуває дещо іншого характеру: відбувається втрата певних цінностей, а на зміну їм приходять політична, економічна та військова експансія влади.

На заході відбувається перехід від індустріального суспільства до суспільства постіндустріального, що характеризується інформаційно-технологічною революцією, засиллям міжнародних корпорацій і процесами глобального взаємозв'язку й взаємозалежності в контексті всепроничної ринкової економіки. Міжнародна політична влада сконцентрувалася у руках декількох наддержав, а міжнародне право стало зброєю цієї влади¹².

Сучасний світ являє собою сукупність соціальних структур, розвиток яких здійснюється під впливом різноманітних факторів, обумовлених різноманітністю культурних систем. Світ багатомірний і не може бути зведений до єдиної універсальної схеми світобудови (устрою), проте слід прагнути до формування загальнолюдської культури, заснованої на діалозі етнічних культур і цивілізацій¹³. Сучасний розвиток суспільства орієнтований на формування єдиної універсальної системи, загальнолюдської культури, що ґрунтується на діалозі етнічних культур. Сучасний світ етноцентризму передбачає сприйняття навколишнього світу з погляду його відповідності чи невідповідності належній поведінці, що сформувалася в межах національної культури (системи). Тобто сприймається лише те, що нам підходить.

Як зазначає Р. А. Романов, правові сім'ї – це результат взаємодії інтеграції національних правових культур. Механічне копіювання однією культурою правових форм і технологій, що склалися в іншій культурі, як правило, неефективне, оскільки безпосередньому запозиченню підлягає тільки юридична форма. Що стосується психологічної чи соціологічної складової правової культури, то вони безпосередньо пов'язані з нацією-носієм і не можуть бути просто перенесені з місця на місце¹⁴. Будь-яке запозичення із західної традиції права повинно супроводжуватися адаптацією, що вимагає певного рівня правосвідомості і правової культури, оскільки чим більш демократичне суспільство, тим менше заборон і зобов'язань, тим більше в ньому дозволів. Відтак те, що в іншій традиції може врегульовуватися рівнем правосвідомості та правової культури, в традиційному суспільстві, яке ще трансформується, регулюється виключно юридичними нормами. У даному випадку поряд з нормою, що запозичується, слід враховувати інфраструктурний компонент її дії.

Безперечно, процес демократизації українського суспільства вимагає переосмислення тих чи інших соціальних цінностей та форм, що були створені національною правовою системою. Слід зазначити, що Україна, своєю чергою, здійснила і здійснює значний вплив на культуру Заходу, хоча з ряду історичних причин вона була протягом тривалого періоду ізольована від Заходу.

Важливим напрямом запозичення ідей західної традиції права для національної правової системи України є вдосконалення законодавства нашої держави, адаптація юридичної інфраструктури до основоположних західноєвропейських норм і виправданих на практиці правил. Більшість юридичних норм України, прийнятих у радянський період, на даний момент відповідають сучасним умовам і обставинам, продиктованим ринковою економікою та демократизацією суспільства.

Західна традиція права продукує такі основоположні принципи та інститути, які повинні лягти в основу будь-якого сучасного суспільства. Це концепція правової держави і громадянського суспільства, що заснована на авторитеті й поділі влади, чіткому формулюванню законів тощо.

Безперечно, розвиток правової системи України передбачає творче сприйняття значної частини юридичних норм, юридичної техніки і правового досвіду, накопиченого в західній традиції права (цей досвід використовується сьогодні в США, Японії та інших демократичних державах світу), однак повинна домінувати цивільно-правова свідомість.

Фактично звернення української правової системи до західної традиції права дає можливість швидкої динаміки як на макро-, так і на мікрорівні з метою побудови правової держави і громадянського суспільства.

Західну традицію права в методологічному та онтологічному аспектах можна ототожнювати з римським цивільним правом, оскільки воно виробило основоположні принципи та ідеї, які лягли в основу всієї правосвідомості даної традиції, а також мали вплив на формування загальноєвропейського права.

Як зазначає Е. Аннерс, європейське право, засноване на римському праві, здійснило суттєвий вплив на інші правові системи й сім'ї завдяки високорозвинутій сфері юридичної техніки, що сприяла встановленню високого рівня правового порядку, без якого немислима високорозвинута технологічна цивілізація¹⁵.

Римське право як джерело західного права виражає уявлення про справедливість, що полягає у загальнолюдських принципах рівності. Природне право (*jus naturale humanorum* – природне право для людей), засноване на всесвітньому порядку й справедливості, є самостійним джерелом права, поряд з фактично діючим правом (*jus positivum* – позитивним правом)¹⁶. Однак природне право домінує завжди.

Актуальність розуміння західної традиції права варто розглядати через дихотомію західних правових орієнтирів та традиційної, національної культури. Лише у такому зв'язку можна здійснити онтологічний, гносеологічний та аксіологічний аналіз західної традиції права як на макро-, так і на мікрорівні.

У кожній правовій культурі існує певна традиційність, яку слід розуміти як культурний спадок, що являє собою систему усталених соціальних відносин, які склалися в процесі історичного розвитку тієї чи іншої стійкої соціальної групи (нації, народності, етносу) і в сукупності утворюють «код національної ідентичності». Культура – це спадок, який охоплює: мову, соціальну ментальність, історію етносу, світову історію, що розглядається в контексті історії етносу, літературу, мистецтво, освіту, науку, релігію, економіку, право. Формування і примноження цього спадку здійснюється як за рахунок збереження культурних досягнень власного етносу, так і за рахунок набуття культурних досягнень інших етносів. У контексті культуриспадкування може існувати культура-новація, що являє собою заново створений культурний пласт, який залежно від обставин може виконувати щодо культури-спадкування наступні функції: первинного створення; збереження і примноження; руйнування (витіснення чи заміщення)¹⁷. Тому в контексті взаємодії західної

традиції права і національного права відбувається певне примноження й збереження національних традицій та ідентичності у сучасному біполярному світі. Слід погодитися з Ю. М. Оборотовим у тому, що «діалоговість, взаємодія правових культур надає новій формі і змісту національній традиції. Дана взаємодія в жодному разі не руйнує традиційного, а лише його підсилює, оскільки національне втілює ідеї природного права, справедливості, гуманізму»¹⁸.

Отже, західна традиція права є системою, з якою національна правова система взаємодіє шляхом правової комунікації, але така взаємодія повинна ґрунтуватися на ціннісних характеристиках, що базуються на онтологічних, гносеологічних та аксіологічних засадах. Така взаємодія сприяє взаємопроникненню нових правових ідей, що уможливило правові запозичення, наприклад, західної традиції права у національну правову систему, а це, своєю чергою, веде до змін і динаміки в процесі правотворення.

¹ Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Г. Дж. Берман; пер. с англ. – 2-е изд. – М.: Изд-во МГУ; НОРМА-ИНФРА-М, 1998. – 624 с.

² Российский ежегодник теории права. / Под ред. А. В. Полякова. – СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2009. – 872 с.

³ Пермяков Ю. Е. Лекции по философии права: учеб. пособие / Ю. Е. Пермяков. – Самара: Изд-во «Самарский ун-т», 1995. – 180 с.

⁴ Нерсесянц В. С. Философия права: учеб. для вузов / В. С. Нерсесянц. – М.: НОРМА-ИНФРА-М, 1998. – 652 с.

⁵ Стовба А. В. Правовая ситуация как исток бытия права / А. В. Стовба. – Х., 2006. – 176 с.

⁶ Козюбра М. Основні форми буття права та взаємовідносини між ними / М. Козюбра // Право України. – 2011. – № 8. – С. 21–31.

⁷ Берман Г. Дж. Вказана праця. – 624 с.

⁸ Новая философская энциклопедия: в 4 т. / Ин-т философии РАН; Нац. общ.-научн. фонд; научно-ред. совет; предисл. В. С. Степин. – М.: Мысль, 2010. – Т. I. – 744 с. – С. 63.

⁹ Вказана праця. – С. 13.

¹⁰ Там само. – С. 29, 49–50.

¹¹ Там само. – С. 24–27.

¹² Дзоло Д. Демократия и сложность: реалистический подход / Д. Дзоло; пер. с англ. А. А. Калинина и др. – М.: Изд. дом Гос. ун-та, 2010. – 320 с. – С. 10–11.

¹³ Философия права в России: история и современность: материалы третьих философ.-правовых чтений памяти акад. В. С. Нерсесянца / Отв. ред. В. Г. Графский. – М.: НОРМА, 2009. – 320 с. – С. 63.

¹⁴ Там само. – С. 61–62.

¹⁵ Аннерс Э. История европейского права / Э. Аннерс; пер. со швед. // Ин-т Европы. – М.: Наука, 1994. – 397 с. – С. 388–389.

¹⁶ Аннерс Э. Вказана праця. – С. 217.

¹⁷ Философия права в России: история и современность: материалы третьих философ.-правовых чтений памяти акад. В. С. Нерсесянца / Отв. ред. В. Г. Графский. – М.: НОРМА, 2009. – 320 с. – С. 59–60.

¹⁸ Оборотов Ю. М. Традиції та оновлення у правовій сфері: питання теорії (від пізнання до розуміння прав): монографія / Ю. М. Оборотов. – Одеса: Юридична література, 2002. – 280 с.

Резюме

Ситар І. М. Ціннісне обґрунтування західної традиції права в контексті динамічного підходу.

Розглянуто ціннісні характеристики західної традиції права та можливості правового запозичення для національної правової системи, виходячи з онтологічних, гносеологічних та аксіологічних аспектів, у дихотомії між західною традицією права і національним правом на макро- і мікрорівнях.

Ключові слова: західна традиція права, онтологія права, гносеологія права, аксіологія права, дихотомія, національне право, ціннісність у праві, правова акультурація.

Резюме

Ситар И. М. Ценностное обоснование западной традиции права в контексте динамического подхода.

Рассмотрены ценностные характеристики западной традиции права и возможности правового заимствования для национальной правовой системы, исходя из онтологических, гносеологических и аксиологических аспектов, в дихотомии между западной традицией права и национальным правом на макро- и микроуровнях.

Ключевые слова: западная традиция права, онтология права, гносеология права, аксиология права, дихотомия, национальное право, ценность в праве, правовая аккультурация.

Summary

Sitar I. Justification of value western tradition of law in the context of dynamic approach.

Value characteristics of the Western tradition of law and legal possibilities of its adoption for the national legal system based on ontological, epistemological and axiological aspects of the dichotomy between the Western tradition of law and national law on the macro and micro levels were considered.

Key words: western tradition of law, ontology of law, epistemology of law, axiology of law, dichotomy, national law, value in law, legal acculturation.

Отримано 2.04.2014

Є. В. АТРАШКЕВИЧ

Атрашкевич Євгенія Валеріївна, аспірант Національного університету «Одеська юридична академія»

**ВЗАЄМОЗВ'ЯЗОК ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВОГО ПРАГМАТИЗМУ
І ПОСТМОДЕРНІЗМУ В ПОГЛЯДАХ СЬЮЗАН ХААК**

Актуальність даної теми обґрунтовується необхідністю дослідження правового прагматизму у широкому руслі філософсько-правової думки, адже прагматизм займає в реальному житті набагато більше місця, ніж у політичних теоріях, теорії права і філософії права, що обумовлює необхідність вирівняти цей дисбаланс між соціально-політичною та соціально-правовою реальністю і спеціалізованими формами її осмислення та звернутися до англосаксонської або англо-американської правової сім'ї, філософія та теорія якої побудована на прагматистській установці.

«Препостмодерністська» установка прагматизму корелюється з сучасною надскладною соціокультурною ситуацією в глобалізованому й хаотизованому світі, який поки що далекий від моменту зародження порядку з хаосу, але в якому вже складаються «постпостмодерністські» парадигми з потугами на теоретичну ін'єкцію ідеї порядку в суспільний хаос, аби забезпечити людську спільноту від скочування в бік ентропії соціального буття. За таких обставин втручання у філософсько-правовий дискурс такого автора, як Сьюзан Хаак, філософа англо-американської традиції, добре знайомого з класичними та постмодерністськими трендами у філософській думці, та її намагання внести порядок у хаос, не пориваючи повністю з прагматистською традицією, відкриває нову перспективу в боротьбі ідей і методологічних підходів.

Метою статті є аналіз методологічних та прикладних аспектів проблематики філософії права в парадигмі неокласичного прагматизму сучасної дослідниці Сьюзан Хаак.

Варто пригадати, що у витоках правового прагматизму стояли потужні постаті Ч. Пірса, В. Джеймса, Дж. Дьюї, Дж.Г. Міда, Ф. К. С. Шіллера. Спеціальну філософсько-правову проблематику з позицій прагматизму розробляли О. В. Холмс та Б. Кардозо.

Взаємозв'язком між прагматистською установкою й теорією права, а також структуруванням принципів прагматизму в застосуванні до правової сфери та критичною оцінкою його можливостей займалися Т. Погге, Р. Познер, Дж. Ролз та Р. Рорті.

В українській історіографії філософсько-правового спрямування прагматизм також досліджувався переважно в межах більш загальної характеристики напрямів англо-американської правової думки. До числа таких авторів слід віднести О. Бандуру, Г. Вдовину, Ю. Жаркіх, А. Козловського, В. Копотя, Л. Петрову, Ю. Шемшученка, С. Кравченка та ін.

Принципова засаднича невизначеність, послаблення традиційної лінійно-логічної дисципліни мислення, балансування між логікою та інтуїцією, постійне коригування теоретичних побудов рефлексіями практикуючих юристів найвищого рівня, селективність у застосуванні елементів прагматистської парадигми перетворює прагматизм на певного кшталту «препостмодернізм».

Основне розходження між прагматизмом і постмодернізмом полягає, здається, у «політичному аполітизмі» прагматистів як політичних прогресистів на відміну від принципової аполітичності постмодерністів.

Вперше сформулював свою класичну «прагматистську максиму», або ж «кредо» прагматизму, Чарльз Пірс, ще 1878 року в знаменитій праці «Як зробити наші ідеї ясними»: «Правило досягнення третього (найвищого) ступеня ясності полягає в наступному: розгляньмо, які наслідки, що гіпотетично могли б мати практичне значення, має об'єкт нашого поняття; у такому разі наше поняття щодо цих наслідків складає всю повноту нашого поняття щодо об'єкта»¹. Але пройшло понад 20 років до того моменту, коли саме поняття прагматизму з'явилося нарешті в друкованих текстах, а не лише в приватних бесідах членів «Метафізичного клубу». Лише 1898 року у праці «Філософські поняття та практичні результати» Вільям Джеймс уперше вжив це слово поряд із терміном «практикалізм»², а сам Чарльз Пірс випустив слово «прагматизм» у друк наступного року, і не у власній оригінальній праці, а в рецензії на книгу Джона Фіске «Через природу до Бога», а визнати себе батьком-засновником прагматизму дозволив собі ще пізніше, 1903 року. Пояснити це можна, по-перше, намаганнями упередити меркантилізовані інтерпретації прагматистської установки, а по-друге – тим, що і Чарльз Пірс, і Вільям Джеймс не вважали прагматизм новою філософською системою, категоріальні межі якої можна було б більш-менш чітко окреслити, натомість пропонували його як новий підхід, здатний оновити й гальванізувати філософію в цілому. Крізь усі праці Чарльза Пірса, Вільяма Джеймса, Джона Дьюї, Джорджа Герберта Міда, Олівера Венделла Холмса проходять теми відмови від догматизму та фальшивих дихотомій, емпірико-натуралістичні упередження щодо апіоризму і прихильне ставлення до еволюціоністської парадигми, бажання зазирнути у майбутнє на основі наявного досвіду, – але ніким із них не було сформовано переліку «прагматистських заповідей».

Протягом останніх десятиліть прагматизм часто був об'єктом вульгаризації з одного боку і нищівної критики – з другого, а в останні роки його принципи подеколи застосовувалися для підтримки тих чи інших неоналітичних течій у філософській думці. Інколи у філософсько-правовій традиції можна натрапити й на протилежні оцінки правового прагматизму як феномена, що переживає своєрідний «ренесанс», однак, на жаль, і у філософії права зокрема, і в провідних загальнофілософських дискурсах здебільшого спостерігається або вульгаризація, або суто інструментальне використання окремих аспектів прагматистської методології. Більше того, попри всю різноманітність, більшість (в тому числі й відносно свіжих) праць, присвячених проблематиці правового прагматизму, відзначаються яскраво вираженою недовірою, якщо не відвертою ворожістю до правової теорії: так, Патрік Атія 1987 року писав, що прагматизм є «загальним вираженням відрази до теоретизування»³, Томас Грей стверджував у 1990 році, що прагматизм є виявом «свободи від гріха теоретизування»⁴, згідно з експлікацією Річарда Познера у 2003 році, прагматизм фундується на засновках, що «моральні, політичні і правові теорії мають цінність лише риторичних вправ, а не філософії»⁵.

За оцінкою Сьюзан Хаак такого роду ставлення до поняття прагматизму виявляють щонайменше дві слабини: по-перше, правовий значеннєвий контекст терміна відокремлюється від його філософських конотацій, що ускладнює комунікацію між філософією і правом як когнітивними сферами соціального буття, а по-друге – відсутність системного сприйняття феномена прагматизму у філософії породжує велику плутанину, що зводить нанівець дискурсивну цінність подібних дефініцій.

У такій стійкій установці на відмову від теоретизування вбачається певна іронія, якщо зважити на впевненість Олівера Венделла Холмса в тому, що ми маємо скоріше гострий дефіцит теорії у сфері права, ніж її надлишок. Це схоже з досить легковажним твердженням Річарда Рорті, згідно з яким прагматисти думають, що «істина – це не зовсім те, чого слід було б очікувати в якості предмету притягальної теорії»⁶, на тлі зусиль Чарльза Пірса, Вільяма Джеймса і Джона Дьюї щодо розробки тематики значення істини. Тут Річард Рорті в черговий раз доводить, що не лише жартома називав себе ліберальним постмодерністом, а відтак має дещо опосередковане відношення до прагматизму як такого.

На тверде переконання Сьюзан Хаак, наявність такого широкого спектру інтерпретацій прагматистських максим несе в собі мало практичного (тобто власне прагматистського) зиску через те, що класична прагматистська традиція залишається багатим джерелом філософського натхнення. Бачення проблематики значення, визнання того, що наукове дослідження може мати раціональну основу навіть якщо воно ззовні зовсім мало схоже на вправу у формальній логіці, є ключовим для адекватного розуміння процесів пояснення та передбачення, значення яких важко переоцінити не лише в науково-дослідницькій діяльності, але й у правовому процесі під час оцінки суті тієї чи іншої юридичної справи і винесення судового рішення як механізму, що передбачає наслідки своєї дії й певним чином конструює майбутню реальність через механізми юридичного попередження чи покарання⁷. Однак далеко не всі зміни й зміщення значення є бажаними, зазначає Сьюзан Хаак, багато з них виконують деструктивну роль: так відбувається у випадках, які демонструють збіднення значення через хибне або надмірне (в обох випадках неадекватне) використання – аж доки слова перестаютъ взагалі бодай щось виражати (таке знецінення понять і стирання їхніх значень чи не найчастіше спостерігається в політичній площині, наприклад, у випадках зі словами «прогресивний», «демократичний», «ліберальний», «правовий»).

Сьюзан Хаак із жалем констатує, що і в сучасному філософському дискурсі можна знайти приклади як збагачення й розвитку, про які йшлося у Чарльза Пірса, так і збіднення й деградації значень, причому останні знайти значно легше: «мова філософії нині, здається, значно більше схожа на мову політики, реклами або PR-технологій, ніж на мову природничих наук»⁸. Найяскравішим прикладом у негативному сенсі є доля слововжитку самого терміна «прагматизм», який набув стільки різноманітних і несумісних конотацій, що його значення розпорошилося майже без перспектив на відновлення, особливо через те, що прагматизм являє собою єдину філософську традицію, що зародилася безпосередньо у Сполучених Штатах Америки і відтак постійно спокушає популістів, у тому числі й від філософії, а не лише від політики, використовувати його як певний синонім американської ідентичності, а це, у свою чергу, викликає заперечення, досить часто емотивні й мало обгрунтовані, з боку тих, хто не є запеклим прихильником американського способу життя й відповідно американського способу мислення.

Разом з тим Сьюзан Хаак відверто висловлює щонайменше скептицизм, якщо не повну зневагу, до новітніх спроб переосмислення філософсько-прагматистської спадщини і закликає до її «очищення» від ідеологічних, а точніше – безідейних, на її думку, нашарувань сучасності, а після цього – до використання того евристичного та методологічного потенціалу, що міститься в працях класиків, надто швидко переведених в архів історії філософської думки. Однак філософський доробок титанів прагматизму на кшталт Чарльза Пірса недостатньо був пристосований ним самим для правової проблематики, оскільки, попри всі намагання декларувати прагматизм як метод, а не як теорію, вони зберігають здебільшого загальнометодологічний характер.

З метою сполучити «практичну теорію» прагматистів із практикою правової реальності й переведення філософії в площину правового дискурсу Сьюзан Хаак пропонує звернутися ще до одного імені, із яким пов'язані перші і найяскравіші сторінки історії прагматизму – Олівера Венделла Холмса, котрий усією своєю професійною кар'єрою видатного правника неначе долею був призначений для виконання цього завдання.

Стосунки Олівера Венделла Холмса з прагматизмом були непрості й неоднозначні, але так чи інакше виступали ідейно-методологічним тлом усього його життя. Так, Олівер Венделл Холмс був членом

«Метафізичного клубу», колиски класичної прагматистської традиції у філософії. Однак він ніколи офіційно не ідентифікував себе як прагматиста, хоча його традиційно вважали одним із засновників прагматистського напрямку у філософії права. Для цього маємо достатньо підстав, адже осмислення сфери права, викладене ним у праці «Загальне право»⁹, у його найбільш відомій книзі «Шлях права» 1896 року¹⁰, а також у його експертних судових висновках, що він виносив спочатку на посаді судді штату Массачусетс, а згодом і на посаді судді Верховного Суду Сполучених Штатів Америки, він безумовно виступає як прагматист за стилем і змістом мислення.

У розмаїтому просторі прагматистської методології Олівер Венделл Холмс замислювався над найглибшими й найскладнішими питаннями щодо природи права та його місця в суспільному житті, тому саме його тексти стають основою «автентичного ренесансу» класичної прагматистської традиції, який намагається здійснити Сьюзан Хаак: досліджувати й розвивати сферу правового прагматизму і взагалі повертати його в річище справді наукових підходів найбільш доцільно на основі нового прочитання концепції права, розробленої Олівером Венделлом Холмсом та доповненої ідеями класичного філософського прагматизму, що дозволить розробити інтерпретаційну стратегію, у якій його «Шлях права» здатен вивести теоретиків права на рівень бачення правової сфери як грандіозного комплексу правових систем, кожна з яких має свій конкретний просторово-часовий контекст, а всі вони разом – з більшою або меншою мірою успішності – можуть задовольняти різноманітні людські потреби й розв'язувати конфлікти, що неминуче виникають у будь-якому суспільстві¹¹.

На підставі цього синтезу класичної прагматистської методології та стихійно еkleктичної правової теорії Олівера Венделла Холмса, котрий черпав із прагматизму лише те, що безпосередньо стосувалося правової проблематики, Сьюзан Хаак і розробляє свій «неокласичний правовий прагматизм» як теоретичне осмислення права, але з одним застереженням: таке теоретичне осмислення має бути «розмаїтим і гнучким» (загалом плюралістичним і відкритим) дискурсом щодо правових феноменів. Такий підхід ґрунтується насамперед на концептуальних засадах, запропонованих Олівером Венделлом Холмсом як вдумливим практиком від юриспруденції високого рівня, що спирався, окрім фундаментальних засновків кантівсько-гегельянського штибу, на реальний досвід і здоровий глузд. У зв'язку з цим виникає необхідність у певному очищенні усталених стереотипів щодо особистості й творчої спадщини цього співзасновника правового прагматизму, так само як і позицій інших авторів, що ґрунтуються на цих надто приблизних, а подеколи й не відповідних дійсності стереотипах. Натомість Сьюзан Хаак пропонує «поновлену» теорію права – поновлену в тому сенсі, що вона позбавлена жорсткого теоретичного детермінізму й есенціалістського традиціоналізму. Такий «лібералізований» підхід з необхідністю передбачає меншу формалізованість дефініцій і категоріального апарату, що може спочатку викликати ефект певного «культурного шоку» (чи то «теоретичного шоку») для читачів, що звикли до структурності й чіткої методологічної впорядкованості.

У баченні Сьюзан Хаак основним напрямом теоретичного осмислення має бути, по-перше, розмаїта множинність правових систем, включених у величезний масив соціальних взаємодій, які прийнято вважати такими, що відносяться до правової сфери суспільного буття; по-друге, еволюція та адаптація доправових («прелегалічних»), правових, «субправових» і «постправових» систем; по-третє, динаміка змістовного наповнення правових концептів; по-четверте, роль логіки у сфері права; по-п'яте, складні взаємостосунки між правом, мораллю й суспільством. Задля реалізації своєї дискурсивної стратегії Сьюзан Хаак спирається на декілька ключових ідей Олівера Венделла Холмса, залишаючи за собою право «контекстуальної необхідності» звертання до тих чи інших ідей класиків прагматизму – Чарльза Пірса, Вільяма Джеймса та Джона Дьюї. При цьому багата ерудиція та власні філософські здобутки (чималою мірою в площині епістемології) Сьюзан Хаак перетворюють певним чином постмодерністське «оригінальне цитування» не в схоластичну екзегетику, а в повноцінний авторський підхід, орієнтований на вироблення методології осмислення права начебто в дусі класичного прагматизму, а не в його «букві».

Підсумовуючи вищевикладене, ми можемо зробити висновок, що здійснений Сьюзан Хаак анамнез поняття прагматизму як традиції філософської думки взагалі й правового прагматизму як спеціального відгалуження прагматистської теоретизації чи продукту теоретичних розробок спеціалістів-правників доводить, що воно є складним і неоднозначним.

Наявність широкого спектру інтерпретацій прагматистських максим до їх майже повної невпізнанності, по-перше, свідчить про неадекватне розуміння значення, яке надавали класики прагматизму питанням теорії та істини несе в собі мало практичного, тобто власне прагматистського, змісту, а тому більшість авторських інтерпретацій по суті є не неопрагматистськими, а постпрагматистськими, не кажучи про відверті випадки вульгаризації спадщини прагматизму.

Класичний прагматизм залишається, за оцінкою Сьюзан Хаак, з одного боку, джерелом ідей та натхнення для осмислення сучасної соціокультурної реальності, а з другого – характеризуються досить чіткою установкою на раціоналізм.

Скептицизм і критичне ставлення до новітніх спроб переосмислення філософсько-прагматистської спадщини своїм зворотним боком має заклик до очищення «первісного прагматизму» й творчого використання ідей класиків. Зміст ідей прагматизму об'єктивно збагачується через нові соціокультурні контексти, що постійно формуються та потребують раціональних і науково обґрунтованих стратегій осмислення.

- ¹ Пирс Ч. С. Как сделать наши идеи ясными / Ч. С. Пирс // Пирс Ч.С. Избранные философские произведения: Пер. с англ. К. Голубович, К. Чухрукидзе, Т. Дмитриева. – М: Логос, 2000. – С. 266–295.
- ² Haack S. The Meaning of Pragmatism: The Ethics Of Terminology and the Language of Philosophy / S. Haack. – Teorema, Vol.28, No. 3, 2009. – P. 9–29. – P. 11.
- ³ Atiyah P. S. Pragmatism and Theory in English Law / P. S. Atiyah. – London: Stevens and Sons, 1987. – 193 p.
- ⁴ Grey T. C. Hear The Other Side: Wallace Stevens and Pragmatist Legal Theory / T. C. Grey // Southern California Law Review, Vol. 63, 1990. – P. 1569–1595. – P. 1569.
- ⁵ Posner R. A. Law, Pragmatism, and Democracy / R. A. Posner. Cambridge: Harvard University Press, 2003. – 398 p. – P. 12.
- ⁶ Rorty R. Consequences of Pragmatism / R. Rorty. Hassocks, Sussex, UK: Harvester Press, 1982. – 237 p.
- ⁷ Див.: Haack S. Вказана праця. – P. 23.
- ⁸ Там само. – P. 27.
- ⁹ Holmes O. W. The Common Law / O. W. Holmes // Novick S. (ed.), Collected Works of Justice Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes. Chicago: University of Chicago Press, 1995. – P. 109–324.
- ¹⁰ Holmes O. W. The Path of the Law / O. W. Holmes // Harvard Law Review, Vol. 10, 1897. – P. 457–478.
- ¹¹ Haack S. On Legal Pragmatism: Where Does ‘The Path of the Law’ Lead Us? / S. Haack // American Journal of Jurisprudence, Vol. 50, 2005. – P. 71–105. – P. 76.

Резюме

Атрашкевич Є. В. Взаємозв'язок філософсько-правового прагматизму і постмодернізму в поглядах Сьюзан Хаак.

Прагматизм займає в реальному житті набагато більше місця, ніж у політичних теоріях, теорії права і філософії права, що обумовлює необхідність вирівняти дисбаланс між соціально-політичною та соціально-правовою реальністю і звернутися до англосаксонської або англо-американської правової сім'ї, філософія та теорія якої побудована на прагматистській установці. У даній статті проаналізовано методологічні та прикладні аспекти проблематики філософії права в парадигмі неокласичного прагматизму сучасної дослідниці американської філософії права Сьюзан Хаак. Досліджено розвиток концепцій американських філософів права з урахуванням історичного досвіду практики правозастосування.

Ключові слова: філософсько-правовий прагматизм, раціоналізм, англо-американська філософсько-правова думка, неокласичний правовий прагматизм, Сьюзан Хаак, Чарльз Пірс, Олівер Венделл Холмс.

Резюме

Атрашкевич Є. В. Взаимосвязь философско-правового прагматизма и постмодернизма во взглядах Сьюзан Хаак.

Прагматизм занимает в реальной жизни гораздо больше места, чем в политических теориях, теории права и философии права, что обуславливает необходимость выровнять дисбаланс между социально-политической и социально-правовой реальностью и обратиться к англосаксонской или англо-американской правовой семье, философия и теория которой построена на прагматистский установке. В данной статье проанализированы методологические и прикладные аспекты проблематики философии права в парадигме неоклассического прагматизма современной исследовательницы американской философии права Сьюзан Хаак. Исследовано развитие концепций американских философов права с учетом исторического опыта практики правоприменения.

Ключевые слова: философско-правовой прагматизм, рационализм, англо-американская философско-правовая мысль, неоклассический правовой прагматизм, Сьюзан Хаак, Чарльз Пирс, Оливер Венделл Холмс.

Summary

Atrashkevych J. Relationship of philosophical and legal pragmatism with postmodernism in Susan Haack's views.

In real life pragmatism takes much more space than in political theory, theory of law and philosophy of law. It cause the need to balance the socio-political and socio-legal reality. Also Anglo-Saxon or Anglo-American legal family, philosophy and theory which is based on pragmatism must be taken into account. In this article analyzed methodological and applied aspects of the problems of philosophy of law in the neoclassical paradigm of pragmatism of a modern scholar of American Philosophy of Law Susan Haack. The author investigated the development of concepts of American philosophers of law, taking into account historical experience of legal practice.

Key words: philosophical and legal pragmatism, rationalism, Anglo-American philosophical and legal thought, neoclassical legal pragmatism, Susan Haack, Charles Peirce, Oliver Wendell Holmes.

Отримано 10.04.2014

Д. В. ГОНЧАР

Денис Васильович Гончар, аспірант Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

КОНЦЕПТУАЛЬНІ ЗАСАДИ ДОСЛІДЖЕННЯ МЕХАНІЗМУ РЕАЛІЗАЦІЇ МІЖНАРОДНОГО ДОГОВОРУ В НАЦІОНАЛЬНОМУ ПРАВОПОРЯДКУ

«Обов'язковою умовою інтеграційних процесів, що відбуваються у світі, є сумісність правової, економічної та політико-правової систем та відповідна синхронність правової, економічної та соціально-політичної трансформації держав, що об'єднуються»¹. Досягнення такої сумісності є неможливим без використання міжнародного договору, як її основного інструменту. Тому дуже важливо, щоб під час реалізації міжнародно-правових зобов'язань норми міжнародного договору гармонійно й ефективно втілювалися в національно-правовій практиці держав, які їх на себе взяли. Адже соціальна цінність і ефективність правових норм, у підсумку, проявляється в процесі їх реалізації, а сам цей процес і є життям права².

З огляду на те, що міжнародне право зобов'язує держави добросовісно виконувати свої міжнародно-правові зобов'язання, а визначення методів та способів їх реалізації на національному рівні, безперечно, належить до компетенції держави, існує необхідність охарактеризувати та систематизувати наукові підходи, які створюють наукове підґрунтя для дослідження загальнотеоретичних засад механізму реалізації міжнародного договору в національному правопорядку.

Названа вище проблема розглядалася переважно у площині міжнародного права. Загальнотеоретичний аспект її дослідження залишився майже поза увагою науковців. У зв'язку з цим особливої актуальності в національній системі права України набуває загальнотеоретичне дослідження проблеми механізму реалізації норм міжнародного права у внутрішньому правопорядку держави.

Для характеристики процесу застосування міжнародного договору використовується категорія «механізм реалізації міжнародного договору». Поняття «механізм» широко відоме в багатьох суспільних науках. Відповідно до Великого тлумачного словника української мови механізм – це «сукупність станів і процесів, з яких складається певне явище»³. З точки зору теорії держави та права цей термін використовується в розрізі таких категорій, як: «державний механізм» «механізм правового впливу», «механізм правового регулювання», «механізм правотворчості» тощо.

Водночас термін «реалізація» означає «здійснювати, робити реальним, втілювати що-небудь у життя, виконувати завдання, плани тощо»⁴. Питання про реалізацію міжнародного договору в національному правопорядку було завжди актуальним. Воно досліджувалося в радянській та сучасній юридичній науці. Існує низка праць, в яких приділено увагу поняттю, сутності, змісту, формі, рисам, засобам та видам даного процесу.

Питанню визначення механізму реалізації міжнародного договору в національному правопорядку приділяли увагу такі вітчизняні та зарубіжні вчені, як: Р. Бледсон, Б. Бочек, А. С. Гавердовський, В. Н. Денисов, Г. В. Ігнатенко, Ю. М. Колосов, І. І. Лукашук, О. О. Мережко, М. В. Миронов, В. В. Мицик, Р. А. Мюллерсон, А. Робертсон, В. Я. Суворова, Г. І. Тункін, Є. Т. Усенко, С. В. Черніченко, Ю. С. Шемшученко та ін.

Незважаючи на достатньо велику кількість наукових праць, присвячених даній проблематиці, слід наголосити на необхідності її подальшого комплексного дослідження.

Виходячи з сутності процесів взаємодії міжнародної та національної правових систем, під механізмом реалізації міжнародного договору більшість вчених розуміє процес взаємодії правових та інституційних (організаційно-правових) засобів, відповідно до якого міжнародно-правові норми стають частиною національного законодавства⁵. У міжнародному праві результат такого процесу визначають як імплементацію або національно-правову імплементацію, відсилання, паралелізацію, обов'язковість (*ex proprio vigore*), теорію виконання, інкорпорацію, адаптацію, рецепцію, застосування тощо. При цьому деякі вчені часто не розрізняють поняття «метод», «механізм», «реалізація» та використовують їх як тотожні. Зокрема, О. Мережко зазначає: «Серед численних і різноманітних методів і механізмів включення чи реалізації міжнародного права в національній системі права в науці виокремлюють...»⁶, тим самим вказуючи на тотожність таких термінів, як «метод», «механізм» і «реалізація».

На плутанину в термінах вказує у своїх працях С. В. Черніченко, підкреслюючи те, що потрібно розрізняти два дуже схожих, але різних за змістом поняття «реалізація» та «дія» норми, які є настільки близькими, що їх можна навіть переплутати. До дії юридичних норм він відносить існуючу юридично обов'язкову модель поведінки, яка не завжди може бути реалізованою⁷. Вчений зазначає, що застосування правових норм нерідко трактують у широкому розумінні як їх реалізацію або здійснення, хоча, зазвичай, прийнято розрізняти такі терміни, як: «виконання», «дотримання», «використання» і «застосування» правових норм. Терміни «застосування», «здійснення», «реалізація» означають діяльність учасників міждержавних відносин щодо втілення норм права в життя, що зіставне за значенням з терміном «міжнародно-правове регулювання»⁸.

На використання поряд з терміном «імплементация» термінів «виконання» та «дотримання», вказує І. І. Лукашук. Як приклад науковець наводить назву III частини Віденської конвенції про право міжнародних договорів «Дотримання, застосування та тлумачення договорів», в якій термін «дотримання» використовується як рівнозначний терміну «виконання» і означає реалізацію норм. Реалізацію міжнародного права, на думку І. І. Лукашука, в літературі та на практиці, позначають терміном «імплементация» (лат. – *impletum*, англ. – *implementation*) – виконання, здійснення⁹.

Таку думку підтримує й В. Я. Суворова, використовуючи термін «імплементация» як синонім терміна «реалізація», тобто втілення норм міжнародного права в практичну діяльність держав¹⁰.

С. В. Черніченко також підкреслює, що термін «здійснення», буквально, означає імплементацию. Але науковці, на думку вченого, часто тлумачать його більш широко, допускаючи, що він може бути використаний для позначення впливу норм міжнародного права на внутрішньодержавні відносини, через внутрішньодержавне право, що не зовсім бажано, оскільки так цей термін можна сплутати з терміном «застосування», створивши штучне враження, що норми міжнародного права безпосередньо застосовуються у внутрішньодержавному праві¹¹.

А. Робертсон, навпаки, одночасно з терміном «імплементация» використовує термін «застосування», як здійснення владних повноважень під час вирішення конкретних справ на основі юридичних норм¹², з чим важко не погодитись. У свою чергу, це не вказує на помилковість тверджень С. В. Черніченка, що норми міжнародного права не можуть безпосередньо застосовуватися у внутрішньодержавному праві. На нашу думку, хибним є саме тлумачення терміна «застосування» за С. В. Черніченком, як таке, що передбачає безпосереднє використання норм міжнародного права без допомоги національного законодавства.

Термін «імплементация» є універсальним і максимально використовується в різний спосіб виконання державою своїх міжнародно-правових зобов'язань. Відповідно, імплементация повинна охоплювати всі перераховані вище терміни, зокрема такі як: «застосування», «здійснення», «реалізація», «використання», «виконання» «дотримання» і може бути реалізованою в різних формах свого прояву і за допомогою різних заходів. Адже, як зазначає Ю. М. Колосов, імплементация є системою заходів щодо забезпечення державою взятих на себе зобов'язань для їх фактичного виконання на всій своїй території всіма органами та особами, які перебувають під її юрисдикцією¹³.

Спірним є позначення механізму узгодження міжнародного та національного права С. В. Черніченком терміном «трансформація», як найбільш універсальним, хоча вчений вказує на те, що його часто використовують в якості одного із способів здійснення міжнародного права. Трансформація, в свою чергу, може мати різні прояви і бути вираженою, за своєю технікою, в формі інкорпорації, легітимації та відсилки¹⁴.

Р. А. Мюллерсон проти такого тлумачення терміна «трансформація». Він зазначає, що в літературі є багато розбіжностей та неточностей стосовно нього і вважає його розуміння неточним за змістом. Допомогу національного права міжнародному він розглядає в два способи: 1) включення в національне право держави відсилки норми – так звана відсилання; 2) прийняття державою норм національного права з метою виконання міжнародних зобов'язань – так звана інкорпорація¹⁵. Усі інші терміни, які використовуються для позначення процесу виконання положень міжнародного права в середині країни (адаптація, індивідуальна інкорпорація, легітимація і т.д.), науковець вважає лише формами інкорпорації.

Важко не погодитися з Р. А. Мюллерсоном, що відсилка та інкорпорація не трансформують норми однієї правової системи в іншу, вони лише санкціонують застосування норм іншої правової системи. Норми міжнародного права при відсилці та інкорпорації залишаються нормами міжнародного права, а не нормами відсилаючої системи. Так, вчений вказує: «нужно различать два понятия: система права данного государства и применяемое в данном государстве право»¹⁶. Саме тому про жодну трансформацію норми права, на його думку, говорити не слід.

Сам термін «імплементация» і його розуміння за Р. А. Мюллерсоном ширше процесу здійснення норм міжнародного права всередині держави, тому цей процес краще назвати національно-правовою імплементацией¹⁷.

Про подвійне використання терміна «імплементация» під час реалізації міжнародного права вказує І. І. Лукашук. Він також вважає, що даний термін використовується в широкому та вузькому значенні. У першому випадку імплементация передбачає всі заходи щодо реалізації норм міжнародного права, а в другому – їх реалізацію у внутрішньодержавній сфері¹⁸, що фактично є підтримкою теорії Р. А. Мюллерсона про національно-правову імплементацию.

Важливим, з наукової точки зору, є погляд на дану проблему В. Н. Денисова, який вважає, що існує два способи імплементации – трансформація та інкорпорація (рецепція, адаптація, абсорбція). Кожен з яких, залежно від тієї чи іншої школи права, може мати різний зміст¹⁹.

Дещо відмінною є класифікація способів імплементации за Ю. М. Колосовим, який їх поділяє на: конституційне визнання прямої дії норм міжнародного права на своїй території та трансформацію – заходи, які впроваджує держава на внутрішньодержавному рівні для реалізації взятих на себе зобов'язань²⁰.

Нерідко термін «імплементация» в науці використовують разом з терміном «гармонізація». На це, як на проблему уточнення понять серед термінологічних відносин, вказує Ю. С. Шемшученко, зазначаючи, що в українській юридичній літературі поняття «гармонізація законодавства» іноді змішують з іншими поняттями, такими як «адаптація», «імплементация», «апроксимация». Науковець вважає більш обґрунтованою позицію, коли термін «гармонізація» використовується ширше за всі інші²¹.

На нашу думку, розбіжність у поглядах вчених стосовно визначення механізму узгодження міжнародного та національного права вказує на актуальність і складність даної теми. Кожна з концепцій заслуговує на увагу і має свої переваги та недоліки. Ми вважаємо, що «імплементация» – це універсальний термін для визначення реалізації міжнародного права в національному правопорядку, що є ширшим за всі інші. Тому найбільш вдалою є концепція національно-правової імплементации за Р. А. Мюллерсоном.

Не менш заплутаним є питання видів механізму реалізації міжнародного договору та його складових. Серед вчених, що займалися цією проблемою, потрібно назвати І. Брацука, П. Н. Бірюкова, Р. М. Валееву, А. С. Гавердовського, Г. І. Курдюкова, Г. В. Ігнатенка, А. А. Ковальова, Л. Луць, О. І. Тиунова, С. В. Черниченка.

Надзвичайно великий інтерес являє собою праця А. С. Гавердовського «Імплементация норм міжнародного права», в якій всі механізми щодо реалізації міжнародно-правових норм науковець розглядає як систему, утворену зі структурних підсистем, що мають власні внутрішні організаційно-правові елементи. До них автор відносить:

1) міжнародну підсистему реалізації, що складається з міжнародно-правових механізмів і міжнародних органів, які в цілому є міжнародним організаційно-правовим механізмом;

2) національну (внутрішньодержавну) підсистему реалізації, яка включає в себе органи державної влади, функцією яких є реалізація норм міжнародного договору – так звані внутрішньодержавні інституційні механізми, а також внутрішньодержавні правові механізми – комплекс національно-правових заходів з реалізації міжнародної норми, які разом становлять внутрішньодержавний організаційно-правовий механізм²².

Більшість науковців підтримують думку, що механізм реалізації міжнародного права поділяється на два рівні: міжнародний (колективна діяльність держав) і національний (індивідуальна діяльність держав). Сам механізм реалізації норм міжнародного права повинен містити такі засоби, як конкретизація юридичних обов'язків, тлумачення міжнародних договорів, гарантії, довіру та контроль. На міжнародному рівні він складається з організаційних форм, до яких належать комітети, спеціальні та експертні комісії, наради, конференції. На національному рівні, держава сама встановлює організаційні та правові засоби з виконання договірних зобов'язань, і інколи цей процес називається імплементациєю.

Автори підручника «Міжнародне право» за редакцією Г.В. Ігнатенко, О. І. Тиунова виділяють міжнародний конвенційний механізм реалізації, до якого відносять правозахисне нормотворення, тлумачення, міжнародний контроль, правозастосування та міжнародний інституційний (організаційно-правовий) механізм реалізації, який включає держави, організації й органи (комітети, комісії, судові органи)²³.

На нашу думку, більш широкою є класифікація механізму реалізації міжнародних договорів Л. Луць та І. Брацук, які поділяють всі механізми реалізації міжнародного договору на: конституційно-правовий, міжнародний, міжнародний організаційно-правовий та внутрішньодержавний організаційно-правовий механізми імплементации²⁴. Серед них – конституційно-правовий механізм взаємодії норм міжнародного та національного права. Це «конституційно-правові норми та інші правові засоби, що забезпечують узгодження міжнародного та національного права»²⁵. В свою чергу, Міжнародний механізм імплементации – це сукупність правових та інституційних засобів, що використовуються суб'єктами міжнародного права з метою реалізації норм міжнародного права²⁶. Організаційно-правовий механізм розуміється як «сукупність міжнародно-правових засобів, котрі регулюють процес імплементации та міждержавних інститутів»²⁷. Внутрішньодержавний організаційно-правовий механізм – це «комплекс національних правових засобів, котрі забезпечують імплементацию норм міжнародного права у внутрішньодержавний правопорядок, та державних владних інститутів, що безпосередньо реалізують приписи держави щодо імплементации міжнародних зобов'язань»²⁸.

Майже недослідженим у теорії держави та права залишається з'ясування основних теоретико-правових засад та складових елементів механізму реалізації міжнародного договору в національному правопорядку. Можна виділити лише невелике коло дослідників, які у своїх працях дотично вивчали дану проблематику. Так, аналізуючи поняття та зміст механізму гармонізації законодавства України з європейським та міжнародним правом, Н. М. Пархоменко вказує: «слово механізм вживають для позначення та характеристики системи функціонування явищ, сукупності складових, що утворюють зміст цих явищ, зв'язок між ними»²⁹. Тому, на думку науковця, визначення сутності механізму «передбачає з'ясування його основних засад та складових елементів, до яких слід віднести принципи, чинники, підстави, суб'єкти, засоби...»³⁰.

Проведений аналіз джерельної бази з питань наукового дослідження механізму реалізації міжнародного договору в національному правопорядку свідчить про те, що дана проблематика на сьогодні поки ще не стала предметом спеціального, системного, комплексного наукового дослідження. Праці окремих авторів стосуються лише певних конкретних питань цієї тематики. Дослідження теоретико-правових аспектів механізму реалізації міжнародного договору в національному правопорядку ще не набуло системності і висвітлюється переважно з точки зору міжнародного права й майже не розглянуто теорією держави та права. Недостатньо дослідженими залишаються основні засади та складові елементи механізму реалізації міжнародного договору в національному правопорядку, такі як: принципи, чинники, засоби та ін.

¹ Механізми гармонізації законодавства України з європейським та міжнародним правом: Наукова доповідь / За заг. ред. Академіка НАН України Ю. С. Шемшученка. – К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2011. – 108 с. – С. 7.

- ² Черниченко С. В. Международное право: современные теоретические проблемы. – М.: Междунар. отношения, 1993. – 296 с. – С. 39.
- ³ Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад., гол. ред. В. Т. Бусел. – К.: Ірпінь: Перун, 2007. – 1736 с. – С. 665.
- ⁴ Новий тлумачний словник української мови: у 4 т. / Укладачі: В. Яременко, О. Сліпушко. – [Т. 2]. – К.: Аконті, 1999. – 912 с. – С. 881.
- ⁵ Гавердовский А. С. Имплементация норм международного права. – К.: Вища школа, 1980. – 320 с. – С. 62.
- ⁶ Мережко О. І. Співвідношення міжнародного і національного права / О. Мережко // Юридичний журнал. – К.: Юстиніан, – 2009. – № 2.
- ⁷ Черниченко С. В. Вказана праця. – С. 40.
- ⁸ Там само. – С. 46–47.
- ⁹ Лукашук И. И. Международное право. Общая часть. Учебник. 3-е изд., перераб. и доп. – М.: БЕК, 2005. – 432 с. – С. 258–270.
- ¹⁰ Суворова В. Я. Обеспечение реализации договорных норм международного права (юридическая природа) // Советское государство и право. – М.: БЕК, 1991. – № 9. – С. 116.
- ¹¹ Черниченко С. В. Вказана праця. – С. 53.
- ¹² Robertson A. H. Human Rights in the World. L., 1972. – P. 181.
- ¹³ Колосов Ю. М. Соотношение международного и внутригосударственного права // Международное право / Отв. ред. Ю. М. Колосов, С. С. Кривчикова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Междунар. отношения, 2005. – 815 с. – С. 9–10.
- ¹⁴ Черниченко С. В. Вказана праця. – С. 127.
- ¹⁵ Мюллерсон Р. А. Соотношение международного и национального права. – М.: Междунар. Отношения, 1982. – 136 с. – С. 58–60.
- ¹⁶ Там само. – С. 61.
- ¹⁷ Там само. – С. 74.
- ¹⁸ Лукашук И. И. Вказана праця. – С. 258.
- ¹⁹ Денисов В. Н., Евинтов В. И. Реализация международно-правовых норм во внутреннем праве. – К.: Наук. думка, 1992. – 230 с. – С. 18.
- ²⁰ Колосов Ю. М. Вказана праця. – С. 9–10.
- ²¹ Механізми гармонізації законодавства України з європейським та міжнародним правом: Наукова доповідь / За заг. ред. академіка НАН України Ю. С. Шемшученка. – К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2011. – 108 с. – С. 5.
- ²² Гавердовский А. С. Вказана праця. – 320 с.
- ²³ Международное право: учебник / Отв. ред. Г. В. Игнатенко и О. И. Тиунов. – 5-е изд., перераб. и доп. – М.: 2009. – 624 с. – С. 173–189.
- ²⁴ Брацук І. Механізм імплементації норм права ЄС у національні правопорядки держав членів: загальнотеоретична характеристика / І. Брацук // Юридична Україна. – 2009. – № 5.
- ²⁵ Луць Л. Конституційно-правовий механізм взаємодії норм міжнародного та національного права: деякі теоретичні аспекти // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://eworks.com.ua/work/6933_Mehанизм_implementacii_norm_prava_ES_u_nacionalni_prapoporyadki_derjav_chleniv_zagalnoteoretichna_harakteristika.html
- ²⁶ Международное право: учеб. / Под. ред. А. А. Ковалева, С. В. Черниченко. – 2-е изд. – М.: Омега-Л, 2006. – 708 с. – С. 708.
- ²⁷ Мойсеев А. А. Надгосударственность в современном международном праве / А. А. Мойсеев. – М.: Научная книга, 2007. – С. 159.
- ²⁸ Там само. – С. 95.
- ²⁹ Механізми гармонізації законодавства України з європейським та міжнародним правом: Наукова доповідь / За заг. ред. Академіка НАН України Ю. С. Шемшученка. – К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2011. – 108 с. – С. 13.
- ³⁰ Там само. – С. 14.

Резюме

Гончар Д. В. Концептуальні засади дослідження механізму реалізації міжнародного договору в національному правопорядку.

У статті досліджуються загальнотеоретичні засади механізму реалізації міжнародного договору в національному правопорядку, а саме: поняття, види та складові елементи даного процесу. Проаналізовано різні підходи, що існують у сучасній правовій науці, стосовно визначення взаємодії міжнародного та національного права. Розглянуто рівні механізму реалізації міжнародного договору: міжнародний (колективна діяльність держав) і національний (індивідуальна діяльність держав) як систему, утворену зі структурних підсистем, що мають власні внутрішні організаційно-правові елементи. Зроблено висновок про необхідність удосконалення механізму реалізації міжнародного договору з огляду на проблему взаємодії міжнародного та національного правопорядків.

Ключові слова: виконання, відсилка, дотримання, застосування, міжнародний договір, механізм реалізації, національно-правова імплементація, трансформація.

Резюме

Гончар Д. В. Концептуальные основы исследования механизма реализации международного договора в национальном правопорядке.

В статье исследуются общетеоретические основы механизма реализации международного договора в национальном правопорядке, а именно: понятие, виды и составляющие элементы данного процесса. Проанализированы различные подходы, существующие в современной правовой науке, по определению взаимодействия международного и национального права.

Рассмотрены уровни механизма реализации международного договора: международный (коллективная деятельность государств) и национальный (индивидуальная деятельностью государств) как систему, образованную из структурных подсистем, имеющую собственные внутренние организационно-правовые элементы. Сделан вывод о необходимости совершенствования механизма реализации международного договора, учитывая проблему взаимодействия международного и национального правопорядков.

Ключевые слова: выполнение, отсылка, соблюдение, применение, международный договор, механизм реализации, национально-правовая имплементация, трансформация.

Summary

Honchar D. Conceptual framework study of mechanism implementation international treaties in the domestic legal order.

The article describes the theoretical basis of mechanism implementing of international treaty in the domestic legal order, such as: definition, types and components of this process. Analyzed different approaches in modern legal science, of definition, the interaction of international and national law. Considered division mechanism for implementing an international agreement on levels: international (collective activity states) and national (individual activity states) as a system formed of structural subsystems having their own internal organizational and legal elements. The conclusion about the necessity to improve the mechanism of implementation of the international treaty, as a problem of interaction between international and national law.

Key words: execution, sending, compliance, application, international treaty implementation mechanism, the national legal implementation, transformation.

Отримано 4.04.2014

УДК 34 (091)/348

К. А. ГУБАР

Катерина Анатоліївна Губар, аспірант Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ВИКЛАДАННЯ ЦЕРКОВНОГО ПРАВА У КИЇВСЬКІЙ ДУХОВНІЙ АКАДЕМІЇ (1837–1920 РР.)

Київська духовна академія (далі – КДА) – унікальний навчальний заклад, фактичний наступник славетної Києво-Могилянської академії, визнаний духовний центр Східної Європи. У навчальних курсах, які викладалися КДА належна увага приділялась питанням багатьох галузей знань. Але чільне місце відводилось вивченню церковного права як сукупності всіх норм і законів, які стосуються життя церкви і відносин церкви з державою¹.

Зауважимо, що юридична спадщина КДА досі практично не вивчалася правознавцями, тому історіографія проблеми окреслюється переважно працями професорів, які викладали в КДА, а також працями істориків і філософів В. І. Аскоченського, О. О. Андрієвського, С. Т. Голубева, М. І. Петрова, Д. К. Вишневського, Ф. І. Тітова, В. М. Нічик, В. С. Горського, Я. М. Стратія, А. Г. Тихолаза, М. Л. Ткачук, Н. Г. Мозгової та ін. У цьому зв'язку основним джерелом для нас є архівний матеріал, зокрема з фондів Центрального державного історичного архіву України в м. Києві.

Важливим є той факт, що юридичні знання надавались студентам КДА під час викладання багатьох, на перший погляд зовсім не юридичних дисциплін. Зокрема проблеми держави і права досліджувались на рівні курсів морального богослов'я та історії філософії. Але профільними і присвяченими суто юридичним питанням, звісно, були курси церковного та канонічного права. Саме розвитку викладання останніх і буде присвячена ця стаття.

Слід звернути увагу на те, що у навчальних програмах професорів КДА не було єдності щодо назви відповідної дисципліни. Схожі за змістом програми могли визначати свій предмет і як «канонічне», і як «церковне» право». Натомість у західноєвропейських країнах ці поняття розрізнялися. Під канонічним правом розумілась сукупність всіх постанов, що походять від церкви, незалежно від того, чи були вони предметом церковних або громадянських відносин. А під церковним – сукупність норм, що походять як від церкви, так і від держави, але регулюють суто церковні відносини. На православному Сході у зв'язку з тим, що церковне законодавство завжди взаємодіяло з державними законами і відповідало їм, таке розходження у назвах не мало значення².

Започаткував викладання церковного права в КДА кафедральний протоієрей Києво-Софіївського собору, заслужений ординарний професор університету Св. Володимира та КДА, доктор богослов'я Іван Михайлович Скворцов (1795–1863 рр.)³. Цього вченого заслужено вважають одним із зачинателів трансформації духовно-богословської традиції в світсько-філософську, одним з перших популяризаторів німецької класичної філософії на теренах Російської імперії⁴.

Йому судилося розпочати викладацьку діяльність у часи, коли церковне право як навчальна дисципліна ще не мала повної та правильно організованої системи. Тому, перебуваючи в очікуванні класичної книги з цього предмету, викладання церковного права в КДА передусім відбивало особисті погляди того або іншого наставника богословської кафедри. У Статуті духовних академій зазначалось, що: «канонічне право нашої церкви досі не приведено в належний порядок і має бути пояснено власними дослідженнями професора»⁵.

Очевидним стимулом для керівництва КДА стало заснування в Університеті Св. Володимира кафедри церковного права та призначенням на неї професора І. М. Скворцова, Невдовзі відповідно до пропозиції ректора Академії та постанови Конференції, журналом від 1 лютого 1837 р. було введено до навчальної програми нову дисципліну «церковне право», яку доручили викладати І. М. Скворцову з огляду на те, що він вже займається цим предметом в іншому вищому навчальному закладі⁶.

Після 10 років практичного викладання професор-богослов у 1848 р. видав курс «Записки з церковно-го законодавства» як певний скорочений варіант керівництва до вивчення церковних законів і канонічного права⁷. Невдовзі Синод доручив переробити цю працю як посібник для всіх вищих навчальних закладів. Водночас правлінню КДА було доручено забезпечити створення навчальної програми для викладання церковної історії та церковного законодавства в університетах та інших вищих навчальних закладах⁸.

Сам І. М. Скворцов так визначав предмет церковного законодавства: «Як і всяке управління передбачає свої правила чи закони, так і Церква має свої особливі закони, якими зберігається в ній богостворений порядок і спрямовується життя та діяльність членів її до загальному високому благу їх. Ці закони Церкви вселенської можуть бути названі в найтіснішому розумінні церковними; але вони зазвичай з'єднуються, хоч і не змішуються, з тими законами, яким, починаючи з часів християнських Государів, підпорядковуються окремі церкви, за властивістю положення свого в тій чи іншій державі, і які називаються церковно-цивільними. Законі першого порядку давні законодавці визначали словом «правило». Закони другого порядку називали «закон», а з'єднання тих чи інших називали словом Номоканон. І ті, й інші складають предмет Церковного законодавства»⁹.

Визначаючи поняття науки церковного законодавства І. М. Скворцов наголошує, що наукове опрацювання такого законодавства може мати два вигляди: вигляд зводу законів та вигляд науки. У першому випадку всі правила та закони, що дотримуються церквою, в систематичному порядку зводяться в єдине ціле. У другому – надається єдине керівництво до церковного законодавства. Закони приводяться до головних засад і описуються в коротших рисах. З одного боку, наука звертає увагу тільки на істотніше та найголовніше в законах. А з іншого – наука є ширшою, ніж простий звід законів, адже для виведення певних правил із законних начал, вона має звертатись до історії та богослов'я.

Стосовно структури науки церковного законодавства І. М. Скворцов зазначав: «при різноманітності правил і законів, уживаних Церквою, – власне церковних і церковно-цивільних, урядових і судових, богослужбових і моральних, не легко привести їх до систематичної єдності, і науці Церковного законодавства дати порядок суворий». Далі професор визначав певну систему, яка покладена в основу «Записок». Така система мала дві частини: по-перше, – це склад і устрій «тіла церкви», або тих сил і засобів, якими цей устрій здійснюється, і по-друге, перелік тих дій, якими церква влаштовує життя своїх членів. Враховуючи з однієї сторони відносини православної церкви з державою, а з іншої – вплив її діяльності на людей, що не належать до церкви, І. М. Скворцов структурував огляд науки церковного законодавства так.

Частина перша мала назву «Склад і благоустрій Церкви». Включала розгляд питань: про властивості влади та управління в церкві загалом, що розглядається як в самій собі, так і в союзі з державою. Висвітлювалося питання про церковне правління (ієрархія), про найближчих служителів церкви (про духовництво загалом та зокрема) та про речові засоби церкви (про храми, церковні речі, церковну власність).

Частина друга під назвою «Коло и спосіб дій церкви» відповідно включала питання про церковне вчення, про богослужіння і священнодійства. Розглядалися питання про церковний суд та церковне благочиння (дисципліну). А також про дії церкви відносно іновірців¹⁰.

На виконання згаданого вище доручення І. М. Скворцовим 22 серпня 1850 р. було надано в Синод виправлений та доповнений примірник «Записок». Проте лише 1856 р. Синодом було дозволено надрукувати друге видання цієї праці. Третє та останнє видання «Записок» побачило світ 1861 р. Також зазначимо, що у журналі «Воскресные чтения» за 1849–1850 р. була опублікована цікава стаття професора під назвою: «Очерк истории церковного законодательства»¹¹.

Праці І. М. Скворцова окреслили шлях розвитку викладання і наукового дослідження церковного права на багато років вперед. Його безперечною заслугою є створення першої в Російській імперії програми викладання церковного законодавства у вищих навчальних закладах, яка стала орієнтиром для багатьох наступних поколінь освітян і науковців, що працювали у царині церковного права.

Відтак викладання церковного права в КДА розпочалось 1 лютого 1837 р. І. М. Скворцовим, та продовжувалось і удосконалювалось його наступниками. Нам вдалось знайти декілька, на жаль, не підписаних програм наступника професора з канонічного права, зокрема за 1863–1865 р.¹².

Перша програма у цій збірці мала назву «Огляд уроків з канонічного права, прочитаних студентам КДА вищого відділення ХХІІ курсу, за першу половину 1863/64 навчального року»¹³. Порівняно із програмою І. М. Скворцова, в ній містився значний за обсягом розділ «Історія загального церковного права», який складався з двох підрозділів: аналізу історичного характеру церковного права та дослідження періодів розвитку церковного права. У іншій програмі, яка доповнювала попередню, та називалась «Огляд тих же уроків за

другу половину 1863/64 і першу 1864/65 навчальних років»¹⁴, вказувалось, що у другому півріччі студенти продовжували вивчати розділ «Історія загального церковного права». Належне місце відводилося законодавству імператорів Костянтина Великого, Феодосія Великого та Юстиніана. Також вивчалися постанови соборів вселенських і помісних, які прийняті в основу церковного устрою і управління вселенської церкви. Досліджувались збірки церковних канонів і церковно-цивільних законів на Сході (збірники IV століття, збірники Іоанна Схоластика, Номоканон патріарха Фотія) та Заході (Діонісія Малого, Ісидора Севільського, Лжеісидора). Також, до аналізу церковного законодавства входив підпункт, що мав назву «Скорочення і тлумачення церковних законів Стефана Ефеського, Зонари, Вальсамона, Арістіна та інших».

Окремий розділ у програмі присвячувався історії руського церковного права. Він починався із загальних понять руського церковного права та переходив у характеристику двох найважливіших періодів в історії цього права.

Період перший включав, по-перше, канонічні й історичні підстави залежності давньоруської церкви від Константинопольської. По-друге, цивільні права руської церкви на підставі: статуту Св. Володимира, статуту Ярослава, статутних грамот удільних князів, ханських ярликів, статутної грамоти великого князя Василя Дмитровича. По-третє, закони, які діяли по управлінню та суду церковному. Сюди входили: грецький Номоканон, додаткова до Номоканону стаття, та закони руські: правила митрополита Іоанна, питання Кірика, правило митрополита Кирила та ін.

Період другий стосувався історії та канонічних підстав, на яких утвердилась незалежність і автокефалія руської церкви. Із цією частиною програми студенти починали ознайомлюватись у першій половині навчального року, а вже докладно вивчали її у другій. Про це свідчить інша програма-доповнення до попередньої під заголовком «за другу половину 1864/5 навчального року», яка і починається з характеристики другого періоду історії руського церковного права. Така система викладання церковного права була запропонована наступником І. М. Скворцова. Означені програми, хоч і збереглися у архівних фондах, але нажалі без підпису автора, тому важко точно стверджувати кому саме вони належали.

Важливе місце у розвитку науки церковного права, а відтак і у викладанні означеної дисципліни в КДА та Університеті св. Володимира посів відомий юрист Петро Олександрович Лашкар'єв (1833–1899)¹⁵. Про його значний внесок у навчальний процес Академії свідчать як праці професора з наведеного предмету, так і двадцять п'ять років викладання церковного права в КДА. Нам вдалось віднайти програми П. О. Лашкар'єва із церковного права за 1873–1898 навчальні роки.

Відомий російський дослідник О. А. Дорська при характеристиці наукових здобутків П. О. Лашкар'єва звертає увагу на те, що його система церковного права була піддана серйозній критиці з боку колег. Сумнів викликав незрозумілий принцип, покладений в основу роботи, адже, наприклад, у першій главі спеціально написаної у 1886 р. роботи «Система церковного права»¹⁶ професор розглядає питання влади і управління християнської церкви, а у другій звертається до історико-правових питань. Але такий нестандартний підхід до науки церковного права мислитель пояснював тим, що означена наука має відходити від установлених у певний період юридичних принципів і теорій, та повертатись до понять і поглядів античного світу, щоб вивчати науку давнього права. Адже саме по собі право православної церкви є греко-римським та візантійським¹⁷.

У першій програмі з церковного права на 1873/4 навчальний рік¹⁸ П. О. Лашкар'єв надавав загальну схему свого викладання в Академії. На початку програми професор вказує, що одразу після викладу попередніх понять про церковне право і загального нариса його джерел, він припускає змінити а) історію церковного права, і б) його систему.

В історії церковного права професор пропонував зосередитись на пам'ятках церковного законодавства або на так званій зовнішній історії права, залишаючи можливість звертатись до його внутрішньої історії при викладі самої системи права. Щодо системи церковного права, то після загального огляду стану науки церковного правознавства на Заході і в Росії, наводився аналіз постанов вселенських соборів, правил соборів помісних і правил Св. Отців, схвалених для загального керівництва соборами вселенськими. Програма П. О. Лашкар'єв, на відміну від програм його попередників доповнилась питаннями про організацію зовнішнього церковного управління церкви: розглядалися єпархії (митрополії), дієцезії (патріархати). Досліджувались собори єпархіальні та дієцезальні. Окремо висвітлювались питання про митрополитів, екзархів і патріарха як представника соборної єпархіальної та дієцезальної влади.

П. О. Лашкар'єв запровадив вивчення організації вищого управління в церкві руській, в межах яких висвітлювались питання автокефалії церкви руської та її меж. Окремо досліджувалася діяльність Святійшого правлячого Синоду. Вивчалась організація єпископського та пресвітерського управління. Окрім питань про звання священнослужителів і кліриків, програма доповнилась аналізом правил і обов'язків таких звань і станів церковних: мирян (народу), християн, відлучених, адептів, віруючих, каючихся, вдів, незаманих, аскетів і чернецтва.

Звернемо увагу на останні програми професора, зокрема на «читання з церковного права для студентів IV курсу КДА на 1897/98 навч. роки»¹⁹, та «читання з церковного права для студентів III курсу КДА на 1897/98 навч. роки». Відтак вступні поняття про науку та історія церковного права викладались на III-му курсі. Зміст та структура викладання відповідали першим програмам професора. Утім, дещо більша увага приділялась видам права, зокрема П. О. Лашкар'єв окреслюючи загальні види права, виділяв окремі підрозділи спеціально-церковного права (за основами церковного права, за формами, за часом його утворення, по колу дії, по дійсному застосуванню тих чи інших законів його в певний час, по предметам права), потім

характеризував відношення спеціально-церковного до церковно-цивільного права, та визначав окремі під-розділи церковно-цивільного права.

Викладання означеної дисципліни для студентів IV курсу починалось із другого розділу «Система церковного права». Ця частина співпадає із вже описаною нами відповідною частиною програми. Зауважимо тільки, що тут відділи: «Про церковне вчення», «Про таїнства церковні», «Про свята і пости» (новий відділ), «Церковно-речове право» та «Суд церковний» були об'єднані в єдину частину під назвою «Релігійне і релігійно-цивільне право православної церкви. (Підстава і порядок церковного права і суду)»²⁰.

Певний внесок у викладання церковного права в КМА зробив визначний історик професор Федір Іванович Тітов (1864–1935), автор фундаментальних історичних праць про митрополита Макарія (Булгакова). Він читав цей курс як додатковий через смерть П. О. Лашкар'єва та відсутність викладача церковного права від 5 вересня 1899 р. до 15 серпня 1900 р.²¹. У нашому розпорядженні є «Програма читань церковного права для студентів IV курсу КДА у 1899–1900 навч. роки», яка свідчить, що професор загалом додержувався системи, апробованої його попередниками. Єдине, що висвітлювалось докладніше, це дослідження «законовиконавчої» влади в церкві, зокрема дотримання, поширення і охорона вчення православної церкви та аналіз церковно-судової влади. В межах останньої надавалась характеристика суду в справах суперечок і сперечань, провин і злочинів. У контексті окресленого питання вагоме значення мало вивчення церковного судоустрою та судочинства. У програмі Ф. І. Тітова також почала приділятися окрема увага шлюбному та шлюбно-розлучному праву²².

У 1900–1920 рр. церковне право в КДА викладав Федір Іванович Міщенко (1874–1929) – український правознавець, професор, академік УАН з 1920 р.²³ Як свідчить «Програма читань церковного права за 1900–1901 навч. рік.»²⁴ професору вдалося збагатити викладання цієї дисципліни ґрунтовним аналізом змісту церковної влади. У межах останньої вирізнялась, по-перше, влада вчительства (*potestas magisterii*), що включала: церковне учительство (проповідь, охорона істин віри, місіонерство) та громадське учительство (школи, навчальні заклади). По-друге, влада освячення (*potestas ordinis*) по відношенню до всього церковного товариства (*ius liturgicum*) та до окремих осіб (канонічні постанови щодо таїнств і обрядів, як-то: хрещення, покаяння, причащення, присяги і поховання). По-третє, влада правління (*potestas jurisdictionis*), що включала законодавчу, адміністративну (заміщення, відкриття, зміну церковних посад) спостережну, та судову (церковний суд). По-четверте, влада церкви як майнового власника або майнове право. Також професором було запропоноване вивчення ставлення православної церкви до інших віросповідань і взагалі до діянь і осіб, що до неї не належить²⁵.

Підсумовуючи, слід зробити висновок, що викладання церковного права в КДА велось на доволі високому рівні. Про це свідчать як масштаб особистостей викладачів, які читали цей курс в Академії, так і їх наукові праці в правовій царині. І, звісно, професорські навчальні програми, що були тим базисом для донесення ключових питань церковного права до студентів Академії, надавали ґрунтовні правові знання своїм вихованцям. Курси церковного права, зрозуміло, що відрізнявся у кожного окремого професора, але тим не менш, були надзвичайно змістовними та насиченими. Адже саме в них поєднувались, як історичні знання, так і розуміння сучасних для того періоду правових реалій.

¹ Олексійчук Л. В. Соціально-юридична характеристика церковного права // Вісник Київського національного університету ім. Т. Шевченка. – Філософія. Політологія. – № 98/2010. – С. 14.

² Дорская А. А. История науки церковного права Российской империи конца XVIII – начала XX вв. // Вестник молодых ученых. – 2004. – № 3. – Серия: исторические науки 2'2004. – С. 13–14.

³ Черкас А. Скворцов Иоан Михайлович // Русский биографический словарь. – Т. XVIII. – СПб., 1904. – С. 546.

⁴ Усенко І. Б. Академік Олексій Михайлович Гуляєв: початок творчої біографії // Правова держава: щорічник наук. пр. – Вип. 23. – К., 2012. – С. 7–18.

⁵ Аскоченский В. И. История Киевской Духовной академии, по преобразовании ее в 1819 году. – СПб., 1863. – С. 155.

⁶ Там само. – С. 155.

⁷ Черкас А. Вказана праця. – С. 549.

⁸ Аскоченский В. И. Вказана праця. – С. 278.

⁹ Скворцов И. М. Записки по церковному законоведению. – К., 1848. – С. 1–2.

¹⁰ Там само. – С. 12–13; Дорская А. А. Вказана праця. – С. 16.

¹¹ Черкас А. Вказана праця. – С. 549.

¹² Центральний державний історичний архів України, м. Київ (далі – ЦДІАУК), – Ф. 711. – Оп. 3. – Спр. 667. – 80 арк.

¹³ ЦДІАУК, – Ф. 711. – Оп. 3. – Спр. 667. – Арк. 28.

¹⁴ Там само. – Арк. 29–30.

¹⁵ Лашкарев П. А. // Справочник научных обществ России. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.snor.ru/?an=pers_224

¹⁶ Лашкарев П. А. Система церковного права. – К., 1886.

¹⁷ Дорская А. А. История науки церковного права Российской империи конца XVIII – начала XX вв. Указ. соч. ... – С. 17–18; Лашкарев П. А. Право церковное в его основах, видах и источниках. Из чтений по церковному праву. 2-е испр. и допол. изд. – К., 1889. – С. 10.

¹⁸ ЦДІАУК, – Ф. 711. – Оп. 3. – Спр. 1082. – Арк. 120.

¹⁹ ЦДІАУК, – Ф. 711. – Оп. 3. – Спр. 2407. – Арк. 45.

²⁰ Там само. – Арк. 47–49.

²¹ Профессор протоиерей Федор Титов. Императорская Киевская Духовная Академия в ее трехвековой жизни и деятельности (1615–1915 гг.): Историческая записка. – К.: Гопак, 2003. – С. LXVII.

²² ЦДДАУК, – Ф. 711. – Оп. 3. – Спр. 2522. – Арк. 128–129.

²³ П. З. Гуцал Міщенко Федір Іванович // Юридична енциклопедія. – Т. 3. – К.: Укр. Енциклопедія, 2001. – С. 740.

²⁴ ЦДДАУК, – Ф. 711. – Оп. 3. – Спр. 2523. – Арк. 129.

²⁵ Там само. – Арк. 131–132.

Резюме

Губар К. А. Викладання церковного права у Київській духовній академії (1837–1920 рр.).

Здійснюється огляд та аналіз викладання церковного права в Київській духовній академії. Надається характеристика професорських програм із викладання церковного та канонічного права студентам. Подаються короткі відомості про професорів: І. М. Скворцова, П. О. Лашкарьова, Ф. І. Тітова, Ф. І. Міщенка, котрі викладали церковне право в Академії. Прослідковуються етапи розвитку церковного права, як навчальної дисципліни, впродовж її викладання в Академії. Зазначається внесок професорів церковного права у розвиток юридичної освіти та науки.

Ключові слова: історія українського права, юридична освіта, юридична наука, держава, церква, освітні програми, канонічне право, церковне право, Київська духовна академія.

Резюме

Губарь Е. А. Преподавание церковного права в Киевской духовной академии (1837–1920 рр.).

Осуществляется обзор и анализ преподавания церковного права в Киевской духовной академии. Дается характеристика профессорских программ по преподаванию церковного и канонического права студентам. Подаются краткие биографические сведения о профессорах: И. М. Скворцове, П. А. Лашкареве, Ф. И. Титове, Ф. И. Мищенко, которые преподавали церковное право в Академии. Прослеживаются этапы развития церковного права как учебной дисциплины, в течение ее преподавания в Академии. Отмечается вклад профессоров церковного права в развитие юридического образования и науки.

Ключевые слова: история украинского права, юридическое образование, юридическая наука, государство, церковь, учебные программы, каноническое право, церковное право, Киевская духовная академия.

Summary

Gubar K. A. The teaching ecclesiastical law at the Kyiv Theological Academy (1837–1920 years).

Is carried out a review and analysis of the teaching of ecclesiastical law at the Kyiv Theological Academy. We give a description professorial teaching programs of the ecclesiastical law for students. Served brief biographical information about the professors: I. M. Skvortsov, P. A. Lashkaryov, F. I. Titov, F. I. Mishchenko, who taught ecclesiastical law at the Academy. Are traced the stages of development of ecclesiastical law as an academic discipline, throughout her teaching at the Academy. Noted contribution professors of the ecclesiastical law to the development of legal education and science.

Key words: history Ukrainian law, legal education, legal science, state, church, curriculum, the canon law, ecclesiastical law, Kyiv Theological Academy.

Отримано 2.04.2014

УДК 342.8

А. І. МЕЛЬНИК

Андрій Ігорович Мельник, аспірант Львівського національного університету імені Івана Франка

СТАТУТ «ЗАХІДНОУКРАЇНСЬКОГО ТОВАРИСТВА ЛІГИ НАЦІЙ» Ю. РОМАНЧУКА, Р. ПЕРФЕЦЬКОГО ЯК ВІДОБРАЖЕННЯ ДИПЛОМАТИЧНОЇ АКТИВНОСТІ ЕМІГРАНСЬКОГО УРЯДУ ЗУНР ЩОДО ЗАХИСТУ ПРАВА УКРАЇНЦІВ ГАЛИЧИНИ НА ВІЛЬНЕ НАЦІОНАЛЬНО-ДЕРЖАВНЕ САМОВИЗНАЧЕННЯ

Після повалення Західноукраїнської Народної Республіки (далі – ЗУНР), проблему державно-правового статусу Східної Галичини екзильний уряд Є. Петрушевича намагався вирішити з допомогою Ліги Націй. Адже «лінія Керзона» залишала Східну Галичину поза Польщею, тому її політичний статус ще не був остаточно окреслений. Це давало підстави галицьким українцям не визнавати польської влади і спрямовувати свої зусилля на переговори з урядами держав Антанти. Активно використовувалася кожна нагода, щоб довести їм можливість і необхідність створення самостійної та нейтральної Галицької Республіки.

Для підтримки дій екзильного уряду й активізації громадського руху на захист територій, що знаходились під окупацією Польщі й Румунії, діячі ЗУНР створили Західно-Українське Товариство Ліги Націй, конституювання якого відбулося на зборах 20 і 23 січня 1922 р. у Відні. До президії товариства ввійшли Роман Перфецький (президент), Ернест Брайтер, Осип Назарук, Ілля Семака, Кирило Трильовський, Олександр Марітчак (сек-

ретар), Йосафат Жан, Аїтал Вітошинський (скарбник), а членами його Головної ради стали Агенор Артимович, Осип Каранович, Іван Коссака, Олександр Кулачковський, Кость Левицький, Лев Левицький, Вільгельм Найман, Лев Петрушевич, заступниками членів – Дмитро Коропатнецький та Іван Німчук¹.

Тема наукової статті поки що не була безпосереднім об'єктом вивчення історико-правової науки. Метою нашої публікації є аналіз змісту Статуту Західно-Українське Товариство Ліги Націй, його ролі в дипломатичній діяльності емігрантського уряду ЗУНР щодо захисту права українців Галичини на вільне національно-державне самовизначення.

Актуальність досліджуваної проблематики полягає в тому, що вивчення та врахування історичного досвіду міжнародної діяльності українських дипломатичних служб, дотримання ними європейських стандартів у минулому дасть змогу знайти оптимальні шляхи вирішення безпекових проблем Української держави у наш час.

Для аналізу змісту й структури Статуту Західноукраїнського товариства Ліги Націй (далі – ЗУТЛН) використано німецькомовний примірник документа, який знаходиться в Центральному державному історичному архіві України у м. Львові (Фонд 382 «Романчук Юліан, політичний і громадський діяч, педагог, письменник, журналіст. 1842–1923 рр.». Автор статті переклав його українською мовою і використав як історичне джерело при написанні кандидатської дисертації.

Діяльність організованого у Відні Західноукраїнського товариства Ліги Націй, як зазначає В. Кушнір, була складовою частиною всієї дипломатичної активності емігрантського уряду ЗУНР². Статут товариства був розроблений Ю. Романчуком та Р. Перфецьким. Документ має невід'ємні інституційні елементи – договірну основу, постійний характер діяльності, внутрішньоорганізаційний механізм, а також додаткові елементи – цілі, права (та обов'язки), заснування відповідно до міжнародного права тощо. Складається Статут із 6 розділів та 28 параграфів. У першому розділі «Назва і місце знаходження Товариства» зазначається, що особи, які підписалися нижче, засновують Товариство з назвою: «Westukrainische Liga für Völkerbund».

Українською мовою: «Західноукраїнське Товариство Ліги Націй».

Англійською мовою: «Westukrainian Society of League of Nations».

Французькою мовою: «Association de l'Ukraine Occidentale pour la Society des Nations»³.

Відповідно до другого параграфу Статуту «місцем знаходження Товариства визначено до моменту припинення окупації західноукраїнських регіонів країни і відновлення на них врегульованих державно-правових відносин місто Відень. Після повернення на Батьківщину Головний комітет визначатиме місце знаходження Товариства»⁴.

Одним із найбільших за обсягом є другий розділ Статуту, в якому сформульовано мету та основні напрями діяльності ЗУТЛН. Зазначається, зокрема, що «Товариство» має опікуватися сприянням викладених у Основній угоді Ліги Націй положень та їх практичним втіленням у західноукраїнських краях і ними у тих українських областях, які на підставі Сен-Жерменських державних угод з причини їх належності до колишньої Австро-угорської монархії вже зараз становлять особливий об'єкт міжнародного права і діють під суверенітетом країн Антанти»⁵.

Звертається увага на те, що за умов виключення будь-якої чисто політичної участі ЗУТЛН займатиметься підтримкою Ліги націй у її намірах:

а) усунути несправедливість, панування сили і безправ'я у міжнародно-правових відносинах;

б) забезпечити всім націям відповідно до права на самовизначення народів вільний розвиток, а також з цією метою добиватися їх самостійності і, за можливості, широкої незалежності;

г) перетворити Лігу Націй у майбутньому на таку світову організацію, яка на підставі міжнародного права об'єднає всі нації світу і зробить Лігу Націй справжнім верховним арбітражним судом для вирішення всіх міжнародних правових претензій.

Крім цього, в Статуті вказується, що ЗУТЛН добиватиметься впливу на широкі кола суспільства, а також громадські організації в сенсі, щоб здійснилися свободолобні принципи та ті ідеї, які лежать в основі прагнень Ліги Націй⁶.

Четвертий параграф Статуту зобов'язував Членів ЗУТЛН проводити широку пропаганду в пресі й громадських колах ідеї утворення самостійної та нейтральної Галицької республіки; засновувати власні підорганізації (філії); проводити анкетні опити, збори Товариства і народні збори; відправляти меморандуми та інші відповідні звернення депутатів та делегацій Товариства до Міжнародної Унії товариств Ліги Націй та самої Ліги Націй, а також до державних установ і парламентів всіх держав світу; співпрацювати з іншими подібними товариствами; утворювати об'єднані спілки, союзи та інші об'єднання з тією ж метою: досягнення викладених у попередніх положеннях цілей; сприяти гуманітарним організаціям і закладам у країні та за кордоном⁷.

Як вказує Н. Литвин, новостворене товариство звернулося «до уряду Президента Української Національної Ради Д-ра Євгена Петрушевича з домаганням поширити дальшу рішучу боротьбу за державну незалежність усіх західноукраїнських земель в напрямі їх з'єднання у відновленій Західно-Українській Галицько-Володимирській Державі»⁸. Водночас зверталась увага «всіх держав і політичних чинників світу» на те, що головними передумовами стабілізації міжнародних відносин і забезпечення миру є якнайшвидше усунення насильства й поневолення та «всіх побудованих на них» окупацій чужонаціональних територій і якнайшвидша реалізація прав націй на самовизначення, їх власну державність і незалежність. Це стосувалося насамперед Східної Галичини, Волині, Холмщини і Підляшшя, північно-західної Буковини, які вже три

роки піддавалися безправ'ю «ворожих польських і румунських окупацій». Хвилювала ЗУТЛН й доля південно-західної української землі – Прикарпатської Русі, яка згідно з Сен-Жерменським договором «в дійсності» не отримала територіальної автономії⁹.

ЗУТЛН, як бачимо, створювалось для дотримання і розвитку засад, прийнятих основним договором Ліги Націй, які були спрямовані на формування національних відносин, підтримку діяльності Ліги Націй щодо усунення несправедливості, насильства поневолення народів та забезпечення всім народам, на основі права, самовизначення, вільного їх розвитку під «політичним і національним оглядом», піднесення культури, зміцнення взаємовідносин між націями.

Для досягнення зазначених цілей передбачалась відповідна організаційна структура. ЗУТЛН мало свою штаб-квартиру, членів і необхідну систему основних і допоміжних органів.

Членами ЗУТЛН були призначені Генеральними зборами почесні члени, а також:

- а) засновники, які внесли одноразовий, визначений Головним комітетом, мінімальний внесок;
- б) жертводавці, які зобов'язалися внести визначений Головним комітетом мінімальний річний внесок щонайменше за п'ять років;
- в) дійсні члени;
- г) надзвичайні члени;
- д) члени-кореспонденти.

Згідно з шостим параграфом Статуту дійсними членами могли бути:

1) Всі особи, належні до української нації та засновані ними юридичні особи, організації і 2) ті особи іншої національності на західноукраїнських землях, які належать до розташованих на цих землях спільнот, якби було так, що вони шляхом вибору громадянства набули іноземного громадянства.

У сьомому параграфі Статуту наголошується, що надзвичайними членами можуть бути іноземні громадяни та члени їх родин, які належать до вказаних у шостому параграфі національних меншин на українських землях, які з огляду на визначений у двадцять першому параграфі національний ключ не можуть бути прийняті як дійсні члени Товариства.

Почесним Президентом, почесним членом і членом-кореспондентом, зазначається у восьмому параграфі Статуту, може бути призначений будь-хто без огляду на державну належність і національність. Це ж стосується засновників і жертводавців¹⁰.

Для досягнення зазначених цілей ЗУТЛН та його члени використовували загально визнані принципи і норми міжнародного права. На це зверталась, зокрема, увага в «Комунікаті про утворення західноукраїнського Товариства Ліги Націй» від 28 січня 1922 р., в якому наголошувалось, що до керівництва товариства увійшли не лише українці, але й «поляки й жиди, що стоять на становищі державної незалежності західноукраїнських земель». Водночас було «застережено ще дальші місця для інших національних меншостей і членів українських партій, які ще не заступлені в товаристві»¹¹.

Значну увагу в Статуті приділено правилам прийому до ЗУТЛН. Так, у дев'ятому параграфі зазначається, що «дійсні члени, за винятком юридичних осіб, надзвичайні члени і члени-кореспонденти, а також засновники і жертводавці приймаються до Товариства Президентом Товариства по рекомендації трьох членів Товариства. Не прийняті особи мають право оскаржувати таке рішення у Головному комітеті, який приймає остаточне рішення. Прийняття юридичних осіб та організацій до Товариства здійснюється Головним комітетом; у випадку неприйняття юридичні особи мають право оскарження, зверненого до Генеральних зборів. Обрання почесних членів і почесного Президента застерігається за Генеральними зборами»¹².

Права членів товариства виписано в десятому параграфі Статуту, де підкреслюється, що «їх права здійснюються фізичними особами особисто, а філіями Товариства і іншими юридичними особами через представника. Спілки і організації обирають на кожні 500 (п'ятсот) членів одного представника. Від об'єднань та організацій обирається один представник на кожні 500 (п'ятсот) членів. На перші 500 (п'ятсот) членів філій, а також на кожні наступні є право обрати свого представника. Юридичні особи, які налічують понад три тисячі членів, делегують два представники»¹³.

Про членські внески, суперечки, які виникають у межах діяльності, виключення членів товариства йдеться в 11, 12, 13 параграфах Статуту.

Головними органами Товариства були: Генеральні збори, Головний комітет та Президент Товариства. До компетенції щорічних Генеральних зборів належали:

- а) визначення кількості членів Головного комітету у межах, визначених §§ 18, 19 і 20 статуту;
- б) обрання Президії Товариства і Головного комітету, а саме: Президента, трьох віце-президентів, генерального секретаря, другого секретаря Товариства, членів Головного комітету і їх представників (§§ 19 і 20), а також обрання Контрольної комісії, яка складатиметься із трьох членів;
- в) призначення почесних членів та почесного президента, а також виключення членів із Товариства;
- г) визначення основ діяльності Товариства;
- д) прийняття рішення щодо зміни статуту, про вступ Товариства до будь-яких інших товариств і об'єднань з аналогічною організацією, а також прийняття рішень про розпуск Товариства;
- ж) прийняття рішення у всіх інших справах, які поставлені на порядок денний чи Головним комітетом, чи чвертю наявних членів Товариства під час зборів¹⁴.

Як зазначається в шістнадцятому параграфі Статуту, Генеральні збори були найвищим органом ЗУТЛН і приймали рішення у всіх справах, що стосувались платформи або мети товариства. Вони скликалися

щонайменше один раз на рік у грудні місяці – щорічні збори, в той час як надзвичайні Генеральні збори скликалися в міру необхідності. На вимогу однієї п'ятої частини всіх членів Головний комітет повинен був упродовж двох тижнів скликати надзвичайні Генеральні збори. Якщо цей термін спливав безрезультатно, то ініціатори відповідно до Статуту мали право самостійно скликати такі збори.

Сімнадцятий параграф Статуту вказує, що участь у Генеральних зборах ЗУТЛН мали право брати дійсні члени та почесний президент, наділені правом голосу. Для чинності рішення Генеральних зборів необхідно було, щоб належним чином проходило скликання Генеральних зборів шляхом опублікування у пресі або повідомлення через рекомендовані листи за чотирнадцять днів до цього, а участь у зборах узяла щонайменше одна третина дійсних членів. За відсутності приписаного кворуму на підставі рішення Президента Товариства Генеральні збори могли відбутися упродовж наступних 10 (десяти) днів у визначений календарний день із збереженням встановленого порядку денного; рішення таких зборів були чинні без огляду на кількість присутніх. Така постанова повинна бути вказана у оголошенні про скликання Генеральних зборів. Рішення приймалися простою більшістю голосів. Тільки у випадках, обумовлених § 15 (підпункт е), була необхідна присутність половини членів товариства, а рішення приймалися двома третіми голосів; такі обставини мали бути поставлені у порядок денний і вказані у оголошенні про скликання зборів¹⁵.

Достатньо широко виписані повноваження Головного комітету і Президії Товариства. У параграфі вісімнадцятому зазначається, що Головний комітет був виконавчим органом ЗУТЛН і органом зовнішнього представництва в особі Президента або його заступників та Генерального секретаря. Головний комітет збирався щонайменше один раз на три місяці і був уповноважений в рамках виконання своєї діяльності вибирати делегатів та представників, створювати національні секції та краєві секції, культурні й господарські відділи, а також комітети, підкомітети та інші підлеглі їй органи. Головний комітет визначав з кола членів Товариства, делегованих до міжнародної спілки Ліги Націй, а також у комісію спілки об'єднаної Ліги Націй на українських землях, якщо така корпорація буде заснована. Крім цього, Головний комітет мав право тимчасово або на тривалий час делегувати до Президії Товариства для забезпечення особливих робіт членів комітету або комісії чи службовців Товариства і членів Товариства, які могли брати участь у роботі Президії із дорадчим голосом¹⁶.

У дев'ятнадцятому параграфі Статуту міститься уточнення, що Головний комітет складався із Президії Товариства *in corpore* та з десяти (до п'ятнадцяти) членів комітету, а також із 4–6 заступників членів комітету, які представляли членів комітету у випадку короткочасної або тривалої завади (*для їх присутності*)¹⁷.

Відповідно до двадцятого параграфу Статуту Президія Товариства складалась із Президента Товариства, трьох Віце-президентів, Генерального секретаря і другого секретаря Товариства. На випадок тривалих перешкод у одного або декількох членів Президії Товариства, що заважають їм брати участь у роботі Президії або у випадку їх виключення із Президії Товариства, Головний комітет мав право упродовж одного фінансового року делегувати зі свого середовища на час до скликання чергових Генеральних зборів на їх місце придатних осіб до Президії Товариства¹⁸.

Головний комітет, наголошується в двадцять першому параграфі Статуту, за відповідних обставин повинен був у міру можливості обиратися таким чином, щоб у ньому були представлені всі українські землі. Нації повинні бути представлені у Головному комітеті пропорційно кількості членів Товариства даної нації, проте не більше, ніж частка населення цієї нації. У випадку перешкоди для одного члена Головного комітету, який представляв певну область західноукраїнських земель, він замінювався іншим членом комітету даної області або його заступником¹⁹.

Президія Товариства здійснювала його зовнішню репрезентацію і керівництво діями відповідно до принципів і вказівок Генеральних зборів та Головного комітету. Президія також визначала порядок денний засідань Головного комітету і скликала їх «шляхом порозуміння» при встановленні порядку денного. Кожен член комітету був уповноважений не пізніше як за два дні до засідання вносити свої пропозиції через секретаря Товариства до порядку денного засідання комітету²⁰.

Про легітимність ухвал ЗУТЛН йдеться у двадцять третьому параграфі Статуту, де, зокрема, зазначається, що для чинності рішення Головного комітету була необхідна присутність щонайменше 9 (дев'яти) зібраних у місці знаходження Товариства членів Головного комітету і проста більшість голосів. Для чинності рішень Президії Товариства необхідна присутність половини членів і проста більшість голосів. При однаковій кількості голосів голос Головуючого рахувався як два голоси²¹.

Для всебічної та ефективної діяльності ЗУТЛН передбачалось створення філій товариства, які вступали в свої права згідно з двадцять четвертим параграфом Статуту, після їх офіційного прийняття Головним комітетом. А в двадцять п'ятому параграфі Статуту вказується, що вони мали право діяти спільно у досягненні мети Товариства за допомогою своїх органів відповідно до статуту Товариства, його платформи, а також рішень Головного комітету. До поля діяльності філій належали такі справи, які не застережені для Генеральних зборів Товариства, Головного комітету та їх органів (§§ 15 і 18)²².

Загальна характеристика органів філій ЗУТЛН подається в двадцять шостому параграфі Статуту²³.

У випадку добровільного розпуску Товариства питання стосовно його майна, згідно з двадцять сьомим параграфом Статуту, приймали останні Генеральні збори. Якщо щодо цього рішення не було прийнято або у випадку розпуску Товариства державними органами, майно Товариства переходить до Наукового товариства ім. Шевченка у Львові із зобов'язанням використовувати його для цілей, які ставило розпущене Товариство, і передачі подібним товариствам, які, можливо, будуть знову створені²⁴.

У Перехідних положеннях Статуту звертається увага на те, що першими членами Товариства були засновники, що поставили підписи під даним Статутом, які разом утворювали перші Генеральні збори Товариства і обирали його перший Головний комітет та Президію Товариства²⁵.

Отже, установчий документ ЗУТЛН мав інституціональну будову – штаб-квартиру, відповідну організаційну структуру, постійні та допоміжні органи. Це – свідчення того, що екзильний уряд Є. Петрушевича прагнув надати ЗУТЛН статус постійної міжнародної організації, створеної для врегулювання усіх питань, пов'язаних із захистом національних інтересів галицьких українців. Завдяки зусиллям ЗУТЛН «східногалицьке питання» неодноразово дискутувалося на засіданнях Великої ради і Політичного комітету Генеральної Асамблеї Ліги Націй. Зокрема, 21 лютого 1921 р. питання про право галицьких українців на національно-державне самовизначення виносилось на обговорення Ліги Націй, за результатами якого було прийнято постанову, яка підтвердила, що Польща не має суверенних прав на Галичину. А 23 лютого цього ж року Ліга Націй прийняла резолюцію, в якій стверджувалося, що Східна Галичина перебуває під мілітарною (військовою) окупацією Польщі, а не її суверенітетом. Навесні 1922 р. питання про статус Східної Галичини було внесено до порядку денного роботи Генуезької конференції, однак не обговорювалось через блокування представниками Франції та Польщі. Попри те в червні 1922 р. у Празі ЗУТЛН було прийнято до Міжнародної унії товариств Ліги Націй, і Східна Галичина визнана як окремих суб'єкт міжнародного права. Це була велика перемога ЗУТЛН на міжнародній арені, яка дала галицьким українцям надію на подальший захист національних інтересів.

¹ Литвин Н. Віденський період уряду ЗУНР. – Україна: культурна спадщина, національна свідомість, державність. 18/2009. – С. 269.

² Кушнір В. В. Ліга Націй та українське питання. 1919–1934 рр. – Автореф. дис. ... канд. іст. наук: Львів. нац. ун-т ім. І. Франка. – Л., 2000.

³ Статут «Західноукраїнського Товариства Ліги Націй». – ЦДАЛ України, ф. 382: Романчук Юліан, політичний і громадський діяч, педагог, письменник, журналіст. 1842–1923 рр. Оп. 1, Спр. 9. – С. 1.

⁴ Там само.

⁵ Там само.

⁶ Там само.

⁷ Там само.

⁸ Литвин Н. Віденський період уряду ЗУНР. – Україна: культурна спадщина, національна свідомість, державність. 18/2009. – С. 270.

⁹ Український прапор // 1922. – 28 січня.

¹⁰ Статут «Західноукраїнського Товариства Ліги Націй». – ЦДАЛ України, ф. 382: Романчук Юліан, політичний і громадський діяч, педагог, письменник, журналіст. 1842–1923 рр. Оп. 1, Спр. 9. – С. 2.

¹¹ Український прапор // 1922. – 28 січня.

¹² Статут «Західноукраїнського Товариства Ліги Націй». – ЦДАЛ України, ф. 382: Романчук Юліан, політичний і громадський діяч, педагог, письменник, журналіст. 1842–1923 рр. Оп. 1, Спр. 9.

¹³ Там само. – С. 3.

¹⁴ Там само.

¹⁵ Там само.

¹⁶ Там само.

¹⁷ Там само.

¹⁸ Там само.

¹⁹ Там само.

²⁰ Там само.

²¹ Там само.

²² Там само.

²³ Там само. – С. 4.

²⁴ Там само.

²⁵ Там само.

Резюме

Мельник А. І. Статут «Західноукраїнського товариства Ліги Націй» Ю. Романчука, Р. Перфецького як відображення дипломатичної активності емігрантського уряду ЗУНР щодо захисту права українців Галичини на вільне національно-державне самовизначення.

У статті досліджується структура та зміст Статуту «Західноукраїнського товариства Ліги Націй», створеного діячами ЗУНР для підтримки дій екзильного уряду й активізації громадського руху на захист територій, що знаходились під окупацією Польщі та Румунії. Установчий документ ЗУТЛН мав інституціональну будову – штаб-квартиру, відповідну організаційну структуру, постійні та допоміжні органи. Це – свідчення того, що екзильний уряд Є. Петрушевича прагнув надати ЗУТЛН статус постійної міжнародної організації, створеної для врегулювання усіх питань, пов'язаних із захистом національних інтересів галицьких українців, після поразки визвольних змагань.

Ключові слова: Статут, товариство, штаб-квартира, Ліга Націй, національні відносини, самовизначення, суверенітет, окупація, міжнародне право.

Резюме

Мельник А. И. Устав «Западноукраинского общества Лиги Наций» Ю. Романчука, Р. Перфецкого как отражение дипломатической активности эмигрантского правительства по защите права украинцев Галичины на свободное национально-государственное самоопределение.

В статье исследуется структура и содержание Устава «Западноукраинского общества Лиги Наций», созданного деятелями ЗУНР для поддержки усилий эмигрантского правительства и активизации общественного движения для защиты территорий, находящихся под оккупацией Польши и Румынии. Учредительный документ ЗУТЛН имел институциональное строение – штаб-квартиру, соответствующую организационную структуру, постоянные и вспомогательные органы. Это – свидетельство того, что эмигрантское правительство Е. Петрушевича стремилось предоставить ЗУТЛН статус постоянной международной организации, созданной для урегулирования всех вопросов, связанных с защитой национальных интересов галицких украинцев, после поражения освободительной борьбы.

Ключевые слова: Устав, общество, штаб-квартира, Лига Наций, национальные отношения, самоопределение, суверенитет, оккупация, международное право.

Summary

Melnyk A. “The Regulations of the Western ukrainian society of the League of Nations” by Y. Romanchuk and R. Perfetskiy as the reflection of diplomatic activity of the exile government of ZUNR to protect the right for freedom of Ukrainian Galicia nation- determination.

The article examines the structure and the content of the “Regulations of the Western ukrainian society of the League of Nations” – ZUTLN, created by ZUNR figures to support the actions of exile government and the activation of social movement for defense of the territories that were occupied by Poland and Romania. ZUTLN activity was the part of diplomatic activity of ZUNR immigrant government. The ZUTLN founding document was developed by Y. Romanchuk and R. Perfetskiy. It consists of 6 chapters and 28 sections, has an institutional structure – the headquarter, appropriate organizational structure, permanent and subsidiary apparatus. This is the evidence that the exile government of E. Petrushevych sought to give ZUTLN the status of permanent international organization, established to resolve all issues related to protection of national interests Ukrainian Galicians, after the defeat of the struggle for liberation .

Key words: The Regulations, society, headquarter, League of Nations, national relations, self-determination , sovereignty, occupation , international law .

Отримано 8.04.2014

УДК 348.02

О. П. МЕЛЬНИЧУК

Олег Петрович Мельничук, аспірант Київського національного університету імені Тараса Шевченка, кандидат богослов'я, протоієрей

**ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРИНЦИПІВ
ВІДНОСИН ЦЕРКВИ ТА ДЕРЖАВИ В УКРАЇНІ: ПРОПОЗИЦІЇ**

Взаємовідносини церкви та держави, з урахуванням постійних змін, які відбуваються, зокрема, у законодавчому полі, а також на етапі розвитку правничої думки в Україні, завжди є актуальними для суспільства, оскільки безпосередньо стосуються питання повного та ефективного гарантування прав людини і серед них – свободи віросповідання. Головним законодавчим актом, який гарантує свободу віросповідання, є Конституція України. Утім, сьогодні назріли фундаментальні законодавчі зміни саме в питанні конституційних відносин церкви та держави.

У дослідженні важливим є визначення та аналіз конституційно-правових принципів таких відносин, оскільки внесення змін та доповнень до основного законодавчого акта і, як результат, впровадження принципово нової моделі взаємовідносин церкви та держави в Україні на основі співпраці дозволить гарантувати фундаментальні права та свободи людини та громадянина.

Інтереси церкви та держави співіснують і перетинаються майже в усіх сферах суспільного життя. Церква не може бути поза процесами що відбуваються у політичних системах демократичного суспільства. Насамперед, в Україні це підтверджується тим, що лише в компетенції Верховної Ради України закріпити фундаментальні права людини та громадянина в цій сфері: свободу совісті та свободу віросповідання.

Крім того, релігійна діяльність є одним із чинників, що своїм впливом на державно-правову дійсність визначають самотутність та особливість правової системи країни, громадяни якої сповідують ту чи іншу релігію. Водночас взаємовідносини держави та церкви безпосередньо залежать від рівня забезпечення свободи релігії в суспільстві.

Зокрема, держави, де релігія має статус державної, вибудували відносини, закріпивши їх у конституціях, законах та підзаконних актах. Наприклад, інша модель, де держава та церква є відокремленими інституціями, також має своє відображення у відповідних нормативних актах. Основні права на свободу совісті та свободу віросповідання містяться в головному законодавчому акті – Конституції.

Стаття 35 Конституції України передбачає право кожного на свободу світогляду та віросповідання¹: «Це право включає свободу сповідувати будь-яку релігію або не сповідувати ніякої, безперешкодно відправляти одноособово чи колективно релігійні культу і ритуальні обряди, вести релігійну діяльність», – значиться в тексті Основного Закону.

Аналізуючи положення цієї статті можна дійти висновку, що відносини держави та церкви мають автономний характер. Підтвердженням того є п'ять конституційних принципів відносин церкви та держави в Україні. Це: гарантування свободи віросповідання, також у контексті заборони його неконституційного обмеження; відокремлення державних, комунальних навчальних закладів і релігійних організацій; рівність релігійних організацій перед законом; заборона дискримінації релігійних організацій та принцип відокремлення держави і релігійних організацій².

Отже, ч. 1 ст. 35 Конституції України гарантує свободу віросповідання як фундаментальний принцип. Гарантування цього принципу також закріплено в ч. 2 ст. 22 Основного Закону, де зазначено, що конституційні права та свободи гарантуються і не можуть бути скасовані. Більш того, ст. 21 закріплює рівність громадян у своїй гідності та правах, а також що визначає такі права та свободи, як невідчужувані та непопорушні.

Розвиток відносин церкви та держави в Україні, а також їхнє подальше співіснування в законодавчому руслі мають більш формальний характер, незважаючи на закріпленість у Конституції головних принципів, оскільки їхнє співіснування, по суті, охоплює відносно невеликий проміжок часу. З іншого боку право на свободу віросповідання мусить гарантуватися всім об'єднанням віруючих, серед них і тим, члени яких належать до національних, релігійних меншин, нових релігійних рухів. Але якщо казати виключно про закріплення цього постулату на законодавчому рівні, Основним Законом у ст. 11 чітко передбачено сприяння державою консолідації та розвитку релігійної самобутності всіх корінних народів та національних меншин України. До прийняття Конституції України в Декларації прав національностей України від 1991 р. державою гарантується всім громадянам кожної національності право сповідувати свою релігію³. Тобто таке право повинно гарантуватися всім без винятку, зокрема й тим, хто належать до національних та релігійних меншин, нових релігійних рухів.

Відповідно до розуміння свободи релігії, що озвучили в Загальному коментарі Комітету ООН із прав людини до ст. 18 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, захистом цього фундаментального права користуються як традиційні або аналогічні їм за інституційними характеристиками або практикою релігії, так і недавно утворені релігійні меншини⁴.

Не можна залишити без уваги й норми, закріплені в різноманітних міжнародних актах. Зокрема, ст. 9 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод передбачає, що кожен має право на свободу думки, совісті та релігії; це право включає свободу змінювати свою релігію або переконання, а також свободу сповідувати свою релігію або переконання під час богослужіння, навчання, виконання та дотримання релігійної практики і ритуальних обрядів як одноособово, так і спільно з іншими, як прилюдно, так і приватно⁵.

Друга частина цієї норми передбачає певні обмеження свободи віросповідання, зокрема: «свобода сповідувати свою релігію або переконання підлягає лише таким обмеженням, що встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах громадської безпеки, для охорони публічного порядку, здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб». Саме ці інтереси, заради яких на законодавчому рівні передбачається відповідне обмеження, закріплені і в ч. 2 ст. 35 Конституції України.

Утім, ці загальновизнані обмеження викликають багато дискусій. Зокрема, найбільше обговоренню підлягає саме питання громадської безпеки. А проте будь-яке обмеження свободи віросповідання має бути закріплено лише законодавчо в буквальному розумінні.

Отже, конституційно-правовий принцип відносин церкви та держави – свобода віросповідання, – по суті, складається з двох аспектів: реалізація цього права та його захист, закріплені на законодавчому рівні.

Наступний принцип – принцип відокремлення державних, комунальних навчальних закладів і релігійних організацій, закріплений у ч. 2 ст. 35 Конституції України. Щоправда, в цій нормі йдеться лише про відокремлення школи від церкви, крім того, саме таке формулювання закріплене і в назві відповідної статті основного нормативного акта.

Але за більш глибокого вивчення можна зробити висновок про ширшу дію цього принципу. Отже, статтею 6 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» передбачено, що державна система освіти в Україні відокремлена від церкви (релігійних організацій) і має світський характер.

Тобто держава не бере на себе справу релігійної освіти та виховання, така освіта є справою безпосередньо релігійних організацій та родини.

Запропонована у даній статті нова модель відносин між церквою та державою передбачає закріплення в низці законодавчих актів партнерської моделі взаємовідносин церкви (релігійних організацій) з державою при дотриманні принципу відокремлення та не втручання у справи один одного. Конституційні зміни мають бути і у відносинах церкви та закладів освіти, зокрема надання релігійним організаціям права засновувати навчальні заклади держстандарту освіти. А також за бажанням батьків або осіб, які їх замінюють, загальноосвітній навчальний заклад може взаємодіяти на партнерських засадах з церквою (релігійними організаціями).

ми) в частині впровадження духовно-моральних цінностей у навчально-виховний процес з метою збереження та зміцнення духовного здоров'я дітей, забезпечення їх духовного розвитку, а також виховання підростаючих поколінь у дусі релігійної толерантності та міжконфесійної співпраці, відновлення духовності та моральності українського суспільства. При цьому батьки або особи, які їх замінюють, мають право як ініціювати участь у виховному процесі представників церкви (релігійних організацій), так і приймати рішення щодо участі (неучасті) своєї дитини у конкретних заходах (відвідування занять тощо), що проводяться представниками церкви (релігійних організацій).

Таким чином, сьогодні в Україні реалізація конституційно-правового принципу відносин церкви та держави має в цілому позарелігійний та нейтральний характер, і водночас саме принцип відокремлення державних, комунальних навчальних закладів та релігійних організацій унеможлиблює в повній мірі надавати релігійну освіту об'єднаннями віруючих та утвореними ними задля цього установами.

«Ніхто не може бути увільнений від своїх обов'язків перед державою або відмовитися від виконання законів за мотивами релігійних переконань», – значиться в ч. 4 ст. 35 Конституції України. Цим положення саме і закріплюється черговий конституційно-правовий принцип відносин церкви та держави – принцип рівності релігійних організацій перед законом. Цей принцип означає, що всі релігійні організації рівні в своїх правах, обов'язках та мірі відповідальності, а також рівні в залежних від держави умовах, можливостях своєї діяльності⁶.

Більш широко цей принцип закріплено в Розділі II Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації». Так, визначається, що всі релігійні організації, незалежно від їхньої конфесійної приналежності, рівні перед законом і мають однаковий правовий статус, що не допускає встановлення будь-яких переваг або обмежень одних церков (релігійних організацій) щодо інших.

Важливим аспектом є те, що цей принцип поширюється не тільки на зареєстровані релігійні організації, а й на релігійні громади. Відповідно до Закону, релігійна громада є місцевою релігійною організацією віруючих громадян одного й того самого культу, віросповідання, напряму, течії або толку, які добровільно об'єдналися з метою спільного задоволення релігійних потреб. Станом на сьогодні реєстрація статуту (положення) релігійного об'єднання не є обов'язковим, але реєстрація релігійної громади як юридичної особи є обов'язковою, згідно чинного законодавства.

Відповідно до положень Закону держава захищає права та законні інтереси всіх без винятку релігійних організацій, будь-якого віросповідання, якщо їхня діяльність не суперечить вимогам чинного законодавства. Отже, конституційно-правовий принцип рівності релігійних організацій перед законом набув свого відображення спочатку в базовому законодавчому акті, а згодом, дещо з іншим формулюванням, його закріпили на рівні Конституції України.

Принцип заборони дискримінації релігійних організацій – передостанній серед конституційно-правових принципів відносин церкви та держави в Україні. Він базується на більшості міжнародних актів і знайшов він своє відображення як в Конституції України, так і в базовому законодавстві. Зокрема, ч. 2 ст. 24 Основного Закону передбачає, що не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками. Більш вузько це питання розкрито в Законі України «Про свободу совісті та релігійні організації». Так, частина 5 статті 5 Закону передбачає заборону встановлення будь-яких переваг або обмежень однієї релігії, віросповідання чи релігійної організації щодо інших.

У цьому питанні не можна оминати увагою й норми міжнародного права, оскільки цей принцип передбачений великою кількістю міжнародними актами. Як приклад можна навести Декларацію ООН про ліквідацію всіх форм нетерпимості та дискримінації на основі релігії або переконань⁷. Сьогодні юридичною спільнотою ця Декларація визначається як один із фундаментальних документів серед міжнародних актів, які регулюють відносини саме в цій сфері – сфері заборони дискримінації релігійних організацій.

Принцип заборони дискримінації релігійних організацій чи об'єднань віруючих у більш широкому розумінні обумовлює й відповідні вимоги до правозастосовної діяльності. Це передбачено статтею 4.1 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, де зазначається, що під час надзвичайного стану в державі заходи, які така держава може вживати, не повинні тягнути за собою дискримінації на основі релігії⁸. Крім того, цим документом, частиною 2 ст. 6 передбачено й те, що різного роду дискримінація повинна бути заборонена законом і закон повинен гарантувати всім особам рівний та ефективний захист проти дискримінації за будь-якою ознакою, зокрема й релігійною. Таким чином, із урахуванням міжнародних норм задля повної реалізації конституційно-правового принципу відносин церкви та держава – принципу заборони дискримінації релігійних організацій, Україні слід уживати всі можливі заходи, закріплюючи їх на законодавчому рівні, обумовлені заборонами дискримінації таких організацій та об'єднань.

Останній принцип, що прописаний Конституцією України – принцип відокремлення церкви від держави. Так, згідно із частиною 3 статті 35 Конституції України церква та релігійні організації в Україні відокремлені від держави і жодна релігія не може бути визнана державою як обов'язкова. Даний конституційно-правовий принцип відносин церкви та держави потребує дискусії, обговорення та уточнення.

У Преамбулі Конституції України вказано, що вона ухвалена, зокрема, внаслідок усвідомлення відповідальності перед Богом.

Водночас у ч. 3 ст. 35 Конституції України встановлено, що церква і релігійні організації в Україні відокремлені від держави, а школа – від церкви.

Вважаю, що вказане конституційне положення про повну відокремленість Церкви і Держави є продовженням ворожої, атеїстичної традиції тоталітарної радянської влади щодо духовенства та релігії у цілому, а відтак у сучасних умовах зазначений стан речей має бути модернізованим у напрямку конституційного забезпечення можливостей співпраці Церкви і Держави на користь суспільства.

Потреба у переосмисленні конституційно-правового регулювання відносин між Церквою і Державою підтверджується і самими суспільними реаліями життя Українського суспільства. Встановлене частиною 3 статті 35 Конституції жорстке відокремлення Церкви від Держави є суто інституційним. Адже на практиці Церква бере участь у житті держави, а держава – в житті Церкви. Так, Церква безпосередньо дотична до багатьох важливих державних заходів, а Держава позитивно ставиться до релігійно-культурних та церковно-соціальних проектів. Крім того Президент України приймає присягу на Євангелії, в православних богослужіннях на регулярній основі беруть участь найвищі посадові особи, 1000-річчя Софійського собору та 1025-річчя Хрещення Русі відзначали на державному рівні.

Отже, вказане положення ч. 3 ст. 35 Конституції України не може і не повинно бути перешкодою для співпраці Церкви та Держави на користь людини і суспільства. Адже будь-яка парафія може внести свою частку у вирішення соціальних негараздів. Йдеться і про шефство над дитячими будинками та установами пенітенціарної служби, й про опіку над знедоленими, і про допомогу асоціальним верствам населення, багатодітним родинам тощо.

Співпраця між Церквою та Державою повинна поглиблюватися задля втілення соціальних проектів у національних та загально церковних масштабах. Однак результативність та ефективність будь-якого такого проекту залежить від норм чинного законодавства.

Конституційний принцип в теперішній редакції Конституції України, де Церква відокремлена від Держави, фактично забороняє керівникам тих чи інших соціальних, культурних та освітніх закладів вести спільну діяльність з релігійними організаціями. І як наслідок, реалізація численних важливих корисних соціально спрямованих проектів в інтересах суспільства стає неможливою.

Відтак на сьогодні потрібна суттєво нова модель відносин Церкви та Держави, а саме: модель партнерської співпраці, з метою розбудови партнерських взаємовідносин релігійних організацій та державних інституцій, навчальних закладів та Церкви, забезпечення та реалізації права людини на свободу світогляду та віросповідання, зокрема в освітній галузі, консолідації українського суспільства, збереження та примноження його традиційної релігійної культури, релігійної української християнської самобутності та автентичності.

Разом з цим є очевидним, що зважаючи на розширення конституційних можливостей співпраці Церкви та Держави, необхідно закріпити положення про особливий статус християнства як традиційної для України релігії. Таке положення Конституції України буде повністю відображати як сучасний стан розвитку суспільства, так і історію духовного становлення Українського народу.

Досвід європейських держав демонструє поширеність практики закріплення на рівні Конституції положення про співпрацю традиційної для певного народу Церкви та Держави. Так, у Конституції Болгарії в ст. 13 зазначено, що традиційною релігією держави є східно-православне віросповідання. У ст. 9 Конституції Грузії також визнано виняткову роль Грузинської Православної Церкви в історії Грузії. У Конституції Греції в Основних положеннях Розділу 1 ст. 3 чітко зазначено, що панівною релігією в Греції є релігія Східно-Православної Церкви Христової. Моделі відносин Церкви та держави присвячено окремий розділ. Стаття 105 визначає правовий статус Святої Гори Афон.

З іншого боку не можна оминути увагою й міжнародний досвід у вивченні цього питання. Так, якщо казати про відокремлення виключно в контексті світського характеру, то подібний досвід мають такі європейські країни, як Франція та Німеччина. Зокрема конституціями цих країн передбачено свободу віросповідання і в них не існує єдиної державної церкви⁹. Попри те стверджувати про повне відокремлення неможливо. Так, у Франції особливий статус саме в аспекті відносин релігій та державних органів мають адміністративні одиниці Ельзас та Мозель. Законодавство цих регіонів визначає положення щодо статусу членів цих релігійних організацій, оплати праці, участі місцевих влад у фінансуванні та функціонуванні церковних закладів тощо. Конституцією Федеративної республіки Німеччина з урахуванням конфесійного розмаїття встановлено кілька видів релігійних організацій, які є юридичними особами зі спеціальним та загальним статусом.

Таким чином, поверхневий аналіз положень конституцій цих країн дає можливість зробити висновок, що співпраця між церквою та державою існує, і вона повинна поглиблюватися задля втілення соціальних проектів у національних та загально церковних масштабах. Результативність та ефективність проекту залежить від норм чинного законодавства. Але в діючій редакції Конституції України забороняє керівникам тих чи інших соціальних, культурних та освітніх закладів спільну діяльність із релігійними організаціями.

Водночас цей принцип, за його буквального трактування, означає лише інституційне відокремлення, втім у сучасній практиці відносин церкви та держави, школи та церкви (як і в суспільній свідомості) залишається звужене його трактування – як фактична заборона участі релігійних організацій у втіленні моральних принципів у суспільстві.

У сьогоднішніх реаліях гостро назріло питання про створення нової моделі відносин церкви в повному її розумінні та держави. До речі, на початку квітня цього року Всеукраїнська Рада Церков та релігійних організацій ухвалила комюніке, відповідно до тексту якого висловлюється глибоке переконання в потребі вибудувати в Україні стратегічне партнерство церков та релігійних організацій з українським суспільством та

державою¹⁰. Тому запропоновані зміни до Конституції України та модель співпраці між Церквою та Державою на сьогодні є вже офіційною позицією УПЦ.

Таким чином, постає головне питання: як забезпечити впровадження нових відносин церкви та держави? Це можна зробити виключно внесенням змін до Конституції України. Законопроектом пропонується внести зміни до ч. 3 ст. 35 Конституції України, виклавши її у наступній редакції: «Церква та релігійні організації в Україні відокремлені від держави, а школа – від церкви. Жодна релігія не може бути визнана державою як обов'язкова. Традиційною релігією в Україні є християнство. Держава співпрацює з Церквою в сфері забезпечення соціальних та культурних інтересів людини».

Запропоновані зміни жодним чином не можуть слугувати підставою для об'єднання елементів церковної влади з державною владою у будь-якій формі. Зміни не обмежують права віруючих інших релігій, ніж християнство, та осіб, які не сповідують жодної релігії. Крім того, у ч. 3 ст. 35 Конституції України залишаються чинними положення про відокремленість релігійних організацій від держави та від школи, а також про неможливість визнання будь-якої релігії в якості обов'язкової.

Вказана юридична конструкція унеможливує поглинання Державою Церкви, а також запобігає злиттю Церкви та Держави. У запропонованій моделі відносин Церква та Держава – дві автономні інституції, які співпрацюють на користь людини і суспільства.

Важливим є те, що запропоновані зміни дуже чітко визначають сферу співпраці Церкви і Держави, яка обмежується виключно соціальними і культурними інтересами людини. Слід відзначити, що вираз «соціальні та культурні інтереси людини» є вживаним у тексті Конституції (зокрема, у ст. 36), відтак з'ясування його чіткого змісту не викличе істотних утруднень у правозастосовній практиці.

Потреба у переосмисленні конституційно-правового регулювання відносин між Церквою і Державою підтверджується суспільними реаліями життя Українського суспільства. Адже на практиці Церква бере участь у житті держави, а держава – у житті Церкви.

Так, Церква безпосередньо дотична до багатьох важливих державних заходів, а Держава позитивно ставиться до релігійно-культурних та церковно-соціальних проєктів. 1996 року, «усвідомлюючи відповідальність перед Богом», Верховна Рада прийняла Конституцію – Основний Закон України. У ч. 3 ст. 35 Конституції закріплено принцип відокремленості: «Церква та релігійні організації в Україні відокремлені від держави, а школа – від Церкви». Попри те, що цей принцип, за його буквального трактуванням, означає лише інституційне відокремлення, в сучасній практиці відносин Церкви та держави, школи та Церкви (як і в суспільній свідомості) залишається звужене його трактування – як фактична заборона участі Церкви та релігійних організацій у втіленні моральних принципів у суспільстві. Такий конституційний принцип та його розуміння пов'язані з тоталітарною політикою колишньої радянської влади щодо духовенства та релігії в цілому.

Україна – історично християнська держава. У водах Дніпра хрестилася Київська Русь. Президент України приймає присягу на Євангелії, в православних богослужіннях на регулярно беруть участь найвищі посадові особи, 1000-річчя Софійського собору та 1025-річчя Хрещення Русі відзначалися на найвищому державному рівні.

Відтак ухвалення запропонованих у даній статті змін до Конституції України лише сприятиме підвищенню рівня соціального захисту населення, появи додаткових гарантій прав людини у гуманітарній сфері, а також призведе до консолідації суспільства на основі релігійної Української християнської самобутності та автентичності.

Аналіз головних конституційно-правових принципів показав нагальну потребу внесення змін до базового законодавства і, насамперед, до Конституції України, визнавши партнерські відносини церкви та держави.

Сьогодні назріли фундаментальні законодавчі зміни саме в питанні конституційних відносин церкви та держави. А саме – потрібно впроваджувати принципово нову модель взаємовідносин церкви та держави в Україні на основі співпраці, тобто коопераційну модель стосунків, це дозволить гарантувати основоположні права та свободи людини та громадянина. Зробити це можна лише на законодавчому рівні, шляхом внесення змін до Конституції України, до частини 3 статті 35 в наступній редакції: «Церква та релігійні організації в Україні відокремлені від держави. Жодна релігія не може бути визнана державою як обов'язкова. Традиційною релігією в Україні є християнство. Держава співпрацює з Церквою в сфері забезпечення соціальних та культурних інтересів людини».

Така юридична конструкція унеможливує цезарепапизм та папоцезаризм, поглинання державою Церкви, а також запобігає злиттю Церкви та держави. У запропонованій моделі відносин Церква та держава – дві автономні інституції, які співпрацюють на користь суспільства.

¹ Конституція України // Офіційний вісник України. – 1 жовтня 2010 року. – № 72/1 [Спец. випуск]. – С. 15.

² Сергієнко Г. Л. Роль конституційно-правового регулювання відносин держави і релігійних організацій у гарантуванні свободи віросповідання в Україні. – С. 68–145.

³ Декларації прав національностей України // Відомості Верховної Ради України. – 31 грудня 1991 року. – № 53. – Ст. 799.

⁴ Лернер Н. Релігійні права людини на основі документів ООН // Релігійна свобода і права людини: Правничі аспекти: У 2-х т. – Т. 2. – Л.: Свічадо, 2001. – С. 117–178.

⁵ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод // Урядовий кур'єр. – 17 листопада 2010 року. – № 215.

⁶ Бондаренко В. Релігійна ситуація в Україні і перспективи її розвитку // Релігійна свобода: природа, правові і державні гарантії: Науковий щорічник / За заг. ред. д. філос. н. А. Колодного та к. філос. н. В. Єленського. – К.: Інститут філософії ім. Г. С. Сковороди НАН України, 1999. – С. 73–76.

⁷ Резолюція 36/55 Генеральної Ассамблеї ООН // Декларація о ликвидации всех форм нетерпимости и дискриминации на основе религии или убеждений от 25.11.81 // <http://zakon2.rada.gov.ua>

⁸ Міжнародний пакт про громадянські і політичні права / Ратифіковано Указом Президії Верховної Ради Української РСР № 2148-VIII від 19.10.73 http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_043

⁹ Володина Н. В. Особенности взаимоотношений государства и религиозных объединений в странах Европы для преодоления конфликтов на конфессиональной основе // Правовая инициатива. – 2013. – № 3.

¹⁰ Всеукраїнська рада церков прийняла комюніке: держава і Церква будуть стратегічними партнерами? // <http://church.ua/2014/04/03/miscelyustitel-kijivskoj-mitropolichoji-kafedri-ocholiv-zasidannya-vseukrajinskoji-radi-cerkov-i-religijnix-organizacij/>

Резюме

Мельничук О. П. Теоретико-правовий аналіз конституційних принципів відносин церкви та держави в Україні: пропозиції.

У статті досліджуються конституційні принципи відносин церкви та держави в Україні. Аналізуються конституційно-правові принципи таких відносин, пропонуються внесення змін та доповнень до Конституції України, запропоновано нову модель взаємовідносин церкви та держави на основі співпраці.

Ключові слова: релігія, Церква, держава, конституція, закон, законодавство.

Резюме

Мельничук О. П. Теоретико-правовой анализ конституционных принципов отношений церкви и государства в Украине: предложения.

В статье исследуются конституционные принципы отношений церкви и государства в Украине. Анализируются конституционно-правовые принципы таких отношений, предлагаются внесения изменений и дополнений в Конституцию Украины, внедрение новой модели взаимоотношений церкви и государства на основе сотрудничества.

Ключевые слова: религия, Церковь, государство, конституция, закон, законодательство.

Summary

Melnychuk O. Theoretical and legal analysis of constitutional principles in relations between church and state in Ukraine: proposals.

The article deals with the constitutional principles of church and state in Ukraine. Analyzes the constitutional and legal principles such relationship, offered amendments and additions to the Constitution of Ukraine, the introduction of a new model of relations between church and state on the basis of cooperation.

Key words: religion, Church, government, constitution, law.

Отримано 16.04.2014

УДК 340.12

І. Я. РУСЕНКО

Ірина Ярославівна Русенко, старший викладач Львівського державного університету внутрішніх справ, здобувач Національної академії внутрішніх справ

РЕФОРМУВАННЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ: ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВИЙ ПІДХІД

Розбудова та становлення України як незалежної, суверенної, демократичної та правової держави визначило необхідність формування національної правової системи. Нестійкість та часта зміна напрямків політичного розвитку констатувала складність ще зовсім молодого правової системи бути регулятором суспільних відносин. Як наслідок суспільство вимагає докорінних змін правового життя для відновлення ефективного функціонування правової системи України. .

Проблематика, пов'язана із вивчення правової системи, досліджувалась в працях українських вчених: Н. Оніщенко, Б. Малишева, С. Бобровник, М. Хаустової, Л. Удовіки, М. Мірошниченка, О. Нагорської та багатьох інших. Серед зарубіжних науковців питання функціонування правової системи розглядалося в наукових доробках В. Сирих, І. Ільїна, Е. Соловйова та ін.

Наявний аналіз питання правової системи в науці свідчить про увагу суспільства до проблеми формування правопорядку та визначення її як незалежної національної правової системи. Не менш важливим є аналіз правової системи з позиції інтеграції наукового мислення та розуміння необхідності реформування слабкої національної правової системи.

© І. Я. Русенко, 2014

Питання реформування національної правової системи стало чи не найважливішим за період здобуття незалежності України. У науці розроблено багато позитивних підходів до вирішення цієї проблеми, проте як засвідчила практика вони не змогли забезпечити якісних змін. На сьогодні цю проблематику потрібно досліджувати глибинно і комплексно, а тому важливо змінювати як правову систему, так і спотворене радянським минулим мислення суспільства, в яке закладено певні коди і стереотипи. Реформування національної правової системи повинно забезпечити перехід до нової форми організації суспільного життя. Зміни самої правової системи повинні повністю торкнутися всіх сфер правового життя.

Правова система України є унікальним правопорядком, що відрізняє її від інших систем світу, оскільки кожний ментальний тип культури традиційно наводить порядок по-своєму, генетично успадковуючи досвід попередніх поколінь¹.

Національна правова система знаходиться у перехідному періоді між минулим не гуманістичним «законопорядком» та майбутнім європейським цивілізаційним правовим життям. Сучасний стан правопорядку в Україні впродовж свого двадцятилітнього існування показав свою неспроможність дієво впливати на суспільство, демонструючи мімікрію нежиттєздатної старої правової системи.

Перехід від одного правопорядку як якісно сталого стану певної правової системи до іншого можливий лише через правовий хаос, який можна розуміти як надлишок норм, процедур, інституцій, концепцій тощо, які, з одного боку, відтворюють стару правову культуру, правове мислення і правосвідомість, а з іншого – формують нову правову культуру, правове мислення і правосвідомість як певні духовні інструменти перетворення соціальної дійсності².

Феномен «правова система» являє собою складне та функціональне явище та надає додаткові аналітичні можливості для комплексного аналізу правової сфери життя суспільства³, а цінність використання категорії правової системи для юриспруденції полягає у можливості за її допомогою комплексно проаналізувати всю правову сферу життя суспільства, виявити найсуттєвіші закономірності, що складаються між її частинами та у стосунках з іншими суспільними явищами⁴.

У теорії та філософії права є різні векторні думки стосовно розуміння правової системи. На думку Н. Оніщенко, національна правова держава – це своєрідний показник сталого (або наближеного до нього) економічного, політичного, соціального, морального, правового розвитку кожної держави, а головне – досягнутого рівня захисту прав, свобод та законних інтересів Людини⁵. Правова система виступає визначальним фактором для встановлення рівня правового порядку, який характеризується гуманістичними правовими цінностями, де центральне місце належить праву та інтересам людини.

Український науковець Б. Малишев, трактуючи правову систему, визначив мету правової системи, яка полягає в досягненні суспільних ідеалів – цінностей справедливості, рівності та гуманізму⁶. Панування в правовому житті основних правових ідей, цінностей особливого духовного виміру формують право як найважливішу духовну цінність. Проникаючи у глибинний зміст правових ідей, людина розвиває можливості свого розвитку. Правова система надає вільний простір для реалізації суб'єктивних прав кожної людини, тим самим розвиваючись у гуманістичному напрямі.

Правова система являє собою живе правове явище, простір свободи та справедливості. Постійні суспільні трансформації, нові потреби соціуму вимагають змін і правової системи. Від демократизації права, зміни типу праворозуміння та правової культури залежатиме рівень розвитку і національної правової системи кожної країни.

Національна правова система України за період свого невеликого існування зіткнулася з низкою проблем, коріння яких торкається минулого тоталітарного режиму, яке, показавши своє безсилля та неспроможність впливати на суспільні процеси, більше того забезпечити основну правову цінність – захист прав та інтересів людей, викликало глибоку зневіру до майбутнього відродження стійкої національної правової системи.

В умовах глобалізації, стійкість правової системи – розгляд її не тільки з позиції самозбереження та стабільності як національної правової системи, але і як динамічного процесу, що включає в себе інтернаціональні зв'язки й відносини⁷. Процес збереження стійкості національної правової системи напряму залежить від її гуманістичного спрямування, можливості захисту прав та інтересів людини, тому що антропологічний вимір завжди виступає ядром правопорядку.

Правова система має особливе призначення в правовому житті, тому що відображає баланс інтересів різних соціальних груп, класів суспільства. Ці інтереси отримують відображення в праві, законах та інших частинах системи у вигляді державної волі, яка спирається на можливість владного примусу до відповідної поведінки і покарання порушників юридичних приписів⁸.

Зведення національної правової системи до державної волі, яка виражається в законі, призводить до нищівної руйнації як правової системи, так і правових ідеалів природного права. Сформований стереотип держави як «особливої цінності, вищої, вагомійшої від людини-особистості»⁹ розглядає її як єдиного суб'єкта права та творця правової системи, перекреслює людську цінність та значно загальмовує нормальний прогресивний розвиток суспільства. Правову систему, перш за все, потрібно розуміти не як механізм державної волі, веління, а насамперед як можливість розвитку суспільства і людини загалом. А такий процес можливий за умов зміни типу правового мислення, укоріненого періодами діяльності репресивних законів, і чіткого розмежування права як категорії природного, заснованого історичним розвитком людства із законом як нормативною складовою правової системи. Проблема правової системи України саме виражається в тому,

що не може державна воля представляти інтереси різних соціальних груп по тій причині, що не має легітимної підтримки суспільства, що зрештою призводить до нехтування правовими нормами.

Співвідношення права і закону було і залишається гострою проблемою для будь-якого суспільства, проте, чим недемократичнішим є правове середовище, тим вага закону зростає. Намагання насадити державну волю суспільству впливає на ідеологію суспільної свідомості, в результаті чого закон отримує верховенство.

Чітке розмежування права та його нормативістського вираження – закону, повинно стати переломним етапом до удосконалення національної правової системи та скерування її в русло демократизації та гуманістичного розвитку. Постійна підміна правових понять змінює ставлення суспільства до розвитку правової системи загалом, а здебільшого формальне визначення права без ефективних механізмів його реалізації призводить до відсторонення громадян від державно-правових процесів внаслідок зневіри у здатності права належним чином регулювати суспільні процеси¹⁰. Постійна зміна законодавства призвела до зневажливого ставлення суспільства до законів та асоціюється з іграшковими засобами для вирішення кулуарних питань. Для збереження довіри людини в можливість держави ефективно забезпечити її права та свободи, потрібно, перш за все, обмежити її діяльність правом, а головне обмежити можливість змінювати законодавство задля власної потреби. У протилежному випадку зневіра людини у ефективності права породжує низку глобальних проблем, які в майбутньому можуть стати причиною свавільного ставлення суспільства до державної влади.

На думку Б. Малишева правова система нарівні з іншими деонтичними системами (моральною, звичаєвою, системою релігійних або політичних норм) є засобом досягнення суспільною макросистемою ідеалів справедливості, рівності, гуманізму та свободи¹¹. Ці ідеали суспільної свідомості мають об'єднавчу ціль у вигляді суспільства і людини, як її індивідуального компонента, а їх реалізація служать критерієм для визначення рівня розвитку правової системи суспільства.

Для молодшої держави України проблема прав людини та їх захисту набула першочергового реформування. Низький рівень життя людей та постійні суспільно-політичні зміни стали цьому підтвердженням. Національна правова система в повній мірі не забезпечила належного механізму захисту прав людини, а основною причиною відсутності такого механізму визначення прав людини, стало штучне розмежування людини і права. Центральним елементом, що впливає на розвиток правової системи будь-якого суспільства, стає людина, її права та свободи, ступінь захисту таких прав. Взаємодія людини і права впливає на розвиток суспільства, а тому досить складно оцінити стан правової системи суспільства, не розглянувши людський фактор.

Загально визнано, що право існує в межах соціуму, створюючи середовище функціонування суспільних відносин. Воно спрямоване на людину і змінюється в залежності від зміни людських потреб. Враховуючи, що суб'єктом творення права є людина, воно уособлює в собі ті риси, які потребує як окремих індивідів, так і суспільство загалом.

Формування стійкої та ефективної національної правової системи бере свій початок з визначення місця людини в правовому та політичному житті суспільства. Зрозуміло, що людина розглядається не лише як один із системоутворюючих елементів правової системи, але й як найвища соціальна цінність. Всі правові процеси спрямовані на забезпечення нормального розвитку соціуму та біосоціалізації людини в ньому, завдяки чому виокремлюється індивід і стає несхожим із загальним людським матеріалом. Разом з тим, людина як окрема індивідуальність не може розглядатися лише засобом здійснення суспільної діяльності, але обов'язково повинна виступати його метою. Відведення людині центрального місця в правовому житті змушує суспільство до постійних пошуків шляхів максимально досконалого забезпечення реалізації прав людини, піклування про належний рівень добробуту індивіда. Тобто, суспільство повинно розвиватися та встигати реагувати на найважливіші вимоги соціуму.

Оптимізація правової системи в умовах глобалізації забезпечує стійкий людський розвиток і цілісність особистості. Якщо людський розвиток – це розвиток, в якому людина виступає суб'єктом власного розвитку, то становлення цілісності особистості включає в себе широту поглядів, толерантність до ідейного та релігійного різноманіття, прояву діалогічності, пошуків компромісів із погляду власне людського самоздійснення життя, самовідтворення¹². У свою чергу, розвиток та збереження цілісності особистості вплине на кардинальні зміни в механізмі сприйняття людиною самої себе, на переосмислення ціннісних благ, а також сформує відчуття взаємовідповідальності людини і держави.

Як зазначає О. Орлова, основне завдання права – підтримка впорядкованості відносин між державою й суспільством, між суспільством і громадянином. Це передбачає урегульованість та стабільність суспільних відносин у межах громадянського суспільства, їх перетворення і розвиток у дусі забезпечення самореалізації особистості¹³.

Якщо перенести взаємовідносини між державою та соціумом на межі національної правової системи, то можна досить чітко простежити, що інститут відповідальності держави перед особою відсутній. Хоча в Основному Законі держави задекларовано, що Україна є правовою державою, проте це швидше не констатація того, що вже існує, а вираження бажаного напрямку суспільного розвитку. За відсутності механізмів забезпечення та гарантування прав і свобод людини та громадянина з боку держави, неможливий подальший людський розвиток.

Право як ядро правової системи будь-якого суспільства впливає на формування цілісності особистості та її самореалізації завдяки впливу на свідомість і формування світогляду особистості; закріпленні правового статусу особи і визначенні меж соціальної активності, в тому числі шляхом надання широких прав і свобод; у встановленні механізму захисту інтересів людини, за принципом «дозволено все, що не заборонено»

законом», а також засобів і методів, за допомогою яких досягається задоволення особою своїх прав і свобод; у вирішенні різного роду конфліктів і суперечок; у наданні особі можливості впливати на державні органи; у підтримці рівноваги між інтересами особи й інтересами суспільства; у встановленні процедур вияву особистих ініціатив¹⁴.

Трансформація національної правової системи в антропологічному напрямку перебуває на ранній стадії розвитку. Реалізація прав людини в правовій системі України відбувається лише на нормативному рівні, знаходячи своє місце в законах. Відтак, в Основному Законі знайшли втілення апробовані світовим досвідом конституціоналізму такі цінності й положення: – усі люди вільні й рівні у своїй гідності і правах; – права та свободи людини і громадянина, закріплені Конституцією, не є вичерпними; – конституційні права і свободи гарантуються й не можуть бути скасовані; – при прийнятті нових законів або внесенні змін у чинні закони не допускається звуження змісту й обсягу діючих прав і свобод; – кожен має право на вільний розвиток своєї особистості; – громадяни мають рівні конституційні права і свободи й рівні перед законом; – громадянин не може бути позбавлений громадянства і права змінити громадянство; – кожна людина має право на життя, ніхто не може бути довільно позбавлений життя; – кожна людина має право на волю й особисту недоторканність; – ніхто не може зазнавати втручання в його особисте й сімейне життя; – кожному гарантується право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань; – кожен має право на свободу світогляду й віросповідання; – громадяни мають право брати участь в управлінні державними справами; – кожен має право на правову допомогу та ін.¹⁵.

Враховуючи визнання на конституційному рівні прав людини, правова система не здатна забезпечити їх реалізацію, певною мірою через не високий рівень захисту від порушень як з боку держави так і інших індивідів.

Слушно в цьому випадку зауважив Є. Соловійов, при ситуації, коли порядок, заснований на конституційному оформленні прав людини в найшвидші темпи не забезпечив ні блага народу, ні морального виправдання влади, то саму ідею прав людини доводиться відкинути як прикрю політичну помилку¹⁶.

Охоплення прав людини конституційними рамками не визначає справжній рівень розвитку правової системи, тому що часто задекларовані права не мають конкретного правового змісту, а лише є техніко-юридичний інструмент. Визначені в нормах законів права людини не можуть ефективно використовуватися на практиці через відсутність самого механізму реалізації прав людини в державі.

Визначення та обов'язкове дотримання прав людини якісно впливає на формування правової системи, закріплюючи засади правової держави. Основоположним принципом такої держави визнається верховенство права, де права і свободи людини є найвищою цінністю, а їх забезпечення стає пріоритетом держави, де сама влада перебуває під контролем закону, обмежується правом¹⁷.

Дотримання прав людини та визначення її найвищою соціальною цінністю вимагають підтримки з боку України на законодавчому рівні, проте удосконалення національної правової системи повинно починатися із національної правосвідомості, «яка покликана відбивати загальну налаштованість і стан правової системи, слугувати її ядром, первинним компонентом, від якого залежить і на основі якого функціонують всі компоненти правової системи»¹⁸.

Правосвідомість – це насамперед знання, яке відбиває такі соціальні явища, як право, усі його різноманітні зв'язки та співвідношення з іншими соціальними явищами, як-то:

- 1) законодавство і норми права, що містяться в ньому;
- 2) юридична практика, тобто діяльність компетентних органів держави по підготовці і прийняттю нормативно-правових актів, державних органів, громадян та інших осіб – по реалізації норм права в конкретних правовідносинах, держави й суспільства – по боротьбі з правопорушеннями;
- 3) відомості про історію становлення й розвитку права як соціального явища, його етапи, пройдені у процесі розвитку¹⁹.

На думку російського філософа права І. О. Львіна, правосвідомість – це «природне почуття права і правоти або як особливе духовне налаштування інстинкту стосовно себе й інших людей»²⁰. Правосвідомість розглядається як духовне сприйняття права, в якому людина знаходить свою індивідуальну духовність. Людина відчуває право, таким чином усвідомлює його діяльність та значення для соціуму.

Правосвідомість насамперед формує у людини власне бачення і внутрішнє ставлення до законів, державної влади, особистої відповідальності перед суспільством. Чим вищий рівень правосвідомості, тим вищий рівень правої культури.

Необхідність формування правосвідомості є умовою ефективного процесу реалізації прав, свобод і обов'язків особи, оскільки виховує в особі відповідальність перед державою та суспільством. Як показує досвід демократичних країн, свідоме ставлення громадян до виконання своїх громадянських обов'язків, забезпечує ефективний механізм реалізації прав людини, і виражається в повазі до права, правових законів, прав та свобод інших громадян. Як наслідок особисте переконання людини у необхідності виконання правових приписів перетворюється для людини у повсякденне правило. Національна правосвідомість є критерієм оцінки ефективності правової системи на шляху її суспільного прогресу. Її формування залежить від світоглядного розуміння права, людського буття, правової культури, менталітету та ін.

Важливого значення у становленні світоглядного розуміння права несе в собі юридична освіта. На сьогодні інтелектуальний підхід до розвитку юридичної освіти вибудований з основ радянського права і розглядає правову систему як результат державної волі. Позитивістське мислення, що закладається в правничих

школах, перетворює право винятково в «сукупність загальнообов'язкових правил поведінки, що охороняються державою»²¹, підмінює право і закон, визнає верховенство закону як домінуючу над правом, продовжує продукування залежної правосвідомості, яка не здатна ефективно впливати на прогресивний розвиток суспільства. Сфера юридичної освіти потребує ґрунтовного переосмислення та реформації, і спрямована на формування сучасного юридичного мислення, яке має бути відкритим, зверненим до живого розвитку суспільного буття, до конкретних суспільних потреб, до людини, як основної цінності, що прагне самореалізуватися, максимально ствердити себе як творча, автономна істота²². Для адаптації в світовому правовому просторі національна правнича освіта повинна формувати нову професійну свідомість юриста, що відкидає стереотипи «законності і правопорядку» як найвищої мети права. Тільки живе, молоде, вільне, сміливе, творче правове мислення, що може сформуватися в правовій освіті здатне викоринити стару, неживу правову систему, утворену із нежиттєздатних кодів, стереотипів, схем.

Національна правова система є недосконалою та слабкою і, як ніколи, потребує реформування. Зміни повинні початися із внутрішнього ставлення кожного індивіда до права та усвідомлення необхідності правового прогресу суспільства. Створення ефективної моделі правової системи прямо залежить від урахування сукупного історичного досвіду, концентрованим вираженням якого якраз і виступає інформаційна реальність, яка видається сукупністю інформації, наявної в суспільній свідомості і наукових знаннях²³.

Таким чином, трансформація правової системи України повинна створити нову модель, спрямована на зародження можливостей та належних умов для розвитку людської особистості. Правова система України повинна відходити від засад юридичного позитивізму, і формуватися на ідеї забезпечення пріоритету права. Національна правова система повинна відображати спрямованість українського права на реалізацію та захист прав і свобод громадян і, тим самим, виявляти його гуманістичну спрямованість у системі регулятивного й охоронного механізму та складової національної культури, законності та правопорядку в країні.

¹ Мірошніченко М. І. Реформування правової системи України: до питання інноваційних методологічних підходів у побудові теоретичної моделі, адекватної вимогам часу // Актуальні питання реформування правової системи України: Зб. наук. ст. за матеріалами IV Міжнар. наук.-практ. конф., Луцьк, 2007, 1–2 черв.: У 2-х т. / Уклад. Т. Д. Климчик, І. М. Якушев. – Луцьк: РВВ «Вежа» Волин. держ. ун-ту ім. Лесі Українки, 2007. – Т. 1. – 506 с. – С. 85.

² Реформування державного управління в Україні: проблеми і перспективи / В. В. Цветков. – К.: Оріони, 1998. – С. 248–249.

³ Бобровник С. В. Природне право / Юридична енциклопедія. – К.: Вид. «Українська енциклопедія» ім. М. П. Бажана, 2003. – Т. 5. – С. 132–133.

⁴ Правова система України: історія, стан та перспективи розвитку у 5 т. – Х.: право, 2008. – Т. 1: Методологічні та інформаційно-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України / За заг. ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришин. – 728 с. – С. 705.

⁵ Оніщенко Н. М. Соціальний вимір правової системи: реалії та перспективи: Монографія / Відп. ред. Ю. С. Шемшученко. – К.: Видавництво «Юридична думка», 2011. – 176 с. – С. 8.

⁶ Малишев Б. В. Правова система (телеологічний вимір): Монографія / Б. В. Малишев. – К.: «ВД «Дакор», 2012. – С. 364. – С. 119.

⁷ Удовика Л. Г. Трансформація правової системи в умовах глобалізації: антропологічний вимір: Монографія. – Х.: Право, 2011. – 552 с. – С. 426.

⁸ Правова система України: історія, стан та перспективи розвитку / За заг. ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришин. – С. 549.

⁹ Братасюк В. М. Правова реальність як форма прояву інтелектуальної традиції епохи (на матеріалах романо-германської правової сім'ї): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.12 / Національна академія внутрішніх справ України. – К., 2005. – 190 с. – С. 146.

¹⁰ Нагорська О. Ф. Умови реформування правової системи України // Актуальні питання реформування правової системи України: Зб. наук. ст. за матеріалами IV Міжнар. наук.-практ. конф., Луцьк, 2007, 1–2 черв.: У 2-х т./ Уклад. Т. Д. Климчик, І. М. Якушев. – Луцьк: РВВ «Вежа» Волин. держ. ун-ту ім. Лесі Українки, 2007. – Т. 1. – 506 с. – С. 92.

¹¹ Малишев Б. В. Вказана праця. – С. 92.

¹² Удовика Л. Г. Вказана праця. – С. 432–433.

¹³ Орлова О. В. О роли права в самореализации личности в гражданском обществе [Текст] / О. В. Орлова // Государство и право. – 2008. – № 6. – С. 109.

¹⁴ Там само. – С. 109.

¹⁵ Хаустова М. Г. Національна правова система за умов розбудови правової демократичної державності в Україні: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Хаустова Марина Геннадіївна. – Х., 2005. – 199 с. – С. 147–148.

¹⁶ Соловійов Є. Ю. Права человека: предостережения и надежды // Власть. – 1999. – № 1. – С. 16.

¹⁷ Тертишник В. Верховенство права і закону // Право України. – 2010. – № 6. – С. 87.

¹⁸ Див.: Удовика Л. Г. Вказана праця. – С. 442.

¹⁹ Сырых В. М. Теория государства и права: Учебник. – 2-е изд., стер. – М.: ЗАО «Юрид. дом «Юстицинформ», 2002. – 592 с. – С. 137–139.

²⁰ Ильин И. А. Собр. соч.: В 10-ти т. / Сост. и коммент. Ю. Т. Лисица. – М.: Медиум, 1993. – Т. 1. – 361 с. – М., 1994. – Т. 4. – 240 с. – С. 121–141.

²¹ Крабе Г. Строгость науки и безбрежность жизни // Вопросы философии. – 2001. – № 3. – С. 117–125.

²² Братасюк В. М. Вказана праця. – С. 149.

²³ Мірошніченко М. І. Вказана праця. – С. 85.

Резюме

Русенко І. Я. Реформування національної правової системи України: філософсько-правовий підхід.

В статті розглянуто основні проблемні аспекти функціонування правової системи України. З акцентовано увагу на необхідності подолання стереотипів в праві та зміні суспільного мислення. Автором окресленні основні проблеми функціонування правової системи та запропоновано шляхи їх вирішення.

Ключові слова: національна правова система, правове мислення, правова свідомість, правопорядок.

Резюме

Русенко И. Я. Реформирование национальной правовой системы Украины: философско-правовой подход.

В статье рассмотрены основные проблемные аспекты функционирования правовой системы Украины. С акцентировано внимание на необходимости преодоления стереотипов в праве и изменении общественного мышления. Автором обрисовке основные проблемы функционирования правовой системы и предложены пути их решения.

Ключевые слова: национальная правовая система, правовое мышление, правовое сознание, правопорядок.

Summary

Rusenko I. Reform of the national legal system of Ukraine: philosophical and legal aspects.

The main aspects of the problem of the legal system of Ukraine are considered in the article. The author pays attention to the necessity to overcome stereotypes in law and social change in thinking. The main problems in the functioning of the legal system and the ways to solve them are outlining by the author.

Key words: national legal system, legal thinking, legal minds, law and order.

Отримано 2.04.2014

УДК 342.722.1-053.2

Г. В. ТОЛКАЧОВА

Ганна Вікторівна Толкачова, здобувач Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ЕВОЛЮЦІЯ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ГАРАНТІЙ ЗАХИСТУ ПРАВ І СВОБОД ДИТИНИ

Розвиток суспільства дає підстави стверджувати, що захист прав і свобод дитини є основним чинником у формуванні правосвідомості й культури майбутнього покоління та забезпечує правову основу формування правової держави і громадянського суспільства. Дитина, як суб'єкт суспільних відносин має особливий статус. Це обумовлено її фізичною, розумовою, моральною та духовною незрілістю, залежністю та можливістю зловживань з боку інших осіб. Забезпечення прав та свобод дитини передбачає ряд відповідних загальних та спеціальних гарантій для їх реалізації, як системи узгоджених соціально-економічних, політичних, культурних (духовних), юридичних умов, засобів і способів, спрямованих на охорону, реалізацію й захист прав та свобод дитини.

Важливість і актуальність теми даної роботи обумовлена тим, що гарантії захисту прав та свобод дитини є одним із найважливіших елементів системи її правового статусу, чинником фізичного, психічного розвитку, становлення високого рівня правової культури та свідомості. Тому існує потреба у створенні дієвого юридичного механізму захисту законних прав та інтересів дитини, адже діти, маючи рівні права з дорослими членами суспільства, фактично володіють значно меншими можливостями для їх реалізації та захисту.

Крім того, дослідження існуючих гарантій прав та свобод дитини, теоретичних і практичних проблем їх забезпечення в Україні тісно пов'язано з розвитком соціальної, правової держави, орієнтованої на досвід країн з високим рівнем демократії, становлення якої передбачає необхідність формування молодого, правосвідомого покоління українців.

Загальнотеоретичні засади та аспекти проблем захисту прав та свобод дітей в Україні, історія їх становлення й розвитку, правове забезпечення, створення механізму для їх реалізації опрацьовувалися вченими та науковцями різних галузей права.

Зокрема, зазначені питання досліджували: В. В. Копейчиков, С. Л. Лисенков, О. І. Анатолієва, Н. М. Оніщенко, О. Ф. Скакун, Ю. С. Шемшученко, Н. М. Крестовська, В. В. Кулапов, В. С. Нерсесянц, Л. М. Зілковська, О. І. Карпенко, К. Г. Волинка, С. С. Алексеев, С. В. Несинова, М. І. Матузов, М. П. Орзіх, О. В. Зайчук, Т. Ю. Смолова, С. М. Тимченко, М. І. Хавронюк, П. М. Рабінович, Р. А. Калюжний, С. П. Коталейчук, О. П. Семітко та інші вітчизняні й російські науковці.

Мета даної роботи полягає у визначенні особливостей еволюції та сутності гарантій прав та свобод дитини в Україні.

Насамперед, слід зазначити, що слово «гарантія» в перекладі з французької *garantie* – забезпечення. Гарантія – це явище, яке забезпечує досягнення певного результату (певних можливостей, закріплених у загальних і спеціальних нормативно-правових актах)¹. У тлумачному словнику російської мови В. Даля слово «гарантія» – це забезпечення або застава, запевнення тощо². У свою чергу юридичні гарантії – це «система взаємопов'язаних форм і засобів (нормативних, інституційних і процесуальних), які забезпечують належне визнання, захист і реалізацію певних прав і відповідних їм обов'язків»³. Гарантії – це сукупність (система) умов та засобів, що сприяють реалізації кожною людиною і громадянином своїх прав, свобод, охоронюваних законом інтересів та обов'язків⁴; А. С. Мордовець визначає гарантії як систему соціально-економічних, політичних, моральних, юридичних, організаційних передумов, умов, засобів і способів, що створюють рівні можливості особистості для здійснення своїх прав, свобод та інтересів⁵. Згідно з твердженням О. І. Ткачук, термін «гарантія» застосовується для позначення умов, способів чи засобів, які дуже різноманітні за своєю природою та характером, і за допомогою яких здійснюється забезпечення прав, свобод чи законних інтересів певної особи, а також забезпечення виконання покладених на цю особу обов'язків⁶.

Гарантії спрямовані на охорону, створення умов для реалізації прав, обов'язків, свобод, інтересів; охорону прав, обов'язків, свобод та інтересів та їх захист. Таким чином, гарантіями є сукупність об'єктивних і суб'єктивних факторів, спрямованих на забезпечення й реалізацію прав, обов'язків, свобод та інтересів, на усунення можливих причин і перешкод їх неповного або неналежного здійснення.

Існують різні критерії класифікації гарантій. У теорії права розрізняються два основних види гарантій: загальносоціальні та спеціально-соціальні (юридичні та організаційні). За змістом і видами діяльності гарантії поділяються на економіко-правові; політико-правові; соціально-правові і правові. За сферою дії виділяють міжнародно-правові гарантії; гарантії в рамках регіональних міжнародних співтовариств; внутрішньодержавні та автономні гарантії. Також гарантії класифікують на суспільні, організаційні, організаційно-політичні, організаційно-правові, громадсько-політичні тощо⁷.

Гарантії прав і свобод дитини можна розглядати як систему засобів, завдяки яким забезпечується ефективна реалізація дітьми своїх прав та свобод, їх охорона і захист у разі порушення. Їх головне призначення полягає у забезпеченні всіх і кожного рівними правовими можливостями для набуття, реалізації, охорони і захисту суб'єктивних прав та свобод.

Роль та значення гарантій прав і свобод дитини визначається тим, що вони створюють максимум можливих на даному етапі розвитку суспільства і держави умов для реальної реалізації прав і свобод дитини.

Правове регулювання в галузі захисту прав дітей здійснюється великою кількістю правових актів та має свою історію. Зокрема, виникнення нормативно-правових актів, у яких закріплювалися гарантії захисту прав і свобод дітей, можна розподілити на певні етапи відповідно до періодів становлення і розвитку української державності.

Перший етап правового закріплення прав і свобод дітей відбувся під час існування на території України княжої держави (Київської Русі й Галицько-Волинського князівства) та литовсько-польської доби.

Слід зазначити, що вітчизняній науці відомий перший випадок правового забезпечення гарантій прав і свобод дітей ще за часів існування Київської Русі (тобто з кінця IX до середини XIII ст.). Зокрема, у тексті Руської правди містились норми, що захищали права дітей при спадкуванні⁸. Однак у правових нормах, закріплених у писемних правових пам'ятках Київської Русі, дитина визначалась виключно як суб'єкт майнових і немайнових прав. Водночас вказані норми мали становий характер, що повністю відповідало тогочасним стандартам права в цілому. Давньоруська традиція правового забезпечення захисту прав і свобод дитини під час відносин із дорослими певною мірою зберігалася і в Статутах Великого князівства Литовського, Руського та Жемайтійського – держави, до складу якої входила більша частина земель, заселених українцями.

Правове регулювання відносин, пов'язаних із дітьми, в цей період будувалося також з урахуванням принципу становості суспільства. Законодавця, передусім, цікавила доля дітей шляхти. Саме для реалізації їх прав і свобод насамперед було розроблено певний правовий механізм. Як і за часів Київської Русі, на чільному місці стояли норми права, які встановлювали порядок влаштування дітей-сиріт та забезпечення майнових прав дитини. Цю частину називають опікунським правом. Одна із перших таких згадок про реалізацію майнових прав дітей міститься у статуті 1420–1423 рр., виданого Владиславом II Ягеллом.

Наприкінці XIV ст. – у першій половині XVII ст. українські землі перебували під владою Польщі та Литви. Саме тому, разом із правом Київської Русі, суспільно-політичні відносини урегульовувалися нормами польсько-литовського права. У правових актах Великого Князівства Литовського особливу увагу також було приділено забезпеченню спадкових прав дітей обох статей (Жалувана грамота короля Казимира литовському, руському і жмудському духовенству, дворянству, лицарям, шляхті, боярам і мещичам від 2 травня 1457 р., Другий Литовський Статут від 1566 р.), соціальні права дітей (дочок і синів) забезпечувались шляхом отримання винагороди (головщини) за вбитих батька або матір (Перший Литовський Статут від 1529 р.).

Нормативно-правові акти, що закріплювали гарантії прав дітей під час спадкування, також діяли за часів Польського королівства, до якого входили території Галичини, а згодом – частини Волині та Поділля. Зокрема, йдеться про Великопольський статут Казимира III Великого та джерела права недержавного поход-

ження – вірменської, єврейської та татарської етнічних спільнот, що постійно проживали на українських землях упродовж усього середньовіччя.

Наступний етап розвитку гарантій прав і свобод дітей відбувався у часи існування **козаччини і Гетьманської держави** на території сучасної України.

Зокрема, знаходимо згадки про можливість закріплення гарантій прав дитини у «Пактах й Конституціях законів та вольностей Війська Запорозького», укладених 5 квітня 1710 р. у Бендерах. Зокрема, діти визнавалися особливим суб'єктом права на освіту, а при православних церквах мало здійснюватись навчання дітей «вільним мистецтвам»⁹.

Подальші зміни в реалізації прав дитини пов'язані зі зрушеннями у державному ладі України після Визвольної війни середини XVII ст., а саме: із формуванням власної держави та національної правової системи. У Козацько-Гетьманській Україні уперше створено всеохоплюючий акт національного права – «Права, за якими судиться малоросійський народ» (1743)¹⁰, де містились норми, що закріплювали права дитини під час здійснення правосуддя, а саме неповноліття людини визнавалося як пом'якшуюча обставина.

Під час **входження українських земель Наддніпрянщини до складу Російської імперії та боротьби за українське національне відродження** особливого значення у сфері забезпечення прав і свобод дітей набуло «Зібрання малоросійських прав» 1807 р., у якому було введено дефініцію «неповноліття», а саме: хлопчики віком до 18 років, дівчатка – до 13 років. Після досягнення цього віку у дітей виникала можливість реалізовувати певні цивільні права, зокрема такі як успадковувати майно, виходити заміж тощо. Даним нормативно-правовим актом було визначено межі цивільної дієздатності особи.

У другій половині XIX ст. в Російській імперії відбулася судова реформа (1864–1896 рр.), на хвилі якої почали формуватися правові основи профілактичної роботи з дітьми-правопорушниками. Законодавством у цій сфері передбачалось, що стосовно дітей закон повинен мати мету менш каральну, ніж виправну, а саме покарання для них має бути не стільки помстою за вчинене діяння, скільки запорукою кращого майбутнього, отже, мати характер переважно виховний, бути засобом виправлення поганих зародків та розвитку добрих якостей¹¹.

Відповідно до «Положення про виправні притулки» 1866 р. соціальні права дітей реалізовувались шляхом патронату над неповнолітніми, що звільнилися з місць позбавлення волі, створення перших притулків та виправних закладів для неповнолітніх девіантів та делінквентів (бродяг, жебраків, правопорушників).

Наступний етап розвитку гарантій прав і свобод дитини пов'язаний із **становленням України за часів радянської влади**. Протягом вказаного періоду в Україні прийнято чотири конституції (1919, 1929, 1937, 1978 рр.). Ці акти закріпили позитивні наслідки соціальної революції і формальні атрибути української радянської державності. Вже у Конституціях УРСР 1919 р. і 1929 р. міститься дещо ширший, ніж у попередніх конституційних актах, перелік гарантій прав дитини. Конституція УРСР 1937 р. закріпила механізм реалізації широкого спектра прав та свобод, зокрема: для забезпечення прав дітей на освіту впроваджено загальнообов'язкову початкову та безоплатну вищу освіту, а також систему державних стипендій. З метою забезпечення прав дітей на охорону життя і здоров'я впроваджено безоплатне оздоровлення та лікування дітей незалежно від соціального статусу. Окрім того, у зв'язку із забороною примусової праці дітей чинним законодавством встановлено покарання для осіб, які займаються примусовою експлуатацією дитячої праці.

Згідно зі ст. 120 Конституції УРСР 1937 р. державою охоронялися інтереси матері й дитини, що реалізовувалося в тому числі й шляхом надання жінкам відпустки зі збереженням утримання при вагітності та пологах.

Порівняно із попередніми радянськими конституціями, Конституція УРСР 20 квітня 1978 р. вирізняється обсягом закріпленого механізму реалізації прав та свобод. Зокрема, реалізації основних прав і свобод громадян присвячена ціла глава, разом із тим, не повністю враховано стандарти прав дитини, закріплені в міжнародно-правових актах, учасницею яких на той час вже була УРСР. Цим та іншими нормативно-правовими актами закріплено, що державою охороняється материнство і дитинство шляхом створення умов, які дають можливість поєднувати працю з материнством; правового захисту та матеріальної підтримки материнства й дитинства, включаючи надання оплачуваних відпусток та інших пільг вагітним жінкам і матерям, поступового скорочення робочого часу жінок, які мають малолітніх дітей. Крім того, держава з метою забезпечення реалізації прав дітей створює широку мережу дитячих закладів, виплачує допомогу при народженні дитини, надає допомогу і пільги багатодітним сім'ям, а також інші види допомог сім'ї.

Піклування держави про здоров'я підростаючого покоління реалізується шляхом виховання дітей та підготовки їх до суспільно корисної праці шляхом безоплатності всіх видів освіти та медичної допомоги, що надається державними закладами охорони здоров'я.

Наступний новітній період історії розвитку гарантій захисту прав і свобод дитини було викликано **розбудовою сучасної української держави і права**.

Проголошення 24 серпня 1991 р. незалежності України відкрило нову сторінку історії нашої держави та її народу, дало змогу розширити права й свободи людини та дитини зокрема, наповнити їх новим змістом і значенням. Перші ж законодавчі акти щойно утвореної незалежної держави не залишали жодних сумнівів щодо правового закріплення накреслених цілей. Так, на підставі положень Конвенції ООН про права дитини та ряду інших документів з метою забезпечення гарантій політичних прав дітей прийнято Закон України «Про громадянство» (1991 р.), який вимагає письмової згоди 14-річної дитини під час зміни її громадянства, а після досягнення 16 років зміни проводяться за власною заявою дитини. Соціальні права дітей реалізуються шляхом обов'язку держави надавати допомогу багатодітним сім'ям для забезпечення дитини харчуванням, одягом та житлом, який закріплено у Законі України «Про державну допомогу сім'ям з дітьми»

(1992 р.). Закон України «Про освіту» (1991 р.) встановив обов'язкове шкільне навчання дітей віком від 6–7 і до 15 років. Усі ступені шкільного навчання безплатні.

Відповідно до ст.ст. 51, 52 Конституції України 1996 р. сім'я, дитинство, материнство і батьківство охороняються державою, діти рівні у своїх правах незалежно від походження, а також від того, народжені вони у шлюбі чи поза ним.

З метою реалізації прав дітей на життя і здоров'я також закріплено, що будь-яке насильство над дитиною та її експлуатація переслідуються за законом. Крім того, на державу покладено обов'язок утримання та виховання дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, внаслідок чого забезпечуються соціальні права дітей. Держава також заохочує і підтримує благодійницьку діяльність щодо дітей.

Конституцією України також розширено механізм реалізації прав дітей на освіту. Згідно зі ст. 53 повна загальна середня освіта обов'язкова, держава гарантує її доступність і безоплатність.

До того ж конституційно визначені органи, які здійснюють організаційну діяльність із забезпечення прав і свобод дітей.

Як передбачено ст. 102 Конституції України, гарантом прав і свобод людини загалом і дітей зокрема є Президент України. Відповідно до Конституції України в межах своєї компетенції організаційну діяльність із забезпечення прав і свобод здійснюють Кабінет Міністрів України (п. 2 ст. 116), місцеві державні адміністрації (п. 2 ст. 119), прокуратура (ст. 121), Конституційний Суд України і суди загальної юрисдикції, органи місцевого самоврядування та інші.

Для забезпечення дітям можливості визначити себе як особистість і реалізувати свої можливості в безпечних і сприятливих умовах, у середовищі сім'ї або опікунів, для підготовки їх до життя у вільному суспільстві, на державному рівні також створено інші нормативно-правові акти, які містять ряд гарантій прав і свобод дитини.

Відповідно до вимог Конституції України, Конвенції ООН про права дитини та інших міжнародних документів 26 квітня 2001 р. прийнято Закон України «Про охорону дитинства», а також ряд інших законів, спрямованих на забезпечення захисту прав та інтересів дітей.

Гарантією права дитини на здоровий спосіб життя є обов'язок держави захистити її від усіх форм сексуальної експлуатації та сексуального розбещення. В Україні Кримінальним кодексом 2001 р. передбачено покарання за такі злочини, як статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості (такими визнаються діти обох статей до 14 років), розбещення неповнолітніх (потерпілими визнаються діти до 16 років).

З 2004 р. в Україні набрали чинності нові Цивільний кодекс України та Сімейний кодекс України – базові законодавчі акти незалежної України, зокрема і у сфері правовідносин щодо дітей. Сімейний кодекс України максимально розширює предмет свого регулювання; деталізує правове регулювання сімейних відносин у найрізноманітніших сферах, урегулює не тільки сімейні, особисті й майнові відносини між подружжям, батьками і дітьми, усиновителями та усиновленими, матір'ю і батьком дитини, а й між дідом, бабою, прадідом, прабабою і онуками, рідними братами та сестрами, мачухою, вітчимою та пасинком, падчеркою та іншими членами сім'ї. Нове сімейне законодавство дає змогу суду враховувати при вирішенні сімейних спорів місцеві звичаї, а також звичаї національних меншин, якщо це не суперечить законодавству і моральним засадам суспільства. Положення цього кодексу чітко визначають, що регулювання сімейних відносин має здійснюватися з максимально можливим урахуванням інтересів дитини.

У 2005 р. прийняті Закони України «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування» та «Про основи соціального захисту бездомних громадян і безпритульних дітей». Також відповідно до міжнародних стандартів внесено зміни до ряду законів, що сприяють посиленню соціальної захищеності сімей з дітьми.

Окрім того, з метою забезпечення належних умов для реалізації громадянських, економічних, соціальних та культурних прав дітей в Україні, враховуючи необхідність особливого піклування про дитину, на виконання Україною міжнародних зобов'язань у сфері прав дитини та відповідно до статті 102 Конституції України 11 серпня 2011 р. Указом Президента України № 811/2011 запроваджено Посаду Уповноваженого Президента України з прав дитини. Уповноважений Президента України з прав дитини забезпечує здійснення Президентом України конституційних повноважень щодо додержання конституційних прав дитини, виконання Україною міжнародних зобов'язань у цій сфері.

Для забезпечення діяльності Уповноваженого та надання консультативної допомоги створено: окремий структурний підрозділ Адміністрації Президента – Управління забезпечення діяльності Уповноваженого Президента України з прав дитини та Громадська консультативна рада з питань захисту прав дитини. 1 червня 2013 р. Президент України підписав низку документів, які передбачають додаткові заходи щодо посилення гарантій захисту прав дітей.

Зокрема, з метою сприяння реалізації прав і законних інтересів дітей Глава держави підписав Указ «Про додаткові заходи із забезпечення гарантій реалізації прав та законних інтересів дітей». Указ містить ряд завдань для центральних та місцевих органів влади щодо поліпшення медичної допомоги дітям, соціального захисту сімей з дітьми, якості занять у позашкільних закладах освіти, а також захисту прав дітей, які перебувають у конфлікті із законом.

Таким чином, зміст правового регулювання гарантій прав і свобод дітей в Україні змінювався відповідно до періодів становлення й розвитку української державності.

Це складний процес, на який безпосередньо впливає сукупність економічних, політичних, правових, демографічних, культурних, духовно-ідеологічних та етичних факторів розвитку суспільства у відповідні історичні періоди.

Аналізуючи еволюцію правового забезпечення гарантій захисту прав і свобод дитини, можна зробити висновок про наявність на даний час в Україні системи гарантій, створених з метою комплексного втілення в життя діючих нормативно-правових актів у вказаній сфері. Однак існуючий механізм захисту гарантій прав і свобод дитини потребує постійного моніторингу та удосконалення відповідно до розвитку українського суспільства і міжнародних реалій.

¹ Просвирнин Ю. Г. Гарантии депутатской деятельности в развитом социалистическом обществе / Просвирнин Ю. Г. – В. : Изд-во Воронежского университета, 1982. – 143 с. – С. 10.

² Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка – Т. 1 А-3 / В. Даль. – М. : Рус. яз., 1981. – 699 с. – С. 344.

³ Нерсесянц В. С. Система юридических гарантий прав и свобод граждан / Нерсесянц В. С. // Социалистическое правовое государство: концепция и пути реализации. – М. : Юрид. лит., 1990. – С. 60.

⁴ Виконавча влада і адміністративне право / За заг. ред. В. Б. Авер'янова. – К. : Видавничий Дім «Ін-Юре», 2002. – 668 с. – С. 160.

⁵ Теория государства и права : курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. – М. : Юристъ, 2001. – 776 с. – С. 171.

⁶ Ткачук О. І. Правовий статус посадових осіб митної служби України : дис. канд. юрид. наук : 12.00.07 / Ткачук Олександр Іванович ; Нац. аграрний ун-т. – К., 2008. – 203 с. – С. 140.

⁷ Скакун О. Ф. Теория государства и права : учебник / Скакун О. Ф. – Х. : Консум; Ун-т. внутр. дел, 2000. – 704 с. – С. 489.

⁸ Хрестоматія з історії держави і права України: У 2-х т.: Навч. посіб. для студ. юрид. спец. вищ. закл. освіти / За ред. В. Д. Гончаренка. – Вид. 2-ге перероб. і доп.: Т. 1: 3 найдавніших часів до початку ХХ ст. / Уклад. В. Д. Гончаренко, А. Й. Рогожин, О. Д. Святоцький. – К., 2000. – С. 37.

⁹ Історія української Конституції / Упоряд. А. Г. Слюсаренко, М. В. Томенко. – К., 1997. – С. 34.

¹⁰ Кульчицький В. С. Кодекс українського права 1743 р. / В. С. Кульчицький // Право України. – 1994. – № 9. – С. 28–29.

¹¹ Исакова Т. В. Правовые основы становления и развития судов по делам несовершеннолетних в дореволюционной России / Т. В. Исакова // Актуальные проблемы международного ювенального права : материалы Всероссийской научно-практ. конф., г. Волгоград, 15 марта 2006 г. – Волгоград, 2006. – С. 73–77.

Резюме

Толкачова Г. В. Еволюція правового забезпечення гарантій захисту прав і свобод дитини.

Гарантії захисту прав та свобод дитини є одним із найважливіших елементів системи її правового статусу, чинником фізичного, психічного розвитку, становлення високого рівня правової культури та свідомості. Діти, маючи рівні права з дорослими членами суспільства, фактично володіють значно меншими можливостями для їх реалізації, тому існує потреба у створенні дієвого юридичного механізму захисту законних прав та інтересів дитини.

Правове регулювання в галузі захисту прав дітей здійснюється великою кількістю нормативних актів та має свою історію. Еволюція правового забезпечення гарантій захисту прав і свобод дитини – це складний процес, що умовно поділяється на певні етапи відповідно до періодів становлення і розвитку української державності. Особливий вплив на правовий механізм захисту гарантій прав і свобод дитини мають сукупність економічних, політичних, правових, демографічних, культурних, духовно-ідеологічних та етичних факторів розвитку суспільства.

Ключові слова: права дитини, гарантії, забезпечення, правове регулювання, еволюція.

Резюме

Толкачова А. В. Эволюция правового обеспечения гарантий защиты прав и свобод ребенка.

Гарантии защиты прав и свобод ребенка – это один из основных элементов его правового статуса, фактор физического, психического развития, становления высокого уровня правовой культуры и сознания. Дети, имея равные со взрослыми членами общества права, фактически обладают значительно меньшими возможностями для их реализации, поэтому существует проблема создания действенного юридического механизма защиты законных прав и интересов детей.

Правовое регулирование в сфере защиты прав детей осуществляется большим количеством нормативных актов и имеет свою историю. Эволюция правового обеспечения гарантий защиты прав и свобод ребенка – сложный процесс, который условно делится на определенные этапы соответственно периодам становления и развития украинской государственности. Особое влияние на правовой механизм защиты гарантий прав и свобод ребенка имеют совокупность экономических, политических, правовых, демографических, культурных, духовно-идеологических и этических факторов развития общества.

Ключевые слова: права ребенка, гарантии, обеспечение, правовое регулирование, эволюция.

Summary

Tolkachova A. Evolution of the legal guarantee of child's rights and freedoms.

Guarantee of children's rights and freedoms is one of the basic elements of them legal status, a factor of physical and psychological development and a driver of a high level of legal culture and consciousness. Children having equal rights with adult members of society, actually have much less opportunity to exercise them, so there is a problem in creating an effective legal mechanism for protecting children's legal rights and interests.

Protection of children's rights is regulated by a lot of legal instruments and such regulation has its own history. Evolution of legal guarantee of child's rights and freedoms is a complex process, conditionally divided into certain stages according to periods of formation and development of Ukrainian statehood. Combination of economic, political, legal, demographical, cultural, spiritual, ideological and ethical society development factors has a particular effect on a legal mechanism for protecting child's rights and freedoms.

Key words: child's rights, guarantees, providing, legal adjusting, evolution.

Отримано 12.04.2014

УДК 340.1; 342.01; 342.5

О. В. БАТАНОВ

Олександр Васильович Батанов, доктор юридичних наук, професор, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ПРОБЛЕМИ СТАНОВЛЕННЯ І РОЗВИТКУ МУНІЦИПАЛЬНОГО ПРАВА: ОСНОВНІ ЧИННИКИ ТА СУСПІЛЬНО-ПОЛІТИЧНІ УМОВИ

Одним із найбільш примітних явищ у становленні та розвитку демократичної державності в Україні є відродження місцевого самоврядування як принципово нової системи організації публічної влади на місцях та, на цій основі, – формування муніципального права як самостійної галузі права України. Сьогодні муніципальне право – це галузь права, яка, хоча й вкрай суперечливо, але динамічно розвивається. В основі її формування знаходяться об'єктивні матеріальні передумови, які пов'язані насамперед з наявністю самостійного для муніципального права предмета правового регулювання як особливої сфери суспільних відносин, які виникають на базі тієї системи самоорганізації людей, яка визнається та функціонує за місцем їх проживання.

Сучасний етап політико-правового розвитку української держави характеризується протиборством тенденцій централізації та децентралізації. В їх основі – не тільки об'єктивні передумови та фактори (з одного боку, становлення демократичної соціально-правової держави, в якій народ здійснює свою владу, в тому числі реалізуючи своє право на місцеве самоврядування, з іншого – необхідність збереження, особливо в умовах конституційної кризи та сучасної політичної нестабільності, державної цілісності, республіканського устрою, єдиного економічного та правового простору), а й суб'єктивні фактори, багато у чому пов'язані не тільки з проблемами перехідного періоду, а й з відсутністю державної волі у всебічному визнанні прав місцевого самоврядування, тотальною недовірою держави до населення та його здатності до самоорганізації, браком наукової концепції, загальноновизнаних підходів до вирішення проблеми гармонізації тенденцій централізації та децентралізації тощо.

Стимулювання самоорганізації жителів за місцем проживання та здатність держави до самообмеження, гармонізація тенденцій централізації та децентралізації є неодмінною передумовою становлення конституціоналізму, розвитку місцевого самоврядування та інституціоналізації муніципальної влади у демократичній державі. Недовіру до своїх громадян та надмірну централізацію державної влади, як продемонстрував досвід радянської державності та невдалий досвід муніципального будівництва в сучасній Україні, неможливо поєднати з місцевим самоврядуванням. Суперечить йому й надмірне посилення децентралізації влади, наслідком якого може бути загальне послаблення державного начала. Місцеве самоврядування у сучасних умовах може розвиватися тільки за наявності міцної підтримки з боку держави, її концептуально виваженої муніципальної політики, утворенні нею об'єктивних та суб'єктивних умов, забезпеченні політико-організаційних, соціально-економічних та духовних гарантій. З врахуванням цього, зазначимо, що загальна спрямованість сучасного розвитку української держави та її політики у сфері розвитку муніципальної влади формуються вкрай суперечливо та непослідовно.

Єдиний спосіб забезпечити демократичну спрямованість влади – це покласти в основу діяльності держави та усіх владних структур, як органів державної влади, так і органів місцевого самоврядування обов'язок дотримуватися безперечного пріоритету прав і свобод людини і встановити невідворотну відповідальність цих органів і посадових осіб за невиконання цього обов'язку. Вимоги щодо утвердження пріоритету прав людини повинні поширюватися на усі без винятку галузі національного права, у тому числі й муніципальне право. Тому, принцип верховенства прав і свобод людини і громадянина має стати ключовою домінантою у формуванні сучасної доктрини муніципального права, утвердження якого потребує не тільки рішучого подолання негативних наслідків тривалого ігнорування муніципально-правовою наукою проблематики

прав людини при визначенні сутності, змісту, предмету і методу муніципального права, а й активного сприйняття міжнародних стандартів локальної демократії та позитивного зарубіжного досвіду муніципального будівництва.

Слід зазначити, що у кожній країні відповідно до законів суспільно-політичного розвитку формується та діє національна система муніципального права. Особливості політичного, економічного або соціального розвитку цих країн, їх демократичні традиції, форма правління та державний устрій впливають на розмаїття цих систем.

Зарубіжний досвід свідчить, що кожна система муніципального права базується на засадах, тією чи іншою мірою притаманних більшості демократичних країн: верховенство права, автономія, судовий захист прав і законних інтересів самоврядування, відповідальність органів і посадових осіб місцевого самоврядування перед законом тощо. Хоча, зрозуміло, є різниця між муніципально-правовими системами країн класичної демократії та країн перехідної демократії.

Суспільно-політичні чинники у сукупності формують своєрідний механізм, під впливом якого відбуваються становлення і розвиток муніципального права. При цьому вплив кожного з цих чинників, взятого окремо, втрачає свою однозначність, перестає бути лінійним.

Так, для цілісного, всебічного та об'єктивного пізнання муніципального права, у першу чергу, необхідно враховувати історичний чинник. І хоча умови історичного становлення та розвитку муніципального права були і є відмінними в різних країнах, в цілому їх суспільно-політична сутність та функції по суті повсюдно однакові. Адже саме поняття «муніципальний» виникло ще до нашої ери у Стародавньому Римі та використовувалося у відношенні до громад, які раніше були самостійними, підпали під владу Риму та обтяжувалися різними повинностями (*municipia*) на його користь, від назви яких, власне кажучи, й походить сам термін «муніципальний» (такі громади називалися *municipia*). Створення муніципії як потенційного учасника публічних та цивільних правовідносин почалося ще у IV ст. до н. е. в результаті реформування правового статусу колишніх самостійних міст-держав (*civitates*), які в цей час фактично втратили свою державницьку самостійність та опинилися під владою Стародавнього Риму. Внутрішня автономія цих громад серйозно обмежувалася, а для управління ними з Риму надсилалися спеціальні чиновники – префекти.

Після того як влада Риму розповсюдилася на всю Італію, був прийнятий загальний муніципальний закон – Закон Юлія Цезаря про муніципії (*Lex Julia municipalis*) 45 р. до н. е., який уніфікував правила міського устрою та суттєво розширив автономію органів самоврядування у місцевих справах. На рівні місцевих громад існували як представницькі органи – народні збори, так і виконавчі – сенати. Контроль за неіталійськими громадами здійснювали спеціальні контролери – куратори, до функцій яких входив лише фінансовий контроль, а потім, з розширенням їх компетенції, загалом урядовий контроль. Здійснювалися спроби використовувати даний інститут і для захисту інтересів населення у відношенні муніципальної верхівки.

Отже, у цей період відбувається активне становлення муніципії не лише як суб'єктів публічних, а й приватних відносин, що в цілому відповідає сучасному розумінню місцевого самоврядування та муніципального права як конгломерату публічно-приватних відносин і норм в результаті дії яких власне й відбувається становлення муніципальної влади. У цьому плані варто розуміти вплив муніципального права на процес формування багатьох інститутів публічного права в цілому, який, по суті, є сумірним із роллю римського приватного права у формуванні сучасного цивільного права.

Цікавим є більш пізній досвід Німеччини, у якій історично місцеве самоврядування завжди знаходилося під жорстким контролем державних чиновників, суверенних князів, курфюрстів та королів, будучи водночас їх матеріально-фінансовою опорою у вирішенні питань загальнодержавного характеру. Конституційна історія місцевого самоврядування тут по суті розпочинається лише після ліберальної міської реформи 1808 р. К. фон Штайна. Але в загальнонаціональному масштабі ця історія почалась після ліберально-демократичної революції 1848 р., яка завершилась компромісом між абсолютною монархією і демократичними силами. Через роз'єднаність Німеччини конституційні ідеї про місцеве самоврядування спочатку проникли в законодавство окремих німецьких державних утворень. Так, наприклад, Конституційна хартія Пруссії 1850 р. закріпила систему місцевого самоврядування в особі сільських і міських громад. Система місцевого самоврядування в Німеччині отримала загальнонаціональний статус лише після об'єднання в 1870–1871 рр. німецьких земель в централізовану конституційну державу.

В Англії ж сформувалася система муніципального права та управління принципово іншого характеру, яка стала складовою частиною її загального права і парламентського правління. Адже, конституційна історія становлення громадського устрою і місцевого самоврядування у Великій Британії розпочалась з укладання неписаної англійської конституції, тобто з Великої хартії вольностей 1215 р., згідно якої м. Лондон та всі інші міста і бурги, містечка і порти отримали древні вольності і свої вільні звичаї. Тривалий час громади у Великій Британії боролись проти королівського свавілля та за свою фінансову автономію. Так, в Петиції про права 1628 р. громади поряд з духовними і світськими лордами просили англійську корону на майбутнє не примушувати їх давати що-небудь у вигляді подарунків і позик, платити податки або які-небудь збори без загальної згоди, наданої актом парламенту. Отже, у XVII ст. громади у Великій Британії не були достатньо вільні; цього стану вони досягли у XVIII–XIX ст. На практиці саме завдяки розвитку англійських міст, які через століття пронесли привілеї, отримані від королів та інших правителів, у т. ч. право на призначення мирових суддів, на незалежність від юрисдикції магістрів графств тощо, сучасні органи місцевого самоврядування користуються незалежним від держави статусом.

Але в даний час, не зважаючи на абсолютно різні шляхи виникнення, становлення та розвитку муніципалізму, відмінні підходи щодо конституційної регламентації місцевого самоврядування, явні організаційно-правові відмінності між політико-правовими системами цих держав та їх муніципально-правовими системами (у Великій Британії відсутні урядові чиновники, які здійснюють адміністративний нагляд за місцевим самоврядуванням, а в Німеччині вони є), органи місцевого самоврядування мають практично однакові функції та вирішують майже однакові завдання, забезпечуючи життєдіяльність територіальних громад на основі законів та інших нормативних актів органів державної влади, а також власних юридичних рішень, які приймаються ними в межах своєї компетенції.

Можна навести й інший приклад. Так, латиноамериканське місцеве управління та місцеве самоврядування мають багатовікову традицію, яка уходить своїм корінням глибоко в общинну демократію та територіальне управління індіанців Мезоамерики та Південної Америки, міське, обшинне та провінційне самоврядування середньовічної Іспанії. Аналіз генезису латиноамериканського місцевого управління та місцевого самоврядування дозволяє виявити та більш детально розглянути витоки як негативних тенденцій у муніципальному розвитку Мексики, Перу, Колумбії, Еквадору, так і ряд позитивних моментів муніципально-правової концепції кожної з цих країн, які знайшли своє відображення у теорії та практиці сучасного латиноамериканського муніципалізму, у тому числі – у конституційній моделі місцевого самоврядування. Нарешті, осмислення теорії та практики муніципалізму і регіоналізму Латинської Америки дозволяє по-новому дивитися на процеси самоврядування та децентралізації, які відбуваються зараз на пострадянському просторі, у тому числі в Україні, у зв'язку з розробкою та прийняттям законодавства про місцеве самоврядування, реформуванням адміністративно-територіального устрою тощо.

Політичні чинники становлення і розвитку муніципального права у будь-якій державі вимагають визнання в межах системи конституціоналізму необхідності застосування загально визнаних і зрозумілих критеріїв діяльності, відкритих (гласних) процедур, єдиних підходів до розподілу та перерозподілу функцій і повноважень між усіма гілками публічної влади – по вертикалі і горизонталі.

Так, серед політичних чинників еволюції муніципально-правової системи важливу роль відіграють кризи демократичної державності. Природа системних криз, особливо політичних, є різною. Деякі з них є наслідком еволюції системи влади і тому нерідко створюють передумови для переходу муніципально-правової системи у нову якість.

Інші системні кризи можуть бути наслідком негативного впливу внутрішніх та зовнішніх чинників, які спрямовані на звуження простору стійкого існування соціальної системи або ступеню її свободи, що неодмінно детермінує необхідність оновлення цієї системи. Якщо вихід на нову якість розвитку внаслідок будь-яких причин є неможливим, то соціальна система може повністю припинити своє існування (приклад – СРСР, деякі інші соціалістичні країни). Ці загальні закономірності життєвого циклу соціальних систем повною мірою відносяться до муніципального права.

Однією з особливостей системних криз є їх слабкий зовнішній прояв, тобто, наприклад, з моменту прийняття «невірних» державних рішень до реального прояву кризи може пройти значний час. Так, і досі тривають суперечки про сутність та реальні наслідки для розвитку муніципального права, наприклад, кризи магдебурзького права, земщини часів російського царя Івана Грозного, реформаторської діяльності імператора Росії Олександра III чи канцлера Німеччини О. фон Бісмарка.

Правові умови становлення і розвитку муніципального права вимагають створення законодавчої бази та закріплення прав і гарантій місцевого самоврядування, встановлення юридичної відповідальності представницьких і виконавчих органів місцевого самоврядування. Законодавство про місцеве самоврядування також повинно закріплювати систему норм, процедур і механізмів регулювання територіальних, економічних та інших відносин з урахуванням місцевих інтересів.

Важливість правового чиннику підтверджується як формуванням унікальних національних конституційних систем місцевого самоврядування, так і розробкою значної кількості міжнародних стандартів муніципальної демократії, використання яких у процесах формування європейського муніципального права та нормативному регулюванні організації та функціонування місцевого самоврядування в окремих зарубіжних країнах є дуже своєчасним. Інтеграція цих держав у світове співтовариство накладає на них певні обов'язки з реалізації своїх міжнародно-правових зобов'язань не тільки на міжнародній арені, але й усередині кожної країни.

Слід зазначити, що стрімкий розвиток муніципального права у сучасних демократіях, тріумфальний рух принципів субсидіарності, регіоналізації та децентралізації, який відбувся у період після другої світової війни в Європі та США, породив тенденцію муніципалізації конституційного життя та правових систем у цілому. Свідченням того є становлення системи муніципальних прав особи, механізмів їх гарантування та захисту, що є основою для соціального гомеостазису територіальної громади, який, з одного боку, є невід'ємною характеристикою організації та діяльності місцевого самоврядування на певній території та, з іншого – властивістю сучасного муніципального права, яке, у свою чергу, виконує специфічну гомеостазисну роль у процесах формування соціально-правової державності та громадянського суспільства.

Не останню роль у становленні і розвитку муніципального права відіграють й організаційні чинники і можливості: орієнтація на широке включення громадян у процес здійснення місцевого самоврядування через різноманітні інститути безпосередньої демократії (місцеві референдуми, збори, сходи тощо), а також організаційні форми самоврядування (об'єднання, асоціації, союзи, партії, клуби, фонди тощо).

Так, наприклад, квазідемократична форма громадського самоврядування, яка виникла при соціалізмі, велика кількість жорстко централізованих громадських організацій (профспілки, природоохоронні, спортивні об'єднання) допускали обов'язкове, фактично примусове членство, яким неодноразово були охоплені всі працюючі громадяни і навіть учні. Незабаром після краху тоталітарних режимів у соціалістичних країнах наприкінці 1980-х рр., частина населення цих країн перейшла від дисидентства і форм відкритого протесту проти старої тоталітарної влади до участі в суспільно-політичних рухах, але це була лише незначна частина їх населення. Що стосується більшості населення даних країн, то із завоюванням свободи та демократії, воно стало конформістським до нової влади і не виявляло бажання брати участь громадській роботі.

Дана ситуація особливо небезпечна для країн перехідної демократії, де рівень традиційної політичної і правової культури серед дорослого населення є відносно низьким. Як свідчить пострадянський досвід, у т. ч. й України, влада у країнах – колишніх республіках СРСР замість масового навчання та реальної участі громадян у місцевій демократії, як правило, за деякими виключеннями, вдається до ініціювання демократичних заходів «зверху» (керування демократія). Це не може не позначитися на рівні розвитку у цих країнах громадянського суспільства, місцевого самоврядування та муніципального права. Але в умовах, коли люди не довіряють нікому, крім родичів і найближчих друзів, коли сумнівною видається будь-яка спроба прикласти спільні зусилля, участь громадян у місцевому самоврядуванні є вкрай проблемною.

Наслідком тому є формування вкрай суперечливих моделей місцевого самоврядування, що зумовлено, з одного боку, конституційним визнанням та гарантуванням місцевого самоврядування як публічної влади територіальної громади, рухом до децентралізації публічної влади, її видової та функціональної градації на державну та муніципальну владу, закріпленням відмінних принципів їх організації та функціонування, стрімким розвитком доктрини муніципального права, а, з іншого боку, суперечливою державною політикою у сфері місцевого самоврядування, посиленням тенденцій рецентралізації інституту місцевого самоврядування, тобто його розвитку всупереч конституційним принципам місцевого самоврядування у зворотному напрямі, у бік централізації, звуженням його автономного від державної влади статусу, прагненням одержавити його, інтегрувати в державно-управлінські публічні відносини як з точки зору організації, так і функціонування. Такі процеси, зокрема, відбулися в Російській Федерації (так звана «рецентралізація від Путіна»).

Варто згадати й соціально-психологічні та ідеологічні умови становлення і розвитку муніципального права. Йдеться насамперед, уявлення про територіальну громаду як про територіальну спільність, що володіє властивостями відносної завершеності, цілісності якого-небудь відтворювального процесу та характеризується високим рівнем взаємоузгодження позицій, єдиними інтересами населення, соціальних груп у різних сферах життя, здатністю адаптації жителів до мінливих умов середовища проживання. Саме підхід до муніципальних спільнот як до основи та структуроутворюючого елементу системи місцевого самоврядування, а не як до її другорядного і побічного компонента, дозволяє відродити розуміння місцевого самоврядування як основної форми реалізації народовладдя у буквальному смислі слова.

Найважливіші суспільно значущі характеристики територіальної громади як первинного суб'єкта муніципальної влади мають прояв у тому, що вони формують уявлення кожної людини як жителя свого населеного пункту про особливості ментальності суспільства та держави, демократичні інститути публічної влади та механізм її здійснення. Усі публічно-владні самоврядні інститути не нав'язуються населенню згори, а уходять своїми коріннями в сутнісні природно правові ознаки територіальної громади як первинної суб'єктної основи громадянського суспільства. Стан правової держави, ефективної державності, цивілізованого громадянського суспільства та муніципалізму залежить від рівня розвиненості та самоорганізованості місцевого населення в дієздатні територіальні громади, якості їх функціонування.

Обґрунтування і конкретизація місця територіальної громади в системі сучасного муніципалізму зумовлює потребу виокремлення низки критеріїв первинності територіальної громади: по-перше, історичного (унікальність історії становлення та розвитку інституту територіальної громади полягає в тому, що вона має власні глибинні корені та давні історичні традиції; історія територіальної громади та самоврядування являє собою процес формування суспільної цінності, яка здатна акумулювати інші політичні, правові та соціальні цінності – демократію, законслухняність, права людини, соціальний, релігійний, мовний плюралізм, забезпечити громадянську самоідентифікацію та засади громадянського суспільства); по-друге, правового (територіальна громада є первинним суб'єктом права на здійснення місцевого самоврядування); по-третє, владного (територіальна громада є первинним суб'єктом муніципальної влади); по-четверте, системоутворюючого (територіальна громада є первинним, системоутворюючим елементом системи місцевого самоврядування); по-п'яте, матеріально-фінансового (територіальній громаді належить право комунальної власності) тощо.

Різноманітні ідеологічні передумови становлення і розвитку муніципального права передбачають оволодіння ідеями місцевого самоврядування як керівниками державних органів всіх рівнів, депутатами, посадовими особами місцевого самоврядування, так і самим населенням – місцевими жителями, які готові свідомо й активно підключатися до управління місцевими справами, до вирішення проблем життєдіяльності громад сіл і міст тощо.

У цьому контексті, варто відзначити, що серед багатьох турбот сучасного суспільства одна з найгостріших проблем – проблема відчуження людей, ксенофобія, патологічний егоцентризм та індивідуалізм. У поєднанні з гострими кризовими явищами в економічному та політичному житті ця проблема спричиняє існування цілої низки песимістичних поглядів на долю людства взагалі, свідченням чого є офіційно визнана ООН «стратегія виживання». Людська цивілізація протягом своєї історії нагромадила цінний досвід подо-

лання ворожнечі і взаємоненависті, досвід, який акумулювався в такій соціальній та духовній цінності, як людська солідарність. Головним засобом забезпечення солідарності стає культура людських взаємин, цивілізований спосіб спілкування, або так звана «комунікативна культура». У змістовно-термінологічному сенсі поняття «комунікація» перебуває в одному ряду з близькими за змістом поняттями «взаємодія» (взаємини), «людські стосунки», «взаємообумовленість», «взаємовплив» тощо, зміст яких оптимально характеризує процеси самоорганізації людей за місцем проживання.

Культура комунікацій, що базується на принципах пріоритету соціальних, тобто суспільно-значимих інтересів, діалогічних, рівноправних стосунках, синтезі індивідуальних свобод та спільної відповідальності, перетворюється на рубежі XX та XXI століть на одну з домінант суспільного життя, на загальнолюдську норму мислення та поведінки, на «світову етику». У цьому аспекті необхідно усвідомлювати, що перспективи модернізації соціально-економічної, політичної, правової, духовно-культурної та інших систем українського суспільства у даний час визначаються не тільки об'єктивними закономірностями інноваційного розвитку держав в умовах глобалізації та європейської міждержавної інтеграції, процесами зближення правових систем сучасності, а й необхідністю врахування та гармонізації у процесі формування вітчизняного конституціоналізму локального-особистісного фактора та різноманітних особистісних та колективних, місцевих, регіональних і державних інтересів, розмаїття історичних, національно-культурних та інших особливостей розвитку територіальних громад як первинної суб'єктної основи муніципальної влади, яка у сучасному світі закономірно визнається основою будь-якого демократичного ладу.

Просторово-географічний чинник також відіграє не останню роль у формуванні муніципального права в зарубіжних країнах. Саме він детермінував нерівномірність здійснення в часі та просторі економічних, соціальних, політичних, правових та інших процесів у цих країнах. Так, дуже чітко просторово-географічний чинник проявився в динаміці розвитку та поширення місцевого самоврядування в невеликій Швейцарії та колосальній за розмірами Російській імперії. Він же наклав відбиток і на розвитку муніципального права у цих та інших зарубіжних країнах.

Усі розглянуті чинники й умови становлення і розвитку муніципального права в сукупності утворюють те повноцінне суспільно-політичне та соціально-економічне середовище, у якому тільки й може реалізуватися це право. Врахування цих та інших чинників дозволить осмислити як історичне значення муніципального права, так і зрозуміти його місце і роль у процесах глобалізації та міжнародної міждержавної інтеграції.

Резюме

Батанов О. В. Проблеми становлення і розвитку муніципального права: основні чинники та суспільно-політичні умови.

Стаття присвячена дослідженню основних чинників формування муніципального права. Виділено основні сутнісні та змістовні, об'єктивні та суб'єктивні, внутрішні та зовнішні аспекти розвитку сучасного муніципального права. Визначено місце муніципального права та інститутів локальної демократії в окремих європейських державах, європейському континенті в цілому та загальноцивілізаційному значенні з точки зору формування українського, європейського та світового конституціоналізму, процесів демократизації, глобалізації та європейської міждержавної інтеграції.

Ключові слова: муніципальне право, місцеве самоврядування, сучасний муніципалізм, муніципальна влада, муніципальні права особи, децентралізація, централізація.

Резюме

Батанов А. В. Проблемы становления и развития муниципального права: основные факторы и общественно-политические условия.

Статья посвящена исследованию основных причин формирования муниципального права. Выделены основные сущностные и содержательные, объективные и субъективные, внутренние и внешние аспекты развития современного муниципального права. Показано место муниципального права и институтов локальной демократии в отдельных европейских государствах, европейском континенте в целом и общецивилизационном значении с точки зрения формирования украинского, европейского и мирового конституционализма, процессов демократизации, глобализации и европейской межгосударственной интеграции.

Ключевые слова: муниципальное право, местное самоуправление, современный муниципализм, муниципальная власть, муниципальные права личности, децентрализация, централизация.

Summary

Batanov O. Problems of formation and development of municipal law: the main factors and the socio-political conditions.

The article investigates the main reasons for the formation of municipal law. The basic essential and meaningful, objective and subjective, internal and external aspects of modern municipal law. The value of municipal law and institutes of local democracy is shown in the separate European states, European continent on the whole and general civilization value from the point of view of forming Ukrainian, European and world constitutionalism, processes of democratization, globalization and European intergovernmental integration.

Key words: municipal law, local self-government, modern municipalism, municipal power, municipal human rights, decentralization, centralization.

Отримано 14.04.2014

П. А. РУДИК

Петро Андрійович Рудик, доктор історичних наук, професор Національного університету харчових технологій

ПРЕВЕНТИВНИЙ КОНТРОЛЬ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ ЩОДО ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО ОСНОВНОГО ЗАКОНУ ДЕРЖАВИ

Превентивний (попередній) конституційний контроль набув застосування у багатьох країнах світу. Він передбачає, що правовий акт перевіряється щодо відповідності конституції до набрання ним юридичної сили. Такий контроль прийнятий у Франції, Естонії, Південно-Африканській Республіці, Португалії, Румунії, Угорщині та інших країнах¹. В Україні він запроваджений після прийняття в 1996 р. Основного Закону.

Проблематика попереднього конституційного контролю в Україні щодо внесення змін до Основного Закону держави досліджується лише частково в окремих працях вчених Національної академії правових наук України, Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Інституту законодавства Верховної Ради України, вищих навчальних закладів та суддів Конституційного Суду України тощо². Ця наукова проблема ще не вивчається. У статті робиться спроба комплексно її дослідити в 1999–2002 роки.

Положення про превентивний (попередній) конституційний контроль зафіксовані в Конституції України (ст. 159) та Законі України «Про Конституційний Суд України» (п. 5ст. 13)³. Відповідно до Основного Закону держави Конституційний Суд України має право давати висновки на законопроекти про внесення змін до Конституції України. На це поряд з іншим і спрямована діяльність єдиного органу конституційної юрисдикції. Таким чином цей орган через прийняття висновків брав і бере безпосередню участь у здійсненні попереднього конституційного контролю щодо внесення змін до Основного Закону України.

У цій статті зупинимося на аналізі положень не кожного висновку Конституційного Суду України на законопроекти про внесення змін до Основного Закону держави (він надав уже 24 висновки), а на тих із них, що надані на початку його діяльності і стосуються не однієї, а низки статей Конституції України та ролі в цьому Конституційного Суду України, який у подальшому спирався на свої попередні висновки й рішення.

Зокрема, у висновку від 14 березня 2001 р. № 1-в/2001 на парламентський опозиційний до тодішнього Президента України Л. Д. Кучми законопроект від 1 липня 1999 р. про внесення змін до ст. ст. 84, 85, 89, 92, 93, 94, 106, 147, 150, 151 та п. 6 розділу XV «Перехідні положення» Основного Закону держави Конституційний Суд України вказав на потребу серйозного і кваліфікованого доопрацювання цього законопроекту. Це стосувалося пропонуваніх змін, які регламентували б організацію і порядок роботи органів Верховної Ради України, засади законодавчої діяльності та основні вимоги до закону, статус, організацію і порядок діяльності Рахункової палати та Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини законами України (п. 21 ст. 92), передбачали б дотримання Президентом України термінів застосування вето щодо прийнятих Верховною Радою України законів (ч. 2 ст. 94; п. 30 ст. 106), функцій Конституційного Суду України шляхом ухвалення ним не лише рішень, а й висновків з питань, передбачених Конституцією України (ст. 150) та ін.⁴ Враховуючи зауваження Конституційного Суду України, Верховна Рада України цей законопроект на своє планетарне засідання не виносила, а його положення народні депутати використовували в подальшій роботі.

Єдиний орган конституційної юрисдикції дав висновки на законопроекти про внесення змін до Конституції України за результатами українського референдуму 16 квітня 2000 р., подані Президентом України Л. Д. Кучмою і опозиційними до нього народними депутатами (висновок від 27 червня 2000 р. № 1-в/2000 у справі про внесення змін до ст. ст. 76, 80, 90, 106 Конституції України (на президентський законопроект); висновок від 11 липня 2000 р. № 2-в/2000 у справі про внесення змін до Конституції України за ініціативою народних депутатів України). Пропозиції з внесення змін до Конституції України, подані народними депутатами, виходили за рамки питань, поставлених на референдумі. Президентський законопроект передбачав: дострокове припинення повноважень Верховної Ради України Президентом України, у разі: якщо народні депутати будуть не в змозі протягом одного місяця сформувавши парламентську більшість або протягом трьох місяців прийняти бюджет (ст. 90); вилучення з Конституції норми про можливість без згоди парламенту притягти до кримінальної відповідальності, затримати чи заарештувати народних депутатів (ст. 80); зменшення складу Верховної Ради з 450 до 300 народних депутатів (ст. 76); формування двопалатного парламенту в Україні.

Парламентський законопроект передбачав внесення змін і доповнень крім ст. ст. 76, 80, 90, 106 Конституції, пропонуваніх президентським законопроектом, також і до ст. ст. 75, 76, 79, 80, 84, 85, 93, 94, 96, 97, 98, 109, 111, 113, 114, 115, 116, 122, 150 та інших. У них пропонувалося крім запровадження в Україні двопалатного парламенту передбачити перерозподіл повноважень між Верховною Радою України і Президентом України та змінити статус Кабінету Міністрів України⁵.

Положення висновків Конституційного Суду України на зазначені вище законопроекти, а також на парламентський законопроект від 1 грудня 2000 р. про припинення повноважень народного депутата у разі його виходу із фракції партії чи блоку партій Верховної Ради України, обраного за виборчими списками даних партій чи блоків (висновок від 4 липня 2001 р. № 2-в/2001 у справі про внесення змін до ст. 81 Конституції України; суддя-доповідач В. І. Іващенко), були враховані народними депутатами у новому законопроекті «Про внесення змін і доповнень до Конституції України» від 23 лютого 2001 року.

Цей законопроект мав певну своєрідність. Так, окрім положень попередніх законопроектів у ньому передбачалася низка нових пропозицій, а саме: утворення парламентської (депутатської) більшості і формування нею складу уряду (ст. 82); розширення повноважень Верховної Ради України (надання нею згоди не лише на призначення Президентом України Прем'єр-міністра України, а й на його звільнення (п. 12 ч. 1 ст. 85), призначення на посаду і звільнення з посади Генерального прокурора України (п. 25 ч. 1 ст. 85), затвердження нею персонального складу уряду, деяких керівників центральних органів виконавчої влади (п. 12 ч. 1 ст. 85); пропорційне обрання керівників органів парламенту відповідно до представництва в ньому політичних сил (нова ст. 89¹); зменшення кількості народних депутатів з трьох четвертих до двох третіх від конституційного складу парламенту, які могли б прийняти рішення про усунення Президента України з поста в порядку імпичменту (ст. 111); у разі дострокового припинення повноважень Президента України покладання виконання його обов'язків не на Прем'єр-міністра України, а на голову Верховної Ради України (ст. 112); відповідальність уряду уже перед парламентом (ст. 113) та складання своїх повноважень перед новообраною Верховною Радою України (ст. 115); розширення повноважень уряду у вирішенні кадрових питань в органах виконавчої влади (ст. 116, ст. 118) тощо⁶.

Конституційний Суд України проаналізував даний законопроект (суддя-доповідач В. І. Іващенко). У своєму висновку від 16 жовтня 2002 р. № 1-в/2002 у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності проекту Закону України «Про внесення змін і доповнень до Конституції України» вимогам ст. ст. 157 і 158 Конституції України (щодо внесення змін до ст. ст. 81, 82, 85, 87, 89, 90, 94, 97, 98, 106, 111, 112, 113, 114, 115, 118, 122 Конституції України та доповнення її ст. 89¹) Конституційний Суд України зазначив про неоднозначне ставлення до пропонованих змін і доповнень до Основного Закону держави з боку тодішніх Президента України та Кабінету Міністрів України. Якщо народні депутати України зазначені зміни та доповнення обґрунтовували необхідністю більш «чіткого розподілу обов'язків гілок влади», посилення взаємозв'язку та взаємної відповідальності між Верховною Радою України і Кабінетом Міністрів України і звільнення Президента України від виконання певних обов'язків, які, на їх думку, були «причиною зайвих напружень у відносинах між гілками влади», то Президент України у листі до Конституційного Суду України більшість положень даного законопроекту вважав такими, що не відповідали вимогам ст. ст. 157 і 158 Конституції України, а Кабінет Міністрів України також у листі до Конституційного Суду України вказував, що запропоновані законопроектом зміни і доповнення до Основного Закону держави зводяться в основному до надання парламенту та уряду України повноважень, які за Конституцією України здійснює Президент України. Це може призвести до розбалансування передбаченого Конституцією України механізму рівноваги між органами законодавчої, виконавчої та судової влади⁷.

З огляду на це варто зауважити, що аналіз положень зазначеного законопроекту Конституційний Суд України здійснював на основі принципів верховенства права і незалежності та виходив із правових позицій, визначених у своїх попередніх висновках щодо внесення змін і доповнень до Конституції України. Так, розглядаючи пропоновані зміни до ст. 81, які передбачали можливість дострокового, відповідно до закону, припинення повноважень народного депутата України, обраного за виборчим списком політичної партії (блоку партій), у разі його виходу з парламентської фракції цієї партії (блоку партій), Конституційний Суд України спирався на положення свого висновку від 4 липня 2001 р. № 2-в/2001 у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України» вимогам ст. ст. 157 і 158 Конституції України (справа про внесення змін до ст. 81 Конституції України). Він дійшов висновку, що зазначені зміни відповідали вимогам ст. 157 Основного Закону держави: вони не скасовували і не обмежували прав і свобод людини і громадянина, зокрема гарантованих Конституцією України прав на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань (ч. 1 ст. 34); вільне волевиявлення під час виборів (ч. 2 ст. 71); право на свободу об'єднання у політичні партії та громадські організації для здійснення й захисту своїх прав і свобод та задоволення політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів. Далі Конституційний Суд України зазначив, що політичні партії в Україні сприяють формуванню і вираженню політичної волі громадян, беруть участь у виборах, в тому числі до Верховної Ради України (ч. 1, 2 ст. 36 Конституції). Запропоновані зміни також не обмежували прав і свобод народного депутата України як людини й громадянина, оскільки вони пов'язані тільки з його соціальним статусом, що впливає з характеру повноважень, покладених на народного депутата України у зв'язку з виконанням ним державних функцій. Отже, запропоновані законопроектом зміни до ст. 81 Основного Закону держави не передбачали скасування чи обмеження прав та свобод людини і громадянина, в тому числі – громадян України, не були спрямовані на ліквідацію незалежності чи на порушення територіальної цілісності України⁸.

Щодо змін, які пропонувалися зі створенням парламентської (депутатської) більшості та її відповідальності за формування державної політики, а також надання гарантій для опозиції (ст. 82, нова ст. 89¹), Конституційний Суд України виходив із правової позиції, визначеної у своєму висновку від 27 червня 2000 р.

№ 1-в/2000 у справі про надання висновку щодо відповідності законопроекту «Про внесення змін до Конституції України за результатами всеукраїнського референдуму за народною ініціативою» вимогам ст. 157 і 158 Конституції України (справа про внесення змін до ст. ст. 76, 80, 90, 106 Конституції України), що утворення парламентської (депутатської) більшості зі складу Верховної Ради України за умови надання гарантій для парламентської меншості не скасовувало і не обмежувало прав та свобод людини і громадянина та не було спрямовано на ліквідацію незалежності чи на порушення територіальної цілісності України⁹.

Такою ж була правова позиція Конституційного Суду України і щодо п. 16 законопроекту про внесення змін до ст. 98 Основного Закону держави, згідно з якими пропонувалося розширення повноваження Рахункової палати Верховної Ради України, а саме, щоб вона здійснювала контроль не лише за використанням, а й за надходженням коштів до Державного бюджету України. Тут Конституційний Суд України виходив із правової позиції, визначеної у висновку від 25 березня 1999 р. №1-в/99 та від 21 грудня 2000 р. № 4-в/2000 (справи за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності проекту Закону України «Про внесення змін до статті 98 Конституції України» вимогам ст. ст. 157 і 158 Конституції)¹⁰.

Спираючись на положення даних висновків, Конституційний Суд України констатував, що зміни до ст. 98 Основного Закону держави, які передбачали розширення повноважень Рахункової палати шляхом надання їй функцій контролю за формуванням прибуткової частини Державного бюджету України, відповідають вимогам ст. 157 Конституції України як такі, що не передбачали скасування чи обмеження прав та свобод людини і громадянина та не були спрямовані на ліквідацію незалежності або на порушення територіальної цілісності України. Єдиний орган конституційної юрисдикції дійшов висновку, що ст. 98 Конституції України можна викласти в такій редакції: «Контроль за надходженням та використанням коштів Державного бюджету України від імені Верховної Ради України здійснює Рахункова палата України»¹¹.

Конституційний Суд України встановив у законопроекті зміни і доповнення, які стосувалися зміни порядку формування Кабінету Міністрів України, призначення на посади і припинення повноважень окремих членів Кабінету Міністрів та інших посадових осіб, взаємовідносин Кабінету Міністрів України з Верховною Радою України і Президентом України, зміни обсягу повноважень парламенту, Президента й уряду України.

Так, замість чинного повноваження Верховної Ради України надавати згоду на призначення Президентом України Прем'єр-міністра України (п. 12 ч. 1 ст. 85 Конституції) законопроектом пропонувалося значно розширити повноваження парламенту у формуванні уряду: давати згоду Верховної Ради України не лише на призначення Прем'єр-міністра України на посаду Президентом України, а й на його звільнення з посади; затверджувати персональний склад Кабінету Міністрів України за поданням Прем'єр-міністра України; затверджувати кандидатури на вакантну посаду члена Кабінету Міністра України за поданням Прем'єр-міністра України (доповнення до п. 12 ч. 1 ст. 85 Конституції – п. 3 законопроекту), надання згоди на призначення на посади та звільнення з посад Президентом України окремих інших посадових осіб (доповнення до п. 24 ч. 1 ст. 85, п. 14 ч. 1 ст. 106 Конституції – п. 6, 21 законопроекту), висловлення Верховною Радою України недовіри не лише в цілому Кабінету Міністрів України, а й будь-якому із його членів або будь-якій іншій посадовій особі, яка мала призначатися за згодою парламенту (доповнення до ч. 1 ст. 87 Конституції – п. 8, 9 законопроекту).

Законопроект пропонував змінити взаємовідносини між Кабінетом Міністрів України, Верховною Радою України та Президентом України, а саме: замість чинного конституційного положення, що Кабінет Міністрів України відповідальний перед Президентом України та підконтрольний і підзвітний Верховній Раді України у межах, передбачених у ст. ст. 85, 87 Конституції України (ч. 2 ст. 113 Конституції), пропонувалося положення, що Кабінет Міністрів України відповідальний уже не перед Президентом України, а перед Верховною Радою України і підзвітний їй у межах, передбачених Конституцією України (п. 26 законопроекту). Водночас законопроектом передбачалося скасування у Президента України повноважень «призначати за поданням Прем'єр-міністра України членів Кабінету Міністрів України, керівників інших центральних органів виконавчої влади» (п. 10 ч. 1 ст. 106 Конституції), передавши їх Верховній Раді України (п. 3, 19 законопроекту).

Наділяючи парламент України такими повноваженнями, автори законопроекту, на нашу думку, намагалися якоюсь мірою встановити баланс повноважень між Верховною Радою України і Президентом України щодо правового статусу Кабінету Міністрів України. Зокрема, законопроект розширював повноваження Президента України щодо дострокового припинення повноважень Верховної Ради України в контексті діяльності Кабінету Міністрів України. У законопроекті передбачалося доповнити ч. 2 ст. 90 Конституції України положенням про дострокове припинення повноважень парламенту у разі якщо впродовж шістдесяті днів після складання повноважень (відставки) Кабінету Міністрів України Верховна Рада України не затвердила новий склад Кабінету Міністрів України (п. 12, 17 законопроекту).

Законопроект пропонував внесення змін до Конституції України у взаємовідносинах між Кабінетом Міністрів України і органами виконавчої влади, передусім місцевими державними адміністраціями. Так, законопроектом передбачалося скасування чинного повноваження у Президента України призначати за поданням Прем'єр-міністра України голів місцевих державних адміністрацій та припиняти їхні повноваження на цих посадах (п. 10 ч. 1 ст. 106, ч. 4 ст. 118 Конституції) та закріплення його за Кабінетом Міністрів України: «Голови місцевих державних адміністрацій призначаються на посаду і звільнення з посади Кабінетом Міністрів України за поданням Прем'єр-міністра України» (п. 19, 35 законопроекту). Тепер від-

повідно до пропонуваного повноваження Кабінету Міністрів України голови місцевих адміністрацій мали бути відповідальними не перед Президентом України, а перед урядом, підзвітні і підконтрольні органам виконавчої влади вищого рівня, їхні рішення могли скасовуватися Кабінетом Міністрів України, якщо вони суперечили законодавству України, Кабінет Міністрів України міг приймати рішення про їх відставку, якщо недовіру голові районної чи обласної державної адміністрації висловили не менш як дві третини депутатів від складу відповідної ради (п. п. 36, 37, 38, 39 законопроекту)¹².

Заслугове схвалення систематизація деяких змін і доповнень, здійснена єдиним органом конституційної юрисдикції. Згідно з нею пропонувалися такі зміни:

- до повноважень парламенту України віднести призначення чи обрання на посади, звільнення з посад, надання згоди на призначення і звільнення з посад осіб не лише у випадках, передбачених Основним Законом України (п. 15 ч. 1 ст. 85 Конституції), а й законами України (п. 4 законопроекту);

- позбавлення Президента України права участі у призначенні на посади та припинення повноважень членів Центральної виборчої комісії України (зміна положення п. 21 ч. 1 ст. 85 Конституції – п. 5 законопроекту);

- наділення Верховної Ради України повноваженнями звільняти з посади Генерального прокурора України та позбавлення такого повноваження Президента України (п. 25 ч. 1 ст. 85, п. 11 ч. 1 ст. 106, ч. 1 ст. 122 Конституції – п. 7, 20, 40 законопроекту);

- доповнення частини третьої ст. 94 Конституції таким положенням: «Якщо Президент України протягом встановленого строку не повернув закон для повторного розгляду, не підписав його і не оприлюднив, закон вважається схвалений, офіційно оприлюднюється і набуває чинності за підписом Голови Верховної ради України» (п. 13 законопроекту);

- у ч. 4 ст. 94 Конституції зменшувалася кількості голосів народних депутатів України, необхідних для подолання накладеного Президентом України вето на схвалений Верховною Радою України закон, з конституційної більшості (не менш як дві третини народних депутатів від її конституційного складу) до визначеної більшості під час повторного розгляду закону – не менше як двісті п'ятдесят народних депутатів України (п. 14 законопроекту);

- покладення на Кабінет Міністрів України обов'язку опублікування звіту про виконання Державного бюджету України (доповнення до ч. 2 ст. 97 Конституції – п. 15 законопроекту);

- для ініціювання процедури усунення з поста Президента України в порядку імпічменту визначалася і така підстава, як порушення ним присяги (доповнення до ч. 1 ст. 111 Конституції України – п. 23 законопроекту), пропонувалося зменшення кількості народних депутатів України, яка була б достатньою для прийняття Верховною Радою України рішення про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту, з трьох четвертих конституційного складу парламенту України до його двох третин (зміни до ч. 6 ст. 111 Конституції – п. 24 законопроекту);

- до ст. 112 Конституції України пропонувалося внести такі зміни: у разі дострокового припинення повноважень Президента України виконання обов'язків Президента України на період до обрання і вступу на пост нового Президента України покладається на Голову Верховної Ради України, а у разі неможливості ним виконувати ці обов'язки – на Прем'єр-міністра України (п. 25 законопроекту) тощо.

Ці зміни та доповнення згідно з висновком Конституційного Суду України відповідали конституційним вимогам, тобто не передбачали скасування або обмеження прав та свобод людини і громадянина, не були спрямовані на ліквідацію незалежності чи на порушення територіальної цілісності України. Такий позитивний висновок єдиного органу конституційної юрисдикції стосувався передусім пропонованих змін, викладених у законопроекті до ст. ст. 85, 87, 90, 94, 97, 106, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118, 122 Конституції України¹³.

Проте аналітичний підхід Конституційного Суду України до поглибленого вивчення пропонованих змін до Основного Закону держави виявив і такі положення, що потребували й доопрацювання. Зокрема, у законопроекті пропонувалося комітетам Верховної Ради України окрім чинного повноваження, що вони «здійснюють законопроектну роботу, готують і попередньо розглядають питання, віднесені до повноважень Верховної Ради України» (ч. 2 ст. 89 Конституції), надати ще й повноваження здійснювати «контроль за виконанням законів і постанов Верховної Ради України органами державної влади та органами місцевого самоврядування, їхніми посадовими особами» (п. 10 законопроекту)¹⁴.

Висловлюючи застереження щодо зазначеного доповнення, Конституційний Суд України послався на свій висновок від 14 березня 2001 р. № 1-в/2001 у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України (статей 84, 85, 89, 92, 93, 94, 106, 147, 150, 151 та пункту 6 розділу XV Конституції України)» вимогам ст. ст. 157 і 158 Конституції України (справа про внесення змін до ст. ст. 84, 85 та інших Конституції України). Єдиний орган конституційної юрисдикції виходив із правової позиції, викладеної у цьому висновку. Суд обґрунтував, що суб'єктом парламентського контролю виступає сама Верховна Рада України (п. 33 ч. 1 ст. 85 Конституції), а не її комітети. Комітети Верховної Ради України беруть участь у здійсненні парламентського контролю лише на стадії підготовки та попереднього розгляду питань, віднесених Конституцією України до сфери парламентського контролю Верховної Ради України. Саме парламенту України, а не його комітетам передбачено Основним Законом держави здійснювати контроль за виконанням Державного бюджету України (п. 4 ч. 1 ст. 85), контроль за діяльністю Кабінету Міністрів України (п. 13 ч. 1 ст. 85), контроль за виконанням позик, одержаних Україною від іноземних держав, банків і міжнародних фінансових організацій, що не передбачені Державним бюджетом України (п. 14 ч. 1 ст. 85), надавати згоду на призначення і звільнення з посад осіб у

випадках, передбачених Конституцією України (п. 15 ч. 1 ст. 85) тощо. Парламентський контроль за додержанням конституційних прав та свобод людини і громадянина здійснює Уповноважений Верховної Ради України з прав людини (ст. 101), а контроль від імені Верховної Ради України за надходженням коштів до Державного бюджету України та їх виконанням здійснює Рахункова палата (ст. 98)¹⁵.

Пропоноване надання комітетам Верховної Ради України повноважень здійснювати контроль за виконанням законів і постанов парламенту України всіма органами державної влади та органами місцевого самоврядування, іншими посадовими особами створювало б можливість здійснення такого контролю з боку комітетів Верховної Ради України не лише за органами виконавчої влади, а й за судами, які згідно з Конституцією України також належать до органів державної влади. Тому проповане доповнення не узгоджується і суперечить таким положенням Конституції України: правосуддя в Україні здійснюється виключно судами (ч. 1 ст. 124), вплив на суддів у будь-який спосіб забороняється (ч. 2 ст. 126), судді при здійсненні правосуддя незалежні і підкоряються лише закону (ч. 1 ст. 129).

З огляду на вищезазначене Конституційний Суд України припинив конституційне провадження у справі щодо проекту Закону України «Про внесення змін і доповнень до Конституції України» № 7091 від 23 лютого 2001 р. в частині, якою пропонувалося: «Частина другу статті 89 доповнити словами: «та здійснюють контроль за виконанням законів і постанов Верховної Ради України органами державної влади та органами місцевого самоврядування, їхніми посадовими особами»¹⁶.

Окрім цього, Конституційний Суд України висловив свої міркування щодо різних випадків припинення повноважень Кабінету Міністрів України та продовження їх неконституційного виконання. Зокрема, у законопроекті передбачалося дострокове припинення повноважень Кабінету Міністрів України у двох випадках: прийняття Верховною Радою України резолюції недовіри Кабінету Міністрів України і прийняття Президентом України відставки Кабінету Міністрів України (ч. 2,6 ст. 115 Конституції – п. 30,32 законопроекту). У таких випадках Кабінет Міністрів України, як передбачено законопроектом, мав би продовжувати виконувати свої повноваження до початку роботи новоствореного Кабінету Міністрів України, але не довше ніж шістьдесят днів.

Водночас законопроект фіксував положення, згідно з яким Кабінет Міністрів України мав складати свої повноваження перед новообраною Верховною Радою України у день її першого сесійного засідання (п. 29 законопроекту). Проте у законопроекті не передбачалася норма про виконання попереднім складом Кабінету Міністрів України своїх повноважень до початку роботи новоствореного Кабінету Міністрів України. З цього випливало, що з дня складання Кабінетом Міністрів України повноважень перед новообраною Верховною Радою України і до дня початку роботи його нового складу Кабінет Міністрів України практично буде відсутній, адже його повноваження на цей період у Конституції не зазначалися. Хоча відповідно до ст. 116 Основного Закону держави на Кабінет Міністрів України покладаються дуже відповідальні повноваження щодо забезпечення суверенітету та економічної самостійності України, здійснення внутрішньої і зовнішньої політики держави, заходів із забезпечення прав і свобод людини і громадянина та ін. (п. 8 висновку)¹⁷.

Проаналізувавши зазначений законопроект, Конституційний Суд України визнав його положення такими, що відповідали вимогам Основного Закону держави, крім доповнення до ч. 2 ст. 89 про те, щоб комітети Верховної Ради України здійснювали контроль за виконанням законів і постанов Верховної Ради України органами державної влади та органами місцевого самоврядування, їхніми посадовими особами. З цього положення єдиний орган конституційної юрисдикції припинив конституційне провадження. Цей законопроект на пленарне засідання Верховної Ради України не виносився і не приймався як закон.

Отже, Конституційний Суд України із самого початку своєї діяльності, ґрунтовно аналізуючи законопроекти про внесення змін до Конституції України, таким чином здійснював превентивний контроль за відповідністю положень законопроектів Основному Закону держави, що сприяло покращенню роботи Верховної Ради України.

¹ Шаповал В. М. Конституційне право зарубіжних країн: Підручник. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 344–345; Конституційне право зарубіжних країн: Навч. посібник / За заг. ред. В. О. Ріяки. – 2-е вид. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – С. 174 та ін.

² Конституція України: науково-практичний коментар / Редкол.: В. Я. Тацій (гол. редкол.), О. В. Петришин (відп. секретар), Ю. Г. Барабаш та ін. – 2-ге вид., перероб. і доп. – Х.: Право, 2011. – С. 1084–1089; Євграфов П. Б. Конституція України: коментар змін (2004–2007): науково-практич. посіб. – К.: Правова єдність, 2007. – С. 63–66, 74–77; Коментар до конституційних змін: науково-популярне видання. – Ін-т законодавства Верховної Ради України, 1996. – С. 344; Рудик П. А. Коментар до конституційних змін: навч. посіб. – 2-ге вид., перероб. та доп. – К.: ЦУЛ, 2009. – С. 72–75, 83–84 та ін.

³ Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року, із змінами і доповненнями, внесеними Законом України «Про відновлення дії окремих положень Конституції України» від 21 лютого 2014 року // ВВР України. – 1996. – № 30. – Ст. 141; Про Конституційний Суд України: Закон України від 16 жовтня 1996 року // ВВР України. – 1996. – № 49. – Ст. 272.

⁴ Вісник Конституційного Суду України. – 2001. – № 2. – С. 4–13.

⁵ Вісник Конституційного Суду України. – 2000. – № 3. – С. 10–23.

⁶ Вісник Конституційного Суду України. – 2002. – № 5. – С. 18–26; Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 2002–2003 / Відп. ред. П. Б. Євграфов. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – С. 7–22.

⁷ Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 2002–2003 / Відп. ред. П. Б. Євграфов. – С. 12.

⁸ Вісник Конституційного Суду України. – 2001. – № 4. – С. 31–34; Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 2002–2003 / Відп. ред. П. Б. Євграфов. – С. 13.

⁹ Вісник Конституційного Суду України. – 2000. – № 3. – С. 13–14; Конституційний Суд України. Рішення. Висновки. 2002–2003 / Відп. ред. П. Б. Євграфов. – С. 13–14.

¹⁰ Вісник Конституційного Суду України. – 2000. – № 3. – С. 13–14; Вісник Конституційного Суду України. – 1999. – № 2. – С. 5–9; 2000. – № 6. – С. 9–11.

¹¹ Конституційний Суд України. Рішення. Висновки. 2002–2003 / Відп. ред. П. Б. Євграфов. – С. 15, 19.

¹² Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року // ВВР України. – 1996. – № 30. – Ст. 141; Конституційний Суд України. Рішення: Висновки. 2002–2003 / Відп. ред. П. Б. Євграфов. – С. 9–12.

¹³ Конституційний Суд України. Рішення: Висновки. 2002–2003 / Відп. ред. П. Б. Євграфов. – С. 15–16.

¹⁴ Там само. – С. 9, 16.

¹⁵ Вісник Конституційного Суду України. – 2001. – № 2. – С. 8–9.

¹⁶ Конституційний Суд України. Рішення: Висновки. 2002–2003 / Відп. ред. П. Б. Євграфов. – С. 16–17, 22.

¹⁷ Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року, із змінами та доповненнями // ВВР України. – 1996. – № 30. – Ст. 141; Конституційний Суд України. Рішення. Висновки. 2002–2003 / Відп. ред. П. Б. Євграфов. – С. 17.

Резюме

Рудик П. А. Превентивний контроль Конституційного Суду України щодо внесення змін до Основного Закону держави.

У статті вперше комплексно досліджується проблема превентивного контролю Конституційним Судом України щодо внесення змін до Основного Закону держави.

Ключові слова: Конституція України, превентивний конституційний контроль, внесення змін.

Резюме

Рудик П. А. Превентивный контроль Конституционного Суда Украины по внесению изменений в Основной Закон государства.

В статье впервые комплексно исследуется проблема превентивного контроля Конституционным Судом Украины относительно внесения изменений в Основной Закон государства.

Ключевые слова: Конституция Украины, превентивный конституционный контроль, внесение изменений.

Summary

Rudyk P. The preventive control of the Constitutional Court of Ukraine concerning the amendments to the Constitution of the State.

The article reveals the problem of complex preventive control by the Constitutional Court of Ukraine regarding to making amendments to the Basic Law of the State for the first time.

Key words: Constitution of Ukraine, preventive constitutional review, the procedure for making amendments.

Отримано 16.04.2014

УДК 342.553(477)(045)

О. В. ЧЕРНЕЦЬКА

Олена Василівна Чернецька, кандидат юридичних наук, доцент, проректор з наукової та науково-педагогічної роботи Київського університету права НАН України

ПРАВА ТА СВОБОДИ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА ЯК ОСНОВА ФУНКЦІОНУВАННЯ ОРГАНІВ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ

*Воля народу повинна бути основою влади уряду...
(Стаття 21 Загальної декларації прав людини)*

Насамперед слід зазначити, що права та свободи людини є складним і багатовимірним явищем. Сучасний світ неможливо уявити без прав людини, які базуються на принципах свободи, рівності та справедливості. Останніми роками, завдячуючи, насамперед, зусиллям певного кола політиків, державних діячів, юристів, правозахисних організацій, тема прав людини та механізмів їх захисту набули загальносуспільного масштабу та політичного значення. Більше того, у будь-якій демократичній та правовій державі, а саме таку конституційну рису України закріплює ст. 1 Конституції України, права та свободи людини і громадянина є найважливішим політико-правовим та соціальним інститутом, мірою розвитку суспільства та нації, а також основою і змістом функціонування органів державної влади та місцевого самоврядування. Саме такий

функціональний підхід до інституту прав і свобод людини, *по-перше*, слугує засобом доступу людини та громадянина до механізму публічної влади та їх інституцій, формам народовладдя, і, *по-друге*, є безперечною умовою удосконалення та незалежності самої особистості.

Права людини – це універсальна цінність, яка дозволяє співставити та виміряти всі важливі явища та події, які відбуваються у суспільстві та державі. Поряд із цим, права людини та громадянина покликані визначати межі свободи політики, політиків та публічної влади. Будь-який політичний вплив, який призводить до порушення прав людини – це посягання на свободу індивіда, оскільки права людини – це не тільки відображення правового досвіду розвитку людства, а й кристалізація його моральних основ, пов'язаних з повагою свободи та автономії індивіда. Принцип пріоритету прав людини по відношенню до держави та обмеження всевладдя держави правами людини набуває особливої актуальності та значення в процесі зростання ролі громадянського суспільства, однієї з ознак якої є активний вплив політичних партій на сучасний процес державо та правотворення в Україні. Адже, історична практика розвитку людства вказує на те, що пріоритет права та прав людини по відношенню до політики існує тільки в умовах демократичних режимів, коли правові норми базуються на універсальному принципі рівності всіх суб'єктів суспільних відносин, включаючи і державу. Виходячи з цього, права та свободи людини і громадянина та реальна можливість їх реалізації повинна стати основою функціонування органів державної влади та місцевого самоврядування. Незважаючи на те, що права та свободи людини та громадянина, які в статті 3 Конституції України набули статусу найвищої соціальної цінності, на сьогодні потребують не лише політичної декларації, а що є на наше глибоке переконання – впровадження юридичного механізму забезпечення їх реалізації та гарантування. Найбільшого значення в цьому сенсі набувають саме юридичні гарантії, як система правових процедур, способів та інститутів, які гарантують реалізацію та захист суб'єктивних прав людини та громадянина. Саме тому, метою статті є дослідження принципу пріоритету прав людини та громадянина по відношенню до держави в особі функціонування органів влади.

Особливістю сучасного стану національного законодавства у сфері прав та свобод людини і громадянина є посилююча тенденція впливу норм міжнародного права.

Відповідно до статті першої Основного Закону, Україна визнається правовою державою, а це, насамперед, встановлює, що правова держава виступає формою обмеження влади правами і свободами людини, як найважливішою протиположністю державної влади. Головний принцип політики держави в галузі забезпечення прав людини і громадянина визначено ст. 3 Конституції України, а саме: «Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави»¹. Сутність конституційної регламентації основних прав і свобод в демократичних суспільствах зводиться не тільки до їх закріплення (декларування), скільки – до їх гарантування. Цілком зрозуміло, що проблема реальності, захищеності та забезпеченості прав і свобод людини і громадянина безпосередньо пов'язана з конкретними особливостями соціально-економічного розвитку регіону, розвитком політичних інститутів, політичної свідомості і активністю жителів конкретної адміністративно-територіальної одиниці.

Чинна Конституція України вперше замість фрагментарного набору прав і свобод визначила їх систему в усіх сферах суспільного життя, передбачивши, зокрема, такі як громадянські, політичні, економічні, соціальні та культурні права і свободи людини і громадянина.

Як показав час, що минув після прийняття Конституції України, перш за все, громадянські та політичні права набули реального наповнення. Так, завдяки їх реалізації скасовано смертну кару в Україні, засновано та функціонують численна кількість політичних партій та громадських організацій, відбулося становлення громадянського суспільства як невід'ємного елемента правової держави, якою і прагне стати Україна.

Конституція України, встановлюючи систему конституційних прав і свобод, передбачає механізм їх забезпечення, охорони, тобто всебічно їх гарантує. Про це свідчить, передусім, система конституційних нормативно-правових гарантій, зокрема, юридичної відповідальності за порушення прав, недопустимість скасування, звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод. Проте, як довели останні події в життєдіяльності української держави та українського народу, такі гарантії власне не виконали свого юридичного призначення. У зв'язку з цим, важливого значення набуває не лише позитивне, законодавче закріплення прав і свобод людини і громадянина, а й запровадження ефективних засобів правового захисту таких прав і свобод у разі їх порушення.

Слід зазначити, що на законодавчому рівні запровадження таких правозахисних механізмів передбачається окремими положеннями Конституції України. Особливо важливим з яких є ст. 55, що гарантує кожному право звернутися за захистом своїх прав та свобод до національних судових органів, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, а також після вичерпання національних засобів захисту – до відповідних міжнародних судових установ чи до міжнародних організацій, членом або учасницею яких є Україна. Тобто додатковою гарантією захисту прав людини є також міжнародні механізми захисту прав, до яких долучилася Україна. Важливим кроком у цьому напрямі стала ратифікація 17 липня 1997 р. Конвенції про захист прав і основних свобод людини 1950 р. Відтепер громадяни України отримали можливість звертатися щодо захисту своїх порушених прав до Європейського суду з прав людини. До того ж, приєднавшись у 1990 році до Факультативного протоколу до Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1966 р., Україна також визнала і компетенцію Комітету ООН з прав людини щодо розгляду індивідуальних скарг громадян України на порушення їх прав та свобод, гарантованих цим пактом. Фактично, в такий спосіб Конституція

України юридично ліквідувала всі нормативні перешкоди на шляху до забезпечення прав і свобод людини і громадянина, проголосивши, що норми Конституції України є нормами прямої дії і що звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується.

Додаткова можливість для обстоювання прав і свобод людини і громадянина та оперативного реагування на будь-які порушення прав з боку органів і посадових осіб держави та місцевого самоврядування з'явилася у зв'язку з законодавчим визначенням, вперше в законодавстві України, обсягу компетенції Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, що здійснює парламентський контроль за дотриманням конституційних прав і свобод людини і громадянина, захист прав кожного на території України і в межах її юрисдикції на постійній основі.

Поряд із цим, слід констатувати, що багато із задекларованих в Конституції України фундаментальних прав і свобод потребують співпраці та активної участі держави, в цілому, та органів публічної влади у забезпеченні їх реалізації та дотримання: а саме, до таких слід віднести право на участь в управлінні державними справами, у всеукраїнському та місцевих референдумах, право на справедливий судовий розгляд, право на освіту, працю, охорону здоров'я тощо. Особливої актуальності це набуває за умов, коли держава в сучасному суспільстві володіє монополією на репрезентацію та захист публічних інтересів, тому що виступає від імені всього суспільства та діє на благо останнього. Однак, будь-яке монопольне становище призводить до свавілля та різноманітних зловживань, і все це може відбуватися під прикриттям забезпечення пріоритету загальносуспільних інтересів, що призводить до звуження, а то й нехтування правами і свободами людини. І саме для того, щоб запобігти такому свавіллю з боку держави має бути встановлений ефективний контроль з боку суспільства. Держава має перебувати під постійним контролем суспільства, правовою основою якого має бути Конституція як Основний Закон для держави і суспільна, угода як особливий юридичний акт всього суспільства.

І тому, виходячи із змісту ч. 3 ст. 8 Конституції України «Норми Конституції України є нормами прямої дії. Звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується»², яка, в цілому, встановлює найвищу юридичну силу та пряму їх дію, за таких умов конституційні права і свободи людини і громадянина виступають обов'язком для забезпечення та гарантування всією системою органів публічної влади. У такому випадку, постає проблема у подальшому правовому розвитку впровадження механізму забезпечення конституційних прав і свобод. І саме тому, припис цієї конституційної норми повинен стати основою для подальшого закріплення у другому розділі Конституції України норми, за якою права і свободи людини і громадянина визначали б сутність, зміст і прийняття нормативно-правових актів, а також спрямовували б діяльність органів законодавчої, виконавчої та судової влади та органів місцевого самоврядування. Інше питання, що необхідні закони не приймаються або вже існуючі правові положення, в дійсності, замість подальшого розвитку конституційних прав і свобод роблять їх застосування неможливим. Наприклад, відсутність законодавства щодо проведення місцевих референдумів тощо.

Більше того, права індивіда повинні бути захищені від свавільних дій влади незалежно від того, за згодою чи без згоди громадян ця влада здійснюється. Права і свободи кожної окремої людини одночасно є і виправданням для державної влади, і межами її виконання. У якості вимог, які людина або громадянин може пред'явити органам держави, ці основні права і свободи, що належать кожному, хто вступає у стосунки з державною владою, дозволяють зберегти ці межі. При цьому держава повинна діяти у відповідності до засад верховенства права і справедливості³.

Оскільки, для сучасного стану державно-правової дійсності характерним є підготовка нового проекту Конституції України, то внесення змін до другого розділу Конституції України «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина» має базуватися на загальноновизнаній системі цінностей та пов'язаних з ними уявлень, поглядів та принципів про місце та роль прав людини в суспільстві та державі.

Знову ж таки, слід наголосити на тому, що відповідно до ч. 2 та 3 ст. 22 Конституції України «Конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані. При прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод»⁴. Положення цієї конституційної норми мають надзвичайно важливе правове значення, але при цьому виходячи із сучасних тенденцій міжнародного співробітництва, потребують більш широкого гарантування відповідно до загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права.

Слід зазначити, що реальне становище з дотриманням прав і свобод людини і громадянина значною мірою залежить від освіченості, розвиненості самоповаги та самосвідомості громадян, їх готовності ці права мати, реалізовувати та захищати від будь-яких протиправних дій, то доводиться констатувати, що в українському суспільстві такий потенціал поки що залишається недостатнім. Однак, суспільний попит на вдосконалення законодавства про права і свободи людини, обізнаність з відповідними нормами починає зростати.

Конституційно-правовий статус людини, особи, громадянина повинен базуватися на синтезованій концепції індивіда, яка об'єднує основні права та обов'язки у всіх вимірах та проявах, а також у взаємозв'язку особистість – держава – суспільство. Це переконує, що проблема реалізації, забезпечення та гарантування прав і свобод людини і громадянина в Україні на сучасному етапі посідає центральне місце в механізмі реалізації конституційно-правових норм. В країнах розвинутої демократії права і свободи людини є необхідною умовою реалізації принципу верховенства права, конституційності та законності.

Таким чином, вважаємо, що мета удосконалення Конституції України в частині прав і свобод людини і громадянина має зводитися до наступного. *По-перше*, принцип пріоритету прав людини та громадянина по відношенню до держави має бути первинним, фундаментальним, визначальним та системоутворюючим фактором правової держави. Правова держава (а такою декларує Україну ст. 1 Конституції України) повинна забезпечувати в суспільстві компроміс, який базується на здоровому глузді, а права і свободи людини мають забезпечити автономію індивіда по відношенню до держави. Розвиток та функціонування правової держави можливий лише в суспільстві, в якому існує згода громадян відносно основних принципів устрою суспільства та стратегії і цілей його розвитку. *По-друге*, необхідність реального забезпечення на конституційному рівні принципу пріоритету прав людини по відношенню до держави та обмеження всевладдя держави правами людини, тобто за умови зростання ролі громадянського суспільства, конституційно-правові норми в частині прав і свобод людини і громадянина мають базуватися на універсальному принципі рівності всіх суб'єктів суспільних відносин, включаючи і державу.

І тому, внесення змін до Конституції України в частині прав і свобод людини і громадянина в кінцевому результаті має забезпечити, зокрема, цілісність та основоположність Конституції України для правотворчої та правозастосовчої практики в контексті загальних напрямків конституційно-правового регулювання.

Права людини є невід'ємною частиною культури нації, вищим проявом морально-правових ідеалів людства. Серед духовних цінностей сучасного світу вони посідають чільне місце. Саме права людини стають важливим показником розвитку держав, зорієнтованих на демократичні цінності, скріплюючи всі системи життєзабезпечення людської спільноти, виступають важливим фактором стратегії світового стабільного розвитку⁵.

¹ Конституція України від 28.06.96 р. // ВВР. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

² Конституція України від 28.06.96 р. // ВВР. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

³ Конституційна держава та права людини й основоположні свободи: Україна та європейський досвід: Монографія / Автор. кол. Ващук О. М., Мазурок І. О., Навроцький В. В., Савчин М. В. (керівник автор. кол.), Трачук П. А. – Ужгород: Видавництво «Мистецька Лінія», 2008. – С. 10.

⁴ Конституція України від 28.06.96 р. // ВВР. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

⁵ Головастикова А. Н. Права человека: учебник. – М.: Эксмо, 2006. – С. 21.

Резюме

Чернецька О. В. Права та свободи людини і громадянина як основа функціонування органів публічної влади.

У статті автор висвітлює конституційні права та свободи людини і громадянина як політико-правовий та соціальний інститут, який має бути основою та змістом функціонування всієї системи публічної влади. Акцентується увага на необхідності удосконалення Конституції України в частині прав та свобод людини і громадянина, а саме шляхом закріплення принципу пріоритету прав людини по відношенню до держави. Конституційно-правові норми в частині прав і свобод людини та громадянина мають базуватися на універсальному принципі рівності всіх суб'єктів суспільних відносин, включаючи і державу. Адже, права людини – це така універсальна цінність, яка дозволяє співставити та виміряти всі важливі явища та події, які відбуваються у суспільстві та державі.

Ключові слова: права і свободи, державні органи, Конституція України.

Резюме

Чернецкая Е. В. Права та свободи человека и гражданина как основа функционирования органов публичной власти.

В статье автор анализирует конституционные права та свободы человека и гражданина как политико-правовой и социальный институт, который должен быть основанием и содержанием всей системы публичной власти. Акцентируется внимание на необходимости усовершенствования Конституции Украины в части прав и свобод человека и гражданина через закрепление принципа приоритета прав человека по отношению к государству. Конституционно-правовые нормы в части прав и свобод человека и гражданина должны базироваться на универсальном принципе равенности всех субъектов общественных отношений, включая и государство. Поскольку, права человека – это такая универсальная ценность, которая позволяет сопоставить и соизмерить все важные процессы, которые происходят в обществе и государстве.

Ключевые слова: права и свободы, государственные органы, Конституция Украины.

Summary

Chernetska O. Human and Civil Rights and Freedoms as the Public Authorities Bodies Functioning.

The article highlights constitutional human and civil rights and freedoms as a political, legal and social institute, which have to be the basis and content of the public authorities system functioning. The author focuses on the necessity of improving the Constitution of Ukraine concerning human and civil rights and freedoms, particularly by fixing the human rights priority principle related to the state. The constitutional and legal norms concerning human and civil rights and freedoms must be based on the universal principle of all public relations subjects equality, including the state. So, human rights are a universal value, enabling to juxtapose and measure all important phenomena and events, occurring both in the society and the state.

Key words: rights and freedoms, public authorities, the Constitution of Ukraine.

Отримано 14.04.2014

В. М. КРАВЧУК

Володимир Миколайович Кравчук, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Східноєвропейського національного університету імені Лесі Українки МОН України

**НОРМАТИВНО-ПРАВОВІ ГАРАНТІЇ ДІЯЛЬНОСТІ СУДДІВ В УКРАЇНІ:
ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА**

Підвищення ролі суду в державі значною мірою залежить від ефективної роботи суддів та належного виконання ними своїх обов'язків. Ефективне виконання суддями своїх повноважень забезпечується наявністю системи гарантій суддівської діяльності.

Слід зазначити, що в юридичній літературі вже розглядалося питання щодо визначення гарантій незалежності суддів, але воно й надалі є досить дискусійним. Відповідно до узагальненої класифікації на основі критерію територіальної спрямованості гарантії діяльності суддів поділяються на міжнародно-правові та внутрішньодержавні, які у свою чергу поділяються на загальносоціальні та спеціально-юридичні (нормативно-правові та організаційно-правові). З цієї позиції малодослідженим залишаються саме нормативно-правові гарантії діяльності суддів. Вони виступають важливою умовою реалізації суддями своїх функцій та повноважень.

Дослідження нормативно-правових гарантій діяльності суб'єктів конституційно-правових відносин у будь-який час розвитку та становлення конституційно-правової доктрини не втрачали своєї актуальності та становили доволі високий відсоток від загального обсягу теоретичних напрацювань у цій сфері. У цьому блоці наукових питань особлива увага приділяється нормативно-правовим гарантіям прав і свобод людини та громадянина (В. Андрейцев, М. Баймуратов, Т. Заворотченко, В. Кампо, В. Копейчиков, О. Костюченко, В. Котюк, В. Кравченко, М. Малишко, П. Мартиненко, М. Орзіх, А. Олійник, В. Погорілко, П. Рабінович, Ю. Римаренко, В. Селіванов, О. Скакун, О. Скрипнюк, В. Тацій, Ю. Тодика, В. Федоренко, О. Фрицький, В. Шаповал, Ю. Шемшученко та інші). У поле наукового пошуку вчених-юристів потрапляли нормативно-правові гарантії діяльності різних суб'єктів конституційно-правових відносин: народних депутатів України (Н. Григоров, А. Кожевников, Ю. Коломієць, О. Радченко та ін.), Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини (О. Марцеляк та ін.), Президента України (О. Ярмиш та ін.), місцевого самоврядування (Г. Абасов, О. Батанов, П. Біленчук, О. Бориславська, В. Кравченко, О. Кутафін, В. Погорілко, О. Фрицький, І. Щebetун та ін.), депутатів місцевих рад (О. Чернецька та ін.) тощо. Однак, на жаль, лише в деяких працях приділялась увага проблематиці, пов'язаній з нормативно-правовими гарантіями діяльності суддів (В. Єгорова, О. Намясенко, В. Федоренко).

У конституційно-правовій доктрині відсутнє загальновизнане поняття нормативно-правових гарантій діяльності суддів та уніфіковані засади класифікації таких гарантій.

Наведене вище зумовлює мету статті – крізь призму узагальненого аналізу наукової юридичної літератури запропонувати загальну концепцію нормативно-правових гарантій діяльності суддів в Україні та авторський варіант дефініції «нормативно-правові гарантії діяльності суддів».

Гарантії, які забезпечують конституційно-правовий статус суддів і організаційно-правовий механізм їх діяльності, впливають із відповідних норм Конституції України і Закону України «Про судоустрій і статус суддів».

Гарантування суддівської діяльності необхідно сприймати як обов'язок держави в особі органів державної влади, посадових осіб не тільки не перешкоджати законній діяльності, а й правовими, економічними та іншими засобами захищати сферу діяльності суддів.

Конституція України містить ряд положень, які в загальній формі закріплюють правові, політичні, економічні, соціальні та інші гарантії діяльності суддів. Зокрема ст. 126 закріплює, що незалежність і недоторканність суддів гарантуються Конституцією і законами України. Вплив на суддів у будь-який спосіб забороняється.

Як справедливо зазначається в спеціальній юридичній літературі, для того щоб суддя міг неупереджено вирішувати справи, він повинен мати відповідні гарантії своєї діяльності¹.

У працях українських вчених містяться окремі положення щодо гарантій діяльності суддів, зроблено спроби їх систематизації. Зокрема, В. Л. Федоренко під гарантіями діяльності суддів розуміє систему загальних і спеціально-правових способів та засобів забезпечення здійснення суддею встановлених Конституцією й законами України завдань, функцій і повноважень². В. С. Єгорова під гарантіями діяльності суддів судів загальної юрисдикції розглядає сукупність об'єктивних та суб'єктивних чинників, спрямованих на практичну реалізацію їх прав та обов'язків, на усунення можливих перешкод їх неналежного здійснення³. Однак

проблема гарантій діяльності суддів потребує ґрунтовного системного вивчення, оскільки від них залежить ефективність здійснення судьями своїх функцій та повноважень і функціонування судової влади в цілому.

Перш ніж перейти до безпосереднього аналізу нормативно-правових гарантій діяльності суддів, вважаємо за доцільне провести певну аналогію між ними та гарантіями прав і свобод людини та громадянина.

Безумовно, права і свободи людини та громадянина, а також їх гарантії були, є і залишатимуться пріоритетним напрямом наукових досліджень, адже недаремно ч. 2 ст. 3 Конституції України проголошує, що права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, а утвердження прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Однак варто визнати й те, що громадяни України можуть перебувати у різних спеціальних правових статусах (виборці, народні депутати, державні службовці, судді тощо). При цьому вони виконують конкретні функції держави, здійснюючи свою діяльність через виконання відповідних повноважень (реалізацію прав та виконання обов'язків), чітко передбачених чинним законодавством України. Тому гарантії прав і свобод людини та громадянина є загальною категорією щодо гарантій діяльності суддів і в даному контексті можуть розглядатись як взаємопов'язані поняття. У спеціальній юридичній літературі гарантії прав і свобод людини та громадянина за сферою дії поділяють на міжнародно-правові (планетарні) гарантії, гарантії в рамках регіональних міжнародних співтовариств та внутрішньодержавні гарантії⁴. Останні в свою чергу прийнято поділяти на загальносоціальні (економічні, соціальні, політичні, ідеологічні (духовні) гарантії та спеціальні юридичні⁵. Спеціальні юридичні гарантії в конституційному праві більшість вчених-конституціоналістів поділяють на нормативно-правові і організаційно-правові⁶. Вважаємо вищевказану класифікацію гарантій прав і свобод людини та громадянина абсолютно прийнятною для класифікації гарантій діяльності суддів в Україні, оскільки діяльність суддів по суті є їх активністю, сукупністю дій, спрямованих на реалізацію своїх повноважень, прав та обов'язків.

У енциклопедичній юридичній літературі зазначається, що пріоритетним видом юридичних гарантій прав і свобод людини та громадянина є нормативно-правові гарантії, які становлять систему норм щодо реалізації прав людини і громадянина: норми-принципи, юридична відповідальність, юридичні обов'язки, процесуальні норми⁷.

Зокрема, В. Л. Федоренко нормативно-правові гарантії основних прав і свобод людини і громадянина представляє системою норм конституційного права, що встановлюють та закріплюють основні права і свободи, визначають принципи й шляхи їх реалізації. Нормативні гарантії знаходять своє об'єктивне відображення в системі чинного законодавства України у сфері прав і свобод людини і громадянина, а саме – в Конституції України, законах України та підзаконних нормативно-правових актах⁸. На думку О. В. Совгирі та Н. Г. Шукліної, нормативно-правові гарантії конституційних прав та свобод людини і громадянина – це сукупність правових норм, за допомогою яких забезпечуються реалізація прав і свобод особистості, порядок їх охорони та захисту⁹. Т. М. Заворотченко уточнює, що нормативно-правові гарантії як об'єктивне право включають матеріальні норми-принципи, обов'язки держави, органів державної влади, місцевого самоврядування та їх посадових осіб, юридичну відповідальність і процесуальні норми¹⁰, передбачені Конституцією держави, законами, підзаконними актами і міжнародно-правовими договорами.

Узагальнюючи вищевказані підходи до розуміння нормативно-правових гарантій прав і свобод людини та громадянина, вважаємо за можливе визначити нормативно-правові гарантії діяльності суддів як сукупність взаємопов'язаних норм права, які утворюють єдину правову базу для ефективної реалізації функцій та повноважень, тобто цілісний правовий механізм діяльності (реалізації прав і виконання обов'язків) суддів.

Нормативно-правові гарантії діяльності суддів за ієрархією та сферою дії можна класифікувати на загально-правові (конституційно-правові) та інституційні (галузеві). До загально-правових (конституційно-правових) гарантій діяльності суддів варто віднести: норми-принципи, обов'язки, юридичну відповідальність та процесуальні гарантії.

Першочерговим видом загально-правових (конституційно-правових) гарантій діяльності суддів є норми-принципи, зокрема ті, які забезпечують права суддів (ст.ст. 21, 22, 57–64 Конституції) насамперед щодо невідчужуваності, непорушності, невичерпності, рівності, необмежуваності конституційних прав суддів, принципу неприпустимості зворотної дії закону або нормативно-правового акта в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи тощо¹¹.

У теорії права нормами-принципами визнаються найбільш загальні і стабільні імперативні вимоги, закріплені в праві, які є концентрованим виразом найважливіших сутнісних рис та цінностей, що притаманні цій системі права, і визначають її характер та напрями подальшого розвитку. Нормами-засадами визнаються норми, що закріплюють загальні засади, на яких ґрунтуються політична і правова системи¹². Подібним є розуміння норм-засад і норм-принципів у інших авторів. Відповідно, норми-засади – це правові приписи, які закріплюють засади конституційного порядку держави, основи соціально-економічного, політичного та державного життя, взаємовідносини держави і особи, форми власності тощо, а норми-принципи – це правові приписи, які виражають і закріплюють принципи права¹³. Тож у національному законодавстві допускається ототожнення та взаємозаміна таких термінів, як «принцип» та «засада»¹⁴.

Для ілюстрування норм-принципів у контексті досліджуваної проблеми варто навести норми Конституції України (наприклад, згадувана ст. 126 про те, що незалежність і недоторканність суддів гарантуються Конституцією і законами України). Водночас ст. 125 Конституції України, яка зазначає, що система судів загальної юрисдикції в Україні будується за принципами територіальності і спеціалізації, може розглядатись одночасно і як норма-засада, і як норма-принцип.

Юридичні обов'язки, поряд з нормами-принципами, виступають необхідним компонентом загально-правових (конституційно-правових) гарантій діяльності суддів, без яких неможливі збалансована судова система, ефективне здійснення правосуддя та процесуальна діяльність суддів. Взаємозв'язок прав і обов'язків утворює урівноважений суспільний стан, режим найбільшого сприяння для повсякденної життєдіяльності суддів.

Обов'язки суддів визначені ч. 4 ст. 54 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», а саме: 1) своєчасно, справедливо та безсторонньо розглядати і вирішувати судові справи відповідно до закону з дотриманням засад і правил судочинства; 2) дотримуватися правил суддівської етики; 3) виявляти повагу до учасників процесу; 4) додержуватися присяги судді; 5) не розголошувати відомості, які становлять таємницю, що охороняється законом, в тому числі і таємницю нарадчої кімнати і закритого судового засідання; 6) дотримуватися вимог щодо несумісності; 7) подавати щорічно не пізніше 1 травня до Державної судової адміністрації України для оприлюднення на офіційному веб-сайті судової влади, ведення якого забезпечує Державна судова адміністрація України, копію декларації про майновий стан і доходи (податкової декларації), поданої до органу державної податкової служби за своєю податковою адресою¹⁵.

До загальноправових (конституційно-правових) гарантій діяльності суддів належить також юридична відповідальність. Конституційно-правова відповідальність передбачає настання несприятливих наслідків для суб'єктів конституційно-правових відносин (у тому числі й суддів) у випадках порушення ними вимог, які містяться в нормах Конституції України та інших джерелах конституційного права.

Відповідно до ч. 2 ст. 19 Конституції України органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією України. Згідно зі ст. 68 Основного Закону кожен зобов'язаний неухильно додержуватися Конституції України та законів України, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей. З наведених конституційних положень, що встановлюють обов'язок держави, органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб додержуватися Конституції та Законів України випливає висновок про наявність відповідної конституційно-правової відповідальності суддів.

Зважаючи на таку властивість статусу судді, як недоторканність, що передбачена ст. 48 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», суддя не може бути без згоди Верховної Ради України затриманий чи заарештований до винесення судом обвинувального вироку. Суддя, затриманий за підозрою у вчиненні діяння, за яке встановлена кримінальна чи адміністративна відповідальність, повинен бути негайно звільнений після з'ясування його особи. Як бачимо, суддя може бути притягнутий до кримінальної та адміністративної відповідальності лише за чітко визначених законодавством умов. Крім того, суддя може бути притягнутий і до дисциплінарної відповідальності, що досить детально урегульовано шостим розділом Закону України «Про судоустрій і статус суддів», ст. 83 якого встановлено, що суддю може бути притягнуто до дисциплінарної відповідальності у порядку дисциплінарного провадження з таких підстав:

1) істотні порушення норм процесуального права при здійсненні правосуддя, пов'язані, зокрема, з відмовою у доступі особи до правосуддя з підстав, не передбачених законом, порушення вимог щодо розподілу та реєстрації справ у суді, правил підсудності чи підвідомчості, необґрунтоване вжиття заходів забезпечення позову;

2) невиконання суддею заходів щодо розгляду заяви, скарги чи справи протягом строку, встановленого законом;

3) порушення вимог щодо неупередженого розгляду справи, зокрема порушення правил щодо відводу (самовідводу);

4) систематичне або грубе одноразове порушення правил суддівської етики, що підриває авторитет правосуддя;

5) розголошення таємниці, що охороняється законом, в тому числі таємниці нарадчої кімнати або таємниці, яка стала відомою судді під час розгляду справи у закритому судовому засіданні;

6) неподання або несвоєчасне подання для оприлюднення декларації про майновий стан і доходи (податкової декларації), зазначення в ній завідомо неправдивих відомостей¹⁶.

Загальноправовими (конституційно-правовими) гарантіями діяльності суддів виступають також процесуальні гарантії, що у спеціальній юридичній літературі визначаються як встановлені законом правові засоби забезпечення належної реалізації матеріальних норм, досягнення цілей та завдань процесуальної діяльності¹⁷.

Процесуальні гарантії діяльності суддів – це передбачена Конституцією та конституційним законодавством система умов і засобів організаційно-процедурного характеру, які регламентують порядок, форми й методи реалізації суддівських повноважень.

Наступну групу нормативно-правових гарантій діяльності суддів становлять інституційні (галузеві). Інституційні (галузеві) гарантії виступають сукупністю взаємопов'язаних норм різних галузей та інститутів права, які утворюють єдину правову базу для ефективної реалізації функцій та повноважень, тобто цілісний правовий механізм діяльності (реалізації прав та виконання обов'язків) суддів. З огляду на обсяг правових норм, що можуть бути визнані як інституційні (галузеві) гарантії діяльності суддів, вважаємо за доцільне зробити його предметом наступних наукових досліджень. У межах мети даної статті варто наголосити, що інституційні (галузеві) гарантії діяльності суддів можуть бути класифіковані за різноманітними критеріями, як-то: за методом правового регулювання, за колом суб'єктів, залежно від часу дії, за територією дії, залежно від характеру правових норм тощо.

Таким чином, Конституція України, визнавши та гарантувавши принцип поділу державної влади на законодавчу, виконавчу й судову, закріпила відповідні нормативно-правові гарантії різних рівнів для повноцінного функціонування судової влади в цілому та суддів як виключних суб'єктів здійснення правосуддя зокрема.

Отже, на підставі вищевикладеного можна зробити висновок, що нормативно-правові гарантії діяльності суддів – це сукупність взаємопов'язаних норм права, які утворюють єдину правову базу для ефективної реалізації функцій і повноважень, тобто цілісний правовий механізм, який забезпечує реалізацію прав та обов'язків суддів. За своєю правовою природою нормативно-правові гарантії поділяються на дві групи: 1) загальні (конституційно-правові) – закріплені в нормах-принципах, нормах права, які встановлюють юридичні права та обов'язки суддів, в процесуальних нормах, а також нормах, які передбачають юридичну відповідальність); 2) інституційні, що виступають сукупністю взаємопов'язаних норм різних галузей та інститутів права, які утворюють єдину правову базу для ефективної реалізації функцій та повноважень, тобто цілісний правовий механізм діяльності (реалізації прав та виконання обов'язків) суддів.

Таким чином, сенс і призначення нормативно-правових гарантій діяльності суддів полягає у створенні та забезпеченні суддям необхідних умов здійснення ними правосуддя.

¹ Конституційне право України : підручник для студентів вищих навчальних закладів / За ред. Ю. М. Тодики та В. С. Журавського. – К. : Право, 2008. – С. 350; Конституційне право України : підруч. для студ. вищ. навч. закл. / За ред. В. П. Колісника та Ю. Г. Барабаша. – Х. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2002. – С. 452.

² *Погорілко В. Ф., Федоренко В. Л.* Конституційне право України : підручник / За заг. ред. В. Л. Федоренка. – 4-те вид., перероб. і доопр. – К. : Видавництво Ліра-К, 2012. – С. 501.

³ *Єгорова В. С.* Конституційно-правовий статус суддів судів загальної юрисдикції: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / Єгорова Валентина Сергіївна; НАН України, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2008. – С. 12.

⁴ *Крестовська Н. М., Матвєєва Л. Г.* Теорія держави і права: Елементарний курс. Видання друге. – Х.: ТОВ «Одісей», 2008. – С. 139.

⁵ *Скакун О. Ф.* Теорія права і держави : підручник / Скакун О. Ф. – К.: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2010. – С. 73–74.

⁶ *Погорілко В. Ф., Федоренко В. Л.* Конституційне право України : підручник / За заг. ред. В. Л. Федоренка. – 4-те вид., перероб. і доопр. – К. : Видавництво Ліра-К, 2012. – С. 274.

⁷ Юридична енциклопедія: В 6-ти т. / [гол. редкол.: Ю. С. Шемшученко] – К.: Укр. енцикл., 1998–2002. – Т. 1: А–Г. – 1998. – С. 554.

⁸ *Погорілко В. Ф., Федоренко В. Л.* Конституційне право України : підручник / За заг. ред. В. Л. Федоренка. – 4-те вид., перероб. і доопр. – К. : Видавництво Ліра-К, 2012. – С. 274.

⁹ *Совгиря О. В., Шукліна Н. Г.* Конституційне право України. Повний курс : навч. посіб. / О. В. Совгиря, Н. Г. Шукліна. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К. : Юрінком Інтер, 2012. – С. 183.

¹⁰ *Заворотченко Т. М.* Система конституційно-правових гарантій прав і свобод людини і громадянина в Україні / Т. М. Заворотченко // Право України. – 2002. – № 5. – С. 110–116.

¹¹ Юридична енциклопедія: В 6-ти т. / [гол. редкол.: Ю. С. Шемшученко] – К.: Укр. енцикл., 1998–2002. – Т. 1: А–Г. – 1998. – С. 554.

¹² Загальна теорія держави і права: (Підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів) / М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, Л. Л. Рогачова та ін.; За ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. – Х.: Право, 2010. – С. 240.

¹³ *Крестовська Н. М., Матвєєва Л. Г.* Теорія держави і права: Елементарний курс. Видання друге. – Х.: ТОВ «Одісей», 2008. – С. 207.

¹⁴ *Юхимюк О.* Особливості викладу принципів права у національному законодавстві // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія: Юридичні науки. – Вип. 6. – Т. 1. – Херсон, 2013. – С. 12–15.

¹⁵ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 07.07.2010 р., з наступними змінами та доповненнями // Офіційний вісник України. – 2010. – № 55/1. – Ст. 1900.

¹⁶ Там само.

¹⁷ Юридична енциклопедія: В 6-ти т. / [гол. редкол.: Ю. С. Шемшученко] – К.: Укр. енцикл., 1998–2002. – Т. 5: П–С. – 2003. – С. 188.

Резюме

Кравчук В. М. Нормативно-правові гарантії діяльності суддів в Україні: загальна характеристика.

У статті визначаються загальні положення нормативно-правових гарантій діяльності суддів та їх сутнісні характеристики. Автором сформульовано дефініцію «нормативно-правові гарантії діяльності суддів», її зміст та класифікацію. Нормативно-правові гарантії діяльності суддів є одним із основних елементів конституційно-правового статусу судді.

Ключові слова: гарантії діяльності суддів, конституційні гарантії, конституційно-правовий статус, нормативно-правові гарантії, суддя.

Резюме

Кравчук В. Н. Нормативно-правовые гарантии деятельности судей в Украине: общая характеристика.

В статье определяются общие положения нормативно-правовых гарантий деятельности судей и их существенные характеристики. Автором сформулирована дефиниция «нормативно-правовые гарантии деятельности судей», ее содержание и классификация. Нормативно-правовые гарантии деятельности судей являются одним из основных элементов конституционно-правового статуса судьи.

Ключевые слова: гарантии деятельности судьи, конституционные гарантии, конституционно-правовой статус, нормативно-правовые гарантии, судья.

Summary

Kravchuk V. Normatively-legal guarantees of activity of judges in Ukraine: general description.

In the article the generals of normatively-legal guarantees of activity of judges are determined and their essential descriptions. An author is set forth definition "normatively-legal guarantees of activity of judges", her maintenance and classification. Normatively-legal guarantees of activity of judges are one of basic elements of constitutionally-legal status of judge.

Key words: guarantees of activity of judges, constitutional guarantees, constitutionally-legal status, normatively-legal guarantees, judge.

Отримано 11.04.2014

УДК 342.7+347.61 (477)

І. Д. СОФІНСЬКА

Ірина Дмитрівна Софінська, кандидат юридичних наук, доцент Львівського національного університету імені Івана Франка

ПРАВО НА ІМ'Я В УКРАЇНІ: КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ

Право на ім'я в Україні є невід'ємним та невідчужуваним, належить до особистих немайнових прав і потребує встановлення чітких, логічних та виважених критеріїв правового (конституційного, цивільного, сімейного і адміністративного) регулювання реєстрації імені дитини, керуючись не лише здоровим глуздом батьків, а й конкретними рекомендаціями держави.

Дослідивши та проаналізувавши доступну літературу з антропонастики, насамперед українських учених (серед них Л. Белей, Н. Дзятківська, В. Ірклієвський, Г. Лозко, З. Ромовська, Л. Скрипник, Р. Стефанчук, І. Трійняк, П. Чучка), ми можемо з упевненістю стверджувати, що питання про критерії вибору власного імені дитини є актуальним і дуже важливим з огляду на прогресуючу глобалізацію та розвиток транскордонного співробітництва в Європі.

Основною метою запропонованої статті стала спроба з'ясувати основні правові критерії вибору власного імені дитини, провести аналіз законодавчих ініціатив щодо врегулювання питання визначення імені дитини, а також проаналізувати випадки, коли держава на законодавчому рівні чітко обумовлює іменний репертуар для вибору власного імені дитини та використовує певні обмеження щодо його державної реєстрації з метою збереження власної національної ідентичності.

Конституційність правового регулювання права на ім'я є присутнім у конституціях багатьох держав світу, зокрема Австрії (ст. 10 (7)), Ефіопії (ст. 36 (1в)), Ірландії (ст. 40 (3.2)), Італії (ст. 22), Норвегії (ст. 6 (4)), Португалії (ст. 26 (1)), Угорщини (ст. 29 (1)) тощо.

Розглядаючи антропонастику під правовим кутом зору, насамперед, варто наголосити на тому, що право на ім'я належить до особистих немайнових прав, яке проголошено у ст. 7 Конвенції ООН про права дитини від 20 листопада 1989 р., ратифікованої Україною 27 лютого 1991 р., а також у ст. 294 чинного Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 р., де закріплено право фізичної особи на ім'я. Як наголошує професор З. Ромовська, зміст права людини на ім'я складається насамперед з таких елементів, як:

- право бути названою;
- право називатися іншими так само, як нарекли батьки;
- противитися будь-яким спробам переінакшити надане батьками ім'я;
- право на звернення до відповідних органів із заявою про зміну наданого батьками імені¹.

Проаналізувавши основні дослідження з антропонастики українських вчених, переконані, що іменний репертуар в Україні потребує законодавчого закріплення у вигляді «каталогу імен», що дає підставу розмірковувати про чітке визначення загальних критеріїв вибору власних імен немовлят та підстав їхньої подальшої державної реєстрації в Україні.

На даний час у нас в країні не існує законодавчо закріпленого «каталогу імен», з якого можна і потрібно вибирати ім'я для немовляти, як це є в Аргентині, де в законодавстві чітко передбачено підстави відмови у реєстрації імені новонародженої дитини (імена екстравагантні, смішні, всупереч звичаям; ті, які відображають політичні чи ідеологічні течії або якщо вони можуть викликати непорозуміння щодо статі дитини тощо)². Також не знаходимо роз'яснень чи коментарів вчених-фахівців до даних положень Сімейного кодексу України 2002 р. (далі – СК України), як це є в Іспанії, де на законодавчому рівні розписано питання щодо реєстрації імен та запропоновано зміни до законодавства з огляду на еволюцію протягом останніх тридцяти років³.

В Україні, незважаючи на те, що на даний час ми не можемо скаржитися на «бідність іменного репертуару», вибір імені немовляти є юридично вільним і повністю залежить від волі батьків⁴. Як вважає Л. Белей,

у такій ситуації держава «несвідомо перебрала на батьків клопоти та всю відповідальність щодо якісного складу українського реєстру імен»⁵.

Також у нормах чинного СК України немає спеціального застереження, яке ім'я не варто давати немовляті. Отже, в Україні не існує жодної цензури на імена, а це означає, що тепер все «в руках батьків»: як вони скажуть (напишуть), так і зареєструють, незалежно від того, правильно чи з помилкою – тому й з'являється безліч дітей з помилково записаними іменами. Цікавим на цю тему може бути рішення Європейського суду з прав людини у справі *Guillot v. France* № 52/1995/558/644 від 24 жовтня 1996 р., коли відповідні державні органи Франції відмовилися зареєструвати ім'я дитини Фльор де Марі (Fleur de Marie) і запропонували замінити його на Фльор-Марі (Fleur-Marie), оскільки бажаний батьками варіант імені є іменем літературного персонажа новели Ежена Сю «Паризькі таємниці» 1843 р. і не відповідає правилам написання та реєстрації імен у Франції.

Також варто зазначити, що будь-які мотиви вибору власного імені дитини повинні враховувати декілька загальних рекомендацій:

- бажано, щоб ім'я не було співзвучним із загальними назвами (побутовим поняттям, назвою продукту або якщо воно має виразну негативну оцінку);
- бажано, щоб ім'я гармонійно поєднувалося із прізвиськом дитини;
- ім'я не повинно збігатися із прізвиськом;
- не бажано, щоб ім'я та прізвисько римувалися;
- не бажано називати дівчат іншомовними іменами, які закінчуються на приголосну букву (Адель, Анабель, Мішель, Ніколь тощо).

Однак слід зауважити, що в українському іменному репертуарі давно присутнє ім'я Любов, яке зараз не дуже популярне і використовується винятково на підставі релігійного мотиву та сімейних традицій.

На даний час в Україні існують лише певні загальні норми, які під час реєстрації імені немовляти вимагають максимально можливого врахування його інтересів (ч. 8 ст. 7 СК України), розумності (ч. 9 ст. 7 СК України) та враховують сучасні моральні засади суспільства. Також, зазвичай, існують певні звичасві обмеження у виборі імені немовляти, оскільки не варто називати дітей однієї статі однаковими іменами чи називати немовля іменем раніше померлої дитини тощо.

Узгоджуючи власні суб'єктивні бажання, уявлення, претензії та амбіції зі здоровим глуздом і добрим смаком, з реальним становищем новонародженої дитини, з її майбутнім, з передбачуваними особливостями та обставинами, батьки вибирають своїй новонародженій дитині долю. Свідомо чи несвідомо. Зазвичай, своїм походженням власні імена дітей завдячують естетичним чи політичним вподобанням батьків; міфології, релігії та історії; назвам рослин, тварин, річок, озер та гір, міст чи країн, а також рисам характеру людини, її зовнішності чи професії⁶. У минулому в іменах немовлят могли відобразитися бажані людські риси; час та пора року, коли дитина народилася; віра в магічну силу імені, спільного із назвою рослини, тварини тощо. Однак на даний час батьки немовляти вибирають та дають імена своїм дітям насамперед на підставі сімейних традицій, популярності, мовно-культурних особливостей місця народження дитини чи походження її батьків, їхніх релігійних переконань.

Іншими суттєвими, проте інколи цілком контрверсійними, мотивами вибору власного імені дитини є традиція і мода. Традиція може бути різною. На переконання І. Трійняка, це і національна, територіальна, і сімейна, заснована на особливостях кожної сім'ї, кожної родини⁷. Такий мотив вибору власного імені дитини, як мода на нові чи давні імена, зазвичай, відбувається під впливом внутрішніх мовних тенденцій та зовнішніх соціально-естетичних факторів. Тому й з'являються імена на честь політичних переконань та уподобань батьків; їхнього бажання назвати дитину сучасним, престижним іменем та водночас увіковічнити пісні та співаків, кінофільми і їх героїв, літературні твори та їх персонажів, міфічні істоти, спортивні клуби й спортсменів тощо⁸.

Однак мода щодо вибору власного імені дитини не завжди є повсюдною. Як стверджує професор П. Чучка, у кожній місцевості є авторитетні та неавторитетні імена, які з'являються на підставі місцевих особливостей. Мода на імена також змінюється і в часі, і в просторі⁹. Найбільшим досягненням та водночас найсерйознішою загрозою для збереження національної самобутності є популяризація іншомовних імен чи їх варіантів, чому, на думку Л. Белея, сприяє декілька чинників: по-перше, сприйняття імені як «модного аксесуару» завдяки його незвичній екстравагантності чи уявній соціальній респектабельності та, по-друге, запозичення іншомовних імен чи їх варіантів, що не проходять жодної експертизи та цензури¹⁰.

Часто основними мотивами, які в наш час визначають обрання імен для немовлят, є: родинна та релігійна традиція; вшанування видатних осіб; милозвучність імені. Без сумніву, цей перелік можна продовжити. Водночас, як свідчить професор П. Чучка, «найменувач (тобто батьки немовляти) не є абсолютно вільним при виборі імені», оскільки він не може обрати за ім'я будь-який знак¹¹. З такою тезою залюбки можна було б погодитися, зважаючи на ситуацію з реєстрацією імен у багатьох державах Європи та світу.

Відповідно до повідомлень інформаційної агенції ВВС, в Австралії, Аргентині, Данії, Іспанії, Німеччині, Новій Зеландії, Португалії, Угорщині існує список імен, на законодавчому рівні зареєстрований та щорічно оновлюваний, з яким консультуються відповідні державні органи під час реєстрації народження дитини. Зокрема, в Австралії та Об'єднаному Королівстві не може бути зареєстрованим ім'я дитини, яке: є непристойним або образливим, не є популярним чи не вживається, оскільки занадто довге (складним для написання), написане не англійськими буквами або містить символи без фонетичної значущості (вигук або

знак питання), суперечить суспільним інтересам (є схожим на назву юридичної особи чи торгової марки), містить офіційний титул або звання, визнане в Австралії (король, дама, батько, сер або адмірал).

Також в Італії не можуть бути зареєстровані дивні та ганебні імена. Зокрема, за повідомленням газети «La Repubblica» у грудні 2007 р. суд заборонив зареєструвати хлопчика з іменем П'ятниця (Venerdì), на зразок персонажа твору Данієля Дефо «Робінзон Крузо», мотивуючи своє рішення тим, що таке ім'я буде перешкодою для його «спокійних міжособистісних стосунків» і перетворить хлопчика на «посміховисько» для його однолітків. У Швеції не можуть бути зареєстровані імена, якщо вони можуть виражати образу або викликати дискомфорт для дитини, або імена, які з певних очевидних причин не підходять в якості першого імені (ст. 34 Закону)¹².

У США вибір імені дитини залежить цілком і повністю від батьків (на підставі положень 1-ої та 14-ої поправок до Конституції США 1787 р.). Однак все ж таки існує декілька обмежень, встановлення яких беззаперечно залежить від влади окремого штату. Історія обов'язкової державної реєстрації імен у США сягає кінця XIX – початку XX століть. Йдеться насамперед про Массачусетс (1844 р.), Іллінойс (1877 р.), Нью-Йорк (1880 р.), Огайо (1908 р.), Пенсільванію (1906 р.), Флориду (1899 р.). У реєстрації імені може бути відмовлено, оскільки у деяких штатах існує обмеження на кількість букв в імені (Айова, Массачусетс); в інших – на використання цифр, ідеограм та піктограм як імен (Нью-Джерсі); в частині штатів заборонено вживати непристойні імена (Небраска, Нью-Джерсі) або діакритичні (надрядкові чи підрядкові) знаки при буквах в іншомовних іменах, які вказують на правильну вимову імені (Каліфорнія, Канзас, Массачусетс, Нью-Гемпшир); а в решті штатів взагалі немає окремого закону про це (Кентуккі) чи законодавчих обмежень (Делавер, Меріленд, Монтана)¹³.

У Китаї заборонено використовувати імена на підставі латинського правопису, у вигляді цифр чи інших не китайських символів (справа про комп'ютерний знак @). Дозволено використовувати винятково китайські символи, однак лише ті, які є у комп'ютерному варіанті, а це – понад 32 тисячі знаків. Немає обмежень щодо кількості символів в імені, однак типові китайські імена складаються з 2–3, інколи 4 символів.

В Україні відповідно до ст. 144 СК України в редакції від 4 серпня 2013 р. «батьки зобов'язані невідкладно, але не пізніше одного місяця від дня народження дитини, зареєструвати народження дитини в органі ДРАЦС з одночасним визначенням її походження і присвоєнням прізвища та імені», яке на підставі ч. 1 ст. 146 цього ж Кодексу визначається за згодою батьків дитини¹⁴. Зазвичай нарікання іменем дитини відбувається на підставі наступної ч. 2 ст. 146 цього ж Кодексу, де сказано, що «дитині може бути дано не більше двох імен, якщо інше не впливає із звичаю національної меншини, до якої належать мати і (або) батько».

Перший «нюанс» стосується положення, що «дитині може бути дано не більше двох імен». Тут завідомо виникають дві проблеми: перша стосується подвійних імен, які юридично ніде не зафіксовані, але фактично стають щороку більш популярними, а друга – власне «двох імен», які часто-густо підміняють одним, але подвійним іменем (тобто тим, яке пишеться через дефіс). Що ж до першої проблеми, то подвійні імена є ознакою багатоетнічності, багатокультурності та багаторелігійності регіонів України, їх історичної спадкоємності.

Подвійні імена – абсолютно не новина для України, оскільки фактично використання подвійних імен стало відомим явищем з часів запровадження християнства, коли до основного старослов'янського чи варязького імені додатково додавалися християнські імена. А починаючи з XVII ст. на західних теренах України (зокрема, у Львові) посилюється мода на багатоіменність, яка прийшла з Німеччини. Основним правилом, законодавчо закріпленим у Європі, та наразі лише логічно зрозумілим в Україні є те, що перше ім'я серед складових частин подвійного імені повинне відображати стать немовляти, а вибір другого залишається на розсуд батьків.

До важливих чинників, які, без сумніву, впливали колись і на даний час відіграють велику роль з огляду на реєстрацію подвійних імен в Україні, варто віднести, по-перше, «прив'язку» до церковного календаря і, по-друге, сімейну традицію (згідно з даними Головного управління статистики у Львівській області протягом 2008–2014 рр. на теренах Львівщини серед подвійних імен найбільш популярним виявилось жіноче ім'я Анна-Марія). Питання реєстрації та статистики подвійних імен складне і чітко не врегульоване у законодавстві: перше ускладнення стосується правильного правопису подвійних імен, а друге – коректної статистики подвійного імені, як єдиного і самостійного, а не «розірвання» його складових імен та зарахування кожного з них окремо. Саме тому, переконані, що правила реєстрації подвійних імен дитини є актуальним питанням державного регулювання. Вони мають бути чітко викладені на законодавчому рівні з метою уникнення конфліктів між батьками та державою.

Друга проблема, яка стосується можливості нарікання дитини власне «двома іменами», полягає у тому, що зазвичай їх часто-густо підміняють одним, але подвійним іменем (тобто тим, яке пишеться через дефіс). Кількість реєстрацій в Україні дітей з двома іменами, громадян України, зростає, хоч і не так стрімко, як кількість зареєстрованих подвійних імен.

Щодо другого «нюансу», то відповідно до ст. 3 чинного Закону України «Про національні меншини в Україні» № 2494-ХІІ від 25 червня 1992 р. «до національних меншин належать групи громадян України, які не є українцями за національністю, виявляють почуття національного самоусвідомлення та спільності між собою». Згідно із ст. 12 цього ж закону «кожний громадянин України має право на національні прізвище, ім'я та по батькові», а ст. 11 ратифікованої Україною Рамкової конвенції Ради Європи «Про захист національних меншин» від 1 лютого 1995 р. передбачає, що «сторони (держави-підписанти) зобов'язуються визнавати за

кожною особою, яка належить до національної меншини, право використовувати своє прізвище (по батькові) та ім'я мовою меншини, а також право на їхнє офіційне визнання, відповідно до умов, передбачених у їхніх правових системах».

Продовжуючи з'ясування особливості визначення приналежності до національної меншини відповідно до вищезгаданої Конвенції, М. Алмаші зауважує, що «національні меншини – це особи, які є громадянами цієї держави, не належать до титульної національної спільноти чи корінних народів цієї держави і ідентифікують себе як представники певної національної меншини»¹⁵. Для України досі титульними національними спільнотами чи корінними народами вважаються власне українці та кримські татари. Навіть незважаючи на сучасні політичні події та на те, що Конституція Автономної Республіки Крим, прийнята Верховною Радою України 21 жовтня 1998 р., по-перше, не визнає кримських татар корінним народом України, а відтак, по-друге, ні Курултай (Національні збори кримських татар), ні Меджліс кримськотатарського народу не є соборними представницькими органами кримськотатарського народу¹⁶.

Як очевидний варіант удосконалення чинного законодавства, що регулює питання визначення імені дитини, 14 січня 2014 р. до Верховної Ради України народними депутатами України VII скликання (В. Мисиком, А. Палатним та Е. Тедеєвим), як суб'єктами права законодавчої ініціативи, був внесений проект Закону № 3881 про внесення змін до ст. 146 Сімейного кодексу України (щодо визначення імені дитини). Згідно із запропонованими змінами до ч. 2 ст. 146 СК України, «дитині не може бути дано ім'я, що складається з назв неживих предметів, вигаданих персонажів, географічних назв, флори та фауни, титулів, хвороб, одночасним поєднанням букв, символів або (та) цифр, аббревіатур».

У принципі така законодавча ініціатива щодо визначення «небажаних» імен може вважатися похвальною та актуальною з огляду на вищезгадану світову практику регулювання державою іменного репертуару (шляхом створення каталогу імен) як в Австралії, Данії, Ісландії чи Новій Зеландії, однак породжує багато додаткових запитань та колізій, які без ефективного тлумачення можуть залишитися без відповіді.

Аналіз конституційно-правового регулювання реєстрації особових імен дає всі підстави зробити висновок, що особове ім'я людини – це юридично зафіксована власна назва, засіб словесної індивідуалізації та легалізації особи у суспільстві та в державі. Переконані, що для державної реєстрації власного імені дитини важливі як мотиви, так і чіткі, логічні й виважені критерії, які повинні бути передбачені на законодавчому рівні та покликані стати основною підставою національної ідентифікації українців у світі.

¹ Ромовська З. В. Українське сімейне право: Академічний курс / З. В. Ромовська. – К.: Правова єдність, 2009. – С. 339.

² Ley 18248 Poder Ejecutivo Nacional (P.E.N.) Registro de Estado Civil – Nombre de Las Personas – Establece Las Normas Sobre Inscripcion de Nombres de Las Personas Naturales. Nuevas normas para la inscripción de nombres de las personas naturales [Texto actualizado hasta julio 2010, Ley 26.618 inclusive] [Електронний ресурс] // Сайт законодавства Аргентини – Режим доступу: http://www.puntoprofesional.com/P/0650/LEY_18248.HTM – Дата доступу: 3.01.2014.

³ Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos [Електронний ресурс] // Сайт офіційного вісника Королівства Іспанії – Режим доступу: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1999/21569 – Дата доступу: 04.01.2014.

⁴ Чучка П. П. Антропонімія Закарпаття / П. П. Чучка. – Ужгород: 2008. – С. 73.

⁵ Белей Л. Ім'я дитини в українській родині / Л. Белей. – Х.: Фоліо, 2011. – С. 5.

⁶ Софінська І. Ілюстрований словник імен / І. Софінська. – Л.: Каменярь, 2008. – С. 3.

⁷ Трійняк І. І. Словник українських імен / І. І. Трійняк. – К.: Довіра, 2005. – С. 7.

⁸ Белей Л. Українські імена колись і тепер / Л. Белей. Серія «Likbez-абетка». – К.: Темпора, 2010. – С. 88.

⁹ Чучка П. П. Вказана праця. – С. 81.

¹⁰ Белей Л. Ім'я дитини в українській родині / Л. Белей. – Х.: Фоліо, 2011. – С. 50.

¹¹ Чучка П. П. Вказана праця. – С. 72.

¹² Namnlag (1982:670) [Електронний ресурс] // Сайт законодавства Швеції – Режим доступу: <http://www.notisum.se/rnp/sls/lag/19820670.htm#P34> – Дата доступу: 03.01.2014.

¹³ Larson Carlton F.W. Naming Baby: The Constitutional Dimensions of Naming Rights // George Washington Law Review, 2011. – Volume 80. – Number 1. – P. 159–201.

¹⁴ Стефанчук Р. О. Право на ім'я // Університетські наукові записки: 2005, 1–2 (13–14). – С. 83–97.

¹⁵ Алмаші М. Конвенція національної меншини / М. Алмаші // Держава і право: Зб. наукових праць. Юридичні і політичні науки. Вип. 20. – К., 2003. – С. 205–209.

¹⁶ Аблетіоров Р. Проблеми законодавчого врегулювання державної політики щодо забезпечення прав корінних народів та національних меншин України / Р. Аблетіоров // Розробка державної політики. Аналітичні записки. – К.: Вид-во «К.І.С», 2002. – С. 7–11.

Резюме

Софінська І. Д. Право на ім'я в Україні: конституційно-правове регулювання.

У статті йдеться про основні мотиви і критерії вибору власного імені дитини, а також передумови його державної реєстрації в Україні та світі. Автор робить спробу з'ясувати основні правові критерії вибору власного імені дитини в Україні та провести аналіз законодавчих ініціатив щодо врегулювання питання визначення імені дитини. Важливим аспектом цієї статті є аналіз випадків, коли держава на законодавчому рівні чітко обумовлює іменний репертуар для вибору власного імені дитини та використовує певні обмеження щодо його державної реєстрації з метою збереження власної національної ідентичності.

Ключові слова: власне ім'я, право на ім'я, каталог імен, реєстрація імені, антропономастика.

Резюме

Софинская И. Д. **Право на имя в Украине: конституционно-правовое регулирование.**

В статье речь идет об основных мотивах и критериях выбора собственного имени ребенка, а также о предпосылках его государственной регистрации в Украине и мире. Автор пытается выяснить основные правовые критерии выбора собственного имени ребенка в Украине и проанализировать законодательные инициативы по урегулированию вопросов определения имени ребенка. Важным аспектом этой статьи является анализ случаев, когда государство на законодательном уровне четко оговаривает именную репертуар для выбора собственного имени ребенка и использует определенные ограничения по его государственной регистрации с целью сохранения собственной национальной идентичности.

Ключевые слова: собственное имя, право на имя, каталог имен, регистрация имени, антропонимика.

Summary

Sofinska I. **The right to a name in Ukraine: the constitutional and legal regulation.**

In this article I concentrate mostly on the main reasons and criteria for selection of the personal name of the child, and the conditions of its state registration in Ukraine and abroad. The author makes an attempt to clarify the basic legal criteria for choosing the personal name of the child in Ukraine and to analyze current legislative initiatives related to the abovementioned matters. An important accent of this paper is made on the analyze of the cases where the State by law, firstly, clearly stipulates personal name's repertoire in order to select the proper name of the child and, secondly, uses certain restrictions by its registration in order to preserve national identity of its citizens.

Key words: personal name, right to a name, catalogue of name's, name's registration, anthroponomastics.

Отримано 15.04.2014

УДК 340.133

А. О. БЕЗНОСИК

Алла Олександрівна Безносик, аспірант Національної академії державного управління при Президентові України

НЕДОСКОНАЛЕ ЗАКОНОДАВСТВО – ОСНОВНА ПРИЧИНА СОЦІАЛЬНО-ЕКОНОМІЧНОЇ КРИЗИ ТЕРИТОРІАЛЬНИХ ГРОМАД УКРАЇНИ

Найбільшими містами України є Київ, Запоріжжя, Луганськ, Херсон, Житомир, Харків, Львів, Вінниця, Полтава, Суми, Одеса, Кривий Ріг, Макіївка, Чернігів, Хмельницький, Дніпропетровськ, Миколаїв, Севастополь, Черкаси, Чернівці, Донецьк, Маріуполь, Сімферополь, Горлівка та Рівне. У Києві мешкає понад чотири мільйони людей, це утричі більше, ніж населення Харкова (1 млн 441 тис.), Дніпропетровська (1 млн) та Одеси (1 млн 8 тис.). Протягом останніх 20 років населення міста стабільно зростає в середньому на 20 тис. осіб за рік. Взагалі, за останньою оцінкою, населення в Україні станом на 2013 р. становить 45 млн, більша частка якого припадає на міське населення – понад 32,5 мільйона.

Київ – місто республіканського значення, що має спеціальний статус, оскільки наділене столичними функціями. У ньому розміщуються усі центральні органи влади та управління країною. Найбільше і найстаріше місто не тільки України, а й Європи, є політичним, соціально-економічним, транспортним та освітньо-науковим центром країни. У Києві зосереджено потужний економічний потенціал, що складається з багатогалузевої промисловості, будівельного комплексу, розвинутої системи комунального господарства, транспортних засобів, систем сучасного зв'язку і т.д. Економічному розвитку Києва та розширенню зовнішньоекономічних зв'язків сприяє його вдале історичне розташування в центрі східної Європи. Адже Київ упродовж 1500 років з'єднує транспортними шляхами Західну Європу з Азією, скандинавські країни – з південно-східними країнами Європи і світу.

Місто є великим центром машинобудування, в тому числі важкого, енергомашинобудування, верстатно-, судно-, приладобудування; чорної і кольорової металургії, хімічної, легкої та поліграфічної промисловості. Наприклад, у сфері харчової промисловості у Києві діють п'ять заводів – «Оболонь», «Росинка», «Славутич», «Рошен», «Олком»; у сфері машинобудування – ДВРЗ, «Більшовик», АНТК ім. Антонова та «Арсенал»; у сфері хімічної промисловості – фармацевтичний завод «Дарниця», «Київхімволокно», Борщагівський хіміко-фармацевтичний завод.

Київ є найбільшим транспортним вузлом України. Через місто проходять транспортні магістралі, залізниця та водні шляхи сполучення. У міжнародному сполученні найважливішу роль відіграють міжнародні аеропорти «Бориспіль» та «Жуляни». У місті діє річковий порт, заснований ще у 1897 р., метрополітен, який було відкрито у 1960 році. Враховуючи великі й постійно зростаючі розміри мегаполісу та завантаженість місцевих транспортних доріг, метрополітен користується популярністю у киян та гостей міста і залишається, протягом останніх 15 років найзручнішим і найшвидшим транспортом міста.

Місто розташоване на обох берегах Дніпра. Берег правий і лівий з'єднують вісім мостів – Південний міст (1990 р.), Московський (1976 р.), Парковий (пішохідний) міст (1957 р.), Дарницький залізнично-автомобільний міст (2010 р.), Міст ім. Є. О. Патона (1953 р.), Гаванський міст (2007 р.), Петрівський залізничний міст (1929 р.), Дарницький залізничний (1949 р.), Міст метро (1965 р.), Русанівський метроміст (1965 р.), Венеціанський (1966 р.), Рибальський вантовий міст (1963 р.) та Парковий (1910 р.).

Столиця України має великий культурний потенціал. Це понад 80 музеїв, близько 30 театрів та 40 кінотеатрів, 20 виставкових центрів, понад 50 діючих художніх, архітектурних та інших галерей і виставок образотворчого і прикладного мистецтва. Найбільш відомі музеї та театри – Національний музей історії України, Музей українського образотворчого мистецтва, Музей західного й східного мистецтва, Національна опера України ім. Т. Г. Шевченка, Національна філармонія України, Національний академічний драматичний театр ім. Івана Франка, Київський академічний театр оперети та ін.

Історична забудова міста займає більше 6 тис. га. У центральній історичній частині Києва зосереджено три заповідники: Державний історико-архітектурний заповідник «Стародавній Київ», Національний заповідник «Софія Київська», Києво-Печерський національний історико-архітектурний заповідник. Найдавніші будови Києва належать до XI–XII ст.ст., загалом у місті збереглося близько 3000 споруд – пам'яток культури, зокрема, понад 70 храмів, збудованих у середньовіччі. До найзначніших архітектурних пам'яток Києва входять: Золоті ворота, Софійський собор, Києво-Печерська лавра, Кловський палац, Маріїнський палац та ін.

Місто є одним із найбільших наукових центрів України та потужних наукових центрів Європи. У Києві розташовані Національна академія наук України, Київський національний університет ім. Тараса Шевченка, Національний університет Києво-Могилянська академія, Національний медичний університет ім. Олександра Богомольця, Національна музична академія та багато інших всесвітньо відомих наукових закладів. Взагалі в Києві нараховується понад 100 вищих навчальних закладів, серед яких – 18 провідних вузів України.

Київ відіграє важливу роль в усіх сферах суспільного життя, і передусім політичній та соціально-економічній, не тільки киян, а й населення усєї країни. Проте столичне місто за роки незалежності накопичило чимало проблем як місцевого, так і державного масштабу. Жорстка централізація влади та її непослідовна і непрозора політика у всіх сферах суспільного життя, декларування та невиконання соціально-економічних програм і концепцій розвитку Києва та інших міст країни, тиск з боку влади на різні політичні сили й громадські організації, перекручення та експлуатація законів і пошуку в них «дірок» з метою особистої вигоди, повна непідконтрольність та безвідповідальність посадовців, все це призвело до розмноження корупційних дій серед посадових осіб і державних службовців органів державної влади та місцевого самоврядування; катастрофічної нестачі коштів для розвитку територіальних громад міст та регіонів.

Проблема громадської участі в муніципальній політиці набирає нових обертів через цілковите ігнорування позицій територіальної громади щодо важливих питань місцевого розвитку. Так, багатомільярдні суми збитку завдані Києву та його громаді через приватизацію головних активів міста. Це – «Київміськбуд», «Київгаз», «Київводоканал», «Київенерго», алюмінієвий завод у Броварах, землі аеропорту Жуляни, банк «Хрещатик» тощо¹. А державна монополія на ринок комунальних послуг, яка не надто дбає про якість та рентабельність, змушує громаду сплачувати за послуги удвічі завищену ціну, яка зовсім не відповідає якості.

Стійкий та збалансований розвиток Києва та інших міст і держави в цілому пов'язано передусім з покращенням якості життя населення. Створення якісних житлових умов є одним із пріоритетних завдань соціально-економічної політики держави. Організація Об'єднаних Націй визнала житлову проблему однією з головних, а право на житло – важливою складовою цієї проблеми². Загальний стан житлового фонду та комунікаційних мереж в Києві і в усій Україні незадовільний. З кожним роком збільшується кількість будинків, що потребують капітального ремонту, а так звані «хрущовки» та «комуналки», збудовані протягом 50–60 рр. ХХ ст., взагалі непридатні для житла і не відповідають жодних міжнародним нормам та стандартам. Понад 30 % ліфтового господарства працює понад 25 років, 40 % водопровідних мереж відпрацювали свій експлуатаційний термін, 50 % каналізаційних, магістральних та теплових мереж – у аварійному стані. Через аварійний стан більшості тепломереж тепловтрати під час транспортування тепла сягають 40 %, а у зимовий період майже половина тепла гріє підземні труби та повітря на вулиці, а не будинки і квартири. Проте, незважаючи на низьку якість житлово-комунальних послуг, тарифи на них постійно зростають³.

У Києві склалася критична екологічна ситуація, яка пов'язана зі станом забруднення повітря, річок та водоймищ, зеленої зони насаджень. Згідно з міжнародним рейтингом, складеним компанією Mercer Human Resource Consulting, у списку найбільш брудних міст світу Київ посідає 28 місце. 70 % дерев у Києві хворі, що свідчить про несприятливу екологію, оскільки дерево першим реагує на стан довкілля. У київському повітрі зараз налічується понад два десятки різних шкідливих домішок; найбільше здоров'ю мешканців столиці загрожує небезпечна кількість діоксиду азоту (30 %), діоксиду сірки (30 %), твердих часток пилу (20 %) і неметанових органічних сполук (10 %), джерелом яких є автотранспорт і підприємства. Основними підприємствами-забруднювачами Києва є ТЕЦ-5, ТЕЦ-6, Дарницька ТЕЦ, сміттєспалювальний завод «Енергія». У Києві псують повітря понад 1000 промислових підприємств, але основним джерелом забруднення столичного повітря залишається автотранспорт, що з кожним роком зростає у середньому на 100 тис. автомобілів. У місті з вихлопними газами викидається майже 90 % усіх забруднюючих речовин. 80 % автомобілів експлуатуються більше 10 років і не відповідають сучасним стандартам захисту середовища від викиду шкідливих речовин разом із відпрацьованими газами⁴.

Система водопостачання, водоспоживання та водовідведення в більшості населених пунктів України перебуває в жалюгідному стані. Не є винятком і місто Київ. Столична каналізація і водопровідне господарство вже давно потребують масштабної модернізації, а в більшості випадків необхідно будувати сучасні каналізаційні та очисні споруди, оскільки з кожним роком морально й фізично застаріла та зношена каналізаційна система мегаполісу підвищує ризик виникнення водного колапсу. А руйнація дамб може призвести до масштабного вилування неочищених стічних вод у Дніпро. На балансі «ДКО» Київводоканал знаходиться 2500 км каналізаційних мереж, більша частина яких знаходиться в аварійному стані і потребує негайного ремонту та реконструкції. Особливої уваги потребують Бортницькі станції очисних споруд, які були побудовані ще в 1964 р. і фізично застаріли⁵.

В Україні гостро стоїть проблема питної води, оскільки 70 % українців п'ють воду з брудних річок, куди потрапляють каналізаційні стоки та промислові відходи. Причому продукти людського господарювання у вигляді стічних вод вже дістались навіть підземних горизонтів. У деяких містах і навіть окремих регіонах відхилення води від норми сягає 70–80 %. Як наслідок, 80 % хвороб українців викликані саме вживанням забрудненої води⁶. Більшість киян змушені користуватися стаціонарними очищувачами води та привізною питною водою, оскільки якість питної води, що подається ПАТ «АК «Київводоканал» у централізовану мережу водопостачання, давно не відповідає сучасним міжнародним нормам та стандартам. А річки Дніпро і Десна, які використовуються як основні джерела водопостачання, не придатні навіть для купання в них.

Жителі мегаполісу незадоволені рівнем якості виконання органами місцевого самоврядування та виконавчою владою на місцях покладених на них завдань та функцій. Про це свідчать щорічні тисячі звернень територіальних громад не тільки міста Києва, а й інших міст України до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо порушень прав територіальних громад органами місцевого самоврядування і місцевими адміністраціями. Громадяни скаржаться на бездіяльність відповідних органів у вирішенні нагальних територіальних проблем та на небажання місцевих органів залучати громадськість до спільного прийняття рішень⁷. Як наслідок, можливості територіальної громади впливати на соціально-економічний розвиток міста та муніципальну політику сьогодні паралізовані. А сучасний стан місцевого самоврядування в столиці та інших містах України характеризується відсутністю належного матеріального, фінансового, кадрового та іншого ресурсного забезпечення, необхідного для виконання завдань і повноважень місцевого самоврядування, кризою житлово-комунального господарства, систем енерго-, паливо-, водозабезпечення і соціальної інфраструктури, поглибленням диспропорцій у соціально-економічному розвитку регіонів взагалі та територіальних громад зокрема, невирішеністю нагальних питань реформування системи адміністративно-територіального устрою України. Наприклад, бюджетна забезпеченість з розрахунку на одного мешканця села, селища, міста за стандартами ЄС має становити близько 2000 євро, в той час як в Україні вона не досягає такої суми навіть у гривнях⁸.

Наростаюча в Україні криза місцевого самоврядування ставить перед її громадянами нові виклики, що зумовлюють необхідність пошуку інноваційних підходів до формування нової політики на місцях, утворення самодостатніх громад та модернізації усієї системи управління регіональним розвитком. Реальність та ефективність здійснення нових підходів і прийомів ведення господарства, інноваційних механізмів та інструментів стимулювання соціально-економічного розвитку територій певною мірою залежить від законодавчого закріплення таких можливостей та гарантій розвитку первинних суб'єктів місцевого самоврядування. В Україні первинним і головним суб'єктом місцевого самоврядування є територіальна громада. Розвиток кожної окремої територіальної громади неодмінно відбивається на розвитку місцевого самоврядування всієї країни. Саме тому правове регулювання має першочергове значення у формуванні дієвих і самодостатніх територіальних громад.

Окремі аспекти законодавчого забезпечення функціонування територіальних громад розглядали у своїх працях Т. М. Барановська, О. В. Батанов, П. Ф. Гураль, Ю. В. Делія, П. М. Любченко, С. Ю. Русанова, В. М. Тарасюк, М. П. Хонда та інші⁹. Шляхам розвитку та формуванню самодостатніх територіальних громад присвятили свої наукові здобутки О. В. Безуглий, О. П. Бойко, С. М. Бугай, Я. Ф. Жовнірчик, В. С. Куйбіда, Ю. О. Куц, В. В. Мамонова, В. А. Негода, В. В. Толкованов, О. В. Чумакова та інші науковці¹⁰. Невелика кількість праць присвячена інноваційним підходам розвитку місцевого самоврядування та регіонального розвитку України. Зокрема, необхідно назвати роботи колективу Національного інституту стратегічних досліджень (С. О. Біла, Я. А. Жаліло, В. І. Жук, О. В. Шевченко), Г. І. Мар'яненко, В. В. Толкованова та інші¹¹. Окремі науковці порушують питання механізму удосконалення реалізації громадських ініціатив та впливу територіальних громад на процеси управління комунальною власністю, розглядають нові інститути місцевого самоврядування (асоціації органів місцевого самоврядування) з метою пошуку нових ефективних шляхів вирішення проблеми співпраці органів державної влади і місцевого самоврядування та реалізації прав територіальних громад. Проте поза увагою залишаються питання правового забезпечення нових (інноваційних) підходів щодо вирішення проблем місцевого значення територіальними громадами.

В Україні сформовано певну законодавчу базу організації управління місцевим і регіональним розвитком, що сприяло становленню таких важливих інститутів місцевого самоврядування, як комунальна власність, місцеві фінанси, муніципальна служба, територіальна громада тощо. Проте здійснені заходи не забезпечили належної ефективної системи управління місцевими та регіональними справами і, як наслідок, кардинального покращення умов життя громадян України. Причини кризи носять багатоплановий характер і передусім пов'язані із недосконалим та застарілим законодавством. Так, основні законодавчі акти, що ство-

рили підгрунтя та умови для існування й розвитку територіальних громад, були прийняті протягом 1992–2009 років. Зокрема, це Закони України: «Про оренду державного і комунального майна» (1992 р.), «Про місцеве самоврядування» (1997 р.), «Про столицю України – місто-герой Київ» (1999 р.), «Про місцеві державні адміністрації» (1999 р.), «Про органи самоорганізації населення» (2001 р.), «Про асоціації органів місцевого самоврядування» (2009 р.)¹². У згаданих нормативно-правових актах досить часто не враховується природа, інтереси та потреби місцевого самоврядування, а безсистемність структури законів призводить до колізій та суперечностей правових норм, що є серйозною перешкодою розвитку територіальних громад. Більшість прийнятих останнім часом законів спрямовано на зміну й доповнення діючих, що свідчить про нестабільність і недосконалість правового поля у сфері діяльності територіальних громад.

Не вирішують проблему й численні концепції реформування місцевого самоврядування і програми розвитку столиці та інших міст України. Над реформою місцевої влади працюють з 1996 р., відколи окреслилися реальні контури моделі місцевого самоврядування у Конституції України, профільному законі та була ратифікована Європейська хартія місцевого самоврядування¹³. Щорічні хвилі реформування місцевого самоврядування перетворилися на традиційну декларацію нереалізованих заходів і програм. Так, повільно просуваються проекти концепцій та програми і стратегії розвитку місцевого самоврядування, підготовлені протягом останніх 15 років Асоціацією міст України, Українською асоціацією районних та обласних рад, Інститутом громадянського суспільства, народними депутатами України (зокрема, В. І. Коновалюком) та науковцями і фахівцями науково-дослідних інститутів та вищих навчальних закладів України¹⁴.

Українська правова система ніяк не може відійти від спадку радянського минулого, коли Конституція та закони підмінялися відомчими поточними підзаконними актами. Правове регулювання місцевого самоврядування в Україні є наочним прикладом втілення радянських традицій. Численні рішення місцевих адміністрацій та рад абсолютно не вписуються в жодні рамки законів. Порушуючи права та ігноруючи інтереси територіальних громад не тільки столиці України, а й інших міст, державні органи виконавчої та місцевої влади приймають щоденні рішення на знищення пам'яток культури та забудову паркових зон; приватизацію озер, лісових насаджень та громадських пляжів і т.д.

Крім того, сформована в 30-ті роки ХХ ст. система адміністративно-територіального устрою України не дає змоги створити дієздатні територіальні громади, які б володіли достатніми матеріальними та фінансовими ресурсами, територією і об'єктами соціальної інфраструктури, достатніми для ефективного виконання завдань та повноважень місцевого самоврядування.

Як бачимо, в Україні давно вже визріла реформа місцевого самоврядування та територіальної організації влади, метою якої мають стати підвищення якості життя людини за рахунок створення ефективної системи управління і забезпечення сталого територіального розвитку. Реформа має розмежувати повноваження між органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування, урегулювати взаємовідносини між ними; передати повноваження на місця, шляхом надання повної самостійності (організаційної, кадрової, фінансової тощо) територіальним громадам. Але вдосконалення місцевого самоврядування повинно передусім базуватися на відповідному законодавчому полі, що має визначити основні принципи, підходи та напрями стимулювання місцевого розвитку. Потрібно не тільки переглянути і привести у відповідність діюче законодавство у сфері місцевого самоврядування, а й виробити потужний інноваційний потенціал щодо активізації місцевого розвитку. Оскільки усталені підходи до проблем розвитку міст та регіонів упродовж 20 років незалежності не вирішили жодної, а саме:

1) неповна завантаженість виробничих потужностей промислових і будівельних підприємств та їх моральна і фізична зношеність;

2) сповільнення темпів соціального будівництва (житла, шкіл, дитячих садків, лікарень, спортивних комплексів тощо);

3) дефіцит інвестиційних ресурсів з усіх джерел фінансування;

4) нестабільний фінансовий стан суб'єктів господарювання;

5) нерозвиненість і непрозорість кредитного ринку та банківської діяльності;

6) заморожена інноваційна діяльність;

7) великий показник безробіття і низький рівень заробітної плати та значні диспропорції у її розмірах;

8) неефективна структура зовнішньої торгівлі;

9) неприваблива інвестиційна політика міст та регіонів держави;

10) позбавлення територіальних громад активно впливати на вирішення проблем соціально-економічного розвитку своїх територій тощо.

¹ *Омельченко О.*: «Адміністративно-територіальна реформа в умовах соціальної депресії, жорсткої централізації, корупції та мільярдних дір у бюджеті – блеф» // Дзеркало тижня. Україна. – № 8 від 2 березня 2012 р.

² *Вольська О.* Удосконалення соціального розвитку через реформування житлово-комунального господарства // Економіка будівництва і міського господарства. – 2011. – № 4. – С. 225.

³ Реформування житлово-комунальної галузі: зарубіжний досвід й українські реалії // Україна. Бізнес. Видавничий дім, 06 червня 2011 р.

⁴ *Шкуро М.* Чим ми дихаємо ? // Українська правда. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://kiev.pravda.com.ua>; Повітря в Києві стає бруднішим // Новини ТСН. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://tsn.ua>; Доступний рівень забруднення повітря у Києві перевищено у шість разів // Дзеркало тижня. Україна від 28 лютого 2013 р.

⁵ Основні екологічні проблеми м. Києва та шляхи їх вирішення // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ekolodgy-kiev.narod.ua>; Київ може відчути руйнівну силу забруднення води // Український журнал «Економіст». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ua-ekonomist.com>; «Київводоканал» пророкує всій Україні техногенну катастрофу // Український журнал «Економіст». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ua-ekonomist.com>

⁶ *Артемчук А.* Проблема питної води в Україні // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://artemchuk.info>; Екологічна ситуація та стан питних вод України // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eco-live.com.ua>

⁷ Інформація про звернення громадян до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини протягом 2007–2012 рр. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ombudsman.kiev.ua>; Дослідження соціологічної служби Українського центру економічних і політичних досліджень ім. О. Разумкова за період з 2010–2012 рр. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.razumkov.org.ua>

⁸ *Бугай С., Жовнірчик Я.* Про напрями вдосконалення територіальної організації місцевого самоврядування // Науковий журнал «Науково-технічна інформація». – 2009. – № 2. – С. 126–127; *Жовнірчик Я.* Формування самодостатніх територіальних громад і стратегія їх економічного саморозвитку // Університетські наукові записки. – 2005. – № 1–2 (12–14). – С. 324.

⁹ *Барановська Т. М.* Правові аспекти розвитку територіальної громади // Теорія та практика державного управління. – 2009. – Вип. 1 (24). – С. 1–7; *Батанов О. В.* Територіальна громада – основа місцевого самоврядування в Україні: Монографія. К.: Ін-т держави і права ім. Корещоцького НАН України, 2001. – 260 с.; *Батанов О. В.* Конституційно-правовий статус територіальних громад в Україні: Монографія / За ред. В. Ф. Погорілка. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 512 с.; *Батанов О. С.* Муніципальна влада в Україні: проблеми теорії та практики: Монографія / Відп. ред. Баймуратов М. О. – К.: Вид-во «Юридична думка», 2010. – 656 с.; *Гураль П. Ф.* Територіальна громада в Україні: історико-правове дослідження: Автореф. дис. д.ю.н.: 12.00.01 / Львівський національний університет ім. І. Франка. – Л., 2009. – 51 с.; *Делія Ю. В.* Правові основи місцевого самоврядування в Україні: проблеми теорії та практики: Автореф. дис. к.ю.н.: 12.00.02 / НАН України, Інститут держави і права ім. В. М. Корещоцького. – К. – 2003. – 18 с.; *Льобченко П. М.* Конституційно-правові основи розвитку місцевого самоврядування як інституту громадянського суспільства: Монографія. – Х.: Одиссей, 2006. – 352 с.; *Русанова С. Ю.* Гарантії прав територіальної громади: конституційно-правовий аспект: Автореф. дис. к.ю.н.: 12.00.02 / Кримський юридичний інститут ОДУВС. – Сімферополь. – 2011. – 19 с.; *Тарасюк В.М.* Кодифікація законодавства про місцеве самоврядування: теоретичні питання // Право України. – 2000. – № 11. – С. 71–74; *Хонда М. П.* Конституційно-правовий статус столиці України – міста Києва: Автореф. дис. к.ю.н.: 12.00.02 / НАН України, Ін-т держави і права ім. В.М. Корещоцького НАН України, 2007. – 21 с.

¹⁰ *Безуглий О. В.* Територіальна громада в Україні: напрями та чинники сталого розвитку: Автореф. дис. к.н.д.у.: 25.00.04 // Харківський регіон. ін-т держ. упр. НАДУ при Президентіві України. – Х., 2009. – 20 с.; *Бойко О. П.* Механізм реалізації прав громадян через місцеві ініціативи: Автореф. дис. к.н.д.у.: 25.00.04 // НАДУ при Президентіві України. – Х., 2012. – 19 с.; *Буай С. М., Жовнірчик Я. Ф.* Про напрями вдосконалення територіальної організації місцевого самоврядування // Моделювання та інформатизація соціально-економічного розвитку України: Зб. наук. праць. – К.: Державний науково-дослідний інститут інформатизації та моделювання економіки Мінекономіки України, 2009. – Вип. 1. – С. 126–134; *Жовнірчик Я. Ф.* Формування самодостатніх територіальних громад і стратегія їх економічного саморозвитку // Університетські наукові записки. – № 1–2 (13–14). – С. 324–331; *Куйбіда В. С., Негода В. А., Толкованов В. В.* Регіональний розвиток та просторове планування територій: Досвід України та інших держав членів Ради Європи. – К.: «Крамар», 2009. – 170 с.; Сталій розвиток територіальної громади: управлінський аспект: Монографія / За ред. Ю. О. Куца, В. В. Мамонової. – Х.: Вид-во Харків. регіон. ін-ту НАДУ при През. Укр. Магістр, 2008. – 335 с.; *Чумакова О. В.* Шляхи розвитку місцевого самоврядування України в контексті досвіду держав ЄС: Автореф. дис. ... к.н.д.у.: 25.00.04 // Дніпропетр. регіон. ін-т держ. упр. НАДУ при Президентіві України. – Д., 2008. – 21 с.

¹¹ Інноваційні підходи до регіонального розвитку в Україні: аналіт. доп. / С. О. Біла, Я. А. Жаліло, О. В. Шевченко, В. І. Жук [та ін.]; за ред. С. О. Білої. – К.: НІСД, 2011. – 80 с.; Інноваційна стратегія розвитку місцевого самоврядування шахтарських міст: Автореф. дис. ... к.н.д.у.: 25.00.04 // Харків. регіон. ін-т держ. упр. НАДУ при Президентіві України. – Х., 2006. – 21 с.; *Толкованов В.В.* Інноваційні інструменти та підходи до розвитку партисипативної демократії (демократії участі) на місцевому рівні в контексті реформування системи місцевого самоврядування // Державне управління. – 2012. – № 4 (40). – С. 67–72.

¹² Про оренду державного і комунального майна: Закон України від 10.04.1992 р. // Відомості Верховної Ради. – 1992. – № 30. – Ст. 416; Про місцеве самоврядування: Закон України від 21.05.1997 р. // Відомості Верховної Ради. – 1997. – № 24. – Ст. 170; Про столицю України – місто-герой Київ: Закон України від 15.01.1999 р. // Відомості Верховної Ради. – 1999. – № 11. – Ст. 79; Про місцеві державні адміністрації: Закон України від 09.04.1999 // Відомості Верховної Ради. – 1999. – № 20–21. – Ст. 190; Про органи самоорганізації населення: Закон України від 11.07.2001 р. // Відомості Верховної Ради. – 2001. – № 48. – Ст. 254; Про асоціації органів місцевого самоврядування: Закон України від 16.04.2009 р. // Відомості Верховної Ради. – 2009. – № 38. – Ст. 534.

¹³ *Пухтинський М.* Реформа місцевого самоврядування – це концепція плюс політична воля // Віче. – 2008. – С. 18.

¹⁴ Проект Концепції муніципальної реформи в Україні: Проект внесений народним депутатом України Коновалюком В. І. від 30.05.2002 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>; Проект реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні: Проект розроблений Міністерством регіонального розвитку, будівництва та ЖКГ України за підтримки Ради Європи та схвалений Кабінетом міністрів 8 квітня 2013 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.kmu.gov.ua>; Національна стратегія децентралізації та реформи місцевого самоврядування в Україні на 2010–2013 роки від 30 липня 2010 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.csi.org.ua>

Резюме

Безносик А. О. Недосконале законодавство – основна причина соціально-економічної кризи територіальних громад України.

Розкриваються стан та причини соціально-економічної кризи, яка поглинула столицю України, решту міст та цілі регіони країни. Неefективні та чітко не визначені способи й механізми управління на місцях, недосконалість національного законодавства в сфері місцевого самоврядування призвели до порушення прав на самостійний та самодостатній розвиток територіальних громад, проголошених у Конституції України та Європейській хартії місцевого самоврядування і як наслідок – до погіршення умов життя громадян України. Причини цієї кризи носять багатоплановий характер. З метою подолання негатив-

них явищ та перешкод на шляху розвитку місцевого самоврядування необхідно виробити й реалізувати таку модель місцевого і регіонального розвитку, яка б створила умови для збалансованого та динамічного розвитку усіх інститутів місцевого самоврядування, насамперед – територіальних громад міст та сіл України та повною мірою відповідала б європейським стандартам і принципам організації та здійснення місцевої влади.

Ключові слова: столиця України, муніципальна політика, територіальна громада, розвиток, криза місцевого самоврядування, недосконале законодавство, децентралізація.

Резюме

Безносик А. А. Несовершенное законодательство – основная причина социально-экономического кризиса территориальных общин Украины.

Раскрываются состояние и причины социально-экономического кризиса, поглотившего столицу Украины, другие города и целые регионы страны. Неэффективные и не определенные четко способы и механизмы управления на местах, несовершенство национального законодательства в сфере местного самоуправления привели к нарушению прав на самостоятельное и самодостаточное развитие территориальных общин, провозглашенных в Конституции Украины и Европейской хартии местного самоуправления и как следствие – к ухудшению условий жизни граждан Украины. Причины этого кризиса носят многоплановый характер. С целью преодоления негативных явлений и препятствий развития местного самоуправления необходимо выработать и реализовать такую модель местного и регионального развития, которая бы создала условия для сбалансированного и динамичного развития всех институтов местного самоуправления, в первую очередь территориальных общин городов и сел Украины и в полной мере соответствовала бы европейским стандартам и принципам организации и осуществления власти.

Ключевые слова: столица Украины, муниципальная политика, территориальная община, развитие, кризис местного самоуправления, несовершенное законодательство, децентрализация.

Summary

Beznosyk A. The state legislation – the main cause of social and economic crisis of communities Ukraine.

It reveals the status and causes of socio-economic crisis that has engulfed the capital of Ukraine and the rest of the cities and entire regions of the country. Inefficient and clearly uncertain ways and mechanisms of local governance, inadequate national legislation on local self-government led to infringement of an independent and self-development of communities enshrined in the Constitution of Ukraine and the European Charter of Local Self-Government and consequently worsening the living conditions of citizens of Ukraine. The causes of this crisis are multifaceted in nature. In order to overcome the negative effects of noise and local governments to develop and implement a model for local and regional development, which created the conditions for sustainable and dynamic development of all institutions of local government in the first place, local communities, cities and villages of Ukraine and fully would meet the European standards and principles of organization and local authorities.

Key words: the capital of Ukraine, municipal politics, community, development, crisis of local government, flawed legislation, decentralization.

Отримано 9.04.2014

УДК 340.142:342.565.2(477)

І. Г. БОВСУНОВСЬКА

Ірина Григорівна Бовсуновська, помічник проректора з наукової та науково-педагогічної роботи Київського університету права НАН України

КОНСТИТУЦІЙНИЙ СУД УКРАЇНИ ЯК СУБ'ЄКТ ПРАВОТВОРЧОСТІ

Сьогодні для правової системи України проблема судової правотворчості є особливо актуальною. На відміну від країн Західної Європи, в Україні у вирішенні цієї проблеми традиційно продовжує домінувати напрям юридичного позитивізму, а саме: суд і правотворчість є несумісними, оскільки це суперечить принципу розподілу влади, закріпленому в ст. 6 Конституції України¹. Враховуючи те, що Конституційний Суд України має особливий статус (є спеціалізованим органом судової системи, що здійснює конституційний контроль), його роль в правотворчій діяльності викликає особливий інтерес.

Метою цієї статті є обґрунтування правотворчих повноважень Конституційного Суду України, оскільки правотворча діяльність належить до основних функцій державних органів усіх гілок влади, якщо вона не виходить за межі їх повноважень.

Формування права це не тільки акт прийняття законодавцем нових норм, скасування чи зміна старих, – це складний і, як правило, довготривалий процес усвідомлення необхідності змін в законодавстві, конкретизації правових ідей, оформлення їх в прийнятну для законодавчої влади форму законопроектів. Правотворчість є попереднім етапом перед прийняттям закону, забезпечує зв'язок правового регулювання з обумовлюючими його факторами і суспільними потребами².

У загальній теорії права за звичай виділяють три підходи до визначення правотворчості. В основі диференціації таких підходів, по суті, знаходиться різний об'єм (зміст) поняття «право», яке по-різному розуміється вченими-юристами. Керуючись такими підходами, умовно можна виділити наступні визначення правотворчості:

- правотворчість як законотворчість, або прийняття нормативно-правових актів особливого виду, які закріплюють основи правової системи з наступним уточненням їх положень в підзаконних актах, при цьому в останніх є лише єдина можлива функція – роз'яснення або уточнення закону без змін його основного змісту;
- правотворчість як нормотворчість, або прийняття загальнообов'язкових правил поведінки;
- правотворчість як правоутворення та правовстановлення.

Відповідно до загальної теорії права в межах першого та другого підходів під правотворчістю розуміють особливий вид діяльності держави по виданню нормативно-правових актів; як особливим чином «оформлена процедура діяльності по формуванню і закріпленню волі класу, народу і/або окремих соціальних груп в правових актах із зміни і обміну цих актів»; як специфічна стадія правоутворення, яка пов'язана з нормативною регламентацією цієї діяльності, або активна ціленаправлена діяльність компетентних державних органів.

Окремі дослідники вважають, що безпосереднє закріплення норм права можливо тільки в законах.

У межах другої позиції слід говорити про «широке розуміння правотворчості, як діяльності, направленої на досягнення цілей суспільства; організовано оформленої діяльності держави з виявлення потреб у нормативно-правовому регулюванні суспільних відносин щодо створення відповідно з виявленими потребами нових правових норм, зміни і скасування діючих».

Останній, найбільш широкий підхід, передбачає, що правотворчість можлива і при формуванні нових правовідносин, які існують до і за межами регулювання правових норм. Правотворчість на відміну від правоутворення, є ціленаправленою діяльністю держави. Правоутворення має більш об'єктивний характер і проявляється в такому значенні в основному на донормативній стадії. Формування самих правовідносин на донормативній стадії також є ні що інше, як правотворчість, і в цьому значенні саме людина поза державою і її органів визначає характер суспільних відносин як правовідносин. Різниця полягає в першопочатковому джерелі волі творця права – держави чи людини. В цьому значенні можна ототожнювати правотворчість і правоутворення. При цьому слід зазначити, що держава як особливий вид колективного суб'єкту права не має можливості діяти зовні інакше як через свої представників – уповноважених посадових осіб. Таким чином, воля держави пов'язується з волею конкретних осіб. У зв'язку з цим правотворчість «зверху», з одного боку, і правотворчість «знизу» як правоутворення і правовстановлення – з іншого, мають набагато більше спільного, ніж прийнято вважати³.

Розглянемо правотворчість – перш за все як особливу діяльність держави у сфері прийняття, зміни або скасування правових норм. Різновидами правотворчості є законотворчість, правотворчість суду, договірна і санкціонована правотворчість⁴. Існують також інші види правотворчості, зокрема правотворчість класифікується за статусом прийнятих актів: законотворчість, підзаконна правотворчість, судова правотворчість.

Як відомо, Конституції і законам відведена роль основних регуляторів суспільних відносин; саме тому закони мають своє коло вирішуваних питань та суб'єктів їх прийняття. Інші державні і недержавні органи і організації, а також органи місцевого самоврядування встановлюють свої правила поведінки тільки на підставі і як доповнення положень законодавства у вузькому значенні (підзаконна правотворчість). Із даного правила однозначно виділяється судова правотворчість, яка часто базується на вже прийнятих нормах законів і цим нагадує підзаконну правотворчість, однак інколи прирівнюється до законів за юридичною силою (наприклад, у разі визнання неконституційном закону повністю чи в окремій частині Конституційним Судом України). Більше того, в залежності від сфери регулювання акти судової правотворчості можуть мати різну юридичну силу, що не характерно ні для одного з державних або недержавних органів, компетенція яких є достатньо вузькою.

Судова правотворчість є допустимою в рамках основної функції судових органів при здійсненні правосуддя і являє собою створення, удосконалення (зміну), скасування судовими органами норм права у встановлених офіційно визнаних формах.

Специфіка судової правотворчості в порівнянні з правотворчістю інших державних органів полягає у тому, що вона відбувається в процесі здійснення судовими органами своєї основної функції з відправлення правосуддя: вирішення конкретних юридичних справ; конституційного контролю; захисту прав громадян в їх взаємовідносинах з органами виконавчої влади; встановлення юридично значимих фактів і станів⁵.

Історичний аспект. Проблема невтручання або обмеженого втручання судових органів в законодавчий процес виникла історично давно. Ще в XIX ст. теоретики права Західної Європи, зіштовхнувшись з цією проблемою, висунули ідею «недоторканості закону». Філософський постулат зводиться до того, що акти законодавця (парламенту) відповідають Конституції завжди і що судовому контролю підлягають лише підзаконні акти (Королівські декрети, нормативні акти уряду і органів місцевого самоврядування). Досить природним було припущення про те, що судовий конституційний контроль може порушити ледь вловиму межу гармонійного поєднання функцій різних гілок влади, порушивши яку можливі їх конфлікти і протистояння.

Зрозуміло, що правова думка не стояла на місці, питання про пріоритет парламентських рішень перед судовими не був таким вже беззаперечним, а процес впровадження в національні правові системи принципів і норм міжнародного права зовсім не був безконфліктним. Ідея про недопустимість застосування законів,

що суперечать Конституції, набувала все більше прибічників і конституційні суди, створені в європейських державах в другій половині XIX ст., зовсім не були орієнтовані на принцип недоторканості закону. Хоча при цьому як раз і зростали умови конфлікту влади, так як обранці народу (парламентарії) зрештою залишались під контролем державних чиновників – суддів.

Таким чином, історичне питання про співвідношення повноважень законодавця і судів конституційно-контролю виявляє складність проблеми, але не її вирішення.

Юридична природа актів Конституційного Суду України. Органом конституційного контролю в Україні є Конституційний Суд України (далі – КСУ).

Статтями 147, 150–152 Конституції України визначається статус і повноваження Конституційного Суду України. Конституційний Суд України – є єдиним органом конституційної юрисдикції в Україні, до основних повноважень якого належить вирішення питань про відповідність законів та інших правових актів Конституції України і офіційне тлумачення Конституції України та законів України. Із зазначених питань Конституційний Суд України ухвалює рішення, які є обов'язковими до виконання на території України, остаточні і не можуть бути оскаржені. Закони та інші правові акти за рішенням КСУ визнаються неконституційними повністю чи в окремій частині, якщо вони не відповідають Конституції України або якщо була порушена встановлена Конституцією України процедура їх розгляду, ухвалення або набрання ними чинності. Акти, визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення КСУ рішення про їх неконституційність.

Питання щодо юридичної природи рішень КСУ в правовій науці є дискусійним і на даний час. Одні автори вважають, що КСУ бере участь в правотворчості і його рішення є джерелами права. Інша частина авторів відстоює протилежну точку зору⁶.

На думку Є. П. Євграфової, рішення КСУ пов'язані із системою національного законодавства, є її частиною і важливим джерелом права. Звільняючи систему законодавства від невідповідних Конституції України актів, вони тим самим підпадають під визначення поняття нормативно-правового акта⁷. Дане право КСУ, як вважають В. Ф. Погорілко і В. П. Федоренко, «передбачає не тільки скасування або зміну цих нормативно-правових актів, але і видання нових конституційних нормативно-правових положень»⁸. Рішення КСУ, як зазначає Ю. М. Тодика, якими КСУ дає офіційне тлумачення Конституції і законів України, є джерелами конституційного права⁹. У свою чергу В. М. Шаповал, притримуючись аналогічних поглядів, відносить КСУ до суб'єктів законодавчої діяльності¹⁰.

Проте В. С. Нерсисянц, дотримуючись протилежних поглядів щодо визнання судових актів джерелами права, зазначає, що згідно Конституції або закону скасування нормативно-правового акта (як і його прийняття, і зміна) – це прерогатива правотворчих органів, а не суду. Суд уповноважений давати лише юридичну кваліфікацію акта щодо відповідності чи невідповідності Конституції, закону. Рішення судового органу про невідповідність нормативно-правового акта Конституції, закону – є лише підставою для скасування цього акта компетентним правотворчим органом, а не саме скасування¹¹.

У зв'язку з досліджуваним питанням слід зазначити, що КСУ за формальними ознаками не є законотворчим органом і не вповноважений видавати нормативно-правові акти, які створюють нові нормативні норми. Крім того, КСУ також не є судовим органом у звичному розумінні: 1) його діяльність не направлена на безпосереднє регулювання тих чи інших суспільних відносин; 2) він не здійснює вирішення індивідуальних правових спорів з метою захисту порушених, невизнаних чи оспорюваних прав, свобод і охоронюваних законом інтересів громадян або інших осіб; 3) його зв'язки з судами загальної юрисдикції носять виключно координаційний характер; 4) він не є апеляційною чи касаційною інстанцією щодо судів, система яких носить субординаційний характер¹².

У своїх працях Б. С. Єбзєєв, проаналізувавши діяльність КСУ, звернув увагу на її подвійний характер: з одного боку, КСУ є органом правосуддя, з другого – органом конституційного контролю. Головна особливість конституційного правосуддя, підкреслив автор, полягає в тому, що КСУ є не тільки судовим, а й таким конституційним органом, якому належить право здійснювати контроль за діяльністю законодавчої і виконавчої влади¹³. Така особливість, на наш погляд, є неабияким фактором, що впливає на визначення правової природи рішень.

Враховуючи вищевикладене, основним питанням природи актів КСУ у сфері правотворчості є: чи можна їх віднести до джерел права або ні?

Подвійний статус КСУ передбачає, що його рішення з точки зору правотворчості можна розглядати у двох формах – як нормативно-правовий акт і як судовий прецедент. Як відомо, для кожної правової сім'ї притаманні свої джерела права. Наприклад, для романо-германської правової сім'ї (до якої належить Україна) джерелом права є нормативно-правовий акт, для англосаксонської – судовий прецедент.

Враховуючи вищевикладене, для того щоб з'ясувати правову природу рішень КСУ і виявити його правотворчі функції, необхідно порівняти компетенцію, зміст і форму діяльності цього органу з аналогічними ознаками прийняття нормативно-правових (законодавчих) актів.

Звернемо увагу, що до основних характерних ознак нормативно-правових актів відносять такі: 1) вони приймаються компетентними державними органами в межах їх повноважень; 2) приймаються з дотриманням встановленої процедури; 3) встановлюють, змінюють або скасовують норми права; 4) мають чітко встановлену форму (письмового акта-документу) і реквізити; 5) мають юридичну силу; 6) підлягають офіційному опублікуванню в спеціальних виданнях¹⁴. Нормативно-правові акти, які не відповідають цим вимогам, не підлягають застосуванню і не тягнуть за собою юридичних наслідків.

Зазначимо, що рішення КСУ є загальнообов'язковими на всій території України, приймаються іменем України, викладаються у вигляді окремих документів (мотивуються письмово, обов'язково підписуються всіма суддями), підлягають опублікуванню у «Віснику Конституційного Суду України» і в інших офіційних друкованих виданнях.

Однак, зважаючи на викладене, відкритим залишається питання щодо впливу рішень КСУ на норми права (встановлення, зміну, скасування).

Із ст. 150 Конституції України випливає, що рішення, які ухвалює КСУ поділяються на: 1) рішення про конституційність законів та інших правових актів, передбачених п. 1 ч. 1 ст. 150 Конституції України і 2) рішення, якими КСУ дає офіційне тлумачення Конституції України і законів України. Зупинимось детальніше на дослідженні правової природи актів КСУ.

1. Рішення про конституційність законів та інших правових актів.

Рішення КСУ щодо конституційності законів та інших правових актів, по суті не встановлюють нових правил поведінки і не вносять зміни в діючі. Однак, вони деяким чином мають правотворчий характер, так як останнє передбачає також скасування того чи іншого чинного нормативно-правового акта або його окремої норми, що, в свою чергу, породжує нові права і обов'язки в учасників суспільних відносин.

Безумовно, сам КСУ офіційно не скасовує норму законодавчого акта, визнану неконституційною. Приведення даної норми у відповідність до Конституції України – компетенція органу, який прийняв відповідний акт. Однак, таке визнання позбавляє акт юридичної сили. Водночас, визнання законів, інших нормативно-правових актів, або їх окремих положень такими, що не відповідають Конституції, є підставою для скасування в установленому порядку положень інших нормативних актів, що створені на підставі неконституційного акта.

Таким чином, є всі підстави вважати, що всі рішення КСУ, якими визнається та чи інша норма законодавства неконституційною, мають не тільки нормативний характер, але і є джерелом права.

2. Рішення, якими КСУ дає офіційне тлумачення Конституції України і законів України.

Що стосується рішень, якими КСУ дає офіційне тлумачення, то вони, хоч і мають деякі властивості джерел права (наприклад, загальнообов'язковість і необмежена кількість випадків, що надає цим актам нормативний характер), на наш погляд, вони не можуть за формальними підставами бути визнаними джерелами права. Такі акти, не дивлячись на особливий процедурний порядок їх розгляду, притаманний їм підконституційний характер і можливість настання юридично значимих наслідків для правотворчих і правозастосовчих органів, перед усім, виступають допоміжними правилами і служать орієнтиром судової і іншої правозастосовчої практики, з метою однакового розуміння і правильного застосування Конституції України і законів України в конкретних правовідносинах. Крім того, вони дають лише офіційне тлумачення діючих норм, визначають їх дійсний зміст і зовсім не містять в собі готову правову норму, яка встановлює права та обов'язки, яких раніше не було, або змінюють їх.

На підставі вказаного вище, можемо зазначити, що на сьогоднішній день КСУ фактично бере участь в правоутворенні і частково – в правотворчості. Природа правових актів КСУ має неоднозначний характер, що проявляється у схожості з нормативно-правовим актом, актом тлумачення і судовим прецедентом. Участь в правотворчому процесі здійснюється шляхом прийняття КСУ рішень про визнання неконституційними актів, оскільки саме ці рішення за своїми ознаками відповідають вимогам нормативно-правових актів, що є джерелами права в Україні. КСУ бере участь тільки в «негативній правотворчості», так як не створює нових норм права, а лише повністю або частково їх скасовує. Ухвалюючи вказані рішення, КСУ бере участь в правотворчості, однак офіційно такі рішення джерелами права не визнаються. Маючи ознаки нормативно-правового акта, рішення КСУ мають повне право посісти місце в ієрархії джерел права між Конституцією України і законами, оскільки нормативний акт може бути скасований або змінений актом рівної або більшої юридичної сили¹⁵.

Поруч з цим, акти тлумачення КСУ, на наш погляд, невірно розглядати як нормативно-правові акти, що зазначено вище.

Також слід враховувати, що визнання деякими авторами рішень КСУ джерелами права, в теорії права відсутня однозначна позиція з приводу того, до якого виду правових джерел відносяться такі рішення. Одні автори вважають їх нормативно-правовими актами, інші – судовими прецедентами. На наш погляд, розглядаючи акти КСУ як джерела права з позиції судового прецеденту, заслуговує окремого наукового дослідження.

Якщо враховувати результати проведеного дослідження, то постає питання: що заважає офіційно визнати КСУ суб'єктом правотворчості?

Науковці, які не підтримують судову правотворчість, вказують на те, що у випадку визнання за судами правотворчої функції буде порушений принцип поділу влади і принцип верховенства права.

З таким твердженням можна не погодитись. Безумовно, компетентним державним органом, наділеним повноваженнями приймати закони, є законодавчий орган. Це ніким не оспорується. Однак, поряд із законодавчим органом існують органи виконавчої влади, які не наділені правом приймати закони, але творити норму права вони можуть. При цьому наявність такого повноваження у органів виконавчої влади ніяким чином не зменшує ролі законодавчого органу. Отже, зважаючи на вказане, визнання правотворчої функції за судами, в тому числі і КСУ, також не порушує принципу розподілу влади.

На закінчення зазначимо, що класична теорія розподілу влади Ш. Л. Монтеск'є однозначно не дає відповіді на питання можливості або неможливості існування судової правотворчості, а лише передбачає про небажані наслідки концентрування влади в рамках одного суб'єкту¹⁶. Таким чином, робимо висновок що, у випадку наділення судів правотворчими повноваженнями, основоположний принцип розподілу влади не буде порушений.

¹ Козюбра М. Суд і правотворчість // Законотворчість, проблеми гармонізації законодавства України з міжнародним та європейським правом (збірник науково-практичних матеріалів / Інститут законодавства Верховної Ради України, Українська школа законотворчості, Українсько-європейський консультативний центр з питань законодавства (UEPLAC) Бібліотека Української школи законотворчості. Вип. 4. – К., 2005. – 198 с. – С. 103–104.

² Бойков А. Д. Третья власть в России. Книга вторая. Продолжение реформ. – М., 2002. [Электронный ресурс] – Режим доступа : http://www.pravo.vuzlib.org/book_z108_page_16.html

³ Семьянов Евгений Викторович. Судебное правотворчество : Вопросы общей теории права : Дисс. ... канд. юрид. наук. : 12.00.01 : М., 2005 – 193 с.; РГБ ОД, 61:05-12/1727 : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.dslib.net/teoriaprava/sudebnoe-pravotvorchestvo-voprosy-obwey-teorii-prava.html#1014951>

⁴ Теорія держави і права. Академічний курс: Підручник / За ред. О. В. Зайчика, Н. М. Оніщенко. – 2-е вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 688 с. – С. 355.

⁵ Иванова Т. В. Правотворческие полномочия судебных органов: теоретический аспект [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://pravmisl.ru/index.php?option=com_content&task=view&id=2431

⁶ Худоба В. Н. Решения Конституционного Суда Украины как источник Гражданского процессуального права // Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. Серия «Юридические науки». Том 20 (59), № 1. – 2007 г. – С. 156–159.

⁷ Євграфова Є. П. Акти Конституційного Суду України в системі національного законодавства // Право України. – 2001. – № 10. – С. 66–67.

⁸ Погорілко В. Ф., Федоренко В. П. Джерела конституційного права України / Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2003. – № 5. – С. 14–25.

⁹ Тодыка Ю. Н. Конституционное право Украины: отрасль права, наука, учебная дисциплина. – Х., 1998. – С. 140.

¹⁰ Шаповал В. Теоретичні проблеми реалізації норм Конституції // Право України. – 1997. – № 6. – С. 5–6.

¹¹ Ливиць Р. З. Судебная практика как источник права. – М., 1997. – С. 34–41.

¹² Худоба В. Н. Вказана праця. – С. 156.

¹³ Эбзеев Б. С. Конституция. Правовое государство. Конституционный суд. – М., 1997. – С. 112–114, 120–123, 129.

¹⁴ Скакун О. Ф. Теория государства и права: Учебник. – Х.: Консум; Ун-т внутр. дел, 2000. – С. 338–339; Загальна теорія держави і права / За ред. проф. М. В. Цвіка, доц. В. Д. Ткаченка, проф. О. В. Петришина. – Х.: Право. – 2002. – С. 296–298.

¹⁵ Скомороха В. Є. Конституційна юрисдикція в Україні: проблеми теорії, методології і практики / В. Є. Скомороха. – К.: МП «Леся», 2007. – 716 с. – С. 452.

¹⁶ Монтестьє Ш. Л. О духе законов / Избранные произведения. – М., 1955. – С. 291–300.

Резюме

Бовсунувська І. Г. Конституційний Суд України як суб'єкт правотворчості.

Метою дослідження є визначення ролі Конституційного Суду України як суб'єкта правотворчості на підставі аналізу статусу Конституційного Суду України і природи правових актів даного органу. Виявляється неоднозначна природа правових актів, підкреслюється участь органу конституційного контролю в процесі правотворчості, спірний характер наявності правотворчих повноважень Конституційного Суду України.

Ключові слова: правотворчість, судова правотворчість, джерела права, нормативно-правовий акт, акти Конституційного Суду України.

Резюме

Бовсунувская И. Г. Конституционный Суд Украины как субъект правотворчества.

Целью исследования является определение роли Конституционного Суда Украины как субъекта правотворчества на основе анализа статуса Конституционного Суда Украины и природы правовых актов данного органа. Выявляется неоднозначная природа правовых актов, подчеркивается участие органа конституционного контроля в процессе правотворчества, спорный характер наличия правотворческих полномочий Конституционного Суда Украины.

Ключевые слова: правотворчество, судебное правотворчество, источник права, нормативно-правовой акт, акты Конституционного Суда Украины.

Summary

Bovsunovska I. The Constitutional Court of Ukraine as the subject of lawmaking.

The aim of the current research is the determination of the role of the Constitutional Court of Ukraine as the subject of lawmaking on the basis of the analyses of the Constitutional Court of Ukraine status and legal nature of its acts. The ambivalent nature of the legal acts is revealed. It is underlined the participation of constitutional control in lawmaking process, and the controversial nature of the availability of the lawmaking power of the Constitutional Court of Ukraine.

Key words: lawmaking, juridical lawmaking, source of law, normative legal act, acts of the Constitutional Court of Ukraine.

Отримано 14.04.2014

В. В. ГЕЦКО

Вікторія Василівна Гецько, аспірант Ужгородського національного університету

ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ ПРО КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ДЕПУТАТІВ

Пріоритетним видом юридичної відповідальності у конституційному праві України є конституційно-правова відповідальність, яка нині сформувалася як інститут конституційного права та елемент системи гарантій конституційного права України¹.

Слід звернути увагу на те, що засадничим принципом правової держави є принцип верховенства права, сутність якого полягає, насамперед, у неухильному дотриманні конституційно-правових норм всіма суб'єктами суспільних відносин. Одним із засобів досягнення такого стану державно-правової дійсності виступає конституційно-правова відповідальність, яка забезпечує підтримку в державі необхідного правопорядку, встановлення режиму конституційної законності. Все це вказує на необхідність визнання інституту конституційно-правової відповідальності одним із центральних у системі конституційного права.

Конституційно-правова відповідальність є однією із важливих умов забезпечення взаємозв'язку держави та інститутів громадянського суспільства. У сучасних умовах подальшої розбудови правової державності в Україні конституційно-правова відповідальність органів та посадових осіб державної влади є важливою гарантією конституційності, законності та правопорядку, реалізації прав і свобод людини та громадянина.

Варто зазначити, що Конституція України закріпила якісно новий підхід до конституційної законності, який проявляється, в обов'язках дотримуватись Основного Закону як органам, так і посадовим особам, а саме ст.19 встановлює, що «Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України»². Тобто, встановлюючи на конституційному рівні саме цей припис, законодавець визначає конституційну законність як засіб обмеження влади державної влади, закріплюючи при цьому, її конституційні рамки та межі.

До того ж, важливим фактором, який характеризує режим конституційної законності, являється застосування засобів конституційно-правової відповідальності до органів та посадових осіб державної влади. Своєю чергою, конституційні санкції повинні застосовуватися тільки у випадку наявності ознак складу конституційного делікту в діяннях чи бездіяльності. Іншими словами, конституційну законність слід визначати в якості засобу обмеження влади.

Як зазначав Ю. М. Тодика, інститут конституційно-правової відповідальності, в більшій мірі, повинен «працювати» на охорону і захист Конституції України, стабільність конституційного ладу, забезпечення конституційної законності, демократичного правового статусу особи, бути однією із вагомих гарантій недопущення узурпації державної влади. Влада народу України може бути реально забезпечена при умові, коли інститут конституційно-правової відповідальності запрацює. А поки, що проблем у даному питанні більше, ніж достатньо³.

Конституційна законність як особливий режим фактичного дотримання всіма суб'єктами правовідносин вимог закону являється необхідною правовою формою, умовою та засобом практичного утвердження правового порядку в громадському та державному житті.

Очевидно, що об'єм прав та обов'язків органів та посадових осіб державної влади має бути збалансований, оскільки міра влади вимірюється мірою відповідальності. На жаль, таке збалансування не завжди має місце. Дисбаланс між правами і обов'язками державних структур може суттєво дестабілізувати соціально-політичні процеси. Завдання конституційно-правової відповідальності – забезпечити функціонування органів державної влади в режимі законності⁴.

Конституційна відповідальність, виходячи з її особливої важливості, повинна регулюватися, у першу чергу, найбільш значущими за юридичною силою нормативними правовими актами.

У науці конституційного права під джерелами конституційного права, як правило, розуміють зовнішню форму вираження (об'єктивізації) конституційно-правових норм. Цей підхід до категорії «джерело конституційного права» сформувався історично, але багато правознавців зазначали, що джерело права є не просто «оболонкою» для норм права, а насамперед духовним підґрунтям права, що наповнює право конкретним змістом і надає йому певної форми⁵.

Виходячи з цього, під джерелами законодавства про конституційно-правову відповідальність слід розуміти законодавчі форми вираження конституційно-правових норм, що закріплюють санкції та механізм їх застосування за вчинення конституційних деліктів, а також самі склади конституційних деліктів, у тому числі і окремі його елементи.

Адже, як зазначають науковці, виокремити особливий вид відповідальності – це означає чітко заявити про це в законах, визначити склади правопорушень, систему санкцій за порушення норм, особливий порядок, спеціальне впровадження по застосуванню цих санкцій⁶.

За таких умов, важливо проаналізувати законодавство, що регулює конституційно-правову відповідальність, встановити склади правопорушень, систему застосовуваних за них санкцій, особливий порядок, спеціальне виробництво із застосування цих санкцій. Говорити про наявність або відсутність того чи іншого виду юридичної відповідальності слід, у першу чергу, виходячи з аналізу законодавства та практики його реалізації.

Насамперед, основним джерелом конституційного права є Конституція України, прийнята 28 червня 1996 року. Втім, конституційно-правова відповідальність депутатів в Основному Законі закріплена вкрай фрагментарно, що, в свою чергу, створює враження про відсутність законодавчого закріплення даного виду відповідальності на найвищому рівні. Зокрема, конституційно-правова відповідальність депутатів на рівні Конституції України, закріплена, зокрема: дострокове припинення повноважень народних депутатів України (ч. 2 ст. 81 КУ); відповідальність народних депутатів, яка впливає із депутатської недоторканості та депутатського індемнітету (ст. 80 КУ); вимоги щодо несумісності депутатського мандата (ст. 78 КУ); дострокове припинення повноважень Верховної Ради України (ст. 90 КУ) тощо. Таким чином, можна зробити висновок, що на конституційному рівні зафіксовані основи конституційно-правової відповідальності депутатів. Зрештою, виходячи з основоположної тези, що норми Основного Закону лише встановлюють та регламентують принципи та основи основних інститутів суспільства та держави, то, за таких умов, конституційно-правові норми щодо конституційно-правової відповідальності потребують деталізації та конкретизації на рівні законів України.

Поряд з цим, окремі положення щодо конституційно-правової відповідальності народних депутатів України та депутатів місцевих рад містяться у законах України.

Зокрема, проаналізуємо Закон України «Про статус народного депутата України» від 17 листопада 1992 р. із змінами та доповненнями в частині щодо конституційно-правової відповідальності народних депутатів України. *По-перше*, якщо вдаватися до структурного аналізу вищезазначеного закону, який, в свою чергу, регламентує конституційно-правовий статус народних депутатів України, як повноважних представників українського народу та членів парламенту, як загальнонаціонального представницького органу законодавчої влади України, то варто констатувати той факт, що в структурі законодавчого акта відсутній розділ чи глава щодо конституційно-правової відповідальності. На нашу думку, виходячи з того, що юридична відповідальність, в тому числі, і конституційно-правова, є структурним елементом конституційно-правового народних депутатів України, вона вкрай потребує регламентації на рівні саме цього закону. *По-друге*, з іншого боку, якщо розглядати конституційні обов'язки народних депутатів України як елемент конституційно-правового статусу, оскільки їх невиконання або неналежне виконання може бути підставою для притягнення до конституційно-правової відповідальності, то в вказаному законі міститься чітка їх регламентація. Зокрема, ст. 24 Закону України «Про статус народного депутата України» встановлює, що народний депутат зобов'язаний «бути присутнім та особисто брати участь у засіданнях Верховної Ради України та її органів, до складу яких його обрано»⁷. Натомість, врегулювання фактичних конституційно-правових відносин саме цього характеру має цілий ряд проблем. Адже, досить часто по факту, голосування відбувається депутатами не особисто, що, у свою чергу, є прямим порушенням припису закону. В такому випадку, постає необхідність настання конституційно-правової відповідальності за неналежне виконання своїх обов'язків. У цьому аспекті, варто зазначити, що механізм конституційно-правової відповідальності депутатів потребує свого реального законодавчого закріплення, саме частині встановлення конституційних санкцій та в інституціональній частині. Як зазначав з цього приводу Ю. М. Тодика, реалізація норм Конституції України проводиться за допомогою двох елементів механізму їх реалізації: а) через систему, включаючи в себе деталізуючі Конституцію норми галузевого законодавства, процесуальні акти, правовідносини і б) через інституціональну систему, тобто цілеспрямовану діяльність органів державної влади по дотриманню, охороні і реалізації конституційних приписів, створенню умов для належного застосування на практиці норм Конституції⁸.

Власне, в контексті вищезазначеного, можна стверджувати, що відсутність ефективного механізму притягнення до конституційно-правової відповідальності є однією із причин порушення конституційної законності. Для сучасного стану державно-правової дійсності, як правило, органи державної влади та посадові особи, які порушують норми Конституції України не несуть конституційно-правової відповідальності.

У науковій літературі висловлюється думка, що режим конституційної законності має місце там, де працює механізм конституційно-правової відповідальності. Її направленість, санкції значною мірою визначаються Конституцією України, оскільки тільки вона закріплює соціальні цінності, які насамперед необхідно захищати і охороняти⁹.

На думку Н. М. Колосової, конституційна відповідальність повинна бути присутньою на кожному із етапів конституційної законності в якості ефективного правового засобу її забезпечення¹⁰.

Як свідчить практика, проблеми конституційно-правової відповідальності як окремого виду юридичної відповідальності мають досить актуальний характер, оскільки на сьогодні в Україні відсутній чіткий механізм притягнення до конституційно-правової відповідальності народних депутатів України та депутатів місцевих рад, що, в свою чергу, створює умови для скоєння ними дій, які протирічать конституційним принципам народовладдя.

Конституційно-правова відповідальність депутатів виявляється в конкретних мірах, тобто в конституційних санкціях. Конституційні санкції – це можливість настання несприятливих наслідків через законодавчий примус по відношенню до суб'єкта права у випадку невиконання ним конституційних обов'язків або у випадку зловживання своїми правами.

В цілому конституційно-правові санкції є досить різноманітними. Зокрема, на думку Ю. М. Тодики, формами юридичної відповідальності можуть бути: офіційне визнання роботи державного органу, посадової особи незадовільною, вказівка на недоліки у роботі; дострокове реформування підпорядкованого органу; усунення конституційного порушення шляхом відміни, призупинення дії актів державних органів і громадських утворень; обмеження, позбавлення спеціального статусу; примус до виконання конституційного обов'язку; тимчасова заборона (призупинення) окремих видів чи всієї діяльності, примусовий розпуск (ліквідація); вираження недовіри; імпічмент Президенту України тощо¹¹.

Вважаємо за доцільне виділити наступні основні напрямки щодо вдосконалення законодавства України в сфері конституційно-правової відповідальності, зокрема: *по-перше*, необхідно внести зміни до чинного законодавства, що закріплює конституційно-правовий статус депутатів. Важливо в законах України про статус депутатів не лише встановити коло повноважень, а й передбачити механізми застосування заходів конституційно-правової відповідальності в разі невиконання обов'язків. Перш за все, необхідно закріпити склади конституційних деліктів та конституційних санкцій. По-друге, нормативна регламентація конституційно-правової відповідальності депутатів повинна спрямовуватися на прийняття процесуально-процедурних норм, оскільки досить часто за наявності певних підстав відсутній механізм притягнення до відповідальності.

¹ Погорілко В. Ф., Федоренко В. Л. Юридична відповідальність за порушення конституційного законодавства України // Часопис Київського університету права. – 2001. – № 1. – С. 31.

² Конституція України від 28.06.96 р. // ВВР. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

³ Тодика Ю. М. Конституція України: проблеми теорії і практики: Монографія. – Х.: Факт, 2000. – С. 193.

⁴ Там само. – С. 189.

⁵ Погорілко В. Ф., Федоренко В. Л. Конституційне право України. Академічний курс: Підруч.: У 2 т. – Т. 1 / За ред. В. Ф. Погорілка. – К.: ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2006. – С. 311.

⁶ Колосова Н. М. Конституционная ответственность в Российской Федерации: Ответственность органов государственной власти и иных субъектов права за нарушение конституционного законодательства Российской Федерации. – М.: Городец, 2000. – С. 31.

⁷ Про статус народного депутата України від 18.10.1992 р. // Відомості Верховної Ради України від 19.01.1993. – 1993 р., № 3, стаття 17.

⁸ Тодика Ю. М. Вказана праця. – С. 340.

⁹ Там само. – С. 189.

¹⁰ Колосова Н. М. Вказана праця. – С. 140.

¹¹ Тодика Ю. М. Вказана праця. – С. 189.

Резюме

Гецько В. В. Законодавство України про конституційно-правову відповідальність депутатів.

У статті автор досліджує конституційно-правову відповідальність депутатів, яка являється вагомим інститутом для будь-якої моделі державно-правового регулювання. Зокрема, автор аналізує конституційно-правові норми щодо окремих аспектів конституційно-правової відповідальності. Автор відмічає, що національне законодавство у цій сфері перебуває у стадії свого становлення.

Ключові слова: конституційно-правова відповідальність, депутат, законодавство України, Конституція України.

Резюме

Гецько В. В. Законодательство Украины о конституционно-правовой ответственности депутатов.

В статье автор исследует конституционно-правовую ответственность депутатов, которая является важным институтом государственно-правового регулирования. В частности, автор анализирует конституционно-правовые нормы в сфере конституционно-правовой ответственности и отмечает на необходимость усовершенствования законодательства Украины.

Summary

Hetsko V. The Legislation of Ukraine on Deputies' Constitutional and Legal Responsibility.

The article represents the research of deputies' constitutional and legal responsibility, being an important institution for any model of the state and legal regulation. Particularly, the author analyses constitutional and legal standards of certain constitutional and legal responsibility aspects. The author emphasizes that the appropriate national legislation is being formed.

Key words: constitutional and legal responsibility, deputies, the legislation of Ukraine, the Constitution of Ukraine.

Отримано 14.04.2014

Н. В. КОВАЛЬ

Наталія Вікторівна Коваль, аспірант Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА КООРДИНАЦІЙНИХ, КОНСУЛЬТАТИВНИХ, ДОРАДЧИХ ТА ІНШИХ ДОПОМІЖНИХ ОРГАНІВ І СЛУЖБ ПРИ ГЛАВІ ДЕРЖАВИ В ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ

Система координаційних, консультативних, дорадчих та інших допоміжних органів і служб при главі держави (далі – допоміжні органи), їх місце та роль визначаються правовим статусом глави держави як найвищої посадової особи або органу. Відповідно до норм конституцій різних держав глава держави є або поза межами гілок влади (наприклад, Російська Федерація, Франція), або входить і в законодавчу, і у виконавчу (наприклад, Індія), або лише у виконавчу гілку влади (наприклад, Італія, США). Саме від статусу і становища глави держави визначаються статус і структура допоміжних органів, які створені для забезпечення діяльності і реалізації своїх функцій глави держави.

У середньовіччі основною юридичною формою глави держави був монарх, але з часом, із встановленням республіканської форми правління, главою держави став президент. На сьогодні юридичними формами глави держави є:

1. Одноособовий монарх, який успадкував свою посаду (наприклад, Великобританія, Японія, Іспанія, Марокко).
2. Одноособовий монарх, призначений своєю сім'єю (наприклад, Саудівська Аравія).
3. Одноособовий монарх федеративної держави, обраний на певний визначений період монархами суб'єктів федерації зі свого складу (наприклад, Малайзія, ОАЕ).
4. Одноособовий президент, якого обрали народ, парламент або представницька колегія на певний термін (наприклад, США, Німеччина, Італія, Індія, Китай, Російська Федерація).
5. Вищий колегіальний орган, який обрав парламент на певний строк (наприклад, Куба).
6. Глава уряду, виконуючий функції глави держави (наприклад, землі Німеччини).
7. Генерал-губернатор – представник британського монарха в державах, які мають статут британського домініону, тобто визнають главою держави британського монарха (наприклад, Канада, Австралія, Нова Зеландія).

8. Одноособовий або колегіальний глава держави, який узурпував владу в державі, зазвичай без встановлення строку правління (наприклад, Фіджі)¹.

Незалежно від юридичної форми, допоміжні органи при главі державі створені для забезпечення персонального статусу глави держави, співпраці та координації діяльності інших державних структур, а також для того, щоб представляти главу держави зовні. На прикладі різних країн світу з республіканською та монархічною формами правління спробуємо охарактеризувати зазначені органи.

Першою країною у світі, де виникла посада Президента, були Сполучені Штати Америки (далі – США). В той час коли влада в більшості країн мала монархічний, спадкоємний характер, у США главу держави обирали у ході загальних виборів. Також вперше була запроваджена система асигнувань для утримання штату резиденції глави держави. У 1857 р. Конгрес США виділив кошти на утримання Білого дому, а також особистого секретаря та керуючого резиденцією. До цього Президенту США взагалі не виділялись кошти навіть на утримання свого секретаря².

На сьогодні в США система допоміжних органів при Президентові визначається поняттям адміністрації, яке включає в себе всю виконавчу владу на чолі з Президентом і віце-Президентом. У вузькому сенсі цьому терміну відповідає Виконавчий апарат Президента США (Executive Office of the President), створений у 1939 р. указом Франкліна Рузвельта. Він підпорядковується безпосередньо главі держави і покликаний сприяти йому в забезпеченні ефективного управління країною. Співробітники надають консультативну допомогу при формуванні політики держави і відповідають за широке коло питань. Виконавчий апарат включає помічників і радників Президента, а також допоміжний персонал. У структуру входять: Рада економічних консультантів, Рада з питань якості навколишнього середовища, Рада національної безпеки, Адміністративно-бюджетне управління, Служба з питань національної політики в галузі контролю за наркотиками, Служба з питань визначення науково-технічної політики, Офіс торгового представництва США, офіс віце-Президента, особиста канцелярія президента і ще цілий ряд підлеглих структур. Роботу адміністрації контролює керівник служби Білого дому³.

Особливим видом допоміжних органів при Президентові є віце-Президент. Вперше, як і посада Президента, посада віце-Президента була заснована в США. За своєю складовою цей державний орган під-

падає під ознаки допоміжного органу при главі держави, оскільки є державним органом, але не наділений самостійними державно-владними повноваженнями, його основним завданням є забезпечення діяльності Президента. Віце-Президент часто стає особистим помічником, якому доручаються виконувати приватні справи⁴.

Стаття 5 Конституції Французької Республіки 1958 р. визначила політичну роль глави держави. Президент Республіки стежить за дотриманням Конституції, забезпечує своїм арбітражем нормальне функціонування публічних влад, а також спадкоємність держави. Він є гарантом національної незалежності, цілісності території, дотримання міжнародних договорів⁵.

Вагоме значення в даний час мають допоміжні органи і служби при Президентів Франції. Суворо ієрархічний за своєю організацією та спеціалізований за функціями апарат за французькою термінологією отримав назву «служба Єлисейського палацу», або просто Єлисейський палац. Створений першим президентом V Республіки де Голлем, він був сприйнятий в якості зручного інструменту управління справами і його наступниками⁶. На сьогодні немає офіційної письмової регламентації організації діяльності Єлисейського палацу, існує лише усна вказівка Президента про діяльність нижчезазначених структур.

Апарат Єлисейського палацу складається з генерального секретаріату Президента Республіки, Кабінету Президента та особистого (військового) штабу Президента. Служби Єлисейського палацу поділяються на два «доми»: «цивільний» та «військовий». «Цивільний дім» складається з трьох елементів: генерального секретаріату Президента Республіки, до якого входить і кабінет Президента, чиновники особливих доручень та служби преси. «Військовий дім» поділяється на два елементи: особистий штаб Президента Республіки і комендатура Єлисейського палацу⁷.

Генеральний секретаріат на чолі з генеральним секретарем «цивільного дому» виступає основним інструментом політичних дій Президента та координує діяльність міністерств і відомств. Головна його роль – допомагати главі держави у провадженні державних справ, збирати інформацію, надавати проекти рішень, контролювати їх виконання. Важливою функцією генерального секретаря є особисті контакти з численними офіційними діячами, політичними лідерами, дипломатами, журналістами⁸.

Формування штату працівників здійснює безпосередньо Президент Республіки на власний розсуд. Законодавчо не передбачено обмежень щодо чисельності президентських служб. На сьогодні кількість осіб, котрі забезпечують діяльність Президента Франції, сягає близько 500.

Конституція Російської Федерації визначила ряд допоміжних органів, які створені для забезпечення діяльності Президента. Це – Рада Безпеки Російської Федерації, Адміністрація Президента Російської Федерації та Повноважні представники Президента Російської Федерації. Їх конституційно-правовий статус, структура та діяльність визначаються відповідними положеннями, які затверджує Президент Російської Федерації⁹.

Адміністрація Президента Російської Федерації є державним органом, який забезпечує діяльність Президента і здійснює контроль над виконанням рішень глави держави. Також при Президентів Російської Федерації створюються комісії, яких на сьогодні 13. За напрямками діяльності існують Комісії з питань стратегії розвитку паливно-енергетичного комплексу та екологічної безпеки; з питань державної служби та резерву управлінських кадрів; з питань військово-технічного співробітництва Російської Федерації з іноземними державами; з попереднього розгляду кандидатур на посади суддів федеральних судів; Міжвідомча комісія з реалізації Державної програми зі сприяння добровільному переселенню в Російську Федерацію співвітчизників, що проживають за кордоном; з питань державних нагород; з реабілітації жертв політичних репресій; з питань громадянства; з питань кадрової політики в правоохоронних органах; з моніторингу досягнення цільових показників соціально-економічного розвитку Росії; у справах ветеранів; у справах інвалідів та з питань розвитку авіації загального призначення¹⁰.

Президент Російської Федерації в силу своїх повноважень має право створювати Ради, які є допоміжними, дорадчими, консультативними, координаційними органами, статус яких визначений у відповідних положеннях. Так, наприклад, Рада при Президентів Російської Федерації з модернізації економіки та інноваційного розвитку Росії є дорадчим органом при Президентів Російської Федерації, утвореним з метою забезпечення взаємодії федеральних органів державної влади, органів державної влади суб'єктів Російської Федерації, органів місцевого самоврядування, громадських об'єднань, наукових та інших організацій при розгляді питань, пов'язаних з модернізацією економіки та інноваційним розвитком Росії, а Рада при Президентів Російської Федерації з розвитку громадянського суспільства і прав людини є консультативним органом при Президентів Російської Федерації, утвореним з метою надання сприяння главі держави в реалізації його конституційних повноважень у галузі забезпечення та захисту прав і свобод людини і громадянина, інформування Президента Російської Федерації про стан справ у цій галузі, сприяння розвитку інститутів громадянського суспільства в Російській Федерації, підготовки пропозицій главі держави з питань, що входять до компетенції Ради¹¹.

Організація діяльності та конституційно-правова природа вищезазначених органів, як і в Україні, потребує розв'язання певних завдань, які ставить перед главою держави розвиток суспільства, тому коли виникає певна необхідність у дослідженні конкретних питань – Президент створює допоміжні органи.

У країнах з монархічною формою правління в категорію допоміжних органів, які забезпечують діяльність глави держави, входить так званий «королівський двір». Конституції держав, які закріплюють дану форму правління, офіційно визнають за монархом право на утримання свого «королівського двору».

Перехідною від давнини до сучасності форма існування допоміжних органів при главі держави є двір монарха (королівський двір). Даний вид допоміжних органів виникав усюди, де існувала досить сильна, тобто здатна дієво впливати на державне управління влади монарха, іншими словами там, де монарх був дійсним главою держави. При цьому монарх міг бути не єдиним законним носієм державної влади. Головним призначенням була участь у забезпеченні повноважень глави держави, в тому числі у проведенні внутрішньої і зовнішньої політики. Також значним була участь двору в становленні та розвитку середньовічних, а, відповідно, і сучасних державних органів. Двір як допоміжний орган сам відчував зворотний вплив з боку інших державних органів, у тому числі органів державної влади, будучи складовою частиною розвитку середньовічної державності. У діяльності двору як допоміжного органу глави держави часто важко відрізнити, що є основним – забезпечення особи глави держави або забезпечення повноважень глави держави, настільки тісно ці два напрями роботи двору переплелися. Зміни в обов'язках державних органів, у тому числі глави держави і його допоміжних органів, призводять до виникнення держави Нового часу, новим місцем глави держави в системі органів державної влади і, відповідно, сучасному етапу розвитку допоміжних органів при главі держави. З двору і його підрозділів пізніше утворюються судові, виконавчі та господарські державні органи, в тому числі органи державної влади. У свою чергу на нього справляє вплив процес бюрократизації державної влади. У результаті двір вступає в новий етап свого розвитку: зміниться перелік і обов'язки службовців двору, підходи до розподілу обов'язків між ними. Але, незважаючи на загальний рух до бюрократизації державного апарату, саме двір найбільше зберігає значний особистісний початок у взаєминах глави держави та посадових осіб його допоміжного органу¹².

Великобританія не має Конституції як єдиного акта. Окремі питання організації та діяльності державної служби регламентуються Актами про міністрів Корони 1937, 1964, 1975 років. Актом про передачу повноважень міністрів Корони 1946 р., Актами про дискваліфікацію депутатів палати громад 1957 р. та ін.

У Великобританії, Канаді, Японії розвиток допоміжних органів при главі держави не отримав того розмаху, який мав місце в США. Разом із тим у цих державах впливові допоміжні органи при главі держави з'явилися набагато раніше, ніж у США, і до певної пори були більш розвинені.

Наприклад, у Великобританії королева – фігура політично нейтральна, вона виступає як гарант стабільності у державі та суспільстві. Статутне право і королівські прерогативи встановлюють для монарха значні повноваження, однак, відповідно до конституційної угоди, монарх «царствує, але не управляє».

Для забезпечення діяльності королеви існує п'ять департаментів королівського двору. До їх складу входять департамент Букінгемського палацу, особистий секретар, департамент королівського дому, фінансовий департамент. Особистий секретар королеви – лорд Чемберлен – відіграє найбільш відповідальну місію, адже його основним завданням є підготовка майже всіх візитів королеви і заходів державних керівників, інформування королеви про останні події у світі, підготовка (редагування) проектів промов та ін. Організацією взаємодії з палатами парламенту, парламентськими фракціями, проведенням церемонії відкриття парламенту та ін. займається лорд-грейт Чемберлен¹³.

Великобританія може слугувати прикладом одночасного існування двох систем допоміжних органів при главі держави, оскільки функції глави держави виконуються монархом і кабінетом міністрів на чолі з прем'єр-міністром. Функції символічного забезпечення єдності країни, арбітра в самих критичних ситуаціях і резерву державної системи виконує монарх. Функції визначення основних напрямів внутрішньої і зовнішньої політики та призначення посадових осіб значною мірою виконуються прем'єр-міністром. Відповідно, кожна система допоміжних органів забезпечує виконання своєї частини функцій глави держави. У Великобританії вперше апарат уряду був створений на початку ХХ століття. Першим постійним комітетом при уряді, що проіснував без змін досить тривалий час, був створений у 1903 р. Комітет з імперського захисту. Надалі система комітетів при уряді значно розвинулася, чому сприяли також Перша і Друга світові війни. До 1945 р. створення комітетів в основному було закінчено. Після цього дана сукупність у своїй основі не змінювалася, так само як і порядок роботи комітетів. Точні відомості про їх кількість, будову, час та особливості роботи закриті для широких кіл громадськості. Але спогади і розсекречені документи дають змогу з'ясувати, що комітети поділялися на постійні (приблизно 25 комітетів), які існували незалежно від того, хто обіймав посаду глави уряду, і тимчасові (близько 100), що не існували довше, ніж виконував свої повноваження їх дійсний глава виконавчої влади, який їх створив¹⁴.

Королівський штат працівників іноді може нараховувати більше 1000 осіб. У королівському дворі існує чітка ієрархія, тому деякі працівники (клерки) можуть працювати роками, але особисто не спілкуватись з королевою.

Крім того, з XIII ст. діє Таємна рада, яка є дорадчим органом при главі держави. До складу Таємної ради входять міністри Кабінету, судді Апеляційного суду, архієпископи англійської церкви, спікер Палати громад та інші вищі посадові особи – усього 300 чоловік. Кворум для засідання Таємної ради – 3 особи, тому, як правило, у засіданні беруть участь кілька членів. Уся Таємна рада збирається тільки з особливо урочистого приводу, наприклад, у зв'язку з церемонією коронації монарха. Таємна рада може утворювати різні комітети, важливішим з яких є Судовий комітет. Цей комітет був сформований у 1833 р. та являє собою апеляційну інстанцію для церковних судів, трибуналів різних профспілок. Таємна рада приймає рішення від імені монарха у формі прокламацій і наказів. Наприклад, скликання парламенту та розпуск Палати громад має форму прокламації, а рішення з питань права та управління – форму наказів¹⁵.

У сучасних монархіях, встановлених конституціями, прийнятими після Другої світової війни – Іспанії, Швеції, Японії, штати двору значно скромніші. Наприклад, король Іспанії Хуан Карлос I особисто переглядає і підписує документи (до 60 на тиждень), сам визначає основні положення своїх виступів, передаючи потім їх співробітникам королівської канцелярії.

Стаття 65 Іспанської Конституції присвячена основам діяльності допоміжних органів при главі держави (якщо розглядати забезпечення функцій глави держави, то це стосується також повноважень Державної Ради, якому присвячена ст. 107 Конституції Іспанії). У цій статті також зазначено, що «король отримує з державного бюджету кошти на утримання своєї сім'ї та королівського двору і вільно розпоряджається ними. Король сам призначає і звільняє працівників королівського двору¹⁶.

Обов'язком Державної ради є дорадче забезпечення уряду і автономних співтовариств за запитами їх голів. Відповідальність пленуму і відповідальність постійної комісії Державної ради різняться. Перша включає 10 питань, за якими слід обов'язково радитися з Державною радою (наприклад, щодо проектів законодавчих указів). Відповідальність постійної комісії включає 18 питань і стосується приписів, які видають на виконання або у розвиток міжнародних договорів, конвенцій та угод, спорів про повноваження між різними відомствами, нагляду за здійсненням повноважень, переданих державою автономним співтовариствам та ін. Пленум включає голову Ради, постійних радників, радників з посади, виборних радників і секретаря Ради. У Постійну комісію входять голова, постійні радники і Генеральний секретар. Голова Ради призначається королівським указом, схваленим Радою міністрів і погодженим з головою уряду. Голова обирається з числа правознавців, що володіють відповідним досвідом. Постійні радники призначаються на посаду королівським указом з кола зазначених у органічному законі осіб – діючих і колишніх міністрів, членів або голів законодавчих органів автономних співтовариств, професорів права, економіки та суспільних дисциплін університетів тощо. Радниками за посадою є перераховані в названому органічному законі особи, включаючи директора Іспанської королівської академії, президентів Королівської академії моральних і політичних наук, Академії юриспруденції та законодавства, генерального прокурора країни, голови Хунти начальників штабів. Генеральний секретар призначається на свою посаду королівським указом із числа вищих адвокатів за пропозицією постійної комісії, схваленої пленумом¹⁷.

З середини ХХ ст. у зарубіжних державах з багатьох напрямів діяльності апарату глави держави відбулися серйозні структурні й функціональні зміни. Особливо в тих державах, які зазнали поразки в Другій світовій війні, як, наприклад, Японія.

У сучасній Японії замість скасованого однойменного міністерства повсякденні справи глави держави вирішує управління імператорського двору, що діє при канцелярії прем'єр-міністра, де концентрується величезний потік інформації і стикаються різні інтереси. Новітній напрям у діяльності цього управління займає підтримка відносин з органами державної влади, передусім з Урядом. Начальник управління призначається прем'єр-міністром за згодою імператора, керує роботою персоналу, що нараховує близько 1000 осіб. Прес-служби, очолювані прес-секретарями, відділи зі зв'язків з громадськими об'єднаннями, очолювані начальником відповідного підрозділу федерального секретаріату (адміністрації глави держави), відділи апарату щодо роботи із засобами масової інформації тощо за родом своєї роботи змушені створювати й підтримувати імідж імператора. Багато в чому завдяки їх зусиллям вдається створити ореол таємничості навколо керівних персон, а також захистити їх від не завжди скромних поглядів журналістів на приватне життя правителів. Наприклад, приставлені до монарха державні чиновники управління імператорського двору в Японії пильно стежать за тим, щоб іміджу символу єдності нації нічого не загрожувало. На ділі це виливається в жорстке обмеження всіх його контактів і миттєве припинення найменших спроб заглянути ззовні за стіну імператорського палацу, який до речі, ретельно охороняється¹⁸.

Взагалі, додатковий потік інформації є надзвичайно важливим для монархів, оскільки вони з дитинства виховуються і перебувають в особливих умовах, що не дозволяють їм мати постійних безпосередніх контактів з підданими. Офіційна ж інформація, навіть абсолютно достовірна, відрізняється сухістю й однобічністю.

Підсумовуючи вищевикладене, можна зазначити, що системи допоміжних органів при главах держав відрізняються за своїм конституційно-правовим статусом. У державах з республіканською формою правління допоміжні органи при президентові забезпечують діяльність, виконуючи доручення державного характеру. При монархічній формі правління, де главою держави є король (королева), доручення можуть бути особистого характеру, і вони мають бути виконані.

¹ Конституционное (государственное право) зарубежных стран: В 4 т. Тома 1–2. Часть общая: Учебник / Отв. ред. проф. Б. А. Страшун. – 3-е изд., обновл. и дораб. – М.: Изд-во БЕК, 2000. – С. 352.

² Иксанов И. С. Президент Российской Федерации: основные полномочия и их организационное обеспечение: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. – М., 2008. – С. 86.

³ <http://www.whitehouse.gov/>

⁴ Петровский Д. Н. Конституционно-правовой статус вспомогательных органов при главе государства: дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. – М., 2005. – С. 101.

⁵ Конституція Франції [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://worldconstitutions.ru/archives/138>

⁶ Волощук О. Т. Інституту Президента у Франції, Росії та Україні: конституційні норми і політична практика. Монографія. – Чернівці: Технодрук, 2009. – С. 201.

⁷ Осавелюк А. М. Вспомогательный аппарат высших органов государственной власти в механизме государства : дисс. ... д-ра юрид. наук : 12.00.02. – М., 2006. – С. 199.

⁸ Волощук О. Т. Вказана праця.

⁹ Конституція Російської Федерації [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.constitution.ru>

¹⁰ <http://kremlin.ru>

¹¹ Конституція Російської Федерації.

¹² Про двор на Востоке см. сборник: История Турции / Коллас. Турецкая империя / А. де Бессе. Турецкая хроника / С. Шумов, А. Андреев. Константинополь / Д. Эсад. Двор цесаря турецкого / С. Старовольский : [Сб. / К сб. в целом]: Сост. С. А. Шумов и др. – К.; М. : ЕВРОЛИНЦ, 2003. – 330 с.

¹³ Осавелюк А. М. Вказана праця.

¹⁴ Петровский Д. Н. Вказана праця.

¹⁵ Ряка В. О. (ред.) Конституційне право зарубіжних країн. – 2-е вид., допов. і перероб. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – С. 244.

¹⁶ Конституція Іспанії [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://worldconstitutions.ru/archives/149>

¹⁷ Савин В. А. Система органов государственной власти и управления Испании. – М., 1982. – С. 59.

¹⁸ Иксанов И. С. Вказана праця.

Резюме

Коваль Н. В. Порівняльно-правова характеристика координаційних, консультативних, дорадчих та інших допоміжних органів і служб при главі держави в зарубіжних країнах.

Дана стаття розкриває на прикладі різних країн світу з республіканською та монархічною формами правління становлення, діяльність, місце й роль координаційних, консультативних, дорадчих та інших допоміжних і служб органів при главах держав.

Ключові слова: допоміжні органи, глава держави, зарубіжні країни.

Резюме

Коваль Н. В. Сравнительно-правовая характеристика координационных, консультативных, совещательных и других вспомогательных органов и служб при главе государства в зарубежных странах.

Данная статья раскрывает на примере различных стран мира с республиканской и монархической формами правления становление, деятельность, место и роль координационных, консультативных, совещательных и других вспомогательных и служб органов при главах государств.

Ключевые слова: вспомогательные органы, глава государства, зарубежные страны.

Summary

Koval N. Comparative legal description of coordination, consultative, advisory and other support agencies and institutions at the head of state in foreign countries.

This article reveals the example of different countries with a republican and monarchical forms of government formation, the activity, place and role of coordination, consultative, advisory and other auxiliary services at the head of state.

Key words: subsidiary bodies as head of state, foreign country.

Отримано 11.04.2014

УДК: 342.95

І. С. ВОЙТЕНКО

Ірина Сергіївна Войтенко, кандидат юридичних наук, викладач Національного університету ДПС України

ПОНЯТТЯ, СУТНІСТЬ ТА ОЗНАКИ АДМІНІСТРАТИВНО-ГОСПОДАРСЬКИХ САНКЦІЙ ЗА АДМІНІСТРАТИВНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Розвиток адміністративного законодавства України на сучасному етапі не може здійснюватися без урахування розвитку економіки та господарського законодавства. Також актуальним є адаптація чинного законодавства України до стандартів європейського законодавства, в тому числі й з урахуванням розширення правового регулювання господарюючих суб'єктів в Україні. Тому все більшої актуальності набувають умови застосування та правильного тлумачення адміністративно-господарських санкцій, що є метою розгляду даної статті.

Відповідальність – це встановлена державою система заходів впливу (санкцій) на інтереси суспільства з метою усунення небажаних наслідків, які стали результатом порушення встановленого порядку здійснення діяльності й керівництва нею, а також кінцевими незадовільними результатами діяльності¹.

Юридична відповідальність є правовідносинами між державою в особі її органів і порушником, до якого застосовують правові санкції з негативними для нього наслідками².

Під терміном «санкція» можна розуміти, головним чином, складову частину правової норми, яка на випадок невиконання норми визначає заходи державного впливу у формі примусу. З цього приводу існує думка, що санкція є несприятливим наслідком девіантної поведінки особи³.

Виходячи з цього, можна стверджувати, що правові санкції забезпечуються примусовою силою держави, вони є відповідною нормативно закріпленою формою контролю та реагування на прояви поведінки, діяльності в цілому.

Між санкцією та відповідальністю існує зв'язок, а саме – без санкції не існує відповідальності. Якщо правопорушники не несуть відповідальності, то санкція стає лише абстрактною загрозою⁴. Відповідні поняття поєднуються при їх реалізації, тобто – санкція виступає формою і мірою відповідальності. Але, по суті, санкція існує завжди без настання відповідальності.

Санкція, що застосовується до правопорушника за невиконання правових норм, має небажані наслідки. Заходи, передбачені нею, мають сприяти попередженню скоєння правопорушень у майбутньому як самим правопорушником, так і іншими особами⁵.

До санкції належать заходи, що забезпечують накладення відповідальності, недопущення правопорушень, їх попередження⁶.

Виходячи із таких підходів, можна стверджувати, що санкція і відповідальність мають загальні риси, а саме – примус суб'єкта до правомірних дій та необхідність відшкодування заподіяної шкоди⁷.

Санкція – специфічний вид правового примусу, що полягає, по-перше, в попередженні небажаних наслідків на випадок невиконання вимог закону.

По-друге, державний примус виражається в прямому, безпосередньому застосуванні санкцій, що полягає в позбавленні осіб, які скоїли правопорушення, певних благ⁸.

Санкція – це охоронна норма, яка регламентує поведінку суб'єктів права на випадок скоєння правопорушення⁹.

У зв'язку із цим санкція виражає захисні заходи держави щодо протиправних учинків. Вона пов'язана з можливістю примусового впливу на правопорушника. Санкції можуть виражатися в актах державного примусу до вчинення конкретних дій; покладанні додаткових обов'язків; припиненні чи зміні змісту правомочностей¹⁰.

Санкція є частиною правової норми, що містить вказівку на заходи державного примусу, які застосовуються у випадку правопорушення, та ставить за мету попередження останнього, а також відшкодування шкоди, заподіяної протиправним діянням¹¹.

Немає достатніх підстав стверджувати, що санкція ставить за мету виправлення та перевиховання правопорушника¹². Таку мету ставить перед собою держава, застосовуючи до правопорушника відповідні заходи державного примусу, керуючись санкцією. У цілому санкція є частиною правової норми, закріпленої нормативно-правовими актами. А це означає, що вона існує тривалий час, оскільки нормативно-правові акти приймаються державними органами та діють до їх скасування чи зміни. Відповідно, санкція існує і до скоєння правопорушення. Завданням правової держави є правильне, своєчасне застосування санкції правової норми за вчинене правопорушення.

Відповідальність не потрібно ототожнювати із санкцією правової норми, оскільки¹³:

1) наявність санкцій ще не означає настання відповідальності, адже санкція існує постійно як елемент правової норми, в тому числі до моменту її реалізації;

2) санкція правової норми відрізняється від відповідальності як за метою, так і за обсягом впливу на відповідного суб'єкта правовідносин;

3) відповідальність виникає і реалізується як у загальних, так і в конкретних правовідносинах, а санкція – лише в конкретних ситуаціях;

4) санкція не збігається в часі з моментом виникнення негативної юридичної відповідальності.

Відповідальність може наступити, а правова санкція не застосовується і навпаки, відповідальність може не виникнути, а санкція знаходить своє застосування.

Негативна відповідальність завжди пов'язана із «санкцією в дії»¹⁴.

Перш ніж перейти до розгляду поняття, сутності та ознак адміністративно-господарських санкцій за адміністративним законодавством нашої країни, зупинимось на визначенні такого інституту адміністративного права України, як адміністративно-господарське право.

Необхідність виникнення та розвитку адміністративно-господарського права пояснюється потребою упорядкування суспільних відносин, які виникають між суб'єктами економічної діяльності. У регулюванні таких відносин, безумовно, заінтересовані як названі суб'єкти, так і держава, оскільки нині економіка має фундаментальне значення для забезпечення існування населення країни та постійного підвищення рівня його життя. Таким чином, на державному рівні виробляються та приймаються норми, які мають сприяти розвитку національної економіки. Ці норми, власне, і утворюють адміністративно-господарське право¹⁵.

Необхідним кроком у напрямі пізнання сутності названої галузі права є відповідь на питання про те, чим є адміністративно-господарське право – самостійною галуззю права чи частиною адміністративного права. Німецькі вчені наголошують, що відповідь на нього не залежить ні від конкретних положень адміністративно-господарського права, ні від ступеня їх розвиненості. Вирішальним фактором є теоретична та практична потреба в систематизації й розробці базової структури і особливостей цієї сфери права. Динаміка розвитку тут не відрізняється однорідністю. У англо-американській системі права адміністративно-господарське право не виділяється в самостійну галузь. Тут основні напрями економічного регулювання включені до загального адміністративного права. Інший підхід домінує в континентальному праві, заснованому на римському праві. У таких країнах Європи, як Австрія, Німеччина, Франція, у більшості країн Центральної та Східної Європи, а також частково у державах Азії відбувається інтенсивний процес формування адміністративно-господарського права у самостійну галузь, проте дотепер ученим ще не вдалося обґрунтувати чітких критеріїв, які б дали змогу розглядати назване правове утворення у вигляді самостійної галузі права. Цьому заважає також і той факт, що німецьке адміністративно-господарське право досі залишається не кодифікованим¹⁶.

Таким чином, у переважній більшості випадків господарсько-адміністративне право розглядають як підгалузь адміністративного права, зосереджену в межах його особливої частини.

Відносини між державою та суб'єктами господарської діяльності вимагають чіткої, збалансованої і надзвичайно виваженої правової регламентації, яка, з одного боку, має сприяти вільному господарюванню, а з іншого – надавати державі можливість впливати на ці процеси задля досягнення загальнозначущих (публічних) цілей. Це завдання у європейських країнах розв'язується за рахунок адміністративно-господарського права¹⁷.

Адміністративно-господарські відносини посідають специфічне місце у предметі адміністративно-правового регулювання, оскільки:

- у них бере участь специфічний суб'єктний склад;
- вони мають спеціальний об'єкт;
- такі відносини пов'язані з реалізацією окремої групи суб'єктивних прав та обов'язків;
- вони викликаються до життя спеціальними юридичними фактами;
- через них опосередковується державна економічна політика¹⁸.

Частина 3 ст. 217 Господарського кодексу України¹⁹ (далі – ГК) визначає, що «крім зазначених у частині другій цієї статті господарських санкцій, до суб'єктів господарювання за порушення ними правил здійснення господарської діяльності застосовуються адміністративно-господарські санкції». Варто зазначити, що ч. 2 ст. 217 ГК містить вичерпний перелік господарських санкцій.

Отже, така редакція ч. 3 ст. 217 ГК свідчить про те, що адміністративно-господарські санкції створюють окрему групу санкцій, які не входять до господарських санкцій²⁰.

У науково-практичному коментарі Господарського кодексу України, виходячи з положень ч. 3 ст. 217 та ст. 238 ГК, визначені властивості, за якими адміністративно-господарські санкції відрізняються від інших видів господарських санкцій²¹. Зокрема:

– застосовуються за порушення норм законодавства у сфері господарської діяльності, а не за порушення договірних зобов'язань;

– повноваженнями щодо їх застосування наділені органи державної влади та органи місцевого самоврядування, до компетенції яких входить контроль за дотриманням відповідних актів законодавства у сфері господарської діяльності, а не контрагенти за господарським договором;

– можуть бути застосовані лише до суб'єктів господарювання;

– застосовуються з метою припинення вчиненого порушення та ліквідації його наслідків;

– строки їх застосування передбачені ГК та іншими законами;

– як правило, застосовуються в адміністративному порядку;

– передбачають не лише застосування визначених заходів майнового характеру, а й примусове здійснення визначених дій стосовно правопорушника.

Таким чином, виникає питання, чи є ці санкції мірою певної відповідальності, чи, можливо, представляють іншу групу заходів державного примусу.

Враховуючи те, що першим словом у назві цих санкцій є «адміністративно», розглянемо ці санкції з точки зору адміністративного права, а саме: спробуємо визначити їх місце в системі заходів адміністративного примусу.

Усі заходи адміністративного примусу мають не лише каральний, а й правозахисний характер, і спрямовані на забезпечення умов для розвитку зовнішньоекономічної діяльності в Україні.

Аналіз чинного законодавства України дає можливість стверджувати, що на сьогодні у ньому відсутнє не тільки визначення, а й взагалі термін «адміністративний примус»²². Для українського законодавства характерною є вказівка на конкретні адміністративно-примусові заходи при відсутності визначення як самих видів цих заходів, так і примусу взагалі²³. Є позитивний досвід інших держав, у законодавстві яких, як зазначає А. Комзюк²⁴, окреслено поняття адміністративного примусу досить чітко, щоправда, переважно через визначення його видів. Зокрема, розділ другий Закону федеральної землі Північний Рейн-Вестфалія (Німеччина) «Про виконання адміністративних рішень» має назву саме «Адміністративний примус», а в його § 57 засобами примусу визнаються виконання дії за рахунок особи, якої стосується рішення, штраф і прямиий примус.

У науці адміністративного права також немає єдиної точки зору щодо визначення цього поняття та класифікації його заходів.

Більшість науковців-адміністративістів²⁵ визначають адміністративний примус як один із видів державного примусу, спрямований на забезпечення законності й правопорядку, та поділяють його заходи на три групи²⁶:

1) заходи адміністративного попередження (запобігання);

2) заходи адміністративного припинення;

3) заходи адміністративної відповідальності за вчинення певних правопорушень (адміністративні стягнення).

Ця класифікація була обґрунтована на початку 60-х років ХХ ст. М. І. Єропкіним²⁷ і сьогодні є найбільш поширеною.

Проаналізувавши характерні риси, властиві заходам кожної з виокремлених вище груп, можна зробити висновок, що адміністративно-господарські санкції можуть бути віднесені до заходів припинення правопорушень, під якими розуміють дії, спрямовані на примусове припинення правопорушень, недопущення поширення їхніх наслідків, забезпечення можливостей для притягнення винних до відповідальності²⁸. Вони застосовуються, коли порушення вже почалося або готується. Їх застосування зумовлюється необхідністю швидкого й ефективного припинення посягань на інтереси окремих громадян, юридичних осіб, держави і громадських об'єднань. Цю позицію підтверджують, зокрема, такі аргументи.

Адміністративно-господарські санкції – заходи організаційно-правового або майнового характеру, спрямовані на припинення правопорушення суб'єкта господарювання та ліквідацію його наслідків (ч. 1 ст. 238 Господарського кодексу України). Отже, цільове призначення адміністративно-господарських санкцій та заходів адміністративного припинення однакове.

Адміністративно-господарські санкції застосовуються у встановленому законом порядку уповноваженими органами державної влади або органами місцевого самоврядування (ч. 4 ст. 217 Господарського кодексу України). Це свідчить про офіційний, державно-владний, правовий характер, що притаманно і заходам припинення адміністративного примусу. Застосовуються як ті, так і інші санкції особливим суб'єктом – в якому уособлюється так звана публічна адміністрація – у вигляді або державних органів виконавчої влади, або виконавчих органів місцевого самоврядування²⁹.

Аналіз адміністративно-господарських санкцій дає можливість зазначити наступне. Усі істотні ознаки адміністративних санкцій, які можна реально визначити, знайшли відображення в терміні «адміністративно-господарські санкції». Адміністративно-господарські санкції застосовуються за порушення встановлених законодавчими актами правил здійснення господарської діяльності.

Адміністративно-господарськими санкціями визнаються не тільки заходи майнового характеру (штраф, вилучення прибутку, стягнення зборів), але й заходи організаційно-правового характеру (анулювання ліцензії, обмеження діяльності суб'єкта та ін.), направлені на запобігання і припинення правопорушень у сфері господарювання, а за необхідності – і застосування певних стягнень у вигляді негативних наслідків для правопорушника³⁰.

Адміністративно-господарські санкції за своїми матеріальними і процесуальними властивостями мають загальні риси з адміністративною відповідальністю. Вони, як і адміністративна відповідальність, не

мають компенсаційного характеру, не відновлюють початкового майнового стану, їх стягнення здійснюється не на користь іншої сторони або особи господарсько-правових відносин, а зараховуються, як і адміністративні штрафи, повністю або частково до державного бюджету і частково – до цільових позабюджетних фондів. Логічна структура норм адміністративно-господарських санкцій допускає наявність гіпотези, диспозиції і санкції, що тотожні адміністративно-деліктним нормам з їх імперативним, державно-владним характером. Складання актів про порушення вимог нормативних актів у сфері підприємницької та господарської діяльності і розгляд справ про порушення здійснюється контрольно-наглядовими органами виконавчої влади (в окремих випадках – судами) або органами місцевого самоврядування за правилами відповідних нормативних актів, але на принципах і умовах, аналогічних тим, які застосовуються при розгляді справ про адміністративні правопорушення. Ухвала (рішення) у справі про порушення у сфері економіки і накладення стягнення у вигляді адміністративно-господарських санкцій по сенсу і порядку оголошення подібно до ухвали у справі про адміністративні правопорушення. Порядок оскарження і опротестовування адміністративно-господарських санкцій (хоча Господарським кодексом України він і не визначений) у справі про порушення у сфері економіки, за деякими винятками, майже такий же, як і порядок оскарження ухвали у справі про адміністративне правопорушення. Ці та інші загальні риси і ознаки адміністративної відповідальності й адміністративно-господарських санкцій і є, на наш погляд, підставою для визнання наявності адміністративної відповідальності юридичних осіб за законодавством України.

Одним із моментів, який дає змогу стверджувати, що адміністративно-господарські санкції є одним із різновидів адміністративних санкцій, є той факт, що ГК чітко розмежовує адміністративно-господарські та інші види господарських санкцій за критерієм суб'єкта застосування таких санкцій. Відповідно до ч. 4 ст. 217 ГК господарські санкції застосовуються у встановленому законом порядку за ініціативою учасників господарських відносин, а адміністративно-господарські санкції – за ініціативою уповноважених органів державної влади або місцевого самоврядування.

Таким чином, передбачені вказаними статтями санкції можна з упевненістю віднести до адміністративних санкцій. А оскільки вони застосовуються до юридичних осіб – суб'єктів господарювання, то, на наш погляд, йдеться саме про адміністративну відповідальність юридичних осіб.

Аналіз досліджуваної проблеми дає змогу констатувати, що крапку в дискусії щодо адміністративної відповідальності юридичних осіб ще не поставлено, однак законодавець у ГК України разом з відшкодуванням збитків у сфері господарювання, штрафними і оперативно-господарськими санкціями, встановивши адміністративно-господарські санкції (ст.ст. 238–250), фактично закріпив можливість застосування до юридичних осіб адміністративних санкцій.

¹ Венедиктов Ю. А. Финансовые санкции в системе управления / Ю. А. Венедиктов, А. М. Черепухин. – М. : Финансы и статистика, 1985. – 201 с. – С. 5.

² Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова ред.) та ін. – К., 2004. – Т. 6: Т-Я. – С. 716.

³ Базылев Б. Т. Ответственность в советском праве: Учеб. пособ. – Красноярск, 1979. – С. 54.

⁴ Лейст О. Э. Санкции и ответственность по советскому праву / О. Э. Лейст // Теоретические проблемы. – М. : Изд-во МГУ, 1981. – 189 с. – С. 94.

⁵ Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм / П. Е. Недбайло. – М.: Государственное изд-во юрид. литературы, 1960. – 234 с. – С. 49; Господарський кодекс України «Господарський кодекс України» № 436-IV від 16.01.2003 // Офіційний вісник України, 2003, № 11 (28.03.2003). – Ст. 462.

⁶ Андреев А. В. Финансово-правовые санкции : монография / А. В. Андреев. – М., 1984. – 234 с. – С. 179.

⁷ Ровинський Ю. О. Співвідношення понять «фінансово-правова відповідальність» і «фінансово-правова санкція» // Держава та регіони. Серія: право. – № 3. – 2010. – С. 92.

⁸ Финансовое право : учебник / [под ред. проф. Н. И. Химичевой]. – М. : Юристъ, 1995. – 345 с. – С. 105.

⁹ Слесарев В. Л. Экономические санкции в советском гражданском праве / В. Л. Слесарев. – Красноярск : Изд-во Красноярского института, 1989. – 265 с. – С. 17.

¹⁰ Халфина Р. О. Общие учения о правоотношении / Р. О. Халфина. – М. : Юрид. лит., 1974. – 176 с. – С. 71.

¹¹ Андреев А. В. Вказана праця. – С. 13.

¹² Ровинський Ю. О. Вказана праця. – С. 93.

¹³ Пацурківський П. С. Проблеми теорії фінансового права / П. С. Пацурківський. – Чернівці : ЧДУ, 1991. – 199 с. – С. 45.

¹⁴ Там само. – С. 118.

¹⁵ Мельник Р. С. Адміністративно-господарське право як структурний елемент системи адміністративного права: зарубіжний досвід та національні особливості // Право і Безпека. – № 2 (34). – 2010. – С. 98.

¹⁶ Штобер Р. Хозяйственно-административное право. Основы и проблемы / Рольф Штобер ; пер. с нем. – М. : Волтерс Клувер, 2008. – 400 с. – С. 2–4.

¹⁷ Мельник Р. С. Вказана праця.

¹⁸ Алексеев С. В. Концепция административно-хозяйственного правоотношения / С. В. Алексеев // Закон и право. – 2005. – № 3. – С. 63–68.

¹⁹ Господарський кодекс України № 436-IV від 16.01.2003 // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11 (28.03.2003). – Ст. 462.

²⁰ Юшина С. І. Адміністративно-господарські санкції та їх застосування в зовнішньоекономічній сфері // Часопис Київського університету права. – № 2. – 2010. – С. 202.

²¹ Науково-практичний коментар Господарського кодексу України: 2-е вид., перероб. і допов. / За заг. ред. Г. С. Знаменського, В. С. Щербини; кол. авт.: О. А. Беляневич, О. М. Вінник, В. С. Щербина та ін. – К.: Юрінком інтер, 2008. – С. 404.

²² Комзюк А. Т. Заходи адміністративного примусу в правоохоронній діяльності міліції: поняття, види та організаційно-правові питання реалізації: Монографія / За заг. ред. проф. О. М. Бандурки. – Х., 2002. – С. 21.

²³ Коломосць Т. Адміністративний примус у законодавстві України: деякі недоліки закріплення та можливі шляхи усунення їх // Підприємство, господарство і право. – 2003. – № 5. – С. 62.

²⁴ Комзюк А. Т. Вказана праця. – С. 46.

²⁵ Коломосць Т. Вказана праця. – С. 233.

²⁶ Там само. – С. 192.

²⁷ Алехин А. П., Кармолицкий А. А., Козлов Ю. М. Административное право Российской Федерации: Учебник. – М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. – С. 60.

²⁸ Еропкин М. И. О классификации мер административного принуждения // Вопросы административного права на современном этапе. – М., 1963. – С. 115–116.

²⁹ Авер'янов В. Б., Мартыанов І. В. Адміністративний примус // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. – К.: Укр. енцикл., 1998. – Т. 1: А-Г. – С. 52.

³⁰ Авер'янов В. Реформування українського адміністративного права: ґрунтовний привід для теоретичної дискусії // Право України. – 2003. – № 5. – С. 117–129.

Резюме

Войтенко І. С. Поняття, сутність та ознаки адміністративно-господарських санкцій за адміністративним законодавством України.

У статті проаналізовано проблему адміністративно-господарських санкцій за адміністративним законодавством України, їх поняття, сутність та ознаки.

Ключові слова: адміністративне законодавство, відповідальність, санкція, адміністративно-господарська санкція.

Резюме

Войтенко І. С. Понятие, сущность и признаки административно-хозяйственных санкций по административному законодательству Украины.

В статье проанализирована проблема административно-хозяйственных санкций по административному законодательству Украины, их понятие, сущность и признаки.

Ключевые слова: административное законодательство, ответственность, санкция, административно-хозяйственная санкция.

Summary

Voytenko I. Concept, nature and characteristics of administrative sanctions by administrative legislation of Ukraine, National Technical University of Ukraine DPS.

In this article the problem of administrative sanctions under administrative law in Ukraine, their concept, the essence and characteristics.

Key words: administrative law, liability, penalty, administrative and economic sanctions.

Отримано 4.04.2014

УДК 346.2 : 004.738.5

А. О. ГЕЛИЧ, Ю. О. ГЕЛИЧ

Алла Олександрівна Гелич, кандидат юридичних наук, доцент Юридичного інституту Національного авіаційного університету

Юлія Олександрівна Гелич, кандидат юридичних наук, доцент, професор Навчально-наукового інституту права та психології Національної академії внутрішніх справ

ЗАХИСТ ІНТЕРЕСІВ СУБ'ЄКТА ГОСПОДАРЮВАННЯ ПРИ ПОШИРЕННІ В ІНТЕРНЕТ НЕДОСТОВІРНОЇ ІНФОРМАЦІЇ ПРО ЙОГО ДІЯЛЬНІСТЬ

На сьогодні від поширення недостовірної інформації у мережі Інтернет багато підприємств недоотримують прибутки, втрачають клієнтів тощо. Досить непростим є питання захисту інтересів суб'єкта господарювання у таких випадках. Як матеріальне, так і процесуальне законодавство має значні пробіли у цій сфері. Причинами цьому є значною мірою неврегульованість усього спектру Інтернет-відносин як в Україні, так і у більшості країн світу.

© А. О. Гелич, Ю. О. Гелич, 2014

Окремі законодавчі системи закріплюють відповідальність Інтернет-провайдерів за порушення третіми особами інтересів суб'єкта господарювання в Інтернеті. Загалом, впровадження законодавчого регулювання відносин у сфері відповідальності Інтернет-провайдера за порушення прав суб'єкта господарювання сприятиме належному захисту його інтересів. Однак питання захисту інтересів суб'єкта господарювання при поширенні в Інтернет недостовірної інформації про його діяльність потребує поглибленого дослідження.

Серед наукових досліджень, які стосуються порушення прав суб'єкта господарювання, більшість присвячені деліктам, пов'язаним з діловою репутацією. У цьому напрямі, наприклад, О. В. Безух пропонує власне розуміння поняття ділової репутації суб'єкта господарювання, неправомірне використання якої створює акт недобросовісної конкуренції як «суспільно-позитивної оцінки з боку партнерів та споживачів сукупності специфічних якостей господарюючого суб'єкта та його продуктів, яка надає переваги в конкуренції та додаткові прибутки без збільшення обсягу активних операцій»¹. І. В. Кривошеїна визначає одним із основних видів порушень прав на фірмове найменування «використання третіми особами найменування, тотожного чи схожого до ступеня сплутування з фірмовим найменуванням тієї юридичної особи, яка має на нього виключне право; при цьому в більшості випадків йдеться про використання спеціального умовного позначення юридичної особи, тобто тієї частини фірмового найменування, яка саме і слугує вирізненню одних підприємств серед інших»². В. С. Кулішенко пропонує розуміти правопорушення неправомірного використання ділової репутації суб'єктів господарювання в конкуренції як «протиправну поведінку суб'єкта господарювання, що завдає шкоди конкурентним господарським (підприємницьким) відносинам, порушує законодавство про захист від недобросовісної конкуренції, права на вільну, чесну конкуренцію і ділову репутацію шляхом експлуатації ділової репутації іншого суб'єкта господарювання-конкурента, що тягне ймовірність змішування споживачами діяльності носія ділової репутації (добросовісного конкурента) і недобросовісного конкурента»³. Однак названі та інші дослідники не торкалися питання захисту інтересів суб'єкта господарювання при поширенні в Інтернет недостовірної інформації про його діяльність.

Мета цієї статті – розкрити можливості щодо захисту інтересів суб'єкта господарювання при поширенні в Інтернет недостовірної інформації про його діяльність.

Задля досягнення мети дослідження завданням цієї статті визначаємо: проаналізувати чинні законодавчі акти, що регламентують відповідну сферу відносин, судову практику, а також погляди науковців стосовно захисту інтересів суб'єкта господарювання.

Питання захисту інтересів суб'єкта господарювання при поширенні в Інтернет недостовірної інформації про його діяльність тісно пов'язане із правовим захистом ділової репутації такого суб'єкта господарювання.

Господарський кодекс України визначає окремі види правопорушень, пов'язаних з діловою репутацією, під загальним поняттям «створення перешкод суб'єктам господарювання у процесі конкуренції», визнаючи перешкодами у процесі конкуренції серед інших дискредитацію суб'єкта господарювання, тобто поширення у будь-якій формі *неправдивих, неточних або неповних відомостей, пов'язаних з особою чи діяльністю суб'єкта господарювання*, які завдали або могли завдати шкоди діловій репутації суб'єкта господарювання⁴. Як бачимо, законодавець об'єднує вплив поширення неправдивих, неточних або неповних відомостей, пов'язаних з особою чи діяльністю суб'єкта господарювання із завданням шкоди його діловій репутації.

Дещо по-іншому визначається дискредитація суб'єкта господарювання у Законі України «Про захист від недобросовісної конкуренції»: поширення у будь-якій формі *неправдивих, неточних або неповних відомостей, пов'язаних з особою чи діяльністю суб'єкта господарювання*, у тому числі щодо його товарів, які завдали або могли завдати шкоди діловій репутації суб'єкта господарювання⁵.

Таким чином, господарське право України передбачає у частині законодавства про недобросовісну конкуренцію порушення, пов'язані з діловою репутацією суб'єкта господарювання, а саме: порушення шляхом поширення у будь-якій формі неправдивих, неточних або неповних відомостей, пов'язаних з особою чи діяльністю суб'єкта господарювання, які завдали або могли завдати шкоди діловій репутації суб'єкта господарювання.

Такі порушення не завжди мають матеріальний склад, тобто наявність шкоди діловій репутації суб'єкта господарювання не вважається обов'язковим елементом складу такого правопорушення. Факт поширення у будь-якій формі неправдивих, неточних або неповних відомостей, пов'язаних з діяльністю суб'єкта господарювання, може становити господарсько-правове правопорушення недобросовісної конкуренції.

До речі, законодавство про охорону прав на знаки для товарів і послуг також містить норми щодо порушень права суб'єкта господарювання на ділову репутацію, зокрема у частині такого зовнішнього її прояву, як знак для товарів і послуг⁶. Однак такий захист мало стосується інтересів суб'єкта господарювання при поширенні в Інтернет недостовірної інформації про його діяльність.

Припинення ділової репутації суб'єкта господарювання нерідко стає підставою для визначення немайнової шкоди, заподіяної юридичній особі. Так, у Постанові Пленуму Верховного Суду України від 31 березня 1995 р. № 4 «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» під немайною шкодою, заподіяною юридичній особі, пропонується розуміти втрати немайнового характеру, що настали у зв'язку з приниженням її ділової репутації, посяганням на фірмове найменування, товарний знак, виробничу марку, розголошенням комерційної таємниці, а також *вчиненням дій, спрямованих на зниження престижу чи підірив довіри до її діяльності*⁷. Саме остання частина наведеного формулювання (вчинення дій, спрямованих на зниження престижу чи підірив довіри до діяльності суб'єкта господарювання)

може використовуватися для формулювання підстав при захисті інтересів суб'єкта господарювання у разі поширення в Інтернет недостовірної інформації про його діяльність.

Господарський кодекс України (далі – ГК) передбачає неправомірне використання ділової репутації суб'єкта господарювання як один із актів недобросовісної конкуренції. Так, недобросовісною конкуренцією визнаються будь-які дії у конкуренції, що суперечать правилам, торговим та іншим чесним звичаям у підприємницькій діяльності, зокрема неправомірне використання ділової репутації суб'єкта господарювання, створення перешкод суб'єктам господарювання у процесі конкуренції та досягнення неправомірних переваг у конкуренції, неправомірне збирання, розголошення та використання комерційної таємниці, а також інші дії⁸.

Неправомірним використанням ділової репутації суб'єкта господарювання ГК визнає: неправомірне використання чужих позначень, рекламних матеріалів, упаковки; неправомірне використання товару іншого виробника; копіювання зовнішнього вигляду виробу іншого виробника; порівняльна реклама. Неправомірним вважається використання без дозволу уповноваженої на те особи чужого імені, комерційного найменування, торговельної марки, інших позначень, а також належних іншій особі рекламних матеріалів тощо, що може призвести до змішування з діяльністю іншого суб'єкта господарювання, який має пріоритет на їх використання. Неправомірним використанням товару іншого виробника вважається введення у господарський обіг під своїм позначенням товару іншого виробника шляхом змін чи зняття позначень виробника без дозволу уповноваженої на те особи. Копіюванням зовнішнього вигляду виробу є відтворення зовнішнього вигляду виробу іншого суб'єкта господарювання і введення його у господарський обіг без однозначного зазначення виробника копії, що може призвести до змішування з діяльністю іншого суб'єкта господарювання. Не визнається неправомірним копіювання зовнішнього вигляду виробу або його частин, якщо таке копіювання зумовлено виключно їх функціональним застосуванням. Порівняльною є реклама, що містить порівняння з товарами (роботами, послугами) чи діяльністю іншого суб'єкта господарювання. Не визнається неправомірним порівняння в рекламі у випадках, передбачених законом⁹.

Тотожні норми містяться і в Законі України «Про захист від недобросовісної конкуренції» у главі 2 «Неправомірне використання ділової репутації суб'єкта господарювання» щодо неправомірного використання позначень, неправомірного використання товару іншого виробника, копіювання зовнішнього вигляду виробу, порівняльної реклами. Деталізуються лише окремі положення згідно з бланкетними нормами Господарського кодексу України, наприклад, не визнається неправомірним порівняння в рекламі, якщо наведені відомості про товари, роботи, послуги підтверджені фактичними даними, є достовірними, об'єктивними, корисними для інформування споживачів¹⁰.

У 2011 р. у Верховній Раді України пройшов перше читання проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо врегулювання питань авторського права і суміжних прав», який, однак, не був прийнятий. Статтею 52 цього законопроекту передбачалося, що «у разі виявлення порушення, у тому числі в мережі Інтернет, суб'єкт авторського права і (або) суміжних прав, поряд з іншими способами захисту своїх прав, має право звернутись до особи, за допомогою послуг якої порушується авторське право і (або) суміжні права, у тому числі до провайдера/операція телекомунікацій, котрий забезпечує названому суб'єктом авторського права і (або) суміжних прав порушнику його прав, доступ до мережі Інтернет або послуги з розміщення Інтернет-сайта абонента на обладнанні провайдера, з вимогою сприяти припиненню порушення авторського права і (або) суміжних прав. Протягом двох тижнів після отримання вказаного звернення така особа зобов'язана попередити названого суб'єктом авторського права і (або) суміжних прав порушника його прав про необхідність припинення ним порушень авторського права і (або) суміжних прав. У разі продовження порушень авторського права і (або) суміжних прав протягом двох тижнів після отримання попередження, особа, за допомогою послуг якої порушується авторське право і (або) суміжні права, зобов'язана припинити надання послуг названому суб'єктом авторського права і (або) суміжних прав порушнику його прав, у тому числі припинити доступ до мережі Інтернет або припинити надання послуг з розміщення Інтернет-сайта абонента на обладнанні провайдера. У разі невиконання зазначеного обов'язку вказана особа, за допомогою послуг якої порушується авторське право і (або) суміжні права, несе з порушником авторського права і (або) суміжних прав солідарну відповідальність за порушення авторського права і (або) суміжних прав»¹¹. Таким чином, пропонувалася процедура захисту прав інтересів суб'єкта господарювання, пов'язаних із авторським правом і (або) суміжними правами, у разі їх порушення у мережі Інтернет.

Видається, що закріплення принципу солідарної відповідальності провайдера Інтернет-послуг із порушником прав суб'єкта господарювання є логічним у випадку, якщо провайдер не припиняє надання послуг порушнику. Подібний принцип має використовуватися і при удосконаленні законодавства щодо захисту інтересів суб'єкта господарювання при поширенні в Інтернет недостовірної інформації про його діяльність.

Єдиною різницею між умовно аналогічними відносинами щодо авторських прав і поширенням недостовірної інформації буде те, що у першому випадку суб'єкт господарювання підтвердить документально свої авторські і (або) суміжні права, а у випадку поширення недостовірної інформації таку недостовірність необхідно доводити.

Вітчизняна судова практика, на жаль, не має багато прикладів захисту інтересів суб'єкта господарювання при поширенні в Інтернет недостовірної інформації про його діяльність. Більшість позовів стосуються порушення інших, відмінних від права на інформацію, немайнових прав юридичної особи – суб'єкта підприємницької діяльності. Велика група таких судових справ стосується питань ділової репутації юридичних осіб. Тому слід звернути увагу на узагальнення судових рішень.

Судова практика демонструє неоднозначні підходів до захисту інтересів суб'єкта господарювання при поширенні в Інтернет недостовірної інформації про його діяльність. Відповідні узагальнення судової практики свідчать, що у якості окремих груп справ не розглядаються спори, коли поза бажанням суб'єкта господарювання його ділова репутація зазнає втрат унаслідок неправомірних діянь з боку третіх осіб, зокрема через поширення неправдивої інформації.

Попри стрімке поширення і глобалізацію Інтернету його правове регулювання в Україні і на сьогодні є недостатнім. Спори, пов'язані з розміщенням і використанням інформації з Інтернету, в Україні почали бути предметом судового розгляду наприкінці минулого тисячоліття. Перші справи стосувалися переважно питань захисту авторських прав на інформацію, яка розміщується в Інтернеті, з урахуванням законодавства про авторське право і суміжні права. Наприклад, позивач посилався на те, що відповідач розмістив на своєму сайті статтю, яка раніше була надрукована у газеті позивача. При цьому позивач мав договір, за яким автор статті передавав свої майнові авторські права позивачеві, включаючи виключне право на використання, тому розміщення цього матеріалу в Інтернеті без власного дозволу позивач розцінив як порушення своїх майнових авторських прав. І хоча такий приклад не стосується безпосередньо захисту інтересів суб'єкта господарювання при поширенні недостовірної інформації про його діяльність, однак дає розуміння підходів судових органів до вирішення справ, пов'язаних з Інтернет-відносинами.

До 2000-х років окремі арбітражні суди України вважали, що розміщення статті на сайті Інтернету не є її використанням, оскільки це не є відтворенням, показом або сповіщенням твору. Відповідно, таке розміщення не потребує дозволу особи, яка має авторське право. Позиція ж Вищого арбітражного суду України (далі – ВАСУ) була такою: відповідно до ст. 4 Закону України «Про авторське право і суміжні права» до відтворення, серед іншого, належить і виготовлення навіть одного примірника твору у будь-якій матеріальній формі. Сам примірник розглядається як результат будь-якого відтворення твору. Відповідно до ч. 1 ст. 14 відтворення є однією з форм використання твору. ВАСУ доходив висновку, що розміщення творів в Інтернеті у вигляді, доступному для публічного споживання, є їх відтворенням.

Цікаво, що суди, розглядаючи питання про порушення власне авторських майнових прав позивача – виключного права на відтворення розміщення спірної публікації, керувалися Законом України «Про авторське право і суміжні права». Втім, суд у наведеному типовому прикладі установив, що спірна публікація була розміщена не лише на сайті відповідача, а ще на кількох інших сайтах, тобто в численних загальнодоступних джерелах. При цьому не вказувалася особа, яка має авторські права. За таких умов суд дійшов висновку про відсутність безпосереднього зв'язку між публікацією спірної статті у газеті позивача і її розміщенням на сайті відповідача. Отже, порушення авторських прав саме відповідачем не вважалося доведеним.

Таким чином, у взятій для прикладу справі йшлося про несанкціоноване використання інформації, що належала певній особі, кількома іншими особами. Відсутність посилань на автора та інших вихідних даних під час відтворення цієї інформації відразу кількома особами на різних сайтах Інтернету вкрай ускладнює встановлення винного у порушенні авторських прав. Кожна з таких осіб могла посилатися на сайт іншої особи, що раніше розмістила спірну статтю. Відсутність даних про автора робить неможливим посилання на охорону авторських прав. Позивач мав (за наявності для цього технічної можливості) встановити особу, яка першою зробила спірну статтю загальнодоступною в Інтернеті. Для цього потрібно відслідковувати увесь ланцюг проходження інформації через провайдерів, різноманітні сервери тощо. Така діяльність має здійснюватись на підставі відповідних договорів про надання інформаційних послуг, що й мали б стати предметом судового дослідження.

Такий же підхід застосовано Вищим господарським судом України при аналізі спорів, пов'язаних із застосуванням законодавства про інтелектуальну власність, на основі огляду практики вирішення таких спорів. Не зважаючи на зміну законодавства про авторське право і суміжні права, зроблено однозначний висновок про те, що розміщення в мережі Інтернет твору у вигляді, доступному для публічного використання, є його відтворенням та потребує дозволу особи, яка має авторське право¹².

Подібний підхід може бути застосований і для випадків поширення в Інтернет недостовірної інформації про діяльність суб'єкта господарювання. Позивачу у таких випадках необхідно позиватися до першої особи, яка поширила недостовірну інформацію. Але для цього необхідно встановити за допомогою провайдера (-ів) Інтернет-послуг часові параметри розміщення недостовірної інформації. Практично реалізувати це вдається не завжди.

Аналізуючи додатково постанову Пленуму Верховного Суду України від 27 лютого 2009 р. № 1 «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи» (зі змінами), зазначимо, що при порушенні інтересів суб'єкта господарювання внаслідок поширення про нього недостовірної інформації має бути доведена сукупність таких обставин:

- 1) поширення інформації, тобто доведення її до відома бодай одній особі у будь-який спосіб. У випадку з Інтернет таке поширення апріорі доводиться невизначеній кількості осіб;
 - 2) поширення інформації, яка не відповідає дійсності;
 - 3) поширена інформація стосується конкретного суб'єкта господарювання, тобто позивача у суді.
- Відсутність бодай однієї з наведених обставин виключає можливість задоволення позову у судовому порядку.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що господарське законодавство України відносить поширення у будь-якій формі неправдивих, неточних або неповних відомостей, пов'язаних з особою чи діяльністю суб'єкта господарювання, до правопорушень, пов'язаних з діловою репутацією.

У статті зроблено припущення, що для захисту інтересів суб'єкта господарювання при поширенні в Інтернет недостовірної інформації про його діяльність доцільно закріпити солідарну відповідальність провайдера Інтернет-послуг із порушником прав суб'єкта господарювання у випадку, якщо провайдер не припиняє надання послуг порушнику.

Практичного значення набуває питання визначення за допомогою провайдера (-ів) Інтернет-послуг першої особи, яка поширила недостовірну інформацію.

Перспективами подальших досліджень визначаємо розкриття механізму отримання доказової інформації для захисту інтересів суб'єкта господарювання при поширенні в Інтернет недостовірної інформації про його діяльність.

¹ Безух О. В. Захист від недобросовісної конкуренції у сфері промислової власності: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук – Донецьк, 2001. – С. 15.

² Кривошеїна І. В. Фірмове найменування: регулювання та правова охорона за законодавством України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / І. В. Кривошеїна, Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2007. – 18 с.

³ Кулішенко В. С. Захист від неправомірного використання ділової репутації суб'єктів господарювання у конкуренції: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04 / Одеська національна юридична академія. – Одеса, 2003. – С. 175.

⁴ Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18.

⁵ Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 07.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 36. – Ст. 164.

⁶ Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15.12.1993 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 7. – Ст. 36.

⁷ Постанова Верховного Суду України від 31.03.1995 р. № 4 «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» (зі змінами) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua

⁸ Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18.

⁹ Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18.

¹⁰ Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 07.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 36. – Ст. 164.

¹¹ Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо врегулювання питань авторського права і суміжних прав» № 6523 від 15.06.2010 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>

¹² Лист Вищого господарського суду України від 14.01.2002 р. № 01-8/31.

Резюме

Гелич А. О., Гелич Ю. О. Захист інтересів суб'єкта господарювання при поширенні в Інтернет недостовірної інформації про його діяльність.

У статті на основі аналізу чинних нормативно-правових актів та судової практики розкрито особливості захисту інтересів суб'єкта господарювання при поширенні в Інтернет недостовірної інформації про його діяльність. Запропоновано закріпити солідарну відповідальність провайдера Інтернет-послуг із порушником прав суб'єкта господарювання у випадку, якщо провайдер не припиняє надання послуг порушнику.

Ключові слова: суб'єкт господарювання, Інтернет, недостовірна інформація, захист інтересів.

Резюме

Гелич А. А., Гелич Ю. А. Защита интересов субъекта хозяйствования при распространении в Интернет недостоверной информации о его деятельности.

В статье на основе анализа действующих нормативно-правовых актов и судебной практики раскрыты особенности защиты интересов субъекта хозяйствования при распространении в Интернет недостоверной информации о его деятельности. Предложено закрепить солидарную ответственность провайдера Интернет-услуг с нарушителем прав субъекта хозяйствования в случае, если провайдер не прекращает предоставление услуг нарушителю.

Ключевые слова: предприятие, Интернет, недостоверная информация, защита интересов.

Summary

Helych A., Helych J. Protection of businesses interests in the propagation unreliable information about its activities on Internet.

On the basis of analysis of existing legal acts and court practices peculiarities of protecting the interests of the entity in the dissemination of false information about his activities on the Internet are made. A secure joint liability of Internet provider and the violator of the entity, if the provider does not terminate the provision of services to the offender.

Key words: entity, the Internet, unreliable information, advocacy.

Отримано 9.04.2014

Л. В. ТРОФІМОВА

Лариса Віталіївна Трофімова, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, доцент Черкаського факультету Національного університету «Одеська юридична академія»

УДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПОДАТКОВИХ ВІДНОСИН: ПИТАННЯ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ ФІНАНСОВОЇ ПОЛІТИКИ

У процесі проведення реформ і наближення правової системи України до загальновизнаних міжнародних демократичних норм та правових стандартів особливої актуальності набувають питання формування публічних доходів і фінансування (кредитування) державних видатків, зокрема розвиток малого й середнього бізнесу, формування і реалізація фінансової політики держави і окремих суб'єктів господарювання, зміцнення фінансової дисципліни і забезпечення ефективності витрачання публічних фондів коштів. Недостатньо висвітленими у наукових працях залишаються питання формування доктрини й концепції державної фінансової політики у ринкових відносинах з визнаним пріоритетом захисту прав людини у стратегічному соціально-економічному розвитку країни з перехідною економікою та участі громадян в управлінні суспільними справами, вивчення впливу практики правозастосування на публічні фінансові ресурси.

Національним планом дій із забезпечення належного виконання рішень судів (Указ Президента України від 27 червня 2006 р. № 587/2006) передбачено, проте не повною мірою виконано наміри щодо: розробки та подання в установленому порядку проекту закону про встановлення порядку виконання судових рішень про стягнення коштів з Державного бюджету України, бюджету Автономної Республіки Крим, місцевих бюджетів (п. 7); з метою забезпечення належного виконання рішень судів щодо відшкодування шкоди, завданої фізичним та юридичним особам органами державної влади, у випадках, коли стягнення здійснюється з Державного бюджету України, щорічно передбачати у проекті закону про Державний бюджет України на відповідний рік кошти на такі цілі (п. 9); з метою підвищення кваліфікації державних службовців, які здійснюють функції, пов'язані з виконанням судових рішень: забезпечити розроблення та запровадження з 2007 р. у навчальних програмах для вищих юридичних навчальних закладів та юридичних факультетів вищих навчальних закладів спекурсів із процедури виконавчого провадження та відповідної спеціалізації; забезпечити постійне інформування громадськості про стан виконання судових рішень, негативні наслідки їх невиконання¹. На засіданні Ради суддів України (24 січня 2014 р.) обговорювалось питання щодо посилення контролю ДСА України за надходженням судового збору з метою отримання надходжень і спрямування їх на збільшення видатків без внесення змін до закону про державний бюджет².

Триває дискусія про строки оскарження до суду рішень контролюючих органів щодо визначення (нарахування, узгодження) грошових зобов'язань, зокрема у публікаціях А. Ковальчук, Д. Гетманцева³; немає однотипності у судовій практиці зі стягнення (повернення) судових витрат з бюджету та вирішенні спорів за перевіркою, проведеною згідно з дорученням суб'єкта дізнання.

Оскільки кошти державного бюджету не тотожні як за змістом, так і за призначенням коштам бюджетної установи, то не вирішеним єдиною юридичною практикою залишаються питання: чи є правомірним стягнення за рахунок державного бюджету України шляхом безспірного списання коштів із рахунків податкової інспекції «за рахунок бюджетних асигнувань»; оскільки податковий борг і грошове зобов'язання платника податків не є тотожними поняттями, то чи справедливо визначаються строки оскарження податкових повідомлень-рішень, у т.ч. за наявності обмежень у їх прийнятті за чинним законодавством з метою забезпечення виконання податкового обов'язку і дотримання фінансової дисципліни.

Політична функція юридичної науки – допомога у формуванні державно-правової політики, роз'ясненні політичних і законодавчих рішень, ідеологічна – вплив на розвиток правової культури суспільства й людини⁴. Механізм правового регулювання – це узятя в єдності система правових засобів, способів і форм, за допомогою яких нормативність права переводиться в упорядкованість суспільних відносин, задовольняються інтереси суб'єктів права, встановлюється і забезпечується правопорядок («належне» у праві стає «суцим»). Складний механізм процесу правового регулювання формують: перша стадія (механізм правотворчості) – загальна дія правових норм (визначення змісту й формування меж поведінки суб'єкта, умов виникнення прав, обов'язків, повноважень, відповідальності); друга (механізм реалізації норм права) – пов'язана з виникненням конкретних суб'єктивних прав і обов'язків, правовідносин (виступає юридичний факт, з яким норми права пов'язують настання юридичних наслідків); третя стадія (механізм покладання юридичної відповідальності) – застосування санкцій правової норми (у випадках неправомірної поведінки).

Насамперед у сфері правового регулювання державної фінансової політики необхідно виділити правовідносини: 1) юридичного забезпечення проваджень з формування фінансової політики держави і регламенту участі громадськості; юридичного забезпечення проваджень з реалізації фінансової політики держави і

контрольних заходів; обізнаності (навчання, оприлюднення правової інформації) щодо впливу фінансової політики на суспільно-економічні процеси; відповідальності суб'єктів владних повноважень за недотримання процедур формування й реалізації фінансової політики; юридичний супровід процедур аналізу політики; забезпечення правових стандартів прав, свобод та інтересів людини у здійсненні державної фінансової політики; налагодження міжнародної взаємодії і зовнішньої співпраці у здійсненні фінансової політики; визначення перспектив правового регулювання і прогнозування задля забезпечення ефективності фінансової політики держави.

За Податковим кодексом України (ст. 14) податковий борг – це грошове зобов'язання з урахуванням штрафних санкцій, пені за їх наявності та витрат, пов'язаних з його стягненням, несплачене в установленний строк. Грошове зобов'язання платника податків – сума коштів, яку платник податків повинен сплатити до відповідного бюджету як податкове зобов'язання та/або штрафну (фінансову) санкцію, що справляється з платника податків у зв'язку з порушенням ним вимог податкового законодавства та іншого законодавства, контроль за дотриманням якого покладено на контролюючі органи, а також санкції за порушення законодавства у сфері зовнішньоекономічної діяльності⁵.

Зі змісту ч. 1 ст. 99 КАС України слідує, що адміністративний позов може бути подано в межах строку звернення до адміністративного суду, встановленого цим Кодексом або іншими законами⁶.

У п. 56.18 ст. 56 Податкового кодексу України зазначено, що з урахуванням строків давності, визначених ст. 102 цього Кодексу, платник податків має право оскаржити в суді податкове повідомлення-рішення або інше рішення контролюючого органу у будь-який момент після отримання такого рішення. Рішення контролюючого органу, оскаржене у судовому порядку, не належить до адміністративного оскарження. Процедура адміністративного оскарження вважається досудовим порядком вирішення спору. При зверненні платника податків до суду з позовом щодо визнання недійсним рішення контролюючого органу грошове зобов'язання вважається неузгодженим до дня набрання судовим рішенням законної сили.

Пунктом 56.19 Податкового кодексу України визначено, що у разі коли до подання позовної заяви проходила процедура адміністративного оскарження, платник податків має право оскаржити у суді податкове повідомлення-рішення або інше рішення контролюючого органу про нарахування грошового зобов'язання протягом місяця, що настає за днем закінчення процедури адміністративного оскарження відповідно до п. 56.17 цієї статті. Положеннями ч. 5 ст. 99 КАС України визначено, що адміністративний позов може бути подано у межах строку звернення до адміністративного суду, встановленого цим Кодексом або іншими законами. Якщо законом передбачена можливість досудового порядку вирішення спору і позивач скористався цим порядком, то для звернення до адміністративного суду встановлюється місячний строк, який обчислюється з дня, коли позивач дізнався про рішення суб'єкта владних повноважень за результатами розгляду його скарги на рішення, дії або бездіяльність суб'єкта владних повноважень.

У листі ВАСУ від 10 лютого 2011 р. № 203/11/13-11 зазначено, що платник податків може звертатися до суду з вимогою щодо протиправності податкового повідомлення-рішення протягом 1095 днів з моменту отримання такого рішення⁷. Листом ВАСУ від 5 липня 2011 р. № 945/11/13-11 «Про застосування строків звернення до адміністративного суду у справах, що виникають із податкових відносин» зазначено: ст. 99 КАС України була доповнена частиною п'ятою, якою передбачено спеціальний скорочений строк в один місяць для звернення особи до адміністративного суду з позовом щодо оскарження рішення суб'єкта владних повноважень, на підставі якого ним може бути заявлено вимогу про стягнення грошових коштів⁸. Зазначена норма підлягала застосуванню також і щодо податкових повідомлень-рішень, прийнятих контролюючими органами на підставі чинного до 1 січня 2011 р. Закону України від 21 грудня 2000 р. № 2181-III «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами». Таким чином, із моменту набрання чинності змінами до КАС України, внесеними Законом України від 7 липня 2010 р. № 2453-VI «Про судоустрій і статус судів», до 1 січня 2011 р. строки для звернення особи з позовом про визнання протиправним податкових повідомлень-рішень становили один місяць. У листі ВАСУ від 1 листопада 2011 р. № 1935/11/13-11 зазначено, що з 6 серпня 2011 р. строк для звернення до суду з позовом про оскарження рішень контролюючого органу не продовжується на час процедури адміністративного оскарження, якою скористався платник податків⁹. Водночас залишається чинним п. 56.19 ст. 56 ПКУ, до якого Законом № 3609-VI зміни не внесено.

Відповідно до ч. 2 ст. 19 Конституції України органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України¹⁰.

У разі вчинення контролюючим органом дій (процедур) зі стягнення податкового боргу (оскільки податкове/грошове зобов'язання стає узгодженим за самостійного декларування платником та/або у разі визначення контролюючим органом і у подальшому не оскарженого) виникає запитання щодо строків звернення платника стосовно узгодження податкових/грошових зобов'язань за наявності правомірних дій контролюючого органу щодо нового явища – податкового боргу і продовження у часі узгодження зобов'язання поза межами місячного строку.

В ухвалі про залишення позовної заяви без руху від 21 серпня 2012 р. у справі № 2а/2370/3204/2012 (реєстр № 25685903) зазначено: «відповідно до ч. 1, 4 ст. 99 КАСУ адміністративний позов може бути подано в межах строку звернення до адміністративного суду, встановленого цим Кодексом або іншими законами. Якщо законом передбачена можливість досудового порядку вирішення спору і позивач скористався цим

порядком, то для звернення до адміністративного суду встановлюється місячний строк, що обчислюється з дня, коли позивач дізнався про рішення суб'єкта владних повноважень за результатами розгляду його скарги на рішення, дії або бездіяльність; у додатках до позовної заяви міститься рішення про результати розгляду скарги, проте в позовній заяві та додатках до неї відсутні відомості щодо дати отримання вказаного рішення»¹¹. В ухвалі про залишення позовної заяви без руху від 3 вересня 2012 р. у справі № 2а/2370/3338/2012 (реєстр № 25822602) зазначено: з огляду на те, що оскаржується повідомлення-рішення, надано клопотання про поновлення пропущеного строку, зі змісту якого вбачається, що для обґрунтування поважних причин пропуску строку доказів не надано.

Відповідно до ч. 2 ст. 99 КАС України для звернення до адміністративного суду за захистом прав, свобод та інтересів особи встановлюється шестимісячний строк, який, якщо не встановлено інше, обчислюється з дня, коли особа дізналася або повинна була дізнатися про порушення своїх прав, свобод чи інтересів. В ухвалі Конституційний Суду України від 18 вересня 2013 р. № 37-у/2013 «Про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним зверненням громадянки Картозії Лаліти Шалвіни щодо офіційного тлумачення положень частини другої ст. 55 Конституції України, ч. 2 ст. 99, ч. 2 ст. 171 КАС України» зазначено, що судами не було встановлено, коли саме у позивача виникло право на оскарження нормативно-правового акта¹². Як слід з Рішення КСУ від 9 лютого 1999 р. № 1-рп/99, частину першу ст. 58 Конституції України щодо дії нормативно-правового акта в часі треба розуміти так, що вона починається з моменту набрання цим актом чинності й припиняється з втратою ним чинності, тобто до події, факту застосування той закон або інший нормативно-правовий акт, під час дії якого вони настали або мали місце¹³. Листом ВАСУ від 5 липня 2011 р. № 945/11/13-11 «Про застосування строків звернення до адміністративного суду у справах, що виникають із податкових відносин» щодо моменту виникнення права на звернення з позовом у справах, що виникають із податкових відносин, судам рекомендовано керуватися правовими позиціями ВАСУ, викладеними в інформаційних листах від 24 грудня 2010 р. № 1843/11/13-10 та від 10 лютого 2011 р. № 203/11/13-11¹⁴. На нашу думку, розмежовуючи зміст понять «податковий борг» і «податкове зобов'язання», зважаючи на правомірну реалізацію контролюючим органом повноважень щодо стягнення боргу (формування і вручення податкових вимог), дію законів у часі нелогічно очікувати на майбутнє (протягом 1095 днів) реалізації права платника на узгодження зобов'язань згідно з п. 56.19 ст. 56 ПКУ.

Д. В. Левченко визначає *інтерес* як усвідомлену необхідність у задоволенні потреби. Отже, інтерес є суб'єктивним віддзеркаленням об'єктивно існуючої потреби. *Законні інтереси*, про які йдеться у законодавстві, і реально існуючі інтереси конкретної особи не тотожні, оскільки законодавець та правозастосовник часто вдаються до правових фікцій, називаючи законним інтересом те, що, на думку державного органу, посадової особи може піти на користь тій особі, яка сама не може чітко сформулювати і висловити власний інтерес¹⁵.

Судовий збір виконує фіскальну, регулятивну, дисциплінуючу функцію як один із інструментів забезпечення виконання учасниками відповідних правовідносин (у тому числі суб'єктами публічної адміністрації) обов'язків і реалізації прав для відшкодування судових витрат.

У разі виникнення підстави для повернення судового збору за ухвалою суду воно здійснюється відповідно до Порядку виконання рішень про стягнення коштів державного та місцевих бюджетів або бюджетних установ, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 3 серпня 2011 р. № 845, а у разі інших підстав, які не перераховані у ст. 7 Закону України «Про судовий збір», у тому числі сплати судового збору без подальшого звернення до суду і відповідно відсутності підстав для ухвалення судового рішення з питання повернення судового збору, кошти повертаються відповідно до Порядку, затвердженого наказом Державного казначейства України від 10 грудня 2002 р. № 226¹⁶.

Бюджетним кодексом України від 8 липня 2010 р. № 2456-V встановлено, що бюджетна класифікація використовується для складання та виконання державного і місцевих бюджетів, звітування про їх виконання, здійснення контролю за фінансовою діяльністю органів державної влади, органів влади АРК, органів місцевого самоврядування, інших розпорядників бюджетних коштів, проведення фінансового аналізу в розрізі доходів, організаційних, функціональних та економічних категорій видатків, кредитування, фінансування і боргу, а також для забезпечення загальнодержавної і міжнародної порівнянності бюджетних показників (ст. 8)¹⁷. Наказом МФУ від 12 березня 2012 р. № 333, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 27 березня 2012 р. за № 456/20769 визначено, що економічна класифікація видатків бюджету призначена для чіткого *розмежування видатків бюджетних установ* та одержувачів бюджетних коштів за економічними характеристиками операцій, що здійснюються відповідно до функцій держави та місцевого самоврядування. Економічна класифікація видатків бюджету забезпечує єдиний підхід до всіх учасників бюджетного процесу з точки зору виконання бюджету (п. 1.1)¹⁸.

Наказом МФУ від 14 січня 2011 р. № 11 «Про бюджетну класифікацію», за кодом функціональної класифікації видатків та кредитування бюджету визначено: 0112 – фінансова та фіскальна діяльність, 0130 – інші загальні функції державного управління, 0133 – інша діяльність у сфері державного управління, 0300 – громадський порядок, безпека та судова влада¹⁹.

При здійсненні безготівкових операцій найпоширенішим видом розрахункових документів є платіжне доручення. Інструкція про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті, затверджена постановою Правління Національного банку України від 21 січня 2004 р. № 22, регулює порядок застосування й заповнення платіжних доручень. При перерахуванні коштів до бюджету реквізит «призначення платежу» заповнюється з урахуванням визначеного Порядку.

Порядок заповнення платником реквізиту «Призначення платежу» розрахункового документа викладено в додатку 8 до Інструкції про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті, затвердженій постановою правління Національного банку України від 21 січня 2004 р. № 22 (далі – Інструкція № 22). Згідно з ним визначено, що реквізит «Призначення платежу» заповнюється з урахуванням вимог нормативно-правових актів з питань заповнення розрахункових документів у разі сплати (стягнення) платежів до бюджету або *повернення платежів з бюджету*²⁰.

Постановою Пленуму ВАСУ від 20 травня 2013 р. № 7 «Про судові рішення в адміністративній справі» передбачено (п. 10.4), що: у рішенні про стягнення з відповідача на користь позивача певної суми грошових коштів суд першої інстанції повинен зазначити дані, визначені п. 3 частини першої ст. 18 Закону України від 21 квітня 1999 р. № 606-XIV «Про виконавче провадження», необхідні для подальшого оформлення виконавчого документа: повне найменування (для юридичних осіб) або ім'я (прізвище, власне ім'я та по батькові) (для фізичних осіб) стягувача і боржника, їх місцезнаходження (для юридичних осіб) або місце проживання чи перебування (для фізичних осіб), ідентифікаційний код суб'єкта господарської діяльності стягувача та боржника (для юридичних осіб), індивідуальний ідентифікаційний номер стягувача та боржника (для фізичних осіб – платників податків) або номер і серію паспорта стягувача та боржника для фізичних осіб – громадян України, які через свої релігійні або інші переконання відмовилися від присвоєння ідентифікаційного номера, офіційно повідомили про це відповідні органи державної влади та мають відмітку в паспорті громадянина України, *а також інші дані*, якщо вони відомі суду, які ідентифікують стягувача та боржника чи можуть сприяти примусовому виконанню, зокрема дату народження боржника та місце його роботи (для фізичних осіб), місцезнаходження майна боржника, рахунки стягувача та боржника тощо. Розмір грошових коштів, що підлягають стягненню, зазначається цифрами та у дужках словами. Резолютивна частина судового рішення (п. 10), за загальним правилом, повинна містити: висновок суду про задоволення позову (клопотання, подання), апеляційної чи касаційної скарги повністю або частково чи відмову в його (її) задоволенні повністю або частково, чи залишення його (її) без задоволення; висновок суду по суті вимог; *розподіл судових витрат*; інших правових наслідків ухваленого рішення; строк і порядок набрання судовим рішенням законної сили та його оскарження; встановлений судом строк для подання суб'єктом владних повноважень – відповідачем до суду першої інстанції звіту про виконання постанови, якщо вона вимагає вчинення певних дій²¹.

Спільним наказом Мін'юсту, Мінфіну, Генеральної прокуратури від 4 березня 1996 р. № 6/5/3/41 «Про затвердження Положення про застосування Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду»» визначено порядок: поновлення порушених особистих і майнових прав, а також визначення органів, на які покладається вчинення дій із забезпечення відшкодування шкоди, завданої громадянину, та пов'язані з цим обов'язки зазначених органів; виплати громадянину суми відшкодування проводиться установою банку на підставі чека, виданого органом казначейства після подання громадянином копії постанови (ухвали) органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду про розмір відшкодування шкоди за умов наявності коштів *на рахунок відповідного територіального органу казначейства*²².

Право на доступ до суду має бути ефективним. Вимога ефективності передбачає чіткість законодавчих положень і прозорість системи судового контролю. У випадку, коли виконання оспорюваного акта вже розпочалося, ефективність права доступу має передбачати можливість заявника *вимагати припинення чи попередження його негайного виконання*, а у випадку відхилення такої вимоги – проведення судового процесу із ретельністю, що вимагають наявні обставини (рішення ЄСПЛ від 23 липня 2002 р. у справі Janosevic v. Sweden, № 34619/97)²³.

При вирішенні адміністративної справи за позовом платника податків до контролюючого органу про скасування податкових повідомлень-рішень у рішенні ВАСУ від 3 квітня 2013 р. (К/9991/32753/12) у реєстрі № 30506024 зазначено: зобов'язати відповідний підрозділ Державної казначейської служби України **стягнути судові витрати** у сумі 2416,48 грн на користь приватного акціонерного товариства «Експоінвест» за рахунок Державного бюджету України шляхом *їх безспірною списання із рахунків державної податкової інспекції* у м. Черкаси *за рахунок* бюджетних асигнувань.

Бюджетне асигнування – повноваження розпорядника бюджетних коштів, надане відповідно до бюджетного призначення, на взяття бюджетного зобов'язання та здійснення платежів, що має кількісні, часові та цільові обмеження.

Листом ВАСУ від 21 листопада 2011 р. № 2135/11/13-11 «Щодо порядку стягнення судових витрат з Державного бюджету України» пропонується: з урахуванням принципу пріоритетності законів над підзаконними актами судам у резолютивній частині такого судового рішення зазначити обов'язок органу Державної казначейської служби України **стягнути судові витрати** із Державного бюджету України шляхом *їх безспірною списання із рахунка суб'єкта владних повноважень – відповідача*. Відповідно, у виконавчому листі за таким судовим рішенням як боржника слід вказувати Державний бюджет України **в особі суб'єкта владних повноважень – відповідача**²⁴.

Законом України «Про судовий збір» визначено (ч. 1 ст. 7), що сплачена сума судового збору повертається за ухвалою суду у разі: 1) зменшення розміру позовних вимог або внесення судового збору в більшому розмірі, ніж встановлено законом; 2) повернення заяви або скарги; 3) відмови у відкритті провадження у справі; 4) залишення заяви або скарги без розгляду (крім випадків, що такі заяви або скарги залишені без

розгляду у зв'язку з повторним неприбуттям позивача або за його клопотанням); 5) закриття провадження у справі. Проте не передбачено підстав для повернення збору у інших випадках²⁵.

Натомість, КАС України (ч. 4 ст. 94) визначено: якщо судові рішення ухвалені на користь сторони, яка не є суб'єктом владних повноважень, суд присуджує всі здійснені нею документально підтверджені **судові витрати з Державного бюджету України** (або відповідного місцевого бюджету, якщо іншою стороною був орган місцевого самоврядування, його посадова чи службова особа).

Бюджетним кодексом України (ст. 25 «безспірне списання коштів бюджету та відшкодування збитків, завданих бюджету») визначено: 1. Центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері **казначейського обслуговування бюджетних коштів**, здійснює безспірне списання коштів державного бюджету та місцевих бюджетів **на підставі рішення суду**. 2. Відшкодування відповідно до закону шкоди, завданої фізичній чи юридичній особі внаслідок **незаконно прийнятих рішень**, дій чи бездіяльності органів державної влади (органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування), а також їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень, **здійснюється державою** (АРК, органами місцевого самоврядування) **у порядку, визначеному законом**.

КАС України (ст. 9) визначено: у разі відсутності закону, що регулює відповідні правовідносини, суд застосовує закон, що регулює подібні правовідносини (аналогія закону), а за відсутності такого закону суд виходить із конституційних принципів і загальних засад права (аналогія права).

Законом України від 1 грудня 1994 р. № 266/94-ВР «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду» передбачено, зокрема, що у наведених в ст. 1 цього Закону випадках громадянину відшкодовуються (**повертаються**): 1) заробіток та інші грошові доходи, які він втратив внаслідок незаконних дій; 2) майно (у тому числі гроші, грошові вклади і відсотки на них, цінні папери та відсотки на них, частка у статутному фонді господарського товариства, учасником якого був громадянин, та прибуток, який він не отримав відповідно до цієї частки, інші цінності), конфісковане або звернене в дохід держави судом, вилучене органами досудового розслідування, органами, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, а також майно, на яке накладено арешт; 3) штрафи, стягнуті на виконання вироку суду, **судові витрати та інші витрати**, сплачені громадянином; 4) суми, сплачені громадянином у зв'язку з наданням йому юридичної допомоги; 5) моральна **шкода**²⁶.

В ухвалі ВСУ від 7 липня 2010 р. № 6-15129св09 визнано правомірним стягнення з держави шкоди: висновок апеляційного суду про необхідність часткового задоволення позовних вимог про відшкодування моральної шкоди ґрунтується на вимогах закону. Рішенням Апеляційного суду Луганської області від 20 травня 2009 р. вказане рішення суду першої інстанції, змінено, в частині відмови в задоволенні позовних вимог про відшкодування моральної шкоди скасовано й у цій частині ухвалено нове рішення, яким ці вимоги задоволено частково, **стягнуто з держави** на користь позивачки на відшкодування моральної шкоди 5 тис. грн шляхом списання коштів зі спеціально визначеного для цього рахунку Державного казначейства України для відшкодування шкоди, завданої органами державної влади чи їх службовими особами. В іншій частині рішення суду першої інстанції залишено без змін. Визначаючи розмір відшкодування моральної шкоди, апеляційний суд виходив із характеру та обсягу страждань позивачки, характеру немайнових втрат, їх тривалості, можливості відновлення та засад розумності.

Шкода, завдана фізичній або юридичній особі незаконними рішеннями, дією чи бездіяльністю органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування при здійсненні ними своїх повноважень, **відшкодовується державою**, Автономною Республікою Крим або органом місцевого самоврядування незалежно від вини цих органів (ст. 1173 ЦК України)²⁷. Постановою Пленуму Верховного Суду України № 4 від 31 березня 1995 р. «Про судову практику у справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» було зазначено, що у випадках, коли шкода відшкодовується державою (за рахунок держави), то поряд із відповідним державним органом суд має притягнути як відповідача відповідний орган казначейства (п. 10-1)²⁸.

Бюджетним кодексом України встановлено, що рішення суду про стягнення (арешт) коштів державного бюджету (місцевих бюджетів) виконується виключно Державною казначейською службою України (п. 9 розділу VI «Прикінцеві та перехідні положення»).

Податкова політика, спрямована на забезпечення економічно обґрунтованого податкового навантаження на суб'єктів господарювання, стимулювання суспільно необхідної економічної діяльності суб'єктів, а також дотримання принципу соціальної справедливості та конституційних гарантій прав громадян при оподаткуванні їх доходів (ст. 10 ГК України)²⁹.

Податкове зобов'язання (ст. 14) – сума коштів, яку платник податків, у тому числі податковий агент, повинен сплатити до відповідного бюджету як податок або збір на підставі, в порядку та строки, визначені податковим законодавством (у тому числі сума коштів, визначена платником податків у податковому векселі та не сплачена в установленний законом строк). Податковим обов'язком визнається обов'язок платника податку обчислити, задекларувати та/або сплатити суму податку й збору в порядку і строки, визначені цим Кодексом, законами з питань митної справи. Податковий обов'язок є безумовним і першочерговим стосовно інших неподаткових обов'язків платника податків, крім випадків, передбачених законом (ст. 36)³⁰.

Податкова поведінка – це загальна характеристика діяльності суб'єктів господарської діяльності, сформована на основі встановлених фактів дотримання чи порушення податкового законодавства з урахуванням податкових ризиків звітного періоду.

Податкові правопорушення – протиправні діяння (дія чи бездіяльність) платників податків, податкових агентів, та/або їх посадових осіб, а також посадових осіб контролюючих органів, що призвели до невиконання або неналежного виконання вимог, установлених цим Кодексом та іншим законодавством, контроль за дотриманням якого покладено на контролюючі органи(ст. 109)³¹.

Згідно з *Кримінальним кодексом України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III (далі – КК) «ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів)»* (ст. 212): умисне ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), що входять у *систему оподаткування*, введених у встановленому законом порядку, вчинене службовою особою підприємства, установи, організації, незалежно від форми власності або особою, що займається підприємницькою діяльністю без створення юридичної особи чи будь-якою іншою особою, яка зобов'язана їх сплачувати, **якщо ці діяння призвели до фактичного ненадходження** до бюджетів чи державних цільових фондів коштів у значних розмірах, – карається штрафом від однієї тисячі до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років. Особа, яка вчинила діяння, передбачені частинами першою, другою, або діяння, передбачені частиною третьою (якщо вони призвели до фактичного ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів в особливо великих розмірах) цієї статті, **звільняється від кримінальної відповідальності**, якщо вона до притягнення до кримінальної відповідальності **сплатила податки, збори (обов'язкові платежі), а також відшкодувала шкоду**, завдану державі їх несвоєчасною сплатою (фінансові санкції, пеня)³².

Інформаційний лист від 25 грудня 2013 р. № 1770/12/13-13: вживати заходів забезпечення позову щодо незаконності нормативно-правових актів центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну фінансову політику, або центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну податкову і митну політику, суди повинні з **урахуванням фактичних об'єктивних перешкод у реалізації прав та інтересів платника податків** або щодо виникнення значних **ускладнень у їх захисті в майбутньому**³³.

Ухвалою апеляційного суду Вінницької області від 7 липня 2011 р. скасовано обвинувальний вирок Староміського районного суду м. Вінниці від 1 липня 2010 р. щодо Особи, справу направлено на новий судовий розгляд з тих підстав, що судом першої інстанції при постановленні вироку не дано належної оцінки усім обставинам справи, на які посилається Особа, чітко не визначено, у чому полягає заподіяна нею **істотна шкода**, та чи має місце перевищення службових повноважень. Постанова (ухвала) судді (суду), винесена у порядку, передбаченому ст.ст. 248, 282 КПК України, має бути вмотивованою. Зазначені порушення вимог закону, допущені судом першої інстанції, залишилися поза увагою суду апеляційної інстанції і не були усунуті при апеляційному розгляді. Зосередившись виключно на висновках, викладених у постанові суду першої інстанції, апеляційний суд переконливих мотивів залишення апеляції без задоволення в ухвалі не навів, у загальних фразах вказав, що погоджується з рішенням місцевого суду. У касаційному поданні прокурор ставить питання про скасування судових рішень щодо Особи з направленням справи на новий судовий розгляд у зв'язку з неправильним застосуванням кримінального закону, що призвело до невідповідності призначеного покарання тяжкості вчиненого їй особою засудженого. Посилається на те, що суд безпідставно виправдав Особу за ч. 1 ст. 209, ч. 2 ст. 364 КК України. Органами досудового слідства Особу обвинувачено також у тому, що вона, працюючи на посаді директора протягом 2005–2006 рр. унаслідок **ухилення від сплати податку** з доходів фізичних осіб на суму 247729,8 грн, учинила легалізацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та зловживання службовим становищем, що завдало тяжких наслідків охоронюваним законом правам та інтересам громадян.

Податковим кодексом України визначено: (п. 56.22 ст. 56 оскарження рішень контролюючих органів) якщо платник податків оскаржує рішення контролюючого органу в адміністративному порядку **та/або до суду**, повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення щодо **ухилення від сплати податків** не може **грунтуватися виключно на цьому рішенні** контролюючого органу до закінчення процедури адміністративного оскарження або до **остаточного вирішення справи** судом. Початок досудового розслідування стосовно платника податків або повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення його службовим (посадовим) особам не може бути підставою для зупинення провадження у справі **або залишення без розгляду скарги (позову) такого платника податків**, поданої до суду в межах процедури оскарження рішень контролюючих органів.

Одним із аспектів верховенства права є принцип правової визначеності, який, зокрема, передбачає, що коли суд ухвалив остаточне рішення по суті спору, воно не може підлягати перегляду (див. рішення Суду у справі *Brumarescu v. Romania*). Принцип правової визначеності також встановлює, що жодна сторона не вправі вимагати перегляду остаточного судового рішення, що набрало чинності, лише задля нового судового розгляду і нового рішення по суті. Повноваження суду апеляційної інстанції щодо перегляду рішення суду першої інстанції має використовуватися для виправлення судових помилок. Перегляд судового рішення не повинен бути замаскованою апеляційною процедурою, а саме лише існування двох позицій щодо способу вирішення спору не є підставою для повторного судового розгляду. Відхилення від цього принципу допустимі лише у разі виявлення **виняткових обставин** у справі (див. рішення Суду у справі *Ryabykh v. Russia*)³⁴.

Підставою для подання заяви про перегляд судових рішень (ст. 237 КАС України) є подання заяви з мотивів: 1) неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень у подібних правовідносинах; 2) вста-

новлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом.

Пунктом 58.4 ст. 58 Податкового кодексу України «податкове повідомлення-рішення» передбачено: у разі коли судом за результатами розгляду кримінального провадження про кримінальне правопорушення, предметом якого є податки, збори, винесено обвинувальний вирок, що набрав законної сили, або винесено рішення про закриття кримінального провадження за nereабілітуючими підставами, відповідний контролюючий орган **зобов'язаний визначити податкові зобов'язання** платника податків за податками та зборами, несплата податкових зобов'язань за якими встановлена судовим рішенням, та прийняти податкове повідомлення-рішення про нарахування платнику таких податкових зобов'язань і застосування стосовно нього штрафних (фінансових) санкцій у розмірах, визначених цим Кодексом. Складання та надсилання платнику податків податкового повідомлення-рішення за податковими зобов'язаннями платника податків за податками та зборами, несплата податкових зобов'язань за якими встановлена судовим рішенням, **забороняється до набрання законної сили судовим рішенням** у кримінальному провадженні або винесення ухвали про закриття такого кримінального провадження за nereабілітуючими підставами. Абзац другий цього пункту не застосовується, коли податкове повідомлення-рішення надіслане (вручене) **до повідомлення особі про підозру** у вчиненні кримінального правопорушення³⁵.

Листом від 31 липня 2012 р. № 20727/7/10-0217/2986 платників податків, повідомлено що однією з підстав для проведення органом ДПС документальних позапланових перевірок відповідно до пп. 78.1.11 ПКУ є отримання органом ДПС постанови суду (ухвали суду) про призначення перевірки або постанови органу дізнання, слідчого, прокурора, винесеної ними відповідно до закону у кримінальних справах, що перебувають у їхньому провадженні. За результатами таких перевірок, відповідно до п. 86.9 ПКУ податкове повідомлення-рішення не приймається **до дня набрання законної сили відповідним рішенням суду**. Матеріали перевірки разом із висновками органу ДПС передаються правоохоронному органу, що призначив перевірку³⁶.

У постанові ВАСУ від 19 грудня 2012 р. (справа № К/9991/64526/12) зазначено: з прийняттям нового КПК підставою для проведення органом ДПС позапланової перевірки є не лише постанова органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, слідчого, прокурора, винесена ними відповідно до закону, а й судові рішення суду (слідчого судді) про призначення перевірки. Доказом у кримінальній справі, зокрема, є висновки ревізій та актів перевірок, а не довідки чи відповіді платників податків на запити, що містять посилання на пп. 78.1.11 ПКУ.

Проте Податковим кодексом України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI передбачено ст. 78 «порядок проведення документальних позапланових перевірок», коли (78.1.11) отримано судові рішення суду (слідчого судді) про призначення перевірки або постанову органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, слідчого, прокурора, винесену ними відповідно до закону. ПКУ (ст. 86 «оформлення результатів перевірок» (86.9)) передбачено: у разі якщо грошове зобов'язання розраховується контролюючим органом за результатами перевірки, проведеної з обставин, визначених підпунктом 78.1.11 п. 78.1 ст. 78 цього Кодексу, щодо кримінального провадження, у якому розслідується кримінальне правопорушення стосовно посадової особи (посадових осіб) платника податків (юридичної особи) або фізичної особи – підприємця, що перевіряється, предметом якого є податки та/або збори, **податкове повідомлення-рішення за результатами такої перевірки приймається таким контролюючим органом протягом 10 робочих днів з дня, наступного за днем отримання цим контролюючим органом відповідного судового рішення** (обвинувальний вирок, ухвала про закриття кримінального провадження за nereабілітуючими підставами), **що набрало законної сили**. Матеріали такої перевірки разом з висновками контролюючого органу передаються органу, що призначив перевірку³⁷.

Кодексом адміністративного судочинства України (ст. 254 «набрання судовим рішенням законної сили») визначено: постанова або ухвала суду першої інстанції, якщо інше не встановлено цим Кодексом, набирає законної сили після закінчення строку подання апеляційної скарги, встановленого цим Кодексом, якщо таку скаргу не було подано. У разі подання апеляційної скарги судові рішення, якщо його не скасовано, набирає законної сили після повернення апеляційної скарги, відмови у відкритті апеляційного провадження або набрання законної сили рішенням за наслідками апеляційного провадження. Постанова або ухвала суду апеляційної чи касаційної інстанції за наслідками перегляду, постанова Верховного Суду України набирають законної сили з моменту проголошення, а якщо їх було прийнято за наслідками розгляду у письмовому провадженні, – через п'ять днів після направлення їх копій особам, які беруть участь у справі.

Залишається неврегульованим питання: якщо постанова органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, слідчого, прокурора, прийнята відповідно до закону є, проте у реєстрі справи немає і рішення суду найближчим часом не очікується, чи розглядати адміністративну справу за позовом платника про скасування податкових повідомлень-рішень, якщо перевірку проведено згідно п. 78.1.11? Як визначити платнику самостійно суму збитків без офіційного рішення податкового, зважаючи на п. 86.9 ст. 86 ПКУ і скористатись можливістю сплати податків і санкцій з їх декларуванням після перевірки за наслідком ознайомлення з матеріалами кримінальної справи до оголошення вироку за ст. 212 КК України?

Висновки і пропозиції: потребує удосконалення Податковий кодекс і ст. 7 Закону України «Про судовий збір», яку зокрема доповнити: «у інших випадках, передбачених законом»; необхідно продовжити громадське обговорення інформаційних листів, якими передбачено можливість оскарження (1095 днів) рішень контролюючого органу за п. 56.19 ПКУ; необхідно здійснювати аналіз захисту адміністративними судами прав і інтересів особи і забезпечення конституційних гарантій з огляду на міжнародні правові стандарти, зокрема,

враховуючи те, що «будь-яке втручання органу влади у захищене право не суперечитиме загальній нормі, викладеній у першому реченні частини першої статті 1 Протокоду Першого ЄКПЛ, лише якщо забезпечено «справедливий баланс» між загальним інтересом суспільства та вимогами захисту основоположних прав конкретної особи, оскільки питання стосовно того, чи було забезпечено такий справедливий баланс, стає актуальним лише після того, як встановлено, що відповідне втручання задовольнило вимогу законності і не було свавільним (рішення у справі «Беслер проти Італії» заява № 33202/96, п. 107).

¹ Указ Президента України від 27.06.2006 № 587/2006. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/587/2006>

² Відбулося засідання Ради суддів України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://court.gov.ua/83708/> – Назва з екрану.

³ Ковальчук А. «О сроках обжалования решений о начислении денежных обязательств» / Ковальчук А. Судебно-юридическая газета. – № 29-30, 12 августа 2013; Гетманцев Д. Юридическая практика. – № 9. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.jurimex.com.ua/ru/press/entry-332

⁴ Скакун О. Ф. Теорія держави і права: Підручник. 2-е вид. / Пер. з рос. – Х.: Консум, 2005. – 656 с. – (С. 5; С. 498; С. 503–504).

⁵ Податковий кодекс України від 02.12.2010 № 2755-VI. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>

⁶ Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 № 2747-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>

⁷ Інформаційний лист ВАСУ від 10.02.2011 № 203/11/13-11 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.vasu.gov.ua/ua/generalization_court_practice.html?m=publications&t=rec&id=1710

⁸ Інформаційний лист ВАСУ від 05.07.2011 № 945/11/13-11 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.vasu.gov.ua/ua/generalization_court_practice.html?m=publications&t=rec&id=1918&fp=41

⁹ Інформаційний лист ВАСУ від 01.11.2011 № 1935/11/13-11 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v1935760-11>

¹⁰ Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>

¹¹ Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/>

¹² Ухвала Конституційного Суду України від 18.09.2013 № 37-у/2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v037u710-13>

¹³ Рішення Конституційного Суду України від 09.02.1999 № 1-рп/99 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-99>

¹⁴ Інформаційний лист ВАСУ від 05.07.2011 № 945/11/13-11 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.vasu.gov.ua/ua/generalization_court_practice.html?m=publications&t=rec&id=1918&fp=41

¹⁵ Левченко Д. В. Проблеми встановлення сутності категорії «інтерес» // Актуальні проблеми держави і права: збірник наукових праць. Вип. 60 / Редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) та ін.; відп. за вип. В. М. Дрьомін. – Одеса: Юридична література, 2011. – 584 с. – С. 455–461.

¹⁶ Лист Мінфін від 11.06.2012 № 31-08330-10-18/14701 «Щодо питань повернення судового збору».

¹⁷ Бюджетний кодекс України від 08.07.2010 № 2456-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2456-17>

¹⁸ Наказ Міністерства фінансів України від від 12.03.2012 № 333 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0456-12>

¹⁹ Наказ Міністерства фінансів України від 14.01.2011 № 11 «Про бюджетну класифікацію» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.minfin.gov.ua/control/uk/publish/article%3Fart_id=356065&cat_id=355990

²⁰ Постанова Національного банку України «Про затвердження Інструкції про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті» від 21.01.2004 № 22 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0377-04>

²¹ Постанова Пленуму ВАСУ «Про судові рішення в адміністративній справі» від 20.05.2013 № 7 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.vasu.gov.ua/ua/plenum_vas.html?m=publications&t=rec&id=2874

²² Спільний наказ Мін'юсту, Мінфіну, Генеральної прокуратури від 04.03.1996 № 6/5/3/41 «Про затвердження Положення про застосування Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду»» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.nau.ua/doc/?code=z0106-96>

²³ Український портал практики Європейського суду з прав людини – Режим доступу: <http://eurocourt.in.ua/GetArticlesByCategory.asp?CategoryId=2>

²⁴ Лист ВАСУ «Щодо порядку стягнення судових витрат з Державного бюджету України» від 21.11.2011 № 2135/11/13-11 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v2135760-11>

²⁵ Закон України «Про судовий збір» від 08.07.2011 № 3674-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3674-17>

²⁶ Закон України від 01.12.1994 № 266/94-ВР «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/266/94-вр>

²⁷ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

²⁸ Постанова Пленуму Верховного Суду України № 4 від 31.03.1995 «Про судову практику у справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v0004700-95>

²⁹ Господарський кодекс України від 16.01.2003 № 436-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/436-15>

³⁰ Податковий кодекс України від 02.12.2010 № 2755-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>

³¹ Там само.

³² Кримінального кодексу України від 05.04.2001 № 2341-III [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>

³³ Інформаційний лист ВАСУ від 25.12.2013 № 1770/12/13-13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.vasu.gov.ua/ua/generalization_court_practice.html?_m=publications&_t=rec&id=3188

³⁴ Спільний наказ Мін'юсту, Мінфіну, Генеральної прокуратури від 04.03.1996 № 6/5/3/41 «Про затвердження Положення про застосування Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду»» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.nau.ua/doc/?code=z0106-96>

³⁵ Податковий кодекс України від 02.12.2010 № 2755-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>

³⁶ Лист ДПСУ від 31.07.2012 № 20727/7/10-0217/2986 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/DPA1486.html

³⁷ Податковий кодекс України від 02.12.2010 № 2755-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>

Резюме

Трофімова Л. В. Удосконалення правового регулювання податкових відносин: питання теорії і практики фінансової політики.

У статті розглядаються питання формування публічних доходів і реалізації фінансової політики держави є одними із ключових у забезпеченні гарантій прав людини у стратегічному соціально-економічному розвитку країни. Акцентовано увагу на необхідності вжиття заходів із утворення однотипної судової практики щодо стягнення та повернення коштів до/із бюджету у вирішенні спорів, що також потребує уваги законотворців, юридичної спільноти і громадськості з огляду на міжнародні правові стандарти.

Ключові слова: бюджет, контроль, права платника, податковий обов'язок, судова практика, фінансова політика.

Резюме

Трофімова Л. В. Усовершенствование правового регулирования налоговых отношений: вопросы теории и практики финансовой политики.

В статье рассматриваются вопросы формирования публичных доходов и реализации финансовой политики государства, которые являются одними из ключевых в обеспечении гарантий прав человека в стратегическом социально-экономическом развитии страны. Акцентируется внимание на необходимости принятия мер образования однотипной судебной практики по взысканию и возврату средств в/из бюджета в решении споров, что также требует внимания законодателей, юридического сообщества и общественности, учитывая международные правовые стандарты.

Ключевые слова: бюджет, контроль, права плательщика, налоговое обязательство, судебная практика, финансовая политика.

Summary

Trofimova L. The improvement of regulation of tax relations: problems in the theory and practice of financial policy.

The article examines the formation of public revenues and implementation of the state financial policy which are one of the main key in ensuring human rights in the strategic socio-economic development of the country. The article is also focused on the necessity to take measures to the formation of the same type of judicial practice to collect and return the funds to / from the budget in resolving disputes, that is also requires attention of legislators, the legal community and the public, taking into account international legal standards.

Key words: budget, control, payer right's, tax payable, court practice (precedents), financial policy.

Отримано 28.01.2014

УДК 347.962

І. С. ЗУБАЧОВА

Ірина Сергіївна Зубачова, асистент кафедри ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана», здобувач Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ДО ПИТАННЯ ЩОДО КОНЦЕПТУАЛЬНИХ ЗАСАД РЕАЛІЗАЦІЇ СУДОВО-ПРАВОВОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ

Головний обов'язок держави щодо забезпечення захисту прав та свобод людини і громадянина в Україні, безперечно, повною мірою має здійснювати судова система, яка діятиме відповідно до Основного Закону. У Конституції України систему правосуддя окреслено у загальному вигляді, визначено лише принципові засади її організації і діяльності. У зв'язку з цим існує нагальна потреба у виробленні та законодавчому закріпленні чіткого і системного бачення стратегії реформування судової гілки влади.

Діюча система судів загальної юрисдикції, як показала практика, не повною мірою відповідає конституційним засадам організації правосуддя. Вчені-правознавці та практики слушно акцентують увагу на тому, що нерациональна побудова системи судових установ та розподіл між ними юрисдикції нерідко спричиняють

розгляд спору різними судами одного рівня та несправедливе обмеження права на оскарження судових рішень в окремих категоріях справ.

Саме тому однією з актуальних проблем для України є необхідність створення цілеспрямованої, обґрунтованої концептуально-методологічної основи розвитку правосуддя в Україні, забезпечення доступного й справедливого судочинства, прозорості у діяльності судів, оптимізації системи судів загальної юрисдикції; посилення гарантій незалежності суддів; якісне підвищення фахового рівня суддівського корпусу.

Таким чином, можна дійти висновку про беззаперечність твердження, що подальшою метою проведення судової реформи є утвердження верховенства права шляхом забезпечення: доступності правосуддя; справедливої судової процедури; незалежності, безсторонності та професіоналізму суддів; юридичної визначеності, однаковості судової практики і ефективності судового захисту.

Крім того, нині в умовах політичної, економічної кризи, підвищення рівня правосвідомості громадян, а також прагнення ефективного захисту їх конституційних прав та свобод з боку держави, цілком обґрунтованим видається твердження, що рівень демократії залежить від стану судочинства у державі. Саме тому судові органи, на нашу думку, відіграють фундаментальну роль у забезпеченні прав та свобод людини і громадянина.

Розуміючи необхідність створення дієвих судових органів для захисту порушених прав та свобод, законодавцем було започатковано судову реформу в Україні ще з часу проголошення її державної незалежності. Головна мета на той час полягала у тому, щоб утвердити судову владу як незалежну гілку влади у рамках системи поділу влади у демократичному суспільстві. Незважаючи на позитивні здобутки на цьому шляху, процес становлення незалежного судочинства в Україні характеризувався суперечливістю й непослідовністю. Далися ознаки консерватизму у підходах до реформування та нестача чіткого бачення того, якою має бути судова система у державі, що керується верховенством права.

Тому, за таких обставин, на даний час українські суди ще не стали дієвим інститутом захисту прав людини, а рівень довіри до них з боку суспільства лишається вкрай низьким. Головними причинами такого стану є відсутність системного й узгодженого бачення подальшого здійснення судової реформи.

Серед перших спроб створити незалежну, ефективну систему здійснення правосуддя стала Концепція судово-правової реформи 1992 р., яка мала важливу роль у становленні судової влади в Україні, але практично втратила значення програмного документа після прийняття Конституції України 1996 р., хоча деякі положення Концепції ще тривалий час зберігали свою актуальність.

Одним із головних нормативно-правових актів, що став фундаментальною основою подальшого удосконалення зазначених вище органів в Україні, стала Конституція України, прийнята 28 червня 1996 року. Саме у ст. 125 було визначено побудову системи судів загальної юрисдикції за принципами територіальності і спеціалізації, найвищим судовим органом у системі судів загальної юрисдикції було визнано Верховний Суд України, а вищими судовими органами спеціалізованих судів відповідні вищі суди.

Проведення так званої «Малої судової реформи» було пов'язано із закінченням п'ятирічного терміну дії п. 12 «Перехідних положень» Конституції України 1996 р., що закріплював організацію та діяльність судової системи України. Протягом цього періоду було прийнято цілу низку законодавчих актів з питань судочинства та судоустрою, а саме: Закон України «Про судоустрій України», Закон України «Про кваліфікаційні комісії, кваліфікаційну і дисциплінарну відповідальність суддів судів України», Закон України «Про статус суддів», Закон України «Про органи суддівського самоврядування» та ін.

Подальше втілення у життя судової реформи можна спостерігати у нормах Закону України «Про судоустрій та статус суддів» від 7 липня 2010 р., який закріпив позитивні зрушення у діяльності судової гілки влади¹.

Необхідно зазначити, що на сьогодні наша держава реалізує кроки щодо вступу до членства в Європейському Співтоваристві. Натомість, відповідно до вимог Європейського Союзу (далі – ЄС) країна може набути права членства ЄС у разі її відповідності економічним та політичним умовам, а саме: держави повинні домогтися стабільності інститутів, що гарантують демократію, дотримання прав людини і громадянина, верховенства закону, повагу та захист меншин; наявність та функціонування ринкової економіки, змога у рамках Європейського Співтовариства працювати в умовах конкуренції, а також взяття на себе зобов'язань членства, включаючи прихильність цілям політичного, економічного й валютного союзу².

У своїй Резолюції Європейський Парламент щодо України від 24 травня 2012 р. вказує, що дотримання Україною прав людини, її повага до громадянських та фундаментальних свобод і до верховенства права, разом з проведенням справедливих, неупереджених та незалежних судових процесів, та її зосередженість на проведенні внутрішніх реформ є передумовою для подальшого розвитку відносин між ЄС і Україною; ЄС продовжує наголошувати на необхідності поваги до верховенства закону, включаючи справедливі, неупереджені та незалежні судові процеси та уникнення при цьому небезпеки породження будь-яких думок, що судові заходи застосовуються вибірково; тоді як ЄС вважає, що ці принципи особливо важливі для країни, яка прагне глибоких договірних відносин на основі політичного об'єднання; європейська перспектива України повинна бути заснована на політиці систематичних та незворотних реформ у ряді важливих інституційних, політичних, економічних і соціальних галузей; у той час як важливі реформи вже було здійснено або вони здійснюються зараз, тоді як інші все ще треба запровадити; нинішні проблеми у відносинах між Україною та Європейським Союзом можуть бути вирішені тільки на основі чіткого бажання з боку української влади проводити і здійснювати необхідні реформи, зокрема, правову та судову з метою повного дотримання принципів демократії та поваги до прав людини та основних свобод, прав меншин і верховенства закону, закликає до активної та ефективної підтримки реалізації цієї реформи з боку інституцій

Європейського Союзу та Ради Європи і її Венеціанської комісії; українській владі необхідно провести всеосяжні реформи, які повинні бути здійснені для того, щоб прокласти шлях для зближення України з європейськими нормами і стандартами; підкреслює, що зближення України з ЄС має будуватися на її прихильності до європейських цінностей та свобод³.

Отже, зі змісту Резолюції Європейського Парламенту щодо України від 24 травня 2012 р. випливає необхідність удосконалення державних правових органів взагалі та судової системи зокрема.

Україна здійснила цілу низку кроків у цьому напрямі, зокрема Указом Президента України № 198/2012 (198/2012) від 15 березня 2012 р. було визначено заходи щодо забезпечення ефективності реалізації Програми економічних реформ на 2010–2014 рр. «Заможне суспільство, конкурентоспроможна економіка, ефективна держава». Указом Президента України від 17 березня 2010 р. № 355 (355/2010) було затверджено положення про Комітет з економічних реформ як консультативно-дорадчий орган при Президентові України, що створений з метою впровадження системних економічних реформ, спрямованих на вихід із фінансової та економічної кризи, на забезпечення сталого економічного розвитку України як передумови зростання добробуту її населення. До основних завдань Комітету було віднесено: опрацювання з урахуванням нинішньої соціально-економічної ситуації в Україні та на основі передового світового досвіду напрямів і механізмів здійснення економічних реформ; підготовка національних планів дій щодо впровадження Програми економічних реформ на 2010–2014 рр. «Заможне суспільство, конкурентоспроможна економіка, ефективна держава»; забезпечення підготовки для внесення Президентом України на розгляд Верховної Ради України законопроектів, спрямованих на реалізацію зазначеної вище Програми; залучення громадськості до обговорення пропозицій щодо напрямів і механізмів здійснення економічних реформ, найважливіших законопроектів з цих питань, забезпечення врахування позиції громадськості у процесі реалізації економічних реформ; сприяння формуванню позитивного іміджу України у зв'язку з проведенням економічних реформ, доведено до міжнародної спільноти об'єктивної інформації про зміст та стан економічних реформ в Україні⁴.

На перший погляд, до позитивних кроків судової реформи можна віднести Закон України від 8 квітня 2014 р. «Про відновлення довіри до судової влади в Україні», що визначає правові та організаційні засади проведення спеціальної перевірки суддів судів загальної юрисдикції як тимчасового посиленого заходу з використанням існуючих процедур розгляду питань про притягнення суддів судів загальної юрисдикції до дисциплінарної відповідальності і звільнення з посади у зв'язку з порушенням присяги з метою підвищення авторитету судової влади України та довіри громадян до судової гілки влади, відновлення законності і справедливості⁵. Проте даний нормативно-правовий акт дозволяє переобирати керівництво судових органів, що призвело до унеможливлення кардинально змінити ситуацію щодо обрання нових голів судів⁶.

Науковці та правники мають різні погляди щодо подальшого проведення судово-правової реформи. Так, наприклад, С. Штогун вбачає проведення судово-правової реформи у наступних напрямках. По-перше, це вирішення проблем судоустрою; по-друге, реформування процесуального права; по-третє, організація матеріального-технічного забезпечення судів; по-четверте, докорінне реформування організації обрання та функціонування органів суддівського самоврядування; по-п'яте, перегляд структури, формування ВРЮ та системи дисциплінарно-кваліфікаційних комісій суддів⁷.

В. Косарев зазначає, що подальше реформування судово-правової реформи неможливе без достатньої матеріальної забезпеченості судів, ліквідації Вищої ради юстиції, Вищої кваліфікаційної комісії суддів України та передання їх функцій суддівському самоврядуванню, а також створення триланкової судової системи на чолі з Верховним Судом України⁸.

В. Кузьмишин зазначає, що метою судово-правової реформи має стати реалізація демократичних ідей правосуддя, зокрема втілення принципу верховенства права; створення законодавства про судоустрій, яке б забезпечило незалежність судової влади. Вказує на необхідність злагодженості у роботі законодавчої, виконавчої та судової гілок влади, а також неможливість проведення судово-правової реформи окремо від реформування інституцій, пов'язаних із судом, зокрема таких, як: міліція, прокуратура, адвокатура та органи державної виконавчої служби⁹.

Ми погоджуємося з викладеними вище позиціями правників, проте вважаємо, що забезпечення прав та свобод людини і громадянина можливе не лише завдяки прийняттю окремих нормативно-правових актів у сфері судоустрою, а й проведенню комплексних правових реформ в Україні.

Політична та фінансова криза, яка виникла в Україні наприкінці 2013 р., зумовила нагальну потребу не лише в економічній стабілізації, а й у необхідності комплексного удосконалення самої системи державного управління та мобілізації усіх можливих ресурсів.

Упорядкована та дієва системи державного управління є потребою ефективного функціонування держави. Виконавча влада в Україні характеризується заплутаним підпорядкуванням один одному та відсутністю принципів її побудови. Наявність аналогічних функцій у органів виконавчої влади та конфлікту інтересів призводить до підвищення рівня корупції серед даних органів державної влади. В Україні необхідно, на нашу думку, забезпечити усунення бюрократичних перешкод та зобов'язати виконавчу владу виконувати лише її прями функції. Нагальність проведення адміністративної реформи обумовлена запровадженням комплексних змін та оновленням моделі державного управління, що приведе до доступної, прозорої та ефективною державної влади і, відповідно, позитивно впливатиме на зміст судово-правової реформи.

Указ Президента України від 9 грудня 2010 р. «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади» поклав початок проведенню даної реформи. Координацію здійснення адміністративної рефор-

ми в Україні було покладено на Робочу групу з питань оптимізації системи органів виконавчої влади та Координаційний центр з впровадження економічних реформ при Президентові України. На сьогодні завдяки адміністративно-правовій реформі в Україні було досягнуто певних позитивних зрушень у сфері функціонування органів виконавчої влади. Так, систему органів виконавчої влади в Україні було оптимізовано, усунуто конфлікт її функцій та дублювання повноважень; запроваджено європейський підхід до типології центральних органів виконавчої влади та чітко визначено зони її відповідальності; внесено зміни до Закону України «Про Кабінет Міністрів України», що окреслили зміни у систему прийняття урядових рішень, зменшено кількість членів Кабінету Міністрів України.

Варто зазначити, що основними принципами адміністративно-правової реформи є децентралізація і тим самим – ліквідація надлишкових функцій місцевих органів виконавчої влади, усунення дублювань між місцевими державними адміністраціями та центральними органами виконавчої влади; узгодженість державного управління з ринковою економікою; інституціалізація служби в органах місцевого самоврядування, а також розмежування повноважень органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування у сфері надання державних послуг.

Формування правової, демократичної, соціальної держави безпосередньо пов'язано з рівнем взаємодії парламенту, президента, органів виконавчої влади, судової влади, органів місцевого самоврядування, реалізації функцій держави, що забезпечують здійснення прав людини та громадянина, а також розвитком держави у цілому. Йдеться про створення цілісної системи державної влади з чітким розподілом повноважень між її суб'єктами (елементами), формування механізмів стримування і противаг між усіма складовими даної системи.

Зокрема, законодавчий орган зобов'язаний відповідно до Основного Закону бути представницьким органом, склад якого залежить безпосередньо від виборців, спрямовувати свою діяльність насамперед на створення законодавчої бази щодо проведення реформ та пріоритетних програм розвитку держави, а також здійснювати контроль за виконавчою владою заради уникнення неефективності її діяльності та зловживань з боку останньої.

Президент як гарант Конституції повинен представляти державу на міжнародній арені, забезпечувати національну безпеку, а також сприяти консолідації владних та опозиційних політичних сил, Верховної Ради України та Кабінету Міністрів України для ефективної реалізації функцій держави.

Кабінет Міністрів України, відповідно до Конституції України, є найвищим органом виконавчої влади і зобов'язаний реалізовувати державну політику. Органи виконавчої влади повинні виконувати всі адміністративні функції, що передбаченні законодавством щодо розвитку інфраструктури суспільства та надання публічних послуг.

Органи місцевого самоврядування покликані забезпечувати розвиток територіальної громади, соціально-економічний та культурний розвиток регіонів відповідних територій.

Судова влада має вирішувати всі правові спори, опираючись на основоположні принципи законності та справедливості. Здійснення правосуддя повинно базуватися на професіоналізмі, незалежності, доступності. Роль Конституційного Суду України полягає у визначенні відповідності чинного законодавства Основному Закону, вирішенні спорів між вищими державними органами влади щодо конституційності їхніх дій.

Повноваження зазначених вище органів повинні гарантуватися Основним Законом та чинним законодавством України, які мають відповідати принципу верховенства права. Формування дійсно правової, демократичної, соціальної держави потребує проведення відповідних реформ, що стануть основою досягнення такої цілі.

Отже, підсумовуючи наведене, можна констатувати, що держава та суспільство потребує окреслення нових шляхів удосконалення судової влади. Основними принципами підвищення авторитету судової влади серед суспільства має стати запровадження такої судової системи, що зможе ефективно захищати конституційні права і свободи людини та громадянина, інтереси суспільства й держави, забезпечення законності та правопорядку у країні. Тому до основних засад судово-правової реформи, на наш погляд, слід віднести не лише удосконалення незалежного правосуддя, а й проведення адміністративної реформи, муніципальної реформи тощо, оскільки відповідно до Конституції України державна влада поділяється на законодавчу, виконавчу та судову, які є незалежними одна від одної, проте, все ж таки, здійснюють свою діяльність на принципі стримування та противаг. Отже, в контексті формування концептуальних засад судово-правової реформи в Україні не можна говорити лише про її проведення ізольовано без удосконалення функціонування законодавчої та виконавчої гілок влади.

¹ Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2010, № 41–42, № 43, № 44–45, ст. 529.

² Conclusions of the presidency [Електронний ресурс] // European council in Copengagen. – 1933.-21-22JUNE. Режим доступу: http://ec.europa.eu/bulgaria/documents/abc/72921_en.pdf – [Заголовок з екрана].

³ Резолюція Європейського Парламенту щодо України (повний текст) Режим доступу: // <http://tyzhden.ua/Politics/51089>

⁴ Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1154/2010/print1330453751417866>

⁵ Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1188-18>

⁶ Тимошук О. «Нові-старі призначення голів судів, або чому не працює люстраційний закон» // Юридичний Вісник України № 17 (982) 26 квітня – 2 травня 2014 року; Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1188-18>; Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1188-18>

⁷ Штогун С. «Як змінити судочинство? Реформа судової системи очима судді у відставці» // Юридичний Вісник України. – № 16 (981) 19–25 квітня 2014 року; Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1188-18>

⁸ Косарев В. «Держава сама штовхала суддів брати хабарі» // Юридичний Вісник України. – № 16 (981) 19–25 квітня 2014 року; Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1154/2010/print1330453751417866>

⁹ Кузьмишин В. «Незалежність судової гілки влади є головною передумовою довіри людей до неї» // Юридичний Вісник України №17 (982) 26 квітня – 2 травня 2014 року; Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1154/2010/print1330453751417866>

Резюме

Зубачова І. С. До питання щодо концептуальних засад реалізації судово-правової реформи в Україні.

Розглядається питання щодо вироблення та законодавчого закріплення чіткого і системного бачення стратегії реформування судової гілки влади. Обґрунтовується необхідність створення цілеспрямованої основи розвитку правосуддя в Україні та оптимізації системи судів загальної юрисдикції. Робиться висновок, що до основних засад судово-правової реформи слід відносити не лише удосконалення незалежного правосуддя, а й проведення адміністративної реформи, муніципальної реформи тощо, оскільки відповідно до Конституції України державна влада поділяється на законодавчу, виконавчу та судову, які є незалежними одна від одної, проте, все ж таки, здійснюють свою діяльність на принципі стримуванні та противаг, тому не можна говорити про проведення судово-правової реформи ізольовано, без удосконалення інших гілок влади.

Ключові слова: судова влада, правосуддя, судова система, судово-правова реформа, демократія, влада.

Резюме

Зубачева И. С. О вопросе концептуальных основ реализации судебно-правовой реформы в Украине.

Рассматривается вопрос о выработке и законодательном закреплении четкого и системного видения стратегии реформирования судебной ветви власти. Обосновывается необходимость создания целенаправленной основы правосудия в Украине и оптимизации системы судов общей юрисдикции. Делается вывод, что к основным принципам судебно-правовой реформы следует относить не только усовершенствование независимого правосудия, но и проведение административной реформы, муниципальной реформы и т.д., поскольку согласно Конституции Украины государственная власть делится на законодательную, исполнительную и судебную, которые являются независимыми друг от друга, однако, все же, осуществляют свою деятельность на принципе сдерживания и противовесов, поэтому нельзя говорить о проведении судебно-правовой реформы изолированно, без совершенствования других ветвей власти.

Ключевые слова: судебная власть, правосудие, судебная система, судебно-правовая реформа, демократия, власть.

Summary

Zubachova I. About principles of realization of jurisdiction-legal reform in Ukraine.

The article observes the problem of production and legislative fixing of clear and systematic seeing of the strategy of reforming judicial authority. Necessity of creation of purposeful basics of justice in Ukraine and optimization of the system of courts of general jurisdiction is justified.

As a conclusion it is determined that not only improvement of independent jurisdiction may be referred to the basic principles of jurisdiction-legal reform, but holding of administrative and municipal reform, etc. as due to the Constitution of Ukraine state authority divides into legislative, executive and judicial, which are independent, nonetheless act on the principle of containment and counterbalance. Thus it is incorrect to speak about passage of judicial reform in terms of isolation, without improvement of other branches of power.

Key words: Judicial authority, jurisdiction, judicial and legal reform, democracy, power.

Отримано 8.04.2014

УДК 342.9

Р. Ю. КАПІНУС

Роман Юрійович Капінус, аспірант Академії праці, соціальних відносин і туризму

АКТИ ГЛАВ ДЕРЖАВ ЯК ДЖЕРЕЛА АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА КРАЇН АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ: СПОЛУЧЕНІ ШТАТИ АМЕРИКИ, СПОЛУЧЕНЕ КОРОЛІВСТВО ВЕЛИКОЇ БРИТАНІЇ ТА ПІВНІЧНОЇ ІРЛАНДІЇ

Для удосконалення правового регулювання актів Президента України у сфері адміністративного права необхідно дослідити відповідний досвід зарубіжних країн у даній сфері. Як відомо, країни англо-американської правової системи мають відмінну від країн романо-германської правової системи структуру та характер джерел права. Це зумовлено особливостями розвитку і формування правових систем даних країн. Треба зазначити, що більшість країн англо-американської правової системи є найбільш розвиненими сучасними державами світу. Саме тому дослідження актів глав держав країн англо-американської правової системи в сфері адміністративного права має важливе практичне значення, оскільки без належної теоретичної розробки даного питання неможливе повноцінне вдосконалення системи джерел адміністративного права України.

Можна констатувати, що в нашій державі на даний момент немає значної кількості досліджень актів глав держав англо-американської правової системи. Акти глав держав досліджували такі відомі вітчизняні

вчені, як: Д. В. Мазур, О. Т. Волощук, О. В. Новиков та інші. У свою чергу, правові системи США та Великобританії досліджували такі вчені, як: О. В. Бойко, Б. А. Страшун, В. Е. Чіркін. Однак аналіз актів глав держав досліджуваних країн у сфері адміністративного права майже не здійснювався. Враховуючи вищезазначене, тематика даної статті, на нашу думку, потребує більш детального вивчення.

Метою даної статті є комплексний аналіз основних рис та місця серед інших джерел права актів глав держав країн англо-американської правової системи, а саме: Сполучених Штатів Америки (далі – США) і Сполученого Королівства Великої Британії та Північної Ірландії (далі – Сполучене Королівство). На даній основі буде проведено науково-практичне дослідження та надано відповідні теоретичні узагальнення.

Починаючи характеристику актів глав держав в країнах англо-американської правової системи, слід зазначити, що так само як і в країнах романо-германської правової системи правовий статус актів глави держави в сфері адміністративного права тісно пов'язаний з правовим статусом президента країни в цілому. Тому важливим елементом даної статті буде дослідження правового статусу глав відповідних держав.

Треба підкреслити, що на відміну від країн романо-германської правової системи на акти глав держав у сфері адміністративного права країн англо-американської правової системи міжнародні або наднаціональні структури впливають значно менше. Це зумовлено особливостями актів глав держав країн англо-американської правової системи, які будуть розглянуті в даній статті.

Як слушно зазначають Р. В. Енгибарян та Е. В. Тадевосян про те, що нормативно-правові акти, які видаються президентом в парламентській республіці, як правило, отримують юридичну силу і підлягають виконанню тільки тоді, коли вони скріплені підписом прем'єр-міністра або відповідного міністра. При цьому самі ці акти звичайно видаються на підставі рішень, прийнятих парламентом, урядом чи окремими міністрами¹. Те саме можна сказати і про обмежену монархію, в якій повноваження глави держави суттєво обмежені встановленими рамками (наприклад, Сполучене Королівство Великої Британії та Північної Ірландії). У свою чергу, в президентській республіці глава держави має ширші повноваження і суттєво не обмежений у сфері видання нормативно-правових актів (наприклад, Сполучені Штати Америки).

На даній підставі, на нашу думку, країни англо-американської правової системи (так само як і країни романо-германської правової системи) можна умовно розподілити на дві групи залежно від місця актів глав держав серед джерел адміністративного права:

- країни, в яких акти глав держав займають другорядне місце серед джерел адміністративного права (Сполучене Королівство, Австралія, Нова Зеландія та інші країни Співдружності);
- країни, в яких акти глав держав займають провідне місце серед джерел адміністративного права (США).

Оскільки в рамках однієї статті неможливо проаналізувати акти глав держав усіх країн англо-американської правової системи, охарактеризуємо лише одну країну з кожної із вищезазначених груп. Через другорядне місце актів британського монарха серед джерел адміністративного права Сполученого Королівства вони будуть проаналізовані оглядово. Акти президента США займають провідне місце серед джерел права даної країни, а тому будуть розглянуті більш детально.

Будучи обмеженою монархією, Сполучене Королівство формально управляється монархом, який юридично наділений широкими повноваженнями. Таємна рада при монархові, згідно з Конституцією, допомагає йому управляти країною. Усі законодавчі, виконавчі й судові органи формально одержують свою владу від монарха. Фактично країною управляє уряд, а точніше – прем'єр-міністр, у підпорядкуванні якого перебуває й парламент. Таємна рада існує дотепер, але монарх не є «господарем» навіть цього органу; його склад формується без урахування монаршої волі².

Політичні прерогативи монарха охоплюють повноваження щодо здійснення державної влади, а саме впливу на зовнішню і внутрішню політику держави. Такі політичні прерогативи здійснюються за порадою і за участю відповідних членів кабінету міністрів. Їх можна поділити на повноваження, пов'язані з наступними сферами:

- законодавча (монарх має право скликати і розпустити парламент, підписувати законопроекти, прийняті парламентом, а також право на застосування абсолютного вето);
- управлінська (право призначати і звільняти міністрів, голову кабінету міністрів, здійснювати керівництво збройними силами, управління власністю Корони, нагородження почесними званнями, дворянськими титулами, призначення членів палати лордів тощо);
- судова (правосуддя здійснюється від імені монарха, йому належить право помилування);
- зовнішньополітична (право оголошення війни і укладення миру; право призначати дипломатичних представників; право на визнання іноземних держав і урядів; право підписання міжнародних договорів)³.

Відповідно до свого правового статусу і на виконання своїх прерогатив монарх Сполученого Королівства видає акти. Треба зазначити, що уряд видає свої акти від імені монарха, а прем'єр-міністр, у свою чергу, має інформувати монарха про стан справ у країні. Однак у Сполученому Королівстві монарх не несе відповідальності за видані від його імені акти. Фактично, таку відповідальність несуть міністри, які завірили підписами відповідні нормативні акти. Також треба зазначити, що акти монарха Великобританії, які ним видані, мають бути контрастивовані прем'єр-міністром, без згоди якого такий акт не є дійсним. Через це, на практиці, монарх, як правило, оформлює волю парламентської більшості. Однак, в середині ХХ ст. були випадки, коли правляча партія не могла висунути єдиного кандидата на посаду прем'єр-міністра і відповідне рішення приймав монарх⁴.

Проаналізувавши акти монарха Сполученого Королівства в сфері адміністративного права, перейдемо до аналізу відповідних актів президента Сполучених Штатів Америки. Оскільки за формою державного устрою дана країна належить до президентських республік, акти глави держави займають провідне місце серед джерел адміністративного права.

Конституція Сполучених Штатів Америки наділяє президента великими повноваженнями, які для зручності більшість дослідників класифікують на його повноваження як глави держави і як глави виконавчої влади країни. Жорсткість внесення змін до конституції США – це суттєвий чинник стабільності інституту президента США та інших структурних елементів державного механізму цієї країни, що має суттєве значення для забезпечення конституційного ладу США⁵.

Рішення президента з питань реалізації його компетенції має форму правових актів. Буквальний аналіз конституції США вказує на те, що президент правом нормотворчості не володіє (окрім внутрішньорганізаційних питань виконавчої влади). Хоча дане право належить Конгресу, на практиці нормотворча діяльність здійснюється президентом досить активно. Правотворчою діяльністю президент США займається на основі делегованих йому Конгресом повноважень. Американські юристи обґрунтовують правомірність делегованого законодавства, виходячи із положень конституції США, в яких зазначено про те, що Конгрес має право на видання будь-яких законів у рамках своєї компетенції. Якщо це так, зазначають американські юристи, то поміж іншого Конгрес має право видавати закони, які делегують виконавчій владі повноваження щодо видання нормативних актів з питань, що належать до повноважень Конгресу. Правомірність делегування визнана не тільки доктриною, але й судовою практикою. Верховний суд США ще в 1913 р. визначив, що делегування відповідає конституції, якщо у відповідному законі чітко визначено межі такого делегування⁶.

Однак треба зауважити, що така ситуація існувала в Сполучених Штатах Америки не завжди. У період виникнення й становлення інституту президента в США він не мав права видавати нормативні акти. Поступово така позиція трансформувалася на думку про те, що виконавча влада не повністю залежить і підпорядковується законодавчій та створена не тільки для виконання законів. Поступово американське суспільство почало доходити висновку, що виконавча влада є доволі самостійною гілкою влади і тому для реалізації своєї компетенції має право приймати нормативні акти⁷.

У контексті даного дослідження треба звернути увагу на таку особливість актів президента США як значний вплив різноманітних етнічних груп на їх прийняття. Як зазначає В. Нестерович, вплив на прийняття правових актів, що ґрунтується на етнічній лояльності, – невід’ємна частина американської демократії. Можливість здійснення такого впливу є своєрідною філософією політики США як країни, що її засновували та розбудовували іммігранти з різних країн світу. З огляду на невідворотність впливу на прийняття правових актів на користь іноземних інтересів він має надзвичайно детальне законодавче регламентування з досить високими вимогами реєстрації та звітності усіх здійснених лобістських контактів. Доповнюється його регулювання потужним громадським контролем, однією з форм якого є діяльність неурядових інформаційно-аналітичних центрів. Вони здійснюють постійний моніторинг впливу етнічних діаспор на органи влади США та систематично оприлюднюють результати своїх досліджень⁸.

Ще однією важливою ознакою правових актів президента США є широке залучення громадськості до їх прийняття. Відповідно до американського законодавства орган управління, який має намір прийняти нормативно-правовий акт, зобов’язаний опублікувати у спеціальному урядовому виданні «Федеральний реєстр» повідомлення про цей намір, зазначивши у ньому:

- інформацію про час, місце та характер відкритих слухань з розробки акта;
- посилання на орган, під чийм наглядом пропонується цей акт;
- умови та зміст пропонованого акта або ж опис включених до нього тем і питань.

Після публікації такого повідомлення усі заінтересовані особи: асоціації підприємців, громадські та профспілкові організації, а також окремі громадяни, можуть надіслати до суб’єкта нормотворення свої пропозиції та зауваження щодо доцільності та змісту пропонованого акта. Нерідко висловлені представниками громадськості міркування беруться до уваги і значною мірою впливають на зміст майбутніх нормативних актів⁹.

Акти президента США можна умовно розподілити на три групи:

- виконавчі накази;
- плани реорганізації;
- інші акти (військові накази, положення, правила, декларації тощо).

Виконавчі накази є найбільш розповсюдженими актами президента. Вони видаються на основі конституційних повноважень президента або в порядку делегованого законодавства і врегульовують різноманітні питання соціально-економічного й політичного життя. Плани реорганізації є актами, які делегують президенту повноваження з регулювання питань у сфері організації і порядку дії різноманітних структур виконавчої влади на основі та у порядку, передбаченому відповідним законом.

Також президент США має право видавати й інші акти (наприклад, військові накази, положення, правила, декларації тощо). Як правило, ці акти є розпорядчими, однак звертає на себе увагу особливість видання актів у системі інформаційного реагування на стихійні лиха.

Федеральне законодавство встановлює низку обов’язків та визначає можливості президента США в даній сфері правових відносин. На підготовчо-очікувальному етапі сферою особистої відповідальності президента є готовність системи оповіщення. На етапі виникнення події президент має повноваження видавати

декларації щодо потужних стихійних лих або надзвичайних ситуацій. У випадку ухвалення відповідної декларації президент долучається до процесу реагування й подолання відповідної кризової ситуації. Ухвалення декларацій є суб'єктивним правом президента і не підлягає оскарженню. У контексті ухвалення декларації щодо надзвичайної ситуації президент має досить широкі повноваження, обумовлені як нечітким визначенням подій, що характеризують таку ситуацію в праві США, так і відсутністю обов'язкового отримання попереднього запиту від губернатора. До сфери дії таких декларацій потрапили стихійні лиха, техногенні катастрофи і навіть урочисті події¹⁰.

Щодо публікації правових актів у США (в тому числі й президента США), то для їх поліпшення і прискорення та максимального охоплення всіх законів і нормативних документів було засновано Управління федерального реєстру, яке здійснює контроль за виданням законів і актів, розробляє вимоги до їх публікації і здійснює остаточну підготовку друкованих видань «Federal Register», «Code of Federal Regulations», «U.S. Government Manual», «Daily Compilation of Presidential Documents» тощо¹¹.

Акти президента США підлягають скасуванню конгресом, але можуть бути скасовані Верховним судом США, якщо він визнає певний акт неконституційним. При цьому на рішення Верховного Суду великий вплив справляє суспільно-політична обстановка, в умовах якої президент видав свій указ. Наприклад, у 1863 р. під час Громадянської війни між Північчю та Півднем президент Лінкольн вдався до небаченого на той час розширення повноважень глави виконавчої влади, видавши Прокламацію про скасування рабства. Цей крок президента був широко підтриманий американським суспільством, і Верховний суд жодного разу не поставив під сумнів його конституційність. Однак у 1952 р., коли президент Труман видав указ про націоналізацію низки сталеливарних підприємств, Верховний суд визнав даний акт неконституційним і анулював його¹².

Підсумовуючи положення статті, можемо сказати про те, що як Сполучене Королівство, так і Сполучені Штати Америки мають давні традиції в даній сфері правового регулювання. Однак акти глав держав у сфері адміністративного права даних країн мають деякі відмінності, пов'язані з особливостями їх форм державного устрою. У Сполученому Королівстві значну кількість правових актів у сфері адміністративного права можна віднести до актів глави держави. Оскільки британський монарх не несе за них відповідальність, дане положення можна назвати формальним. Фактично акти глави держави у Сполученому Королівстві просто оформлюють волю парламентської більшості. Оскільки США є президентською республікою, акти глави держави займають значне місце серед джерел адміністративного права. Вони можуть стосуватись таких важливих питань, як реорганізація різноманітних органів управління, галузей економіки тощо.

¹ *Енгибарян Р. В. Тадевосян Э. В.* Конституционное право. – М.: Юристъ, 2000. – 492 с.

² Конституційне (державне) право зарубіжних країн: Навч. посіб. / В. М. Бесчастний, О. В. Філонов, В. М. Субботін, С. М. Пашков; За ред. В. М. Бесчастного. – К.: Знання, 2008. – 467 с.

³ Конституционное право зарубежных стран / О. В. Афанасьева, Е. В. Колесников, Г. Н. Комкова, А. В. Малько. – М.: Норма, 2004. – 320 с.

⁴ Конституционное право зарубежных стран: Учебник / В. Е. Чиркин. – 8-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма: НИЦ ИНФРА-М, 2014. – 528 с.

⁵ *Бойко О. В.* Інститут президентства в Україні і США (порівняльно-правовий аналіз) дис. канд. юрид. наук. 12.00.02 / Київський національний університет ім. Тараса Шевченка. – К., 2004. – 211 с.

⁶ Конституционное (государственное) право зарубежных стран: Америка и Азия / Руководитель авторского коллектива Б. А. Страшун. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.bibliotekar.ru/konstitucionnoe-pravo-3/>

⁷ *Лагун Д. А.* Понятие правового акта главы государства // Проблемы развития юридической науки и совершенствования правоприменительной практики: сб. науч. тр. / Редкол.: С. А. Балашенко (гл. ред). – Минск : БГУ, 2005. – С. 66–79.

⁸ *Нестерович В.* Вплив етнічних діаспор на прийняття правових актів у США // Віче. – 2013, № 8. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.viche.info/journal/3617/>

⁹ *Федорова О.* Участь громадськості в процесі прийняття нормативних актів управління [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.info-prensa.com/article-393.html>

¹⁰ Президент США у системі інформаційного реагування на надзвичайні ситуації та стихійні лиха: нормативно-правовий аспект. Національний інститут стратегічних досліджень при Президентові України. Аналітична записка. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.niss.gov.ua/articles/737/>

¹¹ *Левченко Л. Л.* Офіційна публікація законів та нормативних актів як функція Національного архіву США. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.niss.gov.ua/articles/737/>

¹² Указы Президента Российской Федерации и иные правовые акты: системно-сравнительный анализ. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.bibliotekar.ru/konstitucionnoe-pravo-3/>

Резюме

Капінус Р. Ю. Акти глав держав як джерела адміністративного права країн англо-американської правової системи: Сполучені Штати Америки, Сполучене Королівство Великої Британії та Північної Ірландії.

Статтю присвячено дослідженню актів глав держав країн англо-американської правової системи в сфері адміністративного права. У статті досліджуються сутність даних актів, сфера регулювання та місце серед інших джерел адміністративного права. Автор доходить висновку про те, що акти глав держав досліджуваних країн у сфері адміністративного права відрізняються за правовою природою та місцем серед інших джерел права, що пов'язано з особливостями форм державного правління даних країн.

Ключові слова: нормативно-правовий акт, правовий статус, указ, план реорганізації, глава держави.

Резюме

Капинус Р. Ю. Акты глав государств как источники административного права стран англо-американской правовой системы: Соединенные Штаты Америки, Соединённое Королевство Великобритании и Северной Ирландии.

Статья посвящена исследованию актов глав государств в сфере административного права стран англо-американской правовой системы. В статье исследуются сущность данных актов, сфера регулирования и место среди других источников административного права. Автор приходит к выводу о том, что акты глав исследуемых государств в сфере административного права отличаются своей правовой природой и местом среди других источников права, что связано с особенностями форм государственного правления данных стран.

Ключевые слова: нормативно-правовой акт, правовой статус, указ, план реорганизации, глава государства.

Summary

Kapinus R. Legal acts of head of a state as sources of administrative law in Anglo-American legal system: United States of America, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland.

The article deals with a research of head of state legal acts in a sphere of administrative law in Anglo-American legal system. Essence, sphere of regulation and place among other sources of administrative law investigated in present article. Article emphasize on a relation between form of government and peculiarities of head of a state legal acts. Author concludes that legal nature and place among other sources of law of head of state legal acts in investigated countries are different.

Key words: legal act, legal status, order, reorganization plan, head of a state.

Отримано 11.04.2014

УДК 342.9

О. А. КОЗАЧУК

Олександра Анрдіївна Козачук, аспірант Національного університету біоресурсів і природоохористування України

**ІНСТИТУЦІЙНИЙ РОЗВИТОК ТА ФОРМУВАННЯ ДЕРЖАВНИХ ОРГАНІВ ВЛАДИ
В СФЕРІ ЛІСОВОЇ ОХОРОНИ: ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ**

Об'єктивна потреба адміністративно-правового регулювання діяльності лісової охорони пояснюється значенням лісу як природного об'єкта державного регулювання, іншими соціально-економічними чинниками.

Адміністративно-правове регулювання лісової охорони, на жаль, є малодослідженим. Деякими вітчизняними науковцями досліджувались окремі питання правового регулювання охорони лісів (Н. В. Марфіна, О. І. Логвиненко, С. М. Шершун); видобутку та використання корисних копалин (Р. С. Кірін); водних живих ресурсів (Т. В. Григор'єва). Окремі роботи російських вчених присвячені історичному розвитку природоохоронного законодавства (Б. М. Булгаков).

Проблемами правового забезпечення раціонального використання природних ресурсів займалися такі вчені, як: Г. А. Аксеньюк, В. В. Гречко, Л. А. Заславська, Я. В. Коваль, О. С. Колбасов, М. І. Краснов, Є. М. Кутін, В. Л. Мунтян, Г. Н. Полянська, Н. І. Титова, В. А. Чичварін та інші.

Проте, на нашу думку, автори не вичерпали тему, а швидше намітили шляхи подальшого дослідження у цій галузі, що свідчить про актуальність теми цієї статті. У цьому зв'язку актуальним, зокрема, стає дослідження питання розвитку адміністративно-правового регулювання діяльності лісової охорони на території України у різні історичні періоди її існування. Доцільним також вбачається проведення аналізу історичних фактів, які стали визначальними у становленні і розвитку системи лісової охорони в Україні.

Успішне управління лісовою охороною значною мірою залежить від готовності відповідних органів до його (такого управління) сприйняття, а також від взаємовідносин між ними та головним уповноваженим органом у відповідній галузі.

Що стосується законодавчого забезпечення лісової охорони тих часів, російський науковець М. Д. Гіряєв стверджує, що до XVIII ст. в Росії, в тому числі і в Україні, не існувало системи державної лісової охорони, яка б регулювала ці процеси. Право власності визначалось межами ділянок, які користувачі займали для господарювання¹.

Перші лісові укази Петра I, що з'явилися в 1697–1703 рр., не мали загальнодержавного значення. Проте, Указом від 30 березня 1701 року, вперше в Росії заборонялося розчищення лісу під рілля і сінокоси на відстані 30 верст від сплавних річок. Указами 1718–1721 рр. турбота про зміцнення берегів річок від розмивання була покладена на населення, введені заборони на переробку деревини по берегах річок, «щоб від тих трісок і сміттю оні річки не засмічувалися».

У 1716–1722 рр. були закладені основи лісової адміністрації шляхом установи посад лісових наглядачів з «добрих людей». Для здійснення ними своїх повноважень, була розроблена спеціальна інструкція, яка стала першим державним регламентом з охорони лісів. Введення цих посад дозволило упорядкувати охорону лісів від незаконної діяльності населення².

Зазначені наглядачі були наділені особливими повноваженнями щодо огляду, перевірки стану лісу, опису, виявлення самовільних рубок і розшук порушників, видачі дозволів на вирубку. Також в цей період вперше було визначено державний орган – Адміралтейство, яке здійснювало управління лісами.

Суворе лісоохоронне законодавство дещо послабилось за часів правління Катерини II (1762–1796 рр.), оскільки у той час переважна кількість лісових масивів була віддана виключно у приватне користування. Відповідно приватні власники здійснювали винищувальні рубки у лісах, оскільки в ті часи межі державних і приватних лісів не були чітко визначені. Лісоохоронне законодавство стосувалось лише невеликої частки державних лісів. Тогочасним урядом було визначено, що економічне (фінансове) значення лісів є основною метою лісоуправління, проте було дозволено вільну торгівлю лісовими масивами і деревиною.

На формування державної системи управління лісами вплинули укази імператора Павла, за якими відновлювалися повноваження щодо управління лісами Адміралтейств-Колегії та підпорядкованому їй Лісовому департаменту. Проте приватні ліси так і залишилися поза системою державного управління і контролем форстмейстерів (осіб, на яких було покладено обов'язки щодо збереження і вирощування лісів). На межі XVIII–XIX ст. сформувалася така структура управління державними лісами: Лісовий департамент; Губернське лісове управління; Форстмейстер лісової дачі; Лісові наглядачі.

За часів правління Олександра I (1801–1825 рр.) та Миколи I (1825–1855 рр.) система державного управління лісами неодноразово змінювалась на центральному рівні, проте залишалась майже не реформованою на губернському рівні і зовсім незмінною на нижньому (лісові дачі). У 1826 р. указом імператора Миколи I губернські лісничі почали називатись обер-форстмейстерами, а з 1839 р. у Міністерстві державного майна запроваджено військовий устрій. Усі чини цього відомства були об'єднані в Корпус лісничих, отримували плату, уніформу та озброєння за рахунок державних коштів. З 1867 р. Корпус лісничих було перетворено у цивільне відомство³.

Визначальним чинником у формуванні та розвитку лісового господарства стало створення державної системи управління лісами, що скоординувало дії з відтворення й охорони державних лісів в умовах розвитку промислового виробництва та інтенсивної лісоексплуатації. Недоліком було те, що до сфери управління цих керівних органів належали лише державні ліси. Про це свідчать і статті в засобах масової інформації того часу, які сигналізували про збіднілий стан інших лісів.

Так, за даними А. В. Тюріна⁴, в газеті «Харьковские губернские ведомости» за 1877 рік повідомлялось, що лише державні ліси, підпорядковані Управлінню державного майна, вціліли. Ліси колишніх поміщицьких селян (перебували у користуванні земельних селянських общин, об'єднань) значаться лише в цифрах, але насправді вони вже давно вирубані. Щодо лісів, які знаходилися у приватній власності поміщиків, то вони також майже остаточно винищені в Сумському повіті для продажу на зруб лісопромисловцям та на дрова для буряко-цукрових і винокурних заводів.

На початку XX ст. державними лісами України опікувалися управління землеробства та державного майна (Кієво-Подільське, Волинське, Херсонсько-Бессарабське, Харківсько-Полтавське, Катеринославське). При управліннях землеробства та державного майна функціонували лісоохоронні комітети, підпорядковані губернатору⁵.

Основні заготівельники деревини були звільнені від плати за неї, рубати ліс стали відповідно до потреб споживачів деревини. Лісівників, які намагалися активно захищати стратегічні державні інтереси, було репресовано. Уряд видав низку указів щодо реорганізації лісового господарства шляхом об'єднання його з лісовою промисловістю, а також максимізації експлуатації лісів у промисловості для повного забезпечення експорту. Так, окремого, спеціалізованого державного органу управління лісами і лісовим господарством у період з 1930-х років до 1966 року не було. Відповідні функції виконували управління у складі органів керівництва промисловістю або сільським господарством. При цьому підпорядкованість і структура органів лісової охорони змінювалися кожні 2–3 роки. Це негативно вплинуло на стан лісів, що проявилось у різкому зменшенні придатних до експлуатації лісів.

Взагалі система природокористування СРСР характеризувалась як споживацька. Підтвердженням цьому було недостатнє правове регулювання, недосконала організація державного управління, фінансування галузі по залишковому принципу, відсутність у підприємств економічних стимулів до раціонального використання лісових ресурсів, що в результаті призводило до погіршення стану природного навколишнього середовища.

Як відомо, роки становлення та розвитку діяльності лісової охорони в незалежній Україні характеризуються пошуком оптимальної моделі управління, яка б, з одного боку, забезпечувала його динамічність та відповідність розвитку суспільних відносин, а з іншого – була б прозорою та ефективною.

Початок розвитку інституту адміністративно-правового регулювання діяльності лісової охорони відбувся з відновленням незалежності України. Так, 16 липня 1990 р. Верховною Радою УРСР було прийнято Декларацію про державний суверенітет України, сьомим розділом якої встановлено, що Українська РСР самостійно встановлює порядок організації охорони природи на території Республіки та порядок використання природних ресурсів⁶.

У 1991 році Державний комітет УРСР з охорони природи було реорганізовано у Міністерство охорони навколишнього природного середовища. Протягом декількох років відбулось ще декілька організаційних

заходів і у 1994 році було створено новий орган – Міністерство охорони навколишнього природного середовища та ядерної безпеки.

У 1998 році постановою Верховної Ради України «Про Основні напрямки державної політики України у галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки» було визначено, що національна лісова політика є складовою державної екологічної політики.

Нині в Україні продовжує формуватися національна правова база, що регулює діяльність лісової охорони. Зокрема, Кабінетом Міністрів затверджено державну програму «Ліси України» на період 2010–2015 р. Програмою закладені три виміри: екологічний – забезпечення сталого стану лісового фонду, поліпшення якісних характеристик лісів для виконання ними екологічних функцій; економічний – формування системи норм раціонального лісовирощування і лісокористування, створення умов для розвитку довгострокового і сталого бізнесу; соціальний – збереження та відновлення рекреаційного потенціалу лісів⁷. Одним із головних завдань країни у сфері лісових відносин згідно зі ст. 25 Лісового кодексу України є забезпечення ефективної охорони, належного захисту, раціонального використання та відтворення лісів⁸.

Управління у сфері лісової охорони здійснюється шляхом: формування та визначення основних напрямків державної політики у сфері лісових відносин; визначення законом повноважень органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування; установлення відповідно до закону порядку і правил у сфері охорони, захисту, використання та відтворення лісів; здійснення державного контролю за охороною, захистом, використанням та відтворенням лісів.

У цілому здатність урядових структур і спроможність установ та їхнього персоналу необхідно серйозно зміцнити, щоб уможливити виконання пріоритетів, зазначених у Стратегії державної екологічної політики на період до 2020 року, яка була затверджена відповідним Законом України у 2011 році.

З іншого боку, «екологічні інститути суспільства», що наразі засновані здебільшого на ентузіазмі та деяких іноземних грантах, також потребують подальшої та розширеної підтримки, інакше вони не зможуть підвищити попит та контролювати виконання природоохоронних планів і програм. Їхня корисність та ефективність в Україні підтверджені в останні роки численними успішними проектами.

¹ Гиряев М. Д. Формы собственности на леса и лесоправление в законодательстве России (исторические аспекты и проблемы) / Гиряев М. Д. // Лесное хозяйство. – 1995. – № 4. – С. 7–10. – С. 7.

² Булгаков М. Б., Ялбулганов А. А. Природоохранные акты: от «Русской правды» до петровских времен / Булгаков М. Б., Ялбулганов А. А. // Государство и право. – 1996. – № 8. – С. 18–24. – С. 23.

³ Гиряев М. Д. Формы собственности на леса и лесоправление в законодательстве России (исторические аспекты и проблемы) / Гиряев М. Д. // Лесное хозяйство. – 1995. – № 4. – С. 7–10. – С. 9.

⁴ Дубравы СССР / Под ред. А. В. Тюрина. – М.; Л.: Гослесбумиздат, 1949. – Т. 1. – 352 с. – С. 42.

⁵ Синякевич І. М. Економіка галузей лісового комплексу: Підручник. / І. М. Синякевич – Л.: Світ, 1996. – 184 с. – С. 17.

⁶ Декларація про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1990. – № 31. – С. 429.

⁷ Державне агентство лісових ресурсів [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://dklg.kmu.gov.ua> – Назва з екрана.

⁸ Лісовий кодекс України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1994, № 17. – Ст. 99.

Резюме

Козачук О. А. Інституційний розвиток та формування державних органів влади в сфері лісової охорони: історико-правовий аспект.

Стаття присвячена дослідженню інституційного становлення та розбудови діяльності органів лісової охорони. Узагальнено та систематизовано нормативно-правові акти, які врегулювали процес формування органів, що здійснювали контроль за використанням, відтворенням та охороною лісів України.

Ключові слова: діяльність лісової охорони, інституційне становлення, державні органи лісової охорони, лісоохоронне законодавство, адміністративно-правове регулювання лісової охорони.

Резюме

Козачук О. А. Институциональное развитие и формирование государственных органов власти в сфере лесной охраны: историко-правовой аспект.

Статья посвящена исследованию институционального становления и развития деятельности лесной охраны. Обобщены и систематизированы нормативно-правовые акты, которые урегулировали процесс формирования органов, осуществляющих контроль за использованием, воспроизводством и охраной лесов Украины.

Ключевые слова: деятельность лесной охраны, институциональное развитие, государственные органы лесной охраны, лесоохоронное законодательство, административно-правовое регулирование лесной охраны.

Summary

Kozachuk O. Institutional development and the formation of forest protection: historical aspects.

The article investigates the institutional establishment and development of forest protection. Generalized and systematized the most important historical facts, which played a decisive role in the formation of that exercised control over the use, reproduction and protection of forests in Ukraine, considered the establishment of the state of forest protection today.

Key words: forest protection activities, institutional development, public authorities forest protection.

Отримано 9.04.2014

І. І. КОМАРНИЦЬКА

Ірина Іванівна Комарницька, аспірант Інституту права ім. князя Володимира Великого Міжрегіональної Академії управління персоналом; викладач Львівського інституту Міжрегіональної Академії управління персоналом

ПОНЯТТЯ ТА ОСОБЛИВОСТІ ПРОФІЛАКТИКИ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ У СФЕРІ ВЛАСНОСТІ

Комплексне дослідження поняття та особливостей профілактики адміністративних правопорушень у сфері власності є важливою передумовою пошуку шляхів удосконалення цілого адміністративно-правового механізму охорони прав та законних інтересів громадян у сфері власності та вирішення існуючих у цій сфері проблем.

Питання профілактики адміністративних правопорушень знайшли своє місце у працях Г. А. Аванесова, В. М. Бабакіна, О. П. Беци, К. Л. Бугайчука, І. П. Голосніченка, М. В. Коваліва, А. В. Мілашевича, О. І. Остапенка, С. Д. Подлінева та інших. Важливий вклад у розробку даної проблеми в праві внесли В. Б. Авер'янов, О. М. Бандурка, Д. М. Бахрах, Ю. П. Битяк, Е. В. Додін, В. К. Колпаков, А. Т. Комзюк, Д. М. Лук'янець, Г. С. Саркисов. Проте належні дослідження питання профілактики адміністративних правопорушень у сфері власності у вітчизняній юридичній літературі відсутні.

Профілактика адміністративних правопорушень у сфері власності є важливим напрямом протидії правопорушенням, які посягають на правові можливості громадян у цій сфері, з метою забезпечення реалізації прав та законних інтересів щодо володіння, користування та розпорядження майном.

Профілактичні заходи сприяють не тільки виявленню правопорушень, а й встановленню та усуненню причин і умови, що їм сприяють, допомагають утримати особу від їх вчинення¹. На сьогоднішній день назріла потреба удосконалення нормативно-правової бази з питань правоохоронної діяльності та профілактики правопорушень; підвищення вимог до осіб, відповідальних за роботу із зверненнями громадян, забезпечення принципового реагування на факти порушення прав і свобод людини; визначення критеріїв оцінки роботи правоохоронних органів з профілактики правопорушень; активізації участі громадськості в забезпеченні правопорядку в державі; забезпечення результативної протидії правопорушенням та профілактики протиправної діяльності; удосконалення інформаційного забезпечення профілактики правопорушень тощо².

Вирішення даних практичних проблем повинно виходити з ґрунтовних теоретичних розробок питання профілактики адміністративних правопорушень у вітчизняній юридичній науці.

Наукова література відзначається широким спектром підходів до визначення поняття профілактики адміністративних правопорушень. Уніфікованого нормативного визначення даного поняття немає.

Доволі поширеним у науці адміністративного права є розуміння профілактики адміністративних правопорушень як сукупності державних, суспільних та інших заходів. До представників вітчизняної юридичної науки, які є прихильниками даного підходу, слід віднести В. М. Бабакіна³, М. В. Коваліва⁴, А. В. Мілашевича⁵ та інших.

У працях інших авторів можна знайти визначення даного поняття як певного виду діяльності⁶.

Окремі науковці намагалися поєднати ці два підходи та висловлювали міркування щодо подвійної сутності даного поняття. Зокрема, С. Д. Подлінев пропонує розглядати профілактику адміністративних правопорушень у широкому (загальному) і вузькому розумінні. Широке (загальне) розуміння даного поняття охоплює використання комплексних загальносоціальних заходів, спрямованих на скорочення деліктності, нейтралізацію, локалізацію й усунення негативних факторів, що сприяють учиненню правопорушень. У вузькому розумінні – це діяльність державних органів виконавчої влади, громадських організацій та окремих громадян, спрямована на запобігання окремим правопорушенням, застереження конкретних осіб або груп людей від вчинення ними протиправних дій⁷.

Беручи до уваги такі підходи до визначення даної дефініції, стає зрозумілим, що дане правове явище є складним за своєю природою, змістом, метою застосування.

Безумовно, спрямованою на профілактику адміністративних правопорушень є як сукупність існуючих профілактичних заходів загалом, так і діяльність окремих суб'єктів профілактики адміністративних правопорушень зокрема.

Позаяк тлумачні словники визначають поняття «захід» як сукупність дій або засобів для досягнення, здійснення чого-небудь⁸, вважаємо доволі недоцільним наголошувати на необхідності вибору одного із запропонованих підходів визначення дефініції «профілактика адміністративних правопорушень».

Оскільки поняття «захід» та «діяльність» співвідносяться як загальне й часткове, а формування дефініції даного поняття повинно будуватися на розумінні комплексної природи даного поняття, враховувати існування широкого спектру рівнів, форм та видів профілактики адміністративних правопорушень, слід погоди-

тися, що профілактика адміністративних правопорушень – це цілісний комплекс заходів держави, органів державної влади та місцевого самоврядування, їх посадових осіб, громадських організацій та окремих громадян.

Зовнішній вираз заходів профілактики може бути різним. С. О. Сафронов стверджував, що профілактику адміністративних правопорушень слід розглядати в трьох аспектах: 1) попередження правопорушення; 2) запобігання йому; 3) припинення правопорушення⁹.

А. А. Трофімчук до основних видів профілактики правопорушень відносить профілактику випередження, спрямовану на попередження виникнення протиправних явищ і процесів у суспільному житті; профілактику обмеження, що перешкоджає поширенню протиправних об'єктів на тих чи інших рівнях суспільства, детермінації окремих видів правопорушень та формуванню типових рис різних категорій правопорушників; профілактику усунення – таку діяльність суб'єктів, яка зменшує протиправні об'єкти і попереджує нову активізацію їхньої дії; профілактику захисту – сукупність заходів, що здійснюються з метою ліквідації умов, які сприяють вчиненню правопорушень¹⁰.

Таким чином, профілактика адміністративних правопорушень – це методологічно складне суспільне явище, яке охоплює багаторівневу систему заходів, що проводяться державними, недержавними органами та установами, громадськими формуваннями та окремими громадянами з метою виявлення причин та умов вчинення адміністративних правопорушень, для мінімізації або нейтралізації впливу діянь, що породжують правопорушення, пошуку шляхів, засобів ефективного впливу на потенційного правопорушника.

Як слушно зазначив з цього приводу О. М. Ключев, профілактика адміністративних правопорушень є «інтегрованою, багаторівневою взаємодією та взаємозалежністю елементів системи, яка створена для здійснення функцій боротьби із протиправними вчинками»¹¹.

Профілактика адміністративних правопорушень у сфері власності має свою специфіку. Вона є комплексною категорією, що об'єднує систему заходів, спрямованих на забезпечення недоторканності прав особи у сфері власності, запобігання їх порушенню, на реалізацію закріпленої у чинних правових актах можливості кожного громадянина України володіти, користуватися та розпоряджатися майном.

Однією із основних особливостей профілактики адміністративних правопорушень у сфері власності є різноманіття підстав виникнення права власності (виникнення права власності за договорами, внаслідок приватизації, на доходи від індивідуальної праці та підприємницької діяльності, одержання доходів від цінних паперів і вкладів у кредитних установах, отримання вигащів, премій тощо) та, відповідно, різновидів суспільних відносин, у яких може знайти свій прояв протиправна діяльність, на запобігання якій спрямовані заходи профілактики.

Другою особливістю профілактики адміністративних правопорушень у сфері власності є те, що перелік суб'єктів, наділених повноваженнями у даній сфері, охоплює значну кількість державних органів (спеціально уповноважені органи виконавчої влади у галузі праці, спеціально уповноважені органи виконавчої влади у галузях водного господарства, геології та використання надр, органи рибохорони, органи лісового господарства, органи мисливського господарства, органи спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади у галузі екології та природних ресурсів України, фінансові органи, ОВС), органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, громадських організацій та окремих громадян.

Третьою особливістю профілактики адміністративних правопорушень, які посягають на право володіння, користування та розпорядження майном, є певний вплив соціально-економічних факторів на динаміку адміністративної деліктності. Рівень життя населення є визначальним щодо стану адміністративної деліктності у сфері власності. Фактори соціально-економічного характеру обумовлюють падіння життєвого рівня, стосуються соціального захисту незахищених верств населення; проблем обліку, збереження, контролю за збереженням майна тощо.

Як зазначено у Розпорядженні Кабінету Міністрів України «Про схвалення Концепції реалізації державної політики у сфері профілактики правопорушень на період до 2015 року», кризові процеси, що відбуваються в соціально-економічній сфері, призвели до ускладнення ситуації, зумовили виникнення нових форм і способів учинення протиправних діянь.

Ще однією рисою профілактики даних правопорушень є багаторівневність заходів профілактичного впливу, які використовує держава у даній сфері. Зокрема, це заходи соціального, спеціального та індивідуального характеру. Заходи соціального характеру спрямовані на усунення, нейтралізацію негативних факторів, що призводять до вчинення протиправних діянь у сфері власності. Спеціальні заходи мають на меті не допустити здійснення конкретних правопорушень у сфері власності, зупинити їх на ранній стадії. Заходи індивідуальної профілактики адміністративних правопорушень у сфері власності мають виховний вплив на конкретних осіб, дають можливість попередити конкретні правопорушення, які порушують правові можливості особи володіти, користуватися та розпоряджатися майном.

Таким чином, з огляду на існуючі наукові підходи щодо визначення сутності загального поняття профілактики адміністративних правопорушень, можна стверджувати, що профілактика адміністративних правопорушень у сфері власності – це інтегрований цілісний комплекс заходів соціального, спеціального та індивідуального характеру, що здійснюється державою, органами державної влади та місцевого самоврядування, їх посадовими особами, громадськими організаціями і окремими громадянами з метою виявлення причин та умов вчинення адміністративних правопорушень, які посягають на право власності, усунення факторів, які детермінують протиправну діяльність особи щодо порушення правових можливостей володіти, користуватися та розпоряджатися майном, попереджувального впливу на осіб, схильних до протиправної поведінки, запобігання правопорушенням у цій сфері.

Діяльність щодо профілактики адміністративних правопорушень у сфері власності має важливе значення у протидії даним адміністративним правопорушенням. Вона є різносторонньою, базується на можливості застосування широкого арсеналу заходів профілактики¹².

Оптимальний перелік таких заходів визначається у кожному окремому випадку та обумовлюється потребами профілактичного впливу й особливостями суб'єкта, уповноваженого застосувати дані заходи.

Сучасний стан профілактики адміністративних правопорушень у сфері власності відзначається цілою низкою недоліків. Відсутня конкретика у визначенні та застосуванні існуючих видів профілактики адміністративних правопорушень. На даний час особливо актуально переосмислити концептуальні засади профілактики адміністративних правопорушень у сфері власності з урахуванням вимог сьогодення, привести їх у відповідність із нагальними потребами суспільства.

Розвиток відносин у сфері володіння, користування та розпорядження майном, урізноманітнення форм власності та видів господарювання, розширення кола існуючих прав громадян вимагає зміни підходів до юридичної регламентації профілактики адміністративних правопорушень у сфері власності, вдосконалення засобів правового впливу у цій сфері.

¹ Назар Ю. С. Взаємодія територіальних органів внутрішніх справ із місцевими органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування у профілактиці адміністративних правопорушень : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07 / Назар Юрій Степанович. – Л., 2007. – 205 с. – С. 30.

² Про схвалення Концепції реалізації державної політики у сфері профілактики правопорушень на період до 2015 року: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 30 листопада 2011 р. № 1209-р // Офіційний вісник України – 2011. – № 93. – Ст. 67.

³ Бабакин В. М. Діяльність транспортної міліції в Україні щодо профілактики адміністративних правопорушень у сфері пасажирських та вантажних перевезень : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / В. М. Бабакин. – Х., 2009. – 17 с.

⁴ Ковалів М. В. Профілактика адміністративних правопорушень на залізничному транспорті / М. В. Ковалів // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2010. – № 1. – С. 173–180.

⁵ Мілашевич А. В. Проблеми профілактики адміністративних правопорушень на транспорті : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / А. В. Мілашевич. – Ірпінь, 2001. – 20 с.

⁶ Саркисов Г. С. Социальная система предупреждения преступности / Г. С. Саркисов. – Ереван : Айастан, 1975. – 158 с.

⁷ Подлінев С. Д. Адміністративна деліктологія / С. Д. Подлінев. – О. : Юрид. літ., 1999. – 43 с. – С. 6.

⁸ Словник української мови в 11 томах / За заг. ред. І. К. Білодіда. – Том 3 – К.: Наукова думка, 1972. – 744 с. – С. 380.

⁹ Сафронов С. Профілактична діяльність слідчого органів внутрішніх справ України / С. Сафронов // Право України. – 2002. – № 2. – С. 82–85. – С. 83.

¹⁰ Трофімчук А. А. Профілактика адміністративних правопорушень у сфері виготовлення, гуртової та роздрібно торгівлі аудіовізуальною продукцією : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / А. А. Трофімчук. – Л., 2009. – 18 с. – С. 12.

¹¹ Ключев О. М. Сутність та загальна характеристика профілактичної діяльності на місцевому рівні // Форум права. – 2006. – № 2. – С. 76–79 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2006-2/06kommmr.pdf>

¹² Личенко І. О. Адміністративна відповідальність посадових осіб органів місцевого самоврядування: навч. пос. для студ. вищ. навч. закл. / І. О. Личенко. – Л.: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. – 183 с. – С. 161.

Резюме

Комарницька І. І. Поняття та особливості профілактики адміністративних правопорушень у сфері власності.

Стаття присвячена аналізу наукових підходів щодо визначення поняття «профілактика адміністративних правопорушень у сфері власності». Здійснено характеристику сутності та основних особливостей профілактики адміністративних правопорушень у сфері власності.

Ключові слова: право власності, профілактика адміністративних правопорушень у сфері власності, заходи профілактики.

Резюме

Комарницькая И. И. Понятие и особенности профилактики административных правонарушений в сфере собственности.

Статья посвящена анализу научных подходов к определению понятия «профилактика административных правонарушений в сфере собственности». Осуществлена характеристика сущности и основных особенностей профилактики административных правонарушений в сфере собственности.

Ключевые слова: право собственности, профилактика административных правонарушений в сфере собственности, меры профилактики.

Summary

Komarnytska I. The concept and features of the prevention of administrative violations in the property field.

This article is devoted to the issue of scientific approaches to the definition «preventive administrative violations in the property field». This article contains its own description of the nature and prevention of the main features of administrative violations in the property field.

Key words: property rights, the prevention of administrative violations in the property field, means of prevention.

Отримано 3.04.2014

Р. М. ЛЕЩЕНКО

Роман Миколайович Лещенко, асистент кафедри, здобувач Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ОФШОРНІ ЮРИСДИКЦІЇ: ІСТОРІЯ ВИНИКНЕННЯ, ПОНЯТТЯ ТА КЛАСИФІКАЦІЯ

Основною метою виникнення і розвитку офшорних юрисдикцій є неузгодженість між прагненням держави повністю контролювати фінансову ситуацію на своїй території і небажанням громадян бути підконтрольними і віддавати свій прибуток у вигляді податків.

«У тій чи іншій формі протягом всієї історії людства в різних країн і народів простежуються спроби активізації міжнародної торгівлі й залучення іноземних капіталів за рахунок створення на частині своїх територій особливих, сприятливих у податковому відношенні умов господарювання. Процес цей почався ще в період процвітання фінікійців, потім центром вільної торгівлі була столиця Першого Афінського морського союзу – острів Делос. У XVIII столітті зони вільної торгівлі з'явилися в Гібралтарі й Бангкоку»¹.

«Стародавні Афіни ввели двопроцентний експортний та імпорتنний податок, грецькі і фінікійські купці робили об'їзд в двадцять миль, щоб уникнути сплати цих зборів. Незабаром невеликі сусідні острови стали притулком для безмитної і безподаткової торгівлі і місцями накопичення для контрабандних товарів, що прямували до Афін без сплати податків»².

Італійські міста Ліворно і Трієст, а також югославський Шибеник у Середньовіччі були прообразом сучасних офшорних юрисдикцій, які мали пільгове оподаткування, що спричинило розвиток підприємницької діяльності на цих територіях.

Фландрія стала міжнародним торговим центром з малими податками на реалізацію місцевих та іноземних товарів у XV столітті. У XVIII столітті прообрази офшорних юрисдикцій з'явилися у Гібралтарі, в Бангкоку, Америці. З метою звільнення від податків на імпорт Англії, американські колоністи концентрували свою торгівлю через Латинську Америку. Перші прообрази зони фінансової секретності з'являються у цей же період.

У XVIII столітті Міська рада Женеви ухвалила закон, який вимагав від банкірів вести облік рахунків своїх клієнтів, але забороняла їм розкривати цей облік кому би то ні було без чітко вираженої згоди Міської ради. Це дозволило країні створити притулок іноземного капіталу (під час Другої Світової війни мільярди європейських доларів зберігалися в безпеці у швейцарських банках) і стати Швейцарії центром обміну грошей³.

Значну частку своїх активів протягом першого десятиліття XXI століття виводили в офшори країни Перської затоки, Африки, Латинської Америки, Близького Сходу, які були багатими на нафту. При цьому в країнах Європи, Північної Америки і Японії – з усталеними правовими звичаями компанії не виявляли помітного інтересу до діяльності офшорних юрисдикцій. У XXI столітті не виникло ні однієї офшорної юрисдикції.

Можна погодитися з думкою про те, що «офшорні компанії, в більшості випадків, утворюються на території невеликих держав з невисоким рівнем розвитку власної економіки, але з досить високою політичною стабільністю (Багамські острови, Британські Віргінські острови, Вануату, Сейшельські острови тощо). Як правило, ці держави не висувають ніяких вимог до звітності, єдина вимога – це внести, як правило, щорічний фіксований збір у скарбницю. У Росії завоювали популярність як офшорів Кіпр, Ірландія, Гібралтар, Люксембург, Швейцарія, острів Мен та ін.⁴

Не можна погодитися з В. Железняк та Є. Остропольською, які вважають, що офшорні зони з'явилися на економічній карті світу приблизно у 60-ті роки, коли виникла концепція вільних економічних зон⁵.

Офшорні юрисдикції тривалий час розвивалися, починаючи з 1920–1930 років, які на той час важко назвати офшорними юрисдикціями в сучасному розумінні, до нинішніх офшорних юрисдикцій з великими можливостями.

Під час першого періоду економічно розвинені країни ввели високі ставки податків з доходів своїх громадян, включаючи доходи від іноземних інвестицій. Це, своєю чергою, призвело до намагання зменшити сплату податків. Початком стало створення фіктивних юридичних осіб, які існували лише на папері та правовими маніпуляціями під час визначення поняття доходу. У ці роки розпочалось використання Нормандських та Багамських островів, Панами з метою приховування доходів громадян та юридичних осіб з використанням «холдингових компаній». Доходи, отримані за рахунок міжнародних інвестицій та підприємництва, спрямовувалися через юридичних осіб, які реєструвалися в податково привабливих юрисдикціях. Популярним стало використання посередників. Також офшори почали використовувати, особливо після посилення валютного контролю в більшості країн, для «експорту» коштів і повернення їх в якості інвестицій у ту ж країну. Це дозволяло резидентам користуватися податковими пільгами, а також іншими перевагами, що пропонуються іноземним інвесторам⁶.

Під час Другої світової війни використання офшорів було обмеженим. Це був другий період існування офшорних юрисдикцій. Під час другого періоду відновлювалася світова економіка, і частота використання офшорних юрисдикцій збільшувалася.

Значного розвитку офшорні юрисдикції набули під час третього періоду у 1960-х роках, коли вони почали значно розширювати свої функції.

Цікавою є думка про те, що «прагнення до створення офшорних центрів виникло не раптом, а було підготовлено історичними процесами інтернаціоналізації світової економіки. Основною причиною виникнення підвищеного «попиту» на офшорні зони в 60-х роках ХХ століття став якісно новий зміст економічної інтеграції, який вона одержала завдяки розвитку міжнародних ринків позичкових і виробничих капіталів. Відбулося це в результаті бурхливого розвитку в другій половині ХХ століття транснаціональних корпорацій, коли їхня експансія і швидке зростання міжнародного товарообміну вимагали не тільки значного збільшення фінансових ресурсів, але й вільного доступу до них у будь-якому місці на планеті».

У цей час лише нерезиденти мали право відкривати валютні рахунки.

Масове збільшення кількості офшорних юрисдикцій почалося в 70-х роках минулого століття. Протягом короткого часу виникло близько 70 офшорних юрисдикцій: у Південній Америці – 19, в Європі – 17, в Азії – 12, в Океанії – 7, у Північній Америці – 5, в Африці – 4, в Австралії – 1. Близько 75% всіх офшорних юрисдикцій створено в країнах, що розвиваються, решта – у економічно розвинутих державах.

Федеральна резервна система США в 70-і роки провела антиінфляційні заходи в частині посилення резервних вимог для банків. З цим пов'язують початок світового офшорного розвитку.

Через ці посилені вимоги великі американські компанії почали відкривати власні банки-філії за межами США для фінансування своїх операцій – спочатку у Швейцарії, а потім також в інших офшорних юрисдикціях. Деякі фахівці пов'язують розвиток офшорних юрисдикцій з прагненням грошового капіталу довести свою перевагу над продуктивним капіталом, яке полягає у зростанні доданої вартості на одиницю капіталу.

Б. Хейфец говорить про те, що класичні офшорні зони, створені в 1970–1980-ті роки з метою вільного руху світових грошей, виконали своє завдання, зараз їх роль вимагає переосмислення та корекції з боку світового співтовариства. У кінці ХХ століття офшори контролювали 20 % вартості світового багатства, у даний час – більше 60 %⁷.

Масштаби офшорної діяльності у 80–90-х роках ХХ ст. зростали дуже швидко. За різними оцінками у середині 90-х років близько половини всього обсягу світових валютних операцій проходило через офшорні юрисдикції. У Панамі з початку 90-х років було зареєстровано близько 130 тис. таких компаній, на острові Мен – 45 тис., у Гібралтарі – 26 тис., в Ірландії – 23 тис., на Багамах – 20 тис., на островах Гернси та Джерсі – по 20 тис., на Кайманових островах – 19 тис., на Кіпрі – 11 тис. Причиною цього розвитку стала ера глобалізації, що і розпочалась наприкінці 70-х років ХХ ст.

До порівняно недавнього часу питання офшорів не були в центрі уваги світової спільноти із низки причин. На національному рівні питання оподаткування, як правило, обговорювалось тільки з обмеженої точки зору, в той час як на міжнародному рівні увага була зосереджена на питаннях, які безпосередньо пов'язані з бідністю, експлуатацією і несправедливістю. Тим не менш, значний негативний вплив фінансової нестабільності, яка стала результатом лібералізації 1980-х і початку 1990-х, призвів до так званої кампанії впровадження «Податку Тобіна», а також кампаній, пов'язаних із глобальною справедливістю, які також почали включати й фінансові питання. Таким чином, питання, пов'язані з функціонуванням офшорів, стали центром уваги світової спільноти⁸.

На думку автора, четвертий період розвитку офшорних юрисдикцій розпочався у 1990-х роках.

Такої ж точки зору дотримуються й інші автори, які говорять про те, що четвертий період розпочався у 1990-х роках, у цей час міжнародна спільнота запровадила ряд міжнародних ініціатив, метою яких було вирішення проблем, пов'язаних з наявністю офшорів. Ці ініціативи мали певний результат, проте вони стикнулися з низкою перешкод і труднощів. Введення цих ініціатив і стало початком четвертого періоду розвитку офшорів, їх розвитку в умовах протистояння та обмеження їх використання⁹.

Якщо говорити про використання офшорних зон бізнесменами України, необхідно відмітити, що вони вперше дістали можливість відкривати офшорні компанії в 1991 році. «У квітні 1991 року швейцарська компанія Riggs Walmet Group оголосила про те, що виходить на український ринок з пропозицією про організацію компаній. Пропонувалася не тільки допомога в створенні безподаткових компаній, але й підтримка їх діяльності – внесення щорічних внесків до бюджету країни базування, забезпечення секретарських послуг з обробки нерегулярної пошти, організація щорічних зборів акціонерів, складання балансів і т.п. За міжнародними мірками, вартість послуг була досить висока: \$ 4800 за реєстрацію і по \$1100 щорічно за підтримку»¹⁰.

В останні роки з'явилося багато нових офшорних юрисдикцій, головним призначенням яких є обслуговування фінансів, набутих в країнах Співдружності Незалежних Держав й Азіатсько-тихоокеанського регіону. До цих офшорних юрисдикцій входять Самоа, острови Кука, Кіпр, Ніуе.

Банківська таємниця, як один з елементів офшорного бізнесу, отримала свій розвиток у Швейцарії, банки якої ще в часи Великої французької революції пропонували гарантію секретності їх вкладів.

Науково-технічна революція, яка має велике значення у веденні фінансово-господарської діяльності офшорних компаній, стала рушійною силою для позитивного розвитку офшорних юрисдикцій та їх подальшого використання. Підтримувати функціонування багатьох офшорних юрисдикцій на належному рівні без науково-технічних досягнень, які полягають у розвитку передових інформаційних технологій і засобів зв'язу-

ку, було б дуже складно. Типовою для офшорних відносин є ситуація, коли офшорна компанія зареєстрована в одній країні, діяльність веде в другій, банківський рахунок відкритий в третій, а власник офшорної компанії проживає в четвертій країні.

Єдине офіційне визначення поняття «офшорна юрисдикція» на сьогоднішній день відсутнє і кожна держава сама вирішує питання про віднесення тієї чи іншої держави (частини її території) до списку офшорних юрисдикцій з усіма наслідками, які з цього випливають. Наприклад, в Японії з 1992 року при визначенні переліку країн та територій, які вважаються низькоподатковими, використовується так званий «коефіцієнт податкового навантаження», який визначається як співвідношення між податковими зобов'язаннями контрольованої іноземної компанії зі сплати корпоративного податку у звітному періоді та загальною сумою доходу, визначеною відповідно до податкового законодавства за той же період¹¹.

Загалом під офшором (від англ. Offshore – «поза берегом») розуміється фінансовий центр, який надає податкові та інші пільги іноземним юридичним особам, зареєстрованим у країні розташування зазначеного центру при умові, що вони не здійснюють господарських операцій на території країни реєстрації.

Наприклад, відповідно до класифікації відомих міжнародних організацій FATF (Financial action task force on money laundering) і FSF (Financial stability forum) термін «офшорний фінансовий центр» застосовується до територій, які мають розвинутий ринок капіталів, ліберальний податковий і валютний режим і ігнорують рекомендації міжнародних фінансових установ про вдосконалення міжнародного регулювання і контролю за банківською та фінансово-валютними системами. На практиці офшорні зони поділяють на так звані податкові гавані та країни із сприятливим оподаткуванням¹².

«Термін «офшор» уперше з'явився в одній з газет на східному узбережжі Сполучених Штатів Америки наприкінці 50-х років ХХ ст. у зв'язку з фінансовою організацією, якій вдалося уникнути урядового контролю за допомогою власної винахідливості. Компанія просто перемістила свою діяльність, яку уряд Сполучених Штатів Америки бажав контролювати і регулювати, на територію зі сприятливим податковим кліматом»¹³.

Примітно, що цим широким за змістом поняттям нині в російській та українській мові розуміються багато термінів: «офшорний центр», «офшорна зона», «податкова гавань», «податковий рай» та інші, котрі, на думку Д. Аксьонова, всі разом об'єднуються в поняття «офшорна юрисдикція»¹⁴.

Із таким твердженням Д. Аксьонова автор не може погодитися адже офшорна юрисдикція – це сукупність особливих правомочностей країни щодо справляння податків, які вона особливим чином вчиняє на своїй території, але під поняттям «офшорна юрисдикція» не можна розуміти лише певну територію без сплати податків.

На думку автора, офшорна юрисдикція – це спеціальний правовий режим справляння податків з деякими податковими та іншими пільгами на певній території.

На думку В. Лакіза, походження терміну «офшор» не юридичне, а економіко-географічне. Офшор являє собою фінансовий центр, який заохочує приплив іноземного капіталу шляхом надання податкових та інших пільг іноземним компаніям, зареєстрованим у країні розміщення центру¹⁵.

В економічному довіднику А. Амбарцумова і С. Стерлигова «1000 термінів ринкової економіки» написано: «Офшор – термін, застосований для характеристики світових фінансових центрів, а також для деяких видів банківських операцій»¹⁶. Інше, більш повне визначення цього терміна, можна знайти у «Великому енциклопедичному словнику»: «Офшор (від англ. offshore – поза берегом, поза територією країни) – території, що надають пільговий режим (зниження податків, звільнення від валютного контролю тощо) для фінансово-кредитних операцій з іноземними учасниками і в іноземній валюті»¹⁷.

Як слушно зазначає П. Ямко, офшор – це країна чи юрисдикція, що надає фінансові послуги нерезидентам, в масштабі який є неспівмірним розміру та фінансуванню національної економіки та має наступні характеристики: орієнтація на обслуговування нерезидентів; незначна кількість регуляторних вимог; відсутність податків або наявність низьких ставок податків; відсутність прозорості у функціонуванні національних податкових систем; значна інформаційна закритість¹⁸.

На думку автора, термін «офшорна юрисдикція» тотожний поняттю «офшорна зона». Наведемо думки різних авторів щодо поняття «офшорна зона», які також заслуговують на увагу.

Д. Косе говорить про те, що «офшорна зона – один із видів вільних економічних зон. Їх відносять до сервісних вільно-економічних зон, особливістю яких є створення для підприємців сприятливого валютно-фінансового та фіскального режимів, високого рівня банківської та комерційної секретності, лояльність державного регулювання. Загалом це є країни, у яких учасники фінансово-кредитних операцій не є резидентами держави, на території якої укладаються і виконуються угоди. При цьому учасники користуються особливим правовим і податковим статусом, але важливою характеристикою є заборона офшорним компаніям ведення діяльності на території країни реєстрації»¹⁹.

«Офшорні зони є специфічним інструментом стимулювання інвестиційної діяльності і збільшення надходжень до бюджетів депресивних територій, економічний ефект якого ґрунтується на явищі зростання державних доходів завдяки розширенню податкової бази (використанню її особливого виду доходів, отриманих лише від здійснення зовнішньоекономічної діяльності) та мінімізації величини податкового навантаження»²⁰.

«Офшорна зона – це країна чи окремі території країн, де на державному рівні для певних типів компаній, власниками яких є іноземці, встановлено значні пільги з оподаткування, частково або повністю знято митні й торговельні обмеження, знижені або скасовані вимоги до бухгалтерського обліку і аудиту»²¹.

«Офшорними зонами (юрисдикціями) є країни чи окремі території єдиних держав, де на державному рівні для визначених типів компаній, власниками яких є іноземці, встановлені значні пільги в оподаткуванні, зниженні чи відсутності вимог до бухгалтерського обліку й аудиту, частково або повністю знято митні і торговельні обмеження. Умовами надання пільг для таких компаній є їх нерезиденство, тобто ними повинні володіти іноземці і прибутки мають отримуватися за межами юрисдикції, де вони зареєстровані»²².

На думку автора, неповним є визначення Х. Маккана, згідно з яким офшорна зона – це вся або частина території країни, де встановлюється і використовується пільговий режим функціонування компаній з офшорним статусом, які ведуть свою діяльність поза межами території реєстрації та проводять операції з майном чи коштами нерезидентів²³.

Е. Шамбост говорить про те, що в податковому контексті офшорною є структура, яка, проводячи діяльність в якій-небудь країні, не перебуває під податковим контролем цієї країни. В основному, щоб уникнути місцевих податків (чи місцевої регламентації), офшорні структури не повинні здійснювати місцеву діяльність (onshore) чи діяльність з резидентами країни (реєстрації)²⁴.

Автор цілком не підтримує думку І. Сіваченко, відповідно до якої «в Україні офшорними зонами можна назвати спеціальні (вільні) економічні зони (ВЕЗ), що розглядаються як один із важливих інструментів, за допомогою яких досягається відкритість економіки нашої держави зовнішньому світові і стимулюється міжнародне економічне співробітництво на основі залучення іноземних інвестицій»²⁵.

Адже ті вільні економічні зони, які є на території України абсолютно не підпадають під загально прийняте визначення поняття офшорної зони. Тим більше, на території вільних економічних зон в Україні, проаналізувавши положення Податкового кодексу України²⁶, відсутні будь-які податкові пільги для платників податків, що здійснюють свою підприємницьку діяльність на цих територіях або зареєстровані на них.

Поняття «офшорні юрисдикції» не визначено чинним законодавством України. При цьому, в Податковому кодексі України вживається термін «офшорні зони», до яких Кабінетом Міністрів України, відповідно до пункту 161.2 статті 161 вказаного Кодексу, включаються держави та їх території, у тому числі території, залежні від них, на яких можуть створюватися та діяти суб'єкти господарювання, що мають офшорний статус.

Так, розпорядженням Кабінету Міністрів України від 23 лютого 2011 року № 143-р «Про перелік офшорних зон» до них віднесено 37 територій, серед яких Бахрейн, Беліз, Багамські Острови, Аруба, Британські Віргінські Острови, Віргінські Острови (СІЛА), Кайманові Острови, Пуерто-Ріко, Сент-Люсія, Ліберія, Маршальські Острови тощо²⁷.

«Сьогодні заснування офшорних компаній в офшорних юрисдикціях дає певні вигоди суб'єктам господарювання, а саме: можливість мінімізувати оподаткування великих грошових надходжень або вільно придбати нерухомість за кордоном, у тому числі у приватну власність. Більш того, офшори є досить ефективним інструментом продажу авторських прав, оплати валютних контрактів, передачі устаткування в лізинг, наймання персоналу, постачання давальницької сировини, операцій з нерухомістю, ведення інвестиційної та спекулятивної діяльності на світових фінансових ринках і просто банківським сейфом. У зв'язку з розвитком всесвітньої мережі Інтернет, практикується офшорне програмування, відкриття на території офшорних зон специфічних бізнес-одиниць наприклад віртуальних казино»²⁸.

Автор підтримує точку зору К. Крикуненко, відповідно до якої в якості офшорних юрисдикцій найчастіше виступають невеликі незалежні держави чи відособлені території, що володіють особливим державно-правовим статусом. Це можуть бути самоврядні володіння метрополії, орендована територія чи державне утворення, що до тепер має статус колонії. Влади цих юрисдикцій стимулюють розвиток сектора офшорних послуг з метою залучення іноземного капіталу, збільшення зайнятості населення і підвищення ділової активності²⁹.

Також, на думку Л. Супрун, відповідно термінології, прийнятої в економічній літературі, під офшорною діяльністю розуміється діяльність комерційної компанії поза юрисдикцією якої-небудь держави³⁰.

Головну роль у світовому русі капіталу протягом останніх років займають саме офшорні юрисдикції. Так, на думку деяких фахівців, в офшорних юрисдикціях перебуває приблизно 55 % загальної вартості світового капіталу, а через них проходить більше половини фінансових угод. Для українських підприємців офшорні юрисдикції є одним із найзручніших засобів збереження капіталу.

На думку автора, з метою поліпшення ведення підприємницької діяльності та формування сприятливих умов для її довгострокового планування необхідно в Податковому кодексі України дати визначення поняття «офшорна юрисдикція».

Під цим терміном, на думку автора, слід вважати державу чи територію держави, яка не оподатковує або ж оподатковує за ставкою менше 16 % прибуток юридичних осіб, які не здійснюють підприємницької діяльності на відповідній території.

І нарешті, офшорна юрисдикція – термін, під яким розуміється будь-яка країна з дуже низькою або нульовою ставкою на всі або окремі категорії доходу, наявністю банківської або комерційної таємниці, мінімальною або повною відсутністю фінансової звітності. Водночас, переважно, офшорні юрисдикції мають прості вимоги щодо ліцензування та регулювання діяльності приватних компаній. Наявність певних законодавчих гарантій і можливостей для планування сплати податків є відмінною особливістю офшорних зон при порівнянні їх з державами, що мають низьку або нульову ставку податку на всі або деякі доходи і гарантують банківську та комерційну таємницю. Головною особливістю офшорної юрисдикції є поширення пільг зі сплати

податку на доходи виключно на нерезидентів, які не здійснюють діяльність на території офшорної юрисдикції і гарантують фінансову таємницю.

Отже, головними ознаками офшорних юрисдикцій є наступні:

1) сплата податків. У переважній більшості офшорних юрисдикцій передбачено сплату податків. При цьому вони або не справляють прибутковий податок, або справляють податок за нижчою ставкою, ніж в країні резидентства платника податків.

2) фінансова таємниця. Деякий рівень фінансової таємниці є наявний як в офшорних юрисдикціях, так і в інших країнах. При цьому переважна кількість країн не забезпечує захист фінансової таємниці у випадках розслідування правоохоронними органами іноземних країн. Головною відмінністю офшорних юрисдикцій є досить жорсткі правила захисту фінансової таємниці, у тому числі банківської та комерційної.

3) валютний контроль. Офшорні юрисдикції зазвичай використовують подвійний валютний контроль. Такий контроль по різному застосовується для резидентів і нерезидентів, а також для національної і іноземної валюти. Резиденти підпадають під такий валютний контроль, а нерезиденти не підпадають. При цьому нерезиденти підлягають звичайному контролю в випадку використання місцевої валюти.

Таким чином, на думку автора, офшорною юрисдикцією є країна чи частина території країни, де для нерезидентів надаються податкові та інші пільги, запроваджено особливості валютного контролю та гарантується право фінансової таємниці.

Історія виникнення офшорних юрисдикцій згадується в різних формах на території багатьох країн з давніх часів існування людства.

Критеріїв класифікації офшорних юрисдикцій існує багато.

Зокрема, К. Крикуненко у своїй дисертаційній роботі «Суперечності функціонування офшорних зон у контексті економічного розвитку держави» висловлює думку про те, що «усі офшорні юрисдикції можна умовно віднести до трьох типів: класичні офшорні зони, центри міжнародного бізнесу, податкові ніші.

При цьому фахівець зазначає, що найголовнішою відмінною рисою класичних офшорних зон є нульова ставка податку на прибуток. Центр міжнародного бізнесу як типова офшорна юрисдикція надає податкові пільги. Але, на відміну від класичних офшорних зон, у цих юрисдикціях офшорні компанії обкладаються податком на прибуток. І хоча ставка податку невисока, звичайно до 3–8%, це означає, що компанії повинні надавати свою фінансову звітність у податкові органи. Промислово розвинені країни з традиційно високими ставками податків, на перший погляд, не мають нічого спільного з офшорними зонами. Однак, ряд саме таких держав підпадає під визначення країн, що надають податкові ніші певним суб'єктам економічної діяльності³¹.

У рамках Ради фінансової стабільності розроблено власний підхід до класифікації офшорів. Критеріями у цьому контексті стали: 1) низький рівень оподаткування доходу від підприємницької чи інвестиційної діяльності; 2) відсутність податків на репатріацію доходів; 3) прості та гнучкі правила інкорпорації та ліцензування; 4) прості та гнучкі правила нагляду; 5) можливості гнучкого використання трастів та інших корпоративних структур; 6) необов'язкова фізична присутність для фінансових установ та/або корпоративних структур; 7) надмірно високий рівень конфіденційності клієнта на основі жорсткого внутрішнього законодавства; 8) відсутність доступу до аналогічних переваг для резидентів³².

Д. Ушаков наводить таку класифікацію офшорних юрисдикцій:

1) юрисдикції, в яких не встановлюється оподаткування доходів будь-якими податками;

2) юрисдикції, в яких для певних видів діяльності та видів компаній надається повне звільнення від оподаткування;

3) юрисдикції, де встановлюється знижений рівень ставок оподаткування доходів від окремих видів підприємницької діяльності;

4) юрисдикції, в яких надається спеціальний, пільговий режим оподаткування для холдингових компаній;

5) юрисдикції, в яких встановлюється стандартний або високий рівень оподаткування доходів, але при цьому для юридичних осіб-нерезидентів надаються додаткові пільги;

6) юрисдикції, в яких використовується територіальний принцип оподаткування³³.

Ю. Козак поділяє офшорні юрисдикції на два основних типи, в основу яких ставиться обсяг і характер привілеїв, пропонувані клієнтам. Перший тип – це власне офшорні території, офіційно визнані у світі, і юрисдикції, які належать до «податкових гаваней». До другого типу він відносить юрисдикції з «помірним» рівнем оподаткування³⁴.

На думку автора, запропонований поділ офшорних юрисдикцій є не повним, адже існує і ряд «комбінованих» юрисдикцій, у яких поєднуються ознаки двох згаданих типів. До них можна віднести такі офшорні юрисдикції, як Кіпр та Ірландія.

Обсяг пропонувані пільг суб'єктам господарювання становить основу головних критеріїв класифікації з метою оподаткування. Зазвичай такі офшорні юрисдикції розглядаються з огляду на те, наскільки вони відповідають офшорному статусу: податкова ставка; наявність фінансової таємниці; наявність міжнародних договорів про уникнення подвійного оподаткування; обсяги контролю з боку контролюючих органів.

При цьому, наприклад, в Бразилії класифікують офшорні юрисдикції з двома типами:

1) офшорні юрисдикції, які оподатковують за нульовою ставкою або ж оподатковують за ставкою менше 16 % доходи компаній;

2) держави чи території з пільговим оподаткуванням, які не обмінюються податковою інформацією, або ж пропонують спеціальні податкові стимули для суб'єктів господарювання, створених нерезидентами, які не здійснюють будь-якої підприємницької діяльності на відповідній території.

На думку автора, всі офшорні юрисдикції можна поділити на чотири групи.

До першої групи відносяться офшорні юрисдикції, які можна назвати цілковитими офшорами. До цілковитих офшорних юрисдикцій відносять держави, що розташовані на островах, та в яких офіційно визначено статус офшорної компанії чи умови, при виконанні яких її діяльність буде вважатися офшорною. Спрощена процедура реєстрації офшорної компанії, наявність переконливої конфіденційності, мінімальні вимоги до фінансової звітності, відсутність або невеликий податковий платіж (у вигляді суми мита) є характерною відмінністю таких офшорних юрисдикцій. Не зважаючи на малі розміри такої офшорної юрисдикції, вона часто виступає центром офшорного бізнесу. Враховуючи уникнення від оподаткування в країнах розміщення, міжнародні компанії зосереджують в офшорних банках великі грошові кошти, які в подальшому використовують як інвестиції.

До другої групи офшорних юрисдикцій можна віднести країни з пільговим оподаткуванням деяких видів господарської діяльності. Зокрема, податкові пільги передбачені для холдингових і сервісних компаній в Швейцарії, холдингових і ліцензійних фірм в Нідерландах, холдингових і інвестиційних компаній в Люксембурзі. До таких офшорних юрисдикцій відносять країни Європейського Союзу, які дають змогу підприємствам проводити операції офшорного типу. В таких юрисдикціях підприємства звільняються від оподаткування (або оподатковуються за дуже низькою ставкою), здійснюється фінансовий контроль, що зобов'язує ведення бухгалтерської звітності та проведення незалежного аудиту. Важливим для діяльності компаній, які зареєстровані в таких офшорних юрисдикціях, є поширення дії договорів про уникнення подвійного оподаткування.

До третьої групи офшорних юрисдикцій відносяться територіальні утворення. Держави, які мають федеративний устрій, створюють офшорні юрисдикції на окремих своїх територіях. Такі офшорні юрисдикції можуть бути податковими гаванями і давати змогу здійснення офшорних операцій в межах усієї країни. Специфікою країн з федеративним устроєм є існування декількох рівнів оподаткування: федеральний, суб'єктів федерації і місцевий. У цій ситуації офшорні території надають податкові пільги суб'єкта федерації для тих підприємств, які зареєстровані на цих територіях, а ведуть діяльність і отримують дохід за межами цих територій.

До четвертої групи офшорних юрисдикцій відносяться незвичайні офшорні юрисдикції. До таких юрисдикцій віднесено типові країни з низькими ставками податків, наприклад Кіпр. Дана офшорна юрисдикція є особливою, оскільки на Кіпрі встановлено дуже низькі ставки податків, і вона цілковито спрямована на ведення офшорної діяльності.

Крім цієї класифікації, офшорні юрисдикції можна поділити також на декілька груп залежно від специфіки різних пільг встановлених для платників податків. Отже, офшорні юрисдикції класифікують наступним чином:

- які не оподатковують нерезидентів;
- які оподатковують іноземний дохід за зниженими ставками;
- які оподатковують лише дохід одержаний в країні, при цьому звільняють від податків іноземні доходи;
- які оподатковують іноземний дохід, а дохід одержаний в країні не оподатковується;
- які оподатковують заощадження, а поточні доходи не оподатковують.

Також при оцінці за способом оподаткування усі офшорні юрисдикції можна класифікувати на дві основні групи:

1) офшорні юрисдикції із фіксованою платою за звільнення від оподаткування. Ця плата може стягуватися у формі збору, мита, фіксованого податку;

2) офшорні юрисдикції з помірним оподаткуванням, де поряд із фіксованим збором встановлені відсоткові відрахування від доходу.

¹ *Апель А.* Обналичивание и офшорный бизнес в схемах / А. Апель, В. Гунько, И. Соколов. – СПб. : Питер, 2002. – 176 с.

² *Турчинов О. В.* Тіньова економіка: закономірності, механізми функціонування, методи оцінки. – К., 2009. – 195 с.

³ *Кокорин В. А.* Налоговая гавань. Чем полезен офшор / В. А. Кокорин // Человек и закон. – 2008. – № 9. – С. 118–123.

⁴ *Удалов Р.* Чем рискует контрагент офшорной компании // Налоги и налоговое планирование. 2011. – № 5. – С. 19.

⁵ *Железняк В. Ю., Остропольська С. В.* Тенденції розвитку інвестиційних відносин України з офшорними зонами // ВІСНИК МНТУ «Серія Економіка» № 2 (5) – 2011. – С. 5–57.

⁶ *Picciotto S.* Tackling Tax Havens and Offshore Finance. Seminar on Money Laundering, Tax Evasion and Financial Regulation / S. Picciotto. [Electronic source]. – 2012. – Mode of access: www.tni.org/crimedocs/picciotto.pdf

⁷ *Хейфец Б. А.* Роль офшоров в глобальной экономике / Мировая экономика и международные отношения 2008. – № 11. – С. 69–76.

⁸ *Clemens F.* Taxevasion, tax avoidance and tax expenditures in developing countries: A review of the literature / F. Clemens // Oxford University Centre for Business Taxation. – 2010. – 76 p.

⁹ *Rawlings G.* Taxes and transnational treaties: responsive regulation and the reassertion of offshore sovereignty / G. Rawlings // Law&Policy. – 2007. – vol. 29, № 1. – 16 p.

¹⁰ *Чепен А. В.* Особливості розвитку офшорного бізнесу в Україні // Економіка та держава. – 2006. – № 6. – С. 21–30.

¹¹ *Honjo T.* Japan / T. Honjo // Cahiers de droit fiscal international. – The Hague: Kluwer Law International, 2001. – Vol. 86b. – P. 641–654.

- ¹² *Энциклопедия офшорного: Практическое руководство.* Лондон. Цюрих. Бостон: Finance Research Group. 2007 – 255 с.
- ¹³ *Баймуратов М. О.* Офшорні зони у сучасному всесвіті: питання теорії та практики / М. О. Баймуратов, О. І. Зоріна. – Одеса : Фенікс, 2010. – 174 с.
- ¹⁴ *Аксёнов Д.* Офшорный бизнес. Мировой опыт и российская практика / Д. Аксёнов // Развитие рынка. 2009. – № 6. – С. 14–17.
- ¹⁵ *Лакіза В. В., Глечко А. П.* Фінансові механізми офшору / В. В. Лакіза, А. П. Глечко // Вісник Національного університету «Львівська політехніка». – 2001. – № 706. – С. 100–106.
- ¹⁶ *Амбарцумов А.* 1000 терминов рыночной экономики / А. Амбарцумов, С. Стерлигов. – М., 1993. – 267 с.
- ¹⁷ *Большой Энциклопедический словарь.* – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Большая Российская Энциклопедия, 1998. – 1456 с.
- ¹⁸ *Ямко П. Ю.* Податковий механізм офшорних країн: сутність, функції, інструменти // Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право № 4. 2012. – С. 135–140.
- ¹⁹ *Косе Д. Д.* Місце правового режиму оподаткування офшорної території у сфері регулювання економічних відносин / Д. Д. Косе // Часопис Київського університету права. – 2008. – № 1. – С. 18–23.
- ²⁰ *Кобушко І. М.* Офшорні зони як засіб зростання інвестиційного потенціалу // Механізм регулювання економіки, 2011. – № 1. – С. 182–187.
- ²¹ *Уманців Ю. М., Швед Ю. А.* Офшорне підприємництво у сучасній економіці : Монографія. – К.: Атіка, 2004. – 144 с.
- ²² *Удодова В. І.* Офшорний бізнес в умовах інтернаціоналізації економіки // Вісник Університету банківської справи Національного банку України. – 2010. – № 1 (7) – С. 15–18.
- ²³ *Mc Conn H.* Offshore Finance. – Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- ²⁴ *Шамбост Э.* Энциклопедия офшорных зон [пер. с фр.] / Шамбост Эдуард. – 2000. – 586 с.
- ²⁵ *Сіваченко І., Кухарська Н., Левицький М.* Вільні економічні зони: Навч. посібник. – К.: Дакор; Алерта, 2001. – 480 с.
- ²⁶ Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI // Офіційний вісник України. – 2010. – № 92. – Ст. 3248.
- ²⁷ Про перелік офшорних зон: розпорядження Кабінету Міністрів України від 23 лютого 2011 р. № 143-р // Офіційний вісник України. – 2011. – № 14. – Ст. 592.
- ²⁸ *Стецюк С. С.* Офшорні зони як інструмент мінімізації оподаткування та шляхи вдосконалення державного регулювання офшорної діяльності / С. С. Стецюк // Міжнародна економіка та менеджмент. – 2008. – № 2. – С. 77–86.
- ²⁹ *Крикуненко К. В.* Основні офшорні юрисдикції світу: критерії оптимального вибору / Вісник Донецького національного університету. Серія «Економіка і право». – 2009. – Вип. 2. – С. 347–351.
- ³⁰ *Супрун Л.* Офшорні компанії у сучасній діловій практиці / Л. Супрун // Юридичний журнал. – 2011. – № 1. – С. 55–57.
- ³¹ *Крикуненко К. В.* Суперечності функціонування офшорних зон в контексті економічного розвитку держави: Дис. канд. екон. наук: 08.00.02. – К., 2012. – С. 214.
- ³² Report of the Working Group on Offshore Centers: Financial Stability Board, 5 April 2000 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_0004b.pdf
- ³³ *Ушаков Д. Л.* Офшорные зоны в практике российских налогоплательщиков. – М.: Юристъ, 2002. – 494 с.
- ³⁴ *Міжнародне оподаткування.* Навч. посібник / За ред. Козака Ю. Г., Логвінової Н. С., Слепця В. М. – К.: ЦНЛ, – 2005.

Резюме

Лещенко Р. М. Офшорні юрисдикції: історія виникнення, поняття та класифікація.

У цій статті автор розглядає проблематику такої юридичної категорії як «офшорна юрисдикція». Увага приділяється історії становлення цього правового явища, визначаються основні ознаки «офшорної юрисдикції», проводиться класифікація офшорних зон (юрисдикцій). На підставі запропонованих автором ознак офшорної юрисдикції надається узагальнююче визначення цієї правової категорії.

Ключові слова: офшорна юрисдикція, офшорна зона, пільги оподаткування, види офшорних юрисдикцій.

Резюме

Лещенко Р. М. Оффшорные юрисдикции: история возникновения, понятие и классификация.

В этой статье автор рассматривает проблематику такой юридической категории как «оффшорная юрисдикция». Внимание уделяется истории становления этого правового явления, определяются основные признаки «оффшорной юрисдикции», проводится классификация офффшорных зон (юрисдикций). На основании предложенных автором признаков офффшорной юрисдикции делается обобщающее определение этой правовой категории.

Ключевые слова: офффшорная юрисдикция, офффшорная зона, льготы налогообложения, виды офффшорных юрисдикций.

Summary

Leshchenko R. Offshore jurisdictions: history, definitions, classification.

In the article the author considers the issue of such legal category as “offshore jurisdiction” The attention is devoted to the history of establishment this legal occurrence, the main signs of “offshore jurisdiction” and the classification of offshore zone (jurisdiction) were determinates. At the ground of the signs of “offshore jurisdiction” author formulates the general definition of this legal category.

Key words: offshore jurisdiction, offshore zone, tax benefit, types of offshore jurisdiction.

Отримано 9.04.2014

С. А. ЛОБАНОВА

Світлана Андріївна Лобанова, аспірант Київського національного торговельно-економічного університету

**ЕВОЛЮЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ЗАСАД РЕГУЛЮВАННЯ
НАФТОГАЗОВОГО КОМПЛЕКСУ УКРАЇНИ**

У вітчизняній науковій літературі на сьогодні вже сформувалися загальноприйняті підходи до визначення відправних позицій дослідження наукових проблем у сфері юриспруденції. Не зупиняючись на їх детальному розгляді, зазначимо, що до них варто додати дослідження історичного досвіду формування та розвитку суспільних відносин у межах обраної наукової проблеми, оскільки такі дослідження безпосередньо впливають на розвиток нормативно-правового регулювання.

Варто зауважити, що аналіз історичного аспекту виникнення, розвитку нафтогазового комплексу України неможливо здійснити без дослідження суспільних відносин, які існували та існують нині в енергетичній сфері нашої держави, та їх правового регулювання.

Метою статті є дослідження й аналіз правових передумов становлення та розвитку нафтогазового комплексу в Україні, виявлення закономірності виникнення досліджуваного інституту, з'ясування тенденцій його розвитку та розробка періодизації розвитку нафтогазового комплексу України.

Дане дослідження було проведено на основі наукових праць відомих вчених, зокрема: М. Данилюка, І. Діяка, М. Ковалка, О. Панібрацької, А. Шидловського, П. Шпака та ін.

Нафтогазовий комплекс – найголовніша складова паливно-енергетичного комплексу України (далі – ПЕК), надійність роботи та динамічний розвиток якого значною мірою залежать від стану підприємств нафтогазового сектору. Керуючись цим, насамперед необхідно дослідити нормативно-правові акти, які були прийняті у відповідні періоди та покликані врегулювати суспільні відносини ПЕК і окремих його складових та на основі цього запропонувати нову періодизацію розвитку нафтогазового комплексу (далі – НГК).

Розглянемо становлення нормативно-правового забезпечення функціонування ПЕК, а разом з тим і НГК.

О. Панібрацька виділяє чотири основні етапи розвитку ПЕК України¹. На противагу їй, М. Данилюк пропонує свій варіант періодизації розвитку ПЕК України, виділяючи сім етапів вказаного процесу².

Відправними точками для періодизації розвитку ПЕК були здебільшого економічні характеристики чи фактичне формування певних його частин.

О. В. Сердюченко запропонував поетапний розподіл становлення і розвитку інституту державної енергетичної безпеки в Україні. На наш погляд, під таку загальну періодизацію підпадає й процес становлення нормативно-правової бази ПЕК, а саме:

Етап зародження: від моменту здобуття незалежності – прийняття «Акта проголошення незалежності України» від 24 серпня 1991 р. до прийняття «Національної енергетичної програми України до 2010 року» від 15 травня 1996 року.

Етап становлення: від прийняття «Національної енергетичної програми України до 2010 року» від 15 травня 1996 р. до схвалення «Енергетичної стратегії України на період до 2030 року» від 15 березня 2006 року.

Етап розвитку: від прийняття «Енергетичної стратегії України на період до 2030 року» від 15 березня 2006 р. до теперішнього часу³.

На основі вищевикладеного ми вперше спробуємо сформулювати періодизацію розвитку нафтогазового комплексу та його правового регулювання, яке безпосередньо залежить від систем управління підприємствами комплексу, що змінювалися відповідно до вимог часу.

Оскільки існують документальні свідчення, що перший промисел видобутку нафти з'явився в Карпатах у 1771 р.⁴, вважаємо за доцільним початок **першого етапу – зародження нафтової промисловості – датувати кінцем XVIII ст., а його завершення – кінцем XIX століття.**

Другий етап – становлення нафтової промисловості – кінець XIX ст. – початок XX століття.

Саме у 1883 р. в Печеніжині було побудовано третій у світі за потужністю нафтопереробний завод, що стало знаковою подією для всієї галузі⁵. Нафтовидобуток у Галичині у 1909 р. зріс майже до 2 млн т на рік. За цими показниками Галицький нафтовий район посів третє місце у світі після США і Баку⁶.

Третій етап – зародження газової промисловості – 1924 р. – 1939 р.

На початку 20-х рр. XX ст. було знайдено газ у районі Калуша й Дашави. Саме з 1924 р. бере свій початок газова промисловість України, із введення в експлуатацію Дашавського газового родовища й будівництва першого газопроводу Дашава – Стрий. А у 1946 р. кияни вже отримували природний газ із найбільшого на той час газопроводу Дашава – Київ. Згодом він був подовжений до Москви, а окремо було побудовано газопровід Дашава – Ленінград через Мінськ. Український газ у зростаючих обсягах почав надходити до

Росії (причому безкоштовно), що дало можливість газифікувати значну частину центральних регіонів (Курську, Белгородську, Орловську області та ін.)⁷.

Четвертий етап – націоналізація нафтогазової промисловості – 1939 р. – 1945 р.

Ще до кінця 1939 р., коли було встановлено радянську владу в Західній Україні, нафтогазову промисловість було націоналізовано. Замість сотень фірм створено п'ять великих промислів, що разом з озокеритовими шахтами ввійшли до об'єднання «Укрнафтовидобуток». Газолінові підприємства перейшли до повноважень «Укргазу». Згідно з торговельними договорами між СРСР та Німеччиною від 19 серпня 1939 р. та 10 лютого 1940 р., до Німеччини вивозили цистернами нафту й нафтопродукти. Протягом 17 місяців після підписання радянсько-німецького Пакту про ненапад від 23 серпня 1939 р. Німеччина отримала з Радянського Союзу 865 тис. т нафти.

У серпні 1944 р., після поновлення радянської влади в Західній Україні, за рішенням Міністерства нафтової промисловості СРСР було організовано «Укрнафтокомбінат», який об'єднав видобуток нафти й газу та їх переробку.

П'ятий етап – реформування промисловості за галузевим принципом – 1945–1950 рр.

Систему управління підприємствами комплексу було реформовано 1945 р. за галузевим принципом. На базі «Укрнафтокомбінату» було створено такі об'єднання: «Укрнафта» в м. Бориславі, згодом – у м. Дрогобичі та м. Києві; трести «Укрнафтозаводи» в м. Дрогобичі та «Укргазвидобуток» у м. Стрию.

В Україні 1946 р. газову промисловість було відокремлено як самостійну галузь, створено об'єднання «Укргаз», що розміщувалося в м. Львові. У 1966 р. було створено виробниче управління «Укргазпром», якому спочатку підпорядковувалися газовидобувні, а пізніше – газотранспортні, бурові, газопереробні підприємства, науково-дослідні інститути.

Саме з території України розпочався перший у світі експорт природного газу, спочатку до Польщі з 1944 р., а з 1967 р. український газ стали постачати до Чехословаччини, дещо пізніше – до Австрії. Транзит нафти територією України до Чехословаччини розпочався з 1962 р. з введенням до експлуатації першої черги нафтопроводу «Дружба».

Шостий етап – піднесення нафтогазової промисловості та стрімке розгалуження нафтогазо-транспортної системи – 50–70-ті рр. ХХ століття.

У другій половині 50-х рр. до міст України й Росії стали постачати газ із потужного Шебелинського газоконденсатного родовища на Харківщині. Кожен п'ятий кубометр газу в колишньому СРСР був Шебелинський⁸. Майже всю територію України перетинають потужні магістральні газопроводи, на будівництво яких витрачено понад 10 млрд.

Рівень видобутку газу в Україні у 50–70-ті рр. ХХ ст. зростав значними темпами. Якщо 1950 р. він становив лише 1,5 млрд м³, то 1960 р. – 14,3 млрд м³, а 1970 р. – 61 млрд м³; рекордної кількості вдалося досягти у 1975 р. – 68 млрд м³.

Сьомий етап – занепад нафтогазового комплексу – 70-ті рр. ХХ ст. – 1998 р.

Видобуток вуглеводнів став стрімко зменшуватись. Звернення першого секретаря ЦК Компартії України В. В. Щербицького до Ради Міністрів СРСР з проханням надати кошти для подальшої розбудови газовидобувної промисловості республіки проігнорували, оскільки вже було відкрито великі поклади газу в Середній Азії та на півночі Західного Сибіру. Без капіталовкладень газовий потік із власних джерел скоротився майже в п'ять разів і у 1995 р. становив 14 млрд м³. Значно скоротилося також видобування нафти: якщо у першій половині 70-х рр. видобувалося 14,4 млн т, то нині ця цифра становить 4 млн т.

На початку 90-х рр. найбільшою сучасною нафтовидобувною компанією України, яка видобуває 75 % нафти й газового конденсату від загального обсягу видобутку в країні, стало ВАТ «Укрнафта».

Це товариство створено 31 березня 1994 р. шляхом корпоратизації підприємства «Виробниче об'єднання «Укрнафта» на виконання Указу Президента України «Про корпоратизацію підприємств» від 15 червня 1993 р. № 210/93, наказу Мінекономіки України від 22 листопада 1993 р. № 90 й наказу Держкомнафтогазу від 23 лютого 1994 р. № 57. Перше свідоцтво про реєстрацію випуску цінних паперів Мінфін України видав ВАТ «Укрнафта» 25 травня 1994 р. за № 201/0/94 р. 50 % +1 акція «Укрнафти» належать НАК «Нафтогаз України», 41 % акцій контролює група «ПриватБанку». ВАТ «Укрнафта» у 2004 р. забезпечувало понад 90 % видобутку нафти в Україні, 40 % газового конденсату й 17 % видобутку природного газу. Було видобуто понад 3 млн т нафти і 3,35 млрд м³ газу. Чистий прибуток за 2004 р. становив 1 млрд. 347 млн. 36 тис. 188 гривень.

Восьмий етап – створення та діяльність НАК «Нафтогаз України» – 1998 р. – грудень 2012 р.

Навесні 1998 р. створено НАК «Нафтогаз України» як вертикально-інтегровану нафтогазову компанію, що здійснює повний цикл операцій з розвідки та розробки родовищ, розвідувального й експлуатаційного буріння, видобутку, транспортування та зберігання нафти й газу, постачання природного і скрапленого газу споживачам. Її дочірні компанії: «Газ України», «Укргазвидобування» й «Укртрансгаз». Понад 97 % нафти й газу в Україні видобувають підприємства цієї компанії. 100 % статутного фонду «Нафтогазу України», розмір якого дорівнює \$ 650 млн, належить Кабінету Міністрів України.

«До складу НАК «Нафтогаз України» входили основні видобувні підприємства у формі: дочірньої компанії (надалі – ДК) «Укртрансгаз», ДК «Газ України», ДК «Укргазвидобування»; дочірнє підприємство (надалі – ДП) «Нафтогазбезпека», ДП «Укрнафтогазкомплект», ДП «Газ-тепло», ДП «ВЗП «Нафтогаз», ДП «Нафтогазобслуговування», ДП «Курортнафтогаз», ДП «Будівельник»; державна акціонерна компанія

(надалі – ДАК) «Чорноморнафтогаз», ДАК «Укрспецтрансгаз»); ВАТ «Укрнафта», ВАТ «Укртранснафта», ВАТ «Придніпровські магістральні нафтопроводи», ВАТ «Магістральні нафтопроводи «Дружба»; філії – Московська, Туркменська, Метрологічна, Інформаційно-аналітичний центр геолого-геофізичних досліджень в нафтогазовій галузі, кожне з яких має розгалужену виробничу структуру, що забезпечує розвідку та видобуток газу, нафти й газового конденсату.»

13 червня 2012 р. Кабмін прийняв розпорядження № 360-р «Про реорганізацію дочірніх компаній Національної акціонерної компанії «Нафтогаз України». Розпорядження уряду передбачає реорганізацію дочірньої компанії «Укргазвидобування» НАК «Нафтогаз України» шляхом перетворення на Відкрите акціонерне товариство «Укргазвидобування» і реорганізацію дочірньої компанії «Укртрансгаз» НАК «Нафтогаз України» у ПАТ «Укртрансгаз».

У документі наголошується, що управління корпоративними правами щодо публічних акціонерних товариств здійснює НАК «Нафтогаз України» за погодженням з Міністерством енергетики та вугільної промисловості України відповідно до законодавства.

Оператор газотранспортної системи (далі – ГТС) України компанія «Укртрансгаз» і найбільше газодобувне підприємство країни «Укргазвидобування» у кінці 2012 р. завершили процес реорганізації з дочірніх компаній (далі – ДК) НАК «Нафтогаз України» у публічні акціонерні товариства (далі – ПАТ).

Дев'ятий етап – реорганізація НАК «Нафтогаз України» – підготовка до приватизація компанії – січень 2013 р. – теперішній час.

У 2012 р. розпочався процес реформування НАК «Нафтогаз України», який триває й досі і буде завершено після приватизації компанії. Віце-прем'єр-міністр України Юрій Бойко у травні 2013 р. заявив в інтерв'ю газеті «Дзеркало тижня», що приватизація компанії рекомендована провідними зарубіжними консультантами і сприятиме підвищенню прозорості діяльності компанії та дасть залучити істотні кошти⁹.

28 квітня 2012 р. президент Віктор Янукович підписав Закон України «Про внесення змін у статтю 7 закону України «Про трубопровідний транспорт» щодо реформування нафтогазового комплексу»¹⁰.

Змінами передбачено, що реорганізація (злиття, приєднання, поділ, виділення, перетворення) державних підприємств, дочірніх підприємств Національної акціонерної компанії «Нафтогаз України», що здійснюють діяльність з транспортування по магістральних трубопроводах і зберігання в підземних газосховищах, і НАК «Нафтогаз України» здійснюється за рішенням Кабінету Міністрів України виключно з метою виконання зобов'язань, узятих Україною відповідно до Закону України «Про ратифікацію Протоколу про приєднання України до Договору про заснування Енергетичного Співтовариства»¹¹.

Окрім того, законом заборонено приватизацію державних підприємств, дочірніх підприємств НАК «Нафтогаз України», які здійснюють діяльність з транспортування по магістральних трубопроводах і зберігання в підземних газосховищах, НАК «Нафтогаз України», а також підприємств, установ, організацій, утворених в результаті їхніх реорганізацій.

13 червня 2012 р. Кабмін прийняв розпорядження № 360-р «Про реорганізацію дочірніх компаній Національної акціонерної компанії «Нафтогаз України». Розпорядження уряду передбачає реорганізацію дочірньої компанії «Укргазвидобування» НАК «Нафтогаз України» шляхом перетворення на Відкрите акціонерне товариство «Укргазвидобування» і реорганізацію дочірньої компанії «Укртрансгаз» НАК «Нафтогаз України» у ПАТ «Укртрансгаз»¹².

У документі наголошується, що управління корпоративними правами щодо публічних акціонерних товариств здійснює НАК «Нафтогаз України» за погодженням з Міністерством енергетики та вугільної промисловості України відповідно до законодавства.

НАК «Нафтогаз України» у 2013 р. отримав 12,5 млрд грн збитку, про що говориться у фінансовому звіті компанії. Дохід НАК «Нафтогаз України» скоротився більш ніж на 23 %, або на 22,8 млрд грн, до 74,6 млрд грн.

Багато експертів наголошують на тому, що борги НАК «Нафтогаз України» були створені навмисно, а тому повна приватизація активів компанії – це лише питання часу.

Як вплине приватизація однієї з найбільших компаній України на стан паливно-енергетичного комплексу України та взагалі на її економіку – покаже час.

Нині розвиток паливно-енергетичних галузей України характеризується хаотичністю, непередбачуваністю, недосконалістю правового напрямку, а також злагоджених між собою стратегій та пріоритетів.

Ситуація, у якій опинився НГК України, склалася переважно через відсутність виваженого послідовного підходу до реформування об'єктів паливно-енергетичного комплексу та формування ринкового середовища у цій сфері. Пояснюється це також неузгодженістю процесів реформування в енергетиці з процесами реформування економічних відносин, які нині тривають в Україні.

Неефективне використання палива й енергії в економіці України спричиняє високий рівень енергоємності внутрішнього валового продукту, який у три-вісім разів перевищує аналогічний показник для промислово розвинених країн. Крім того, значна зношеність основних фондів підприємств ПЕК, низький технічний і технологічний рівні устаткування, існуючі проблеми ресурсозбереження та екологічності підприємств потребують їх широкомасштабної реконструкції й переоснащення всього комплексу.

Дослідивши історію становлення та розвитку НГК, можемо зробити висновок, що майже 95 % нафти і газу, які видобуваються на території України, припадає на підприємства НАК «Нафтогаз України», – монополіста на даному ринку. Компанія розробляє стратегію розвитку галузі, здійснює структурну перебудову

галузі відповідно до ринкових умов господарювання, забезпечує потребу промислових споживачів та населення, забезпечує транзит нафти і газу до країн Європи. Але в останні роки ця компанія показала неефективну діяльність, надмірний штат, велику заборгованість, а структурні трансформації, в тому числі реорганізація дочірніх компаній НАК «Нафтогаз України», – поки що не привели до позитивних змін.

¹ *Панібрацька О. В.* Суспільно-географічне дослідження трансформації паливно-енергетичного комплексу України : дис. канд. геогр. наук. / О. В. Панібрацька. – К., 2001. – 192 с.

² *Данилюк М. О.* Формування нових господарських відносин у нафтогазовому комплексі України : дис. ... д-ра екон. наук / М. О. Данилюк. – К., 1999. – 397 с.

³ *Сердюченко О. В.* Деякі питання організаційно-правового забезпечення енергозбереження в Україні / О. В. Сердюченко // Сучасні наукові дослідження. – 2006: Тези доповідей за матеріалами II Міжнар. наук.-практ. конф. Т. 3. Право, Наука і освіта. – Д., 2006. – С. 90–93.

⁴ *Микулич О.* Нафтовий промисел Східної Галичини до середини XIX ст. – [2-ге вид., доп.] / О. Микулич. – Дрогобич, 2004. – 32 с.

⁵ *Іваницький Є.* Історія Бориславського нафтопромислового району в датах, подіях і фактах / Є. Іваницький, В. Михалевич. – Дрогобич, 1995. – 102 с.

⁶ *Боян В.* Підприємства нафтогазового комплексу в контексті прокурорських перевірок / В. Боян // Вісник прокуратури. – 2003. – № 1. – С. 74–82.

⁷ Нефтегазоносность Украины : сб. статей. – К. : Наук. думка, 1978. – 111 с.

⁸ Газовая промышленность Украинской ССР : сб. ст. – М., 1968. – 132 с.

⁹ Офіційний веб-сайт Кабінету міністрів України: [Електронний ресурс] // Урядовий портал. – Режим доступу: http://www.kmu.gov.ua/control/publish/article?art_id=246304235

¹⁰ Про внесення змін у статтю 7 закону України «Про трубопровідний транспорт» щодо реформування нафтогазового комплексу: Закон України від 13.04.2012 р. № 4658-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2013. – № 8. – Ст. 67.

¹¹ Про ратифікацію Протоколу про приєднання України до Договору про заснування Енергетичного Співтовариства: Закон України від 15.12.2010 р. № 2787-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2011, № 24. – Ст. 170.

¹² Про реорганізацію дочірніх компаній Національної акціонерної компанії «Нафтогаз України»: Розпорядження Кабінету міністрів України від 13.06.2012 № 360-р // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/360-2012-%D1%80>

Резюме

Лобанова С. А. Еволюція адміністративно-правових засад регулювання нафтогазового комплексу України.

У даній науковій статті досліджуються та аналізуються правові передумови становлення й розвитку нафтогазового комплексу в Україні, з'ясовуються закономірності виникнення досліджуваного інституту, тенденції його розвитку. Автор статті вперше пропонує періодизацію розвитку нафтогазового комплексу відповідно до систем управління підприємствами комплексу, що змінювалися упродовж його існування.

Ключові слова: нафтогазовий комплекс України, адміністративно-правове регулювання нафтогазового комплексу України, періодизація нафтогазового комплексу, НАК «Нафтогаз України», реорганізація та приватизація НАК «Нафтогаз України».

Резюме

Лобанова С. А. Эволюция административно-правовых основ регулирования нефтегазового комплекса Украины.

В данной научной статье исследуются и анализируются правовые предпосылки становления и развития нефтегазового комплекса Украины, выявляются закономерности возникновения исследуемого института, тенденции его развития. Автор статьи впервые предлагает периодизацию развития нефтегазового комплекса в соответствии с системами управления предприятиями комплекса, которые менялись на протяжении его существования.

Ключевые слова: нефтегазовый комплекс Украины, административно-правовое регулирование нефтегазового комплекса Украины, периодизация нефтегазового комплекса, НАК «Нафтогаз Украины», реорганизация и приватизация НАК «Нафтогаз Украины».

Summary

Lobanova S. Evolution of administrative and legal basis for regulating oil and gas complex of Ukraine.

This scientific article investigates and analyzes the legal preconditions of formation and development of oil and gas complex of Ukraine, the regularities of the investigated institute, its development trends. The author first provides a periodization of the development of oil and gas complex in accordance with the complex systems of enterprise management, which changed throughout its existence.

Key words: oil and gas complex of Ukraine, administrative and legal regulation of oil and gas complex of Ukraine, periodization of oil and gas complex, NJSC «Naftogaz Ukraine», the reorganization and privatization of NJSC «Naftogaz Ukraine».

Отримано 6.04.2014

УДК 341.61

О. В. ГОЛОВКІН

Олександр Васильович Головкін, доктор юридичних наук, професор Національної академії прокуратури України, старший радник юстиції, почесний працівник прокуратури України, заслужений юрист України

ЗВИЧАЙ ЯК ДЖЕРЕЛО СІМЕЙНОГО ПРАВА УКРАЇНИ: ІСТОРІЯ ТА СУЧАСНІСТЬ

Шлюбно-сімейні відносини більше, ніж будь-яка інша сфера правового регулювання, пов'язані зі звичаєвим правом. В Україні тривалий час, аж до кінця XIX ст., звичаєве право було основним засобом регулювання взаємовідносин між людьми, зокрема у родинному побуті. Багато звичаїв і обрядів українці зберегли дотепер. Саме норми звичаєвого права покладені в основу формування сучасного сімейного права.

Дослідженню правових звичаїв загалом, і зокрема сімейних, в Україні присвячено небагато юридичних праць. Домінують роботи історичного, етнографічного характеру, дослідження у сфері культури і побуту населення на території України, а також наукові розвідки з історії держави і права України. Важливе значення мають праці дослідників і збирачів народних звичаїв XIX – початку XX ст., а саме: П. Чубинського, І. Оршанського, М. Владимирського-Буданова, М. Грушевського, В. Мухіна, А. Костяківського, Н. Полонської-Василенко, а також сучасних науковців А. Пономарьова, М. Гримич, О. Івановської та ін.

Юридичний (правовий) звичай – це правова норма, яка встановилася без втручання публічної влади внаслідок тривалого та регулярного застосування одних і тих самих правил до однорідних випадків життя. Звичаєве право, яке складалося зі звичаїв, було історично першою, найтісніше пов'язаною з життям формою позитивного права. Між тим, найбільш розвиненими формами все ж вважається право суддів і право законодавця, на базі яких склалися дві типові системи права: прецедентна система (у вигляді загального права – Велика Британія, США) і законодавча у своїй основі система країн континентальної Європи (у вигляді романо-германського права – Франція, Німеччина тощо).

Звичай, як правило, за сучасних умов не вважається джерелом права. Але в сучасному сімейному праві, як і в цивільному, звичай розглядається як джерело права. Так, відповідно до ст. 11 Сімейного кодексу (далі – СК) України при вирішенні сімейного спору суд, за заявою заінтересованої сторони, може врахувати місцевий звичай, а також звичай національної меншини, до якої належать сторони або одна з них, якщо вони не суперечать вимогам цього Кодексу, інших законів та моральним засадам суспільства¹.

Правовим звичай стає тоді, коли він одержує санкцію (офіційне схвалення) держави. Правовими ставали не всі звичаї, а тільки такі, які відображали тривалу правову практику і відповідали моральним засадам даного суспільства. Санкціонування звичаю відбувається двома основними способами: а) шляхом визнання його судовою, господарською, адміністративною практикою і використання як основи судового рішення; б) шляхом відсилання до нього у нормі закону. Разом із тим у Великій Британії місцевий звичай вважається правовим, якщо він діє «з незапам'ятних часів», тобто склався до 1189 року. Звичай може набувати правового характеру і внаслідок визнання його «своїм» певною етнічною спільнотою, племенем, кастою та ін. Те, що сучасний юрист не визнає правом, розглядається як таке з традиційних позицій. Внаслідок санкціонування звичай набуває загальнообов'язкового характеру і його виконання гарантується державою.

Правовим звичаєм властиві такі ознаки: 1) формуються самим суспільством; 2) виникають спонтанно, стихійно; 3) це неписані правила поведінки (іноді усна форма звичаю ускладнювала доведення в суді факту його існування, тому з часом певна частина звичаїв набула письмового характеру); 4) можуть застосовуватися на рівні як окремих соціальних груп (локальні), так і нації, народу (загальні); 5) мають безперервний і однаковий характер додержання; 6) їх змістом є визначені правила поведінки; 7) є консервативними за своєю природою (закріплюють результати тривалої суспільної практики і можуть відбивати як загальні

моральні, духовні цінності народу, так і деякі забобони); 8) тісно пов'язані з релігійними і традиційними нормами.

Звернемося до історії звичаєвого регулювання шлюбно-сімейних відносин. За часів Київської Русі сімейні відносини мали патріархальний характер, що утвердився завдяки монополізації чоловіком, як главою сім'ї, приватної власності і регулювалися як нормами звичаєвого права, так і чинним княжим законодавством, а після запровадження християнства – ще й церковними уставами². Шлюбно-сімейне право дохристиянської доби допускало багатоженство, купівлю, викрадення і приведення нареченої. Відомо, що до хрещення князь Володимир Великий мав 5 дружин і близько 800 наложниць.

Після прийняття християнства сімейне право розвивалося в Київській Русі відповідно до візантійського канонічного права. Проте якщо візантійські джерела трактували шлюб як звичайний договір, то для церкви шлюб – не договір, а таїнство. Установлювалася одношлюбність (моногамія)³. Християнське право вступало у конфлікт зі звичаями дохристиянської доби і визнавало шлюби освячені церквою, обрядом вінчання. Церква прагнула відмінити весільні обряди, що існували раніше, щоб люди брали шлюб лише за церковним обрядом і забули дохристиянські звичаї. Але поряд із обрядом вінчання все ж таки збереглися дохристиянські весільні звичаї і традиції. На думку М. Володимирського-Буданова, в XVI–XVII ст.ст. поряд із шлюбами «вінчаними» визнавали й «невінчані», але здійснені згідно зі звичаєвими нормами та з дотриманням весільної обрядовості. Усі права членів сім'ї, створеної внаслідок такого шлюбу, визнавалися так само, як і членів сімей, заснованих на церковному шлюбі. Весільні обряди, що дійшли до нашого часу, є найбільш достовірними і точними історичними свідченнями про давньоязичницьку релігійну форму укладення шлюбу⁴.

Отже, утворення сім'ї з укладенням законного шлюбного союзу завжди вимагало публічного здійснення шлюбного ритуалу, що склався історично і переходив із покоління в покоління. За формою це були обрядодії, що склалися в дохристиянський час і збереглися в добу християнства: сватання, оглядини, заручини і, власне, весілля. Усі ці обряди, які за звичаєм мали юридичні наслідки, здебільшого збереглися і до сьогодні.

Аж до початку XX ст. характерним для українців є одруження в ранньому віці: звичайний вік нареченого становив 18–19 років, а нареченої – 16–17 років. За часів Київської Русі шлюбний вік визначався згідно з візантійським законодавством і становив для юнаків 14–15 років, а для дівчат – 12–13 років. Литовський статут 1566 р. встановлював шлюбний вік для дівчини з 15 років, для юнаків – з 18 років. Але згодом III Статут 1588 р. знову понизив шлюбний вік жінки до 13 років. Така подія підтверджує те, що Великі князі литовські, проголосивши принцип: «старовини не рухати, новини не заводити», цим не лише підтвердили українським землям звичаєве право, а й сприяли його розвитку⁵. Звід законів цивільних (X том Зводу законів Російської імперії) визначає граничні вікові рамки для вступу у шлюб: заборонено вступати у шлюб особам чоловічої статі, яким не виповнилося 18 років, а жіночої – 16 років; а також особам, які мають понад 80 років від народження⁶.

Ще однією важливою традицією для укладення майбутнього шлюбу було отримання батьківського благословення. Дослідники XIX ст. акцентують увагу на тому, що в Україні батьки, як правило, прислухалися до вибору своїх дітей. Так, наприклад, П. Чубинський наводить наступний звичай: батьки, коли бачили, що сину вже час одружуватися, сповіщали його про це і пропонували наречену. Якщо це не та дівчина, яку він обрав собі сам, то він просив батьків не губити його і дозволити одружитися на дівчині, обраній ним. У більшості випадків батьки погоджувалися виконати бажання сина⁷.

Отже, попри свободу вибору наречених, прийнято було одружуватися тільки з дозволу батьків. Закохані приходили до батьків за благословенням. Якщо ж молоді одружувалися таємно або всупереч волі батьків, то вони зазвичай каралися позбавленням приданого, спадщини тощо. Навіть у Зводі законів цивільних Російської імперії закріплено заборону вступати у шлюб без дозволу батьків, опікунів та піклувальників⁸. Без батьківської згоди шлюб не міг стати дійсним, а якщо й бували такі шлюби, то це вважалося аномалією⁹. Тому, хоча молоді дуже часто самі обирали собі наречених, остаточне рішення завжди було за батьками. Саме домовленість між батьками молодих про намір одружити дітей була тією базою, на основі якої складалася всі подальші договірні-зобов'язальні відносини.

Така домовленість ставала приводом для сватання, коли батьки або родичі молодого засилали сватів (посередників) до родини молодої з пропозицією про шлюб. Якщо батьки молодої відповідали згодою на таку пропозицію, то зазвичай укладалася угода. У XVI–XVII ст.ст. такі угоди почали укладатися в письмовій формі і називалися «змовними листами», або «шлюбними інтерцизами». У цих угодах сторони домовлялися, що один із контрагентів повинен видати дочку (сестру), а інший повинен з нею одружитися в призначений день¹⁰. Одним із давніх звичаїв сватання, що зберігся у західних регіонах України аж до початку XX ст., була шлюбна пропозиція дівчини до парубка. «Дівчина було прийде в хату де вона назнає собі парубка, покладе хліб на столі і сяде на лаві. То був знак, що вона хоче заручитися з господарським сином. Як до неї господар не промовляв і слова, то був знак, що його син не хоче женитися з нею, але кажуть, що люди мали за гріх давати гарбуза дівчині»¹¹.

Як традиційний звичай, після сватання відбувалися оглядини, коли батьки нареченої приходили до помешкання, де житиме майбутня сім'я, і оцінювали майновий стан нареченого. Якщо родину молодої щось не влаштувало в господарстві молодого, вона могла розірвати попередню домовленість про майбутній шлюб. Така відмова не тягнула за собою жодних юридичних наслідків для нареченої. Траплялося, що батьки нареченої відмовлялися від оглядин, якщо вони, наприклад, добре були обізнані про родину і госпо-

дарський стан майбутнього чоловіка своєї дочки. У такому разі сватання вважалося закінченим, і розпочинався наступний етап – заручини.

Заручини – це дуже важливий в юридичному значенні акт. Інколи, як зауважує І. Терлюк, заручини могли відбутися ще у дитячому віці майбутнього подружжя. Якщо в сім'ї було кілька дівчат, то обов'язково слід було видати заміж старшу, а потім наступну за віком¹². Під час заручин домовлялися про розподіл витрат на підготовку весілля, весільні подарунки, посаг нареченої та частку сина у разі відділення молодої сім'ї від батька тощо. Вже в добу Литовсько-Руської держави після сватання і заручин представники нареченого та нареченої укладали шлюбний договір, у якому визначався посаг (придане) нареченої і віно, що записувалося нареченим своїй майбутній дружині для забезпечення її посагу. У ст. 1 розділу IV Статуту 1529 р. сказано, що сума віна повинна бути подвійною у відношенні до приданого, але не перевищувати 1/3 вартості майна чоловіка¹³. У деяких місцевостях України після заручин молоді вже не мали права відмовитися від весілля, що свідчить про важливість цього обряду зі звичаєво-правового погляду¹⁴.

Після заручин розпочиналася активна підготовка до весілля, і якщо угода про майбутній шлюб на цьому етапі з якихось причин розривалася, то це вже тягнуло за собою певні санкції для сторони, яка відмовилася. Зокрема на неї покладался обов'язок відшкодувати витрати на пригостання під час сватання і заручин, подарунки та приготування до весілля. Крім того, у XIX столітті вже існувала практика відшкодування і моральних збитків, так звана «плата за безчестя», або «штраф за сором». У Полтавській губернії, на Поліссі було заведено, що у випадку, якщо від шлюбу відмовляються не пізніше, ніж через день після сватання, то позов за збитки і безчестя волосним судом не приймався¹⁵. Тому весілля намагалися зіграти якнайскоріше після заручин.

Весілля зазвичай грали восени від Покрови (14 жовтня) до Пилипівського посту (28 листопада) або взимку від Хрещення (19 січня) до Масниці. Передвесільні дії починалися з відправлення молодого і молодої на «запросини». Запрошували звичайно всіх родичів та сусідів. Обов'язковою обрядовою дією було прощання нареченого і нареченої зі своєю свободою, акт їх відокремлення від несімейної групи молоді. Церковне вінчання проводили іноді в один день з весіллям, іноді заздалегідь, але воно не було головною дією шлюбу. Якщо весілля чомусь відкладалося, звичай не дозволяв вінчаним жити разом¹⁶. Лише у 1744 р. було видано указ, згідно з яким молоді повинні були жити після вінчання сукупно, не чекаючи весілля. Брати вінчаний шлюб за церковними канонами можна було тричі за життя. Однак за давньоруськими звичаями, кодифікованими Литовським статутом 1526 р., та Магдебурьським правом «вільно кожному одружуватися стільки разів, скільки забажає, поки без жони зоставатися не зможе чи не схоче, хоча б їх умерло у нього три чи чотири; так само й жінці по смерті чоловіків своїх вільно піти заміж за іншого»¹⁷. Це ще раз акцентує, що за часів Литовсько-Руського князівства, не втрачаючи свого значення «таїнства», шлюб набуває щоразу яскравіших ознак правового договору¹⁸.

Під час укладення шлюбного договору вже остаточно встановлювався посаг нареченої та віно, що його вносив наречений. Посаг переходив у володіння родини, але віно залишалося назавжди власністю дружини, що робило її матеріально незалежною від чоловіка за його життя і забезпечувало жінку на випадок смерті чоловіка. Але з поширенням російського законодавства дружина втратила право вільно розпоряджатися своїми речами, а одруження з чоловіком іншого стану змінювало і її соціальний стан. У Зводі цивільних законів було закріплено обов'язок нареченого повідомити священника свого приходу під час укладення шлюбу про своє ім'я, чин та становище, а також ім'я та соціальне становище нареченої (ст. 22), а також було встановлено, що головним доказом укладення шлюбу є приходська (метрична) книга (ст. 31)¹⁹.

Короткий історичний аналіз звичаїв і законодавчих актів у сфері регулювання сімейних відносин дає змогу зробити висновок, що звичаєво-правові норми і традиції завжди існували одночасно з діючим на певних етапах розвитку української держави законодавством, а інколи і в супереч йому. Хоча за певних історичних подій, які загрожували цілковитою втратою звичаїв та традицій українського народу щодо укладення шлюбів, давні традиції все ж збереглися та дійшли, нехай і не у первинному вигляді, й до наших днів. Вони увібрали лише позитивні сторони відносин, які формувалися віками та передавалися із покоління в покоління. На нашу думку, збереження звичаїв та традицій у різних аспектах життя українського народу, зокрема в сімейних обрядах (наприклад, звичаїв щодо укладення шлюбу), дає змогу відродити унікальність і автентичність української правової культури та відтворити традиції й звичаї у сучасному праві України.

Нині в українському законодавстві звичаю відведено певну роль у регулюванні суспільних відносин. Звичай визнається регулятором у цивільних, сімейних, господарських правовідносинах.

На можливість урегулювання сімейного спору за допомогою звичаю вказує ст. 11 СК України, згідно з якою суд за заявою заінтересованої сторони може врахувати місцевий звичай, а також звичай національної меншини, до якої належать сторони або одна з них, якщо вони не суперечать вимогам цього Кодексу, інших законів та моральним засадам суспільства²⁰.

Крім загальної норми щодо можливості застосування звичаїв, СК України передбачає й деякі спеціальні норми стосовно конкретних питань. Так, відповідно до законодавства України особа може мати подвійне прізвище, а поєднання більше двох прізвищ не допускається. Викнятком є випадки, коли інше впливає із звичаю національної меншини, до якої належить наречена і (або) наречений (ч. 2 ст. 35 СК України)²¹. Те ж саме стосується й імені дитини. Відповідно до ч. 2 ст. 146 СК України дитині може бути дано не більше двох імен, якщо інше не впливає із звичаю національної меншини, до якої належать мати і (або) батько²².

У ст. 28 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України зазначається, що ім'я фізичної особи, яка є громадянином України, складається із прізвища, власного імені та по батькові, якщо інше не впливає із закону або

звичаю національної меншини, до якої вона належить²³. Так, до імені громадян України – представників деяких східних національностей додається слово «огли», що означає чоловічу стать. Застосування такої «прис-тавки» є звичаєм національної меншини, тому органи реєстрації актів цивільного стану не вправі відмовляти у реєстрації такого імені дитини.

Отже, сімейне законодавство також визнає звичай джерелом права, вказує на такі види звичаїв, як місцеві звичаї та звичаї національних меншин, визначає умови застосування звичаїв: їх несуперечливість законодавству й моральним засадам суспільства, а також заява заінтересованої сторони. При цьому Сімейний кодекс акцентує увагу на тому, що застосування звичаїв при вирішенні сімейних спорів судом – це є право суду, а не обов'язок.

Отже, ст. 11 СК України надає можливість суду враховувати звичаї при вирішенні сімейних спорів. СК не надає визначення звичаю. Разом з тим, відповідно до ст. 7 ЦК, звичаєм є правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин²⁴. Таким чином, у ст. 11 СК України йдеться про врахування судом певних правил поведінки, які в силу традицій, релігійних норм тощо є усталеними та виконуваними в тій чи іншій сфері сімейних відносин. До такого роду звичаїв можна віднести, наприклад, заручини або надання викупу за наречену. Ця стаття говорить тільки про два види звичаїв: місцеві звичаї та звичаї національних меншин. Водночас, якщо інший звичай (наприклад, релігійний) не суперечить законодавству або моральним засадам суспільства, він також може бути врахований судом при вирішенні сімейних спорів.

Стаття 11 СК України містить ряд критеріїв можливості застосування звичаїв при вирішенні сімейного спору.

По-перше, звичай застосовується за заявою заінтересованої сторони. Це може бути як чоловік або дружина, так і вони разом або інші особи, які є стороною у сімейному спорі (наприклад, батьки у спорах про надання їм утримання). Заінтересована особа має подати до суду відповідну заяву про застосування звичаю, пояснивши, про який звичай йдеться і для чого він має бути застосований. Слід зазначити, що інші учасники спору можуть бути проти застосування звичаю до врегулювання їхнього спору. У такому разі суд має враховувати аргументи всіх сторін, приймаючи рішення про застосування звичаю.

По-друге, якщо сторона сімейного спору просить застосувати звичай національної меншини, як мінімум, вона сама або вона та інші суб'єкти спору мають належати до такої національної меншини, що має доводитися. Не може бути застосований звичай національної меншини до розгляду сімейного спору між сторонами, жодна з яких не належить до такої національної меншини.

По-третє, застосовуватися можуть тільки ті звичаї, які не суперечать вимогам Сімейного кодексу України, іншим законам та моральним засадам суспільства. Статтею 92 Конституції України встановлено, що виключно законами України визначаються основи шлюбу, сім'ї, охорони дитинства, материнства, батьківства. Отже, наприклад, при розгляді спору суд не може враховувати звичай полігамії, властивий деяким східним народам, оскільки українське законодавство засноване на визнанні виключно моногамного шлюбу (ст. 25 СК України).

Породжує певні питання вказівка ст. 11 СК України на обов'язкову відповідність звичаю моральним засадам суспільства, оскільки поняття «моральні засади суспільства» також є категорією звичаєвого права. Скоріше за все у цій статті йдеться про надання переваги загальносуспільним звичаям перед звичаями локальними.

Як бачимо, звичаї продовжують відігравати певну роль у регулюванні суспільних відносин в Україні. Їхня роль значно вужча, ніж та, що відіграють інші джерела права, такі як нормативно-правові акти, договори. За юридичною силою звичаї поступаються останнім. Звичаї можуть застосовуватися лише тоді, коли вони не суперечать законодавству, договору, моральним засадам суспільства. Водночас багато звичаїв знайшли своє закріплення в правових нормах. І даний факт також є підставою вважати звичай важливим джерелом права.

¹ Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 21–22. – Ст. 135.

² Івановська О. П. Звичаєве право в Україні: Етнотворчий аспект: Навч. посіб. / О. П. Івановська – К.: ЕксОб, 2002. – С. 172.

³ Іванов В. М. Історія держави і права України: Навч. посіб. / В. М. Іванов. – К.: Атіка, 2003. – С. 53.

⁴ Владимирский-Буданов М. Обзор истории русского права / М. Владимирский-Буданов. – Ростов-на-Дону, 1995. – С. 414.

⁵ Полонська-Василенко Н. Історія України: У 2 т. – Т. 1. До середини XVII століття / Н. Полонська-Василенко – К.: «Либідь», 1995. – С. 406.

⁶ Іванов В. М. Практикум з історії держави і права України / В. М. Іванов. – К.: МАУП, 2006. – С. 306.

⁷ Чубинський П. П. Мудрість віків (українське народознавство у творчій спадщині Павла Чубинського): У 2 кн. / П. П. Чубинський. – К.: Мистецтво, 1995. – Кн. 2. – С. 78.

⁸ Іванов В. М. Практикум з історії держави і права України / В. М. Іванов. – К.: МАУП, 2006. – С. 306.

⁹ Чубинський П. П. Краткий очерк народных юридических обычаев, составленный на основании прилагаемых гражданских решений / П. П. Чубинский // Труды этнографическо-статистической экспедиции в Западно-Русский край, снаряженной Императорским Русским географическим обществом. Юго-Западный отдел: материалы и исследования, собранные д. чл. П. П. Чубинским. – СПб., 1872. – Т. VI. – С. 38.

¹⁰ Івановська О. П. Вказана праця / О. П. Івановська. – К.: ЕксОб, 2002. – С. 183.

¹¹ Наулко В. І. Культура і побут населення України / В. І. Наулко, Л. Ф. Артюх, В. Ф. Горленко. – К.: Либідь, 1993. – С. 181.

¹² Терлюк І. Я. Історія держави і права України (До-новітній час): Навчальний посібник / І. Я. Терлюк. – К.: Атіка, 2006. – С. 119.

¹³ Іванов В. М. Історія... / В. М. Іванов – К.: Атіка, 2003. – С. 83.

¹⁴ Гримич М. В. Звичаєве цивільне право українців XIX – поч. XX ст. / М. В. Гримич – К.: Арістей, 2006. – С. 347.

¹⁵ Там само. – К.: Арістей, 2006. – С. 348.

¹⁶ Українська і зарубіжна культура. Навч. посіб. / Ред. К. В. Заблоцька. – Донецьк: Східний видавничий дім, 2001. – С. 372.

¹⁷ Левицкий О. Обычные формы заключения браков в Южной Руси в XVI и XVII вв. / О. Левицкий // Киевская старина, 1990. – № 1. – С. 139.

¹⁸ Іванов В. М. Вказана праця.

¹⁹ Іванов В. М. Практикум... / В. М. Іванов – К.: МАУП, 2006. – С. 307.

²⁰ Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 21–22. – Ст. 135.

²¹ Там само.

²² Там само.

²³ Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

²⁴ Там само.

Резюме

Головкін О. В. Звичай як джерело сімейного права України: історія та сучасність.

Досліджено сутність та особливості звичаю як джерела сімейного права України. На підставі історичного аналізу звичаїв і законодавчих актів у сфері регулювання сімейних відносин доведено, що правові звичаї і традиції завжди існували одночасно з діючим на певних етапах розвитку Української держави законодавством. Проаналізовано правові норми, якими легалізовано звичай як важливе джерело сімейного права України.

Ключові слова: звичай, правовий звичай, звичаєве право, традиція, сімейне право, джерело права, сімейні правовідносини, Сімейний кодекс України.

Резюме

Головкин А. В. Обычай как источник семейного права Украины: история и современность.

Исследованы сущность и особенности обычая как источника семейного права Украины. На основании исторического анализа обычаев и законодательных актов в сфере регулирования семейных отношений доказано, что правовые обычаи и традиции всегда существовали одновременно с действующим на определенных этапах развития Украинского государства законодательством. Проанализированы правовые нормы, которыми обычай легализован как важный источник семейного права Украины.

Ключевые слова: обычай, правовой обычай, обычное право, традиция, семейное право, источник права, семейные правоотношения, Семейный кодекс Украины.

Summary

Golovkin A. Custom as a source of family law of Ukraine: past and present.

Investigated the nature and characteristics of family custom as a source of law in Ukraine. Based on historical analysis, customs and laws in the regulation of family relations is proved that the legal customs and traditions have always existed simultaneously with the current at certain stages of development of the Ukrainian state law. Analyzes the legal norms that custom legalized as an important source of family law in Ukraine.

Key words: custom, legal custom, customary law, tradition, family law, source of law, family relationship, Family Code of Ukraine.

Отримано 15.04.2014

УДК 346.2:338.48

V. I. GOSTYUK

Василь Іванович Гостюк, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету туризму, економіки і права

ДОГОВІРНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН У СФЕРІ НАДАННЯ ТУРИСТИЧНИХ ПОСЛУГ

Світова туристична індустрія в останні роки стикається з постійно зростаючим рівнем конкуренції між країнами як всередині свого регіону, так і за його межами. Передусім про це свідчать щоразу ширші, часто агресивні заходи рекламного впливу при просуванні свого туристичного продукту на зовнішніх ринках.

Туристичний попит і туристична пропозиція залежать від ряду таких мінливих факторів, як економічний і фінансовий розвиток, вплив правової політики, що проводиться державою, демографічних та соціальних змін, розвитку інноваційних технологій. Посилення конкуренції як на ринку туристичного попиту, так і на ринку туристичної пропозиції є однією з істотних тенденцій розвитку світового туризму.

До основних факторів, що визначають майбутнє туризму, відносять загальні та галузеві фактори, такі як конкуренція, інформаційні технології, авіаперевезення, туроператорські послуги, а також політичні й соціальні умови розвитку.

Вивчення окремих питань правового регулювання туристичної діяльності з наукової точки зору було здійснено російськими науковцями: А. Александровою, С. Алексєєвим, Н. Баріновою, Ю. Барзикінім, М. Брагінським, В. Лебедєвим, К. Свірідовим, та українськими вченими: Н. Гостєвою, З. Варналієм, А. Дуровичем, В. Кицяком, Т. Колядою та іншими.

Організація туристичної діяльності, як і господарювання у всіх сферах підприємництва, базується виключно на договірних взаємовідносинах. Це підтверджує незаперечну істину, що саме договори є визначальною і по суті єдиною правовою формою партнерських взаємин.

Правовими джерелами національного права, які регламентують договірні відносини, є: Господарський кодекс України; Цивільний кодекс України; Закон України «Про захист прав споживачів»; Кодекс законів про працю України; інші нормативні документи загального й галузевого характеру.

У сфері туризму договірні відносини регулюють норми міжнародного права, які закріплені в наступних документах: Міжнародна конвенція з контракту на подорожі – (прийнята 22 жовтня 1970 р. Генеральною асамблеєю Всесвітньої федерації асоціацій туристичних агенцій); Положення по туристичним контрактам та обміан, (прийняте на Віденській зустрічі держав-учасників Ради Безпеки Ради Європи у 1992 р.); Женєвська конвенція з міжнародного автомобільного перевезення пасажирів та багажу (прийнята в Брюсселі у 1967 р.); Кодекс відносин між готелями та турагенціями (прийнятий Всесвітньою федерацією асоціацій турагенцій та Міжнародною готельною асоціацією у 1987 р.); Афіньська конвенція про перевезення морем пасажирів та їх багажу; Узгодження та стандартний контракт між готелем та перевізником (прийняті Міжнародною готельною асоціацією та Міжнародним союзом учасників дорожнього транспорту у 1994 р.); Директива Ради Європи у галузі організації туристичної діяльності; Міжурядове узгодження «Про співробітництво в галузі туризму» (прийняте урядами держав-учасників СНД 23 грудня 1993 р.) та інші документи¹.

Договір (угода, контракт) – це форма документального закріплення партнерських зв'язків (предмета договору, взаємних прав та обов'язків, наслідків порушення домовленостей), яка опосередковує взаємини в процесі виробництва і реалізації продукції чи надання різноманітних послуг².

Ще римські юристи говорили: «Договір – це закон для двох». Що вони мали на увазі? Чи тільки те, що договори повинні неухильно і обов'язково виконуватися? Здається, в цей вислів вкладено й інший сенс: у процесі укладання договору створюються норми права, але норми індивідуальні, розраховані на конкретних індивідів. У чому полягає нормативна сила договору? У процесі укладання договору самі учасники розробляють його умови, моделюють власні права та обов'язки. На етапі виникнення договірних правовідносин ці моделі перетворюються на суб'єктивні права і юридичні обов'язки. Законом встановлено загальну нормативну модель прав і обов'язків, яка за наявності відповідних юридичних фактів перетворюється на права і обов'язки конкретних суб'єктів³.

Договір – домовленість двох і більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків. Договір – юридичний факт. Відмінність договору від інших юридичних фактів полягає в тому, що: 1) договір – результат узгоджених дій осіб, які беруть участь у його укладанні; 2) встановлює відповідно до вимог законодавства зміст цивільних правовідносин, що виникають на його основі; 3) визначає відповідальність сторін на випадок невиконання або неналежного виконання обов'язків⁴.

Договір надання туристичних послуг нічим не відрізняється від відносин, наприклад, з аудиторською фірмою того, хто звертається за відповідними послугами. У тому і в іншому випадку сутність договору полягає у виникненні у однієї особи (туриста, клієнта аудиторської фірми) права стосовно контрагента вимагати надання останнім певних послуг. У літературі було висловлено думку, про можливість використання такої конструкції, як «купівля-продаж» щодо договорів на придбання туристичних послуг.

У силу п. 2 ст. 656 ЦК допускається можливість продажу не лише речей, але і прав. Однак у таких випадках чітко розмежовуються два самостійних правовідношення. Одне з них становить купівлю-продаж і породжує цесію, при якій продавець – цемент, а покупець – цесіонарій. Інше правовідношення – те, в якому в результаті купівлі-продажу вступає покупець, замінюючи в ньому собою продавця-кредитора. Прикладом таких угод може бути покупка орендних прав, за наслідками якої покупець стає стороною правовідносин, що раніше пов'язували продавця з третьою щодо договору купівлі-продажу особою (орендодавцем)⁵. За договором у сфері надання туристичних послуг відповідне право туристу (покупцю) не передається, а вперше в його особі виникає; при цьому зобов'язаною особою стає контрагент – туристична фірма.

За ст. 20 Закону України «Про туризм» до договору на туристичне обслуговування належить застосування загальних положень договору про надання послуг⁶.

У літературі послугу визначають як будь-яку вигоду, яка надається однією стороною іншій і на відміну від товару має специфічні, тільки їй притаманні характерні риси⁷. Згідно з Міждержавними стандартами ГОСТ 28681.0: «Туристична послуга – результат діяльності туристичного підприємства по задоволенню відповідних потреб туристів/екскурсантів»⁸. До складу туристичних послуг входять: бронювання, оформлення документів, всі види перевезень, розміщення, харчування, екскурсії й атракції, медичний супровід і страхування, послуги гідів-перекладачів та інше забезпечення. Перелік послуг кожного туру різний⁹.

За договором на туристичне обслуговування одна сторона (туроператор, який укладає договір безпосередньо або через турагента) зобов'язується надати за замовленням іншої сторони (туриста) комплекс туристичних

послуг (туристичний продукт), а турист зобов'язується оплатити його. До договору на туристичне обслуговування застосовуються загальні положення договору про надання послуг, якщо інше не передбачено законом.

Водночас у літературі висловлювалась дещо інша точка зору. Так, на думку В. Сергеева «турфірма при укладенні договору з туристом надає йому не самі послуги як такі, а права (гарантії) на ці послуги, які реально надаються іншими фірмами, які не мають прямих договірних відносин з цим туристом»¹⁰. При цьому не враховано, що в наведеній ситуації має місце звичайний, широко розповсюджений випадок покладання боржником виконання зобов'язань на третю особу (див. ст. 528 ЦК «Виконання обов'язку боржника іншою особою»). Можливість використання такої конструкції стосовно договору надання туристичних послуг прямо обумовлена у статті ч. 2 ст. 902 ЦК хоча би в силу типового розташування учасників: клієнт був і залишається кредитором, туристична фірма була і залишається боржником, а той, хто буде безпосередньо надавати послуги, стає третьою особою в зобов'язанні, який пов'язує зазначеного кредитора з боржником. Центральним елементом такої конструкції слугує те, що боржник несе відповідальність за дії третьої особи перед кредитором. У даному випадку має місце відповідальність туристичної фірми за дії будь-кого, хто за її дорученням повинен буде надати послуги туристу, який набув відповідне право¹¹. Отже, сама допустимість притягнення третьої особи не може справити жодного впливу на природу правового зобов'язання.

Стаття 901 Цивільного кодексу України дає легальне визначення договору про надання послуг, зазначаючи, що за договором про надання послуг одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії або діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором. Таким чином, договір про надання послуг є двостороннім та таким, що вважається укладеним з моменту досягнення згоди за всіма істотними умовами (ст. 638 ЦК України)¹².

Наприклад, за договором про готельне обслуговування одна сторона (готель або інший суб'єкт, що надає послуги з розміщення) зобов'язується за дорученням іншої сторони (проживаючого) надати послуги з тимчасового проживання (ночівлі) у спеціально обладнаному жилому приміщенні (номері), виконати або організувати виконання інших визначених договором на готельне обслуговування послуг, пов'язаних з тимчасовим проживанням, а проживаючий зобов'язується сплатити за ці послуги встановлену плату¹³.

У договорах між туроператором і турагентами визначають права і обов'язки сторін, систему взаєморозрахунків, форми контролю за діяльністю, умови просування туристичного продукту на ринок, зокрема організації реклами, визначаються умови продажу туристичного продукту, ступінь відповідальності сторін при претензіях та ін. У своїй діяльності турагенти керуються договірними дорученнями туроператора, відступ від яких є порушенням обов'язків і тягне за собою юридичні наслідки. Всі ділові операції агента повинні здійснюватися тільки на користь партнера. Права і обов'язки сторін регламентуються укладеними договорами, а також чинним законодавством. Серед існуючих моделей взаємовідносин між туроператором і турагентами найбільше розповсюдження отримали договори – комісії (агентські договори або агентські угоди). До агентського договору в даний час застосовуються положення про комерційне представництво, регульовані ст. 243 Цивільного кодексу України¹⁴ і розділом 31 Господарського кодексу України¹⁵.

Загальними ознаками, які об'єднують усі договірні зобов'язання у сфері надання туристичних послуг в єдину групу, є особливості об'єкта: це послуги нематеріального характеру, до того ж послуги нероздільно пов'язані з особою їх надавача. Зазначені особливості можна продемонструвати на прикладі розмежування зобов'язань про надання послуг та підрядних зобов'язань. Основною розмежувальною ознакою є результат діяльності, що здійснюється підрядником. Якщо в зобов'язаннях підрядного типу результат виконаних робіт завжди має оречевлену форму, то в зобов'язаннях про надання послуг результат діяльності виконавця не має оречевленого змісту. Сама послуга споживається в процесі її надання, тому її визначення дається як діяльність, направлена на задоволення чііх-небудь потреб¹⁶.

Договір є підставою виникнення прав та обов'язків. Це основний спосіб оформлення зв'язків учасників цивільного обороту. Договір визначає обсяг прав і обов'язків учасників правовідносин, порядок і умови виконання зобов'язань, відповідальність за їх невиконання або неналежне виконання. Договір дає змогу правильно визначити попит і пропозицію. Договір стабілізує відносини цивільного обороту, робить їх передбачуваними, забезпечує формування впевненості в тому, що підприємницька діяльність буде забезпечена всім необхідним. Договір на туристичне обслуговування залежно від учасників, які укладають договір, можна розподілити на три групи:

- 1) договори, що укладаються між туроператором (турагентом) і туристом;
- 2) договори, що укладаються між туроператором і його партнерами – безпосередніми виконавцями окремих послуг;
- 3) договори, що укладаються між туроператором і турагентом¹⁷.

У туристичній діяльності договірною відповідальністю настає при невиконанні чи неналежному виконанні договору. Невиконання або неналежне виконання зобов'язань може відбутися як з вини, так і в результаті випадку.

Залежно від зазначених видів договорів, що укладаються у сфері туристичної діяльності, цивільну відповідальність суб'єктів туристичної діяльності можна розподілити на три групи:

- а) відповідальність туроператора (турагента) перед туристом;
- б) відповідальність туроператора (турагента) перед партнерами;
- в) відповідальність туриста, об'єднання туристів перед туроператором (турагентом).

Договір на туристичне обслуговування укладається в письмовій чи електронній формі відповідно до закону. У договорі на туристичне обслуговування зазначаються істотні умови договору: 1) строк перебування у місці надання туристичних послуг із зазначенням дат початку та закінчення туристичного обслуговування; 2) характеристика транспортних засобів, що здійснюють перевезення, зокрема їх вид і категорія, а також дата, час і місце відправлення та повернення (якщо перевезення входить до складу туристичного продукту); 3) готелі та інші аналогічні засоби розміщення, їх місце розташування, категорія, а також відомості про підтвердження відповідності послуг готелю встановленим вимогам, строк і порядок оплати готельного обслуговування; 4) види і способи забезпечення харчування; 5) мінімальна кількість туристів у групі (у разі потреби) та у зв'язку з цим триденний строк інформування туриста про те, що туристична подорож не відбудеться через недобір групи; 6) програма туристичного обслуговування; 7) види екскурсійного обслуговування та інші послуги, включені до вартості туристичного продукту; 8) інші суб'єкти туристичної діяльності (їх місцезнаходження та реквізити), які надають туристичні послуги, включені до туристичного продукту; 9) страхувик, що здійснює обов'язкове та/або добровільне страхування туристів за бажанням туриста, інших ризиків, пов'язаних з наданням туристичних послуг; 10) правила в'їзду до країни (місця) тимчасового перебування та перебування там; 11) вартість туристичного обслуговування і порядок оплати; 12) форма розрахунку¹⁸.

Для здійснення своєї діяльності туристичне підприємство укладає угоди (договори), з однієї сторони, з іншими організаціями, підприємствами, приватними підприємцями, які беруть участь в формуванні і просуванні туристичного продукту, та, з другої сторони, зі споживачами туристичного продукту (туристами).

При організації туристичної діяльності та відсутності при цьому власної матеріальної бази суб'єкт туристичної діяльності повинен укласти письмову угоду з постачальниками і підрядниками – вітчизняними й зарубіжними партнерами, які забезпечать туристів необхідними умовами розміщення та харчування, засобами транспорту, організацією екскурсій і відпочинку. Угода (контракт) про співпрацю між суб'єктом туристичної діяльності та іншими організаціями, які беруть участь в обслуговуванні туристів, резидентами та нерезидентами, повинна відповідати вимогам Цивільного кодексу України і обов'язково вміщувати повну інформацію про надання послуг, вимогам щодо забезпечення захисту і безпеки туристів, їх майна в Україні та за кордоном, визначати відповідальність сторін за якість надання туристичних послуг.

Під час укладання договорів з реалізації турів визначаються обов'язки сторін в оформленні туристичних документів (ваучер, угода з туристом, угода про страхування). Відповідно до укладених угод суб'єкта туристичної діяльності розробляються програми турів і складаються калькуляції на кожен туристичну поїздку. До угод (контрактів) партнери додають зразки своїх туристичних ваучерів. Туристичний ваучер (путівка) – документ, що підтверджує статус особи або групи осіб як туристів, оплату послуг чи її гарантію і є підставою для отримання туристом або групою туристів туристичних послуг. Ваучер є фінансовим документом, необхідним для здійснення розрахунків між направляючими та приймаючими туристичними підприємствами. Бланк ваучера єдиний за формою як для туриста, який здійснює подорож індивідуально, так і для групи туристів. До ваучера на групу туристів додається список туристів, завірений печаткою направляючого туристичного підприємства¹⁹.

Туроператор і турагент можуть у договорі з туристом обмежити свою відповідальність розміром подвійної плати вартості туристичного продукту, якщо вони несуть перед туристом одноособову відповідальність за шкоду, що може виникнути внаслідок дій (бездіяльності) одного з виконавців обумовлених договором послуг²⁰.

Якщо сторони в договорі передбачили можливість одностороннього розірвання, але не погодили наслідки, єдиною умовою одностороннього розірвання договору за ініціативою замовника є відшкодування виконавцеві фактично понесених витрат (на відміну від договору підряду, де замовник також зобов'язаний відшкодувати підряднику і частину виконаної роботи, коли той приступив до виконання робіт).

Право на одностороннє розірвання договору про надання послуг шляхом відмови від виконання надається не тільки замовнику, але й виконавцю. Проте положення Цивільного кодексу містять різний підхід до сторін при відшкодуванні збитків. За загальним правилом, за невиконання зобов'язання боржник зобов'язаний компенсувати збитки кредитору. Тому якщо виконавець скористається правом на односторонню відмову від виконання договору, то він повинен повністю відшкодувати замовнику понесені збитки²¹.

Договір про надання туристичних послуг може передбачати компенсацію у разі спричинення шкоди туристу невиконанням або неналежним виконанням туристичних послуг, включених до туристичного продукту, відповідно до міжнародних конвенцій, що регламентують надання таких послуг.

Права й обов'язки, відповідальність сторін та інші умови договору між туроператором і турагентом визначаються відповідно до загальних положень про агентський договір, якщо інше не передбачено договором, укладеним між ними, а також Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про туризм» від 18 листопада 2002 року. Якість туристичних послуг має відповідати умовам договору на туристичне обслуговування порядок і способи захисту порушених прав туристів визначаються Законом України «Про захист прав споживачів»²².

Відповідальність за шкоду, заподіяну життю, здоров'ю та майну туриста, встановлюється законом, якщо договором на туристичне обслуговування не передбачена більша відповідальність туроператора. Компенсація шкоди, заподіяної життю чи здоров'ю туриста або його майну, провадиться у порядку, передбаченому чинним законодавством України.

Отже, існує цілий ряд особливостей укладення договору про надання туристичних послуг. Визначення таких особливостей і їх належне відображення при укладенні відповідних договорів допомагає найбільш повно та правильно захищати інтереси споживача, в якості якого виступає турист. Однією із основних ознак належного професійного рівня туристичної фірми є складений відповідно до вимог юридичної техніки договір про надання туристичних послуг, який фірма пропонує укласти з туристом, і здатність туристичної фірми враховувати при його укладанні пропозиції самого туриста, якщо окремі положення договору не влаштовують туриста.

Подальше вдосконалення нормативно-правової основи договірної регулювання відносин у сфері туризму сприятиме успішному розвитку в'їзного та внутрішнього туризму в Україні як одного з елементів економічного зростання і зміцнення міжнародного авторитету країни.

¹ Організація туризму : підручник / І. М. Писаревський, С. О. Погасій, М. М. Покоłodна та ін.; за ред. І. М. Писаревського. – Х. : ХНАМГ, 2008. – С. 293.

² Кифяк В. Ф. Організація туристичної діяльності в Україні [Електронний ресурс] / В. Ф.Кифяк. Режим доступу: http://tourlib.net/books_ukr/kyfjak_1.htm – Загол. з екрану.

³ Шутак І. Д., Онишук І. І. Юридична техніка : навчальний посібник для вищих навчальних закладів / І. Д. Шутак, І. І. Онишук. – Івано-Франківськ, 2013. – С. 390.

⁴ Організація туризму : підручник / І. М. Писаревський, С. О. Погасій, М. М. Покоłodна та ін.; за ред. І. М. Писаревського. – Х. : ХНАМГ, 2008. – С. 292.

⁵ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книги 1-5. [Электронный ресурс] / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М.: Статут, 2000-2006. – Режим доступа : <http://www.alleng.ru/d/jur/jur132.htm>

⁶ Там само.

⁷ Кифяк В. Ф. Вказана праця.

⁸ Стандартизація в сфері туристсько-екскурсионного обслуговування. Основные положения. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.gosthelp.ru/gost/gost19312.html>

⁹ Кифяк В. Ф. Вказана праця.

¹⁰ Сергеев В. И. Договор об оказании международных туристских услуг: Теоретические проблемы и практические аспекты правоотношений туриста и туристской фирмы в процессе заключения договора // Право и экономика. 1998. № 4. – С. 18. Автор солидаризируется в этом вопросе со взглядами А. Герасимовой и М. Скапенкер (Туристический бизнес: особенности бухучета и налогообложения // Экономика и жизнь. 1996. – № 14.

¹¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Вказана праця.

¹² Сергеев В. И. Вказана праця.

¹³ Правове регулювання туристської діяльності : Навчальний посібник (для студентів, які навчаються за напрямом підготовки 0504 «Туризм») / Т. А. Коляда. – Х. : ХНАМГ, 2008. – С. 28.

¹⁴ Цивільний кодекс України : науковий-практичний коментар / За заг. ред. С. О. Харитоновна, О. І. Харитонової, Н. Ю. Голубевої. – 2-е вид., перероб. та доп. – К. : Правова єдність, 2009. – 744 с.

¹⁵ Господарський кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18. – № 19–20. – № 21–22. – Ст. 144.

¹⁶ Договірне право України. Особлива частина : навч. посіб. / [Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін. : за ред. О. В. Дзери]. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – С. 473.

¹⁷ Кифяк В. Ф. Вказана праця.

¹⁸ Закон України «Про туризм» від 15. 09. 1995 № 324/95-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.tropa.dp.ua/extreme/outdoor/zakon01.html> – Загол. з екрану; Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про туризм» від 18.11.2002 р. № 1282-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 13. – Ст. 180.

¹⁹ Кифяк В. Ф. Вказана праця.

²⁰ Спіжов В. В. Договір про надання туристичних послуг за цивільним законодавством України / В. В. Спіжов // Юридичний вісник Причорномор'я. – № 2 (2). – 2011. – С. 298.

²¹ Договірне право України. Особлива частина : навч. посіб. / [Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін. : за ред. О. В. Дзери]. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – С. 484.

²² Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про туризм» від 18.11.2002 р. № 1282-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 13. – Ст. 180.

Резюме

Гостюк В. І. Договірне регулювання відносин у сфері надання туристичних послуг.

Розкрито проблеми та особливості договірної регулювання відносин, що виникають у сфері туристичної діяльності з приводу формування, просування і реалізації туристичних послуг. Визначено зміст та особливості укладення договору в сфері надання туристичних послуг.

Ключові слова: туристичний продукт, правове регулювання туристичних відносин, договір про надання туристичних послуг, договірні зобов'язання, зміст договору.

Резюме

Гостюк В. И. Договорное регулирование отношений в сфере предоставления туристических услуг.

Раскрыты проблемы и особенности договорного регулирования отношений, возникающих в сфере туристической деятельности по поводу формирования, продвижения и реализации туристических услуг. Определены содержание и особенности заключения договора в сфере предоставления туристических услуг.

Ключевые слова: туристический продукт, правовое регулирование туристических отношений, договор о предоставлении туристических услуг, договорные обязательства.

Summary

Hostyuk V. Contracts regulation in relationship of tourist service.

Solved problems and peculiarities of legal regulation and contractual relations arising in the field of tourism activities on the creation, promotion and sale of tourist services. The content and features of the contract in the provision of tourism services.

Key words: tourism product, legal regulation of tourism relations, contract for the provision of tourist services, contractual obligations.

Отримано 8.04.2014

УДК 347.724

I. А. ЛАВРІНЕНКО

*Ігор Анатолійович Лавріненко, магістр права,
юрист ТОВ «Юридичне бюро «Дерев'янчук та
Партнери»*

СПАДКУВАННЯ ЧАСТКИ У СТАТУТНОМУ КАПІТАЛІ ТОВ

Зрушення в економічній сфері зумовили широку участь суб'єктів цивільного права у господарських товариствах, зокрема і в товариствах з обмеженою відповідальністю (далі – ТОВ). Статус учасника товариства тягне виникнення у фізичних та юридичних осіб певних майнових прав. У зв'язку з цим набувають особливої актуальності питання правового регулювання відносин з переходу цих прав у порядку спадкового правонаступництва.

Питанню, пов'язаному зі спадкуванням частки померлого учасника ТОВ, свою увагу присвячували такі вчені, як В. Васильченко¹, В. Васильєва², О. Коваль³, Р. Лідовець⁴, Н. Міхєєва⁵ та багато інших. Однак, незважаючи на ґрунтовні й системні наукові напрацювання, у цій сфері залишається ще багато дискусійного та неоднозначного. Тому виникає нагальна необхідність дослідження проблемних питань, які виникають у спадкоємця померлого учасника для набуття статусу учасника ТОВ.

Загальновідомо, що ТОВ було створене штучно німецькими правниками шляхом поєднання найбільш сприятливих для малого бізнесу рис акціонерного і повного товариства. Такий симбіоз «класичних» видів товариств і дав початок для здійснення підприємницької діяльності доти невідомою організаційно-правовою формою – ТОВ. Разом із тим відомо, що акціонерне товариство належить до групи товариств «капіталів», а повне товариство – до групи товариств «осіб». Виникає цілком закономірне запитання: «До якого виду тоді необхідно віднести ТОВ?». Відповідь можна отримати, якщо проаналізувати законодавство, згідно з яким ТОВ характеризується:

- 1) необхідністю сформувати органи управління, статутний та резервний фонди;
- 2) можливістю створення ТОВ однією особою;

3) голосування проводиться учасниками відповідно до належних їм на праві власності часток, а не за принципом «одна особа – один голос».

Отже, відповідь на поставлене питання очевидна: ТОВ за своєю організаційно-правовою формою тяжіє до *товариств «капіталів»*. Такий висновок підтримують і авторитетні вчені, зокрема, О. Кібенко, яка правовий статус учасників ТОВ прирівнює до інвесторів господарської діяльності товариства⁶. Звичайно, особистісний елемент у відносинах із товариством та учасниками присутній, оскільки ТОВ є все ж таки симбіозом АТ та повного товариства. Проте, на нашу думку, цей елемент не повинен мати домінуючого значення. Прояв цього елемента ми спостерігаємо у можливості виключити учасника, заборонити у статуті ТОВ відчуження частки третій особі тощо. Надання переваги законодавцем особистісному чи майновому елементу впливає на механізм правового регулювання і, відповідно, на процес спадкування.

З урахуванням можливості віддати перевагу майновому чи особистісному елементу формуються моделі правового регулювання спадкування частки.

Перша модель полягає в автоматичному переході частки від спадкодавця до спадкоємця, якщо статут не містить вимоги щодо прийняття у товариство спадкоємців померлого учасника.

Друга модель, навпаки, вимагає в імперативному порядку отримання згоди товариства на включення спадкоємця до лав учасників ТОВ і, як правило, не може бути змінена нормами статуту.

У разі набуття статусу учасника ТОВ особа перебуває в корпоративних відносинах із самим товариством (право на участь у загальних зборах, на отримання інформації тощо). Насамперед слід з'ясувати, що саме є об'єктом спадкування у разі смерті учасника ТОВ: частка, корпоративні права чи лише право на вступ до ТОВ. Як відомо, законодавець не дає вичерпного переліку об'єктів цивільних прав. І це зрозуміло, оскільки економічний розвиток додає до об'єктів суспільного інтересу все нові, раніше невідомі людству, блага. На сьогодні особливого економічного інтересу набуває оборот у товаристві корпоративних прав. Маючи вартісну

оцінку, вони потрапляють у сферу цивільно-правового регулювання і стають об'єктом цивільних прав. Відповідно до ч. 1 ст. 167 ГК України передбачено таке поняття, як корпоративні права – це права особи, частка якої визначається у статутному фонді (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації й активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом і статутними документами. Категорія корпоративних прав у ЦК України не використовується, однак за своїм призначенням ця категорія близька до права участі. Право участі у товаристві згідно зі ст. 100 ЦК України, як слушно зазначає О. Ковальова, зумовлено наявністю в особи частки у статутному фонді товариства⁷. Таким чином, можна зробити висновок, що право участі у товаристві тісно прив'язане до частки у статутному фонді товариства і не може існувати без неї, тому й відчужити його окремо неможливо.

Корпоративне право варто розглядати як складний сукупний об'єкт цивільних прав, що складаються із самостійних суб'єктивних прав, які в сукупності являють собою зміст корпоративного права. Серед них є права немайнового характеру (їх ще називають «організаційні права учасника») та майнові права. Саме наявність майнових прав дає змогу ввести корпоративне право до цивільного обороту як самостійний об'єкт. Майновий компонент робить корпоративне право вартісним, що привертає увагу учасників ринку.

Сприйняття корпоративного права як єдиного об'єкта не впливає на його неподільність у разі необхідності його реалізації. Наприклад, при здійсненні права на управління товариством власник корпоративного права вправі уповноважити іншу особу реалізовувати це право на підставі доручення. Корпоративне право за його неподільності (так званого поділу по вертикалі), що стосується майнових і немайнових (організаційних) прав, все ж таки може бути подільним по горизонталі – дроблення за відсотками відповідно до частки у статутному капіталі (це підтверджується й тим, що учасник має право відчужувати і частину належної йому частки). Виникає питання: «Чи є корпоративне право у вигляді складного об'єкта одним із об'єктів спадкових прав?». Якщо так, то смерть власника корпоративного права тягне за собою припинення права на корпоративні права у особи спадкодавця та набуття цього права спадкоємцями. Для відповіді на поставлене запитання необхідно провести комплексне дослідження категорії корпоративних прав з позиції вчення про об'єкти, що можуть бути успадкованими.

Насамперед слід зазначити, що відповідно до ст. 1218 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) до складу спадщини входять усі права й обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті. Але із загального правила є свої винятки: не входять до складу спадщини права й обов'язки, що нерозривно пов'язані з особою спадкодавця, зокрема:

1) особисті немайнові права;

2) право на участь у товариствах і право членства в об'єднаннях громадян, якщо інше не встановлено законом або їх установчими документами тощо.

Як зазначено в ст. 100 ЦК України, право участі у товаристві є особистим немайновим правом і не може окремо передаватися іншій особі. Проте аналіз цього права дає нам змогу говорити про недоречність закріплення його як особистого немайнового. Визначення корпоративного права наводиться у ч. 1 ст. 167 ГК України, згідно з якою такими правами є права особи, частка якої визначається у статутному фонді (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частини прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами. Якщо проводити порівняння ст. 100 ЦК України зі ст. 167 ГК України, причина такої концептуальної різниці закріплення цих прав взагалі не зрозуміла. Якщо законодавець вирішив визначити право участі особистим немайновим, то, відповідно, воно й не може бути об'єктом спадкових відносин. Що ж у такому випадку переходить до спадкоємця? Перше, що спадає на думку – це частка у статутному капіталі ТОВ (до речі, такої думки дотримується й Верховний Суд України, який у п. 9 постанови Пленуму ВСУ «Про судову практику у справах про спадкування» висловив свою позицію)⁸. Частка спадкодавця виражає його майнові права, а отже, вона може й переходити у процесі спадкування. Вважалося б, що це право без будь-яких перешкод має перейти до спадкоємця, адже воно є майновим, жодним чином тісно не пов'язано з особою спадкодавця (особистісний характер) тощо. Але це не зовсім так, оскільки поряд з майновим елементом (часткою) у відносинах між товариством та учасниками існує й особистісний, що дозволяє у передбачених законодавством випадках змінювати диспозитивну норму. Так, відповідно до ч. 5 ст. 147 ЦК України частка у статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю переходить до спадкоємця фізичної особи або правонаступника юридичної особи – учасника товариства, якщо статутом товариства не передбачено, що такий перехід допускається лише за згодою інших учасників товариства. Отже, учасники ТОВ самі можуть обрати спосіб набуття статусу учасника спадкоємцями померлого учасника. Застосовуючи норму ч. 5 ст. 147 ЦК України, можна зазначити, що за загальним правилом частка переходить автоматично до спадкоємця учасника ТОВ. І лише статутом товариства може бути передбачено варіант, коли потрібно отримати згоду інших учасників. Відповіді, у якій саме формі необхідно отримати дану згоду, закон не містить. На думку Н. Міхеевої, слід отримати згоду саме від кожного окремого учасника ТОВ, що входять до його складу. У разі ж відмови хоча б одного з учасників спадкоємець не може вважатися таким, що прийнятий до складу учасників ТОВ⁹. В. Кравчук з цього приводу зауважує, що перехід прав на частку допускається лише за згодою інших учасників товариства, а не товариства, як такого. Тому згода повинна бути від усіх учасників, зокрема від кожного. Обмежуватися лише розглядом цього питання на загальних зборах учасників товариства

було б неправильно, оскільки рішення зборів, як вищого органу товариства, і рішення учасника – це явища не тотожні, особливо якщо враховувати, що для прийняття рішення на зборах необхідна проста більшість голосів¹⁰. Можливо, дійсно маєтись на увазі такий варіант: згода решти учасників ТОВ, що виражається самостійно кожним із них незалежно від волі інших учасників. Однак, якщо згода інших учасників надається саме у такій формі, то виникають питання про правову природу рішення щодо внесення змін до установчих документів, пов'язаних зі зміною складу учасників ТОВ. Варто зазначити, що згідно з п. 2 ч. 1 ст. 29 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» для проведення державної реєстрації змін до установчих документів юридична особа повинна подати примірник оригіналу або нотаріально посвідчену копію рішення про внесення змін до установчих документів. Внесення ж змін до установчих документів, як відомо, є винятково компетенцією загальних зборів. Тому й говорити, що згода інших учасників може надаватися в іншій формі (листування, індивідуальне надання згоди тощо), відмінній від голосування у вищому органі товариства, не доводиться. Правову позицію з цього питання висловив і ВСУ, який у п. 30 постанови Пленуму «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» вказав, що прийняття рішення про вступ спадкоємця (правонаступника) учасника до ТОВ належить до компетенції загальних зборів учасників товариства¹¹. Отож, згода інших учасників виражається у формі саме позитивно проведених для спадкоємця загальних зборів ТОВ. Ця модель регулювання спадкування частки учасника ТОВ відповідає світовим стандартам, оскільки право на частку переходить до спадкоємця автоматично, залишаючи за товариством право у статуті врегулювати це питання на власний розсуд.

Варто зазначити, що по-іншому регулює питання спадкування частки учасника ТОВ Закон України «Про господарські товариства». Згідно зі ст. 55 Закону у зв'язку із смертю громадянина, учасника товариства, спадкоємці мають переважне право вступу до цього товариства. При відмові спадкоємця від вступу до товариства з обмеженою відповідальністю або відмові товариства у прийнятті до нього правонаступника (спадкоємця) йому видається у грошовій або натуральній формі частка у майні, яка належала спадкодавцю. Отже, Закон не передбачає здійснення переходу права на частку в автоматичному порядку. Для цього необхідно отримати згоду товариства. Тобто, у цьому разі законодавець застосував конструкцію відсутності переходу корпоративних прав, а лише наявності переважного права для їх набуття. Водночас ч. 5 ст. 147 ЦК України зазначає, що такий перехід здійснюється автоматично, за винятком випадків, коли для здійснення такого переходу вимагається згода інших учасників товариства. У цьому разі ми маємо справу з колізією у правовому регулюванні.

Згідно з вченням про правові колізії останні поділяються на змістовні, ієрархічні та темпоральні¹². Відповідно, змістовними є колізії між нормами, що виникають внаслідок часткового збігу об'єктів їх регулювання. Вирішується ця проблема за допомогою такого принципу: спеціальний або винятковий закон скасовує дію загального. Щодо темпоральних колізій, то це колізія, яка виникає внаслідок видання в різний час з того самого питання двох і більше норм права. Загальним колізійним темпоральним принципом, що використовується для подолання таких колізій, є правило, згідно з яким наступний закон з того самого питання скасовує дію попереднього. З цього приводу Державний комітет України з питань регуляторної політики та підприємництва (далі – Держпідприємництво) – орган, який уповноважений надавати роз'яснення і узагальнювати практику застосування законів у сфері господарювання, зазначив у своєму листі № 7591 від 20 жовтня 2006 р., що нині діє спеціальний закон, який визначає поняття і види господарських товариств, правила їх створення, діяльності, а також права і обов'язки їх учасників та засновників – Закон України «Про господарські товариства». Тобто, уповноважений орган вважає норми чинного ЦК України загальними щодо норм Закону України «Про господарські товариства», які й потрібно застосовувати. Необхідно зазначити, що чинний ЦК України був прийнятий 16 січня 2003 р., а Закон України «Про господарські товариства» – 19 вересня 1991 року. Виходячи з логіки міркування Держпідприємництва, наше законодавство знаходиться у складному колізійному випадку (збігу темпоральних і змістовних колізій). У такому разі перевагу отримує спеціальна норма, незалежно від дати прийняття. Тому дані правовідносини все ж таки мали б регулюватися Законом України «Про господарські товариства». Але якщо керуватися пунктом 1 Інформаційного листа ВГСУ № 01-8/211 від 7 квітня 2008 р., при правозастосуванні враховують не в цілому закон як нормативно-правовий акт, а відповідну правову норму чи її частину, за змістом якої й визначається, чи є ця норма (її частина) спеціальною чи загальною¹³. Враховуючи те, що норми ч. 5 ст. 147 ЦК України та ст. 55 Закону України «Про господарські товариства» регулюють однакове коло відносин, вони не можуть співвідноситися між собою як загальні та спеціальні. За таких умов варто керуватися іншим принципом, відповідно до якого перевагу отримує норма, що була прийнята пізніше. У нашому випадку такою нормою є норма ч. 5 ст. 147 ЦК України.

Законодавче обмеження для набуття статусу учасника ТОВ вважалось звичайним явищем у період становлення української економіки. Але з набуттям країною статусу ринкової економіки дане законодавче обмеження видається мало обґрунтованим. ЦК України зробив крок назустріч економічним тенденціям, згідно з якими статус учасника ТОВ безперешкодно переходить від спадкодавця до спадкоємця. Проте варто зазначити, що законодавець дозволяє введення обмеження на набуття спадкоємцями померлого учасника товариства статусу учасника, зумовивши останнє нормами статуту.

Враховуючи вищевикладене, можна однозначно стверджувати, що спадкоємець померлого учасника нині не спадкує право на вступ до ТОВ, оскільки законодавче регулювання указаних відносин змінене відповідно до норм чинного ЦК України. Разом із тим позиція ВСУ ґрунтується на тому, що до особи спадкоємця переходить саме частка в статутному капіталі ТОВ (аналогічної думки дотримується доволі значна

кількість вчених)¹⁴. Однак, якщо особа набуває право на частку в статутному капіталі ТОВ, яка є невіддільною від корпоративних прав, посвідчених нею, то повинна автоматично стати учасником ТОВ. Внесення ж змін до статуту носитиме у такому разі скоріше правопідтверджувальний, а не правозмінюючий характер. Вважаємо, що у разі смерті особи спадкодавця спадкоємець спадкує частку у статутному капіталі ТОВ, набуваючи при цьому статус учасника, проте виключно у внутрішньокорпоративному аспекті. Останнє означає, що спадкоємець померлого учасника може посилається на свій статус стосовно до самого товариства та решти його учасників. Стосовно ж третіх осіб, то він не вправі покликатися на це, оскільки відповідно до ч. 5 ст. 89 ЦК України зміни до установчих документів юридичної особи набирають чинності для третіх осіб з дня їх державної реєстрації, а у випадках, встановлених законом, – з моменту повідомлення органу, що здійснює державну реєстрацію, про такі зміни. Такий підхід до вирішення питання, пов'язаного з об'єктом спадкового правонаступництва, видається цілком правильним, логічно обґрунтованим, оскільки враховує інтереси і товариства, як окремого суб'єкта цивільного обороту (спадкоємець не може вважатися учасником у відносинах з третіми особами), так і спадкоємця (товариство не вправі ігнорувати права спадкоємця як власника частки). Таке, свого роду компромісне рішення, узгоджується з правовими реаліями сьогодення, де спадкоємець померлого учасника набуває нібито «усічені корпоративні права».

У будь-якому випадку юридичний факт смерті учасника ТОВ викликає зміну складу учасників такого товариства, що вимагає відповідного внесення змін до установчих документів. Загальні збори повинні затвердити зміни до них, викликаних зміною складу учасників. У результаті спадкування у спадкоємця може виникнути право на частку, яка у відсотковому відношенні може бути доволі значною і перевищувати 40 %. Відомостей про такого спадкоємця у Єдиному державному реєстрі підприємств і організацій України (далі – ЄДРПОУ) немає, але це не означає, що такий спадкоємець не може ініціювати скликання загальних зборів товариства. Набуваючи право на частку, до особи переходить комплекс корпоративних прав, який належав спадкодавцеві, а відомості Єдиного державного реєстру виконують лише функцію публічної достовірності. Такий спадкоємець може вважатися учасником, але, як зазначалося, лише у внутрішньокорпоративних відносинах. Інші ж особи вправі не визнавати за ним такого права згідно з нормами ч. 3 ст. 89 ЦК України та ч. 3 ст. 18 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців». У такому випадку ми можемо зустрітися із парадоксальною ситуацією: з одного боку, виникає необхідність внесення змін до установчих документів, пов'язаних зі зміною складу учасників, а з іншої – згідно зі ст. 60 Закону України «Про господарські товариства» загальні збори учасників вважаються повноважними, якщо на них присутні учасники (представники учасників), що володіють у сукупності більш як 60 % голосів. Проблема може зникнути сама собою, якщо спадкоємцеві належить більше 60 % голосів і він сам може внести зміни до статуту. Однак якщо йому належить право на частку, яка варіюється від 40 до 60 % голосів, то жодна зі сторін (інші учасники, спадкоємець) не зможе самостійно вносити зміни до статуту. Більш того, товариство стає «фактично недієздатним» через відсутність можливості ним керувати. Свою позицію з цього приводу висловило Держпідприємництво, яке у своєму листі «Стосовно визначення кворуму загальних зборів засновників» від 19 грудня 2002 р. за № 4-42-344/6786 зазначило, що кворум загальних зборів учасників доцільно визначати за аналогією вимог, встановлених ст. 53 Закону України «Про господарські товариства» стосовно частки, придбаної самим товариством, тобто голосування і визначення кворуму у вищому органі товариства провадиться без урахування частки, що належить померлому учаснику¹⁵. Таким чином, наявні 60 % голосів перетворюються на всі 100 %. За такого розвитку подій особу не покидає відчуття обману, адже її можна позбавити прав на участь у товаристві. Даний лист уповноваженого органу було прийнято ще до набрання чинності ЦК України, який закріпив зовсім іншу модель спадкування частки померлого учасника. Саме цим і видається за можливе обґрунтувати таку позицію. Помилковість у роз'ясненні положень Закону України «Про господарські товариства» слугувало підставою для видання Держпідприємництвом іншого листа «Щодо прийняття спадкоємців до учасників товариства» від 20 жовтня 2006 р. № 7591, у якому зазначено, що збори учасників вважаються повноважними, якщо на них присутні учасники (представники учасників), що володіють у сукупності більш як 60 % голосів. На думку Держпідприємництва України, товариство може відмовити у прийнятті до нього правонаступника (спадкоємця) тільки у разі прийняття рішення простою більшістю голосів учасників, які володіють у сукупності більш як 60 % загальної кількості голосів учасників товариства. Тобто, один учасник товариства, що залишився, розмір частки внеску до статутного капіталу якого становить 15 %, не може відмовити у прийнятті до товариства спадкоємців, які отримали спадщину від померлого учасника, розмір частки внеску до статутного капіталу якого становив 85 %¹⁶.

Дана позиція уповноваженого органу була підтримана вищими судовими органами, зокрема, ВГСУ, який 28 грудня 2007 р. за № 04-5/14 прийняв рекомендації «Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин». Так, відповідно до абзацу третього п. 2.6 рекомендацій ВГСУ у разі смерті фізичної особи – учасника товариства з обмеженою відповідальністю розміри статутного капіталу товариства та часток його учасників не змінюються. Тому у визначенні правомочності загальних зборів учасників у суду відсутні підстави не враховувати частку померлого учасника¹⁷. З урахуванням такої рекомендації Держпідприємництво видало ще декілька листів: «Щодо порядку вступу до складу засновників у разі успадкування часток у статутному капіталі товариства» від 23 жовтня 2009 р. № 13032 та «Про надання роз'яснень (стосовно діяльності товариства з обмеженою відповідальністю у зв'язку зі смертю одного із

* Лист від 20.10.2006, рекомендації ВГСУ від 28.12.2007, лист від 23.10.2009.

засновників)» від 3 червня 2011 р. № 5085» у яких остаточно було закріплено неможливість ігнорування самим товариством частки померлого учасника при визначенні кворуму загальних зборів¹⁸.

Варто зазначити, що у першому листі від 19 грудня 2002 р. була застосована конструкція відчуження частки учасника самому товариству, а не її переходу в порядку спадкування. Ця помилка привела ще до однієї – визнання за ТОВ права на частку, яке насправді у нього не виникає. Отож, якщо частка належить самому товариству, то й не дивно, що вона не враховується при визначенні кворуму під час проведення загальних зборів. Цю практику не можна вважати вдалою, а тому й такою, що заслуговує на підтримку. Що стосується подальшого роз'яснення норм про спадкування*, то тут був застосований підхід, згідно з яким частка не належить самому товариству, а безпосередньо переходить до спадкоємця померлого учасника. Тому і не враховувати її при визначенні кворуму загальних зборів товариства немає жодних правових підстав. Така частка не тільки повинна враховуватися при визначенні кворуму, але й особи, які нею володіють (спадкоємці померлого учасника), уповноважені голосувати при вирішенні питань, пов'язаних зі зміною складу учасників ТОВ. Зрозуміло, що відмовити у прийнятті рішення про прийняття нового члена учасники товариства, які в сумі не володіють більш як 60 % голосів, не вправі (саме таку позицію підтримує Держпідприємництво). Про ситуацію, коли спадкоємець учасника товариства набуває право на частку у 50 % і більше говорити не доводиться. Звідси, зважаючи на варіативність правових ситуацій та можливість складення аналогічної «патової ситуації», необхідно внести зміни до чинного Закону України «Про господарські товариства», усунувши тим самим колізії з ЦК України, та визнати за особою, яка претендує на частку в 40 % і більше, статус учасника товариства, незалежно від того, що статутом передбачається процедура прийняття нового члена шляхом голосування на загальних зборах товариства (звичайно, за бажання самого спадкоємця набути статусу учасника). Однак проблема може полягати в тому, що у разі виявлення бажання усіх спадкоємців на вступ до ТОВ максимально допустима їх кількість буде перебільшена. За такого розвитку подій товариство зобов'язане протягом року або реорганізуватися в акціонерне товариство, або зменшити кількість своїх учасників до максимального дозволеного. Не враховувати в цьому разі інтереси товариства та інших учасників ТОВ немає достатніх підстав. Вважаємо, що у разі виникнення подібної ситуації, як виняток із загального правила, надавати право іншим учасникам товариства не приймати до складу учасників ТОВ усіх бажаних спадкоємців померлого учасника, оскільки це призведе до порушення законних підстав функціонування юридичної особи в такій організаційно-правовій формі, як ТОВ. Доцільно запропонувати спадкоємцям або домовитися щодо особи, яка стане учасником ТОВ, або виплатити спадкоємцям, яких не прийняли до складу учасників ТОВ, належну їм частину.

Варто зазначити, що чинне законодавство не містить заборони стосовно спадкування неоплаченої частки. Так, відповідно до ч. 3 ст. 144 ЦК України до моменту державної реєстрації товариства з обмеженою відповідальністю його учасники повинні сплатити не менше ніж 50 % суми своїх вкладів. Частина статутного капіталу, що залишилася несплаченою, підлягає сплаті протягом першого року діяльності товариства. Цілком можливий варіант, коли безпосередньо після державної реєстрації ТОВ та внесення вкладу у розмірі 50 % від передбачуваного учасник товариства помирає. У такому разі спадкоємці померлого учасника мають право претендувати на всю частку, а не на лише її оплачену частину. З цього приводу В. Кравчук зауважує: до цих відносин необхідно застосувати норму ст. 1282 ЦК України, яка регулює правовідносини звернення кредитора спадкодавця до спадкоємців стосовно задоволення їх вимог¹⁹. Однак стосовно цього можуть бути суттєві застереження. Так, відповідно до норми ч. 1 ст. 1282 ЦК України спадкоємці зобов'язані задовольнити вимоги кредитора повністю, але в межах вартості майна, одержаного в спадщину. Кожен із спадкоємців зобов'язаний задовольнити вимоги кредитора особисто, у розмірі, який відповідає його частці у спадщині. Необхідно зазначити, що частка у статутному капіталі ТОВ може перейти лише до одного з спадкоємців, а решта успадкують інше майно. У такому разі окрім неоплаченої частки спадкоємець нічого іншого не спадкує. Відповідно, і задовольнити вимогу кредитора (сплатити неоплачену частку) він законодавчо зобов'язаний за рахунок цієї ж неоплаченої частки. Така конструкція видається вкрай невдалою, а застосування цієї норми – малоефективною. Крім того, якщо керуватися цією правовою конструкцією, то з необхідністю маємо також застосувати й норму ч. 4 ст. 1281 ЦК України, відповідно до якої кредитор спадкодавця, який не пред'явив вимоги до спадкоємців, що прийняли спадщину, у строки, встановлені частинами другою (шість місяців) і третьою цієї статті (один рік), позбавляються права вимоги. Разом з тим, стосовно часток у статутному капіталі ТОВ, важко уявити застосування цього правила. Так, у разі набуття статусу учасника ТОВ спадкоємець померлого учасника стає зобов'язаним перед товариством щодо оплати не до кінця оплаченої частки. Джерело оплати неоплаченої частки інше, аніж предмет спадщини (неоплачена частка). Крім того, у товариства відсутній обов'язок додатково нагадувати учаснику, що його частка є неоплаченою. Враховуючи це, доволі спірним видаються твердження В. Кравчука про доцільність застосування норми ст. 1282 ЦК України до випадку спадкування неоплаченої частки у статутному капіталі ТОВ.

У цілому зазначимо, що порівняльна характеристика чинних ЦК України та Закону України «Про господарські товариства» дає підстави зробити висновок, що норми кодексу є набагато прогресивнішими. ЦК України у правовому регулюванні спадкування частки учасника ТОВ «зробив крок назустріч», закріпивши перехід прав учасника до спадкоємця автоматично (ч. 5 ст. 147 ЦК України), але теж до кінця не вичерпавши вказаної проблеми, залишивши за товариством право на визначення іншого способу розвитку відносин. Наразі настала гостра необхідність внесення змін до чинного Закону України «Про господарські товариства», якими повинні бути усунуті колізії між цим Законом та ЦК України щодо процедури спадку-

вання частки учасника ТОВ. Найкращим варіантом, який би задовольнив кожну зі сторін (ТОВ, спадкоємець) буде визнання за спадкоємцем у формі загального правила прав учасника товариства. Товариству також надається можливість відступати від цього правила та встановлювати процедуру набуття статусу учасника за згодою загальних зборів. Проте, ці диспозитивні норми у жодному випадку не повинні стосуватися ситуації, коли спадкодавцю належало більше 40 % голосів, за відсутності яких самостійно просто неможливо скликати загальні збори товариства іншими учасниками, що перетворює його на «фактично недієздатного» суб'єкта цивільного обороту.

¹ Васильченко В. Спадкування часток учасників господарських товариств та кооперативів: актуальні питання [Текст] / В. Васильченко // Право України. – 2000. – № 7. – С. 80–81.

² Васильєва В. А. Корпоративне право як об'єкт спадкових прав [Текст] / В. А. Васильєва // Вісник господарського судочинства. – 2007. – № 6. – С. 127–130.

³ Коваль О. Доля частки не прийнятого в ТОВ спадкоємця (правонаступника) [Текст] / О. Коваль // Юридичний журнал. – 2009. – № 5. – С. 96–97.

⁴ Лідовець Р. Право участі у товаристві з обмеженою відповідальністю як об'єкт спадкового правовідношення [Текст] / Р. Лідовець // Підприємництво, господарство і право. – № 7. – С. 28–30.

⁵ Михеева Н. Переход к наследникам доли в уставном капитале ООО: спорные вопросы теории и практики [Текст] / Н. Михеева // Хозяйство и право. – 2008. – № 4. – С. 81–87.

⁶ Кибенко Е. К вопросу о правовом статусе участников хозяйственных обществ [Текст] / Е. Кибенко // Проблемы законности. Вып. 45. – 2000. – С. 85–90. – С. 88.

⁷ Ковальова О. Чи допускає спір про участь у господарському товаристві правонаступництво? [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.inuropolis/Ukr/Kovalyova_st4.htm

⁸ Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30 травня 2008 року № 7 [Текст] // Вісник Верховного суду України. – 2008. – № 6. – С. 17–24.

⁹ Михеева Н. Вказана праця. – С. 84–85.

¹⁰ Кравчук В. М. Припинення корпоративних правовідносин в господарських товариствах [Текст] : дис. ... д-ра юрид. наук / В. М. Кравчук. – Л. : Б. в., 2009. – 434 с. – С. 350.

¹¹ Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» від 24 жовтня 2008 року № 13 [Текст] // Вісник Верховного суду України. – 2008. – № 11. – С. 15–26.

¹² Загальна теорія держави і права [Текст] : Підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів / М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, Л. Л. Бочарова та ін.; За ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. – Х.: Право, 2002. – С. 316. – С. 211.

¹³ Інформаційний лист Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України» від 07.04.2008 року № 01-8/211 // Вісник господарського судочинства. – 2008. – № 3.

¹⁴ Кравчук В. М. Вказана праця. – С. 348; Михеева Н. Вказана праця. – С. 82.

¹⁵ Лист Держпідприємництва «Стосовно визначення кворуму загальних зборів засновників» від 19.12.2002 року за № 4-42-344/6786 // Бухгалтер. – 2003. – № 6.

¹⁶ Лист Держпідприємництва «Щодо прийняття спадкоємців до учасників товариства» від 20.10.2006 року № 7591 // Податки та бухгалтерський облік. – 2007. – № 23.

¹⁷ Рекомендації Вищого господарського суду України «Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин» від 28.12.2007 року № 04-5/14 // Відомості державної комісії з цінних паперів та фондового ринку. – 2008. – № 129.

¹⁸ Лист Держпідприємництва «Щодо порядку вступу до складу засновників у разі успадкування часток у статутному капіталі товариства» від 23.10.2009 р. № 13032 // Бухгалтер. – 2010. – № 1; Лист Держпідприємництва «Про надання роз'яснень (стосовно діяльності товариства з обмеженою відповідальністю у зв'язку зі смертю одного із засновників)» від 03.06.2011 р. № 5085 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.profiwins.com.ua/uk/letters-and-orders/state-committee/2094-5085.html>

¹⁹ Кравчук В. М. Вказана праця. – С. 358.

Резюме

Лаєрінєнко І. А. Спадкування частки у статутному капіталі ТОВ.

У статті автор розглядає проблематику спадкування частки у статутному фонді товариства з обмеженою відповідальністю. Значна увага приділяється процесу оформлення спадкових прав. Досліджуються правові проблеми, які можуть виникнути на шляху набуття спадкоємцем статусу учасника товариства з обмеженою відповідальністю, а також пропонуються шляхи їх подолання.

Ключові слова: товариство з обмеженою відповідальністю, учасник, частка, спадкування.

Резюме

Лаєрінєнко І. А. Наследование доли в уставном капитале ООО.

В статье автор рассматривает проблематику наследования доли в уставном фонде общества с ограниченной ответственностью. Большое внимание уделяется процессу оформления наследственных прав. Исследуются правовые проблемы, которые могут возникнуть у наследника при переходе доли общества с ограниченной ответственностью, а также предлагаются пути их преодоления.

Ключевые слова: общество с ограниченной ответственностью, участник, доля, наследование.

Summary

Lavrinenko I. LLC ownership interest succession.

In the article the author considers the issue of succession of share in the statute fund of co. Ltd. The great attention is devoted to the proceeding connected with registration of hereditary rights.

Legal problems which can arise for the heir at passing share of co. Ltd are researched and also propose the ways of it overcoming.

Key words: limited liability company, shareholder, share, succession.

Отримано 11.04.2014

УДК 346.7

В. Н. ПЕТРИНА

Володимир Нестерович Петрина, кандидат юридичних наук, професор Навчально-наукового інституту права та психології Національної академії внутрішніх справ

ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНА ДІЯЛЬНІСТЬ ЯК ПРЕДМЕТ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Зовнішньоекономічна діяльність (далі – ЗЕД) є надзвичайно важливим чинником економічного та гуманітарного розвитку України. З огляду на важливість цього інституту йому приділено велику увагу в науковій літературі, в тому числі і юридичній. Практично в кожному вищому навчальному закладі, що готує юристів, викладається навчальна дисципліна «Правове регулювання зовнішньоекономічної діяльності». Проблеми правового регулювання ЗЕД висвітлюються в працях цілої низки українських правознавців, зокрема, О. М. Вінника, О. В. Зайчука, С. П. Коломацької, В. В. Луця, В. Ф. Опришка, С. Г. Осики, І. Г. Побірченка, В. В. Поєдинка, Ю. С. Шемшученка, В. С. Щербини та багатьох інших науковців. У роботах зазначених вчених в різних площинах розглядаються різноманітні аспекти правового регулювання ЗЕД, що дає змогу говорити про детальну розробленість цієї сфери правової науки. Проте серед величезної кількості наукових праць у галузі правового регулювання ЗЕД, на нашу думку, бракує досліджень, у яких би вона предметно розглядалась через призму складу зовнішньоекономічних правовідносин. На заповнення цієї прогалини і спрямована дана стаття.

Предметом правового регулювання, як відомо, є суспільні відносини¹. Тому, розглядаючи ЗЕД як предмет правового регулювання, ми маємо говорити про неї як про суспільні відносини, тобто зовнішньоекономічні правовідносини.

«До складу правовідносин входять такі елементи: 1) суб'єкти; 2) об'єкти; 3) зміст»². Розглянемо склад зовнішньоекономічних правовідносин.

Суб'єкти зовнішньоекономічних правовідносин

«Суб'єкт правовідносин – це учасник правових відносин, який має суб'єктивні права та здатний виконувати юридичні обов'язки»³. Хто ж може бути суб'єктом зовнішньоекономічних правовідносин згідно із законодавством України?

Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» (далі – Закон) зазначає, що ЗЕД – це «діяльність суб'єктів господарської діяльності України та іноземних суб'єктів господарської діяльності, побудована на взаємовідносинах між ними...»⁴. Виходячи із вищенаведеного законодавчого визначення поняття ЗЕД, суб'єктами зовнішньоекономічних правовідносин мають бути, з одного боку, українські суб'єкти господарської діяльності України, а з другого – іноземні суб'єкти господарської діяльності. Такий суб'єктний склад є кваліфікуючою ознакою зовнішньоекономічних правовідносин.

В ГКУ зазначається: «1. Суб'єктами господарювання визнаються учасники господарських відносин, які здійснюють господарську діяльність, реалізуючи господарську компетенцію (сукупність господарських прав та обов'язків), мають відокремлене майно і несуть відповідальність за своїми зобов'язаннями в межах цього майна, крім випадків, передбачених законодавством. 2. Суб'єктами господарювання є: 1) господарські організації – юридичні особи, створені відповідно до Цивільного кодексу України, державні, комунальні та інші підприємства, створені відповідно до цього Кодексу, а також інші юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані в установленому законом порядку; 2) громадяни України, іноземці та особи без громадянства, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані відповідно до закону як підприємці»⁵.

Виходячи з визначення поняття господарської діяльності, що дається в ч. 1 ст. 3 ГКУ, за Цивільним кодексом України (далі – ЦКУ) до суб'єктів господарської діяльності, а отже, і до суб'єктів зовнішньоекономічних правовідносин, можна віднести юридичні особи в таких організаційно-правових формах, як господарські това-

риства (повне товариство, командитне товариство, товариство з обмеженою відповідальністю, товариство з додатковою відповідальністю, акціонерне товариство) та виробничі кооперативи⁶. За ГКУ до суб'єктів господарської діяльності, а таким чином і до суб'єктів зовнішньоекономічних правовідносин, можна віднести юридичні особи в таких організаційно-правових формах, як підприємства та об'єднання підприємств⁷.

Саме так визначає суб'єктів ЗЕД ГКУ, згідно з яким «суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності є: суб'єкти господарювання, зазначені в пунктах 1, 2 частини другої статті 55 цього Кодексу»⁸. Проте, коли ми звертаємось до ст. 3 Закону, яка дає перелік суб'єктів ЗЕД, то зустрічаємо там низку структур, що не є суб'єктами господарювання за законодавством України, тобто не є відповідними юридичними особами чи фізичними особами – підприємцями.

Так, відповідно до Закону суб'єктами ЗЕД в Україні є: «фізичні особи – громадяни України, іноземні громадяни та особи без громадянства, які мають цивільну правосдатність і дієздатність згідно з законами України і постійно проживають на території України»⁹, незалежно від того чи зареєстровані вони як підприємці, чи ні. Таке положення Закону не можна вважати відповідним, оскільки, як уже зазначалося вище, згідно з ГКУ суб'єктами господарювання, а отже, і суб'єктами ЗЕД (зовнішньоекономічних правовідносин) в Україні можуть бути тільки фізичні особи, зареєстровані відповідно до закону як підприємці.

Закон також відносить до суб'єктів ЗЕД «об'єднання фізичних, юридичних, фізичних і юридичних осіб, які не є юридичними особами згідно з законами України, але які мають постійне місцезнаходження на території України і яким цивільно-правовими законами України не заборонено здійснювати господарську діяльність»¹⁰. Але чи можуть такі об'єднання насправді бути суб'єктами правовідносин, в тому числі й зовнішньоекономічних? На нашу думку, ні. Як відомо, «можливість того чи іншого суб'єкта бути учасником правовідносин визначається його правосуб'єктністю. Правосуб'єктність – це передбачена нормами права здатність особи бути носієм прав і обов'язків, здійснювати їх від свого імені та нести юридичну відповідальність за свої дії»¹¹. Об'єднання, що не мають статусу юридичної особи, не мають відповідної правосуб'єктності для того, щоб бути учасником зовнішньоекономічних правовідносин. Згідно зі ст. 55 ГКУ вони не можуть бути суб'єктами господарювання, а таким чином згідно із абзацом дванадцятим ст. 1 Закону, ч. 1 ст. 377 та ч. 1 ст. 378 ГКУ такі об'єднання не можуть бути і суб'єктами ЗЕД (зовнішньоекономічних правовідносин). Крім того, такого роду об'єднання згідно зі ст. 2 Цивільного кодексу України не можуть бути учасниками цивільних, зокрема майнових відносин. Такі об'єднання, наприклад, не можуть від свого імені укласти зовнішньоекономічний договір купівлі-продажу товарів, набути за таким договором будь-які права чи обов'язки, нести за таким договором відповідальність тощо.

До суб'єктів ЗЕД Закон також відносить «структурні одиниці іноземних суб'єктів господарської діяльності, які не є юридичними особами згідно з законами України (філії, відділення тощо), але мають постійне місцезнаходження на території України»¹². Але, як уже зазначалося вище, структури, що не мають статусу юридичної особи, не наділені достатньою правосуб'єктністю, щоб бути учасниками зовнішньоекономічних правовідносин. Вони згідно зі ст. 55 ГКУ не можуть бути суб'єктами господарювання, а таким чином згідно із абзацом дванадцятим ст. 1 Закону, ч. 1 ст. 377 та ч. 1 ст. 378 ГКУ такі структури не можуть бути і суб'єктами ЗЕД (зовнішньоекономічних правовідносин). Згідно зі ст. 2 Цивільного кодексу України такі структури також не можуть бути учасниками цивільних, зокрема майнових відносин. Адже структурна одиниця іноземного суб'єкта господарської діяльності не може, наприклад, укласти зовнішньоекономічний договір купівлі-продажу товарів від свого власного імені, а укладає його на підставі довіреності від імені відповідного іноземного суб'єкта господарювання, який з точки зору права і виступає суб'єктом відповідних зовнішньоекономічних правовідносин.

До суб'єктів ЗЕД Закон відносить також «спільні підприємства за участю суб'єктів господарської діяльності України та іноземних суб'єктів господарської діяльності, зареєстровані як такі в Україні і які мають постійне місцезнаходження на території України»¹³. З цього приводу, по-перше, треба зазначити, що будь-які підприємства згідно з ч. 4 ст. 62 ГКУ є априорі юридичними особами. Юридичні ж особи як суб'єкти ЗЕД окремо згадаються в Законі¹⁴, і з огляду на те, що поняття «юридичні особи» є більш широким і охоплює собою поняття «підприємства», ми не бачимо жодної потреби виділяти спільні підприємства як окремих суб'єктів ЗЕД. По-друге, треба зазначити, що чинним законодавством, яке регулює порядок державної реєстрації юридичних осіб, взагалі не передбачається створення та державна реєстрація спільних підприємств¹⁵.

У ст. 3 Закону, яка називається «Суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності», зазначено, що «Україна в особі її органів, місцеві органи влади і управління в особі створених ними зовнішньоекономічних організацій, які беруть участь у зовнішньоекономічній діяльності, а також інші держави, які беруть участь у господарській діяльності на території України, діють як юридичні особи згідно з частиною четвертою статті 2 цього Закону і законами України»¹⁶. Нечіткість формулювань зазначеного положення Закону призводить до питання: чи може держава, державні органи або органи місцевого самоврядування бути суб'єктами ЗЕД? Відповідь на це питання буде негативною з наступних причин.

По-перше, «держава, органи державної влади та органи місцевого самоврядування не є суб'єктами господарювання»¹⁷ і, таким чином, суб'єктами ЗЕД. Водночас, як уже зазначалося вище, суб'єктний склад, а саме: участь в зовнішньоекономічних правовідносинах з одного боку, українських суб'єктів господарювання, а з другого боку, – іноземних суб'єктів господарювання є кваліфікуючою ознакою зовнішньоекономічної діяльності як правовідносин. Таким чином, неучасть у правовідносинах одночасно українських суб'єктів господарювання (з одного боку) та іноземних суб'єктів господарювання (з другого боку) дає нам підстави не

вважати такі правовідносини зовнішньоекономічними. Це означає, що навіть у випадку, якщо б держава, певний орган державної влади чи місцевого самоврядування вступив у приватноправові відносини з іноземним суб'єктом господарювання як рівноправний учасник відносин (наприклад, уклав договір купівлі-продажу автомобіля), то такі відносини не вважались би зовнішньоекономічними.

По-друге, в основу регулювання ЗЕД покладено принципи «свободи її суб'єктів добровільно вступати у зовнішньоекономічні відносини, здійснювати їх у будь-яких формах, не заборонених законом, та рівності перед законом усіх суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності»¹⁸. Це означає, що зовнішньоекономічні правовідносини є приватноправовими відносинами, тобто відносинами, «які ґрунтуються на засадах юридичної рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності, суб'єктами яких є фізичні та юридичні особи»¹⁹. Ті ж правовідносини за участю органів державної влади чи органів місцевого самоврядування, у які суб'єкти ЗЕД змушені вступати у зв'язку із здійсненням ними ЗЕД (наприклад, відносини щодо сплати податків, розмитнення товарів, отримання різноманітних дозволів тощо), є за своєю природою публічно-правовими відносинами (відповідно податковими митними, адміністративними і т.д.) і характеризуються усіма ознаками публічно-правових відносин, як-то: «1) обов'язкова участь у цих відносинах суб'єкта, наділеного публічно-владними повноваженнями; 2) імперативність публічно-правових відносин; 3) підпорядкованість одного учасника публічно-правових відносин іншому – суб'єкту владних повноважень; 4) домінування публічно-правового інтересу в цих відносинах»²⁰. Так, наприклад, відносини, що складаються між українським суб'єктом господарювання та відповідним державним органом з приводу реєстрації зовнішньоекономічного контракту належать, вочевидь, не до зовнішньоекономічних, а до адміністративних правовідносин, тобто до «суспільних відносин, що виникають у зв'язку з реалізацією функцій державної виконавчої влади, змістом якої є управління суспільством»²¹. Так само як, наприклад, відносини, що складаються між подружжям при укладенні шлюбу, і в тому числі шлюбного договору, є сімейними правовідносинами, а відносини, що складаються між подружжям і відповідним державним органом з приводу реєстрації шлюбу – є адміністративними правовідносинами, але аж ніяк не сімейними.

Таким чином, суб'єктами зовнішньоекономічних правовідносин (суб'єктами ЗЕД) можуть бути суб'єкти господарювання державної і комунальної форми власності, в тому числі й такі суб'єкти господарювання, що були створені державними органами або органами місцевого самоврядування, але не самі державні органи та органи місцевого самоврядування.

Обов'язковими учасниками (суб'єктами) зовнішньоекономічних правовідносин мають бути іноземні суб'єкти господарської діяльності. Згідно із Законом іноземними суб'єктами господарської діяльності вважаються «суб'єкти господарської діяльності, що мають постійне місцезнаходження або постійне місце проживання за межами України»²². Організаційно-правові форми та правовий статус іноземних суб'єктів зовнішньоекономічних правовідносин визначається правом тих країн, у яких такі суб'єкти мають постійне місцезнаходження або постійне місце проживання²³.

Виходячи із вищенаведеного, з метою чіткого визначення кола суб'єктів зовнішньоекономічних правовідносин, вважаємо за необхідне привести текст ст. 3 Закону у відповідність до тексту ст. 378 ГКУ, виклавши ст. 3 Закону у наступній редакції: «Стаття 3. Учасники зовнішньоекономічної діяльності.

Зовнішньоекономічна діяльність здійснюється за участю українських суб'єктів господарювання, зазначених в пунктах 1, 2 частини другої статті 55 Господарського кодексу України (які для цілей цього Закону іменуються «суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності») та іноземних суб'єктів господарювання, правовий статус яких визначається правом тих країн, в яких такі суб'єкти мають постійне місцезнаходження або постійне місце проживання.

Держава гарантує однаковий захист усіх суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності».

Об'єкти зовнішньоекономічних правовідносин

«Об'єкти правовідносин – це певні матеріальні, духовні та інші соціальні блага, з приводу яких між суб'єктами виникають, змінюються чи припиняються правовідносини»²⁴. В юридичній науці «розрізняють такі види об'єктів правовідносин: 1) матеріальні блага: а) предмети природи в їх природженому стані (земля, надра, водні ресурси та ін.); б) штучно створені предмети в процесі трудової діяльності – речі рухомі і нерухомі (засоби виробництва, майно, предмети споживання тощо); в) цінності – гроші, акції, векселі, облигації, цінні документи (диплом, атестат); 2) особисті нематеріальні блага – життя, здоров'я, честь, гідність, ділова репутація, ім'я (назва), освіта, свобода літературної, художньої, наукової і технічної творчості та ін.; 3) продукти (результати) духовної та інтелектуальної творчості – твори мистецтва, літератури, науки, техніки, живопису, кіно, інформація, комп'ютерні програми та інші результати інтелектуальної діяльності, що захищаються законом (наприклад, Законом України «Про авторське право і суміжні права»); 4) послуги виробничого і невиробничого характеру – виконання роботи, зумовленої договором або контрактом, наприклад, доставка вантажу до місця призначення за договором перевезення; 5) загальносоціальні цінності і блага – екологічна безпека, громадський порядок тощо»²⁵.

У визначенні ЗЕД, що дається в Законі, не міститься вказівки щодо того, з приводу яких соціальних благ складаються зовнішньоекономічні правовідносини. У визначенні ЗЕД, що дається в ГКУ, законодавець відніс до благ, що становлять об'єкти зовнішньоекономічних правовідносин, майно та робочу силу. Так, згідно з ГКУ «зовнішньоекономічною діяльністю суб'єктів господарювання є господарська діяльність, яка в процесі її здійснення потребує перетинання митного кордону України майном, зазначеним у частині першій статті 139 цього Кодексу, та/або робочою силою»²⁶.

Аналізуючи зазначені в ГКУ об'єкти зовнішньоекономічних правовідносин, треба підкреслити, що майно, тобто «сукупність речей та інших цінностей (включаючи нематеріальні активи), які мають вартісне визначення, виробляються чи використовуються у діяльності суб'єктів господарювання...»²⁷, належить до матеріальних благ і тому з точки зору теорії права, без сумніву, може бути об'єктом правових відносин, в тому числі і зовнішньоекономічних. Однак виникає питання, чи насправді може бути об'єктом зовнішньоекономічних правовідносин робоча сила, як це зазначено в ч. 1 ст. 377 ГКУ?

«Робоча сила – це здатність людини до праці... Робоча сила невіддільна від людини, від її особи»²⁸. Сама людина є власником своєї робочої сили і як власник тільки «вона має право на володіння, розпорядження й користування нею»²⁹. У теорії права цілком справедливо зазначається, що «у сучасних правових системах світу людина, як така, не може бути об'єктом правовідносин (на відміну від минулого, коли раб чи кріпак розглядався як «річ, яка вміє говорити» і міг бути проданий чи подарований)»³⁰. Торгівля людьми (робочою силою), де людина виступає об'єктом відносин, заборонена міжнародним правом і правом України.

У сучасних умовах в політекономії робоча сила розглядається як товар, але тільки за умов, що суб'єктом правовідносин з купівлі-продажу робочої сили (продавцем) виступає сам власник робочої сили, тобто людина, яка є носієм цієї робочої сили. Тобто з правової точки зору йдеться про трудові правовідносини, що опосередковуються трудовими договорами між працівниками та роботодавцями. Але у випадку, коли український працівник укладає трудовий договір (навіть якщо ми назвемо це договором про продаж своєї робочої сили) з іноземним роботодавцем, чи можна вважати такий трудовий договір зовнішньоекономічним договором і, таким чином, говорити про здійснення таким працівником ЗЕД? Очевидно, що ні. Адже працівник не є суб'єктом господарювання і, таким чином, суб'єктом ЗЕД, а трудовий договір за його участі не підпадає під ознаки зовнішньоекономічного договору, що містяться в абзаці тринадцятому ст. 1 Закону.

Таким чином, робоча сила не може бути об'єктом зовнішньоекономічних правовідносин. Натомість, об'єктами зовнішньоекономічних правовідносин можуть бути послуги виробничого і невиробничого характеру (наприклад, перевезення вантажу або будівництво споруди) та результати інтелектуальної діяльності (наприклад, комп'ютерні програми тощо). Ці об'єкти зовнішньоекономічних правовідносин, на нашу думку, мали б бути зазначені замість робочої сили в ч. 1 ст. 377 ГКУ.

Зміст зовнішньоекономічних правовідносин

«Зміст правовідносин – це сукупність суб'єктивних прав і юридичних обов'язків учасників даних правовідносин... Суб'єктивні юридичні обов'язки, як і суб'єктивні права, суворо персоніфіковані. Вони адресовані не абстрактній особі чи особам, а покладаються на конкретного учасника чи учасників цілком визначених, конкретних правовідносин»³¹.

Зміст конкретних зовнішньоекономічних правовідносин визначається за домовленістю їх суб'єктів і фіксується у зовнішньоекономічному договорі (контракті), яким є «матеріально оформлена угода двох або більше суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та їх іноземних контрагентів, спрямована на встановлення, зміну або припинення їх взаємних прав та обов'язків у зовнішньоекономічній діяльності»³².

Джерелами правових норм, якими мають керуватися суб'єкти зовнішньоекономічних відносин при визначенні набору конкретних суб'єктивних юридичних обов'язків та суб'єктивних прав у зовнішньоекономічному договорі, слугують відповідні міжнародні договори та законодавство (а також інші джерела права) країни, право якої застосовується до договору. За загальним правилом до зовнішньоекономічного договору застосовується право тієї країни, яке обрали сторони договору за своєю згодою³³. При цьому сторони можуть обрати як право України чи право країни, де зареєстрований іноземний суб'єкт господарювання, що є стороною зовнішньоекономічного договору, так і право будь-якої третьої країни. У випадку відсутності такої згоди, питання про те, право якої країни повинно застосовуватись до зовнішньоекономічного договору, має вирішуватись на підставі колізійних норм законодавства України та інших країн і міжнародних договорів України³⁴. Вирішується таке питання в порядку судочинства або арбітражу.

Незалежно від того, право якої країни застосовується до того чи іншого зовнішньоекономічного договору, визначаючи конкретний зміст зовнішньоекономічних правовідносин, сторони мають враховувати імперативні норми права України та імперативні норми права країни, де знаходиться іноземний суб'єкт господарювання, що є стороною відповідного зовнішньоекономічного договору. Згідно із Законом України «Про міжнародне приватне право» «суд, незалежно від права, що підлягає застосуванню відповідно до цього Закону, може застосовувати імперативні норми права іншої держави, які мають тісний зв'язок із відповідними правовідносинами, за винятком, встановленим частиною першою цієї статті. При цьому суд повинен брати до уваги призначення та характер таких норм, а також наслідки їх застосування або незастосування»³⁵.

«Суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності при складанні тексту зовнішньоекономічного договору (контракту) мають право використовувати відомі міжнародні звичаї, рекомендації, правила міжнародних органів та організацій, якщо це не заборонено прямо та у виключній формі цим та іншими законами України»³⁶.

Згідно із законодавством України «для підписання зовнішньоекономічного договору (контракту) суб'єкту зовнішньоекономічної діяльності не потрібен дозвіл будь-якого органу державної влади, управління або вищестоящої організації, за винятком випадків, передбачених законами України»³⁷, а «органи державної влади, органи місцевого самоврядування не мають права втручатися в оперативну діяльність суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, крім випадків, передбачених законом»³⁸. Виходячи із цього, держава та її органи не можуть впливати на визначення суб'єктами зовнішньоекономічних правовідносин змісту цих правовідносин інакше, ніж через такі засоби правового регулювання, як нормативно-правові акти та акти застосування права (індивідуаль-

ні акти). Таким чином, «державне регулювання ЗЕД» чи «державне управління ЗЕД», хоч як би хто це називав, на нашу думку, не може бути нічим іншим, як правовим регулюванням ЗЕД (нормативним та індивідуальним).

У визначенні ЗЕД, що дається в ч. 1 ст. 377 ГКУ, міститься тільки одна вимога щодо змісту зовнішньоекономічних правовідносин. Суть цієї вимоги полягає в тому, що суб'єктивні права і юридичні обов'язки учасників даних правовідносин мають передбачати «перетинання митного кордону України» об'єктами правовідносин, зазначеними в цій статті. Разом із тим у визначенні ЗЕД, що дається в абзаці дванадцятому ст. 1 Закону, зазначена кваліфікуюча ознака зовнішньоекономічних правовідносин відсутня, та й взагалі не міститься жодних вимог щодо змісту зовнішньоекономічних правовідносин. У цьому зв'язку виникає питання: чи є права і обов'язки суб'єктів зовнішньоекономічних правовідносин щодо переміщення певних благ на територію України чи за її межі необхідно умовою ЗЕД, тобто її кваліфікуючою ознакою? Ми вважаємо, що так. Адже факт укладення певного договору між українським та іноземним суб'єктами господарювання (наприклад, договору про безоплатний обмін інформацією про ціни на ринках їх країн) сам по собі не може означати виникнення між цими суб'єктами зовнішньоекономічних правовідносин. Якщо договір між українським та іноземним суб'єктами господарювання не передбачає прав і обов'язків цих суб'єктів щодо переміщення певних соціальних благ, які мають вартісне визначення (товарів, грошей тощо), на територію України чи за її межі, то, на нашу думку, такий договір взагалі не породжує зовнішньоекономічні правовідносини. Таким чином, суб'єктивні права та юридичні обов'язки відповідних суб'єктів щодо переміщення певних соціальних благ, які мають вартісне визначення (товарів, грошей тощо), на територію України чи за її межі є обов'язковою складовою змісту та кваліфікуючою ознакою зовнішньоекономічних правовідносин.

На підставі викладеного вище ми вважаємо, що зовнішньоекономічна діяльність як предмет правового регулювання може бути визначена наступним чином: зовнішньоекономічна діяльність – це сукупність суспільних відносин, які складаються між українськими та іноземними суб'єктами господарювання з приводу таких соціальних благ, як матеріальні блага, послуги та результати інтелектуальної діяльності, що переміщуються на територію України або за її межі, та які регулюються договорами між учасниками таких відносин, міжнародними торговельними звичаями, правом відповідної країни та нормами відповідних міжнародних договорів.

¹ Юридична енциклопедія: В 6-ти т.: Т. 5 П-С ; Ред. кол.: Ю. С. Шемшученко (голова) . – К. : Українська енциклопедія імені М. П. Бажана, 2003 . – 736 с. – С. 40.

² Кириченко В. М. Теорія держави і права. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pidruchniki.ws/16011013/pravo/pravovidosini>

³ Там само.

⁴ Абзац дванадцятий статті 1 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/959-12>

⁵ Стаття 55 Господарського кодексу України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/436-15>

⁶ Статті 83, 84 Цивільного кодексу України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

⁷ Статті 62, 63, 118, 120 Господарського кодексу України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/436-15>

⁸ Частина 1 статті 378 Господарського кодексу України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/436-15>

⁹ Частина перша статті 3 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/959-12>

¹⁰ Там само.

¹¹ Кириченко В. М. Вказана праця.

¹² Частина перша статті 3 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/959-12>

¹³ Там само.

¹⁴ Там само.

¹⁵ Пункт 3.15 Державного класифікатора України «Класифікація організаційно-правових форм господарювання» ДК 002:2004, затверджений наказом Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики від 28.05.2004 № 97. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.nau.ua/doc/?code=v0097609-04>

¹⁶ Частина друга статті 3 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/959-12>

¹⁷ Частина 1 статті 8 Господарського кодексу України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/436-15>

¹⁸ Частина 2 статті 377 Господарського кодексу України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/436-15>

¹⁹ Пункт 1 частини першої статті 1 Закону України «Про міжнародне приватне право». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1088.869.6&nobreak=1>

²⁰ Майданик Р. А. Цивільне право. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://pidruchniki.ws/1151051346551/pravo/tsivilni_publichni_pravovidosini

²¹ Алфьоров С. М. Адміністративне право. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://pidruchniki.ws/14631004/pravo/ponyattya_administrativnogo_prava

²² Абзац двадцятий статті 1 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/959-12>

²³ Розділ II Закону України «Про міжнародне приватне право». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2709-15?nreg=2709-15&find=1&text=%F1%F2%E0%F3%F1&x=7&y=10#w12>

²⁴ Кириченко В. М. Вказана праця.

²⁵ Скаун О. Ф. Теорія права і держави. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://pidruchniki.ws/1942120343147/pravo/obyekti_pravovidnosin

²⁶ Частина 1 статті 377 Господарського кодексу України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/436-15>

²⁷ Частина перша статті 139 Господарського кодексу України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/436-15>

²⁸ Щетинін А. І. Політична економія. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://pidruchniki.ws/10611207/politekonomiya/robocha_sila_tovar_protsets_stvorenniya_dodatkovoyi_vartosti

²⁹ Там само.

³⁰ Кириченко В. М. Вказана праця.

³¹ Зайчук О. В., Оніщенко Н. М. Теорія держави і права. Академічний курс. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ebk.net.ua/Book/law/zaichuk_tdp/zmist.htm

³² Абзац тринадцятий статті 1 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/959-12>

³³ Стаття 43 Закону України «Про міжнародне приватне право». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2709-15?nreg=2709-15&find=1&text=%F1%F2%E0%F2%F3%F1&x=7&y=10#w12>

³⁴ Стаття 43 Закону України «Про міжнародне приватне право». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2709-15?nreg=2709-15&find=1&text=%F1%F2%E0%F2%F3%F1&x=7&y=10#w12>

³⁵ Частина 2 статті 14 Закону України «Про міжнародне приватне право». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2709-15?nreg=2709-15&find=1&text=%F1%F2%E0%F2%F3%F1&x=7&y=10#w12>

³⁶ Частина перша статті 6 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/959-12>

³⁷ Частина друга статті 6 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/959-12>

³⁸ Частина 2 статті 380 Господарського кодексу України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/436-15>

Резюме

Петрина В. Н. Зовнішньоекономічна діяльність як предмет правового регулювання.

У статті розглядаються зовнішньоекономічні правовідносини як предмет правового регулювання. Зокрема, аналізуються правові проблеми, пов'язані з визначенням суб'єктів зовнішньоекономічних правовідносин, об'єктів зовнішньоекономічних правовідносин та змісту зовнішньоекономічних правовідносин. Пропонуються відповідні зміни до Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» та Господарського кодексу України.

Ключові слова: зовнішньоекономічна діяльність; зовнішньоекономічні правовідносини; суб'єкти зовнішньоекономічних правовідносин; об'єкти зовнішньоекономічних правовідносин; зміст зовнішньоекономічних правовідносин.

Резюме

Петрина В. Н. Внешнеэкономическая деятельность как предмет правового регулирования.

В статье рассматриваются внешнеэкономические правоотношения как предмет правового регулирования. В частности, анализируются правовые проблемы, связанные с определением субъектов внешнеэкономических правоотношений, объектов внешнеэкономических правоотношений и содержания внешнеэкономических правоотношений. Предлагаются изменения к Закону Украины «О внешнеэкономической деятельности» и Хозяйственному кодексу Украины.

Ключевые слова: внешнеэкономическая деятельность; внешнеэкономические правоотношения; субъекты внешнеэкономических правоотношений; объекты внешнеэкономических правоотношений; содержание внешнеэкономических правоотношений.

Summary

Petryna V. Foreign Economic Activities as the Subject Matter of Legal Regulation.

In this article foreign economic activities are considered as the subject matter of legal regulation. Particularly, there is considered the problems of determination of the parties of foreign economic relations, the subject matter of foreign economic relations, the essence of foreign economic relations. There are proposed the amendments to the Law of Ukraine «On Foreign Economic Activities» and the Economic Code of Ukraine.

Key words: foreign economic activities, foreign economic relations; parties to foreign economic relations; subject matter of foreign economic relations; essence of foreign economic relations.

Отримано 9.04.2014

М. П. СТАДНИК

Микола Петрович Стадник, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ СОЦІАЛЬНОГО ПАРТНЕРСТВА В УКРАЇНІ

Становлення й розвиток Української держави проходить в складних соціально-економічних та політичних умовах. Динаміка політичних, соціальних процесів, які протікають в державі, дає змогу говорити про активне формування громадянського суспільства, яке впливає на геополітичний вибір Української держави. Лише за останні кілька місяців в Україні відбулися кардинальні суспільно-політичні процеси, що докорінним чином змінили геополітичний вибір України. Ці процеси протікають і розвиваються в складних економічних та політичних умовах. Все це відбувається на тлі глобальної економічної кризи. Отже, формування та розвиток елементів громадянського суспільства, з нашого погляду, повною мірою позитивно впливає на рівень захисту трудових, соціально-економічних прав громадян. Це стосується насамперед виробничої сфери, сфери надання послуг, таким чином розвиток правових механізмів, узгодження інтересів суб'єктів правовідносин допоможе зберегти соціальний мир та злагоду в суспільстві. Використання соціального партнерства має давню історію. Цей термін вперше з'явився в промислово розвинених країнах Заходу в період зародження виробничої демократії, яка знайшла свій розвиток після Другої світової війни. Перше законодавство, яке передбачало створення виробничих рад на виробництві, було законодавчо закріплено. Так, законом Федеративної Республіки Німеччини «Про виробничі ради» 1949 р. передбачалося їх створення на паритетних засадах, що склалися з представників роботодавців та найманих працівників. Ці ради називалися органами соціального партнерства, завданням яких було подолання протиріч між працею та капіталом.

Подальший розвиток цих відносин у країнах з ринковою економікою, високими стандартами в соціально-трудовій сфері обумовив використання в цих країнах правової категорії соціальний діалог, що характеризує це правове явище.

Теорія та практика узгодження інтересів суб'єктів громадського суспільства в світі має не лише правовий інструментарій, але й цілу систему громадських, державних інституцій, головним завданням яких є збереження соціального миру. Тому не дивно, що питання соціального партнерства в Україні було предметом глибоких наукових досліджень, які стали науковим підґрунтям реформування правової системи країни. Науковці використовували не лише власні напрацювання, але й зарубіжний досвід демократичних, економічно розвинених, соціально орієнтованих держав світу¹.

Міжнародна організація праці (далі – МОП) у своєму Статуті записала, що мир і справедливість – це основна її мета. На першому камені, закладеному у фундамент будинку Міжнародного бюро праці 21 жовтня 1923 р., ще за часів існування Ліги Націй, викарбовано: «Si vis pacem, cole justitiam» (якщо хочеш миру – насаджуй справедливість)². Одним із основних принципів, що діє в Міжнародній Організації Праці, є принцип тристороннього представництва, відповідно до якого від кожної країни – члена МОП на сесіях Генеральної Конференції бере участь делегація з двох представників уряду, одного представника підприємців і одного представника трудящих. Така ж пропорційність зберігається і на пленарних засіданнях Адміністративної ради. У Філадельфійській декларації вказується на необхідність постійних і узгоджувальних міжнародних зусиль, за яких представники трудящих і підприємців, що користуються рівними правами з представниками уряду, об'єднуються з ними для вільного обговорення і прийняття демократичних рішень з метою сприяння благополуччю. Таким чином, формування і розвиток принципів соціального партнерства було закладено в Статуті МОП, у його діяльності та рішеннях – конвенціях і рекомендаціях. Тому важливо дослідити ту правову базу, на якій ґрунтується правовий механізм соціального партнерства в країнах з ринковою економікою. Варто погодитися з Г. І. Чанишевою, яка стверджує, що соціальне партнерство є невід'ємним атрибутом «соціальної» держави. Ідеєю соціального партнерства є положення про необхідність забезпечення соціально-економічних прав кожної людини відповідно до міжнародних стандартів та національного законодавства. Конституційне закріплення положення про те, що Україна є суверенна, незалежна, демократична, соціальна й правова держава, актуалізує правову проблему соціального партнерства в ній, оскільки лише через соціальну державу, в якій соціальне партнерство виступає правовим інструментом, можна зберегти соціальний мир, забезпечити високий рівень добробуту всіх соціальних прошарків населення. Необхідно визначити, що основними і головними суб'єктами соціального партнерства в державі з ринковою економікою є роботодавці, наймані працівники та держава в особі органів державної влади. Держава, на наш погляд, у соціально-партнерських відносинах виступає тим специфічним державним регулятором, який поєднує в собі реалізацію інтересів найманих працівників та роботодавців. Специфічність становища держави в соціально-партнерських відносинах полягає в тому, що вона заінтересована як в економічному розвитку, так і піднесенні життєвого рівня працівників, що забезпечить загальний соціальний мир, гідні умови праці та життя всіх соціальних груп.

Міжнародна організація праці є єдиною спеціалізованою установою Організації Об'єднаних Націй, яка була створена і функціонує на засадах соціального діалогу, як ефективного сприяння соціальної справедливості, демократії у суспільстві. У Декларації про цілі й завдання Міжнародної організації праці, прийнятій на 26-й сесії Міжнародної конференції праці у Філадельфії в 1944 р., підкреслюється необхідність принципу трипатризму при виробленні національної та міжнародної економічної і соціальної політики. Наголошується на важливості постійних і узгоджених рішень у міжнародному масштабі, «в яких представники трудящих і підприємців користуються рівними правами з представниками урядів, об'єднуються з ними для вільного обговорення і прийняття демократичних рішень з метою сприяння загального добробуту».

Таким чином, можна зробити висновок про те, що соціальне партнерство являє собою специфічний вид соціальних відносин між різними суспільними класами, соціальними групами і державою. Вказані відносини мають цілком визначені цілі та механізм їх реалізації, що становить перед собою соціальну стабільність в суспільстві. Необхідно зазначити, що соціальне партнерство в різних країнах є динамічним організмом, який враховує особливості розвитку відносин у сфері соціально-трудових відносин кожної країни. Разом із тим конкретний правовий механізм соціального партнерства залежить від тих економічних умов, у яких знаходиться держава, правової системи та економічних відносин, що існують в державі.

Загальновідомо, що Міжнародна організація праці за час свого існування прийняла 184 Конвенції міжнародної організації праці, з яких 69 було ратифіковано Україною, та цілий ряд рекомендацій, що загалом становлять міжнародний кодекс праці. Крім того, правовою основою соціального партнерства є також міжнародно-правові акти регіональних організацій, як, наприклад, міжнародно-правові стандарти Європейського Союзу і права Європейських співавторів.

Міжнародно-правове регулювання соціального партнерства ґрунтується на Конвенціях та рекомендаціях МОП. Основні принципи, на яких заснована Міжнародна організація праці, це принцип трипатризму. Він знайшов своє закріплення і в Конвенції МОП, це насамперед Конвенція № 87 про свободу асоціації та захист права на організацію 1948 р., Конвенція № 98 про застосування принципів права на організацію та на ведення колективних переговорів 1949 р., Конвенція № 144 при тристоронній консультації для сприяння застосуванню міжнародних трудових норм 1976 р., Конвенція № 150 про регулювання питань праці: роль, функції і організація 1978 р., Конвенція № 154 про сприяння колективним переговорам 1981 р., Рекомендація № 158 про регулювання питань праці: роль, функції, організація 1978 р. та цілий ряд Рекомендацій. Зокрема, це Рекомендація № 91 щодо колективних договорів 1951 р., Рекомендація № 92 про добровільне примирення і арбітраж 1951 р., Рекомендація № 94 про співробітництво на рівні підприємства 1952 р., Рекомендація № 113 про співробітництво у галузевому і у національному масштабах 1960 р., Рекомендація № 129 про зв'язки між адміністрацією і трудящими на підприємстві 1967 р., Рекомендація № 130 про розгляд скарг на підприємстві з метою їх вирішення 1967 р., Рекомендація № 149 про організації сільських трудящих та їх роль в економічному і соціальному розвитку 1975 р., Рекомендація № 159 про процедури визначення умов зайнятості на державній службі 1978 р., Рекомендація № 152 про тристоронні консультації 1976 р., Рекомендація № 163 про колективні переговори 1981 р. та інші. На порядку денному стоїть питання імплементації Конвенції № 144, яка регулює питання проведення ефективних консультацій між представниками уряду, підприємців та трудящих, яка була ратифікована Україною 17 грудня 1993 р. та набрала чинності 16 травня 1995 року.

Відповідно до вказаної Конвенції кожний член Міжнародної організації праці, який ратифікував цю Конвенцію, здійснює процедури, що забезпечують ефективні консультації між представниками уряду, роботодавців і працівників з питань, які стосуються діяльності Міжнародної організації праці. Згідно з п. 2 ст. 2 Конвенції кожна країна визначає характер і форму процедур, передбачених ст. 1 цієї Конвенції, відповідно до національної практики після консультації з представницькими організаціями, де такі організації є і де такі процедури ще не встановлено.

Наведена міжнародно-правова база являє собою основу соціального партнерства в Україні.

Міжнародна теорія та практика соціального партнерства передбачає дві його форми – біпатризм та трипатризм.

Біпатризм – це добровільна, що ґрунтується на незалежності і рівноправності сторін (проведення діалогів, консультацій, переговорів) організація трудящих та підприємців у процесі створення й застосування трудових норм – як національних, так і міжнародних, а також при вирішенні трудових спорів. У тих же випадках, коли діалог здійснюється на тристоронній основі: організаціях трудящих, підприємців і органів влади, то він називається трипатризмом. Вказані принципи знайшли своє закріплення в цілому ряді міжнародно-правових стандартів, які визначають лінію поведінки і правову модель взаємовідносин між соціальними партнерами. Українське законодавство соціального партнерства розвивається з урахуванням міжнародного досвіду.

Необхідно зазначити, що побудова системи соціального партнерства в Україні повинна ґрунтуватися на загально визначених принципах, які знайшли свою реалізацію в законодавстві розвинутих країн. Це насамперед: переважно-узгоджувальний характер вирішення розбіжностей, які виникають між соціальними партнерами; визначення й узгодження критеріїв соціальної справедливості та встановлення заходів щодо захисту інтересів суб'єктів соціального партнерства; участь найманих працівників у сфері управління. Перелічені принципи соціального партнерства дають змогу забезпечити: реалізацію заінтересованості суб'єктів соціального партнерства в ефективному економічному зростанні, соціальному мирі та зміцненні демократичних начал; поліпшення умов життя та праці; зниження рівня і попередження соціальних конфліктів.

Обов'язковою умовою співробітництва соціальних партнерів (найманих працівників, роботодавців та держави в особі уряду) є добровільна співпраця, відповідальність, рівність прав та взаємні поступки в ході переговорів. Основним методом забезпечення злагоди суб'єктів соціального партнерства є консенсус, який досягається в ході переговорів. У тих випадках, якщо між суб'єктами соціального партнерства не досягається згода в ході переговорів, питання знімається в розгляд або ж коли виникає конфліктна ситуація, вона вирішується відповідно до законодавства.

Правова модель соціального партнерства в державі повинна включати в себе такі основні елементи, як суб'єкти партнерства, об'єкти партнерства, рівні укладення угод, механізми і процедуру врегулювання розбіжностей, що виникають.

Правову основу соціального партнерства в Україні становлять Закон України «Про соціальний діалог в Україні» від 23 грудня 2010 р., Закон України «Про колективні договори і угоди» від 1 липня 1993 р., Закон України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» від 3 березня 1998 р., Закон України «Про об'єднання роботодавців» від 24 травня 2001 р., Закон України «Про профспілки та гарантії діяльності» від 15 березня 1999 р. та ціла низка інших.

Згідно зі ст. 1 Закону України «Про соціальний діалог в Україні» соціальний діалог – це процес визначення і зближення позицій, досягнення спільних домовленостей та прийняття узгоджених рішень сторонами соціального діалогу, які представляють інтереси працівників, роботодавців та органи виконавчої влади, і органи місцевого самоврядування з питань соціальної та економічної політики, регулювання трудових, соціальних, економічних відносин.

Одним із найважливіших питань соціального партнерства в Україні є визначення сторін та його рівнів. Особливо це є важливим у період проведення адміністративної реформи. Соціальний діалог в Україні або соціальне по суті партнерство реалізується на чотирьох рівнях: на національному рівні – профспілкова сторона, суб'єктами якої є об'єднання профспілок, які мають статус всеукраїнських; сторона органів виконавчої влади, суб'єктом якої є Кабінет Міністрів України; на галузевому рівні – профспілкова сторона, суб'єктами якої є всеукраїнські профспілки та їх об'єднання, що діють у межах певного виду або кількох видів економічної діяльності; сторона роботодавців, суб'єктами якої є всеукраїнські об'єднання організацій роботодавців, що діють у межах певного виду або кількох видів економічної діяльності; сторона органів виконавчої влади, суб'єктами якої є профспілки відповідного рівня та їх об'єднання, сторона роботодавців, суб'єктами якої є місцеві органи виконавчої влади (що діють на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці). На території відповідної адміністративно-територіальної одиниці стороною соціального діалогу можуть бути органи місцевого самоврядування в межах повноважень, визначених законодавством. На локальному рівні – сторона працівників, суб'єктами якої є первинні профспілкові організації, а в разі їх відсутності – вільно обрані для ведення колективних переговорів представники (представник) працівників; сторони роботодавця, суб'єктами якої є роботодавець та/або уповноважені представники роботодавця.

Отже, як бачимо, в цьому законі основний акцент зроблено на ведення перемовин, тобто на діалог. Правовий механізм узгодження інтересів сторін, об'єктний склад ведення соціального діалогу визначений не чітко. Міжнародно-правові акти застосовують термін «соціальне партнерство». Тому ми вважаємо за доцільне використання саме цього терміна щодо регулювання суспільних відносин соціального партнерства. Виходячи з цього, є необхідність у прийнятті Закону України «Про соціальне партнерство в Україні», у якому було б доцільно чітко визначити суб'єктний та об'єктний склад соціальних партнерів. Колективні угоди галузевого, регіонального та загальнодержавного рівня повинні укладатися на тристоронній основі, а не так, як це було раніше, коли Кабінет Міністрів підписував загальнодержавну угоду на стороні роботодавця, а не був третьою стороною угоди.

Що ж стосується укладення колективних договорів, то ми вважаємо, що в тих випадках, коли колективні договори укладаються на бюджетотворюючих підприємствах, вони теж повинні укладатися на тристоронній основі. Крім роботодавця, представників найманих працівників (профспілок) стороною колективного договору повинні виступати органи місцевого самоврядування, на території яких знаходиться бюджетотворююче підприємство. Це сприятиме не лише ефективному захисту прав найманих працівників, але й позитивно впливатиме на формування бюджету органів місцевого самоврядування.

Вирішення вказаних проблем позитивно вплине на рівень захисту колективних прав та інтересів найманих працівників.

¹ Новиков В. М. Зарубіжний досвід соціального партнерства: аспекти праці. – 1998. – № 1. – С. 38–43.

² Батюк В. Україна в Міжнародній Організації праці. – К.: Видавництво політичної літератури України. – 1968. – С. 7.

Резюме

Стадник М. П. Міжнародно-правові засади соціального партнерства в Україні.

У статті досліджуються міжнародно-правові засади побудови соціального партнерства в Україні.

Аналізуються міжнародно-правові акти, Конвенції та Рекомендації Міжнародної організації праці та законодавство України, яке регулює ці відносини.

Ключові слова: соціальне партнерство, міжнародно-правові акти, соціальне партнерство, соціальний діалог, конвенції, рекомендації, Міжнародна організація праці.

Резюме

Стадник Н. П. Международно-правовые основы социального партнерства в Украине.

В статье исследуются международно-правовые основы построения социального партнерства в Украине.

Анализируются международно-правовые акты, Конвенции и Рекомендации Международной организации труда и законодательство Украины, регулирующие эти отношения.

Ключевые слова: социальное партнерство, международно-правовые акты, социальное партнерство, социальный диалог, конвенции, рекомендации, Международная организация труда.

Summary

Stadnyk M. International legal basics of social partnership in Ukraine.

The article examines international legal basics of construction of social partnership in Ukraine.

There are analyzed instruments of international law, Conventions and Recommendations of International Labor Organization and legislation of Ukraine that regulates relations.

Key words: social partnership, instruments of international law, social partnership, social dialogue, Conventions, Recommendations, International Labor Organization.

Отримано 8.04.2014

УДК 347.412

Н. В. ФЕДОРЧЕНКО

Наталія Володимирівна Федорченко, кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри Київського університету туризму, економіки і права

ДОГОВІРНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН З НАДАННЯ ПОСЛУГ

Динаміка економічних відносин, зокрема у сфері виробництва і розподілу, та успішне функціонування ринку товарів, робіт і послуг вимагають, щоб правові форми, в які втілюються різні за характером суспільні відносини, були адекватні новому економічному змісту. Основною та найбільш стійкою в часі правовою формою є договір, роль якого докорінно змінилася в умовах ринкової економіки.

Важливим регулятором відносин з надання послуг на рівні з нормативно-правовими актами виступає цивільно-правовий договір, що, за слушним висловом Н. С. Кузнецової, у всіх правових системах є одним з основних елементів правопорядку, який юридично забезпечує дійсність обмінних процесів з метою задоволення потреб суспільства, окремих його громадян або їх об'єднань¹. В А. Васильєва основою виникнення зобов'язань з надання посередницьких послуг визначає саме цивільно-правовий договір². Законодавець у ЦК України вперше закріпив цивільно-правовий договір як джерело цивільного права. Він дозволяє при укладенні договору врегульовувати не лише відносини, які не врегульовані актами цивільного законодавства, а й відступати від цих положень і врегульовувати відносини на власний розсуд (ч. 2 ст. 6 ЦК)³.

Законодавство встановлює принципи підкорення договору закону, а тому договір повинен відповідати обов'язковим для сторін правилам, які встановлені нормативно-правовими актами і діють в момент його укладення. Із співвідношення закону і договору випливає: 1) об'єктивне верховенство імперативних норм закону над договором; 2) рівність диспозитивних норм закону і умов договору можлива, коли таку рівність допускає диспозитивна норма; 3) при вступі в дію нового закону, який регулює відносини сторін по-іншому, умови раніше укладеного договору зберігають свою силу, якщо інше не передбачено законом; 4) зміст договору повинен відповідати нормам закону чи інших нормативно-правових актів; 5) договір може бути заснований на звичаях ділового обороту; 6) договір, який не відповідає вимогам закону або укладений з метою, завідомо суперечливою основам правопорядку і моральності, є нікчемним; 7) до нікчемних і оскаржуваних договорів можуть застосовуватись наслідки недійсності договорів; 8) воля і волевиявлення сторін є визначальною у виборі способу тлумачення договору⁴.

За своєю структурою цивільно-правовий договір становить систему правових зв'язків між його учасниками, їх дії в межах визначеного періоду часу спрямовані на досягнення певного результату. Договір, на відміну від правочину, характеризується своїми видовими ознаками. Насамперед на протигагу односторонньому правочину, який є дією (волевиявленням) однієї сторони (особи), у договорі виявляється воля двох або кількох сторін, спрямованих на досягнення спільного для них правового результату⁵.

Як слушно зазначається в юридичній літературі, договір, заснований на взаємній заінтересованості сторін, здатен забезпечити таку організацію, порядок і стабільність в економічному обороті, яких неможливо досягнути за допомогою найжорсткіших адміністративно-правових заходів⁶. Це твердження є актуальним і

для договірних відносин з надання послуг, розвиток яких безпосередньо пов'язаний з ринковими перетвореннями, що відбуваються у нашій державі.

На думку Р. А. Майданика, самостійність, незалежність, ініціативність приватного життя можна забезпечити лише за умови визнання природного, об'єктивного, наднормативного характеру цивільних прав як прав, які постають із самого життя⁷. Так, в умовах сьогодення зменшення державного регулювання договірних зв'язків у сучасних умовах суттєво відчувається зростання свободи суб'єктів договору в реалізації своїх прав та інтересів. І хоча сьогодні виникають нові непомінені конструкції договорів про надання послуг, все ж основна увага науковців прикута до дослідження загальних положень про договір, адже останні поширюються на всі види відносин договірної характеру, що виникають у нашій державі. Тобто, феномен договору полягає у тому, що він виступає правовим засобом, у межах якого інтерес однієї сторони задовольняється тільки через інтерес іншої.

Отже, закон у договірній сфері перестає вважатися «істиною в останній інстанції», оскільки, як слушно зазначає М. М. Сибільов, сторони мають право відходити від його положень, коригуючи його до своїх інтересів. Закріплення в новому ЦК України правил про регулюючу роль договорів та звичаїв як джерел права, принципу свободи договору дає підстави стверджувати про наявність другої базової моделі правового регулювання договірних відносин – внутрішнього регулювання (саморегулювання)⁸.

Аналізуючи праці відомих цивілістів, зустрічаємо різні визначення договору. Зокрема, договір називають правочином, правовідношенням, підставою виникнення зобов'язання, юридичним фактом, самим зобов'язанням, документом, що фіксує укладення угоди, особливим видом нормативного акта тощо⁹. Однак ні в кого не викликає сумніву твердження, що згода, погодження, домовленість – це суть договірної права.

Узагальнивши понятійні визначення, які існують у теорії договірної права, можна говорити про те, що договір розглядається у таких значеннях:

1. Як зустрічне волевиявлення його учасників, домовленість сторін, спрямована на встановлення, зміну чи припинення певних прав чи обов'язків. Із цієї точки зору він є юридичним фактом, основною підставою виникнення зобов'язальних правовідносин. Аналізуючи наведене у ч. 1 ст. 626 ЦК України визначення договору, можна припустити, що розробники ЦК України виходили саме з цієї позиції, оскільки договір визначено як домовленість, спрямовану на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків.

2. Як правовідношення, що виникає в результаті укладення договору (правочину), оскільки саме в правовідношенні існують і реалізуються суб'єктивні права та обов'язки сторін договору. Слід зазначити, що в юридичній літературі трапляються думки про тотожність договору не лише з правовідношенням, але й із самим зобов'язанням¹⁰, які викликали цілком аргументовані заперечення з приводу того, що поняття «договору» не слід змішувати з поняттям зобов'язання, оскільки зобов'язання можуть виникати не тільки з договорів і мати як договірний, так і недоговірний характер¹¹.

3. Як форма правочину, тобто документ, що фіксує права та обов'язки сторін. Таке розуміння договору є досить умовним, оскільки домовленість сторін може бути оформлена не лише у формі єдиного документа, підписаного всіма учасниками.

4. Як регулятор суспільних відносин, причому не підзаконного рівня, а такого, що знаходиться на одному шаблі із законом. Більше того, сьогодні на сторінках юридичної періодики висловлюються думки, що договірне саморегулювання цивільних відносин має переважаче значення порівняно з їх зовнішнім (державним) правовим регулюванням¹². Із цією тезою в досліджуваних нами правовідносинах з надання послуг можна погодитись лише з певними застереженням, оскільки договори про надання послуг часто характеризуються як публічні договори та договори приєднання, то вони повинні відповідати обов'язковим для сторін правилам, що встановлені нормативно-правовими актами і діють в момент його укладення. Тому підпорядкування договору імперативним нормам закону чи іншим нормативно-правовим актам в юридичній літературі пропонується трактувати розширено¹³.

Отже, у правовідносинах з надання послуг суб'єкти за допомогою такого сильного інструмента, як цивільно-правовий договір, можуть врегулювати відносини між собою без застосування закріплених законодавцем норм, крім випадків, зазначених у абз. 2 ч. 3 ст. 6 ЦК України, оскільки використання учасниками відповідних правовідносин свого права на їх договірне саморегулювання унеможливує застосування до відповідних відносин положень актів цивільного законодавства України, що регулюють їх інакше, ніж це визначено в договорі.

Договірне регулювання правовідносин з надання послуг є індивідуальним, воно надає обов'язковість специфічному порядку дій контрагентів. Договірне регулювання в досліджуваній сфері правовідносин виражається у встановленні порядку їх укладення, зміни і розірвання, виконанні сторонами прийнятих на себе зобов'язань, а також відповідальності за невиконання та неналежне виконання таких зобов'язань. Тобто, договірні відносини з надання послуг регулюються цивільно-правовим договором, що виступає індивідуалізованим відношенням між замовником та виконавцем, які пов'язані правами і обов'язками, що визначають забезпечену законом міру можливої і необхідної поведінки в сфері здійснення певної діяльності або окремої дії на користь замовника.

У чинному законодавстві України зберігаються такі своєрідні нормативно-правові акти в сфері договірних відносин з надання послуг, як типові та примірні договори. Основне призначення цих джерел полягає, на нашу думку, в існуванні потреби держави визначати там, де це необхідно, бажану модель поведінки конкретних учасників договірної зобов'язання, а також спростити процес укладання конкретних договорів з надання послуг.

У типовому договорі можуть міститися як обов'язкові, так і диспозитивні рекомендаційні положення, що саме по собі не позбавляє типовий договір ознак нормативності, якщо він затверджений компетентним органом та зареєстрований як нормативно-правовий акт. Так, відповідно до ч. 4 ст. 179 ГК України типові договори затверджуються Кабінетом Міністрів України у порядку, передбаченому законом, іншим органом державної влади. Тобто договори про надання послуг повинні укладатися з урахуванням типових умов, якщо така обов'язковість передбачена нормативно-правовим актом, яким затверджено ці умови.

Разом із тим, виникає запитання у разі, якщо такі умови не затверджені уповноваженими державними органами, а виходять від певних суб'єктів цивільних правовідносин? У цьому випадку доходимо висновку про неможливість визнання умов, що виходять від певних суб'єктів цивільних правовідносин (наприклад, юридичної особи), типовими, оскільки відсутній факт оприлюднення такого роду умов настання юридичних наслідків для сторони, яка не була обізнана із ними. Так, згідно зі ст. 630 ЦК договором може бути встановлено, що його окремі умови визначаються відповідно до типових умов договорів певного виду, *оприлюднених у встановленому порядку*. Якщо оприлюднення типових умов не відбулося, то такі умови можуть застосовуватися лише як звичай ділового обороту, якщо вони відповідають вимогам ст. 7 ЦК, у якій визначається поняття звичая ділового обороту та порядок його застосування.

Слід зазначити, що сьогодні при регулюванні договірних відносин про надання послуг спостерігається тенденція до розширення кола типових договорів. І тут заслуговують на увагу висловлені у літературі застереження щодо такого: а) положення цих договорів не повинні суперечити ЦК України та іншим законам України; б) затверджені нормативними актами типові договори, що мають імперативні приписи, можуть поширюватися лише на ті договори, які є публічними (*насамперед йдеться про надання послуг такими монополістами як Укрзалізниця, Укртелеком – курсив наш – Н. Ф.*), а інакше імперативні приписи будуть вступати в суперечність із принципом свободи договору (ст. 3 ЦК України)¹⁴.

Таким чином, типізацію договірних форм у сфері надання послуг слід проводити доволі обережно та, як слушно зазначає А. Б. Гриняк, на рівні рекомендаційного, однак не обов'язкового характеру¹⁵, а затверджені нормативно-правовими актами типові договори, що мають імперативні приписи, можуть поширюватися лише на ті договори, які є публічними, оскільки в протилежному випадку імперативні приписи будуть вступати в суперечність з принципом свободи договору.

Водночас примірні договори у відносинах з надання послуг носять рекомендаційний характер, оскільки недодержання такого роду рекомендаційних норм не тягне за собою настання негативних наслідків для їх учасників. Відповідно до цього сторони досліджуваних договорів мають право не лише змінювати за погодженням між собою окремі умови, передбачені примірними договорами, а й взагалі регулювати відносини між собою на власний розсуд.

В юридичній літературі останніх років активно досліджується концепція «формулярного права», до якого включаються джерела нормативного походження. До них зазвичай відносять типові договори, інші стандартні форми договорів, договори приєднання, які розробляються великими підприємствами, компаніями у певних сферах їх діяльності (перевезення, страхування, банківське обслуговування тощо). У своїх стандартних документах (типових договорах, договорах приєднання, документах-формулярах) суб'єкти підприємства, які надають послуги множині клієнтів, у тому числі фізичних осіб-споживачів, закладають деталізовані умови договору. Формулярні джерела, як наголошує О. А. Беяневич, мають свої як позитивні, так і негативні риси. Позитивним є насамперед те, що формулярні документи сприяють прискоренню оформлення договірних відносин, підвищенню економності витрат часу тощо. Негативною їх рисою є те, що їх творці досить часто закладають у формулярні документи пільгові умови для себе і більш обтяжливі – для своїх контрагентів, а також у цих випадках фактично обмежується свобода вибору умов договору для контрагентів¹⁶.

Доцільно зазначити, що у сфері надання послуг доволі поширеними є договори приєднання, під якими законодавець розуміє договірні умови, встановлені однією зі сторін у формулярах або інших стандартних формах, до яких інша сторона може лише приєднатись в цілому, оскільки позбавлена права запропонувати свої умови договору (ч. 1 ст. 634 ЦК). Тобто, умови договорів приєднання в сфері надання послуг є тим інструментом закріплення прав та обов'язків сторін, за допомогою якого закріплюється воля виконавця, в той час як замовник або погоджується з такими умовами без обговорення, або ж відмовляється від вступу у договірні відносини. Іншими словами, закріплені в стандартній формі (тексті) договору про надання послуг правила є загальнообов'язковими для усіх потенційних контрагентів такого виконавця.

Таким чином, у договорах приєднання ми маємо справу із зовні договірною формою відносин між суб'єктами зобов'язань з надання послуг, але за змістом – із односторонньо (одноособово) сформульованими стороною договору правилами поведінки, які поширюються на невизначене коло осіб. Зважаючи на це, доцільно погодитись з висновком О. А. Беяневич, що договір приєднання є не стільки актом саморегулювання, автономним щодо зовнішнього регулювання, скільки нормотворчим актом однієї особи (автора формуляру), який також є достатньо автономним від нормативно-правового регулювання¹⁷.

Аналізуючи співвідношення договору приєднання із типовими та примірними договорами, слід наголосити на необхідності їх розмежування, оскільки типові та примірні договори є нормативно-правовими джерелами соціального регулювання відносин з надання послуг. Тобто, сторони при вступі у досліджувані правовідносини зобов'язані дотримуватись встановлених у типовому договорі умов незалежно від їх волі. Іншими словами, при укладенні договору про надання послуг на основі типових положень неможливість

узгодження воль існує для обох адресатів нормативно-правового акта (контрагентів). У той час як договори приєднання закріплюють волю одного учасника, який є автономним господарюючим суб'єктом.

Зважаючи на це, доходимо висновку, що типові, примірні договори і договори приєднання як джерела правового регулювання відносин з надання послуг – це особливі види нормативного регулювання взаємовідносин між замовниками та виконавцями, в яких імперативно встановлюються права та обов'язки сторін та умови, які підлягають деталізації сторонами або можуть бути визначені в договорі на їх розсуд.

¹ Кузнецова Н. С. Подрядные договоры в инвестиционной деятельности в строительстве / Н. С. Кузнецова. – К. : Наукова думка, 1993. – С. 41.

² Васильева В. А. Проблеми цивільно-правового регулювання відносин з надання посередницьких послуг: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / В. А. Васильева. – К., 2006. – С. 128.

³ Резніченко С. В. Нормативно-правовий та цивільно-правовий договори: порівняльний аналіз / С. В. Резніченко // Суспільство. Держава. Право. – Вип. 5. Цивільне право. – Одеса, 2005. – С. 35.

⁴ Соцура Л. В. Соотношение договора и закона // Юрист / Л. В. Соцура. – 2001. – № 2. – С. 34.

⁵ Луць В. В. Цивільно-правовий договір: його суть і сфера дії в сучасних умовах / В. В. Луць // Радянське право. – 1987. – № 8. – С. 15.

⁶ Бородовський С. О. Укладення, зміна та розірвання договору у цивільному праві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / С. О. Бородовський. – Івано-Франківськ, 2005. – С. 13.

⁷ Майданик Р. А. Цивільне право як сфера приватного права України / Р. А. Майданик // Приватне право. – № 1. – 2013. – С. 71.

⁸ Сибільов М. Базові моделі регулювання майнових відносин за новим Цивільним кодексом України / М. М. Сибільов // Українське комерційне право. – 2003. – № 4. – С. 17.

⁹ Brian H. Brix. The Ethics of Consent: Theory and practice. Edited by Franklin G. Miller and Alan Wertheimer / Brian H. Brix. – Oxford university press, 2010. – P. 53.

¹⁰ Халфина Р. О. Договор в английском гражданском праве / Р. О. Халфина. – М., 1959. – С. 50.

¹¹ Иоффе О. С. Избранные труды: в 4 т. Т. 3. Обязательственное право / О. С. Иоффе. – СПб. : Юридический Центр Пресс, 2004. – С. 26.

¹² Погрібний С. О. Регулювання договірних відносин у цивільному праві України: співвідношення їх внутрішнього (саморегулювання) і зовнішнього (державного) регулювання / С. О. Погрібний // Право України. – 2012. – № 9. – С. 35.

¹³ Садиков О. Н. Договор и закон в новом гражданском праве России / О. Н. Садиков // Вестник Высшего арбитражного Суда РФ. – 2002. – № 2. – С. 141.

¹⁴ Бервено С. М. Проблеми договірного права України: монографія / С. М. Бервено. – К.: Юрінком Інтер, 2006 – С. 83.

¹⁵ Гриняк А. Б. Договірні зобов'язання з виконання робіт у цивільному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / А. Б. Гриняк. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2013. – С. 11.

¹⁶ Беяневич О. А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти): монографія / О. А. Беяневич. – Юрінком Інтер, 2006. – С. 315–316.

¹⁷ Беяневич О. А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти): монографія / О. А. Беяневич. – Юрінком Інтер, 2006. – С. 315–316.

Резюме

Федорченко Н. В. Договірне регулювання відносин з надання послуг.

Статтю присвячено договірному регулюванню відносин з надання послуг. Акцентується увага на типових, примірних договорах, договорах приєднання та існуючих колізіях між нормативним та договірним регулюванням досліджуваних правовідносин.

Ключові слова: цивільно-правовий договір, договір з надання послуг, суб'єкти договірних зобов'язань з надання послуг, типовий договір, примірний договір, договір приєднання.

Резюме

Федорченко Н. В. Договорное регулирование правоотношений по предоставлению услуг.

Статья посвящена договорному регулированию отношений по оказанию услуг. Акцентируется внимание на типичных, примерных договорах, договорах присоединения и существующих коллизиях между нормативным и договорным регулированием рассматриваемых правоотношений.

Ключевые слова: гражданско-правовой договор, договор по оказанию услуг, субъекты договорных обязательств по оказанию услуг, типовой договор, примерный договор, договор присоединения.

Summary

Fedorchenko N. Rendering services contractual regulation.

The article is devoted to the regulation of contractual relations services, focuses on the typical, sample contracts, and joining the existing conflict between the statutory and contractual regulation of the studied relationships.

Key words: civil contract, contract service providers, agents contractual obligation to provide services, standard contract, sample contract agreement accession.

Отримано 7.04.2014

С. В. ЩЕРБАК

Світлана Володимирівна Щербак, кандидат юридичних наук, доцент, доцент ДВНЗ «Українська академія банківської справи Національного банку України»

СУДОВІ ТА ВИКОНАВЧІ ПРОЦЕДУРИ В ЦИВІЛІСТИЧНОМУ ПРОЦЕСІ

Серед сучасних тенденцій розвитку системи цивільної юрисдикції однією з визначальних є пошук оптимальних процесуальних форм вирішення справ, зокрема розмежування, або диференціація, судових процедур, а також пошук спрощених форм вирішення підвідомчих судам справ¹. У свою чергу, формування теоретичних основ виконавчого процесу слід пов'язувати з виробленням належного процесуального інструментарію, що відповідає реаліям, з метою забезпечення здійсненності прав сторін, встановлених судовим актом або рішенням інших органів (посадових осіб).

Слушною є позиція В. В. Яркова² про те, що процесуальність стала все більш властива несудовим юрисдикціям, а цивілістичний процес охоплює як два класичних судових процеси – цивільний та арбітражний, так і діяльність несудових цивільних юрисдикцій – виконавче і нотаріальне провадження, третейський (арбітражний) розгляд.

І судову, і виконавчу процедуру слід розглядати як правову реальність, що набуває важливого та самостійного значення. Водночас поняття «процедури», «судової процедури», «виконавчої процедури» доктринально не сформульовані, їх природа та значення в цивілістичному процесі не визначені. Складність дослідження процедур у цивілістичному процесі полягає й у багатогранній властивості процедури відігравати роль загального або часткового – звідси й неодноманітність у значенні процедури для процесу.

Ще не так давно цивільний процес демонстрував прихильність єдиній, універсальній, повній, розгорнутій цивільній процесуальній формі, що не допускала наявності процедурного компонента в складі цивільного процесу. Перш за все це пов'язувалося з інституціональністю цивільного процесу, що означає пріоритет об'єктивно-публічного критерію, тобто регулювання об'єктивним правом структури та впорядкованої послідовності процесуальних інститутів. Оскільки історично (традиційно) у німецькій традиції цивільний процес усвідомлювався як інституціональне явище, що характерно й для України, це значною мірою сприяло формуванню нормативістського розуміння судового захисту та правосуддя як виключно публічно-владної діяльності.

Сучасні тенденції розвитку цивільного процесу безпосередньо пов'язуються із визначенням моделі вітчизняного процесу та концептуальних принципів побудови цивільного процесуального права, що викликає й нові підходи щодо визначення його місця в системі права. Так, при формуванні змісту п'ятитомного видання Національної академії правових наук України «Правова доктрина», опублікованого у 2013 році, розділ 4 «Розвиток доктрини цивільного процесуального права» увійшов до структури 3-го тому видання, що має назву «Доктрина приватного права України», де зазначається, що цивільне процесуальне право якщо й не належить до галузі публічного права, то більшою мірою тяжіє до публічного права, оскільки у сфері регулювання цивільного процесуального права мають місце суттєві прояви процесуальної диспозитивності³.

Процедурна побудова цивільного процесу характерна для романської традиції (Франція, частково Іспанія та Італія), де процедура є мірилом процесу. Романська модель цивільного процесу розвиває традиції ліберальної концепції права, де принцип примирювальних процедур, сформульований у свій час Д.-Ж. Корню та закріплений в ЦПК Франції у 1976 році, розвиток делегованих судових процедур, реформування вільного та «ритуального арбітража» в Італії витікають з пріоритету приватно-правових засад у методах та цілях процесу. Принцип ефективного співробітництва судді та сторін втілюється через різні судові процедури.

Саме процедурний розвиток цивільного процесу передбачає акцентування приватно-правових методів регулювання, що зовні виражається у різноманітності судових процедур всередині процесу (так і поза ним).

Перші розробки в сфері судових процедур з'явилися ще в умовах дії радянського ЦПК 1963 року в працях Е. М. Мурад'ян⁴, де авторка, говорячи про спрощення процесу, пропонувала частково деформалізувати окремі судові процедури, не відмовляючись від процесуальної форми та окреслюючи їх сферу введенням, наряду з існуючим, альтернативного методу вирішення спорів поза судового засідання та без звичної традиційно обов'язкової процесуальності. Зокрема, йшлося про процедуру мирного врегулювання спорів в умовах вільного спілкування та конструктивного співробітництва сторін, всіляко підтримуваного суддею; спеціальну погоджувальну процедуру, що характеризується вирішенням всіх питань спору учасниками погоджено, по добрій волі, за сприяння суду у зближенні позицій та подоланні розбіжностей.

У подальшому в монографії «Нотаріальні і судові процедури»⁵ Е. М. Мурад'ян, на розвиток своїх ідей у контексті судового права, зазначає, що судові процедури як іманентні процесуальним функціям у межах

тієї або іншої стадії цивільного судочинства форми процесуальної діяльності і в цілому алгоритмізують порядок стадій судочинства. За подібного підходу автором сформульовано поняття і зміст судового методу – характеру дій судді та суду, що гарантує справедливість судового розгляду, способу здійснення правосуддя судом і сукупності судових процедур, прийомів і способів.

Інший погляд на природу судових процедур висловлений Т. В. Сахною, на думку якої судові процедури – важлива закономірність розвитку сучасного цивілістичного процесу, які розглядаються і як елемент диференціації процесу, і як елемент реалізації судової влади⁶. Способом досягнення цивілістичним процесом нової якості автор називає розвиток методів сучасного процесу, судового захисту.

Характеризуючи сучасний цивільний процес, прикладами судових процедур можна вважати заочне провадження як процедуру позовного провадження в цивільному процесі, попереднє судове засідання як процедуру в стадії провадження до судового розгляду, мирову угоду, процедуру судового доручення, процедуру наказного провадження.

На думку В. В. Комарова⁷, концептуальний розвиток процесуальних процедур слід пов'язувати з диференціацією цивільної процесуальної форми як базової конструкції цивільного процесу. При цьому автором фактично проводиться класифікація судових процедур на 2 групи:

- 1) процесуальні процедури, які мають субстанціальний характер в структурі цивільного процесу і є опорними елементами процесуального механізму регулювання цивільних процесуальних відносин;
- 2) процедури, що існують в рамках того чи іншого процесуального провадження.

Водночас з викладеного вбачається побудова цивільного судочинства таким чином, що судові процедури диференційовані на кілька окремих видів проваджень (відповідно позовне, наказне та окреме) та за такого підходу вони є системою процесуальних процедур, заснованих на позовному провадженні як опорній конструкції цивільного судочинства.

На нашу думку, як судову процедуру слід розглядати лише наказне провадження, однак з огляду на її існування поза меж цивільної процесуальної форми, її природа не є процесуальною. З огляду на це, зазначена судова процедура не може включатися до процесуальних проваджень цивільного процесу, враховуючи фундаментальні положення теорії юридичного процесу.

Крім того, уявляється, що в такому контексті поняття «процесуального провадження» та «судової процедури» співпадають, маючи різні сутнісні характеристики та призначення в цивільному процесі.

Враховуючи принципово полярні наукові конструкції судових процедур, більш прийнятною є диференціація судових процедур, запропонована Т.В. Сахною⁸, що базується на розмежуванні судових процедур у межах виду провадження та в межах тієї чи іншої стадії процесу.

Враховуючи існуючу різноманітність судових процедур у цивільному процесі, можна сформулювати такі їх види:

- 1) матеріальні та нематеріальні судові процедури;
- 2) судові процесуальні процедури;
- 3) судові процедури, орієнтовані на пошук істини по справі та спрямовані на врегулювання спору між сторонами.

Законодавчі підстави для виділення матеріальних та нематеріальних процедур містяться переважно у процесуальному законодавстві, а також в окремих нормах матеріального права. Наприклад, у матеріальному законодавстві містяться не лише власне матеріально-правові процедури, але й судові, однак не процесуальні. Йдеться про процедуру примирення подружжя, що здійснюється при розгляді справи про розлучення, що регламентується статтями 111 та 112 СК України, коли саме суд вживає заходів щодо примирення подружжя, якщо це не суперечить моральним засадам суспільства.

Судова процедура, прописана в нормах ЦПК України, може не бути за своєю суттю процесуальною, як це видно на прикладі наказного провадження.

Вибір судових процедур впливає на результат процесу, а тому існуючі процедури в аспекті встановлення істини по справі бувають орієнтовані на пошук істини або обмежені метою врегулювати спірні правовідносини сторін цивільного процесу⁹.

Як зазначає Дж.Джоловіч¹⁰, головний дефект змагальної системи полягає в тому, що суддя не має своїм обов'язком встановити правду. І хоча доктринальна характеристика моделі вітчизняного цивільного процесу тяжіє до змагальної, однак формальне вирішення спору між сторонами не має бути метою правосуддя, а тому ухваленням судом правильних рішень узгоджується з встановлення істини по справі, дійсних взаємовідносин сторін.

На відміну від цивільного процесу, у виконавчому процесі не існує процедур, орієнтованих на пошук істини, яка на момент відкриття виконавчого провадження вже має бути встановлена судом у ході здійснення правосуддя, хоча примирювальні процедури, спрямовані на врегулювання спору, також існують, хоча змістовно вони відрізняються від судових.

Розглядаючи достатньо дискусійне питання щодо правового значення та співвідношення таких правових понять, як юридичний процес та юридична процедура, з урахуванням яких мають ґрунтуватися й визначення змісту таких понять, як судова та виконавча процедура, слід розділити наукові погляди вчених, за якими поняття процесу наділяється щодо процедури більш широким значенням, де процедура, відповідно, розглядається як частина процесу. Як зазначає О. В. Яковенко¹¹, поняття юридичного процесу ширше, ніж правової процедури, оскільки може включати, в одних випадках, певну комплексну правову процедуру, при-

стосовану до вирішення конкретної юридичної задачі, а в іншому випадку, може здійснюватися за певною юридичною процедурою.

Конкретизуючи зазначений науковий підхід та застосовуючи позначені поняття в контексті виконавчого процесу, уявляється оптимальним співвідносити поняття «виконавчого процесу» та «виконавчої процедури» таким чином: поняття «виконавчий процес» значно об'ємніше за змістом, тому виконавчий процес слід сприймати як такий, що включає певну кількість правових процедур (виконавчих процедур), кожна з яких спрямована на вирішення конкретної задачі, однак не слід пов'язувати зміст виконавчого процесу з їх сукупністю.

Привертає увагу й те, що поняття «процедура» вже перестало бути теоретичним, про що свідчить його застосування в чинному законодавстві. Так, Закон України, яким вносилися останні значні зміни до Закону України «Про виконавче провадження» № 2677-17 від 4 листопада 2010 року має назву: «Про внесення змін до Закону України «Про виконавче провадження» та деяких інших законодавчих актів України щодо вдосконалення процедури примусового виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб)», тобто фактично на законодавчому рівні примусове виконання рішень державним виконавцем було названо «процедурою», однак поняття «виконавчого процесу» та «виконавчої процедури» не можуть отожднюватися, термін же «виконавча процедура» в даному контексті слід сприймати не як загальне, а як часткове.

Однією з основних ознак юридичного процесу переважна більшість вчених називає офіційне оформлення заключними та проміжними документами, відтак характерною ознакою, що дозволяє визначити діяльність державного виконавця щодо примусового виконання виконавчих документів як процесуальну, є чітке та послідовне фіксування кожної стадії виконавчого процесу процесуальним документом державного виконавця, що свідчить про завершеність правового регулювання, на відміну від процедури, де одне, остаточне рішення приймається як результат здійснення певної юридичної діяльності відповідно до законодавчо встановленого регламенту.

Постадійний рух виконавчого процесу прослідковується через винесення державним виконавцем постанов, що фактично підсумовують кожен етап його діяльності та кожен вчинений ним виконавчу дію, починаючи від постанови про відкриття виконавчого провадження та завершуючи постановою про закінчення виконавчого провадження. Проміжними документами можуть бути постанови про відстрочку або розстрочку виконання, про зупинення або відкладення виконавчого провадження тощо.

Доволі оригінальна позиція розмежування понять процесу та процедури запропонована Д. В. Філіним¹², на думку якого, межа між процедурою та процесом проходить в сфері комунікативних та пізнавальних можливостей. Він зазначає, що процедура може здійснюватись у вигляді діалога, в ній беруть участь дві сторони, одна з яких пізнає юридично значимі обставини, необхідні для прийняття законного та обґрунтованого рішення. На відміну від процедури, процес будується на основі триалогу. Триалогічність присутня лише там, де є три суб'єкта, інтереси яких не співпадають.

Застосування цього підходу до характеристики виконавчого процесу, можна відмітити, що виконавчий процес завжди характеризується триалогічністю – в ньому, крім державного виконавця, завжди беруть участь ще дві сторони – стягувач та боржник, інтереси яких є протилежними.

Отже, виконавчу процедуру слід розглядати як комплекс законодавчо визначених установок, що має окреслений регламент, власний предмет та об'єкт, що спрямований на вирішення конкретної задачі у виконавчому процесі.

Предмет виконавчої процедури пов'язаний з предметом виду провадження або стадії виконавчого процесу, але не співпадає з ним, тому виконавчі процедури можна класифікувати на 2 групи:

- 1) виконавчі процедури, які існують в межах проваджень;
- 2) виконавчі процедури, які властиві стадіям виконавчого процесу.

Так, до виконавчих процедур, які існують в межах проваджень, можна віднести процедуру накладення арешту на майно боржника (в межах провадження щодо звернення стягнення на майно боржника) або, навпаки, процедуру зняття арешту з майна боржника, або процедуру обмеження боржника в праві виїзду за межі України.

Як виконавчу процедуру, яка характерна стадіям виконавчого процесу, слід розцінювати мирову угоду як примирювальну процедуру або, на перспективу, медіацію, що здійснюється у рамках виконавчого процесу, а також процедуру стягнення виконавчого збору.

Наявність тісних міжгалузевих зв'язків виконавчого процесу з цивільним процесом у разі виконання державним виконавцем виконавчих документів, виданих судами загальної юрисдикції, свідчить також про можливість виділення процедур, які безпосередньо впливають на виконавчий процес, однак здійснюються в судовому порядку, передбаченому ЦПК України, якими є процедура визнання виконавчого листа таким, що не підлягає виконанню, або процедура примусового проникнення до житла чи іншого володіння особи. За своєю суттю зазначені процедури не можуть бути повністю віднесені до судових процесуальних процедур, співвідносних з категорією «правосуддя», втім правильніше визначати їх як змішані, судово-виконавчі процедури, що демонструє спосіб поєднання судової та несудової юрисдикції.

Отже, в рамках виконавчого процесу реалізуються такі процедури:

- 1) виконавчі процедури, які існують в межах проваджень або стадій виконавчого процесу;
- 2) змішані судово-виконавчі процедури.

Враховуючи нещодавно запроваджену новацію до чинного законодавства щодо реалізації майна шляхом проведення електронних торгів, можна виділити електронну виконавчу процедуру – процедуру реаліза-

ції арештованого майна боржника, яка здійснюється згідно з положеннями «Тимчасового порядку реалізації арештованого майна шляхом проведення електронних торгів», затвердженого наказом Міністерства юстиції України № 656/5 від 16.04.2014 року, в порядку проведення експерименту в м. Києві, Вінницькій, Дніпропетровській та Львівській області та залежно від його результатів запровадження її в цілому на всій території України.

І хоча електронні торги здійснює не державний виконавець, а спеціально уповноважене державне підприємство, яке належить до сфери управління Міністерства юстиції України, акт про його результати складається державним виконавцем та є підставою для подальшого оформлення права власності у нотаріуса (в разі придбання нерухомого майна) або безпосередньо підтверджує виникнення права власності на рухоме майно.

Отже, поєднує і судову, і виконавчу процедуру те, що вони обидві є правозастосовчими процедурами, однак порівняно з судовою процедурою, виконавча процедура не може розглядатися як елемент судової влади, адже виконавча процедура застосовується державним виконавцем, регламентується виконавчим процесуальним законодавством, має інше змістовне наповнення.

Якщо судові процедури спрямовані на прискорення та спрощення цивільного судочинства, втілення приватних засад у публічні відносини, розвиток яких пояснюється зближенням існуючих світових змагальної та інквізиційної моделей цивільного процесу, то виконавчі процедури слід пов'язувати зі специфікою виконавчого процесу, що не має засад змагальності, та пошуком нових способів та методів, спрямованих на гарантування реального виконання судових актів та рішень інших органів (посадових осіб) державним виконавцем.

¹ *Прутика Ю.* Цивільний процес в Україні й шляхи його вдосконалення // Проблеми застосування міжнародних стандартів у правовій системі України / За заг. ред. Є. Б. Кубка. – К.: ПрАТ «Юридична практика», 2013. – 608 с. – С. 261–273.

² *Ярков В. В.* Юридические факты в цивилистическом процессе. – М.: Инфотропик Медиа, 2012. – 608 с. – 2, С. IV.

³ *Правова доктрина України: у 5 т. – Т. 3: Доктрина приватного права України / Н. С. Кузнецова, Є. О. Харитонов, Р. А. Майданик та ін.; за заг. ред. Н. С. Кузнецової. – Х.: Право, 2013. – 760 с. – С. 724.*

⁴ *Мурадян Е. М.* О судебных процедурах // Советская юстиция. – 1988. – № 9. – С. 10–13.

⁵ *Мурадян Е. М.* Нотариальные и судебные процедуры. – М.: Юристь, 2006. – 470 с. – С. 144–215.

⁶ *Сахнова Т. В.* Судебные процедуры (о будущем цивилистического процесса) // Арбитражный и гражданский процесс. – 2009. – № 2. – С. 9–13; Там само. – № 3. – С. 2–5.

⁷ *Комаров В. В.* Цивільний процес у глобальному контексті // Право України. – 2011. – № 10. – С. 22–44.

⁸ *Сахнова Т. В. Сахнова Т. В.* Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – 696 с. – С. 43.

⁹ *Мурадян Е. М.* Истина как проблема судебного права. – М.: Юристь, 2004. – 312 с. – С. 279.

¹⁰ *Jolowicz J.* Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure // International and Comparative Law Quarterly. – 2003. – Vol. 52. – С. 289–291.

¹¹ *Яковенко О. В.* Правовая процедура: Автореф. канд. ... юрид. наук. – Саратов: Саратовская государственная академия права, 1999. – 21 с. – С. 6.

¹² *Филин Д. В.* Методологические проблемы процессуально-правовых исследований // Правовой аспект: LEGAL ASPECT. – 2007. – № 1. – С. 129–135.

Резюме

Щербак С. В. Судові та виконавчі процедури в цивілістичному процесі.

У статті розкрито сутність судової процедури, що пов'язується з сучасним розвитком цивільного процесу, визначено її значення в цивільному процесі. З урахуванням існуючої різноманітності судових процедур наведено їх класифікацію. Сформульовано поняття виконавчої процедури, виділено особливості її реалізації у виконавчому процесі, встановлені взаємозв'язки судової та виконавчої процедури, що проявляються на міжгалузевому рівні, визначено їх співвідношення у цивілістичному процесі.

Ключові слова: судова процедура, виконавча процедура, цивільний процес, виконавчий процес, цивілістичний процес.

Резюме

Щербак С. В. Судебные и исполнительные процедуры в цивилистическом процессе.

В статье раскрыта сущность судебной процедуры, что связано с современным развитием гражданского процесса, определено ее значение в гражданском процессе. С учетом существующего многообразия судебных процедур приведена их классификация. Сформулировано понятие исполнительной процедуры, выделены особенности ее реализации в исполнительном процессе, установлены взаимосвязи судебной и исполнительной процедуры, проявляющиеся на межотраслевом уровне, определено их соотношение в цивилистическом процессе.

Ключевые слова: судебная процедура, исполнительная процедура, гражданский процесс, исполнительный процесс, цивилистический процесс.

Summary

Shcherbak S. Judicial and executive procedures in civil law process.

The article reveals the essence of the judicial procedures associated with the development of modern civil procedure, and also its importance in civil proceedings. Taking into account the existent variety of judicial procedures its classification is brought. The con-

cept of executive procedure is set forth, the features of it realization are distinguished in executive process, intercommunications of judicial and executive procedure is set, which appears at inter-branch level, and also its correlation in a civil law process is defined.

Key words: judicial procedure, executive procedure, civil process, executive process, civil law process.

Отримано 11.04.2014

УДК 347.94.948/347.961.1

О. О. БАДИЛА

Оксана Олександрівна Бадила, здобувач Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка, приватний нотаріус Київського міського нотаріального округу

ТЕОРЕТИЧНІ ОСНОВИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОКАЗІВ У ЦИВІЛЬНОМУ ТА НОТАРІАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АСПЕКТ

Сьогодні питання забезпечення доказів у нотаріальному процесі є досить актуальним, але мало дослідженим. Така неувага до забезпечення доказів стосується й цивільного процесу, де мають місце лише окремі роботи науковців¹, а в міжнародному цивільному процесі переважна більшість вчених стандартно позначають межі дослідження широко «попередні забезпечувальні заходи» або подібно², але розглядають лише способи забезпечення позову, як і в деяких інших роботах³.

Інститут забезпечення доказів існував і у дореволюційному цивільному процесі. Зокрема, вчений Є. В. Васьковський називав такі дії, як забезпечення позову, забезпечення доказів, об'єднання позовів та деякі інші, «ускладненнями процесу»⁴. Сучасні науковці відносять ці ж процесуальні заходи до процесуальних засобів забезпечення ефективності судочинства у цивільних справах⁵.

Сутність тенденцій у наданні важливого значення доказуванню деякі автори вбачають у тому, що «відмова від об'єктивної істини в цивільному судочинстві відповідає цілям і завданням сучасного цивільного процесу. Як альтернатива об'єктивній істині в роботі запропоновано ввести стандарт доказування, що існує в країнах з класичним змагальним судочинством. Стандарт доведення можна розглядати як критерій, відповідно до якого суд ухвалює рішення на користь тієї сторони, яка успішніше впоралася з виконанням покладеного на неї обов'язку доказування»⁶.

Непоследовність такої позиції буде аналізуватися в подальшому. Звернемо увагу на те, що М. А. Плюхина зазначає: «Запропоновано розділяти цілі цивільного судочинства на: безпосередні (захист прав суб'єктів) і опосередковані (зміцнення законності і правопорядку, запобігання правопорушенням, формування шанобливого ставлення до права і суду)»⁷. Однак останню позицію традиційно відносили до елементів об'єктивної істини, оскільки не може бути метою сторін лише змагання в доказуванні й дотримання вимог ЦПК.

З цього приводу І. В. Решетникова слушно застерігає: «Чекати ж від простого громадянина професійних юридичних знань просто не доводиться. Громадяни, не будучи юристами, іноді не в змозі самі визначити необхідні у справі докази, правильно реалізувати свої права, зробити своєчасні процесуальні кроки з забезпечення доказів тощо. Унаслідок швидкого розшарування суспільства за майновою ознакою в Росії далеко не кожен може сплатити послуги представника. З цієї причини введення змагального процесу в російську правову реальність може виявитися хворобливим, ніж це здається, і навіть здатне призвести до фактично нерівного становища сторін в процесі»⁸.

Тому можна виділяти мету, яка досягатиметься сторонами в окремій (конкретній) справі, та мету загальну щодо цивільного судочинства, але забезпечення доказів не може пов'язуватися лише із принципом змагальності. Зокрема, цікавою є інша думка цього ж автора, яким «обґрунтовано наявність процесуально-забезпечувальних заходів, що існують поряд з основним засобом, що забезпечує ефективність цивільного судочинства, – процесуальною формою. Ці засоби співвідносяться з процесуальною формою як приватне і загальне, оскільки, з одного боку, вони самі виступають частиною цивільної процесуальної форми, є її складовими, а з іншої – застосовуються при розгляді не всіх цивільних справ і лише за наявності певних обставин»⁹. Така гіпотеза так само не вписується в спрощену систему доказування, якою пропонується замінити об'єктивну істину, оскільки інтегруючи всі елементи і розглядаючи процесуально-забезпечувальні заходи в системі для досягнення ефективності цивільного судочинства, автор підіймається вище, ніж дослідження лише змагальності. Але остання позиція автора цікава для комплексного сприйняття процесуальних заходів, і у цієї концепції є свої послідовники.

Так, А. К. Сергеева зазначає: «... забезпечення доказів слід розглядати як особливу факультативну процесуально-забезпечувальну міру, направлену на невідкладну фіксацію у встановленому законом порядку

відомостей про факти з метою збереження доказів (у випадках, якщо є підстави побоюватися, що надалі їх надання суду або іншим органам стане неможливим або утрудненим), закріплення доказів для їх подальшого розкриття в суді, запобігання подальшому розвитку правового спору (звернення до суду)»¹⁰. Таке визначення є оригінальним і потребує докладного аналізу.

Зокрема, автор погоджується з даною думкою щодо факультативності забезпечення доказів, хоча вважає, що для окремих категорій справ така дія може бути обов'язковою. Наприклад, у справах окремого провадження діяльність суду відрізняється більш активною позицією, ніж у справах позовного провадження, тому у справах даного провадження суд може забезпечувати докази за власною ініціативою, наприклад, призначати судову експертизу згідно з ст. 239 ЦПК.

Але найважливішим аспектом даної думки є таке: «запобігання подальшому розвитку правового спору (звернення до суду)». Автор сприймає це положення актуальним і для української правової науки та практики. Однак забезпечення доказів у його буквальному розумінні не можна пов'язувати із запобіганням подальшому розвитку правового спору, оскільки збирання доказів спорів не вирішує, а лише демонструє перехід до активної позиції тієї сторони, яка в матеріальних правовідносинах вважає свої права порушеними. У зв'язку з цим сам факт звернення до суду можна пов'язувати з реалізацією особою права на судовий захист її порушених, оспорюваних, невизнаних прав чи інтересів. Отже, для правопорушника можуть настати негативні наслідки, і вони стають очевидними через те, що заявник вже перестає миритися з правопорушенням.

Тому забезпечення доказів слід пов'язувати з активними діями заінтересованої особи та виникненням цивільних процесуальних правовідносин.

Водночас важко однозначно погодитися з І. В. Решетніковою щодо її думки: «Розроблені моделі загальної і особливої частин доказового права. Загальна частина доказового права як комплексного процесуального інституту включає: поняття доказів, належність, допустимість, достовірність, достатність доказів, предмет доведення, факти, що не підлягають доведенню, обов'язок доведення, правових презумпцій (загальне положення), витребування і представлення письмових і речових доказів до суду, засоби доведення, підстави звільнення осіб від обов'язку свідчити в суді, забезпечення доказів, судові доручення, стандарт і стадії доказування»¹¹.

У даній концепції змішуються поняття, які слід розрізняти за матеріальними основами: докази та процесуальні засоби, які пов'язані з процесом доказування, що не вміщуються в доказове право. Хоча є й послідовники цієї концепції, які намагаються прилаштувати її до різних видів проваджень. У розвиток теорії доказового права (І. В. Решетнікова) обґрунтовується, що забезпечення доказів за структурною належністю є субінститутом доказового права. Крім того, аргументується, що субінститут забезпечення доказів являє собою міжгалузевий правовий субінститут, що є сукупністю норм, які регулюють діяльність спеціально уповноважених законом суб'єктів із забезпечення доказів з метою їх подальшого використання в суді та інших органах цивільної юрисдикції. Міжгалузевий характер норм, складових субінституту забезпечення доказів, визначається наявністю аналогічних інститутів у цивільному процесуальному і арбітражному процесуальному праві, нотаріальному провадженні й третейському розгляді. У зв'язку з цим обґрунтовується необхідність уніфікації правил забезпечення доказів у сфері цивільної юрисдикції¹². Але така думка є спірною, оскільки не можуть бути уніфіковані насамперед способи забезпечення доказів, зокрема у нотаріальному та судовому процесах. Це зумовлено різним процесуальним статусом суду і нотаріуса.

Проте, не відрізняючи особливостей забезпечення доказів у нотаріальному й судовому порядку, а уніфікуючи їх до єдиної процедури пішла законодавча влада України, регламентуючи в ст. 102 Закону України «Про нотаріат» забезпечення доказів нотаріусами, але тільки щодо ведення справ в органах іноземних держав. Відповідно до ч. 2 ст. 102 Закону України «Про нотаріат» дії для забезпечення доказів провадяться згідно з цивільним процесуальним законодавством України.

Отже, якщо свідок не з'явиться до нотаріуса, до нього можуть бути застосовані заходи процесуального примусу, включаючи привід (ст. 94 ЦПК), але такого не може бути. Українські адвокати посилаються на досвід своїх російських колег і вважають його позитивним і для української нотаріальної практики та вказують на те, що реалізація права забезпечення доказів через систему нотаріату забезпечена правом нотаріуса звернутися до суду для здійснення примусових заходів щодо свідків або експертів, які ухиляються від явки до нотаріуса¹³.

Парадокс полягає у тому, що О. Яценко як практикуючий адвокат не бачить продовження своєї пропозиції, оскільки, в такому випадку суд має зобов'язати свідка з'явитися до нотаріуса і дати показання? Виходить, що суд може зобов'язати свідків з'явитися не в судове засідання, а до нотаріуса? При цьому О. Яценко посилається на ст. 104 Основ законодавства РФ про нотаріат, а вона регламентує застосування норм іноземного права.

Якщо б про можливість і доцільність забезпечення доказів говорили нотаріуси, то така позиція була б зрозумілою, оскільки в такому разі збільшуватимуться їх доходи. Але коли така пропозиція надходить від адвоката, то потрібно знайти реальні витрати такого інтересу. Уявити собі допит свідка в суді можна, оскільки це доволі часто демонструють по телебаченню. Але при реальному допиті свідка, особливо викликаного іншою стороною, важливо грамотно поставити питання, а при недостатності наданої інформації поставити нові питання тощо. Тобто, процес допиту свідка лише умовно може вважатися простим явищем, а при допиті двох і більше свідків – складною системною роботою. Тому відповіді свідка на поставлені лише однією стороною питання, тим більше тоді, коли вона й клопотала його допитати, умовно можна назвати «напівфабрикатом». До цього слід додати, що суд не бачив свідка, не знає, в якому стані він знаходився, чи нервував при відповіді на питання. Тому позбавляти можливості суд поставити власні питання здається нераціональним і

неправильним. Дійсно, такий допит може бути цікавий лише адвокату, якому потрібні завідомо неправдиві показання свідка, щоб неправдивість таких показань не міг виявити ні суд, ні протилежна сторона.

Крім того, у цивільному судочинстві забезпечується повна фіксація судового засідання технічними засобами, отже, і допит свідка має здійснюватися у відповідній процедурі. Хоча О. Яценко вважає за можливе обмежитися протоколом, який підписується свідком, особами, які беруть участь у допиті, нотаріусом і скріпляти такий протокол його печаткою. У пропозиції даного автора навіть не відображається спеціальна процедура допиту свідка, згідно з якою йому роз'яснюються його права, він приводиться до присяги і лише потім не просто попереджається про кримінальну відповідальність за дачу неправдивих показань, а й підписується під попередженням¹⁴, як це передбачено ст. 180 ЦПК.

Найголовніше ж полягає в тому, що згідно зі ст. 307 КК РФ завідомо неправдиві показання свідка, потерпілого чи висновок або свідчення експерта, свідчення фахівця, а також свідомо неправильно переведення в суді або при провадженні попереднього розслідування можуть ставати підставою для кримінальної відповідальності. Але ж допит свідків нотаріусом не може бути прирівняний до допиту в суді або при провадженні попереднього розслідування. Тому кримінальної відповідальності для свідків за неправдиві показання нотаріусу не наставатиме. Але про яку відповідальність може попереджати свідка нотаріус?

Якщо свідок не був попереджений про кримінальну відповідальність або вона для нього не настане, то такі показання не можна прирівнювати до такого засобу доказування, як показання свідків (ст. 57 ЦПК). Отже, адвокат протилежної сторони може просити суд не брати їх до уваги або вимагати, щоб свідка було допитано повторно, але в суді й за його участі, а не нотаріусом і лише у присутності заінтересованої особи.

Автору зустрічалися на практиці нотаріально посвідчені заяви осіб, яким відомі факти у справі, але вони в силу віку і хвороби не здатні були їхати в інші міста, тому вони викладали в таких заявах відомі їм особисто відомості та просили приєднати їх заяву до матеріалів справи, а у разі суперечності їх відомостей з іншими відомостями у справі просили їх допитати в порядку доручення судом за місцем їх проживання. Таке становище є виправданим хоча б тому, що відомості надійшли до суду і у разі сумніву в їх достовірності з боку іншої особи, яка бере участь в справі, вона може просити суд доручити допит свідка суду за місцем його проживання, а не нотаріусу. У разі ж відсутності заперечень юридична обставина може вважатися встановленою. Але пояснення, які були викладені особами-очевидцями подій чи яким відома певна інформація, що має значення для справи у заяві, на якій підпис особи був засвідчений нотаріально, суд розцінював як письмовий доказ, а не як показання свідка¹⁵.

Те ж саме, на думку автора, стосується призначення експертизи нотаріусом. Існують думки фахівців, які також вважають, що нотаріус може не тільки призначати експертизу, необхідну йому для вчинення нотаріального провадження, а й з іншою метою. Зокрема зазначається: «яскравим прикладом є ситуація, коли необхідно провести експертизу якості виконання послуг і робіт з обслуговування системи протипожежної сигналізації (за наявності обставин, що свідчать про те, що роботи належно не виконувалися, – при пожежі не спрацювала сигналізація і автоматична система пожежогасіння), але ж об'єкт не може залишатися без виправлення вказаної системи до моменту, коли суд призначить експертизу (це може бути декілька місяців) – є ризик пожежі, ризик притягнення до адміністративної відповідальності з штрафом на велику суму – Держпожнадгляд не чекатиме судової експертизи»¹⁶.

Слід звернути увагу, що автор цієї статі С. Крюков так само є адвокатом, але в запропонованій ним фабулі відсутній сенс, оскільки висновки про причини займання надають пожежники після пожежі, а питання про проведення експертизи і готовність до подальшої експлуатації об'єкта має надавати той, хто відновлюватиме пожежну сигналізацію. Тобто, у запропонованій фабулі втрачено предмет доказування та експертизи. Тому зрозуміло, що наступний фрагмент С. Крюковим надається в загальному і безпредметному змісті, а саме: «Призначення експертизи відбувається на підставі постанови нотаріуса, яка має включати відомості: дата постанови, реквізити нотаріуса, інформація про особу, за заявою якої призначається експертиза, перелік питань, з яких потрібний висновок експерта, найменування експертної установи, якій доручається проведення експертизи, або реквізити конкретного експерта. Після завершення нотаріальної дії протокол підписується нотаріусом і всіма особами, що беруть участь в процесі забезпечення доказів, а потім скріпляється печаткою нотаріуса. Кожній заінтересованій особі видається по одному примірнику кожного документа, складеного в порядку забезпечення доказів»¹⁷.

Зазначимо, що С. Крюков не вказує на ту обставину, що нотаріус має попереджати експерта про кримінальну відповідальність. Зазначене відповідає ст. 307 КК РФ, однак не відповідає ст. 103 Основ законодавства РФ про нотаріат, де передбачено, що експерт має попереджатися про відповідальність. Дійсно, крім кримінальної можна передбачити матеріальну відповідальність експерта, і нотаріус може про таку відповідальність попередити. Хоча при призначенні експертизи за постановою нотаріуса мала б передбачатися обов'язковість проведення експертизи, на заваді цьому стоїть сучасна практика роботи експертних установ, які працюють, як правило, за попередньою оплатою їх роботи. Це стосується навіть ухвал судів у цивільних справах, які, зазвичай, не виконуються, якщо не будуть внесені кошти до експертної установи.

Але ж в такому випадку заінтересовані особи вправі безпосередньо звернутися до експертної установи і замовити експертизу на підставі цивільно-правової угоди, оскільки і призначена нотаріусом, і замовлена особою експертиза не матимуть істотних відмінностей і їх не можна ототожнювати з експертизою, призначеною судом, коли експерт попереджається про кримінальну відповідальність. Але якщо експерт не буде попереджений нотаріусом як особою, яка уповноважена на виконання державної функції про кримінальну

відповідальність, то його висновок буде вважатися недопустимим доказом (ч. 1 ст. 59 ЦПК) і у подальшому не може братися судом до уваги, оскільки він одержаний з порушенням порядку, встановленого у ч. 13 ст. 53 ЦПК, ч. 4 ст. 147 ЦПК. Отже, і в питаннях призначення експертизи нотаріусом як заходу забезпечення доказів мають місце значні дискусійні питання.

Крім допиту свідків та призначення експертизи російським нотаріусам дозволяють здійснювати огляд письмових і речових доказів, з чим так само важко погодитися. Таку думку висловлюють і деякі українські вчені та пропонують процедуру такого огляду, буквально поширюючи процедури, які передбачені ЦПК на нотаріальний процес¹⁸.

Але проблемність вчинення даних проваджень щодо забезпечення доказів при їх проведенні нотаріусом, на думку автора, обумовлюється тим фактором, що оглядаючи письмові чи речові докази суд отримує безпосередню інформацію, а коли такі дії вчиняє нотаріус, то до суду надходять враження, отримані нотаріусом, а також те, що зафіксують спеціалісти. Суд же при ухваленні рішення не може в його основу покласти інформацію, яка ним особисто не отримана та не перевірена, він повинен оцінювати докази за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному, об'єктивному та безпосередньому дослідженні наявних у справі доказів. Жоден доказ для суду не має наперед встановленого значення (частини 1, 2 ст. 212 ЦПК).

Автор вважає, що такий вид забезпечення доказів, як фіксація інформації з комп'ютера, не може отожднюватися з більш широким положенням, запропонованим у ст. 103 Основ законодавства РФ про нотаріат, зокрема, як огляд письмових і речових доказів. На нашу думку, в даному конкретному випадку нотаріус здатен копіювати інформацію з електронного носія і засвідчити дійсність факту, що він здійснив копіювання з конкретного носія, наприклад, Інтернету, флешки тощо. Тут питання полягає лише в тому, що він має конкретно зазначити сайт, а, можливо, і шлях, яким він вийшов на сайт тощо. Але однозначно, що в цьому конкретному випадку отримана ним інформація має бути зафіксована на паперовому носії, щоб її неможливо було видозмінювати.

Слід звернути увагу і на деяку неузгодженість, яка має місце у ст.ст. 102 та 103 Основ законодавства РФ про нотаріат, оскільки у ст. 102 йдеться про те, що нотаріус забезпечує докази на прохання заінтересованих осіб, тобто в даному випадку використовується слово «особа» в множині, а у ст. 103 допускається вживати заходи забезпечення доказів без участі однієї зі сторін або заінтересованої особи. Така колізія по-перше може призвести до визнання заходів забезпечення доказів проведеними незаконно, оскільки процесуальні строки мають узгоджуватися із заявниками. По-друге, з буквального змісту ст. 102 Основ законодавства РФ про нотаріат випливає, що заінтересовані особи спільно діють.

У даному випадку слід брати до уваги той загальний аспект, що нотаріат є органом безспірної юрисдикції, тобто не займається вирішенням спірних справ. Коли ж пропонується нотаріусів залучати до спірних і тим більше – конфліктних ситуацій, які можуть мати місце в позовному провадженні, то у нотаріусів не існує владних важелів впливу на сторони. Якщо ж нотаріуси будуть звертатися за владною підтримкою до суддів, то сенс у нотаріальному порядку забезпечення доказів втрачатиметься, оскільки суди не повинні діяти в «інтересах приватних нотаріусів» і зобов'язувати громадян «підкорятися їх вимогам». Тому розглядаючи сутність забезпечення доказів у нотаріальному порядку, на нашу думку, необхідно виходити із сутності діяльності нотаріусів, а також їх правового статусу.

Давно минули ті часи, коли існували лише державні нотаріальні контори, які були елементом державної виконавчої влади, оскільки входили до структури Мін'юсту. Тепер поряд з державними нотаріусами діють приватні нотаріуси, які хоча й здійснюють державну функцію, але не повинні наділятися владними повноваженнями в силу їх особливого правового статусу.

Тому науково-практичні гіпотези щодо забезпечення доказів нотаріусами мають ґрунтуватися на безспірності нотаріального процесу, тобто, у разі згоди всіх заінтересованих осіб на вжиття заходів щодо забезпечення доказів, заходи, на нашу думку, можуть нотаріусами вчинятися. Якщо ж цього не трапилося, то згідно зі ст. 42 Закону України «Про нотаріат» будь-яка особа вправі зупинити вчинення нотаріального провадження навіть із забезпечення доказів шляхом звернення до суду.

У зв'язку з наведеним автор вважає за необхідне більш ґрунтовно ставитися до забезпечення доказів нотаріусом у різних життєвих ситуаціях. Наприклад, коли людина тривалий час переховується від небезпеки в різних правових ситуаціях або з сімейних чи інших причин, то потенційно може виникнути питання про визнання її безвісно відсутньою. у цьому випадку безспірним доказом знаходження її в живих може стати відповідний факт, що громадянин є живим, посвідчений нотаріусом. Дійсно, слід зауважити, що судом встановлюється безвісна відсутність і не можна її протиставляти доказу про знаходження особи в живих, оскільки в такому разі доцільно говорити про появу такої особи, встановлення місця її перебування або знаходження. Але при встановленні безвісної відсутності особи має місце умовне припущення, що вона жива, однак ця обставина вже не є безспірною. Саме тому щодо її прав і вживаються відповідні заходи охорони, а також настають інші правові наслідки.

Тому разом із встановленням в нотаріальному порядку факту, що особа є живою, раціонально посвідчувати й довіреність на право управління майном такої особи. Дана пропозиція ґрунтується на тому, що за сучасним демократичним устроєм у нашій державі людина вправі обирати самотійно свій шлях у житті, тому вона може піти у монастир, обрати відлюдний спосіб життя або переїхати до іншої країни тощо. Право, в цьому випадку, охоронятиме інтереси та права такої особи, якщо вона несподівано вийде із суспільних, сімейних, трудових відносин тощо.

Автор також вважає, що на сьогодні за допомогою нотаріального процесу можна забезпечувати докази для подальшого розгляду справ у судах та інших державних установах, як національних, так і іноземних, але такі способи забезпечення доказів нотаріусом та їх перелік має бути передбачений у Законі України «Про нотаріат» і формуватися з урахуванням специфіки діяльності нотаріуса, а не за аналогією із судом, як це нині передбачено у ст. 102 Закону.

З цією метою слід вивчати судову практику, широко обговорювати з фахівцями проблеми забезпечення доказів нотаріусами і розширювати їх компетенцію на всі правовідносини, у яких потенційно необхідна їх робота із забезпечення доказів. Зрозуміло, що остання гіпотеза має враховувати специфіку їх діяльності та виконувани ними функції.

При цьому в процесі забезпечення доказів велика роль має відводитися фахівцям, оскільки з проведеного автором опитування пересічних громадян із 50 осіб 48 серед відомих їм нотаріальних дій назвали посвідчення заповітів, довіреностей та договорів як три нотаріальні дії, і лише дві особи здатні були назвати видачу свідоцтв про право на спадщину та засвідчення вірності копій. Тому саме юридично обізнані фахівці здатні використовувати потенційні можливості нотаріату для охорони і захисту прав громадян. Це – істотна проблема, яку не можна вирішити без популяризації нотаріальної діяльності.

¹ Сергеева К. А. Обеспечение доказательств в гражданском и арбитражном процессе: Автореф. канд. юрид. наук: 12.00.15. – Екатеринбург, 2012 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.disscat.com/content/obespechenie-dokazatelstv-v-grazhdanskom-i-arbitrazhnom-protseste>; Решетникова И. В. Доказательственное право в российском гражданском судопроизводстве: Автореф. докт. юрид. наук: 12. 00.03 – гражданское право; семейное право ; гражданский процесс; международное частное право / И. В. Решетникова; Министерство общего и профессионального образования РФ; Уральская государственная юридическая академия. – Екатеринбург, 1997. – 46 с. – С. 43–46, 48 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1170388>

² Коровкин В. В. Предварительные меры обеспечения судебных споров в международном гражданском процессе : Автореф. канд. юрид. наук: 12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право / В. В. Коровкин. – Саратов, 2006. – 22 с. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1241406>; Павлова Н. В. Предварительные обеспечительные меры в международном гражданском процессе : Автореф. канд. юрид. наук: 12.00.03 – гражданское право; семейное право; предпринимательское право; международное частное право / Н. В. Павлова. – М., 2002. – 25 с. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1170734>; Шестакова К. Д. Анализ правовой природы предварительных обеспечительных мер в контексте международного гражданского процесса / К. Д. Шестакова // Журнал международного частного права. – 2005. – № 3 (49). – С. 25–45.

³ Михалина Ю. А. Обеспечительные меры в арбитражном процессе : Автореф. канд. юрид. наук: 12.00.15 – гражданский процесс; арбитражный процесс / Ю. А. Михалина. – М., 2007. – 25 с. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1251393>

⁴ Васильковский Е. В. Учебник гражданского процесса. – М., 1917.

⁵ Плюхина М. А. Процессуальные средства обеспечения эффективности судопроизводства по гражданским делам: Автореф. канд. юрид. наук: 12.00.15 – гражданский процесс ; арбитражный процесс / М. А. Плюхина. – Екатеринбург, 2002. – 22 с. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=118601>

⁶ Там само.

⁷ Там само.

⁸ Решетникова И. В. Вказана праця.

⁹ Плюхина М. А. Вказана праця.

¹⁰ Сергеева К. А. Обеспечение доказательств в гражданском и арбитражном процессе // Автореф. канд. юрид. наук: 12.00.15 – гражданский процесс; арбитражный процесс). – Екатеринбург, 2012 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.disscat.com/content/obespechenie-dokazatelstv-v-grazhdanskom-i-arbitrazhnom-protseste>

¹¹ Решетникова И. В. Вказана праця. – С. 7, 8.

¹² Сергеева К. А. Вказана праця.

¹³ Яценко О. Забезпечення доказів нотаріусами, або сусідський досвід, якого не вистачає українським адвокатам // Юридичний журнал. – 2013. – № 5 (131). – С. 63.

¹⁴ Там само.

¹⁵ Фурса С. Я. Забезпечення доказів нотаріусом // Теорія нотаріального процесу. – К.: Алерта; Центр учбової літератури, 2012. – С. 304–317.

¹⁶ Крюков С. Назначение экспертизы нотариусом [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://lawday.ru/texts/naznachenie_ekspertizy_notariusom.htm

¹⁷ Там само.

¹⁸ Баранкова В. В. Забезпечення доказів нотаріатом для іноземних судів // Проблеми теорії і практики цивільного судочинства. – Х.: Харків юридичний, 2008. – С. 896–906.

Резюме

Бадила О. О. Теоретичні основи забезпечення доказів у цивільному та нотаріальному процесі: порівняльний аспект.

У статті проаналізовано інститут забезпечення доказів, його способи у цивільному та нотаріальному процесах. Проаналізовано концепції вчених України та РФ й висловлено авторське бачення щодо проблемних аспектів забезпечення доказів у даних процесах та пропозиції з удосконалення теорії нотаріального процесу.

Ключові слова: суд, нотаріус, забезпечення доказів, показання свідків, експертиза, огляд речових та письмових доказів.

Резюме

Баділа О. А. Теоретические основы обеспечения доказательств в гражданском и нотариальном процессе: сравнительный аспект.

В статье проанализирован институт обеспечения доказательств, его способы в гражданском и нотариальном процессах. Проанализированы концепции ученых Украины и РФ, высказано авторское видение на проблемные аспекты обеспечения доказательств в данных процессах и предложения по усовершенствованию теории нотариального процесса.

Ключевые слова: суд, нотариус, обеспечение доказательств, показание свидетелей, экспертиза, осмотр вещественных и письменных доказательств.

Summary

Badyla O. Theoretical bases of providing of proofs in civil and notarial processes: comparative aspect.

The institute of providing of proofs is analysed in the article, his methods in civil and notarial processes. Analysed conceptions of scientists of Ukraine and Russian Federation and authorial vision is outspoken on the problem aspects of providing of proofs in these processes and suggestion on the improvement of theory of notarial process.

Key words: court, notary, providing of proofs, testimony of witnesses, examination, examination of material and writing proofs.

Отримано 3.03.2014

УДК 347.73

С. О. ДЗЮБА

Сергій Олегович Дзюба, бакалавр права, фахівець з права ТОВ «Єдина служба правової допомоги»

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ІНТЕРНЕТ-ТРЕЙДИНГУ НА РИНКУ ФОРЕКС В УКРАЇНІ

У сучасних умовах розвитку ринкових відносин в Україні, вкладання коштів в інструменти ринку Форекс розглядається як одна з альтернативних форм інвестування. Таке інвестування може здійснюватися в одній з двох форм: інтернет-трейдингу або довірчого управління активами.

На сьогодні діяльність ринку Форекс в Україні загалом та інтернет-трейдинг зокрема врегульовані недостатнім чином. Незважаючи на наявність у низці нормативно-правових актів окремих положень, що регулюють дані відносини, залишається також чимало колізій та прогалин у чинному законодавстві. Це є причиною багатьох правових ризиків, з якими стикаються потенційні інвестори. Також слід звернути увагу на малу кількість наукових досліджень у даній сфері. Найбільш повно деякі теоретичні аспекти діяльності ринку Форекс в Україні було досліджено П. Матвеевим, В. Голубчіком та іншими, але враховуючи реалії урегульованості відносин інтернет-трейдингу станом на 2014 рік, існуюча теоретична база має бути доповнена новими науковими працями.

Метою даної статті є дослідження правової природи правочинів у сфері інтернет-трейдингу, які укладаються на ринку Форекс, визначення ступеня відповідності даних правочинів умовам чинного законодавства України, а також висвітлення проблеми відповідальності учасників правовідносин у даній сфері у випадку порушення ними умов таких правочинів та вимог чинного законодавства.

Ринок Форекс (від англ. «foreign exchange» – обмін іноземної валюти) як явище зародився у США після 1973 року. Його поява пов'язана з встановленням вільних курсів найбільш конвертованих іноземних валют, які стали залежати виключно від співвідношення попиту та пропозиції на них. Громадяни України отримали доступ до операцій на ринку Форекс у кінці 90-их років ХХ століття.

Фактично Форекс є сукупністю відносин з купівлі-продажу іноземної валюти для отримання прибутку від змін валютних курсів¹.

Поняття «інтернет-трейдинг» розкривається як діяльність з укладення угод купівлі-продажу іноземної валюти однією стороною на підставі вимог іншої сторони. При цьому, зв'язок між сторонами здійснюється з використанням мережі Інтернет.

Норми, що регулюють відносини інтернет-трейдингу на ринку Форекс, містяться у Цивільному кодексі України (ЦКУ), Податковому кодексі України (ПКУ), Законах України «Про банки і банківську діяльність», «Про національний Банк України», «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті», «Про міжнародне приватне право». Підзаконними актами, що містять норми у даній сфері, є Постанови Правління Національного Банку України «Про затвердження Інструкції про порядок відкриття, використання та закриття рахунків у національній та іноземній валюті» від 12 листопада 2003 № 492, «Про внесення змін до дея-

ких нормативно-правових актів Національного Банку України» від 3 серпня 2012 р. № 327, «Про затвердження Класифікатора іноземних валют» від 4 лютого 1998 р. № 34.

Правовідносини інтернет-трейдингу на ринку Форекс в Україні оформлюються в рамках договорів арбітражних операцій на умовах маржинальної торгівлі. Поняття «арбітражні операції на умовах маржинальної торгівлі» було впроваджено на законодавчому рівні в Україні з прийняттям Постанови Правління Національного Банку України «Про внесення змін до деяких нормативно-правових актів Національного Банку України» від 3 серпня 2012 р. № 327. Відповідно до постанови, таким операціями є безготівкові операції, які передбачають виконання двох зустрічних зобов'язань з купівлі та продажу однієї іноземної валюти за іншу іноземну валюту та здійснюються без реальної поставки валюти на міжнародному валютному ринку на умовах «тод», «том», або «спот» з метою отримання прибутку від зміни валютного курсу або хеджування валютних ризиків. На зараз така дефініція відповідає поняттю «валютний дейтрейдинг», яке вживалося до цього як в науковій літературі, так і на практиці, і яке є його синонімом.

За договором арбітражних операцій на умовах маржинальної торгівлі брокер зобов'язується укладати з клієнтом та виконувати на його вимогу угоди з купівлі-продажу іноземної валюти без її реальної поставки за курсом, який самостійно встановлює брокер.

Більш широке тлумачення даного договору дає П. Матвеев. За його визначенням, договір арбітражних операцій на основі маржинальної торгівлі (автор використовує поняття «договір валютного дейтрейдингу» та «валютний дилінг») існує у вигляді системи алеаторних (ризикових) правочинів конверсійної купівлі-продажу і послуг з її організації, згідно з якими брокер зобов'язаний здійснити за рахунок кредиту брокера, забезпеченого заставним депозитом клієнта, від власного імені або від імені та в інтересах клієнта купівлю-продаж валюти без її реальної поставки з виплатою різниці від зміни курсів валют на користь сторони, яка правильно передбачила напрям руху валютних курсів на основі фундаментального і технічного аналізу, інших звичаїв у сфері валютного дилінгу².

Таким чином, договір арбітражних операцій на основі маржинальної торгівлі об'єднує в собі елементи договорів агентування, комісії, доручення та надання послуг.

За правовою природою даний договір є двостороннім, консенсуальним, оплатним, має просту письмову форму і ознаки публічного договору, договору приєднання та алеаторного договору.

Двосторонність полягає у наявності як прав, так і обов'язків в обох сторін, але більша частина обов'язків покладена на брокера. Консенсуальність означає, що даний договір вважається укладеним з моменту досягнення сторонами згоди щодо його істотних умов. Оплатний характер виражається у сплаті клієнтом двох видів платежів – спреду (різниці між курсом валюти на міжбанківському ринку та курсом, встановленим брокером) і сплати (у вигляді відсотка від прибутку) за користування кредитним плечем. Додержання обов'язкової письмової форми передбачено ст. 208 ЦКУ (згідно даної статті, правочини між фізичними та юридичними особами мають вчинятися у письмовій формі). Відповідно до ч. 1 ст. 207 ЦКУ, правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо його зміст зафіксовано в одному або декількох документах, листах, телеграмах, якими обмінялися сторони. Публічність договору виражається в обов'язку брокера укладати договори з будь-яким суб'єктом, який відповідає вимогам чинного законодавства. Умови такого договору встановлюються брокером однаково для всіх клієнтів, тому договір арбітражних операцій на маржинальній основі є договором приєднання.

Ще однією ознакою договору арбітражних операцій на маржинальній основі є алеаторність (ризиковість). Алеаторність (від лат. «alea» – гра в кості) Суть алеаторних договорів полягає в тому, що вони, будучи оплатними, конструюються так, що обсяг зустрічного задоволення, що залежить від однієї зі сторін, залишається невідомим, поки не настане обставина, покликана її остаточно визначити³.

Водночас, у системі алеаторних договорів і правочинів договір арбітражних операцій на маржинальній основі вирізняється спрямованістю на досягнення соціально корисної мети, що полягає перш за все у страхуванні валютних ризиків, які приймають на себе («купають») брокери. Тому на даний договір не поширюються положення про гру та парі і він забезпечується позовним захистом⁴.

Сторонами договору арбітражних операцій є брокер та клієнт. Законодавством передбачено особливі вимоги до правосуб'єктності сторін договору.

Так, відповідно до Постанови Правління НБУ «Про внесення змін до деяких нормативно-правових актів Національного Банку України» від 3 серпня 2012 р. № 327, клієнтом у цих правовідносинах можуть бути виключно фізичні особи-резиденти, які не мають статусу суб'єкта підприємницької діяльності. Поняття «резидент» роз'яснюється у п. 213 ч. 1 ст. 14 ПКУ: фізична особа – резидент – фізична особа, яка має місце проживання в Україні. У разі якщо фізична особа має місце проживання також в іноземній державі, вона вважається резидентом, якщо така особа має місце постійного проживання в Україні; якщо особа має місце постійного проживання також в іноземній державі, вона вважається резидентом, якщо має більш тісні особисті чи економічні зв'язки (центр життєвих інтересів) в Україні. У разі якщо державу, в якій фізична особа має центр життєвих інтересів, не можна визначити, або якщо фізична особа не має місця постійного проживання у жодній з держав, вона вважається резидентом, якщо перебуває в Україні не менше 183 днів (включаючи день приїзду та від'їзду) протягом періоду або періодів податкового року. Достатньою (але не виключною) умовою визначення місця знаходження центру життєвих інтересів фізичної особи є місце постійного проживання членів її сім'ї. Якщо неможливо визначити резидентський статус фізичної особи, використовуючи попередні положення цього підпункту, фізична особа вважається резидентом, якщо вона є громадя-

нином України. Достатньою підставою для визначення особи резидентом є самостійне визначення нею основного місця проживання на території України у порядку, встановленому Податковим кодексом. Окрім того, статтею 34 ЦКУ передбачено наявність повної цивільної дієздатності в клієнта (з 18 років, хоча ст. 34 та 35 кодексу встановлюються умови надання повної цивільної дієздатності до досягнення цього віку).

Банком, який має право бути стороною у даному договорі, може бути виключно комерційний банк, зареєстрований в Україні в порядку, передбаченому Законом України «Про банки і банківську діяльність», який має дозвіл НБУ на проведення арбітражних операцій (згідно дозволу, НБУ затверджує правила проведення банком арбітражних операцій).

Відповідно до Постанови Правління Національного Банку України «Про внесення змін до деяких нормативно-правових актів Національного Банку України» від 3 серпня 2012 р. № 327, юридичні особи та фізичні особи-суб'єкти підприємницької діяльності не мають права здійснювати арбітражні операції.

Але де-факто в Україні послуги з арбітражних операцій на маржинальній основі надаються також небанківськими фінансовими установами (дилінговими центрами). Більшість з них мають закордонну реєстрацію. Сервери, з яких обробляються запити і доручення клієнта, також розташовані за межами України. Досить часто місцем їх створення є офшорні зони. Дилінгові операції ведуться від імені офшорної компанії таких центрів. У більшості офшорних зон регулювання фінансової діяльності значно м'якше, ніж у розвинених країнах. Діяльність таких дилінгових центрів в Україні зводиться до залучення клієнтів, реклами діяльності брокерів та безпосередньо самого ринку Форекс, що зазвичай, здійснюється шляхом створення завуальованої реклами⁵.

Закордонна реєстрація більшості дилінгових центрів викликає необхідність визначення правової системи, норми якої мають застосовуватися до правовідносин між дилінговим центром і його клієнтом. Згідно ст. 32 і ст. 34 Закону України «Про міжнародне приватне право», у разі відсутності згоди сторін договору про вибір права, яке підлягає застосуванню, застосовується право країни, яка має більш тісний зв'язок з договором. Такий зв'язок має країна, в якій зареєстрована сторона, що має здійснити виконання. Відповідно, стороною, що має здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту договору, є особа, яка має більший обсяг обов'язків. А так як у договорі арбітражних операцій на маржинальній основі більша частина обов'язків належить брокеру (у даному випадку – іноземному дилінговому центру), це значить, що у випадку виникнення спору клієнту доведеться вирішувати його за межами України.

Частина дилінгових центрів зареєстрована і в Україні. За даними Державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців, у їх статутних документах як вид діяльності вказується «торгівля цінними паперами» або «консультування з питань комерційної діяльності і керування».

Проблема їх правосуб'єктності полягає в тому, що такі установи як учасники діяльності ринку Форекс в Україні не підлягають ні контролю Національного Банку України, ні контролю Національної комісії, що здійснює державне регулювання ринків фінансових послуг.

Слід зауважити, що виходячи з зазначеної у Постанові Правління Національного Банку України «Про внесення змін до деяких нормативно-правових актів Національного Банку України» від 3 серпня 2012 р. № 327 заборони іншим суб'єктам (крім уповноважених банків) вчиняти арбітражні операції на маржинальній основі, можна зробити висновок, що відповідні договори, укладені між дилінговими центрами та їх клієнтами, є нікчемними.

Водночас, як зазначено в ст. 216 ЦКУ, якщо у зв'язку з вчиненням недійсного правочину другій стороні (в даному випадку – клієнту) завдано збитків та моральної шкоди, вони підлягають відшкодуванню винною стороною. Окрім відшкодування даною статтею передбачено здійснення захисту сторони договору у вигляді реституції: в ході реституції при захисті прав клієнтами дилінгових центрів мають повертатися всі кошти, які вони передали їм для забезпечення торгівлі. Але слід зауважити, що відповідно до п. 10 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними», реституція як спосіб захисту цивільного права застосовується лише в разі наявності між сторонами укладеного договору, який визнано нікчемним або недійсним. У зв'язку з цим, вимога про повернення майна, переданого на виконання недійсного правочину, за правилами реституції може бути пред'явлена тільки стороні недійсного правочину.

Отже, у випадку завдання небанківською установою-брокером своїми діями збитків клієнту, клієнт може відшкодувати такі збитки і повернути передані кошти в судовому порядку.

Ці норми ЦКУ поширюються виключно на брокерів, зареєстрованих в Україні, але таких на сьогодні одиниці. Також варто зауважити, що згідно Єдиного державного реєстру судових рішень, до сьогодні в Україні відсутні факти притягнення брокерів ринку Форекс до цивільної відповідальності, тому немає можливості робити висновки про ефективність дії механізму застосування такої відповідальності.

Таким чином, стан діяльності ринку Форекс загалом та інтернет-трейдингу зокрема в Україні на сьогодні свідчать про недостатній рівень урегульованості даної сфери суспільних відносин. Попри такі позитивні новації у вітчизняному законодавстві, як, наприклад, Постанова Правління Національного Банку України «Про внесення змін до деяких нормативно-правових актів Національного Банку України» від 3 серпня 2012 р. № 327, якою було визначено поняття арбітражних операцій на маржинальній основі та коло осіб, що мають право брати участь у їх здійсненні, діяльність інтернет-трейдингу на ринку Форекс в Україні залишається сповненою правових ризиків для потенційних інвесторів.

Існує об'єктивна необхідність вдосконалення механізму притягнення до відповідальності юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців, які не мають права здійснювати арбітражні операції на маржинальній основі.

Для цього у чинному законодавстві України, що регулює фінансові послуги загалом або виключно банківську діяльність, має бути визначено конкретний орган державної влади, уповноважений застосовувати такі санкції, а також встановлено вид відповідних санкцій (найбільш прийнятною санкцією міг би бути штраф).

Наостанок, слід наголосити на тому, що ефективне використання громадянами України інструментів ринку Форекс як альтернативного способу інвестування можливе лише за умови достатньої обізнаності щодо усіх ризиків даного виду діяльності (в тому числі, правових), і, як наслідок, запобігання їх виникненню.

¹ Куликов А.А. Форекс для начинающих. Справочник биржевого спекулянта. – СПб.: Питер, 2003. – 368 с., С. 9.

² Матвеев П. С. Договоры валютного диллингу у цивільному праві України: монографія. – К.: Правова єдність, 2010. – 328 с. – С. 43.

³ Иоффе О. С. Обязательное право. – М.: Юридическая литература. – 872 с. – С. 295.

⁴ Матвеев П. С. Вказана праця. – С. 72.

⁵ Голубчик В. В. Проблемні питання діяльності ринку Форекс в Україні (правові аспекти): Вісник НТУУ «КПІ». Політологія. Соціологія. Право: збірник наукових праць. – 2012. – № 3 (15). – 174 с. – С. 170.

Резюме

Дзюба С. О. Проблеми правового регулювання відносин інтернет-трейдингу на ринку Форекс в Україні.

У статті досліджується правова природа правочинів у сфері інтернет-трейдингу на ринку Форекс, визначається ступінь відповідності даних правочинів вимогам чинного законодавства України, а також висвітлюється проблема відповідальності учасників даних правочинів.

Ключові слова: Форекс, валютні правочини, фінансові послуги, банківські послуги.

Резюме

Дзюба С. О. Проблемы правового регулирования отношений в интернет-трейдинга на рынке Форекс в Украине.

В статье исследуется правовая природа сделок в сфере интернет-трейдинга на рынке Форекс, определяется степень соответствия данных сделок требованиям действующего законодательства Украины, а также освещается проблема ответственности участников данных правоотношений.

Ключевые слова: Форекс, валютные правоотношения, финансовые услуги, банковские услуги.

Summary

Dziuba S. Problems of legal regulation of relations in the Internet trading on the Forex market in Ukraine.

The article examines the legal nature of transactions in the field of Internet trading on the Forex market, is determined by the degree of consistency of transactions with applicable legislation of Ukraine, and also highlighted the problem of responsibility of the participants of these relations.

Key words: Forex, the legal currency, financial services, banking service.

Отримано 10.04.2014

УДК 347. 921

І. О. ЖУРБА

Іванна Олександрівна Журба, здобувач Київського університету права НАН України

СТОРОНИ ЯК СУБ'ЄКТИ ЦИВІЛЬНИХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ВІДНОСИН: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЇХ НАЛЕЖНОСТІ ТА ЗАМІНИ

Сучасні цивільні правочини досить часто мають складний зміст, що обумовлюється їх одночасним урегулюванням декількома нормами матеріального права, які належать до його різних інститутів. При цьому характер правочинів може докорінно змінюватися, тому матиме місце домінування одних аспектів правочинів над іншими. Водночас, сучасна теорія і законодавча практика базується на певних галузях права, тому вчені намагаються досліджувати відносини у конкретній галузі, тобто конкретні (спеціальні) правочини розкладають лише на елементарні складові: права та обов'язки, а не аналізують ієрархічні зв'язки між певними галузями та інститутами права. Наочним прикладом такої недосконалості можуть слугувати дослідження класифікації правочинів, де поряд із визначенням проблемних питань щодо правочинів вчені робиться спроба їх класифікації. Так, С. О. Харитонов та О. І. Харитонова, з одного боку, зазначають: «Хоча проблемі класифікації правочинів у науковій юридичній літературі приділялася значна увага, вона й сьогодні залишається невирішеною остаточно. ... Відносно обраної методології найголовнішим критерієм

поділу правовідносин слід визнати сферу права, у якій вони виникають¹. З іншого боку, цими ж вченими зазначається: «Підсумовуючи викладене, всі правовідносини за різними підставами можна поділити на: ...

5) правовідносини правозастосовні та правотворчі (правотворюючі)»².

Спільний аналіз цих двох точок зору свідчать про можливість розгляду правовідносин з позицій певної галузі права, а також кваліфікувати їх за різними критеріями, які важко однозначно сприймати як належні критерії в цивільному праві. Автор вважає, що сторони договору та інші «пересічні» суб'єкти у цивільно-правових відносинах, на відміну від адміністративних та інших державних органів, не займаються правозастосуванням або правотворчістю, оскільки їх мета і способи її досягнення диктуються певними інтересами та мірою юридичної компетенції, якими вони володіють. Переважна ж більшість громадян навіть не помічають, що вступають у цивільні правовідносини, коли купують хліб, оплачують проїзд в транспорті тощо. Тут не слід навіть брати до уваги, що такі відносини є специфічними, оскільки підпорядковані спеціальному нормативному акту – Закону України «Про захист прав споживачів». Скільки громадян здатні належно кваліфікувати такі відносини? Але специфічність таких відносин зумовлює передбачені законодавством способи захисту прав споживачів, якими лише незначна частина юридично обізнаних громадян здатна скористатися.

Чи зможе зрозуміти поняття «правовідношення» пересічний громадянин або навіть фахівець, якщо його сформульовано так: «правовідношення – це юридична форма (правова конструкція, а з іншої сторони, – правовий механізм), в рамках якого здійснюється суб'єктивне право і виконується кореспондований йому суб'єктивний обов'язок юридично рівними, майновими та організаційно відмежованими суб'єктами по відношенню до не заборонених з цивільного обороту матеріальних та (або) нематеріальних благ. Правовідношення являє собою форму (насамперед з точки зору правового механізму), в обсязі якої здійснюються суб'єктивні права і виконуються суб'єктивні обов'язки»³.

Запропонована концепція щодо сутності правовідношення в силу багатьох факторів є доволі спрощеною і, водночас, складною для сприйняття як поняття, оскільки вона ґрунтується на праві та обов'язку як одиничних елементах. Але з таким авторським баченням на сутність правовідношення можна погодитися лише при розгляді найпростіших правовідносин. Складні правовідносини відрізняються значною кількістю прав та обов'язків, і перехід права вимоги від однієї сторони до іншої обумовлюється виконанням власного конкретного обов'язку. Наприклад, ч. 1 ст. 655 ЦК передбачено, що за договором купівлі-продажу одна сторона (продавець) передає або зобов'язується передати майно (товар) у власність другій стороні (покупцеві), а покупець приймає або зобов'язується прийняти майно (товар) і сплатити за нього певну грошову суму. Не зважаючи на це, на наш погляд, у ч. 1 ст. 656 ЦК допущена помилка, оскільки предметом договору купівлі-продажу визначено товар, який є у продавця на момент укладення договору або буде створений (придбаний, набутий) продавцем у майбутньому. Тобто, в предметі даного договору фігурує лише товар, але передача товару є обов'язком лише продавця щодо обов'язку покупця сплатити за нього обумовлену договором суму коштів. Для правильного сприйняття договору купівлі-продажу слід враховувати договір міни (бартеру) як підвид договору купівлі-продажу, де обидві сторони передають належні їм товари, тому виходить два предмети договору. Отже, якщо жодна сторона не передасть товар відповідно до договору, то договір буде вважатися таким, що не вступив у дію. Тому предметом договору купівлі-продажу необхідно вважати товар в обмін на обумовлену договором суму коштів.

Говорити ж про цивільні правовідносини як про правовий механізм загалом не доводиться, оскільки таке отождошення некоректне для значної кількості цивільних відносин. Так, величезна кількість правовідносин відбувається в спрощеному порядку і без дотримання вимог законодавства. Наприклад, скільки подарунків отримується на свята, а на дні народження та весілля й цінні подарунки передаються без належного оформлення (п. 3 ч. 1 ст. 208, ст. 719 ЦК), але вони, в основному, не визнаються недійсними. Отже, можна констатувати, що значна частина правовідносин має місце не у встановленій формі, а також здійснюється без будь-якого правового механізму.

Тому автор вважає, за потрібне виділяти регламентовані законодавством правовідносини, а також фактичні, які виникають між суб'єктами правовідносин і не завжди є такими, що відповідають першим. Зокрема, у цивільному праві визначено підстави для визнання договорів недійсними (нікчемними), а також допускається можливість для осіб виходити за межі регламентованих законодавством правовідносин.

Тому можна припустити, що говорячи про форму правовідносин професор Є. В. Вавілін мав на увазі встановлені законодавством умови їх реалізації, але форма не може відрізнитися динамізмом, інакше це призводитиме до нестабільності прав та обов'язків. Так, важко погодитися, що обсяг прав та обов'язків, умови їх реалізації, гарантії, ступінь захисту та інші компоненти не можуть залишатися незмінними. Дані величини знаходяться в постійній динаміці⁴. Якщо навіть припустити, що право вимоги забезпечено неустойкою, то гарантії, ступінь захисту та інші компоненти повинні бути стабільними. Зокрема, на цей аспект звертає свою увагу інший вчений – Р. О. Стефанчук у контексті неможливості застосування ст. 58 Конституції України до цивільних відносин, які будуються на засадах юридичної рівності та диспозитивності. З даною думкою, загалом, можна погодитися. Вченим наводиться такий аргумент: «... якщо підставою зворотної сили зробити факт пом'якшення або скасування цивільної відповідальності особи, то слід пам'ятати, що це відбувається виключно за рахунок іншої сторони! І тому ми маємо справу із фактичним без компенсаційним порушенням прав та інтересів іншої сторони»⁵.

Автор погоджується з тим, що втручання в сферу цивільних відносин призведе до дестабілізації прав та обов'язків, а це, у свою чергу, зробить їх непередбачуваними та значно підвищить рівень правового нігі-

лізму в суспільстві. Однак, зміст і спрямованість ст. 58 Конституції України свідчить про дію цієї норми не щодо врегулювання цивільних правовідносин, а про її орієнтацію на обмеження повноважень усіх гілок влади, коли нормативно-правові акти потенційно можуть погіршити права осіб. Тобто, ця норма має гарантувати впровадження положень ст. 3 Конституції України в діяльність усіх гілок державної влади, які мають поліпшувати умови життя громадян, але в жодному разі не погіршувати їх.

Безумовно, зазначене положення має стосуватися як прав, так і обов'язків суб'єктів матеріальних і процесуальних правовідносин.

При визначенні статусу сторони у цивільному процесі слід враховувати особливості врегулювання правового становища особи нормами матеріального права та, відповідно, цивільного процесуального права. Зокрема, автору відомий випадок, який мав місце в спадкових правовідносинах, коли одна із сторін пред'явила позов про визнання договору довічного утримання (догляду) і заповіту недійсним. Позов був задоволений. Автор тут умисно назвав «позивача» однією зі сторін, оскільки відповідач у подальшому звернувся з позовом про визнання цієї особи такою, що не має права на спадкування внаслідок усунення її від права на спадкування за ст. 1224 ЦК, оскільки спадкоємець, і він же первісний позивач, не надавав утримання спадкодавцю (заповідачу, відчужувачу майна). Проблемність даної правової ситуації полягає в тому, що при первісному зверненні до суду позивач-спадкоємець заявив, що його право на спадкування порушене внаслідок укладання договору довічного утримання (догляду) і заповіту психічно хворим спадкодавцем-заповідачем, і суд даний позов задовольнив, тобто визнав таке право порушеним. З такого рішення побічно випливає, що інший спадкоємець визнав право на спадкування за таким спадкоємцем, оскільки в процесі розгляду справи не заявив зустрічного позову про визнання спадкоємця-позивача таким, що має бути усунений від права на спадкування, тобто допустив визнання його судом належним спадкоємцем. Тому автор вважає, що в даній ситуації не можна попередньою датою визнавати спадкоємця таким, що має бути усунений від права на спадкування через те, що рішення суду за первісним позовом набрало законної сили.

У зв'язку з наведеним автор вважає, що доцільно враховувати правовий зміст ухвалених судом рішень як з прямим, так і з опосередкованим їх змістом щодо правового статусу позивача та належності йому права вимоги, а також роз'яснювати відповідачу його право заперечувати проти певного статусу позивача та можливість звернутися з відповідним зустрічним позовом і обґрунтувати доцільність залучення до участі у справі інших відповідачів та третіх осіб без самостійних вимог щодо предмета спору.

У розглядуваних спадкових правовідносинах певні інтереси щодо спадкування мали й інші спадкоємці другої черги (загалом їх було десять), право на спадкування яких залежало від визнання договору довічного утримання (догляду) та заповіту недійсним. Але їх не було залучено до участі в справі всупереч вимогам ст.ст. 36 і 130 ЦПК та ст. 63 Закону України «Про нотаріат», і вони були змушені звертатися із самостійними позовами про визнання за ними права на спадкування, пропущеного з поважних причин. Отже, процесуальні аспекти визначення заінтересованості осіб та сторін, особливо встановлення належного відповідача, є досить актуальними і доволі часто обумовлюють тривалість розгляду справи та кількість цивільних справ.

Автор вважає, що беручи до уваги матеріальні правовідносини як основну підставу права на звернення до суду, не можна нехтувати процесуальними аспектами такого права. Особливо це актуально при визначенні відповідача у справі.

Урівноваження прав та обов'язки таких суб'єктів – це основне завдання державної влади. При цьому слід враховувати усі аспекти цих відносин, які розглянемо на наочному прикладі.

Найпоширенішими на сьогодні є справи, в яких однією зі сторін правовідносин не визнається право іншої сторони, коли воно неналежно підтверджене. Так, у справах про визнання поважності причин пропуску строку для прийняття спадщини згідно з ч. 3 ст. 1272 ЦК передбачається, що спадкоємець, який пропустив строк для прийняття спадщини з поважної причини, має звертатися до суду з позовом і останній може визначити йому додатковий строк, достатній для подання ним заяви про прийняття спадщини. Але ж позовне провадження зумовлює необхідність встановлення відповідача у справі, на якого можуть бути покладені судові витрати, хоча він будь-якого правопорушення не вчиняв. Зрозуміло, що в такій справі відповідачами повинні бути спадкоємці, які прийняли спадщину і не визнали право позивача-спадкоємця на прийняття спадщини, оскільки він пропустив строк для прийняття спадщини. Однак визнавати поважність причин пропуску строку на прийняття спадщини не є їх обов'язком, а має розцінюватися як їх право. Водночас саме позивач-спадкоємець має довести суду та іншим спадкоємцям поважність причин такого пропуску, тому не можна таких спадкоємців визнавати відповідачами у справі.

Більше того, у судовому рішенні згідно з ч. 3 ст. 1272 ЦК має надаватися додатковий строк для прийняття спадщини, тобто з таким рішенням позивач-спадкоємець має звертатися до нотаріуса за видачею свідоцтва про право на спадщину. Отже, у рішенні суду не констатується наявність права на спадкування, а лише встановлюється факт допустимості прийняття спадщини, тобто в такій ситуації можна констатувати необхідність звернення до суду в порядку окремого провадження. На думку автора, в такій ситуації спадкоємці вправі заперечувати проти притягнення їх до участі у справі як відповідачів, оскільки вони належно скористалися своїм правом на прийняття спадщини, коли вони не винні в тому, що один із спадкоємців пропустив строк для прийняття спадщини. Наприклад, внаслідок неповідомлення його нотаріусом (ст. 63 Закону України «Про нотаріат»).

Хоча доцільність після отримання рішення суду подальшого звернення до нотаріуса сумнівна, але такий випадок можливий, якщо нотаріусом ще не було видано спадкоємцям свідоцтв про право на спадщину і цей процес був зупинений зверненням до суду.

Інша річ, коли спадкоємці не визнають встановленого рішенням суду права на спадщину за спадкоємцем і вже отримали відповідні свідоцтва про право на спадщину. У такому випадку вони вправі перерозподілити спадщину на підставі договору, а за відсутності згоди в позовному провадженні спадкоємець вправі відсудити належну частку в спадщині чи відповідну їй компенсацію (ст. 1280 ЦК) у спадкоємців, які вже отримали статус власників. Однак і в цьому випадку покласти на них обов'язок відшкодувати судові витрати не зовсім коректно, оскільки, як уже зазначалося, – причина судового розгляду справи пов'язана з простроченням реалізації права на прийняття спадщини одним із спадкоємців, а не з порушенням права такого спадкоємця відповідачами.

Тому автор вважає, що ст. 88 ЦПК може застосовуватися лише для тих правовідносин, коли мало місце правопорушення з боку відповідача, а не доведення позивачем власного права (ст. 16 ЦК). Дане положення, на нашу думку, має враховуватися й для всіх інших правовідносин. Зокрема, коли один із подружжя вважає за необхідне розірвати шлюб і не посилається на порушення власних прав у шлюбних правовідносинах, а інший заперечує проти цього, то покласти на останнього обов'язок відшкодування судових витрат некоректно тощо.

Автор вважає, що законодавець безпідставно позбавив первісного відповідача (неналежного) права брати участь у процесі визначення та заміни його належним відповідачем. Так, у ст. 33 ЦПК жодного слова не сказано про те, що відповідач може брати участь у процесі заміни неналежного відповідача належним чи залученні співвідповідачів, хоча за ст.ст. 10, 27, 130 ЦПК таке право відповідачу має бути надано. Тут слід звернути увагу й на те, що у ч. 2 ст. 128 ЦПК законодавець необґрунтовано зменшив підстави заперечень відповідача, які зведені до посилань на незаконність вимог позивача, їх необґрунтованість, відсутність у позивача права на звернення до суду або наявність перешкод для відкриття провадження у справі. На нашу думку, відповідач вправі заперечувати проти притягнення його у такій якості до участі в справі, оскільки участь у цивільному процесі зумовлює втрати часу, коштів та в багатьох випадках завдає моральної шкоди у зв'язку з доволі частим поширенням негативної інформації про нього.

Спільний аналіз ст.ст. 31 та 33 ЦПК дає змогу припустити, що заміна неналежного відповідача має відбуватися разом з поданням письмової заяви про зміну предмета або підстав позову, тобто до початку розгляду судом справи по суті, але це не означає, що тільки на цій стадії розгляду справи така заміна допустима. Як впливає зі змісту ст. 33 ЦПК, де не встановлено будь-яких строків, позивач вправі просити суд про заміну відповідача на будь-якій стадії розгляду справи.

Але важко однозначно сприймати право позивача замінити відповідача на належного на будь-якій стадії розгляду справи, оскільки, як ми зазначали раніше, навіть нетривала участь в цивільній справі вже могла завдати шкоди відповідачу хоча б тому, що змусила звернутися за правовою допомогою до фахівців. Тому можна стверджувати, що саме відповідач вправі заперечувати проти його «простої» заміни на іншого відповідача, оскільки він так може втратити право на відшкодування понесених ним витрат та втрату часу тощо. Дійсно, визнаючи необхідність заміни неналежного відповідача, іншим позивач має одночасно визнавати й власну помилку та необхідність компенсації шкоди, завданої неналежному відповідачу. У цьому конкретному випадку відповідач повинен бути наділений правом звернутися із зустрічним позовом до позивача про компенсацію завданої шкоди, що виникла внаслідок необґрунтованого притягнення до участі в справі як відповідача або співвідповідача. У цій ситуації автор вважає необхідним враховувати позицію відповідача при його заміні іншою особою, тобто відповідач повинен отримати право заперечувати не тільки проти його притягнення до участі в справі в такій якості, а й право заперечувати проти його заміни іншим відповідачем без відшкодування завданої йому шкоди. Отже, ч. 2 ст. 128 ЦПК необхідно доповнити відповідними підставами для висловлювання заперечень з боку відповідача. Більше того, заперечення проти позову – це основне «знаряддя» боротьби відповідача проти пред'явленого позову поряд із зустрічним позовом, тому це положення має бути відображене у ст. 31 ЦПК. Більше того, для пред'явлення зустрічного позову, як правило, мають існувати матеріальні передумови, а заперечення проти позову мають як матеріальний контекст, так і суто процесуальний.

Автор вважає запропоновану гіпотезу дуже важливою, оскільки вона допоможе не тільки відповідачу не брати участь у справі, в якій він не має особистого інтересу, а й позивачу встановити належного відповідача на ранній стадії розгляду справи, щоб застерегти виникнення помилки та, в остаточному рахунку, негативно-го рішення суду, де буде встановлено, що позов звернено не до тієї особи, яка порушила права позивача.

¹ Харитонов Є. О., Харитонova О. І. Цивільні правовідносини: навчальний посібник. – К.: Істина, 2008. – С. 13.

² Там само. – С. 18.

³ Вавилин Е. В. Правоотношение: понятие, структура и содержание. // Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвеевські цивілістичні читання): Матеріали міжнародної науково-практичної конференції: У 2-х т., Київ, 19 жовтня 2012 р. – Т. 1. – К.: ТОВ «Білоцерківдруку», 2013. – С. 76.

⁴ Там само. – С. 75.

⁵ Стефанчук Р. О. Модернізація конституційно-правових засад цивільного законодавства України (в контексті діяльності Конституційної Асамблеї). Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвеевські цивілістичні читання). Матеріали міжнародної науково-практичної конференції: У 2-х т., Київ, 19 жовтня 2012 року. – Т. 1. – К.: ТОВ «Білоцерківдруку», 2013. – С. 84.

Резюме

Журба І. О. Сторони як суб'єкти цивільних процесуальних відносин: проблемні питання їх належності та заміни.

У статті розкривається особливість цивільних правовідносин та їх суб'єктів з точки зору їх трансформації у статус сторін як суб'єктів цивільних процесуальних відносин. Аналізується судова практика та норми законодавства, які регламентують процедуру заміни неналежного відповідача. Внесено пропозиції щодо вдосконалення норм Цивільного процесуального кодексу України із заміни неналежного відповідача та залучення у процес співвідповідачів.

Ключові слова: правовідносини, сторони, позивач, відповідач, неналежний відповідач, співвідповідачі.

Резюме

Журба И. А. Стороны как субъекты гражданских процессуальных отношений: проблемные вопросы их принадлежности и замены.

В статье раскрывается особенность гражданских правоотношений и их субъектов в точки зрения их трансформации в статус сторон как субъектов гражданских процессуальных отношений. Анализируется судебная практика и нормы законодательства, регламентирующие процедуру замены ненадлежащего ответчика. Внесены предложения относительно совершенствования норм Гражданского процессуального кодекса Украины по замене ненадлежащего ответчика и привлечения в процесс соответчиков.

Ключевые слова: правоотношения, стороны, истец, ответчик, ненадлежащий ответчик, соответчики.

Summary

Zhurba I. Sides as subjects of civil judicial relations: problem questions of their belonging and replacement.

In the article the feature of civil legal relationships and their subjects opens up in the points of view of their transformation in status of sides as subjects of civil judicial relations. Judicial practice and norms of legislation, which regulate procedure of replacement of improper defendant, is analyzed. Suggestions are brought in relation to perfection of norms of Civil code of procedure of Ukraine from replacement of improper defendant and bringing in the process of co-respondents.

Key words: legal relationships, sides, plaintiff, defendant, improper defendant, co-respondents.

Отримано 11.04.2014

УДК 368.86

Р. В. СОБОТНИК

*Ростислав Володимирович Соботник, здобувач
Науково-дослідного інституту приватного права і
підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН
України*

ПРАВОВИЙ СТАТУС ВИГОДОНАБУВАЧА ЗА ДОГОВОРОМ СТРАХУВАННЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ШКОДУ, ЗАПОДІЯНУ ДЖЕРЕЛОМ ПІДВИЩЕНОЇ НЕБЕЗПЕКИ

Відповідно до ст. 979 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) за договором страхування одна сторона (страховик) зобов'язується у разі настання певної події (страхового випадку) виплатити другій стороні (страхувальникові) або іншій особі, визначеній у договорі, грошову суму (страхову виплату), а страхувальник зобов'язується сплачувати страхові платежі та виконувати інші умови договору.

Страхованню, зокрема, за договором страхування цивільної відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, підлягають майнові інтереси страхувальника, пов'язані з його зобов'язанням відшкодувати шкоду, заподіяну життю, здоров'ю, майну третіх осіб або навколишньому природному середовищу внаслідок пожежі чи аварії на експлуатованому небезпечному об'єкті.

Страховання цивільної відповідальності за шкоду може здійснюватися як у добровільному, так і в обов'язковому порядку. Принцип добровільного страхування відповідальності за заподіяння шкоди полягає в тому, що кожна особа самостійно вирішує проблему покриття своїх можливих у майбутньому витрат, пов'язаних з відшкодуванням шкоди третім особам, а саме: за рахунок власних коштів або за рахунок страхової послуги, за яку сплачується певний мінімум у вигляді страхової премії.

В основі обов'язкового страхування цивільної відповідальності лежить принцип публічності, згідно з яким держава зобов'язує зазначених у законі осіб страхувати свою відповідальність перед іншими особами. Так, страхування відповідальності підприємств – джерел підвищеної небезпеки є обов'язковим і здійснюється на підставі Порядку і правил проведення обов'язкового страхування цивільної відповідальності суб'єктів господарювання за шкоду, яка може бути заподіяна пожежами і аваріями на об'єктах підвищеної

небезпеки, включаючи пожежо- і вибухонебезпечні об'єкти і об'єкти, господарська діяльність на яких може призвести до аварій екологічного і санітарно-епідеміологічного характеру, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 16 листопада 2002 р. № 1788. У свою чергу, відповідно до ст. 3 Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» відповідне страхування здійснюється як з метою забезпечення відшкодування шкоди, заподіяної життю, здоров'ю та/або майну потерпілих унаслідок дорожньо-транспортної пригоди, так і захисту майнових інтересів страхувальників.

Згідно з ч. 1 ст. 1187 ЦК України джерелом підвищеної небезпеки належить визнавати будь-яку діяльність, здійснення якої створює підвищену небезпеку завдання шкоди через неможливість контролю за нею людини, а також діяльність, пов'язану з використанням, зберіганням або утриманням транспортних засобів, механізмів і обладнання, використанням, зберіганням хімічних, радіоактивних, вибухо- і вогненебезпечних та інших речовин, утриманням диких звірів, службових собак та собак бійцівських порід тощо, що створює підвищену небезпеку для особи, яка цю діяльність здійснює, та інших осіб.

Правовідносини страхування цивільної відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, як і будь-які інші цивільні правовідносини, розкриваються через сукупність їх елементів – суб'єктів, об'єктів, зміст. Визначення особливостей суб'єктного складу зазначених правовідносин є одним із найважливіших питань. У цивілістичній літературі, зокрема в працях Н. В. Безсмертної, М. І. Брагінського, С. М. Братуся, Ю. О. Заїки, Л. Л. Кінашук, О. С. Красільнікової, В. В. Луця, В. М. Никифорака, Я. О. Чапичадзе та інших досліджено лише деякі проблеми суб'єктного складу відносин страхування відповідальності. Однак цілісного вивчення питання щодо правового статусу учасників договору страхування цивільної відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, проведено не було.

Метою наукової статті є встановлення особливостей правового статусу вигодонабувача як одного із учасників договору страхування цивільної відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки.

Як випливає зі ст. 979 ЦК України та ст. 16 Закону України «Про страхування», сторонами договору страхування є страховик та страхувальник. На думку О. С. Красільнікової, суб'єктами правовідносин страхування відповідальності, зокрема власників транспортних засобів, перед третіми особами є винятково страховик і страхувальник¹. Однак аналіз положень чинного законодавства та позицій науковців з цієї проблематики дає підстави стверджувати, що коло суб'єктів правовідносин страхування цивільної відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, є значно ширшим. Так, у ст. 4 Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» передбачено, що суб'єктами обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності є страхувальники, страховики, особи, цивільно-правова відповідальність яких застрахована, Моторне (транспортне) страхове бюро України та потерпілі.

Відповідно до ч. 1 ст. 985 ЦК України страхувальник має право укласти із страховиком договір на користь третьої особи, якій страховик зобов'язаний здійснити страхову виплату у разі досягнення нею певного віку або настання іншого страхового випадку. Страхувальник має право при укладенні договору страхування призначити фізичну або юридичну особу для одержання страхової виплати (вигодонабувача), а також замінювати її до настання страхового випадку, якщо інше не встановлено договором страхування (ч. 2 ст. 985 ЦК).

Отже, ст. 985 ЦК України передбачено можливість укладення договору страхування в інтересах третіх осіб у розумінні ст. 636 ЦК України, тобто осіб, які хоча і не є стороною в договорі, але набувають права вимагати виконання зобов'язання на свою користь. В. І. Серебровський з цього приводу зазначає, що право третьої особи існує тому, що обцянка боржника провести виконання третій особі прийнята іншою стороною в договорі – контрагентом².

У ст. 16 Закону України «Про страхування» також передбачено можливість укладення договору страхування на користь іншої особи, визначеної у договорі страхування страхувальником, якій страховик повинен у разі настання страхового випадку здійснити страхову виплату, проте цій особі не дається конкретного найменування. Так, законодавець у ст. 3 Закону України «Про страхування» у страховому зобов'язанні виділяє два види третіх осіб: застраховані особи, тобто фізичні особи, у житті яких можуть трапитися події, у зв'язку з чим виникає обов'язок страховика здійснити страхові виплати, і введення яких до кола суб'єктів відносин страхування допускається лише за їх згодою; та вигодонабувачі.

Разом з тим слід зазначити, що у вітчизняному законодавстві правовому статусу вигодонабувача приділена незначна кількість норм. Ні ЦК України, ні Закон України «Про страхування» не містять легального визначення вигодонабувача. Згідно із ч. 4 ст. 3 Закону України «Про страхування» страхувальники мають право при укладенні договорів страхування інших, ніж договори особистого страхування, призначати фізичних або юридичних осіб (вигодонабувачів), які можуть зазнати збитків у результаті настання страхового випадку, для отримання страхового відшкодування, а також замінювати їх до настання страхового випадку, якщо інше не передбачено договором страхування.

На думку Н. Якібчук, у випадку укладення страхувальником договору страхування цивільної відповідальності іншої особи (особа, чия відповідальність застрахована) вигодонабувачем слід визнавати і цю особу, оскільки за таким договором страхується її майновий інтерес³. На нашу думку, з урахуванням положень п. 1.4 ст. 1 Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів», де міститься вказівка, поряд із страхувальником, на особу, відповідальність якої застрахована, та у зв'язку з відсутністю вказівки на таку особу у відповідних положеннях ЦК

України вбачається за доцільне внести зміни до п. 3 ч. 1 ст. 980 ЦК України, виклавши її в такій редакції: «відшкодуванням шкоди, завданої страхувальником або особою, відповідальність якої застрахована».

Страхувальник і вигодонабувач є різними учасниками цивільно-правових відносин страхування, а тому об'єднувати ці поняття в договорі страхування не слід⁴. Вигодонабувач хоча і є учасником вказаних правовідносин, однак він не є стороною договору страхування.

Як зазначає П. С. Голуб, правова конструкція договору страхування деліктної відповідальності власників джерел підвищеної небезпеки побудована за моделлю договору на користь третьої особи, оскільки тільки використання такої конструкції дасть змогу ефективно розв'язати завдання захисту прав вигодонабувачів. Страхувальник у цьому договорі не може виступати в якості вигодонабувача, ним у всіх випадках є потерпілий⁵.

Особливістю страхування цивільної відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, є неможливість чіткого визначення у договорі особи, на чью користь буде здійснюватись страхове відшкодування. У цьому випадку статусу вигодонабувача набудатимуть ті особи, яким страхувальник або особа, відповідальність якої застрахована, завдасть шкоди. Як самі потерпілі особи, так і розмір завданої їм шкоди визначаються лише після настання страхового випадку⁶. Крім цього, особливою вимогою, яку ставлять до особи, чия відповідальність застрахована, та до страхувальника у випадку страхування ним своєї відповідальності, є володіння на законних підставах джерелом підвищеної небезпеки.

Договір страхування відповідальності за заподіяння шкоди, у тому числі за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, може бути укладений лише на користь вигодонабувача – особи, якій може бути заподіяна шкода, навіть якщо договір укладений на користь страхувальника або іншої особи, що відповідальна за заподіяння шкоди, або в договорі не визначено, на чью користь він укладений. Так, відповідне положення закріплене в ст. 931 ЦК Російської Федерації. Тобто, там не лише передбачається обов'язковість використання договору на користь третьої особи, а й прямо визначається, хто може бути вигодонабувачем у договорах страхування відповідальності за заподіяння шкоди, через індивідуалізацію вигодонабувача вказуючи на те, що це особа, життя, здоров'ю або майну якої може бути заподіяна шкода діями страхувальника або іншої особи, на яку така відповідальність може бути покладена законом. Видається, що подібний підхід доцільно відобразити і у ЦК України.

Як зазначає В. М. Никифорак, окрім сторін – страховика і страхувальника, учасником договору страхування відповідальності є третя особа (потерпілий), якій у разі настання страхового випадку виплачується страхове відшкодування, і яку відповідно до законодавства прийнято називати вигодонабувачем. На відміну від договорів майнового та особистого страхування, в яких вигодонабувач чітко визначається і може бути змінений протягом дії договору страхування, в договорі страхування відповідальності вигодонабувача наперед назвати неможливо, оскільки невідомо, кому страхувальник завдасть шкоди своїми діями. Вигодонабувачем за договором страхування відповідальності автор називає невідому наперед третю особу, яка не є стороною договору, проте має право на страхове відшкодування. Дійсно, зазвичай ніхто не в змозі передбачити ймовірність заподіяння кому-небудь шкоди, так само як не в змозі заздалегідь визначити коло осіб – потерпілих (вигодонабувачів), яким може бути завдано шкоди. Більше того, неможливо визначити період часу ймовірного заподіяння шкоди і її розміри.

У принципі, для страхування цивільної відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, невизначеність в особистості конкретного потерпілого не має значення для захисту майнових інтересів страхувальника, оскільки визначальним чинником у цьому випадку є страхова сума, яка може бути виплачена будь-якому потерпілому, незалежно від особи останнього. Якщо в договорі вказаний інший вигодонабувач або його взагалі не зазначено, це не береться до уваги при виплаті страхового відшкодування⁷.

Отже, особливістю страхування відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, є те, що у цьому випадку виникає особлива конструкція договору на користь третьої особи – договір на користь особи, яка невідома в момент укладання договору страхування, оскільки не може бути відомо заздалегідь, кому саме буде заподіяно шкоду страхувальником – власником транспортного засобу, іншого джерела підвищеної небезпеки.

Вигодонабувач як особа, на користь якої укладено договір страхування відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, має право на отримання страхової виплати. Крім того, вигодонабувач наділений і правом, що має на меті забезпечити отримання страхової виплати – правом пред'явлення вимоги до страховика про здійснення страхового відшкодування, а також правом вимагати нерозголошення отриманих про нього відомостей.

При заподіянні шкоди потерпілий має право обирати, до кого пред'являти вимогу про виплату страхового відшкодування – до заподіювача чи до страховика.

Право вигодонабувача на отримання страхових виплат, як зазначає М. І. Брагінський, носить секундарний характер⁸, оскільки для його трансформації в суб'єктивне право, визначене в договорі страхування, необхідне пряме вираження ним наміру скористатися цим правом.

Якщо буде встановлено, що вигодонабувач відмовився від пред'явлення позову до страховика або сума страхової виплати більша, ніж має отримати вигодонабувач, страхувальник/потерпілий не позбавлений права на пред'явлення позову про виплату страхового відшкодування на свою користь на загальних підставах⁹.

Часто на практиці виникає питання: чи може страхувальник через суд примусити страховика виплатити страхове відшкодування потерпілому-вигодонабувачу? Такі позови страхувальників є реакцією на вимогу потерпілих про відшкодування шкоди. Страхувальник, отримавши таку претензію, звертається до суду з позо-

вом про виконання договору страхування і виплату страхового відшкодування потерпілому з метою звільнити себе від такої виплати¹⁰. Так, відповідно до ч. 2 ст. 636 ЦК України виконання договору на користь третьої особи може вимагати як особа, яка уклала договір, так і третя особа, на користь якої передбачено виконання. Згідно з ч. 4 ст. 636 ЦК України, якщо третя особа відмовилася від права, наданого їй на підставі договору, сторона, яка уклала договір на користь третьої особи, може сама скористатися цим правом, якщо інше не випливає із суті договору. Однак суди відмовляють у таких позовах, мотивуючи своє рішення тим, що коли потерпілий, який виступає як третя особа, на користь якої укладено договір страхування, не скористався своїм правом на отримання страхової виплати, то страхувальник не вправі вимагати від страховика виконання договору на користь третьої особи. Так, відповідно до ст. 22 Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» шкода відшкодовується потерпілому. Зазначеним Законом не передбачено виплату страхувальнику страхового відшкодування.

При безпідставній відмові у виплаті страхового відшкодування, крім наслідків, передбачених договором, страховик, який прострочив виконання грошового зобов'язання, на вимогу страхувальника зобов'язаний сплатити йому суму страхової виплати з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час прострочення, а також три проценти річних від простроченої суми, якщо інший розмір процентів не встановлений договором або законом (ст. 526, ч. 2 ст. 625 ЦК).

До основних обов'язків вигодонабувача можна віднести: негайне повідомлення про настання страхового випадку, якщо вигодонабувач має намір скористатися правом на страхове відшкодування; передання страховику усіх документів і доказів, а також повідомлення йому всіх відомостей про настання страхового випадку.

Відповідно до ч. 1 ст. 990 ЦК України, ч. 1 ст. 25 Закону України «Про страхування» здійснення страхових виплат і виплата страхового відшкодування проводиться страховиком на підставі заяви страхувальника (його правонаступника або третіх осіб, визначених умовами страхування) і страхового акта (аварійного сертифіката), який складається страховиком або уповноваженою ним особою (аварійним комісаром) у формі, що визначається страховиком.

За відсутності вказаної заяви обов'язок страховика здійснити страхові виплати і виплату страхового відшкодування не виникає, як і не виникає право у страхувальника (його правонаступника або третіх осіб, визначених умовами страхування) вимагати у судовому порядку стягнення зі страховика страхових виплат (страхового відшкодування). Пунктом 3 ч. 1 ст. 991 ЦК України встановлено, що страховик має право відмовитися від здійснення страхової виплати у разі подання страхувальником завідомо неправдивих відомостей про об'єкт страхування або про факт настання страхового випадку. Аналогічні приписи містяться у ст. 26 Закону України «Про страхування».

Розмір страхової суми встановлюється за згодою сторін з урахуванням індивідуальних характеристик об'єкта, його площі, категорії небезпеки експлуатованого об'єкта, максимального розміру шкоди, яку страхувальник може заподіяти третім особам, вимог чинного законодавства України тощо. Так, при пошкодженні застрахованого транспортного засобу для встановлення розміру страхового відшкодування виникає необхідність визначення вартості його відновлювального ремонту. Така вартість визначається відповідно до положень Методики товарознавчої експертизи та оцінки колісних транспортних засобів.

Однак трапляються випадки недотримання страховиками вимог вказаної Методики при визначенні суми страхового відшкодування у зв'язку із застосуванням більш вигідних для страховика методів її нарахування, чим, у свою чергу, порушуються права вигодонабувачів на отримання страхового відшкодування у належних розмірах¹¹.

При отриманні вигодонабувачем страхової суми в порядку відшкодування шкоди, заподіяної його життю або здоров'ю, враховується шкода, нерозривно пов'язана з його особистістю. Саме за цією ознакою не є можливою заміна даної категорії вигодонабувача, оскільки перехід до іншої особи вимог про відшкодування шкоди, заподіяної життю або здоров'ю, не допускається.

Слід зазначити, що у разі, коли страхового відшкодування недостатньо для того, щоб повністю відшкодувати заподіяну шкоду, заподіювач шкоди, який застрахував свою відповідальність, зобов'язаний відшкодувати шкоду потерпілому в розмірі різниці між розміром страхового відшкодування, що підлягає виплаті, і фактичним розміром шкоди.

Можливість відшкодування моральної шкоди у відносинах у сфері страхування цивільної відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, передбачена, зокрема, ст. 9, 22 Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів».

Отже, в договорі страхування цивільної відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, вигодонабувач не є стороною договірної зобов'язання, оскільки договір страхування укладається між страхувальником і страховиком, а не між вигодонабувачем та страховиком. Крім цього, вигодонабувач у досліджуваному договорі виступає як третя особа, на користь якої він укладається, і з'являється в договорі лише за наявності певних умов.

Таким чином, вигодонабувача за договором страхування цивільної відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, можна визначити як невідому заздалегідь третю особу – фізичну або юридичну особу, яка не є стороною договору, але зазнала збитків у результаті настання страхового випадку, визначеного у договорі страхування між страховиком та страхувальником, і яка наділена правом на отримання страхового відшкодування.

- ¹ Красільнікова О. С. Правовідносини страхування відповідальності судовласника перед третіми особами: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / О. С. Красільнікова. – Одеса, 2005. – С. 9.
- ² Серебровский В. И. Избранные труды по наследственному и страховому праву / В. И. Серебровский. – М., 1997. – С. 68.
- ³ Якібчук Н. Особливості суб'єктного складу правовідносин страхування цивільної відповідальності власників транспортних засобів / Н. Якібчук // Вісник Львівського національного університету імені Івана Франка. Серія юридична. Вип. 47. – 2008. – Ст. 114.
- ⁴ Посполітак В. Проблемні питання страхування в законодавстві України / В. Посполітак // Юридичний журнал. – 2003. – № 12. – С. 15.
- ⁵ Голубь П. С. Страхование ответственности владельцев источников повышенной опасности: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / П. С. Голубь. – М., 2006. – С. 5.
- ⁶ Цивільне право України : Академічний курс [Підруч.] : У 2 т. ; за заг. ред. Я. М. Шевченко. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2006. – Т. 2. Особлива частина. – С. 194.
- ⁷ Никифорак В. М. Договір страхування відповідальності: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / В. М. Никифорак. – К., 2002. – С. 4, 8, 10.
- ⁸ Брагинский М. И. Договор страхования / М. И. Брагинский. – М.: Статут, 2000. – С. 38.
- ⁹ Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання застосування судами законодавства при вирішенні спорів про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки» від 1 березня 2013 року № 4.
- ¹⁰ Лист Верховного Суду України «Судова практика розгляду цивільних справ, що виникають з договорів страхування» від 19 липня 2011 року.
- ¹¹ Афанасьєв В. В., Погребняк В. Я., Янішен В. П., Бережна О. Д. Узагальнення судової практики вирішення господарськими судами спорів за участю страхових компаній (за матеріалами справ, розглянутих Харківським апеляційним господарським судом) / В. В. Афанасьєв, В. Я. Погребняк, В. П. Янішен, О. Д. Бережна // Актуальні питання цивільного та господарського права. – 2010. – № 5. – С. 47.

Резюме

Соботник Р. В. Правовий статус вигодонабувача за договором страхування відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки.

У науковій статті проаналізовано особливості правового статусу вигодонабувача як одного із учасників договору страхування цивільної відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки. Обґрунтовується, що вигодонабувача можна кваліфікувати як третю особу, яка є невідомою заздалегідь, не є стороною договору, проте зазнала збитків внаслідок настання страхового випадку.

Ключові слова: вигодонабувач, договір страхування, цивільна відповідальність, джерело підвищеної небезпеки, права та обов'язки, страхове відшкодування.

Резюме

Соботник Р. В. Правовой статус выгодоприобретателя по договору страхования ответственности за вред, причиненный источником повышенной опасности.

В научной статье проанализированы особенности правового статуса выгодоприобретателя как одного из участников договора страхования гражданской ответственности за вред, причиненный источником повышенной опасности. Обосновывается, что выгодоприобретателя можно квалифицировать в качестве третьего лица, которое неизвестно заранее, не является стороной договора, однако понесла убытки вследствие наступления страхового случая.

Ключевые слова: выгодоприобретатель, договор страхования, гражданская ответственность, источник повышенной опасности, права и обязанности, страховое возмещение.

Summary

Sobotnyk R. Legal status of the beneficiary under the insurance contract of liability for damage caused by a source of increased danger.

In the scientific research of Sobotnyk Rostyslav determines the features of the legal status of the beneficiary, as one of the parties of the insurance contract of civil liability for damage caused by a source of increased danger. It is proved that the beneficiary qualifies as a third party, which is unknown in advance, not a party to the contract, but has suffered losses as a result of an insured event.

Key words: beneficiary, contract of insurance, civil liability, the source of increased danger, rights and duties, insurance reimbursement.

Отримано 21.03.2014

УСУБ ЕЛЬЧИН АРИФ ОГЛИ

Усуб Ельчин Ариф огли, соискатель Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

ОТДЕЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ ЗАЛОГА ДЕНЕГ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ УКРАИНЫ, АЗЕРБАЙДЖАНА И КАЗАХСТАНА

Начиная анализ вопросов, связанных с залогом денег, в первую очередь следует отметить, что в настоящее время в законодательствах рассматриваемых нами государств достаточно противоречивым вопросом является возможность залога денег. Эти противоречия возникают, поскольку правовая природа денег неоднозначна, существуют деньги наличные и безналичные, из чего вытекает, что деньги имеют двойственную природу. Это следует учитывать при использовании их в качестве предмета залога.

В правовой литературе имеются две основные точки зрения на природу безналичных денежных средств. Согласно одному из них, безналичные денежные средства являются лишь символами, которые заменяют в гражданском обороте наличные без изменений их правовой природы и без изменения принципов их регулирования как объектов вещных прав¹. Такое понимание природы безналичных средств, по нашему мнению, приводит к применению правил купли-продажи вещей к отчуждению прав на безналичные средства. Однако более убедительным и обоснованным может быть вывод, согласно которому безналичные средства как объект соответствующих банковских договоров составляют не вещи, а обязывающие права требований².

Итак, рассмотрим, как вопрос залога денег регулируется в законодательствах Украины, Азербайджана и Казахстана. Согласно ст. 304 ГК АР денежные средства, являющиеся предметом залога, хранятся на депозитном счете банка или нотариуса. Проценты, начисляемые на эту сумму, принадлежат залогодателю, если иное не предусмотрено договором³. На наш взгляд, нельзя согласиться с положением ГК АР в части хранения денег, являющихся предметом залога, поскольку необоснованно ограничивать хранение таких денег только лишь на депозитном счете.

По мнению А. Гасанова, приведенное регулирование залога денежных средств представляется некорректным. В частности, непонятно, почему речь идет именно о депозитном счете банка, а не о счете в банке. Ведь если обеспечением какого-то обязательства между любыми субъектами является залог денежных средств, логично, что они будут внесены на банковский счет одной из этих сторон (или, возможно, на их совместный счет) либо на банковский счет нотариуса (как нейтрального лица). Но ни в коем случае это не будет некий депозитный счет самого банка. Поэтому автор считает, что ст. 304 ГК АР следует понимать именно так: денежные средства, являющиеся предметом залога, хранятся на депозитном счете залогодателя и/или залогодержателя либо нотариуса⁴.

В свою очередь, в соответствии со ст. 135.1 ГК АР вещь считаются только физические объекты. Вещью являются также деньги и ценные бумаги. Таким образом, мы видим, что ГК АР однозначно отнес деньги к вещам. Однако безналичные деньги не являются физическим объектом и потому не могут быть отнесены к вещам, а это значит, что у них иной правовой режим, нежели у наличных денег как вещей.

В соответствии со ст. 192 ГК Украины законным платежным средством, обязательным к приему по номинальной стоимости на всей территории Украины, является денежная единица Украины – гривна. Деньги являются особой категорией объектов гражданского права, поскольку выполняют роль всеобщего эквивалента, ввиду чего они имеют ряд специфических признаков. Как отмечается в украинской юридической литературе, деньгам присущи признаки родовых и делимых вещей, поскольку размер денежной суммы определяется не количеством денежных знаков, а числом указанных в знаках денежных единиц⁵.

Надо отметить, что определение понятия «деньги» до сих пор не имеет в Украине законодательного закрепления. На наш взгляд, это связано с тем, что в научной литературе, будь-то экономическая или правовая, говорится или об экономической природе денег, или о юридической природе денег. Так, например, из анализа экономической природы денег следует, что нельзя говорить о правовой природе денег вообще. Можно говорить лишь о правовой природе и соответствующем ей правовом режиме определенного вида имущественных благ, которые выполняют функцию денег⁶.

Существенный интерес по этому вопросу вызывает официальная позиция Высшего хозяйственного суда Украины. Так, в ч. 3. ст. 3 его разъяснений от 24 декабря 1999 г. № 02-5-/602 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с применением Закона Украины «О залоге» указано, что, исходя из правовой природы средств, находящихся на счетах в банковских учреждениях, они не могут быть предметом залога по правилам, которые регулируют залог вещей. Вопрос залога таких средств должен решаться по правилам залога имущественных прав⁷.

В казахстанском законодательстве предусмотрены следующие виды счетов: текущий счет, сберегательный счет, корреспондентский счет. Мы не видим ограничений в использовании текущих счетов, на которых

могут быть размещены деньги, являющиеся предметом залога. Нецелесообразно ограничивать эти возможности лишь депозитным счетом, тем более, что, как правило, на депозитных счетах размещаются деньги, которые являются предметом вклада, и в этой связи возникает путаница. Ведь банк обязан начислять вознаграждение на сумму вклада, поскольку это является его субъективной обязанностью. И поэтому возникает вопрос, каким образом будут соотноситься обязанность залогодателя хранить залоговые деньги на депозитном счете и обязанность банка начислять вознаграждение на сумму вклада.

В настоящее время казахстанскими банками предпринимается одиозная попытка ввести изменения и дополнения в ГК РК, которые бы предусматривали хранение денег, являющихся предметом залога, в сейфовых ячейках. Нельзя сказать, что это невозможно, но в то же время это влечет для залогодержателей большие риски, которые основываются на мнении, что залогодержатель никогда не сможет быть уверенным в том, что хранится в сейфовой ячейке.

Хранение ценностей в банковских ячейках по своей правовой природе является видом договора аренды, для которого предмет не является существенным условием, как, например, это характерно для договора хранения. Залогодержатель не может быть полностью уверенным в содержимом банковского сейфа, и нет никаких гарантий в том, что пользователь сейфовой ячейки будет добросовестным залогодателем.

Оформление отношений по предоставлению банкам-залогодержателям их клиентами денег в залог иным способом, при котором деньги должны будут находиться в банковских сейфах, ячейках банковских сейфов, помещениях для хранения, потребует от банков-залогодержателей и их клиентов-залогодателей осуществление изъятия денег, являющихся предметом залога, со счетов. Их следует помещать в указанные сейфы, ячейки и помещения на условиях хранения. В результате деньги утратят указанные в п. 1 ст. 5 Закона РК от 29 июня 1998 г. № 237-І «О платежах и переводах денег» свойства средства платежа, накопления и меры стоимости. Деньги будут «заморожены» и бесполезны для товарно-денежного оборота. Банки же потеряют один из высоколиквидных способов обеспечения исполнения обязательств своих заемщиков⁸.

Попутно возникают и другие вопросы. К примеру, на ком будет лежать обязанность по оплате аренды сейфовой ячейки, вряд ли сам залогодатель будет заинтересован в этом, поэтому такие вопросы должны решаться по соглашению самих сторон.

Таким образом, приходим к мнению про нецелесообразность закрепления на законодательном уровне Казахстана, Азербайджана и Украины возможности хранения денег, являющихся предметом залога, в банковских ячейках, поскольку по своей правовой природе это является видом договора аренды и, соответственно, залогодержатель не может быть полностью уверенным в содержимом банковского сейфа, и нет никаких гарантий в том, что пользователь сейфовой ячейки будет добросовестным залогодателем.

Мы видим, что практические вопросы залога денег заходят в тупик. Объяснение этому – неоднозначная природа денег. В теории гражданского права имеет место положение, согласно которому схожесть залога денег с залогом прав – чисто условная. Она объясняется спорной правовой природой денег, в особенности безналичных, залог которых в теории гражданского права обычно рассматривается как залог права требования к банку, удостоверенного записью на банковском счете⁹.

Анализируя вопрос возможности залога безналичных денег, следует отметить, что залог денег путем помещения на банковский счет по сравнению с законодательством Украины допускается законодательством Казахстана, поскольку определение банковского счета предусматривает, что запись на счете удостоверяет наличие денег на счете владельца. В настоящее время сберегательный счет в определенной мере может быть использован для осуществления залога безналичных денег. Вместе с тем, бесспорным является вывод о том, что режим залоговых счетов должен отличаться определенными, причем существенными особенностями, а потому подлежит особому регулированию. Такими особенностями, в частности, являются вопросы личности владельца счета и регистрации залога безналичных денег в специальном реестре.

В юридической литературе встречаются и противоположные позиции, согласно которым открытие специального залогового счета лишь вносит неясность в возможность обращения взыскания на находящиеся на нем деньги, поскольку он не может быть с очевидностью отнесен к банковскому счету. Думается, что юридически необязательным является блокирование залоговых денег на банковском счете. Достаточно возложить на залогодателя денег обязанность иметь в установленные даты определенные суммы на банковском счете¹⁰.

Иного мнения придерживается А. Гасанов, по мнению которого, единственным существенным отличием залога денежных средств от прочих видов залога является то, что взыскание на его предмет осуществляется не путем его реализации, а просто передачи залогодержателю. Во всем остальном это обычный залог. В том числе в праве залогодержателя получить удовлетворение по залому преимущественно перед другими кредиторами залогодателя. Этот подход четко закреплен, к примеру, в немецкой доктрине и судебной практике, в том числе в отношении будущих требований¹¹.

Однако в АР приоритет залоговых прав на денежные средства, находящиеся на банковском счете, под сомнением. Во всяком случае ст. 965 ГК АР, регламентирующая очередность списания денежных средств с банковского счета, этот вопрос обходит вниманием. Поэтому нет гарантии, что, например, суд, выдавший исполнительный документ о списании денежных средств с банковского счета, не посчитает свое право на бесспорное списание денежных средств приоритетным перед залоговым правом залогодержателя на эти средства. Но мы считаем, что такое мнение суда будет ошибочным, поскольку согласно ст. 269.7 ГК АР приоритетным является право залогодержателя. Более того, ГК Азербайджана однозначно указывает, что денежные

средства, являющиеся предметом залога, хранятся на депозитном счете банка или нотариуса. Таким образом, ГК четко определил, что залогодателю все же принадлежат начисляемые на сумму вклада проценты.

В то же время в Казахстане представителями финансового рынка предлагается принять изменения в ГК РК, которые предусматривают, что деньги, являющиеся предметом залога, должны размещаться на балансовом счете. Не нужно быть специалистом в банковском праве, чтобы понять, что балансовый счет не является банковским счетом, это счет, взятый из бухгалтерского учета. И насколько возможно предусмотреть такой институт в ГК, вызывает большие сомнения. Это противоречит смыслу гражданского законодательства, поскольку не могут быть применимы термины, не имеющие отношения к юриспруденции. На наш взгляд, следует четко определить, на каком счете должны размещаться деньги, являющиеся предметом залога. Таковыми могут выступать не только сберегательные счета, но и текущие.

Таким образом, хотим мы того или нет, но природа денег отражается на сущности залога денег. С одной стороны, имеет место залог вещей, в данном случае наличных денег, а с другой, наблюдается присутствие в этих обязательствах залога имущественных прав, то есть самих безналичных денег. Как механизм применения такой конструкции, по нашему мнению, в действующем законодательстве рассматриваемых стран необходимо ввести институт залогового счета. Тем самым будет решено большое количество вопросов нами затронутых.

Имеется и другой выход. В литературе высказано мнение о возможности залога прав по договору банковского вклада путем залога депозитного или сберегательного сертификата или сберегательной книжки на предъявителя, которые, с одной стороны, являются вещами (документарными ценными бумагами) и залог которых оформляется по правилам о залоге вещей. С другой стороны, при залоге таких ценных бумаг право, ими удостоверенное, оказывается также фактически «заложеным».

В этой связи актуальна позиция А. Маковской, которая считает, что необходимость внесения изменений в законодательство в части регулирования залога имущественных прав по договору банковского счета обусловлена абсолютно объективными причинами, в частности тем, что эффективное использование залога вещей и залога обязательственных прав невозможно без регулирования залоговых отношений в части денежных средств. Автор пишет, что в рамках разработки правил, регулирующих отношения по залогом «безналичных» денежных средств, должны быть с учетом специфики данного объекта, но на основании общих концептуальных подходов решены как минимум три вопроса: 1) об обеспечении публичности сведений о залоге прав по договорам банковского вклада и банковского счета; 2) о распоряжении залогодержателем и/или залогодателем заложенными правами; 3) об особенностях реализации заложенных прав по указанным договорам¹².

О. Белая предлагает применить другой подход к проблеме реализации денег как предмета залога. Учитывая, что имущественные права отнесены к категории движимого имущества, обращение взыскания на них может быть проведено в судебном и внесудебном порядке. Если стороны избирают судебный порядок обращения взыскания на предмет залога, кредитору должно быть предоставлено право требовать перевод на себя заложенных имущественных прав. Совершение сделки цессии и перевод на залогодержателя заложенных прав (требований) упрощают процесс реализации предмета залога и способствуют наиболее эффективному удовлетворению требований кредитора. В связи с этим предлагается законодательно закрепить возможность перевода залогодержателем на себя заложенного имущественного права в судебном порядке при неисполнении или ненадлежащем исполнении должником обеспеченного залогом обязательства¹³.

Кроме того, следует учесть, что в исполнительном производстве, в рамках которого происходит обращение взыскания на вклад, должником является не банк, а его вкладчик. Поэтому установленные законом принудительные действия судебного пристава-исполнителя применимы только по отношению к должнику-вкладчику, а не к его банку. По указанной причине банк нельзя обязать досрочно исполнить его обязательство по возврату суммы вклада, поскольку такое действие не предусмотрено законодательством¹⁴.

Что касается первого, то следует отметить, что в Казахстане уже предпринимаются попытки предусмотреть в действующем законодательстве обязанность залогодателя оповещать все банки, ипотечные компании и прочие о залоге банковского счета или банковского вклада. Однако возникает вопрос добросовестности залогодателей.

Затрагивая вопрос реализации заложенных прав, А. Селивановский считает, что реализация заложенных прав по договору банковского счета путем продажи через публичные торги лишена всякого смысла. Применительно к требованиям, предъявляемым к обеспечению на организованных рынках, приходится констатировать, что «залог» банковских счетов не может использоваться для обеспечения исполнения обязательств на финансовом рынке из-за высоких рисков признания недействительным условий о залоге банковского счета и/или денежных средств на банковском счете. Кроме того, ненадежность данного способа обеспечения обязательств отмечает исследователь и в случае банкротства одной из сторон обязательства¹⁵.

Однако это мнение не является бесспорным, поскольку на практике такой вид залога используется вполне активно. В части, касающейся реализации с публичных торгов, снова проявляется специфика денег. Это уже средство платежа, эквивалент того или иного предмета, в оценке залогового имущества нет никакой необходимости, что гораздо эффективнее упрощает подобные процедуры.

Однако у идеи признать залог безналичных денег залогом имущественных прав есть и противники. К примеру, А. Юшков полагает, что если согласиться с тем, что залог безналичных денежных средств возможен только как залог права требования, мы столкнемся с абсурдным положением. Ситуация, когда клиент закладывает свои денежные средства, находящиеся на счете, непосредственно этому же банку, где данный

счет открыт, встречается достаточно часто. Получается, что если клиент (должник) не исполнит обеспеченное залогом обязательство, банк (кредитор) имеет право обратиться взыскание на право требования к самому себе путем продажи этого права с публичных торгов¹⁶.

Вместе с тем, на практике залог денег является одним из эффективных, высоколиквидных, распространенных способов обеспечения обязательств, хотя и не имеет должного нормативного регулирования ни в Азербайджане, ни в Казахстане, ни в Украине, что ставит залогодержателей в рискованное положение, особенно в части использования залога безналичных денег. В таком случае стороны должны по своему усмотрению предусматривать положения в договоре залога денег и руководствоваться нормами заключенного договора.

¹ Тузков Д. Л. Уступка требования – теоретический аспект: теоретические проблемы правового регулирования хозяйственной деятельности в условиях рыночных отношений: Тез. докл. респ. научно-практической конф. / Отв. ред. В. Ф. Чепир. – Минск, 1998 / Компьютерная база данных.

² Новоселова Л. А. Финансирование под уступку денежного требования / Л. А. Новоселова // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 2000. – № 12. – С. 91.

³ Гражданский кодекс Республики Азербайджан // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://qanun.narod.ru/codes.html>

⁴ Гасанов А. Банковское право Азербайджана / А. Гасанов. – М.: Юриспруденция, 2011. – С. 429–430, 431.

⁵ Цивільне право України. Загальна частина: підручник / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. – 3-те вид. перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – С. 231.

⁶ Воронова Л. К. Наука фінансового права та її сучасні завдання / Л. К. Воронова // Фінансове право. – 2007. – № 1. – С. 9.

⁷ Грибов А. Ю. Институциональная теория денег: сущность и правовой режим денег и ценных бумаг / А. Ю. Грибов. – М.: РИОР, 2008. – С. 98.

⁸ Роз'яснення Вищого арбітражного суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із застосуванням Закону України «Про заставу» від 24.12.1999 р. № 02-5/602 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v_602800-99

⁹ Стефановский А. Последние изменения в ГК РК в части залога денег и возникшая в связи с этим проблема / А. Стефановский // Предприниматель и право. – № 7. – 2007. – С. 14.

¹⁰ Братусь Д. А. Залог прав: античные истоки и правовое регулирование по законодательству Республики Казахстан: дисс. ... канд. юрид. наук / Д. А. Братусь. – Астана, 2005. – С. 89.

¹¹ Диденко А. Г. Постатейный комментарий к § 3 главы 18 ГК «Обеспечение исполнения обязательства. Залог» / А. Г. Диденко // Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика. – Избранное / Под ред. А. Г. Диденко. – Алматы: Раритет, Институт правовых исследований и анализа, 2008. – С. 426.

¹² Маковская А. Положения о залоге / А. Маковская // Хозяйство и право. – № 3. – 2009. – С. 56–57.

¹³ Белая О. Особенности залога денежных средств как отдельного вида имущественных прав / О. Белая // Хозяйство и право. – № 3. – 2007. – С. 93.

¹⁴ Ефимова Л. Проблемы применения законодательства об исполнительном производстве при обращении взыскания на банковский вклад / Л. Ефимова // Хозяйство и право. – № 8. – 2011. – С. 54.

¹⁵ Селивановский А. Обеспечение исполнения обязательств на финансовых рынках // Хозяйство и право. – № 3. – 2006. – С. 37.

¹⁶ Юшков А. Залог денежных средств: проблемы и решения / А. Юшков // Хозяйство и право. – № 6. – 2006. – С. 130.

Резюме

Усуб Ельчин Ариф оглы. Окремі аспекти застави грошей за законодавством України, Азербайджану і Казахстану.

Статтю присвячено визначенню законодавчих підходів до нормативно-правового регулювання такого предмета застави, як гроші, за законодавством України, Азербайджану та Казахстану. Акцентується увага на подвійній правовій природі грошей при використанні їх як предмета застави.

Ключові слова: застава, договір застави, готівкові та безготівкові грошові кошти, банківські рахунки, договір банківського вкладу, договір банківського рахунку.

Резюме

Усуб Эльчин Ариф оглы. Отдельные аспекты залога денег по законодательству Украины, Азербайджана и Казахстана.

Статья посвящена определению законодательных подходов к нормативно-правовому регулированию такого предмета залога, как деньги, по законодательству Украины, Азербайджана и Казахстана. Акцентируется внимание на двойственной природе денег при использовании их в качестве предмета залога.

Ключевые слова: залог, договор залога, наличные и безналичные денежные средства, банковские счета, договор банковского вклада, договор банковского счета.

Summary

Usub E. Some aspects of bail money for the law of Ukraine, Azerbaijan and Kazakhstan.

Article is devoted to the definition of legislative approaches to legal regulation of the collateral such as money under the legislation of Ukraine, Azerbaijan and Kazakhstan, focuses on the dual nature of money by using them as collateral.

Key words: mortgage, pledge agreement, cash and non-cash, bank accounts, the bank deposit, bank account agreement.

Отримано 12.04.2014

Є. Є. ФУРСА

Євген Євгенович Фурса, здобувач Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ВІДМОВА ВІД СПАДЩИНИ: НОТАРІАЛЬНЕ ПОСВІДЧЕННЯ ПРАВОЧИНУ ЧИ ЗАСВІДЧЕННЯ ПІДПISУ (НА ПРИКЛАДІ КОНСУЛЬСЬКОЇ ПРАКТИКИ)

В Україні проблемам діяльності консула з вчинення нотаріальних дій присвячено дуже мало робіт. Такі питання тільки почались досліджуватися. Так, О. О. Грінченко аналізував правовий статус консула при вчиненні нотаріальних дій¹. Приватним нотаріусом Н. П. Кравченко були розширені межі наукового пошуку, оскільки нею досліджувались питання охорони та захисту безспірних прав у дипломатичних представництвах². Але нині неможливо говорити про вдосконалення законодавства, яке регулює процедуру вчинення нотаріальних дій консула, лише на теоретичному рівні, оскільки, як зазначають деякі автори, наука про нотаріат має базуватися не лише на теорії, а вивчати й практику, зокрема, діяльності консула із вчинення нотаріальних дій, та на її підставі робити прогнози розвитку й пропозиції щодо втілення наукових розробок у законодавство про нотаріат³. Тому автор для подальших наукових пошуків взяв за мету проаналізувати практику консульських установ з питань вчинення нотаріальних дій.

До нас потрапила цікава для наукового аналізу практична правова ситуація, вирішення якої можливе з різних правових підстав. При цьому завдання, які поставив собі автор при написанні цієї статті, орієнтоване на науковий аналіз букви і духу закону щодо реального змісту заяви громадянина України, який перебував за кордоном та звернувся до консула за оформленням заяви про відмову від спадщини. З цілком зрозумілих причин у наведеній нижче заяві змінено дані про особу, яка звернулася до консула, та не персоналізований консул України, але сам зміст заяви викладений буквально.

Так, до консула звернувся один із спадкоємців за оформленням заяви про відмову від прийняття спадщини, яку йому потрібно було направити до державної нотаріальної контори м. Києва, де була відкрита спадщина. Заява була такого змісту:

*До державної нотаріальної контори
Кузнецова Віталія Івановича,
зарєєстрований в м. Києві,
по вул. Героїв праці, буд. 12, кв. 5*

ЗАЯВА

про відмову від прийняття спадщини

Шістнадцятого числа, серпня місяця дві тисячі тринадцятого року помер мій батько (Кузнецов Іван Іванович, 1945 року народження), який на день смерті був зарєєстрований у м. Києві, по вул. Героїв праці, буд. 12, кв. 5.

Після його смерті залишилась спадщина.

Повідомляю державну нотаріальну контору, що від права на прийняття спадщини я (Кузнецов Віталій Іванович), відмовляюся на користь дружини спадкодавця (Кузнецової Любові Миколаївни), яка мешкає за адресою: м. Київ, вул. Героїв праці, буд. 12, кв. 5.

Зміст статей 1273, 1274, 1275 ЦК України мені роз'яснено.

Також повідомляю державну нотаріальну контору, що я співвласник квартири № 5 (п'ять), що знаходиться в м. Києві по вулиці Героїв праці, будинок 12 (дванадцять) не заперечую проти визначення частки померлого у праві спільної власності на вищевказану квартиру у розмірі 1/4 (однієї четвертої).

Заявник (підпис)

Особа просила консула засвідчити справжність підпису на даній заяві. Консул, згідно з п. 6 ч. 1 ст. 38 Закону України «Про нотаріат» (далі – Закон)⁴, Консульського статуту України⁵ та Положення про порядок вчинення нотаріальних дій в дипломатичних представництвах і консульських установах України (далі – Положення)⁶, наділений повноваженнями на вчинення такої нотаріальної дії.

Але консул, ознайомившись зі змістом такої заяви, опинився у ситуації, коли він не знав, як йому діяти, оскільки для вчинення такої нотаріальної дії слід враховувати умови, передбачені ст. 78 Закону: зміст документа не повинен суперечити закону, документ не повинен мати характер угоди та не може містити у собі відомості, які порочать честь і гідність людини.

Консул не може засвідчувати справжність підпису фізичної особи на документі, у якому стверджуються обставини, право посвідчення яких належить лише відповідному державному органу (час народження, шлюб, смерті, наявність хвороби, інвалідності, права власності на майно тощо). Справжність підпису на

зазначеному документі може бути засвідчена в разі, якщо документ призначений для подання до компетентних органів іншої держави (п. 3.13. 3 Положення про порядок учинення нотаріальних дій у дипломатичних та консульських установах та України). Але наведений перший і другий абзац заяви не несуть у собі змісту, який би спонукав до дій будь-яких осіб, та не мають характеру поширення неперевіреної інформації, оскільки заява спрямовується до державної нотаріальної контори, яка має володіти не тільки відповідними відомостями, а й не вправі сприймати інформацію заяви як достатню для відкриття спадкової справи тощо, оскільки нотаріус при відкритті спадщини має враховувати лише свідоцтво про смерть як допустимий засіб доказування смерті спадкодавця.

Складність сприйняття консулом даної заяви була зумовлена її змістом на предмет того, а чи не має цей документ характеру угоди.

У цьому зв'язку слід одразу зазначити, що чинний Цивільний кодекс України майже не оперує терміном «угода», на зміну якому було введено термін «правочин», який повинен був знайти свої відповідне закріплення у Законі України «Про нотаріат», але законодавець не послідовно підійшов до вирішення цієї проблеми. У деякі норми Закону України «Про нотаріат» було внесено зміни, наприклад, ст.ст. 34, 44, 45, 49, а у інші ні. Так, у п. 1 ст. 34 Закону вказується, що нотаріуси посвідчують правочини (договори, заповіти, довіреності тощо), а у п. 1 ч. 1 ст. 38 Закону консульські установи вчиняють нотаріальні дії: п. 1 – посвідчують *угоди* (договори, заповіти, довіреності тощо). Проте у п. 3.13 Положення йдеться про угоди та одночасно правочини, тобто законодавцем ці поняття сприймаються як синоніми.

Така неузгодженість законодавства призводить до їх різного тлумачення на практиці. Як слушно зазначає О. В. Дзера, у ЦК, ГК, СК не завжди послідовно й узгоджено застосовуються такі юридичні категорії, як правочин, угода, договір, а відтак постає питання про принципи їх застосування у судовій, нотаріальній практиці та іншій правозастосовній діяльності.

Базовим критерієм тут має слугувати положення ст. 11 ЦК про те, що підставами виникнення цивільних прав і обов'язків, зокрема, є договори та інші правочини. Формально серед цих підстав не зазначено ні угоди, ні так звані домовленості. Однак не можна не зважати на те, що численні спеціальні закони, нормативно-правові акти (наприклад, Закон України «Про нотаріат» – Є. Ф.) містять посилання на «угоди» у розумінні договорів, а також на те, що ці терміни стали звичними для населення й правознавців.

Аналізуючи викладене, вважаємо за доцільне запропонувати таку концепцію співвідношення зазначених термінів:

1) двосторонні й багатосторонні правочини є договорами і водночас угодами;

2) договори й угоди – тотожні поняття;

3) термін «домовленість» необхідно розуміти як договір чи угоду тільки тоді, коли результат такої домовленості оформлено відповідної до вимог законодавства з дотриманням вимог, встановлених для укладання договору.

Отже, не кожний правочин є договором (угодою), а лише той, який опосередковує *обопільну домовленість двох чи більше осіб*, спрямовану на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків⁷.

Автор сприймає в широкому теоретичному контексті заяву однієї особи навіть з пропозицією укласти договір, максимально, як правочин та як ofertу, одночасно, який може бути акцептований іншою стороною або ні. У першому випадку акцепт надасть правовідносинам характер угоди, а в другому – ні, і в такій ситуації оферта так і залишиться одностороннім правочином без адекватних йому правових наслідків.

У контексті аналізу наведеної вище заяви та подальших дій консула, слід зазначити, що така заява не містить змісту угоди (договору), оскільки вона не містить *обопільної домовленості двох чи більше осіб*, спрямованої на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Таку заяву слід розцінювати як правочин, адже спадкоємець висловив своє волевиявлення на відмову від спадщини на користь дружини спадкодавця (ст. 1274 ЦК), тому вона, на нашу думку, має підлягати нотаріальному посвідченню консулом.

Звернемо увагу на те, що консули не повинні проводити подібні дослідження для того, щоб реагувати на заяви громадян, тому поява у нього перших сумнівів щодо можливості вчинення нотаріального провадження буде підставою до відмови у вчиненні нотаріальної дії. Пояснити обережність консулів нескладно, оскільки вчинення нотаріального провадження за межами закону буде сприйнято правоохоронними органами як перевищення наданих йому повноважень з усіма негативними наслідками, передбаченими Кримінальним кодексом України. Поки що у теорії не розглядалось питання про можливість консулів діяти у межах аналогії закону чи права, хоча їх діяльність аналогічна діяльності нотаріусів, і відповідні повноваження мусять адаптуватися до діяльності перших. Такий ухил зумовлений як загальним положенням про сприяння консулом громадянам у реалізації їхніх прав, так і, безпосередньо, ст. 3 Конституції України. При цьому слід брати до уваги, що громадяни України, коли вони звертаються до консулів, знаходяться на території іноземної держави, тому потребують особливої уваги і турботи з боку консулів у сприянні в реалізації їхніх прав на території Батьківщини.

Але проблемність наведеного документа не обмежується вже проаналізованим ускладненням, оскільки вона містила не лише положення про відмову від спадщини, а й іншу інформацію, що деякою мірою суперечить формам заяв про відмову від спадщини, які передбачені Правилами ведення нотаріального діловодства.

Тому у консула виникло питання, а чи може він посвідчувати в одній заяві відмову від спадщини та повідомлення державної нотаріальної контори про те, що спадкоємець як співвласник квартири № 5 (п'ять),

що знаходиться у м. Києві по вулиці Героїв праці, будинок 12 (дванадцять), не заперечує проти визначення частки померлого у праві спільної власності на вищевказану квартиру у розмірі $\frac{1}{4}$ (однієї четвертої).

З формального боку доволі часто консули, як і нотаріуси, сприймають зразки процесуальних документів (форми, запропоновані нотаріальним діловодством) як однозначно встановлені, куди неприпустимо вносити будь-які зміни. Але не можна сприймати діяльність нотаріусів та консулів лише формально. І такі вимоги, які пред'являються до форм нотаріальних документів правилами нотаріального діловодства вище, ніж бажання осіб, які до них звертаються. У жодному законі не існує обмежень щодо кількості умов заяви тощо. Некоректними вважаються лише заяви, які спрямовуються одночасно до нотаріуса та суду тощо, оскільки вони різні за правовою спрямованістю. Тому автор вважає, що формально обмежувати зміст заяв, за посвідченням яких особа звертається до нотаріуса, консула неприпустимо. Якщо заяву пише сама особа, то мусимо допускати викладення її змісту так, як вона цього бажає. Якщо особа обмежена в праві змінювати умови заяви, вона має лише підписувати заяву.

За аналогією, якщо особа акцептує оферту, то вона погоджується з усіма її умовами, якщо ж вона вносить зміни в умови оферти, то відповідна зустрічна заява буде розцінюватися як нова оферта (ст. 646 ЦК). Тому формально можна стверджувати: якщо особа не складала текст заяви, а лише його підписувала, це має бути відображено у тексті заяви.

У порядку підготовки до вчинення даної нотаріальної дії консул мав встановити ряд обставин, які б надали йому змогу вирішити питання про можливість вчинення даної нотаріальної дії:

- чи не пройшов строк для подання заяви про відмову від спадщини, оскільки на заяві дата не вказана;
- з якою метою заявник повідомляє нотаріальну контору, що він як співвласник квартири не заперечує проти визначення частки померлого у праві спільної власності на вищевказану квартиру у розмірі $\frac{1}{4}$. При цьому слід було уточнити у заявника усіх власників цієї квартири, оскільки із неї випливає, що власниками є син, батько та його дружина. Тобто, їм належатиме по $\frac{1}{3}$ частині квартири, а у заяві йдеться про те, що батькові належить $\frac{1}{4}$ частини. Можливо, не вказаний хтось із співвласників.

Крім того, слід було звернути увагу на понятійний апарат, зокрема, заявником вжито термін «визначення» частки у праві спільної власності на квартиру. Цивільний кодекс України оперує такими поняттями, як «виділ» (ст.ст. 364, 370 ЦК) та «поділ» (ст.ст. 367, 372 ЦК). У заяві йдеться саме про визначення, що, на думку автора, може передбачати виділ $\frac{1}{4}$ частки батька, який помер у спільній сумісній власності, або визначення в натурі, тобто на підставі нотаріально посвідченого договору, але не у судовому порядку, оскільки заява спрямовувалася до нотаріальної контори.

Статтею 370 ЦК передбачено, що співвласники мають право на виділ у натурі частки із майна, що є у спільній сумісній власності. У разі виділу частки із майна, що є у спільній сумісній власності, вважається, що частки кожного із співвласників у праві спільної сумісної власності є рівними, якщо інакше не встановлено домовленістю між ними, законом або рішенням суду.

Отже, зі змісту заяви вбачається, що йдеться про визначення (виділ) частки батька – одного із співвласників спільної сумісної власності, який помер (ч. 2, 3 ст. 364 ЦК), у розмірі $\frac{1}{4}$ (однієї четвертої). Але при відмові від права на спадкування цієї частки згоди співвласника для того, щоб нотаріус «визначав» її подальшу «долю», не потрібно. Отже, правовий сенс спірного рядка заяви втрачається.

З наведеного тексту заяви, зокрема, такого фрагменту: «*Зміст статей 1273, 1274, 1275 ЦК України мені роз'яснено*», випливає, що саме консул брав участь у складанні такої заяви, оскільки, що відбулося роз'яснення статей ЦК і крім консула такі роз'яснення проводити ніхто не міг. В іншому варіанті у заяві мало б наголошуватися, що «*Зміст статей 1273, 1274, 1275 ЦК України мені відомий і зрозумілий*». Тому, як мінімум, текст заяви мав бути викладений кваліфіковано і приведений у відповідність до вимог законодавства. Тобто, консул не повинен був, на нашу думку, відмовляти в посвідченні відповідної заяви, а мав запропонувати такий її зміст, який би відповідав його внутрішньому переконанню щодо її законності та максимальної її відповідності волі громадянина України.

Повною мірою розуміючи консулів України, які доволі часто зустрічаються із значно більшими проблемами громадян України за кордоном, все ж таки наголосимо, що заяви пересічних громадян, безпосередньо пов'язані з їх правами, можуть уточнюватися консулами у порядку надання кваліфікованих порад – консульській правового характеру. І перед відмовою у вчиненні нотаріального провадження, на нашу думку, консул має запропонувати особі декілька варіантів внесення змін до змісту таких заяв, щоб усунути ті суперечності, які зумовлені особистим сприйняттям консулом вимог законодавства або правил оформлення відповідних заяв. Тоді в постанові про відмову у вчиненні нотаріального провадження консул зможе констатувати не тільки невідповідність заяви вимогам законодавства, а й відмову особи у внесенні змін до її змісту. Отже, саме в такому разі буде дотримано не тільки вимоги законодавства, а й консул вправі буде заявити, що він усіма способами намагався допомогти громадянину України, але останній не йшов на будь-які компроміси і не залишалося нічого іншого, як відмовити у вчиненні нотаріальної дії.

У розглянутому випадку, як бачимо залишилося декілька дискусійних питань, які здатні перенести проаналізований нами спір до суду, а, можливо, й до відшкодування завданої громадянину шкоди.

Але дану правову ситуацію необхідно розглядати насамперед як підставу для подальших наукових розробок щодо діяльності консулів, хоча б на такому рівні, як останнім часом досліджуються проблеми нотаріату. Дане твердження пов'язано із всезростаючою міграцією населення і взятим Україною курсом на євроінтеграцію.

¹ Грінченко О. О. Особливості правового статусу консула при виконанні нотаріальних функцій: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук, 2005. // <http://liber.onu.edu.ua/opacunicode/index.php?url=/auteurs/view/106514/source:default>

² Кравченко Н. П. Міжнародно-правовий аспект охорони безспірних цивільних прав у нотаріальній діяльності консульських установ та дипломатичних представництв: Автореф. канд. юрид. наук: 12.00.03. – К., 2014. – 22 с.

³ Фурса С. Я. Теорія нотаріального процесу (наука про нотаріальний процес) та її складові // Теорія нотаріального процесу / За заг. ред. Фурси С. Я. – К.: Алерта, Центр учбової літератури, 2012. – С. 28–29.

⁴ Закон України «Про нотаріат» // <http://rada.gov.ua>

⁵ Консульський статут України, затверджений Указом Президента України від 2 квітня 1994 року № 127/94 // <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/127/94>

⁶ Положення про порядок вчинення нотаріальних дій в дипломатичних представництвах і консульських установах України, затверджене Наказом Міністерства юстиції України, Міністерства закордонних справ України 27.12.2004 р. № 142/5/310 // <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z1649-04>

⁷ Дзера О. В. Глава 16. Правочини // Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України. Т. 1. / За заг. ред. Дзери О. В., Кузнецової Н. С., Луця В. В. – К.: Юрінком Інтер, 2011. – С. 332.

Резюме

Фурса Є. Є. Відмова від спадщини: нотаріальне посвідчення правочину чи засвідчення підпису (на прикладі консульської практики).

У статті проаналізовано приклад із консульської практики вчинення нотаріальних дій, зокрема, посвідчення консулом заяви про відмову від спадщини та зроблено висновки щодо необхідності подальших наукових розробок у даному напрямі й необхідності вдосконалення норм матеріального та процесуального права, які регламентують дану процедуру.

Ключові слова: консул, практика, нотаріальна дія, відмова від спадщини, засвідчення підпису.

Резюме

Фурса Е. Е. Отказ от наследства: нотариальное удостоверение сделки или засвидетельствование подписи (на примере консульской практики).

В статье проанализирован пример из консульской практики совершения нотариальных действий, в частности, удостоверение консулом заявления об отказе от наследства и сделаны выводы относительно последующих научных разработок в данном направлении и необходимости совершенствования норм материального и процессуального права, которые регламентируют данную процедуру.

Ключевые слова: консул, практика, нотариальное действие, отказ от наследства, засвидетельствование подписи.

Summary

Fursa Y. Disclaimer of inheritance: notarial certification of statement or attestation of a signature (on the example of consular practice).

In the article the example from consul practice of commitment of notarial act, in particular, certification of statement about the disclaimer of inheritance is analyzed. Scientific research results in this directions are made and was emphasized the need of improvement of norms of material and procedural law, which regulate this procedure.

Keywords: consul, practice, notarial action, disclaimer of inheritance, attestation of a signature.

Отримано 14.04.2014

УДК 347.121.2

О. А. ЧАБАН

Олена Анатоліївна Чабан, здобувач Київського університету права НАН України

ЛІКАРСЬКА ТАЄМНИЦЯ У ПРИВАТНОМУ ТА ПУБЛІЧНОМУ ПРАВІ

Ефективна охорона та захист права фізичної особи на таємницю про стан здоров'я це забезпечення довіри до системи охорони здоров'я, сприяння покращенню надання медичних послуг, ефективності лікування, збереження генофонду нації в цілому. У даному дослідженні основна увага приділяється визначенню місця та значимості лікарської таємниці у приватно-правових, так і в публічно-правових суспільних відносинах.

Для дослідження поставленої мети визначено такі завдання:

- проаналізувати поняття лікарської таємниці за українським та європейським законодавством;
- визначивши причини неузгодженості понятійного апарату в національному законодавстві, надати авторське вирішення існуючої проблеми;
- обґрунтувати важливе значення інституту лікарської таємниці як у приватному, так і в публічному праві.

© О. А. Чабан, 2014

Актуальність цієї роботи обумовлена необхідністю імплементації єдиного понятійного апарату на законодавчому рівні у сфері суспільних відносин, що є предметом даного дослідження. Крім того, аналіз міждержавно-правового досвіду допоможе всебічно з'ясувати причини існуючих проблемних питань на національному рівні, а також, імплементуючи позитивні досягнення інших країн, вдосконалити чинне законодавство України і привести його у відповідність до світових норм права та гуманістичних традицій.

У процесі роботи над темою дослідження було вивчено нормативно-правові акти України та європейських країн, що регулюють відповідні суспільні відносини; проаналізовано наукові й практичні роботи юристів та лікарів.

Так, дослідженню сутності та значенню лікарської таємниці приділяли увагу вчені Е. Черніков, М. Зарецький та Н. Чернікова. У своїй статті «Право лікаря на професійну таємницю» термін «лікарська таємниця» дослідники прирівнюють до поняття професійної таємниці в галузі медицини. Автори статті розглядають практичну та етичну сторони лікарської таємниці і роблять висновок, що «збереження лікарської таємниці – еквівалент морально-етичної відповіді медика на довіру хворого та, свого роду, розплата за довіру хворого. По суті, імператив нерозголошення професійної таємниці вимагає від лікаря професійно грамотної турботи про честь та гідність пацієнта, який звернувся за лікарською допомогою»¹.

Варта уваги і стаття російських вчених П. Е. Чеснокова, Е. Г. Балуща, Т. Б. Каташина «Вітчизняний інститут «лікарської таємниці»: деякі питання становлення та розвитку». У дослідженні розглядається сутність поняття «лікарська таємниця», становлення цього поняття у законодавстві Російської Федерації, аналізуються факти та робиться висновок, з яким ми погоджуємось: поняття лікарської таємниці включає в себе елементи службової таємниці, оскільки доступ до такої інформації обмежений його мають тільки особи, які виконують свої професійні обов'язки медичного працівника. Крім того, складовим елементом лікарської таємниці є також «персональні дані», оскільки відомості, що надаються медичному працівнику, так чи інакше відображають факти та події приватного життя, можуть бути приватною або сімейною таємницею². Щодо збереження лікарської таємниці, безумовно, то це питання має регулюватись з позиції суспільної доцільності та суспільної необхідності.

У монографії «Конфіденційність та психічне здоров'я» Крістофер Кордес аналізує інститут лікарської таємниці як один із парадоксів у практиці лікаря³. Адже правильне розмежування відкритості й приватності, вільного доступу до інформації та збереження інформації конфіденційною є дуже важливим у професії лікаря.

Французька дослідниця Марі Вільпар у дисертаційному дослідженні «Лікарська таємниця та страхування особи» аналізує межі та порядок розкриття інформації про стан здоров'я фізичної особи у відносинах між такою особою і страховиком⁴.

Бельгійський адвокат Люсьєн Нувінк у статті «Позиція третіх осіб в сфері психо-медико-соціальних відносин до професійної таємниці в роботі із особами, що мають проблеми із законом» робить висновок, що лікарська таємниця не є правом на мовчання лікаря. Це – здебільшого заборона говорити або обов'язок мовчати⁵.

Теоретичною та філософською основою даного дослідження стали праці О. А. Банчука «Публічне і приватне право: історія українських вчень та сучасність», С. С. Алексеева «Право, азбука, теорія, філософія», О. В. Грищука, М. Р. Романінця «Формування та розвиток ідеї відповідальності людини в праві» та інші. У монографії О. А. Банчука робиться висновок про те, що суспільні відносини в сфері охорони здоров'я не носять приватно-правового характеру, навіть незважаючи на відсутність у таких відносинах суб'єктів, які володіють владними повноваженнями. Адже визначальною у таких відносинах є роль держави, яка має конституційно-правове зобов'язання забезпечувати охорону здоров'я. І держава, виконуючи свою публічну функцію щодо забезпечення охорони здоров'я, встановлює загальнообов'язкові правила лікування хворих. А найняті державою лікарі можуть розглядатись як своєрідні «публічні службовці», уповноважені на виконання публічно-владних функцій. Така аргументація знаходить своє підтвердження і у Франції, де відносини із медичними закладами розглядаються як публічно-правові⁶. На нашу думку, відносини у сфері охорони здоров'я носять як приватно-правовий, так і публічно-правовий характер.

Визнаючи людину, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпеку найвищою соціальною цінністю, визнаючи недоторканність особистого і сімейного життя людини⁷, закріплюючи охорону здоров'я як пріоритетний напрям у діяльності держави⁸, неминучим є забезпечення належної охорони та захисту лікарської таємниці на законодавчому рівні.

Проблема регулювання та захисту права особи на збереження інформації про стан її здоров'я існувала завжди. Про це свідчить і така історична пам'ятка, як клятва Гіппократа, в якій присвячується увага питанню збереження таємниці в роботі лікаря: «Про щоб я не дізнався під час виконання своїх професійних дій, щоб не побачив і не почув про дії людського життя, які не слід будь-коли розголошувати, я змовчу, вважаючи це таємницею».

Що є лікарською таємницею сьогодні? Яким є значення цього інституту для конкретної особи і для суспільства в цілому?

Перш ніж перейти до аналізу лікарської таємниці як інституту приватного або публічного права сучасного суспільства, необхідно визначитись із поняттям лікарської таємниці. Слід зазначити, що в нормативно-правових актах України, у сфері суспільних відносин, які досліджуються, є певна неузгодженість понятійного апарату, оскільки вживається як поняття лікарської таємниці, поняття таємниці про стан здоров'я, так і поняття конфіденційності відомостей про стан здоров'я особи.

Так, у ст. 39-1 Основ законодавства України про охорону здоров'я йдеться про Право на таємницю про стан здоров'я. Пацієнт має право на таємницю про стан свого здоров'я, факт звернення за медичною допомогою, діагноз, а також про відомості, одержані при його медичному обстеженні⁹. Термін «право на таємницю про стан здоров'я» використовується і Цивільним Кодексом України. Відповідно до ст. 286 Цивільного Кодексу України фізична особа має право на таємницю про стан свого здоров'я, факт звернення за медичною допомогою, діагноз, а також про відомості, одержані при її медичному обстеженні¹⁰. Паралельно з цим законотворець використовує і термін «лікарська таємниця». У ст. 40 Основ законодавства України про охорону здоров'я лікарська таємниця визначається як відомості про хворобу, медичні обстеження, огляд та їх результати, інтимну і сімейну сторони життя громадянина, які стали відомі медичним працівникам та іншим особам у зв'язку з виконанням професійних або службових обов'язків, і не можуть бути розголошені, крім передбачених законодавчими актами випадків¹¹. У багатьох інших законодавчих актах також вживається термін «лікарська таємниця» та конкретизується перелік відомостей, які становлять його зміст. Відповідно до Закону України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині» до лікарської таємниці відносять відомості про реципієнтів, а також про осіб, які заявили про свою згоду або незгоду стати донорами у разі смерті¹². Згідно із Законом України «Про донорство крові та її компонентів» до лікарської таємниці відносять відомості про перенесені та наявні захворювання особи-донора, про вживання нею наркотичних речовин та властиві їй інші форми ризикованої поведінки, що можуть сприяти зараженню донора інфекційними хворобами, які передаються через кров і за наявності яких виконання донорської функції може бути обмежено¹³. У Законі України «Про психіатричну допомогу» законотворець використовує поняття «конфіденційність відомостей про стан психічного здоров'я особи та надання психіатричної допомоги»¹⁴. Така неузгодженість понятійного апарату, на нашу думку, зумовлена широким колом зобов'язаних суб'єктів «лікарської таємниці», адже не тільки лікар є зобов'язаною особою. Крім того, немає експліцитно вичерпного переліку відомостей, що становлять лікарську таємницю.

Аналізуючи нормативно-правові акти Франції, ми бачимо, що французький законодавець використовує один термін – «професійна таємниця», маючи на увазі лікарську таємницю. Так, у Кодексі Медичної деонтології Франції професійна таємниця визначається як така, що вводиться для захисту інтересів пацієнта та є обов'язковою для кожного представника медичної професії відповідно до закону. Професійна таємниця охоплює все, що лікар знає та може дізнатись про пацієнта, тобто, це – не тільки відомості, довірені лікарю пацієнтом, це також все те, що лікар побачив та зрозумів під час обстеження, спілкування і лікування пацієнта¹⁵. Застосування терміна «професійна таємниця» у контексті лікарської є досить вдалим для національного законодавства Франції, адже таким чином коло зобов'язаних осіб є досить широким та не звужується експліцитно тільки до «лікаря». До того ж, всі нормативно-правові акти Франції узгоджено використовують таку термінологію, і «професійна таємниця» у контексті лікарської сприймається досить органічно. Хоча для українського права такий понятійний апарат не був би, на нашу думку, вдалим. В українському законодавстві називати професійну таємницю за основним зобов'язаним суб'єктом інформаційних відносин – це вже багаторічна традиція, закріплена на законодавчому рівні. У медичному праві – це лікарська таємниця, в адвокатській діяльності – адвокатська таємниця і так далі. Тому, імплементація загального терміна – «професійна таємниця» в сферу права, що регулює суспільні відносини, які є предметом дослідження, викличе певну плутанину. Більш того, як вже зазначалось вище, окрім існуючого підходу називати професійну таємницю виходячи із основного зобов'язаного суб'єкта, існує також практика визначати інформацію з обмеженим доступом, що є предметом дослідження, як «таємниця про стан здоров'я», «конфіденційність відомостей про стан здоров'я», тобто виходячи із об'єкта інформаційних відносин. На нашу думку, для українського права найбільш вдалим на сьогодні є визначення, що використовується Цивільним кодексом України «право на таємницю про стан здоров'я», «таємниця про стан здоров'я»¹⁶.

Поняття лікарської таємниці є постійним предметом дослідження науковців та лікарів практиків і за кордоном. Лікарську таємницю, як один із парадоксів у практиці лікаря, визначає Крістофер Кордесс, адже це – вміле розкриття інформації, але й і збереження таємниці¹⁷.

Дослідник Бруардель визначає лікарську таємницю як зобов'язання, але, як і право кожного разу, коли, незважаючи на згоду пацієнта на розкриття інформації, лікар обирає мовчання¹⁸.

Дослідниця Амсату Сідібе розглядає лікарську таємницю як договірні відносини, в яких лікар виступає зобов'язаною особою, а пацієнт – управоможеною особою¹⁹.

Лікарська таємниця з'явилась і тривалий час трактувалась та існувала як абсолютна. Тобто, така інформація не розголошувалась ні близьким хворого, ні правоохоронним органам, ні суду, ні іншим державним органам влади. Прихильником такого підходу був В. Манасеїн, який видавав щотижневу газету «Лікар», у якій висвітлював етичні питання комерційної таємниці, медичної реклами, експериментів та підкреслював необхідність зберігати таємницю пацієнта, як абсолютну таємницю.

На сьогодні є недоцільним захищати абсолютний характер лікарської таємниці, оскільки збереження такого підходу викликає правовий конфлікт, адже існує певна ієрархія прав та зобов'язань. Так, завданням лікаря є лікувати пацієнта, але збереження життя людей в цілому – також завдання лікаря. Отже, при абсолютному підході зберігання лікарської таємниці обов'язок лікаря не розголошувати конфіденційну інформацію пацієнта про стан його здоров'я буде в певному конфлікті із обов'язком цього ж лікаря допомогти людині або попередити її про небезпеку. «Збереження лікарської таємниці є одним із основних моральних і етичних принципів медицини, в якому проявляється діалектичне співвідношення особистого і суспільного»²⁰.

Адже лікарська таємниця виходить за межі відносин лікаря-пацієнта та має значну соціальну значимість. Для того, щоб лікар зміг правильно діагностувати та лікувати пацієнта, йому необхідно мати інформацію про відчуття пацієнта, його особисту інформацію, тобто, не тільки інформацію фізіологічну, фізичну, а й відомості про соціальне оточення, спосіб життя, переживання, емоційний стан та багато іншого, що стосується приватного життя особи. Розкривати свою історію хвороби, професійну інформацію, інформацію про родину, психологічний стан, відчуття завжди нелегко. Крім того, це є відносно вимушені кроки, адже особа хворіє і тому є подвійно вразливою. Щоб відкритись лікарю, пацієнту необхідні гарантії того, що відомості про нього будуть конфіденційними. Так, лікарська таємниця, захищаючи приватну інформацію конкретної особи, виконує значну функцію приватно-правового характеру. Але у ширшому розумінні є очевидним, що імплементація лікарської таємниці має на меті більш універсальну функцію – збереження здоров'я населення і суспільства в цілому. Держава, виконуючи свою публічну функцію щодо забезпечення охорони здоров'я, встановлює загальнообов'язкові правила лікування хворих, і одним із таких правил є збереження права особи на таємницю про стан здоров'я.

Так, питання лікарської таємниці залишається актуальним для обговорення й аналізу, як в Україні, так і за кордоном. Є різні підходи до визначення поняття: філософські, лінгвістичні, правові; різні точки зору щодо суспільної доцільності та умов розкриття лікарської таємниці.

На нашу думку, найбільш вдалим визначенням у національному законодавстві, як вже зазначалось вище, є те, що надається Цивільним кодексом України – «право на таємницю про стан здоров'я», «таємниця про стан здоров'я». Таким чином, кожна фізична особа зобов'язується утримуватись від поширення будь-якої інформації про хворого, яка стала їй відома у зв'язку із виконанням службових обов'язків або з будь-яких інших джерел; експліцитно не визначається коло суб'єктів таємниці про стан здоров'я. Вважаємо даний підхід правильним, оскільки передбачити повний вичерпний перелік таких суб'єктів на законодавчому рівні не є можливим.

Інститут лікарської таємниці виконує важливу функцію як у приватноправових, так і в публічно-правових відносинах, оскільки захищає як приватні інтереси кожної конкретної особи, так і охороняє суспільне здоров'я, інтереси суспільства в цілому.

¹ Черніков Е., Зарецький М., Чернікова Н. «Право лікаря на професійну таємницю». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.mif-ua.com/archive/article/5308>

² Чеснокова П. Е., Балуц Е. Г., Каташина Т. В. «Вітчизняний інститут «лікарської таємниці»: деякі питання становлення та розвитку». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.anoufrieu.ru/index.php?id=381>

³ Confidentiality and Mental Health. Edited by Christopher Cordess: London: Jessica Kingsley, 2000. – 192 pp.

⁴ Marie Wilpart «Secret médical et assurances de personnes». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://theses.univ-lyon3.fr/documents/getpart.php?id=1706&action=pdf>

⁵ Lucien Nouwynck «La position des différents intervenants psycho- médico-sociaux face au secret professionnel dans le travail avec les justiciables». [Електронний ресурс]. – режим доступу: http://www.yapaka.be/sites/yapaka.be/files/2012-secret_prof-1_nouwynck.pdf

⁶ Банчук О. А. «Публічне і приватне право: історія українських вчень та сучасність» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.pravo.org.ua/images/documents/Публічне%20і%20приватне%20право_%20історія%20українських%20вчень%20і%20сучасність.pdf

⁷ Конституція України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30. – Ст. 141. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>

⁸ Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1993, № 4, ст. 19. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2801-12>

⁹ Там само.

¹⁰ Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2003, №№ 40–44. – Ст. 356. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

¹¹ Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1993, № 4, ст. 19. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2801-12>

¹² Закон України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини» // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1999, № 41. – Ст. 377. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1007-14>

¹³ Закон України «Про донорство крові та її компонентів» // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1995 № 23. – Ст. 183. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/239/95-вр>

¹⁴ Закон України «Про психіатричну допомогу» // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2000, № 19. – Ст. 143. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1489-14>

¹⁵ Le code de déontologie médicale mise à jour du 8 mai 2012 – Décret 2012-694 du 07/05/2012. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.conseil-national.medecin.fr/article/le-code-de-deontologie-medecale-915>

¹⁶ Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2003, №№ 40–44. – Ст. 356. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

¹⁷ Confidentiality and Mental Health. Edited by Christopher Cordess: London: Jessica Kingsley, 2000. – 192 pp.

¹⁸ Amsatou SOW SIDIBE «Le secret médical aujourd'hui». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/2doc6sidibe.pdf>

¹⁹ Там само.

²⁰ Кузьмічова С. В., Александренко О. В. «Право людини на забезпечення лікарської таємниці: міжнародно-правовий аспект» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&Z21ID&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/jnn_2013_9_3.pdf

Резюме

Чабан О. А. Лікарська таємниця у приватному та публічному праві.

Стаття присвячена дослідженню інституту лікарської таємниці в національному та зарубіжному праві, дослідженню еволюціонування поняття від «етичного обов'язку» лікаря, закріпленого на рівні звичаїв та традицій, до норми права, аналізу існуючих підходів щодо визначення поняття лікарської таємниці, з'ясуванню причин існуючої неузгодженості понятійного апарату в законодавстві України та шляхів вирішення цієї проблеми; визначенню місця лікарської таємниці у сфері приватноправових та публічно-правових відносин.

Ключові слова: лікарська таємниця, право на таємницю про стан здоров'я, конфіденційність, публічне право, приватне право, інформаційне право, медичне право.

Резюме

Чабан Е. А. Врачебная тайна в частном и публичном праве.

Статья посвящена исследованию института врачебной тайны в национальном и зарубежном праве, исследованию эволюционирования понятия от «этического обязательства» врача, закреплённого традициями и обычаями, до нормы права, анализ существующих подходов определения понятия врачебной тайны, выяснению причин существующей несогласованности понятийного аппарата в законодательстве Украины и путей разрешения этой проблемы; определению места врачебной тайны в сфере частноправовых и публично-правовых отношений.

Ключевые слова: врачебная тайна, право на тайну о состоянии здоровья, конфиденциальность, публичное право, частное право, информационное право, медицинское право.

Summary

Chaban O. Medical secret in private and public law.

The article is dedicated to the analysis of medical secret institute under the Law of Ukraine and abroad, to the evolution of the notion of medical secret from the so called ethical obligation implied by traditions and customs to the legal norm, to the analysis of the discrepancy of the definitions of medical secret in Ukraine, the ways of the resolution of such a problem; to the definition of the place of the medical secret in private and public law.

Key words: medical secret, right to medical data protection, confidentiality, public law, private law, information law, medical law.

Отримано 10.04.2014

УДК 349.222

Д. В. ШЕВЧЕНКО

Дмитро Валерійович Шевченко, аспірант Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

РЕФОРМА ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА: ПРАВОВА МОДЕЛЬ ВИРІШЕННЯ КОЛЕКТИВНИХ ТРУДОВИХ СПОРІВ, КОНФЛІКТІВ В УКРАЇНІ

Загострення політичної, економічної ситуацій в Україні, відсутність ефективних економічних реформ, корупція, неефективна судова система – це ті основні чинники, які негативно впливають на виникнення, розвиток та вирішення колективних трудових спорів в Україні.

Тому перед наукою трудового права стоїть важливе завдання створити правову модель вирішення як індивідуальних, так і колективних трудових спорів, конфліктів. Актуальність вирішення поставлених задач обумовлена не лише забезпеченням соціального миру в державі загалом, але й захистом трудових прав громадян. Вказане питання є важливими і ще тому, що проводиться кодифікація трудового законодавства, цілий ряд законодавчих актів втраять свою чинність, а деякі його положення знайдуть свою реалізацію в новому Трудовому Кодексі України. Тому, з нашого погляду, наразі необхідно створити правову модель вирішення колективних трудових спорів, конфліктів в Україні і вже у відповідності з цією моделлю закріпити в законодавчому порядку правовий механізм вирішення вказаних спорів. Без сумніву, виробленню правової моделі вирішення колективних трудових спорів повинна передувати теоретична розробленість цієї проблеми, вироблення та внесення відповідних пропозицій, які дозволять побудувати демократичний правовий механізм. Необхідно зазначити, що проблема правового регулювання вирішення колективних трудових спорів набула своєї актуальності в 90-х роках ХХ століття у зв'язку з масовими страйками шахтарів колишнього Радянського Союзу. Гострим стояло вказане питання і в період Незалежної України. Тому теоретичні проблеми вирішення колективних трудових спорів були предметом наукових досліджень таких відомих вчених, як В. В. Лазор, М. П. Стадника, А. М. Слюсаря та інших. Не применшуючи значення їх розробок, необхідно відзначити, що цілий ряд, як теоретичних, так і практичних проблем до цього часу є недослідженими або

малодослідженими. Особливо це є важливими в період не лише прийняття Нового Трудового Кодексу України, але й Конституції України. Тому правова модель вирішення колективних трудових спорів, конфліктів є на часі. Є за необхідне звернути увагу на саму назву цього правового явища «Правове регулювання вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)», принаймні, така назва дана в Законі України про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів). Категорія поняття «колективний трудовий спір» («конфлікт») в даному Законі використовується, застосовується як ідентичні поняття. Тобто поняття, які по своїй суті, значенню є ідентичними. З такою позицією, що це є ідентичні поняття, з нашого погляду, важко погодитися. У теорії трудового права нарівні з позицією про те, що це ідентичні поняття і вони відображають лише рівень загострення стосунків між сторонами, існують інші думки. Так, загальновідомий теоретик міжнародного трудового права І. Я. Кисельов, аналізуючи класифікацію трудових спорів, зазначав, що конфлікти права – юридичні спори і конфлікти інтересів – економічні спори. Як зауважує І. Я. Кисельов, конфлікти інтересів виникають у зв'язку з вимогою встановлення нових чи зміни існуючих умов праці¹. Виходячи з цього, було б за доцільне правову категорію колективний трудовий спір (конфлікт) використовувати не як ідентичну категорію, а як дві окремі категорії, оскільки категорія «конфлікт» під собою розуміє виникнення протиріч не правового, а економічного характеру. З нашого погляду, протиріччя у сфері праці у своїй динаміці мають певні етапи розвитку. Спочатку виникають розбіжності між роботодавцем та колективом найманих працівників, потім настає етап врегулювання цих розбіжностей, а в тих випадках, коли сторони не врегулювали ці розбіжності виникає конфлікт. У випадку неврегулювання конфлікту та звернення однієї з сторін до органу з вирішення колективного трудового спору – виникає колективний трудовий спір.

Виходячи з викладеного, ми дійшли висновку, що термін, правова категорія «колективний трудовий спір (конфлікт)» необхідно вживати не як ідентичні категорії, а як близькі, але різні правові категорії. Тому в законодавстві України ці категорії повинні використовуватися не як спір, а в лапках конфлікт, а через кому «колективний трудовий спір», «конфлікт».

Сьогоднішня правова модель вирішення колективних трудових спорів, конфліктів в Україні представлена кількома основними ознаками, які прийнято застосовувати для класифікації цих явищ в праві. Це, по-перше, суб'єкти колективних трудових спорів, конфліктів; по-друге, це об'єкт колективних трудових спорів; по-третє, система органів щодо розгляду колективних трудових спорів, конфліктів. Правове наповнення цих основних правових положень дає можливість дати класифікацію трудових спорів та судити про правовий механізм вирішення колективних трудових спорів, конфліктів. Нормативне наповнення цих категорій, їх взаємодія та зв'язок формує ту правову модель, яка передбачає механізм вирішення колективних трудових спорів, конфліктів.

Одним із визначальних в цьому є суб'єктний склад колективних трудових спорів, конфліктів. Згідно зі ст. 2 Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» стороною колективного трудового спору, конфлікту на виробничому рівні є працівники (окремі категорії найманих працівників) підприємства, установи, організації чи їх структурних підрозділів або первинна профспілкова чи інша уповноважена найманими працівниками організація та власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган чи представник.

Загальновідомо, що колективний трудовий спір, конфлікт може виникати при укладанні колективних договорів і угод. У зв'язку з цим є цікавим питання суб'єктного складу сторін при укладенні колективного договору. Положення статті 3 Закону України «Про колективні договори і угоди» від 1 липня 1993 року визначає, що колективний договір укладається між власником або уповноваженим ним органом з однієї сторони і однією або кількома профспілковими чи іншими уповноваженими на представництво трудовим колективом органами, а у разі відсутності таких органів – представниками трудових, обраними і уповноваженими трудовим колективом. Порівняльний аналіз суб'єктного складу сторін колективного трудового спору, конфлікту та суб'єктного складу сторін колективного трудового договору дозволяє зробити висновок про те, що стороною колективного трудового спору, конфлікту визнаються також окремі категорії працівників. Історія виникнення колективних трудових спорів, конфліктів особливо за кордоном визнає стороною спору також певні професійні групи, наприклад, авіадиспетчерів, докерів та інших. Вказане визнання надає можливість при локальному регулюванні колективних відносин враховувати особливості праці окремих професійних груп. Тому, з нашого погляду, локальне законодавство, що регулює відносини певних професійних груп, повинно передбачати можливість укладення колективних договорів і з певними професійними групами. Оскільки захист інтересів окремих професійних груп працівників в рамках підприємства, установи, організації (їх структурних підрозділів), з нашого погляду, є досить проблематичним. Тому, що до складу певної професійної групи може входити досить незначна кількість працюючих, яким в межах колективу найманих працівників, досить важко добитися врахування їх інтересів при укладенні колективних договорів.

У частині 1 ст. 3 Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» використовується термін «окрема категорія» працівників. Поняття категорія походить від лат. *categoria*, грец. – основна ознака. У зв'язку з цим виникає питання, який же термін повинен бути покладений в основу цього визначення. З нашого погляду, термін «професійна група працівників» більш широкий ніж термін «категорія працівників» і в його основу покладено не якусь одну основну ознаку, а багато ознак, які об'єднують професійну групу працівників. У підтвердження нашої правоти можна було б проаналізувати ч. 2 статті 3 Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)», де стороною колективного трудового спору на галузевому, територіальному рівнях визнаються наймані працівники підприємств, установ, організацій або декілька галузей (професій). У даному випадку суб'єктом колективного трудового спору

можуть виступати наймані працівники певних професій, а не певних категорій працівників. Правова категорія «певна професійна група» є більш чіткою, конкретною ніж категорія «окремі категорії працівників».

Важливим елементом побудови єдиної концепції вирішення колективних трудових спорів, конфліктів в Україні є побудова правового механізму їх вирішення в залежності від виду колективних трудових спорів, конфліктів. Виходячи з загальної класифікації колективних трудових спорів, конфліктів повинна бути вироблена і загальна концепція їх вирішення. Положення статті 2 Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» від 3 березня 1998 року колективні трудові спори (конфлікти) – це розбіжності, що виникли між сторонами соціально-трудова відносин щодо: а) встановлення нових або зміни існуючих соціально-економічних умов праці (праці та виробничого побуту); б) укладення чи зміни колективного договору, угоди; в) виконання колективного договору, угоди або окремих їх положень; г) невиконання вимог законодавства про працю. Таким чином, згідно цього Закону розглядаються колективні трудові спори, конфлікти, які виникають у зв'язку з реалізацією інтересів суб'єктів колективних трудових правовідносин, та у зв'язку з порушенням прав трудових колективів. Правовий механізм вирішення цих спорів залежить від виду колективних трудових спорів. Колективні трудові спори, які виникають у зв'язку з : а) встановлення нових або існуючих соціально-економічних умов праці та виробничого побуту; б) укладення чи зміни колективного договору, угоди вирішуються примірною комісією та трудовим арбітражем. Колективні трудові спори, конфлікти, які виникають у зв'язку з а) виконанням колективного договору, угоди; б) невиконання вимог законодавства про працю розглядаються в трудовому арбітражі. Тобто колективні трудові спори, конфлікти, які виникають у зв'язку з реалізацією інтересів проходять процедуру примирення в примірній комісії та процедуру примирення в трудовому арбітражі, оскільки трудовий арбітраж є примірно-посередницьким органом. З нашого погляду, вирішення колективного трудового спору, конфлікту, які виникли у зв'язку з реалізацією інтересів, повинен знайти своє вирішення в примірній комісії та трудовому арбітражі. Що ж стосується правового механізму вирішення колективних трудових спорів, конфліктів, які виникли у зв'язку з виконання колективного договору, угоди або окремих їх положень; невиконання вимог законодавства про працю, то важко не погодитися з позицією М. П. Стадника², який вважає, що такі спори повинні вирішуватися в судовому порядку. Важко не погодитися з його аргументацією, що порушене право не може бути предметом проведення примирних процедур та ведення переговорів. Без сумніву такі колективні трудові спори, конфлікти повинні знайти своє вирішення в судовому порядку. Порушене право повинно бути поновлено та захищено в судовому порядку. Тому вказані положення повинні знайти своє закріплення в Новому Трудовому Кодексі України. Все це принципово змінить рівень захисту трудових прав працівників. Поставить на один рівень правовий механізм захисту порушеного права, як окремого працівника, так трудового колективу найманих працівників. Оскільки захист індивідуальних трудових прав працівників на сьогодні захищаються в судовому порядку. З нашого погляду, колективні трудові спори, конфлікти, які виникають у зв'язку з порушенням колективних прав, повинні знайти своє вирішення за межами примірної процедури, передбаченої Законом України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» від 3 березня 1998 року.

Вирішення колективних трудових спорів, конфліктів трудовими арбітражами повинно здійснюватися з позицій того, що трудовий арбітраж як орган по вирішенню колективних трудових спорів, конфліктів по своїй природі має ознаки, як примірно-третейського органу, так і ознаки примусового трудового арбітражу. Згідно з п. 5 ст. 12 Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» рішення трудового арбітражу про вирішення колективного трудового спору є обов'язковим для виконання, якщо сторони про це попередньо домовилися. Правовий же механізм виконання такого рішення, якщо одна із сторін ухиляється від його виконання, не дивлячись на те, що вона брала на себе зобов'язання щодо виконання його рішення – відсутній.

З нашого погляду, в Трудовому кодексі України повинна бути норма, згідно з якою такі рішення повинні виконуватися в примусовому порядку. Порядок виконання такого рішення повинен бути аналогічним порядку виконання рішень комісій з трудових спорів, коли комісія з трудових спорів виписує відповідне посвідчення, яке має силу виконавчого листа. Виконання таких рішень повинно здійснюватися відповідними органами державної виконавчої служби. Децю дуалістичну позицію з цього питання займає В. В. Лазор, який вважає, що для примусового виконання рішення трудового арбітражу необхідно встановити термін, після якого у правомірної сторони має виникати право або вдатися до примусової сили держави для виконання прийнятого рішення, або застосувати крайній захід вирішення колективної трудової розбіжності – страйк³.

З нашого погляду, застосування страйку, як засобу тиску на роботодавця для того, щоб той виконав рішення трудового арбітражу, при тому, що роботодавець погоджувався на те, що рішення арбітражу буде обов'язковим для виконання – є недоцільним. Оскільки, в разі проведення страйку від нього страждатимуть, насамперед, наймані працівники.

Одним з найважливіших питань при вирішенні колективних трудових спорів, конфліктів є реалізація найманими працівниками права на судовий захист. Чинний Закон України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» передбачає і судовий розгляд цих спорів. Так, в тих випадках, коли проведення страйку заборонено, вказаний спір розглядається в судовому порядку. Згідно ст. 25, 21 Закону в тих випадках, за яких забороняється проведення страйку, і коли Рекомендації Національної служби посередництва і примирення щодо вирішення спору сторонами спору не враховано, Національна служба посередників і примирення звертається із заявою про вирішення колективного трудового спору (конфлікту) відповідно до Верховного Суду Автономної Республіки Крим, обласного, Київського і Севастопольського

міського судів. Таким чином, у чинному законодавстві фактично передбачений судовий порядок вирішення колективного трудового спору (конфлікту). У тих же випадках, коли наймані працівники мають право застосувати страйк – судовий порядок розгляду колективного трудового спору не передбачений. Судом може бути розглянуто питання щодо визнання страйку незаконним. З нашого погляду, така норма є дискримінаційною, оскільки ставить колективи найманих працівників у нерівні умови.

Крім того, таке положення порушує право на судовий захист та доступ до правосуддя, порушуючи положення ст.ст. 55, 124 Конституції України.

Узагальнюючи викладене, можна дійти висновку про те, що правова модель вирішення колективних трудових спорів, конфліктів повинна включати в себе такі основні положення, елементи, які повинні знайти своє закріплення в новому Трудовому Кодексі України.

– Розділ щодо регулювання, вирішення колективних трудових спорів, конфліктів повинен знайти своє закріплення в Трудовому Кодексі України.

– Правовий механізм вирішення колективних трудових спорів, конфліктів повинен передбачити положення, згідно з яким колективні трудові спори, які виникають у зв'язку з порушенням прав підлягають розгляду в судовому порядку.

– Колективні трудові конфлікти, які виникають у зв'язку з реалізацією інтересів (економічні конфлікти) повинні розглядатися шляхом проведення примирно-третейських процедур.

– Застосування страйку – як засобу тиску на роботодавця повинно бути передбачено при виникненні колективних трудових спорів, які виникають у зв'язку з виникненням трудових конфліктів (економічні конфлікти).

– Страйк, як засіб тиску на роботодавця не може проводитися під час проведення примирних процедур.

– Виконання рішення трудового арбітражу, якщо сторони домовилися про те, що рішення є обов'язковим для виконання, повинно здійснюватися в примусовому порядку, якщо одна із сторін це рішення не виконує.

– Трудовий арбітраж з вирішення колективних конфліктів (економічних спорів) повинен мати право видачі посвідчення по спору, яке матиме силу виконавчого листа.

Враховуючи складність економічної ситуації, в якій знаходяться працівники, низький соціальний та матеріальний рівень працюючих – забороняється проведення локауту.

Реалізація вказаних положень в новому Трудовому Кодексі України дозволить створити ефективну правову модель вирішення колективних трудових спорів, конфліктів в Україні.

¹ Кисилев И. Я. Сравнительное и международное трудовое право. – М.: Издательство «Дело», 1999. – С. 265.

² Стадник М. П. Правове регулювання вирішення колективних трудових спорів (конфліктів) : Автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05 / М. П. Стадник. – К., 1998. – 22 с.

³ Лазор В. В. Правове регулювання трудових спорів, конфліктів і порядок їх вирішення на сучасному етапі. – Луганськ: Література, 2004. – С. 311.

Резюме

Шевченко Д. В. Реформа трудового законодавства: правова модель вирішення колективних трудових спорів, конфліктів в Україні.

У статті досліджується питання створення правової моделі вирішення колективних трудових спорів, конфліктів в Україні. Обґрунтовується позиція щодо необхідності створення правового механізму судового розгляду колективних трудових спорів, які виникають у зв'язку з порушенням прав. Вносяться пропозиції щодо виконання рішень трудових арбітражів.

Ключові слова: колективний трудовий спір, конфлікт, арбітраж, примусове виконання рішення трудового арбітражу, страйк, локаут.

Резюме

Шевченко Д. В. Реформа трудового законодательства: правовая модель разрешения коллективных трудовых споров, конфликтов в Украине.

В статье исследуется вопрос создания правовой модели разрешения коллективных трудовых споров, конфликтов в Украине. Обосновывается позиция необходимости создания правового механизма судебного разрешения коллективных трудовых споров, которые возникают в связи с нарушением прав работников. Вносятся предложения по исполнению решений трудовых арбитражей.

Ключевые слова: коллективный трудовой спор, конфликт, арбитраж, принудительное исполнение решения трудового арбитража, забастовка, локаут.

Summary

Shevchenko D. Labor law reform: legal model concerning settlement of conflicts, disputes in Ukraine.

The article researches the question of making a legal model concerning settlement of conflicts, disputes in Ukraine. The author has grounded a position of necessity for making a legal mechanism for judicial examination of settlement of conflicts that may arise with violation of human rights. There are introduced the propositions concerning enforcement of labor arbitrations decisions.

Key words: settlement of conflicts, disputes, arbitration, enforcement of labor arbitration, strike, lockout.

Отримано 11.04.2014

І. В. ЯРЕМОВА

Інна Вікторівна Яремова, аспірант Київського національного університету імені Тараса Шевченка

МОМЕНТ ВИНИКНЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ЦІННІ ПАПЕРИ

Згідно зі ст. 194 Цивільного кодексу України¹ (*далі – ЦК України*) цінним папером є документ установленої форми з відповідними реквізитами, що посвідчує грошове або інше майнове право, визначає взаємовідносини емітента цінного папера (особи, яка видала цінний папір) і особи, яка має права на цінний папір, та передбачає виконання зобов'язань за таким цінним папером, а також можливість передачі прав на цінний папір та прав за цінним папером іншим особам.

Аналогічна дефініція міститься й у ч. 1 ст. 3 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок»² (*далі – Закон про цінні папери*).

ЦК України не визначає момент виникнення права власності на цінний папір та момент переходу прав на нього. Натомість ЦК України обмежується нормою ч. 1 ст. 197, згідно з якою до особи, яка набула право на цінний папір, одночасно переходять у сукупності всі права, які ним посвідчуються (права за цінним папером).

Стаття 4 Закону про цінні папери врегульовує перехід прав на цінні папери та прав за цінними паперами. Зокрема, до особи, яка набула право на цінний папір, одночасно переходять у сукупності всі права, які ним посвідчуються (права за цінним папером), крім випадків, установлених законом або правочином. Обмеження прав на цінні папери або прав за цінними паперами може бути встановлено тільки у випадках і в порядку, передбачених законом.

Права на цінний папір та права за цінним папером на пред'явника, що існує в документарній формі у паперовому вигляді, переходять шляхом вручення такого цінного папера іншій особі.

Права на іменний цінний папір та права за іменним цінним папером переходять до іншої особи у порядку, встановленому законодавством про депозитарну систему України.

Право власності на ордерний цінний папір переходить іншій особі шляхом вчинення на ордерному цінному папері передавального напису (індосаменту). Індосамент може бути бланковим – без зазначення особи, стосовно якої повинні бути виконані зобов'язання, або ордерним – із зазначенням такої особи.

Особливості переходу прав на цінні папери та прав за цінними паперами встановлюються Національною комісією з цінних паперів і фондового ринку та *правочином* (курсив наш – І. Я.).

Відповідно до ст. 5 Закону України «Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні»³ (*Закон втратить чинність 11 квітня 2014 року*) іменні цінні папери, випущені в документарній формі (якщо умовами емісії спеціально не зазначено, що вони не підлягають передачі), передаються у порядку, встановленому для відступлення права вимоги (цесії). У разі відчуження знерухомлених іменних цінних паперів право власності переходить до нового власника з моменту зарахування їх на рахунок власника у зберігача. Права на участь в управлінні, одержання доходу тощо, які впливають з іменних цінних паперів, можуть бути реалізовані з моменту внесення змін до реєстру власників іменних цінних паперів.

Право власності на цінні папери на пред'явника, випущені в документарній формі, переходить до нового власника з моменту передачі (поставки) цінних паперів. У разі відчуження знерухомлених цінних паперів на пред'явника право власності на цінні папери переходить до нового власника з моменту зарахування їх на рахунок власника у зберігача.

Право власності на цінні папери, випущені в бездокументарній формі, переходить до нового власника з моменту зарахування цінних паперів на рахунок власника у зберігача.

Підтвердженням права власності на цінні папери є сертифікат, а в разі знерухомлення цінних паперів чи їх емісії в бездокументарній формі – виписка з рахунку у цінних паперах, яку зберігач зобов'язаний надавати власнику цінних паперів.

Таким чином, можна зробити висновок, що до моменту вчинення запису право власності не може виникнути або перейти.

На нашу думку, дане твердження буде обґрунтованим лише стосовно осіб, які набули право власності на встановлених законом підставах. Тобто, публічна достовірність запису в реєстрі має значення лише щодо законних правоволодільців, а також добросовісних набувачів прав.

Разом з тим особа, яка незаконно позбавлена акцій у результаті неправомірного списання їх з рахунку, вправі звернутися до суду з вимогою про визнання права на акції, незважаючи на те, що на рахунку даної особи акції у вигляді запису відсутні.

Досліджуючи питання щодо відступлення прав на цінний папір, необхідно визнати, що дане відступлення може супроводжуватися укладенням різного виду договорів.

Так, відповідно до ч. 3 ст. 15 Закону України «Про акціонерні товариства»⁴ збільшення статутного капіталу акціонерного товариства із залученням додаткових внесків здійснюється шляхом розміщення додаткових акцій.

Рішення про проведення додаткового розміщення є документом, що посвідчує права акціонерів.

Зазвичай при розміщенні додаткових акцій товариство та акціонер укладають договір купівлі-продажу акцій, який повинен передбачати кількість акцій, їх вартість, порядок та строк оплати, відповідальність тощо.

З моменту внесення запису до реєстру право одночасно переходить та виникає. Відповідно, підписання договору купівлі-продажу акцій не означає переходу прав. Лише здійснення запису є свідченням переходу права до набувача та одночасно виникнення права у набувача.

Спеціальне законодавство містить ряд положень, якими визначаються особливості переходу прав на цінні папери та переходу прав за цінними паперами. Зокрема, відповідно до п. 12 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про депозитарну систему України»⁵ переказ цінних паперів (прав на цінні папери та (або) прав за цінними паперами) – рух певної кількості цінних паперів (прав на цінні папери та (або) прав за цінними паперами), що відображає у професійного учасника депозитарної системи або Національного банку України переведення цінних паперів (прав на цінні папери та (або) прав за цінними паперами) відповідного випуску з одного рахунка в цінних паперах на інший рахунок у цінних паперах, при якому обсяг депозитарного активу за цим випуском не змінюється, або проведення операцій, пов'язаних із встановленням та зняттям обмежень прав на цінні папери та (або) прав за цінними паперами.

Доволі цікавим вбачається формулювання п. 18 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про депозитарну систему України», відповідно до якого розрахунки за принципом «поставка цінних паперів проти оплати» визначаються як такий механізм розрахунків за правочинами щодо цінних паперів, під час якого переказ цінних паперів та (або) переказ прав на цінні папери та прав за цінними паперами відбувається відразу після відповідного переказу коштів.

На нашу думку, **запис у реєстрі не є підставою для виникнення права на цінний папір, а лише підтверджує перехід даного права.** Підставою виникнення права, як правило, є правочини. Крім того, акції можуть переходити в порядку спадкування, в порядку правонаступництва, в порядку звернення стягнення на майно боржника. У випадку виникнення спору щодо цінних паперів суд вправі встановити належного правоволодільца акцій та визнати право власності на акції за останнім. У цьому випадку запис в реєстрі буде вчинений на підставі судового рішення, яке лише підтвердить законність виникнення прав на акції.

Право власності на акції може бути визнано судом, однак, як свідчить судова практика, лише у тому випадку, коли воно вже виникло раніше на підставі запису в реєстрі, а в наступному правоволоділець був позбавлений акцій у результаті незаконного запису в реєстрі.

Якщо особа є покупцем акцій, уклала договір і навіть оплатила акції, право власності на акції у неї може виникнути лише після вчинення запису в реєстрі, оскільки законодавство не містить вказівки на те, що у випадку ухилення продавця від направлення держателю реєстру передавального напису суд може визнати право на акції за покупцем і на підставі цього рішення внести відповідний запис.

Закон про ринок цінних паперів не дає відповіді щодо правової природи договору відступлення майнових прав за цінним папером (цесії), оперуючи словосполученнями «обіг цінних паперів», «розміщення цінних паперів», «правочини з цінними паперами».

Г. Ф. Шершеневич вказував на те, що продавати та купувати можна тільки речі, оскільки закони вказують лише на матеріальні предмети, а не на права⁶.

Наділення цінних паперів речовими ознаками мало на меті захист прав власника. При цьому рядом дослідників презюмується, що володілець майнових прав – це не власник, і його майно (майнові права) може бути захищено менш ефективно.

Є. О. Суханов зазначав, що сфера застосування договору купівлі-продажу розширена за рахунок того, що правила про нього повинні субсидіарно застосовуватися до купівлі-продажу майнових прав та результатів інтелектуальної діяльності. До продажу цінних паперів і валютних цінностей положення про купівлю-продаж застосовуються, якщо законом не встановлені спеціальні правила їх продажу⁷.

Частина 1 ст. 334 ЦК України регламентує момент набуття права власності за договором – право власності у набувача майна за договором виникає з моменту передання майна, якщо інше не встановлено договором або законом.

Відповідно до ч. 2 ст. 334 ЦК України переданням майна вважається вручення його набувачеві або перевізникові, організації зв'язку тощо для відправлення, пересилання набувачеві майна, відчуженого без зобов'язання доставки. До передання майна прирівнюється вручення коносаменту або іншого товарно-розпорядчого документа на майно.

Отже, ані момент виникнення майнових прав, ані момент їх переходу ЦК України не регламентований, що дозволяє використовувати аналогію закону (аналогія з правовим регулюванням речових прав). На нашу думку, **доцільно визначити момент виникнення майнових прав та момент їх переходу безпосередньо в законі.**

До речі, у ст. 334 ЦК України прямо вказано на те, що до передачі речі прирівнюється передача коносаменту або іншого товарно-розпорядчого документа на майно.

Звертає на себе увагу формулювання «прирівнюється», оскільки якщо коносамент визначається річчю, то виникає питання щодо доцільності такого формулювання. На нашу думку, це пов'язано з правовою при-

родою коносаменту як документа, що підтверджує укладення договору перевезення вантажу. Право на річ (вантаж) вважається таким, що перейшло з моменту передачі договору (коносаменту), який, власне, річчю не є. У зв'язку з цим передання на практиці договору, що посвідчує майнові права, також за загальним правилом повинне посвідчувати виникнення та перехід майнових прав у порядку цесії одночасно з підписанням договору відступлення.

Одна з основних відмінностей цесії та купівлі-продажу полягає в тому, що відповідно до ст. 518 ЦК України боржник має право висувати проти вимоги нового кредитора у зобов'язанні заперечення, які він мав проти первісного кредитора на момент одержання письмового повідомлення про заміну кредитора. Таким чином, недійсність відступленого зобов'язання має своїм наслідком недійсність власне цесії, в той час як недійсність зобов'язання, на виконання якого виданий цінний папір, не має своїм наслідком недійсність цінного паперу.

Крім того, невиконання акціонером зобов'язання перед товариством з оплати акції, відступленої в порядку цесії, має своїм наслідком можливість пред'явлення заперечень до нового кредитора, пов'язаних з оплатою акції.

На нашу думку, неповна оплата акцій має настільки серйозні наслідки для товариства та решти акціонерів, що звільнити нового кредитора від обов'язку з їх сплати було б несправедливо. Доречно було б заборонити продаж неоплачених акцій, розміщених товариством.

Також вважаємо за необхідне звернути увагу на відмінності між цесією та індосаментом.

Зокрема, Г. Ф. Шершеневич звертає увагу, що по-перше, за умови передачі прав за цивільно-правовими зобов'язаннями (цесією), особа, якій право передане, є лише правонаступником особи, яка відповідне право передає. Можна зробити висновок, що обсяг прав наступника визначається обсягом прав попередника. Відповідно правонаступнику можуть бути пред'явлені всі заперечення, які міг пред'явити боржник первісному кредитору. Навпаки, при індосаменті новий власник є самостійним кредитором, а тому щодо нього неприпустимими є заперечення, які могли б мати місце стосовно його попередника. По-друге, відповідно до умов цесії особа, яка передає право, відповідає перед особою, якій право передається, лише за дійсність переданого права, але не за його здійсненність. На противагу цьому на кожного з набувачів векселя, що передав його іншій особі за написом, покладається відповідальність за здійсненність права за переданим векселем⁸.

На думку Є. Важинського, повний індосамент щодо будь-яких інших паперів, крім ордерних, може здійснювати лише ефект цесії. Фактично при цьому він повинен розцінюватися як звичайний передавальний напис, який може розглядатися як форма здійснення цесії поряд з можливістю оформлення передачі за допомогою окремого правочину. Як вважає автор, до такого «псевдоіндосаменту» повинні застосовуватися норми ст. 513 ЦК України⁹.

Особливості обігу майнових прав, що посвідчуються цінними паперами, передбачені ст. 198 ЦК України, згідно з якою особа, яка розмістила (видала) ордерний цінний папір, та індосанти за ним відповідають перед його законним володільцем солідарно, якщо інше не встановлено законом. У разі задоволення вимоги законного володільця ордерного цінного папера про виконання посвідченого цим документом зобов'язання однією або кількома особами з числа тих, хто зобов'язався за цінним папером, вони набувають право зворотної вимоги (регресу) щодо інших осіб, які зобов'язалися за цінним папером.

Відмова від виконання зобов'язання, посвідченого цінним папером, з посиланням на відсутність підстави зобов'язання або на його недійсність не допускається.

Володільць незаконно виготовленого або підробленого цінного папера має право пред'явити особі, яка передала йому такий документ, вимоги про належне виконання зобов'язання, посвідченого цим папером, та про відшкодування збитків.

На нашу думку, немає підстав відносити цінні папери до речей. Необхідно звернути увагу на те, що у разі продажу речі як об'єкта матеріального світу не може йтися про солідарну відповідальність попереднього власника.

Володільць цінного папера, який визначив його підробку, має право звернутися до особи, яка передала йому папір, з вимогою про належне виконання зобов'язання, що посвідчується цінним папером, і про відшкодування збитків. Необхідно зазначити, що у разі підробки речі як об'єкта матеріального світу не йдеться про виконання зобов'язання, що посвідчується данною річчю, попереднім власником.

На практиці виникають проблеми, пов'язані з фіксацією переходу прав на цінні папери, спричинені ухиленням продавця від здійснення дій, пов'язаних з відступленням прав, а саме: з направленням держателю реєстра передавального напису. Необхідно зазначити, що зобов'язати особу передати акції не вбачається можливим через відсутність у них документарної форми. Крім того, суди відмовляють у визнанні за покупцем права власності на акції, посилаючись на те, що перехід права фіксується в реєстрі, а не здійснюється на підставі судового рішення.

Необхідно зазначити, що у випадку втрати особою прав акціонера не за власною волею вона не може вважатися такою, що втратила право власності на акції, оскільки відповідне право виникає на встановлених законом підставах.

Як було зазначено вище, закон про цінні папери не розмежовує момент виникнення прав на цінні папери та момент переходу прав.

Разом із тим у схожій правовій ситуації, коли йдеться про перехід прав на нерухоме майно, законодавець визнав за можливе вважати рішення судів, що набрали законної сили, підставою для такого переходу.

Відповідно до ст. 2 Закону про цінні папери обіг цінних паперів – укладення правочинів, що мають наслідком перехід прав власності на цінні папери. Таким чином, саме правочини спричинюють перехід права.

У випадку, якщо запис в реєстрі був вчинений не на підставі законного розпорядження володільця акцій (наприклад, підробленого розпорядження) або інших документів, встановлених законодавством, перехід права на акції не можна вважати таким, що відбувся. У цьому випадку матиме місце незаконний володільць акцій, включаючи добросовісного набувача, який придбав акції на підставі недійсного правочину.

М. М. Агарков, звертаючи увагу на публічну достовірність та добросовісність придбання цінних паперів, вказував, що зобов'язана особа не може протиставити вимогам добросовісного набувача паперу заперечення, які не випливають з його змісту, за винятком тих, що ґрунтуються на безпосередніх відносинах між ними. Публічна достовірність паперу має значення лише щодо добросовісного набувача. Особа, до якої звернено вимогу за цінним папером, не може захищатися проти держателя запереченнями, що ґрунтуються на її особистому ставленні до попереднього держателя, якщо лише перехід паперу до держателя не відбувся внаслідок злочинної домовленості.

Доволі дискусійним є питання про можливість визначення дійсною домовленості щодо передачі права на документ без передавального напису. На нашу думку, відповідна домовленість є дійсною, право власності на папір переходить до набувача. Але, якщо відчужувач не вчинив передавального напису, трансферт не може бути проведений. Набувач повинен у такому випадку пред'явити до відчужувача позов про здійснення відповідного напису. Напис, зроблений судом на підставі рішення за таким позовом, замінює передавальний напис.

Набувач перетворюється на власника ще до вчинення трансферта. Набувач іменного цінного паперу набуває разом з правом на папір право вимагати від зобов'язаної особи здійснення переведення за книгами. Право, передбачене в папері, він набуває за умови, що трансферт буде виконаний.

У випадку трансферта, здійсненого за заявою відчужувача, постає питання щодо моменту переходу права власності на набувача.

Можна визнати, що право власності переходить від відчужувача до набувача з моменту досягнення згоди між ними і що трансферт за книгами зобов'язаної особи є необхідним лише для здійснення прав за папером стосовно останнього. У цьому випадку набувач, разом з відчужуваним правом власності на папір, набуває вимогу до відчужувача щодо здійснення трансферу.

На противагу означеному підходу, існує й інший, відповідно до якого трансферт є актом, необхідним не лише для легітимації набувача щодо зобов'язаної особи, а й для переходу права власності на папір. Домовленість між відчужувачем та набувачем дає останньому лише право вимагати від першого повідомлення зобов'язаної особи щодо вчинення трансферту.

Якщо визнати, що право власності переходить з моменту досягнення згоди, то відсутні підстави заборонити набувачеві, який перетворився на власника, передати папір наступному набувачеві до вчинення трансферту. У такому випадку довелось б також визнати, що наступні набувачі мають право вимагати від первісного відчужувача повідомлення зобов'язаної особи про трансферт. «Проміжкові» набувачі не можуть зробити цієї заяви, оскільки вони не зазначені у книзі зобов'язаної особи.

Перше рішення йде всупереч практичній меті інституту передачі паперу шляхом трансферту, який здійснюється за заявою відчужувача. Трансферт за заявою відчужувача є цінним, насамперед, завдяки тому, що кожна передача права власності на папір фіксується у книзі зобов'язаної особи. Але для досягнення результату необхідно, щоб моментом переходу права власності визначався не момент досягнення згоди між відчужувачем та набувачем, а момент вчинення трансферту за книгою зобов'язаної особи¹⁰.

Вирішуючи питання щодо моменту переходу прав на акції, вбачається доцільним звернути увагу на наступне.

Право на цінні папери переходить лише на підставах, встановлених законодавством. Якщо право на цінні папери перейшло без встановлених законом підстав до добросовісного набувача, право на цінні папери може вважатися таким, що перейшло до останнього лише у випадку неможливості поновлення у правах особи, яка втратила цінні папери не за власною волею.

¹ Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року // Відомості Верховної Ради України від 03.10.2003. – 2003. – № 40, стаття 356.

² Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23 лютого 2006 року // Відомості Верховної Ради України від 04.08.2006. – 2006. – № 31, стор. 1126, стаття 268.

³ Закон України «Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні» від 10 грудня 1997 року. Відомості Верховної Ради України від 13.04.1998. – 1998. – № 15, стаття 67.

⁴ Закон України «Про акціонерні товариства» від 17 вересня 2008 року // Відомості Верховної Ради України від 19.12.2008. – 2008. – № 50 /50-51/, стор. 2432, стаття 384.

⁵ Закон України «Про депозитарну систему України» від 06 липня 2012 року // Відомості Верховної Ради України від 27.09.2013. – 2013. – № 39, стор. 2074, стаття 517.

⁶ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права: в 2 т. Т. II. – М., 1915. – С. 96.

⁷ Гражданское право: учебник. Т. II. Полутом I / Под ред. Е. А. Суханова. – М., 2004. – С. 205.

⁸ Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. Т. III: Вексельное право. Морское право. – М., 2003. – С. 85.

⁹ *Важинський Є.* Передання прав з цінних паперів та перехід права власності на папери. [Електроний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2627>, вільний.

¹⁰ *Агарков М. М.* Учение о ценных бумагах. – М., 2007. – С. 296.

Резюме

Яремova I. B. Момент виникнення права власності на цінні папери.

У статті досліджуються особливості визначення моменту виникнення права власності на окремі види цінних паперів, зокрема на акції. Увага автора звертається на положення спеціального законодавства України та наявні теоретичні розробки.

Ключові слова: право власності, виникнення права власності, цінні папери.

Резюме

Яремova И. В. Момент возникновения права собственности на ценные бумаги.

В статье исследуются особенности определения момента возникновения права собственности на отдельные виды ценных бумаг, в частности на акции. Внимание автора обращается на положения специального законодательства Украины и существующие теоретические разработки.

Ключевые слова: право собственности, возникновение права собственности, ценные бумаги.

Summary

Iaremova I. Moment of emergence of the property right to securities.

In article features of the moment of emergence of the property right to separate types of securities, in particular, on an action are investigated. The attention of the author is paid to provisions of the special legislation of Ukraine and existing theoretical development.

Key words: property right, property right emergence, securities.

Отримано 5.03.2014

УДК 340.111.5=>347.2/3

С. Г. ГОРДІЄНКО

Сергій Георгійович Гордієнко, доктор юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України

ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО І ПРАВО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ: ПРОБЛЕМИ СПІВВІДНОШЕННЯ

На нашу думку, одним із основних питань формування галузі інформаційного права в Україні, як інтегративної характеристики якості суспільного розвитку, є визначення значення у його структурі, чи співвідношення з ним права інтелектуальної власності.

Останнє сприятиме ефективній систематизації законодавства держави з усього комплексу питань стосовно інформаційного права та інформаційної безпеки в цілому і ефективного забезпечення адекватного захисту інтелектуальної власності України зокрема (найбільш ефективним шляхом є його кодифікація).

Аналіз останніх публікацій та реального стану практичної діяльності за даним напрямом явно демонструє, що зазначена науково-прикладна проблема є невирішеною навіть у першому наближенні. Останнє реально свідчить про її надто високу складність і необхідність реалізації.

На переконання автора, це можливо зробити лише за використання потенціалу системного методу – основи системо-мислєдїяльнїсної умови, синергетики та структурно-функціонального аналізу і ряду інших – із більше ніж сімдесяти методологічних платформ¹.

Загальною метою даної роботи є спроба визначення та впорядкування понятійно-категоріального апарату, який застосовується в інформаційному праві та праві інтелектуальної власності, що сприятиме визначенню основних шляхів вирішення зазначеної у назві статті проблеми.

Нами, апіорі, вважається, що забезпечення безпеки інформації та її складової – інтелектуальної власності в Україні є найважливішим завданням сьогодення, про що свідчать останні нормативно-правові акти Верховної Ради, Президента та Кабінету Міністрів України.

Вимоги таких норм підтверджують наше переконання у тому, що на рівні державного керівництва є розуміння високої вартості матеріальних благ в епоху ноосфери. Однак інформація взагалі та інформація, що становить основу об'єктів інтелектуальної власності, є надзвичайно цінною нематеріальною субстанцією, яка практично ніколи не вноситься до загальної вартості підприємств.

Очевидно, умисне невключення останньої до балансової вартості підприємств упродовж тривалого часу сприяло активізації протиправних посягань на такі специфічні ринкові об'єкти.

На підставі викладеного вище ефективність та системність протидії зазначеній протиправній діяльності може бути адекватною лише у випадку:

– змістовного, а не формального визначення понять «інформація», «знання», «інтелектуальна власність» та їх похідних;

– впорядкування (кодифікації) норм, які регулюють їх застосування.

Останні тези є підставою того, що в сучасних умовах набуло необхідності визначення таких понять. Це можливо лише за використання потужного методологічного потенціалу праць М. Карабанова, В. Кузнецова, Є. Войшви́лла, Е. Ільєнкова, А. Хамідова, А. Автономова² та інших, а також однопорядкового розуміння природи інформації та інтелекту, який її сприймає, обробляє і в подальшому створює новий інформаційний продукт – його інтелектуальну власність.

Змістовно наповнене їх розуміння має стати підґрунтям визначення завдань державних органів та недержавних установ України у кодифікації інформаційного права і забезпеченні захисту інформаційних продуктів як з вільним доступом, так і таких, що мають різні грифи обмеження у доступі.

Не претендуючи на істинність і абсолютність визначень, що будуть запропоновані нижче, автор сподівається на порозуміння колег і їх конструктивні пропозиції стосовно визначення та удосконалення останніх.

У роботі ми дотримуємося наступного порядку викладення матеріалу: спочатку надамо визначення поняття «власність», надалі – інтелектуальної власності, права, права власності, права власності на інтелектуальний продукт, права інтелектуальної власності, інформації та знання.

Власність – це будь-яка матеріальна чи нематеріальна субстанція, яка належить юридичній або фізичній особі.

При визначенні *інтелектуальної власності* використовують такі категорії та поняття, як «розум», «винахід», «творчість», «наукова й науково-технічна діяльність», «мислення», «розумова діяльність», «нові знання», «використання нових знань», «здатність до мислення», «раціонального пізнання», «розумова діяльність», «раціональне пізнання», «духовність», «здатність до мислення та розуміння», «свідомість», «виключні права», «юридичний термін», «продукт розумової праці, що охороняється законом», «пошукова діяльність людини, результатом якої є щось якісно нове», «цілеспрямована пошукова діяльність людини», «наукове», «нове досягнення», «нове технічне вирішення завдання», «результат науково-дослідної й (або) дослідно-конструкторської розробки», «інтелектуальний продукт» тощо.

Викладене дає підстави стверджувати, що поняття «інтелектуальна власність» набагато складніше за «власність» хоча б тому, що в нього структурно входить така нематеріальна категорія, як інтелект, тобто розум. А визначень останніх існує величезна кількість і, як правило, визначення одного поняття наводиться через інше, тобто виникає коло, а це – порушення правил визначення понять.

При цьому доцільно вважати, що головним для розуміння інтелектуальної діяльності є факт створення нових знань. Правда, ці знання можуть використовуватися як на благо, так і на шкоду людству.

Отже, *інтелектуальна власність* – це матеріалізовані або нематеріальні нові знання, які належать юридичній чи фізичній особі.

Поділяючи точку зору В. В. Копейчикова на визначення права як найбільш адаптованого до вимог, що пред'являються до визначень, пропонуємо трактування *права* як системи норм, а не сукупності (правил поведінки), які встановлені державою, мають офіційний формально визначений характер, є загальнообов'язковими для всього населення, посадових осіб і держави, охороняються державою від порушень, виражають волю панівного класу, юридичні права й обов'язки учасників правовідносин і направлені на регулювання й охорону найбільш важливих суспільних відносин та соціальних цінностей.

Зазначимо, що практично всі розглянуті під час роботи над статтею визначення права власності є формальними, а часто і «пустими». Ми пропонуємо власне, на нашу думку, змістовно наповнене визначення *права власності* як системи правових норм, що закріплюють, охороняють та регулюють суспільні відносини з належності й використання нематеріальної чи матеріалізованої субстанції фізичною або юридичною особою.

Виходячи з наведеного та власного розуміння термінів «власність», «інтелектуальна власність», *право інтелектуальної власності* – це система правових норм, що закріплюють, охороняють та регулюють суспільні відносини з належності й використання нематеріальних чи матеріалізованих знань, що належать юридичній або фізичній особі.

Досить важливим для розуміння авторської позиції є визначення та співвідношення понять «інформація» та «знання», які ми наводимо нижче.

Інформація – це відомості, отримані людиною в процесі діяльності з пізнання інформації. Це осмислені людиною відомості про навколишній світ і процеси, що відбуваються в ньому. Інформація існує незалежно від пізнання її людиною, і лише пізнана інформація стає відомостями.

Інформація має не тільки форму існування, але й якісні характеристики змісту, що дають можливість її класифікувати. Критерії класифікації інформації досить різноманітні. Її можна класифікувати як науково-технічну, газетну, інформацію засобів масової інформації (друк, радіо, телебачення, кіно), генетичну, нейтрально-оповідальну, ознайомчо-просвітницьку, рекомендаційну, командно-наказову тощо. Форми пізнання та подання інформації також досить різноманітні.

Наступне визначення *знання* – це перевірений практичною діяльністю людини результат пізнання відомостей про навколишній світ.

Таким чином, у своїх визначеннях (акцент робився на сутність явищ), ми маємо нагоду переконатися у важливості й необхідності встановлення змісту і значення кожного поняття в системі схожих за змістом, їх взаємозв'язку, взаємозалежності й взаємодії.

Отже, викладене вище, на наше переконання, дає обґрунтовані підстави до достатньо простого, але важливого висновку, що *спочатку просто існує інформація як певна характеристика матерії та енергії, а потім у результаті специфічної розумової людської діяльності з її пізнання з'являється певна кількість відомостей, котрі внаслідок діяльності з їх пізнання та класифікації перетворюються на нові знання, які можуть стати інтелектуальним продуктом і лише згодом перетворитися на інтелектуальну власність, сформувавши її право.*

Останнє, ми вважаємо можливим лише при закріпленні визначень, запропонованих нами понять, у нормативно-правових актах. Це сприятиме більш чіткому та обґрунтованому, а головне – більш конкретному й ефективному застосуванню норм при діяльності із забезпечення захисту інформаційних продуктів.

Таким чином, представлений матеріал дає автору підстави зазначити, що за суто прагматичного підходу до вирішення проблеми, яка диктується станом речей у інформаційній сфері, існують суто теоретичні можливості штучно відокремити інформаційні правовідносини від права інтелектуальної власності.

Однак це не приведе до спрощення процедури нормативно-правового регулювання цих відносин лише тому, що буде, знову ж таки штучно і дещо необґрунтовано, збільшено кількість норм з їх регулювання.

Адже теоретично і практично можливе створення інформаційного кодексу, модель якого давно існує, котрий автоматично не замінить 4 книги Цивільного Кодексу і не відмінить низку законів, які регулюють правовідносини в «суто» інформаційній сфері та право інтелектуальної власності.

На думку автора, вирішення зазначеної теоретико-прикладної проблеми, котра стосується всіх сфер діяльності держави (адже інформацією описується якісний стан і політичної, і економічної, і екологічної сфер діяльності держави), можливе лише за умови наявності політичної волі до її вирішення шляхом кодифікації різногалузевих норм права. Зазначене можливе лише за умови поєднання зусиль науковців і практиків різних державних і недержавних органів та установ.

¹ Гордієнко С. Г. Молодому науковцю коротко про необхідне. Науково-практичний посібник – К.: КНТ, 2007. – 92 с.

² Карбанов М. В. Проблемы развития социальных понятий. – М.: Наука, 1985. – 159 с.; Кузнецов В. Понятие и его структура. Методологический анализ. – К., 1997; Войцилло Е. К. Понятие как форма мышления: логико-гносеологический анализ. – М.: Изд-во МГУ, 1989. – 239 с.; Ильенков Э. В. Диалектика абстрактного и конкретного в научно-теоретическом мышлении. – М.: Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 1997. – 464 с.; Хамидов А. Категории и культура. – Алма-Ата, 1992. – 311 с.; Автономов А. Правовая онтология политики. К построению системы категорий / Фонд развития парламентаризма в России. – М.: ООО Фирма «Инфограф», 1999. – 384 с. – 365–282 с. та ін.

Резюме

Гордієнко С. Г. Інформаційне право і право інтелектуальної власності: проблеми співвідношення.

Вирішення зазначеної теоретико-прикладної проблеми із визначення співвідношення норм інформаційного права та права інтелектуальної власності, які стосуються всіх сфер діяльності держави, можливе лише шляхом кодифікації норм вказаних галузей права.

Ключові слова: системний метод, поняття, категорія, інформація, знання, право, норма, власність, інтелектуальна власність.

Резюме

Гордиенко С. Г. Информационное право и право интеллектуальной собственности: проблемы соотношения.

Решение обозначенной теоретико-прикладной проблемы по соотношению норм информационного права и права интеллектуальной собственности, которые касаются всех сфер деятельности государства, возможно лишь путем кодификации норм указанных областей права.

Ключевые слова: системный метод, понятие, категория, информация, знание, право, норма, собственность, интеллектуальная собственность.

Summary

Gordienko S. Informative law and law of intellectual ownership: problems of correlation.

The decision of the marked problem is possible only on condition of codification of different branch norms of law on the basis of the offered determinations.

Key words: system method, notion, category, information, knowledge, right, norm, own, intellectual own.

Отримано 4.04.2014

УДК 347.77

У. Б. АНДРУСІВ

Уляна Богданівна Андрусів, кандидат юридичних наук, доцент Львівського державного університету внутрішніх справ

ЛЕГАЛІЗАЦІЯ ДІЯЛЬНОСТІ СУБ'ЄКТІВ ІНФОРМАЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ: ПИТАННЯ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ

До сфери правового впливу права інтелектуальної власності належить діяльність, що здійснюють організації телерадіомовлення, потреба в охороні яких зумовлена значними фінансовими та організаційно-технічними затратами при створенні та розповсюдженні інформаційного контенту.

Виходячи з приписів ст. 1 Закону про авторське право, термін «організація мовлення» поширюється на дві категорії суб'єктів: організації ефірного та кабельного мовлення. На наше глибоке переконання, наведене положення варто доповнити організаціями, що мовлять у глобальній Мережі та інших видах телекомунікаційних мереж у випадку розповсюдження ними власного інформаційного продукту.

У ролі цих організацій можуть виступати юридичні особи, які мають офіційне місцезнаходження на території України та здійснюють трансляцію за допомогою передавачів, розташованих на території України.

Заснування телерадіоорганізації здійснюється за волевиявленням правомочної юридичної особи або громадянина України. Проте не всі суб'єкти господарювання можуть бути засновниками організацій мовлення. Обмеження у реалізації цього права, зокрема, стосується іноземних юридичних і фізичних осіб та апатридів. Однак, обмеження участі нерезидентів при заснуванні телекомпанії не позбавляє їх можливості безперешкодно ставати її співвласниками. Частина 3 ст. 12 Закону України «Про телебачення і радіомовлення» є відсильною нормою та не врегульовує питання участі іноземних юридичних та фізичних осіб у статутному (складеному) капіталі організації мовлення, що призводить до появи компаній із стовідсотковими іноземними інвестиціями.

Для усунення цієї правової колізії необхідно внести зміни до згаданої норми, чітко розмежувавши статус власників, засновників та учасників телерадіоорганізацій, які є іноземними суб'єктами господарювання, та встановивши максимальний розмір їх частки у статутному капіталі (для прикладу, не більше 50 %).

Порядок легалізації організації мовлення як суб'єкта господарської діяльності регламентований Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців». Окрім того, Законом України «Про телебачення і радіомовлення» на телерадіоорганізації покладено обов'язок після отримання ліцензії на мовлення зареєструватись як суб'єкт інформаційної діяльності. Відомості про таку спеціальну реєстрацію вносяться до Державного реєстру телерадіоорганізацій України, що ведеться Національною радою України з питань телебачення і радіомовлення (надалі – Нацрада).

Станом на 31.12.2013 р. до Держреєстру внесено дані про 1636 телерадіоорганізацій та суб'єктів інформаційної діяльності, а саме: 1572 телерадіомовних організацій та провайдерів програмної послуги, 71 суб'єктів інформаційної діяльності¹.

На наше глибоке переконання, реєстрація організацій мовлення та провайдерів програмної послуги, як суб'єктів інформаційної діяльності є недоцільною, оскільки створює зайві перешкоди для здійснення діяльності цими суб'єктами. Ці суб'єкти і так набувають спеціального статусу при здійсненні ними інформаційної діяльності. Щодо ведення реєстру, відомості до нього можуть вноситись автоматично при видачі відповідної ліцензії.

Зауважимо, що сама по собі реєстрація не є достатньою підставою для здійснення діяльності, пов'язаної з створенням та розповсюдженням програм (передач). Законне право розпочати мовлення телерадіоорганізація набуває лише з моменту отримання ліцензії, яка є основним інструментом державного регулювання у сфері телебачення і радіомовлення в умовах розвитку ринку мультимедійних технологій.

Ліцензією на мовлення вважається документ державного зразка, який видається Нацрадою та засвідчує право ліцензіата відповідно до умов ліцензії здійснювати мовлення, використовувати канали мовлення, мережі мовлення, канали багатоканальних телемереж². Потреба у ліцензуванні діяльності у сфері телерадіомовлення зумовлена необхідністю регулювання розподілу радіочастотного спектру як обмеженого природного ресурсу, а також тим, що такий спосіб розповсюдження інформації як теле- і радіомовлення істотно впливає на формування світогляду громадськості.

Як слушно відзначається у літературі, ліцензування не є обмеженням і заборонаю на зайняття певними видами діяльності³, а одним із засобів державного контролю за діяльністю суб'єктів господарювання.

Засади ліцензування телерадіомовлення чітко окреслені Законами України «Про телебачення і радіомовлення», «Про Національну раду України з питань телебачення і радіомовлення» та Планом розвитку національного телерадіоінформаційного простору України.

На сьогодні ліцензуючим органом є Нацрада, яка згідно зі ст. 6 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» забезпечує виконання законодавства у сфері ліцензування. Нацрада видає ліцензії на такі види мовлення: супутникове, ефірне, кабельне у багатоканальних кабельних телемережах (у тому числі з використанням технології IPTV), проводове, багатоканальне (з використанням багатоканальних ефірних телемереж, цифрових мультиплексів та технологій).

Відповідно до передбаченої законодавством процедури, для отримання ліцензії на мовлення юридична особа подає до Нацради заяву, за результатами розгляду якої приймається рішення про видачу ліцензії або про відмову у її видачі. Вичерпний перелік відомостей, які повинні міститися у заяві, та долучених до неї матеріалів міститься у ст.24 Закону України «Про телебачення і радіомовлення». Українське законодавство не містить вимог щодо фінансового стану претендента, а також не окреслює строки здійснення діяльності за кошти засновника. Для порівняння зазначимо, що молдовським законодавством визначено, що рішення про видачу ліцензії приймається тільки з урахуванням реальної фінансової життєздатності заявника (ст. 23 Кодексу телебачення і радіо Республіки Молдова)⁴. Безперечно, наявність фінансово-економічної можливості забезпечення створення та/або розповсюдження програм є вкрай важливою передумовою для безперебійної роботи каналів та мереж мовлення. З огляду на це, до заяви слід долучати офіційні документи, що підтверджують ймовірні джерела фінансування телерадіоорганізації на перший рік діяльності.

На нашу думку, недоліком законодавства слід вважати обмежені вимоги до особи ліцензіата, оскільки ліцензіатами у сфері мовлення можуть бути не лише юридичні особи, а й фізичні особи-підприємці.

У ч. 3 ст. 27 Закону України «Про телебачення і радіомовлення» законодавець чітко окреслив перелік умов, які зазначаються у ліцензії на мовлення. На наше глибоке переконання, окремі приписи, які міняються періодично (до прикладу, сітки мовлення досить часто міняються, зважаючи на смаки глядачів/слухачів, та з огляду на те, що укладені з дистрибуторами правочини обмежені часовими рамками) не варто включати до умов ліцензії.

Ліцензування окремих видів мовлення відбувається на конкурсних засадах або без конкурсів. Так, видача ліцензії на ефірне мовлення та багатоканальне мовлення з використанням радіочастотного ресурсу здійснюється за результатами відкритих конкурсів. Як вбачається з приписів ст.23 Закону України «Про телебачення і радіомовлення» та п. 5.3 Плану розвитку національного телерадіоінформаційного простору України, цифрове мовлення з використанням радіочастотного ресурсу України ліцензується як багатоканальне мовлення⁵, тобто теж на конкурсних засадах. Конкурс на отримання ліцензії ініціюється, оголошується і проводиться Нацрадою у відповідності до вимог ст. 25 Закону України «Про телебачення і радіомовлення». Нацрада оголошує конкурс за наявності вільних каналів, часу на каналах (мережах), мереж мовлення.

Вважаємо, що Закон України «Про телебачення і радіомовлення» є недосконалим у частині регулювання конкурсної процедури ліцензування. Не завадила б більш прозора процедура формування конкурсних умов, більша відкритість при розгляді заяв потенційних ліцензіатів та прийняття рішення про видачу ліцензії. Нам видається, що 60 днів недостатньо для того, щоб претендент встигнув підготувати необхідну документацію для подачі заяви.

Законодавцем також чітко не окреслені вимоги до телерадіоорганізацій у процесі участі у конкурсі. Так, ч. 2 ст. 9 Закону України «Про телебачення і радіомовлення» регламентовано, що при проведенні конкурсів на видачу ліцензії на мовлення Нацрада керується необхідністю забезпечення інформаційних потреб громадян. Термін «інформаційні потреби» може трактуватись неоднозначно, що призводитиме до надання преференцій окремим суб'єктам інформаційної діяльності. Крім цього, варто зазначити, що факт неповернення конкурсної гарантії особам, які не перемогли в конкурсі, суперечить справедливості конкурсних процедур.

Ліцензування кабельного, супутникового та проводового мовлення здійснюється на позаконкурсних засадах, тобто за реєстраційним принципом.

Варто зауважити, що Нацрада також здійснює ліцензування діяльності провайдерів програмної послуги.

Під ліцензією провайдера програмної послуги слід розуміти документ державного зразка, який видається Нацрадою та засвідчує право ліцензіата надавати програмні послуги з використанням ресурсу багатоканальних телемереж. Цей документ є єдиною законною підставою на право надання програмної послуги. Варто відзначити, що станом на 01.01.2014 р., загальна кількість проліцензованих провайдерів становила 703, їм видано 968 ліцензій⁶. Особливість 2013 року у ліцензуванні провайдерів полягала у переході з аналогового формату на цифровий та надання програмних послуг споживачам у поєднанні цих технологій.

Процедура ліцензування провайдерів закріплена у ст. 40 Закону України «Про телебачення і радіомовлення». Приписи цієї норми деталізовані Положенням про порядок видачі ліцензії провайдера програмної послуги (затверджено Рішенням Нацради від 28.12.2011 р. та зареєстровано в Міністерстві юстиції 02.03.2012 р.), у якому окреслені основні механізми видачі, переоформлення та анулювання ліцензії провайдера програмної послуги, видачі дубліката такої ліцензії.

Відповідно до приписів вказаного регуляторного акта ліцензіюпровайдера програмної послуги мають право отримати суб'єкти господарювання, які мають на меті надання програмної послуги з використанням ресурсу багатоканальних кабельних телемереж (у тому числі технологій «IPTV»); багатоканальних ефірних цифрових телемереж (у тому числі технологій «Телесело», «МІТРІС», «ММДС», цифрових мультиплексів); супутникової ємності (супутникові платформи за технологією DTH(DirectToHome)), мережі операторів мобільного та інтернет-зв'язку (технології MobileWiMAX)⁷.

Обов'язковим додатком до ліцензії на діяльність (мовлення) кабельного телебачення і радіомовлення є Загальна концепція (принципи, підстави) добору (перелік) програм для ретрансляції (пропозиції абонентам). Цей документ підлягає щорічній перереєстрації.

Ліцензія на мовлення та ліцензія провайдера програмної послуги видається за умови сплати ліцензійного збору. Розмір плати за видачу, продовження, переоформлення та видачу дубліката ліцензії встановлюється Кабінетом Міністрів України, що, у свою чергу, сприяє своєчасному реагуванню на зміни у телевізійному просторі. Процедура нарахування ліцензійного збору регламентована Методикою розрахунків розмірів ліцензійного збору за видачу або продовження строку дії ліцензії на мовлення, ліцензії провайдера програмної послуги, визначення розміру плати за переоформлення ліцензії та видачу дубліката ліцензії на мовлення, ліцензії провайдера програмної послуги, у якій закріплені чіткі формули розрахунку розміру грошового збору.

Як вбачається з наведеного нормативного акта, розмір плати коригується залежно від території розповсюдження сигналу, населення, яке проживає на території розповсюдження програм, середньодобового обсягу мовлення, суб'єкта-розповсюджувача, способу поширення мультиплексу, виду мовлення. Окрім того, Методика пропагує політику протекціонізму щодо розповсюдження національного аудіовізуального контенту. У випадку, якщо частка програм іноземного виробництва в загальному обсязі мовлення становить понад 30 відсотків, розмір ліцензійного збору збільшується на 30 відсотків⁸.

Варто зауважити, що у 2013 р. нараховано та фактично сплачено ліцензійний збір на загальну суму 40876,8 тис. грн⁹.

Ліцензія видається на строк, визначений Нацрадою відповідно до заяви про видачу ліцензії, але не менш як на 7 років для цілей ефірного мовлення та багатопрограмного мовлення в багатоканальних телемережах і 10 років для цілей супутникового, проводового, кабельного мовлення. Ліцензія провайдера програмної послуги видається без конкурсу на строк 10 років.

Ліцензіат наділений правом продовжити строк дії ліцензії на мовлення, подавши до Нацради відповідну заяву. За результатами розгляду заяви Нацрада приймає рішення про продовження / не продовження стро-

ку дії ліцензії на мовлення. Відповідно до приписів ст. 33 Закону України «Про телебачення і радіомовлення», прийняття негативного рішення зумовлено порушенням ліцензіатом умов ліцензії та вимог чинного законодавства. Обов'язковою умовою застосування даної правової норми є підтвердження зазначених порушень рішеннями та санкціями Нацради, які не скасовані у визначеному законодавством порядку, або відповідними судовими рішеннями.

Слід зазначити, що останнім часом до судів надійшло чимало позовів організацій мовлення з приводу відмови Нацради у продовженні строку ліцензії на мовлення. Суди, приймаючи рішення, передусім зосереджують увагу на достатності та правомірності підстав для відмови, усунення ліцензіатом виявлених порушень, а також встановлюють наявність факту скасування застосованих санкцій^{10,11}.

Варто зауважити, що законодавцем не регламентовано, на який строк може бути продовжено ліцензію, через що складається враження, ніби пролонгація може бути безкінечною. Доцільним при цьому пригадати досвід грузинського законодавця, яким встановлені обмеження щодо продовження такого строку (ст. 39 Закону Грузії «Про мовлення»)¹². З огляду на це, вважаємо доцільним доповнити ст. 33 Закону України «Про телебачення і радіомовлення» ч. 10 наступного змісту: «Після закінчення строку дії ліцензії, дія ліцензії може продовжитись на той самий строк, якщо до ліцензіата протягом цього періоду не застосовувалися санкції».

У разі виникнення необхідності внесення змін до умов ліцензії, ліцензіат подає до Нацради заяву про переоформлення ліцензії на мовлення за встановленою формою. Вичерпний перелік підстав для переоформлення міститься у ч. 3 ст. 35 Закону України «Про телебачення і радіомовлення». За результатами розгляду Нацрада приймає рішення про внесення змін до ліцензії та відповідне переоформлення ліцензії. При видачі переоформленої ліцензії попередня ліцензія на мовлення вилучається.

За період із 1 січня по 31 грудня 2013 р. Нацрада ухвалила 437 рішень про переоформлення ліцензій у зв'язку зі зміною програмних концепцій мовлення, організаційно-правових форм власності, позивних, логотипів, керівних та наглядових органів.

Як відомо, ліцензія не може самовільно відчувуватись третім особам. На жаль, це положення не знайшло належного закріплення у законодавстві. Вважаємо необхідним заповнити цю прогалину, доповнивши ст. 27 Закону України «Про телебачення і радіомовлення» ч. 8 наступного змісту: ліцензія не підлягає уступці третім особам без спеціального дозволу Нацради. Недотримання цієї вимоги має наслідком анулювання ліцензії.

Відзначимо, що у разі невиконання умов ліцензії та порушення вимог чинного законодавства про телебачення і радіомовлення, Нацрада притягує ліцензіатів до відповідальності. Так, за приписами ст. 72 Закону України «Про телебачення і радіомовлення» Нацрада може застосовувати до телерадіоорганізацій та провайдерів програмної послуги такі санкції: оголошення попередження; стягнення штрафу; подання до суду справи про анулювання ліцензії на мовлення.

Ліцензуючий орган приймає рішення про оголошення попередження у разі першого порушення, скоєного організацією мовлення або провайдером програмної послуги. Позитивним моментом, на наше глибоке переконання, є прийняття 8 лютого 2012 р. Положення про скасування санкції «оголошення попередження», застосованої Нацрадою за порушення умов ліцензії та законодавства України телерадіоорганізаціями і провайдерами програмної послуги. З цього моменту телерадіоорганізації та провайдери програмної послуги мають можливість позасудового скасування зазначеної санкції, подавши до Нацради заяву (звіт та матеріали, що підтверджують усунення порушень).

Розглянувши заяву, Нацрада признає позапланову перевірку з метою з'ясування питання про усунення порушень, які стали підставою застосування до ліцензіата санкції «оголошення попередження»¹³. У випадку прийняття за результатами позапланової перевірки та аналізу документальних свідчень позитивного рішення, Нацрада скасовує санкцію.

Упродовж тривалого часу залишається неврегульованим питання щодо застосування штрафних санкцій. На сьогодні, Нацрадою за погодженням з Кабміном так і не затверджені конкретні розміри штрафів та процедура їх стягнення, що унеможливує їх накладення на ліцензіатів. Оскільки штрафні санкції, на нашу думку, є однією з найдієвіших форм запобігання порушенням, питання визначення процедури застосування, розмірів штрафів за певні порушення потребує якнайскорішого вирішення. Зокрема, на нашу думку, варто було б встановити розміри штрафів у відсотковому відношенні залежно від прибутку, отриманого за попередній звітний період.

Як вбачається з ч. 12 ст. 72 Закону України «Про телебачення і радіомовлення», якщо порушення не були усунені після попередження та стягнення штрафу, Нацрада подає до суду справу про анулювання ліцензії на мовлення телерадіоорганізації або справу про скасування державної реєстрації провайдера програмної послуги. Конкретні порушення, які є підставою звернення до суду з відповідним позовом регламентовані ч. 5 ст. 37 Закону України «Про телебачення і радіомовлення».

Варто зауважити, що види діяльності, пов'язані з технічним обслуговуванням і експлуатацією телекомунікаційних мереж, мереж ефірного теле- та радіомовлення, проводового радіомовлення та телемереж ліцензуються у порядку встановленому Законом України «Про телекомунікації». Таке відокремлення механізмів ліцензування мовлення, провайдерів програмної послуги від ліцензування діяльності з надання телекомунікаційних послуг зумовлено заборонаю подвійного ліцензування.

У зв'язку з обмеженістю частотного спектру, який використовується для потреб ефірного телерадіомовлення, мовники повинні отримати дозвіл на використання радіочастотного ресурсу. Правові, організаційні та економічні засади використання радіочастотного ресурсу України регламентуються Законами

України «Про радіочастотний ресурс України», «Про телекомунікації», а також Планом використання радіочастотного ресурсу України та Державною програмою впровадження цифрового телерадіомовлення.

Зауважимо, що можливість та умови користування окресленим природним ресурсом визначаються висновком органу частотного планування, після отримання якого Нацрада оголошує конкурс на отримання ліцензії на мовлення. У відповідності до ст. 31 Закону України «Про радіочастотний ресурс України» користування радіочастотним ресурсом України телерадіоорганізаціями та провайдерами програмної послуги для потреб телебачення і радіомовлення здійснюється на підставі ліцензії на мовлення та не потребує ліцензії на користування радіочастотним ресурсом України¹⁴.

Результати проведеного автором дослідження дають всі підстави для наступних висновків:

– на сьогоднішній день ще існують труднощі щодо адекватної регламентації процедури легалізації та ліцензування організацій мовлення та провайдерів програмної послуги;

– на законодавчому рівні необхідно чітко розмежувати статус власників, засновників та учасників телерадіоорганізацій, які є іноземними суб'єктами господарювання, та встановити максимальний розмір їх частки у статутному капіталі (не більше 50 %);

– законне право розпочати мовлення організація мовлення набуває лише з моменту отримання ліцензії, яка є основним інструментом державного регулювання у сфері телебачення і радіомовлення в умовах розвитку ринку мультимедійних технологій;

– не завадила б більш прозора процедура формування конкурсних умов, більша відкритість при розгляді заяв потенційних ліцензіатів та прийняття рішення про видачу ліцензії;

– ліцензіатами у сфері мовлення можуть бути не лише юридичні особи, а й фізичні особи-підприємці; відокремлення механізмів ліцензування мовлення, провайдерів програмної послуги від ліцензування діяльності з надання телекомунікаційних послуг зумовлено заборонаю подвійного ліцензування;

– у ч. 3 ст. 24 Закону України «Про телебачення і радіомовлення» варто внести корективи, доповнивши її положенням наступного змісту: «копії офіційних документів, що підтверджують ймовірні джерела фінансування організації мовлення на перший рік діяльності»;

– приписи ліцензії, які змінюються періодично, не варто включати до умов ліцензії;

– вважаємо за доцільне доповнити ст. 33 Закону України «Про телебачення і радіомовлення» ч. 10 наступного змісту: «після закінчення строку дії ліцензії, дія ліцензії може продовжитись на той самий строк, якщо до ліцензіата протягом цього періоду не застосовувалися санкції»;

– у ст. 27 Закону України «Про телебачення і радіомовлення» необхідно внести зміни, доповнивши її ч. 8 наступного змісту: «ліцензія не підлягає уступці третім особам без спеціального дозволу Нацради. Недотримання цієї вимоги має наслідком анулювання ліцензії»;

– якнайскорішого вирішення потребує питання визначення процедури застосування, розмірів штрафів за скоєнні порушення.

¹ Звіт Національної ради України з питань телебачення і радіомовлення за 2013 рік [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nrada.gov.ua/userfiles/file/2014/Zvitna%20informacia/Zvit_2014.pdf

² Про телебачення і радіомовлення: Закон України від 21.12.1993 № 3759-ХІІ, в ред. від 12.01.2006 // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 18. – Ст. 155.

³ Романенко Л. В. Ліцензування як засіб забезпечення контролю за діяльністю у сфері фізичної культури та спорту / Л. В. Романенко // Державне будівництво і місцеве самоврядування. – Вип. 19. – 2010. – С. 187–194. – С. 188.

⁴ Кодекс телевидення и радио Республики Молдова № 260-XVI от 27 июля 2006 года [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.it-moldova.md/ru/ict-in-moldova/legislation-and-ict/296-tv-radio-kodex>

⁵ План розвитку національного телерадіоінформаційного простору: Рішення Національної ради України з питань телебачення і радіомовлення 01.12.2010 № 1684 (у редакції від 14.12.2011 № 2874). Зареєстровано в Міністерстві юстиції України 27 лютого 2012 року за № 320/20633 // Офіційний вісник України від 12 березня 2012 р. – № 18.

⁶ Звіт Національної ради України з питань телебачення і радіомовлення за 2013 рік [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nrada.gov.ua/userfiles/file/2014/Zvitna%20informacia/Zvit_2014.pdf

⁷ Положення про порядок видачі ліцензії провайдера програмної послуги: Рішення Національної ради з питань телебачення і радіомовлення від 28.12.2011 № 2979. Зареєстровано в Міністерстві юстиції України 2 березня 2012 р. за № 351/20664 // Офіційний вісник України від 26.03.2012 р. – № 21. – Ст. 133.

⁸ Методика розрахунків розмірів ліцензійного збору за видачу або продовження строку дії ліцензії на мовлення, ліцензії провайдера програмної послуги, визначення розміру плати за переоформлення ліцензії та видачу дублікату ліцензії на мовлення, ліцензії провайдера програмної послуги: Постанова Кабінету Міністрів України від 13.04.2011 № 412 // Урядовий кур'єр від 15.04.2011 р. – № 69.

⁹ Звіт Національної ради України з питань телебачення і радіомовлення за 2013 рік [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nrada.gov.ua/userfiles/file/2014/Zvitna%20informacia/Zvit_2014.pdf

¹⁰ Постанова Донецького окружного адміністративного суду від 01 червня 2011 р. справа № 2а/0570/5162/2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/14287539>

¹¹ Постанова Окружного адміністративного суду міста Києва від 15 лютого 2011 року справа № 2а-16057/10/2670 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/14287539>

¹² О вещании: Закон Грузии от 23 декабря 2004 года № 780-вс [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.medialaw.ru/exussrlaw/lv/tvr.htm>

¹³ Положення про скасування санкції «оголошення попередження», застосованої Національною радою за порушення умов ліцензії та законодавства України телерадіоорганізаціями і провайдерами програмної послуги: Рішення Національної

ради з питань телебачення і радіомовлення від 08 лютого 2012 № 114. Зареєстровано в Міністерстві юстиції України 27 лютого 2012 року за № 318/20631 //Офіційний вісник України від 12 березня 2012 р. – № 18.

¹⁴ Про радіочастотний ресурс України: Закон України від 01.06.2000р. № 1770-III, в ред. від 24.06.2004 //Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 48. – Ст. 526.

Резюме

Андрусів У. Б. Легалізація діяльності суб'єктів інформаційної діяльності: питання теорії і практики.

У цій роботі автором розглядається низка питань, пов'язаних із легалізацією діяльності суб'єктів інформаційної діяльності, зокрема досліджуються правові передумови реєстрації та ліцензування організацій мовлення та провайдерів програмної послуги. При цьому аналізуються положення чинного законодавства України, законодавче поле зарубіжних держав, а також матеріали судової практики. Наводяться конкретні рекомендації заповнення наявних законодавчих прогалів у досліджуваній сфері правовідносин.

Ключові слова: організація мовлення, провайдер програмної послуги, легалізація, реєстрація, ліцензування, правова охорона.

Резюме

Андрусив У. Б. Легализация деятельности субъектов информационной деятельности: вопросы теории и практики.

В этой работе автором рассматривается ряд вопросов, связанных с легализацией деятельности субъектов информационной деятельности, в частности исследуются правовые предпосылки регистрации и лицензирования организаций вещания и провайдеров программной услуги. При этом анализируются положения действующего законодательства Украины, законодательное поле зарубежных государств, а также материалы судебной практики. Даются конкретные рекомендации заполнения существующих законодательных пробелов в исследуемой сфере правоотношений.

Ключевые слова: организация вещания, провайдер программной услуги, легализация, регистрация, лицензирование, правовая охрана.

Summary

Andrusiv U. Subjects' of informational activity practice legalization: theory and practice.

In this paper the author discusses a number of issues related to the legalization of subjects' of information activities activity, in particular, investigates the legal prerequisites for registration and licensing of broadcasters and program service providers. In this situation the current Ukrainian legislation, the legislative field of foreign countries has been analyzed, as well as materials of judicial practice. Specific recommendations filling the existing gaps in the legislative field of legal study has been provided.

Key words: broadcasting organization, provider of software services, certification, registration, licensing, legal protection.

Отримано 10.04.2014

УДК 347.77

М. В. КОВАЛЬОВА

Марина Вікторівна Ковальова, кандидат юридичних наук, старший викладач Ужгородського національного університету

ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ ПРАВ ТА ОБОВ'ЯЗКІВ ВІНАХІДНИКІВ В УКРАЇНІ

Розглядаючи права винахідника, передусім слід встановити ключового учасника правовідносин і того, хто ж є винахідником насправді. Винахідником можна вважати того, хто подав ідеї, відображені потім у формулі. Може змінюватися і склад винахідників, але при цьому винахідниками мають право називатися ті, хто вніс ознаки у вирізняльну формулу винаходу, а не в налагодження виробництва на його основі. Деякі винаходи мають єдиного винахідника – того, хто вніс ідею та відобразив її у формулі. Як вказано у ст. 1 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», винахідник – це людина, інтелектуальною, творчою діяльністю якої створено винахід. Таким може бути будь-яка правоздатна особа. До основних суб'єктів належать особи, що беруть участь у створенні, перетворенні, передачі (поширенні), одержанні й споживанні знань. Такими особами є творці (виробники), власники і споживачі знань, за якими стоять їх знання, досвід, намагання покращити навколишній світ та терплячість і наполегливість у цьому. Творці – це насамперед фізичні особи, творчою працею яких отримано нові знання або систематизовано вже отримані.

Автором винаходу визнається фізична особа, творчою працею якої вони створені. Якщо в створенні об'єкта промислової власності брало участь кілька фізичних осіб, усі вони вважаються його співавторами. Автором секретного винаходу визнається фізична особа, яка своєю творчою працею створила цей винахід. Якщо у створенні секретного винаходу брали участь кілька фізичних осіб, усі вони є також його авторами.

У правовому регулюванні, пов'язаному з творчою діяльністю, важливе місце посідають цивільні права та цивільні обов'язки винахідника, передбачені ст.ст. 12–14 Цивільного кодексу України. Зміст цих прав та

їх гарантії залежать від суспільного устрою та нормативно-правового закріплення, що в кінцевому результаті й визначає соціальні завдання творчої діяльності та критерії оцінювання її результатів.

Аналізуючи зміст поняття суб'єктивного права, варто зупинитися на його різновидах. Суб'єктивні цивільні права поділяються на такі види: 1) залежно від зв'язку з суб'єктом та до змісту цивільних правовідносин – майнові й особисті немайнові права; 2) відповідно до правового зв'язку учасників цивільних правовідносин – абсолютні й відносні права; 3) залежно від функціональної спрямованості цивільно-правового регулювання – регулятивні й охоронні права. Це впливає на напрям, спосіб та засоби здійснення цих суб'єктивних прав.

Серцевиною належності прав промислової власності є їх здійснення, що являє актуальну проблему для сучасного суспільства, і від її детального вивчення багато в чому залежить процес побудови будь якого суб'єктивного права, у тому числі й суб'єктивне цивільне право, що має соціальну цінність лише тоді, коли його можна здійснити, тобто використати можливості, надані його власнику. У цивілістиці є загальнознаним розуміння суб'єктивного цивільного права як міри дозволеної поведінки, можливості діяти певним чином. У подальшому воно було уточнено таким елементом, як вид можливої поведінки та можливість користуватися певним соціальним благом – економічного, політичного та соціального характеру.

Здійснення права – це спосіб його буття, існування, дії, перетворення соціальних потреб на дійсність. Реалізація правових норм відбувається через поведінку суб'єктів відповідно до правових розпоряджень і є безпосереднім результатом правового регулювання. Загалом вирізняють два принципові способи реалізації прав – фактичні та юридичні. Фактичні полягають у реалізації таких дій, які викликають їх майнові й немайнові наслідки, що стосуються прав та інтересів окремих осіб, але наслідки не мають юридичного характеру. Під юридичними способами розуміють дії (систему дій) юридичного характеру. Юридичні способи характерні для здійснення суб'єктивних прав у цивільних правовідносинах¹.

Однак як саме суб'єктивне право за своїм змістом, так і волевиявлення, що гарантується законом з метою реального здійснення права певними особами, не можуть бути безмежними. Усяке суб'єктивне право, будучи мірою можливою поведінкою особи, має визначені межі здійснення. Межі здійснення права містяться саме в конкретних правових нормах, що визначають права та обов'язки. Такі обмеження властиві і при здійсненні прав на винаходи: строкові, за суб'єктами, за способом та територією патентування (спочатку в Україні, а потім за кордоном), використання тощо.

Права на винаходи (майнові та немайнові) виникають у зв'язку зі створенням та використанням таких об'єктів. При цьому використання майнових прав, як і їх здійснення, реалізується здебільшого на підставі договорів, передбачених ст. 1107 ЦК України, зокрема договору про передачу права власності, ліцензійного договору, договору винахідника з роботодавцем та ін. Вони є підставою та формою цих правовідносин і становлять їх серцевину при здійсненні майнових прав.

Винахідникам належать особисті немайнові права на створені ними винаходи. Унаслідок того, що вони не мають економічного змісту, їх здійснення не піддається вартісній оцінці, тісно пов'язане з творцем і переважно реалізується самими винахідниками. Значно більше можливостей при здійсненні майнових прав, які можуть належати й іншим особам та державі. На цьому варто зупинитися детально хоча б для того, щоб розкрити суть майнових прав, які розглядаються.

Право творця на досягнутий результат інтелектуальної, творчої діяльності у своїй абсолютності подібне до права власності, яке виникає на матеріальну річ. Проте відповідно до ст. 419 ЦК України право інтелектуальної власності та право власності не залежать один від одного, а перехід права на об'єкт права промислової власності не означає переходу права на річ і навпаки. Власне, це забезпечує товаризацію окремих об'єктів цього права, коли вони безпосередньо стають товаром, наприклад, речовини як винаходи.

Існують різні класифікації немайнових прав. Насамперед виділяють особисті немайнові права, пов'язані і не пов'язані з майновими. Правда, вказується, що наразі такий підхід втратив практичне значення і в умовах ринкової економіки та нової сутності інтелектуальної власності є необґрунтованим².

Проте не виникає сумнівів, що особисті немайнові права можуть бути передумовою виникнення майнових прав, особливо у сфері авторського права та виконавського права. Такі майнові права вторинні, вони можуть не виникати чи виникнути. До особистих немайнових прав, не пов'язаних з майновими, належить право на ім'я, зовнішній вигляд, честь і достоїнство та ін. Деякі автори взагалі заперечують наявність суб'єктивних прав на об'єкти, невіддільних від особистості, і вважають, що доречніше говорити не про особисті права, а про особисті блага.

Залежно від структури зв'язку учасників особисті немайнові права можна поділити на абсолютні та відносні. Абсолютними є такі права, за якими їх власник протистоїть невизначеному колу осіб. Їхній основний обов'язок полягає в тому, щоб не перешкоджати уповноваженій особі (власнику суб'єктивного права) здійснювати своє суб'єктивне право. Відносними є такі, за якими носію такого права протистоїть визначений учасник (учасники) правовідносин, який має обов'язки.

Особистим немайновим правом винахідника є право авторства, яке передбачає можливість винахідника вимагати визнання його творцем об'єкта промислової власності. Право авторства є винятковим – воно може належати лише винахіднику. Воно тісно пов'язане з особою винахідника, а тому є невідчужуваним та охороняється безстроково³.

До особистих немайнових прав належить також право на ім'я, тобто право винахідника на присвоєння свого імені створеному ним винаходу. Зокрема, у п. 5 ст. 8 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» передбачено, що винахіднику належить право авторства, яке є невід'ємним особистим пра-

вом і охороняється безстроково. Ім'я справжнього автора обов'язково зазначається в заявці на видачу патенту, незалежно від того, хто є заявником, а також у самому патенті.

Традиційно до особистих прав, пов'язаних з майновими, належать ті, що виникають у зв'язку з інтелектуальною творчістю. Такі відносини виникають у результаті створення і використання творів науки, літератури, мистецтва, відкриттів та винаходів. У своїй основі відносини авторства – це особисті відносини. Їхній зв'язок з майновими виражається переважно в тому, що твір інтелектуальної творчості повинен бути об'єктивним, тобто мати конкретно виражену матеріальну форму у вигляді рукопису, книги, картини, скульптури, формули винаходу та ін., що дає змогу сприймати, відтворювати, використовувати створений здобуток (винахід)⁴.

Майнові права на винахід передбачені у ст. 464 ЦК України як права: на використання винаходу; виключне право дозволяти використання винаходу; виключне право перешкоджати неправомірному використанню винаходу, у тому числі забороняти таке використання; інші майнові права, які встановлені законом. За своєю суттю ці права визначаються як права щодо використання майна (у тому числі й чужого), що мають на меті присвоєння уповноваженими особами результатів її використання. Відомі такі особливості майнового права використання:

- 1) таке використання може бути платним чи безоплатним, що залежить тільки від волевиявлення володільця;
- 2) права цієї групи мають тривалий термін існування (визначений законом, встановлений договором);
- 3) результати використання чи отримані в результаті здійснення права користування є власністю користувача.

Власнику патенту України на винахід належать: право власності на патент; виключне право на використання винаходу; право забороняти іншим особам використовувати винахід без його дозволу, за винятком випадків, коли таке використання не визнається законодавством порушенням прав власника патенту; право опублікувати в офіційному бюлетені патентного відомства України «Промислова власність» заяву про надання будь-якій особі дозволу на використання винаходу (право видачі «відкритої ліцензії») та право на відкликання цієї заяви; право порушувати судові справи проти несанкціонованого використання винаходу та вимагати від порушника відшкодування заподіяних збитків. Права, що випливають з патенту на винахід, діють від дати публікації в офіційному бюлетені відомостей про видачу патенту. Виключне право охороняється за патентом України тільки на її території. Право власника патенту називається виключним тому, що власник є єдиною особою, якій законодавством дозволено використовувати винахід, доки інші особи не отримають на це дозвіл від власника. Ці права можуть передаватися у повному обсязі або частково. Патент може бути відчуженим у будь-який спосіб: продажем, даруванням, обміном тощо.

Правовою формою передачі права власності на патент є договір про його передачу, який означає передачу власником прав, що випливають з патенту, будь-якій фізичній або юридичній особі, яка стає власником патенту. Однак при передачі права власності на патент не можна залишити за собою будь-які права на використання винаходу, встановити будь-які часові або територіальні обмеження цих прав, як це можливо при передачі майнових прав за ліцензійним договором. Так, власник патенту може залучити інвестиції для організації виробництва із застосуванням запатентованого винаходу.

Винахідник як власник патенту чи просто власник патенту поряд із своїми правами має юридичні обов'язки. Насамперед він повинен сплачувати збори й державне мито за дії, пов'язані і підтриманням патенту у силі (ст. 29 Закону) та з охороною прав на винаходи. Сплата мита та зборів може здійснюватися як самими заявниками і патентоволодільцями, так і будь-якими іншими фізичними чи юридичними особами, зокрема патентними повіреними, ліцензіатами⁵.

Власник патенту зобов'язаний добросовісно використовувати запатентований винахід. Він не повинен зловживати патентними правами: винахід має бути реально введений в цивільний оборот; встановлення високої ціни на продукцію та ін. Однак ст. 30 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» передбачено: якщо винахід не використовується або недостатньо використовується в Україні протягом трьох років, починаючи від дати публікації відомостей про видачу патенту або від дати, коли використання було припинено, він зобов'язаний надати дозвіл (ліцензію) на використання винаходу будь-якій особі, яка має бажання та виявила готовність використовувати винахід. У разі відмови власника патенту від укладання ліцензійного договору ця особа має право звернутися до суду із заявою про надання їй дозволу на використання винаходу.

Залежно від обсягу прав, що передається, за чинним ЦК України розрізняють: виключну, одиничну і невиключну ліцензії. У будь-якому разі за ліцензійним договором передбачено виплату певної грошової винагороди ліцензіару.

Сьогодні договори у сфері інтелектуальної діяльності й інтелектуальної власності законодавством України про інтелектуальну власність врегульовані строкато: попри загальне визначення у ЦК України вони передбачені й у інших спеціальних законах і, до того ж, в інших редакціях. Виникає проблема їх уніфікації, зокрема на основі типових договорів. Непоодинокі суперечки через прогалини в укладеному договорі, нечіткість його визначень, неконкретність об'єкта тощо. Тому доцільно розробити власні, типові договори у сфері інтелектуальної діяльності.

Підсумовуючи вищевикладене, можна зауважити, що будь-який винахід – це результат творчої діяльності, який є товаром лише тоді, коли має споживчу вартість. Це полягає у можливості самому їх використовувати з урахуванням принципів підприємництва або передати таке право на підставі договорів іншим особам. У комплексі це слугує посиленню правової охорони і стимулюванню винахідництва, збільшує прибуток та забезпечує охорону винаходу від конкурентів на довгі роки.

¹ Цивільне право України: Академічний курс : підручник : у 2 т. Т 1 / [за заг. ред. Я. М. Шевченко]. – К. : Видавничий дім «Ін Юре», 2003. – 520 с.

² Цивільне право України : у 6 т. Т 1 / [Шишка Р. Б. (кер. авт. кол.), Зайцев О. Л., Мічурін Є. О. та ін.] ; за ред. Р. Б. Шишки та В. А. Кройтора. – [2-е вид., виправ. та доп.]. – Х. : Еспада, 2008. – Т. 1. – 2008. – 680 с.

³ Підпригоро О. А. Право інтелектуальної власності України : навч. посібник / О. А. Підпригоро, О. О. Підпригоро. – К. : Юрінком Інтер, 1998. – 336 с.

⁴ Малєин Н. С. Гражданский закон и права личности в СССР / Малєин Н. С. – М. : Юрид. лит., 1981. – 216 с.

⁵ Охорона інтелектуальної власності в Україні / [Довгий С. О., Жаров В. О., Зайчук В. О. та ін.]. – К. : Форум, 2002. – 319 с.

Резюме

Ковальова М. В. Деякі особливості прав та обов'язків винахідників в Україні.

У правовому регулюванні, пов'язаному з творчою діяльністю, важливе місце посідають цивільні права та цивільні обов'язки винахідника, передбачені ст.ст. 12–14 Цивільного кодексу України.

Права на винаходи (майнові та немайнові) виникають у зв'язку зі створенням та використанням таких об'єктів. При цьому використання майнових прав, як і їх здійснення, реалізується здебільшого на підставі договорів, які передбачені ст. 1107 ЦК України, зокрема договору про передачу права власності, ліцензійного договору, договору винахідника з роботодавцем та ін. Вони є підставою та формою цих правовідносин і становлять їх серцевину при здійсненні майнових прав.

Ключові слова: цивільні права, цивільні обов'язки, винахідник, правовий захист, винахід.

Резюме

Ковалева М. В. Некоторые особенности прав и обязанностей изобретателей в Украине.

В правовом регулировании, связанном с творческой деятельностью, важное место занимают гражданские права и гражданские обязанности изобретателя, предусмотренные ст.ст. 12–14 Гражданского кодекса Украины. Права на изобретения (имущественные и неимущественные) возникают в связи с созданием и использованием таких объектов. При этом использование имущественных прав, как и их осуществление, реализуется в основном на основании договоров, предусмотренных ст. 1107 ГК Украины, в частности договора о передаче права собственности, лицензионного договора, договора изобретателя с работодателем и др. Они являются основанием и формой этих правоотношений и составляют их сердцевину при осуществлении имущественных прав.

Ключевые слова: гражданские права, гражданские обязанности, изобретатель, правовая защита, изобретение.

Summary

Kovalova M. Several points of rights and responsibilities of inventors in Ukraine.

An important place in the legal regulations related to creative activity, is occupied by the civil rights and civic responsibilities of inventor mentioned in Articles 12–14 of the Civil Code of Ukraine.

Inventions rights (property and other) arising from creation and use of such objects. The use of property rights, as well as their implementation is realized mainly on the basis of agreements under Art. 1107 Civil Code of Ukraine, in particular the agreement on the transfer of property rights, licensing agreement, the agreement with the employer of the inventor, etc.). They are the grounds of these legal relations.

Key words: civil rights, civil responsibilities, inventor, legal protection, invention.

Отримано 28.03.2014

УДК 347.77

М. М. ЯШАРОВА

Марія Миколаївна Яшарова, кандидат юридичних наук, завідувач підготовчого відділення Київського університету права НАН України

ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ПРОМИСЛОВОЇ ВЛАСНОСТІ В ІСТОРІЇ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ТА ІНШИХ КРАЇН

Як вказує О. А. Городов, термін «промислова власність», що широко використовується у науковому обігу, запозичений з французького законодавства XIX ст., яке розглядало право на винахід, так само як і право на товарний знак як особливий вид власності¹. Назву вказаного терміна дала теорія промислової власності, яка народилася у Франції у 1791 р. як засіб боротьби за реалізацію облігаторного принципу видачі патентів. У її основу покладено концепцію, згідно з якою все те, що є продуктом праці, є власність особи творця. Винахід отримує існування тільки завдяки діяльності його творця і тому він як власник має право чинити зі своїм дітищем так, як йому завгодно. При цьому технічне рішення є продуктом праці більшою мірою, ніж предмети речові, бо вони чистіші, ясніше реалізують творчу силу людини, незалежно від умов матеріального світу².

© М. М. Яшарова, 2014

Легальне закріплення термін «промислова власність» знайшов в результаті прийняття 20 березня 1883 р. Паризької конвенції з охорони промислової власності. Згідно зі ст. 1 цього документа об'єктами охорони промислової власності є патенти на винаходи, корисні моделі, промислові зразки, товарні знаки, знаки обслуговування, фірмові найменування і знаки походження, найменування місця походження, а також припинення недобросовісної конкуренції. При цьому промислова власність розуміється в найбільш широкому значенні та розповсюджується не тільки на промисловість і торгівлю у власному розумінні слова, але також на галузі сільськогосподарського виробництва й добувної промисловості, а одночасно і на всі продукти промислового чи природного походження, як, наприклад, вино, зерно, тютюновий лист, квіти, борошно.

Таким чином, промислова власність – це історично сформоване поняття, яке позначає систему відносин, що складаються у зв'язку з приналежністю нематеріальних благ, що існують у формі технічних, художньо-конструкторських і біологічних рішень, позначень, знаків індивідуалізації учасників цивільного обігу і вироблену ними продукцію. Таке визначення відображає економічний зміст промислової власності, яке повинно мати юридичне закріплення у формі права промислової власності.

Однак єдиного права промислової власності як юридичного інституту, покликаного опосередкувати економічні відносини промислової власності, у чинному законодавстві не існує, тобто право промислової власності в об'єктивному сенсі не виражено в системі норм чинного законодавства, а утворює разом з речовим правом власності самостійний інститут цивільного законодавства. Воно представлено поруч відокремлених інститутів, коло яких утворюють: інститут патентного законодавства, інститут законодавства про засоби індивідуалізації, інститут законодавства про недобросовісну конкуренцію.

Як вказує О. О. Підпригора, традиційно до інституту промислової власності включають:

а) патентне право, що регулює майнові, а також пов'язані з ними особисті немайнові відносини, що виникають у зв'язку зі створенням, використанням винаходів, корисних моделей і промислових зразків. Необхідно сказати, що термін патентне право зовсім недавно з'явився в системі цивільного права України. Як і авторське право, патентне право є одним із відносно відособлених інститутів українського цивільного права. Доцільність виділення в структурі права промислової власності об'єктів патентного права полягає в тому, що усі вони є результатами науково-технічної діяльності та охороняються патентом, хоча сорти рослин і породи тварин, які є результатами селекції, також охороняються патентом, проте вони не є результатами науково-технічної діяльності і тому не належать до групи об'єктів патентного права;

б) інститут засобів індивідуалізації учасників цивільного обороту і виробленої продукції, що стосується таких об'єктів, як комерційне (фірмове) найменування, торговельні марки (товарний знак, знак обслуговування), географічні зазначення (зазначення походження товару);

в) інститут охорони нетрадиційних об'єктів інтелектуальної власності, а саме: наукових відкриттів, комерційної таємниці (ноу-хау), топографій інтегральних мікросхем (за російським законодавством – топографій інтегральних мікросхем), селекційних досягнень (сортів рослин і порід тварин), раціоналізаторських пропозицій³.

Щодо висвітлення питання промислової власності в законодавчих актах, то як вказують Б. С. Антімонов та Є. А. Флейшиц, правове регулювання відносин, пов'язаних з промисловою власністю, стало реальністю в період становлення капіталістичного способу виробництва на етапі набуття ним якостей промислового способу⁴.

Однак це не означає, що в допромислову епоху не існувало самих об'єктів промислової власності. Вони з'явилися з давніх часів і супроводжували людство упродовж усієї історії його розвитку. Наприклад, водяний годинник було винайдено приблизно в 600 р. до н.е., гідравлічне колесо – за 100 років до н.е., окуляри в XIII ст. в н.е., мікроскоп – наприкінці XVI ст. н.е. Повільні ж темпи технічного прогресу на докапіталістичних стадіях розвитку суспільства стримували поширення технічних нововведень. Підґрунтя для різкої зміни ролі технічних винаходів і усвідомлення необхідності правового регулювання відносин, що складаються в суспільстві, з їх приводу було підготовлене науковою революцією XVII ст., результатами якої стали географічні та природничі відкриття, розвиток друкарства. Перші закони, присвячені промисловій власності, з'явилися в XV столітті в італійських республіках Флоренції та Венеції, хоча традиційно історію патентного права ведуть від англійського Статуту про монополії 1623 року⁵.

Статут про монополії не давав винахідникам право вимоги на надання монополії, навіть якщо винахід відповідав усім передбаченим критеріям, тобто не встановлював облігаторного принципу видачі патенту. Перші патентні закони були прийняті в США у 1790 р., у Франції в 1791 р., в Бельгії в 1845 р., в Італії у 1859 р., в Німеччині у 1877 р., в Данії у 1894 р., в Австрії у 1897 році. У наступні роки паралельно з удосконаленням промислового виробництва змінювалося й патентне законодавство. Ці зміни можна простежити на прикладах переходу до принципу видачі патентів до обов'язку держави (облігаторний принцип), запровадження правового регулювання відносин з охорони не всіх, а деяких видів винаходів (патентоздатних винаходів), введення в більшості промислово розвинених країн перевіркою системи кваліфікації винаходів (США – 1836 р., Німеччина – 1877 р., Англія – 1905), встановлення режиму службових винаходів. Зазнавали змін і норми, що регулюють відносини, які складаються між іноземними заявниками.

Новий етап процесу оновлення патентного законодавства настав після Другої світової війни. Ключову роль у цьому оновленні відіграла науково-технічна революція. У цей період у більшості західних держав було прийнято нові патентні закони або внесено істотні зміни до чинного законодавства. У 1963 р. був прийнятий новий патентний закон у Нідерландах, в 1967 р. – у Скандинавських країнах, в 1967 р. і 1976 р. – у ФРН,

в 1968 р. – у Франції, в 1970 р. – в Індії та Японії, в 1977 р. в Англії. Значні зміни було внесено в цей період в норми патентного права Італії, Канади, США⁶.

Значний вплив на патентно-правову ситуацію в промислово розвинених країнах, і особливо європейських, мали процеси уніфікації законодавства, початок яким було покладено Римським договором про утворення Європейського економічного співтовариства 1957 року. Уніфікаційні процеси головним чином спрямовані на полегшення закордонного патентування і скорочення витрат на таке патентування. Згідно з велінням часу змінювалися й національні патентні закони, стиралися грані між англосаксонською, романською і німецькою патентно-правовими системами. Набули значного поширення, наприклад, уніфіковані критерії патентоспроможності винаходів (новизна, винахідницька діяльність, промислова придатність), обмеження пільг за новизною, скасування критерію технічної прогресивності.

Тенденції, пов'язані з переглядом і зміною патентного законодавства провідних країн, зберігаються і нині. Так, у Франції у 1992 р. прийнято закон «Про Кодекс інтелектуальної власності», чинний сьогодні в редакції від 5 лютого 1994 року. Частина друга зазначеного Кодексу присвячена промисловій власності⁷.

Новим для французького патентного законодавства стало, зокрема, введення внутрішнього пріоритету заявки на винахід, який встановлюється за заявкою, спочатку поданою у Франції тим же заявником, і зберігається при подачі наступної заявки. Явочна система видачі патентів, між тим, збереглася. У 1988 р., 1990 р. і 1994 р. вносяться зміни до розділу 35 «Патенти» Зводу законів США 1952 року⁸.

Останні за часом зміни були викликані приєднанням США до СОТ і угодою ТРІПС. У числі змін, що стосувалися патентного законодавства США, слід назвати встановлення іншого, ніж був, терміну дії патенту (20 років з дати подання заявки), можливість продовження терміну дії патенту у разі затримки його видачі, введення інституту захисної публікації винаходу.

У 1992 р. зазнав змін перший патентний закон КНР, який був покликаний регулювати відносини в галузі охорони винахідницьких досягнень, до яких відносили винаходи, корисні моделі та промислові зразки.

У 1986 р., 1990 р. і 1993 р. вносяться зміни до Патентного закону ФРН 1981 р., а в 1999 р. у Патентний закон Японії 1959 року.

Що стосується патентного законодавства держав-учасниць СНД, то процес його становлення відображає загальний рівень розвитку законодавства цих країн. З моменту розпаду СРСР частина незалежних держав пішла шляхом прийняття тимчасових нормативних актів (Киргизія, Молдавія, Таджикистан, Узбекистан, Україна). Надалі, у міру накопичення досвіду правової охорони об'єктів промислової власності, деякі з них ввели в дію нормативні акти, які мають постійний характер (Молдавія, Узбекистан, Україна). У ряді інших держав-учасниць СНД постійно діючі нормативні акти у сфері правової охорони результатів технічної творчості були прийняті без тимчасових варіантів (Вірменія, Білорусь, Грузія, Казахстан, Туркменія⁹).

Щодо України, то розвиток патентного права почався з видачі окремим особам так званих привілеїв. Цей документ засвідчував право на монополічне виробництво окремих товарів, на безмитну торгівлю тощо. Потім стали видаватися привілеї на організацію виробництва і використання новинок. 17 липня 1812 р. був прийнятий Закон «Про привілеї на різні винаходи і відкриття в мистецтві і ремеслах». Привілеї на власні винаходи та ті, що ввозилися із закордону, видавалися терміном на три, п'ять і 10 років. За їх видачу стягувалося мито в розмірі відповідно 300, 500 і 1500 руб. Перевірка винаходів на новизну не проводилася. Цей Закон був змінений і доповнений у 1833 році. Згідно з ним було введено попереднє дослідження винаходів. На володаря привілеїв покладался обов'язок використовувати винахід, йому заборонялося переуступати привілеї акціонерним компаніям. Урядовці могли відмовити у видачі привілею, керуючись міркуваннями «доцільності» винаходу. Право на відмову було скасовано лише у 1870 році. З цього часу видача привілею стала проводитися у «спрощеному порядку»: за підписом лише одного Міністра фінансів. Привілеї підтверджував наявність певних прав у особи, що створила технічне нововведення, яка відповідає вимогам Закону¹⁰.

Положення про привілеї на винаходи і вдосконалення від 20 травня 1896 р. містило більш чітке визначення поняття «патентоспроможності винаходу»: він має стосуватися галузі промисловості і мати істотну новизну. Привілеї на винаходи видавалися міністром торгівлі та промисловості після експертизи заявок. Вони діяли 15 років і могли вільно відчужуватися їх володарями. Володар привілею міг видавати ліцензію на винахід за життя і передавати його у спадок. Він зобов'язаний був використовувати свій винахід протягом п'яти років під загрозою припинення його дії. 11 липня 1864 р. було прийнято Положення про право власності на фабричні рисунки і моделі, яке увійшло до Статуту про промисловість Зводу Законів (т. XI, ч. 2). Положення надало можливість творцеві рисунка або моделі, призначених для відтворення в заводських, фабричних і ремісничих виробках, закріпити за собою виняткові права на їх використання на строк від одного до 10 років. Право на промисловий зразок могло передаватися третім особам. За самовільне його використання винна особа, незалежно від відшкодування завданих нею збитків, підлягала покаранню у вигляді грошового штрафу.

Після Жовтневої революції Декрет від 30 червня 1919 р. ліквідував систему патентної охорони і надав державі право закріплювати за собою право на будь-який винахід. Тільки автору секретного винаходу, що належав до галузі оборони, гарантувалися визнання й охорона його авторства, а також право на винагороду, які посвідчувалися авторським свідоцтвом.

Період відновлення прав авторів винаходів, промислових зразків і моделей зайняв 74 роки.

9 червня 1965 р. Рада Міністрів СРСР постановою «Про промислові зразки» відновила охорону промислових зразків як самостійних об'єктів інтелектуальної власності. Цією постановою патентне відомство

затвердило «Положення про промислові зразки»; 8 липня 1981 р. Рада Міністрів СРСР затвердила «Положення про промислові зразки», що містило правила, наближені до міжнародних стандартів; 31 травня 1991 р. прийнято Закон СРСР «Про винаходи в СРСР»; 10 липня 1991 р. Закон СРСР «Про промислові зразки».

Останні закони набрали чинності, але через фактичний розпад СРСР майже не діяли. Проте їх позитивна роль все ж мала місце, оскільки основні положення були сприйняті законодавствами колишніх республік, позаяк вони мали вже деякі риси ринкового характеру.

Тож у дорадянські та радянські часи Україна ніколи не мала самостійного законодавства про промислову власність. Тільки після проголошення незалежності у нашій країні почалися активні кодифікаційні роботи, у тому числі й щодо законодавства про промислову власність. Очевидно, першою ластівкою в цьому напрямі варто вважати Закон України «Про власність», який у ст.ст. 13 та 41 проголосив два важливих положення: 1) результати інтелектуальної діяльності є об'єктами права власності; 2) визначив приблизний перелік результатів інтелектуальної діяльності, яким надається правова охорона передусім цим Законом.

Указом Президента України від 18 вересня 1992 р. було затверджене Тимчасове положення про правову охорону об'єктів промислової власності та раціоналізаторських пропозицій в Україні¹¹. Одночасно велась розробка пакета законів про правову охорону об'єктів промислової власності.

Уряд України оголосив Заяву, згідно з якою Україна визнала чинною для себе Паризьку конвенцію про охорону промислової власності, Мадридську угоду про міжнародну реєстрацію знаків та Договір про патентну кооперацію¹². Проте основу законодавства про промислову власність, мабуть, становив Закон України «Про основи державної політики в сфері науки і науково-технічної діяльності» від 13 грудня 1991 року¹³. Хоча в цілому цей Закон має декларативний характер, проте він проголосив ряд принципових засад. У Законі дано визначення науково-технічної діяльності, акцентовано увагу на створенні ринку науково-технічної продукції, окреслено державні пріоритети в науково-технічній діяльності, результати науково-технічної діяльності визначаються об'єктами права власності тих, хто створив цей результат. Також було прийнято Закон України «Про племінне тваринництво». Трохи раніше було прийнято Закон України «Про охорону прав на сорти рослин». Зазначені закони стали правовою основою захисту прав на об'єкти промислової власності. Крім названих законодавчих актів, було прийнято й інші, в яких тією чи іншою мірою йшлося про інтелектуальну власність.

Зокрема, було прийнято Закони України «Про державну таємницю» від 21 січня 1994 р., «Про захист інформації в автоматизованих системах» від 5 липня 1994 р., «Про наукову і науково-технічну експертизу» від 10 лютого 1995 року. У зв'язку з прийняттям пакету законів про промислову власність внесено відповідні зміни до ЦК України, Кодексу законів про працю України, Митного кодексу України та ін. Відповідні зміни внесено також і до раніше прийнятих законів України.

Слід зауважити, що й сьогодні процес становлення законодавства про інтелектуальну власність України не можна вважати закінченим. З прийняттям нового ЦК України виникне необхідність розробки ряду інших законодавчих проєктів. З огляду на зазначене ми спеціально не звертаємо увагу на Закон України «Про інноваційну діяльність», яким започатковано новий – інноваційний напрям розвитку законодавства про інтелектуальну власність. Він чомусь не згадується і не актуалізується, проте, на наше переконання, акцент законодавця на створення і придбання прав на об'єкти інтелектуальної власності як інновацій надає можливість вважати це проявом інновацій і розвивати регулювання відносин, які виникають при створенні та використанні службових винаходів.

Крім цього, 16 січня 2003 р. Верховна Рада України прийняла новий ЦК України, який ще називають другою Конституцією України. Його прийняття надзвичайно важливе для нашої держави; він значною мірою відображає сучасні реальні ринкові відносини і має активно сприяти їх успішному розвитку.

Однією зі складових частин ЦК України є Книга четверта «Право інтелектуальної власності». Вперше в історії країни прийнято такий цивільний кодифікаційний акт щодо права інтелектуальної власності. Наразі ніхто не стане заперечувати, що інтелектуальна діяльність та результати інтелектуальної власності все більше набувають пріоритетного значення в усьому світі. Саме цей напрям суспільно корисної діяльності стає чи не головним. Світовий досвід свідчить, що інтелектуальна діяльність та інтелектуальна власність стають визначальною і вирішальною рушійною силою будь-якого розвитку. Передусім вони формують стратегію і тактику соціально-економічного прогресу будь-якої країни, у тому числі й України.

Зростання ролі і значення інтелектуальної діяльності та інтелектуальної власності зумовлює необхідність історичного посилення ефективності їх правової охорони. Прийняття Книги четвертої ЦК України стало ще однією, досить істотною сходинкою щодо вдосконалення правової охорони інтелектуальної власності. Безперечно, це далеко не вершина цієї досконалості, але істотне наближення до неї. Книга про право інтелектуальної власності ЦК України враховує сучасний стан економіки України і взагалі господарювання, наші традиції і звичаї, нашу ментальність і реальність буття. Вона максимально наблизилася до світових стандартів, у ній дістали відображення останні найновіші досягнення як світової, так і вітчизняної правової науки, враховано досвід правозастосовної практики.

Цим кодифікований акт про інтелектуальну власність України не лише підбив підсумки розвитку її правової охорони, а й визначив, принаймні, найближчу перспективу¹⁴. Крім цього, слід зазначити, що принципово новим і доцільним є положення ст. 429 ЦК України, за яким право на об'єкт інтелектуальної власності, створений в порядку виконання трудового договору, за загальним правилом належить творцеві та роботодавцю спільно. Це – ще один крок до зміцнення правового статусу творця. Адже за чинним законодав-

ством України про інтелектуальну власність здебільшого вважають, що право належить саме роботодавцеві. Цю явну помилку певним чином виправлено.

¹ *Городов О. А.* Понятие промышленной собственности и краткая история развития законодательства зарубежных стран в сфере правовой охраны ее объектов [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1181836>

² *Пиленко А. А.* Право изобретателя. – М., 2001. – С. 583–584; *Богатых Е. А., Левченко В. И.* Патентное право капиталистических и развивающихся государств. – М., 1978. – С. 13–14.

³ Актуальні питання права інтелектуальної власності: навчальний посібник / Гуренко-Вайцман М. М., Юриста О. В., Філік Н. В.; За заг. ред. М. М. Гуренко-Вайцман. – К.: Вид-во Нац. авіац. ун-ту «НАУ-друк», 2009. – 332 с.– 332 с. – С. 41.

⁴ *Антимонов Б. С., Флейшиц Е. А.* Изобретательское право. – М., 1960. – С. 20; *Иванов И. Д.* Патентная система современного капитализма. – М., 1966. – С. 5–30.

⁵ *Антимонов Б. С., Флейшиц Е. А.* Вказана праця. – С. 24; *Мамюфа И. Э.* Охрана изобретений и технический прогресс. – М., 1974. – С. 7.

⁶ *Финкель Н. К.* Вступительная статья в Сб. Патентное законодательство зарубежных стран. В 2-х т. – Т. 1. Переводы / Сост. Н. К. Финкель. – М., 1987. – С. 5–18.

⁷ Кодекс интеллектуальной собственности Франции. – М., ВНИИПИ. 1997. – 136 с.

⁸ Зарубежное патентное законодательство. 2-е изд. доп. В 2-х томах. Т. 2. – М., ИНИЦ Роспатента. 1998. – С. 32–151.

⁹ Законодательство государств СНГ в области промышленной собственности. Т. 1 / Григорьев А. П., Еременко В. И., Качанов Ю. В. и др. – М., ВНИИПИ. 1996. – 136 с.

¹⁰ *Корнеева И. Л.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. – М., Юрист, 2006. – С. 206–208.

¹¹ Збірник нормативних актів з питань промислової власності / [за ред. В. Л. Петрова, В. О. Жарова]. – К.: Вища школа, 1998. – 486 с.

¹² Заява про дію в Україні міжнародних угод з питань охорони промислової власності // Інновація. – 1992. – № 4/5. – С. 1.

¹³ Про основи державної політики в сфері науки і науково-технічної діяльності: Закон України від 1.12.1998 р. № 284-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 2–3. – Ст. 20.

¹⁴ *Пріб Г. А.* Патентознавство: [навч. посібник для дистанційного навчання] / Г. А. Пріб; [за наук. ред. С. І. Табачнікова]. – К.: Ун-т «Україна», 2007. – 304 с. – С. 213.

Резюме

Яшарова М. М. Визначення поняття промислової власності в історії законодавства України та інших країн.

У статті розглянуто історію аспектів розвитку промислової власності, які свідчать про те, що суспільство, починаючи з певних стадій свого розвитку, завжди мало і продовжує мати потребу в існуванні керованої системи матеріалізації інформації, змістом якої є нові знання про більш ефективні засоби виробництва і предмети споживання, тобто продукції з поліпшеними або якісно новими властивостями й параметрами.

Зростання ролі і значення інтелектуальної діяльності та промислової власності зумовлює необхідність історичного посилення ефективності їх правової охорони.

Ключові слова: промислова власність, патентне право, правова охорона, винахідник, патент.

Резюме

Яшарова М. Н. Определение понятия промышленной собственности в истории законодательства Украины и других стран.

В статье рассмотрена история аспектов развития промышленной собственности, свидетельствующие о том, что общество, начиная с определенных стадий своего развития, всегда имело и продолжает иметь потребность в существовании управляемой системы материализации информации, содержанием которой являются новые знания о более эффективных средствах производства и предметах потребления, то есть в продукции с улучшенными или качественно новыми свойствами и параметрами.

Возрастание роли и значения интеллектуальной деятельности и промышленной собственности предопределяет необходимость исторического усиления эффективности их правовой охраны.

Ключевые слова: промышленная собственность, патентное право, правовая охрана, изобретатель, патент.

Summary

Yasharova M. The definition of the concept of industrial property in the legislative history of Ukraine and other countries.

The article deals with the history of the development aspects of industrial property, which suggests that society, starting from a certain stage of its development, has always had and continues to have the need for the existence of a managed system, the materialization of the information that has the content of new knowledge about a more efficient means of production and consumer goods, i.e. products with improved or new properties and parameters. The role and value of intellectual and industrial property predetermines the necessity of historical enhance the efficiency of their legal protection.

Key words: industrial property, the patent law, legal protection, the inventor, the patent.

Отримано 7.04.2014

В. П. МОРОЗ

Віктор Павлович Мороз, здобувач Київського університету права НАН України, генеральний директор, управляючий партнер ТОВ «Правова гільдія «ВікторіАл»

ПРАВО НА ІМ'Я ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ (ПСЕВДОНІМ) ЯК ОБ'ЄКТ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

З появою людства виникла необхідність індивідуалізації окремих осіб з метою набуття та захисту ними прав та виконання обов'язків. Це стало можливо за допомогою імені фізичної особи, що безпосередньо пов'язане з її персоніфікацією як особистості в суспільстві. Також ще з античних часів відоме використання вимішленого імені фізичної особи, яке називається «псевдонім». Як відомо, одним із перших особистих немайнових прав, яке знайшло своє відображення в світовій нормотворчості, є ім'я фізичної особи. Так, наприклад, згадки про право на ім'я містяться в давньошумерському законодавстві, приписах єгипетських законів та різних джерелах прав античних держав. Однак, не зважаючи на те, що право фізичної особи на ім'я (псевдонім) відомо вже не одне тисячоліття та на сьогоднішній день достатньо широко відображено в цивільному законодавстві різних держав, особливості його правового регулювання досі остаточно не досліджено та не визначено. З розвитком права інтелектуальної власності ім'я фізичної особи (псевдонім) все частіше розглядається у якості об'єкта права інтелектуальної власності. Причиною цього є можливість отримання комерційної вигоди від використання імені фізичної особи (псевдоніму) та, відповідно, необхідність отримання захисту прав на таке використання. Чинне законодавство України закріпило право на ім'я у ст.ст. 294–296 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), вказавши, що фізична особа має право: на ім'я, а також його змінити, використовувати у всіх сферах своєї діяльності та дозволяти його використання в літературних та інших творах, крім творів документального характеру, у якості персонажа (дійової особи). У теорії цивільного права проблематика права особи на ім'я (псевдонім) завжди привертала увагу багатьох вчених-цивілістів. Зокрема, вона була предметом дослідження Р. О. Стефанчука, Й. О. Покровського, М. М. Агаркова, В. Л. Суховерхого, З. В. Ромовської, О. П. Сергєєва, Т. А. Фадєєвої, Л. О. Красавчикова, М. М. Малєїної, Л. В. Красицької, М. Л. Нохріної, С. І. Чернооченко, Т. В. Дробишевської, О. О. Посикалюка, С. О. Сліпченко, Г. О. Андрощука та інших. Проте предметом даних досліджень був лише або загальнотеоретичний аспект, або перспективи правового регулювання. У даній статті спробуємо проаналізувати особливості правового регулювання права на ім'я фізичної особи (псевдонім) як об'єкта права інтелектуальної власності, його зміст, а також особливості використання та захисту, враховуючи чинне законодавство України та останні наукові напрацювання.

Слід зазначити, що проблема галузевої належності особистих немайнових прав активно була порушена наприкінці XIX – на початку XX століть. Одні вчені-цивілісти, як, наприклад, Д. І. Мейер та К. Д. Кавелін, відстоювали позицію щодо необхідності вилучення особистих немайнових прав із системи цивільного права та віднесення їх до сімейного права, інші ж, зокрема С. В. Пахман, розглядали вищезазначену точку зору як обмежену, вважаючи за необхідне «...включити до складу особистих прав загальне право осіб (*jus personarum*), тобто сукупність позитивних норм, якими визначаються цивільний стан (*status*) приватних осіб, з включенням і станів сімейних»¹. Аналогічної позиції дотримувалися й такі вчені-цивілісти, як Ю. С. Гамбаров, вважаючи, що через свою природу особисті немайнові права безумовно належать до цивільного права, та Й. О. Покровський, який писав: «... одним із перших... аргументів є твердження, що цивільне право є принципово право майнових відносин. Але ми вже бачили, що це твердження є зовсім невірним *petitio principii*: навіть у межах старого цивільного права ми віднаходимо галузі немайнового характеру – насамперед сферу особистих сімейних відносин. Тим більш безпідставним це твердження є для сучасного права з його немайновим правом на ім'я та інші різноманітні «права особистості»². Проте законодавчого відображення віднесення особистих немайнових прав до предмета регулювання цивільного права на той час так і не знайшло. У перші роки радянського періоду в законодавстві до предмета цивільно-правового регулювання також відносили виключно майнові права, що обумовлювалося ідеологічними факторами. Однак ряд радянських вчених дотримувався позиції щодо можливості та необхідності включення особистих немайнових прав, принаймні базисних, до предмета регулювання цивільного права. Серед найбільш ґрунтовних та комплексних досліджень у цьому напрямі можна зазначити праці М. К. Почанського³ та К. А. Флейшиц⁴. Вищевказані наукові розвідки та роботи ряду інших цивілістів, засновані на цих працях, привели до закріплення в Цивільному кодексі УРСР положення щодо регулювання цивільним законодавством майнових та пов'язаних з ними немайнових відносин, а у випадках, що передбачені законом, й інших особистих немайнових відносин. Однак, як справедливо зазначає у своєму дисертаційному дослідженні (яке, зокрема ґрунтувалося і на працях О. О. Красавчикова), присвяченому особистим немайновим правам фізичних осіб, Р. О. Стефанчук навіть така позиція законодавця не припинила дискусії в науці щодо можливості та доціль-

ності включення особистих немайнових відносин до предмета цивільного права та стала підґрунтям для існування трьох основних концепцій щодо визначення місця особистих немайнових прав, яку в своїй праці окреслив О. О. Красавчиков. Сутність даних концепцій зводиться до такого: або цивільне право регулює лише немайнові відносини, безпосередньо пов'язані з майновими (негативна концепція), а всі інші немайнові відносини можуть лише охоронятися цивільним правом, або цивільне право охороняє й регулює всі немайнові відносини (позитивна концепція), або особисті немайнові права, не пов'язані з майновими, являють собою самостійний предмет регулювання (радикальна концепція).

Чинне законодавство України, зокрема ч. 1 ст. 1 ЦК України, відносить особисті немайнові відносини до предмета цивільно-правового регулювання, вважаючи їх повноцінними, рівноправними й самодостатніми. Крім того, такі сучасні вчені-цивілісти, як М. Д. Єгоров та Є. О. Суханов, підтримуючи аналогічну позицію, вважають, що цивільне право повинно включати до свого предмета регулювання немайнові відносини у повному їх обсязі.

Одним із основоположних та найбільш широко законодавчо регламентованих у системі особистих немайнових прав є право на ім'я (псевдонім), яке являє собою суб'єктивне право, що реалізується через правову можливість фізичної особи володіти іменем (псевдонімом), змінювати та використовувати його у всіх сферах своєї діяльності; вимагати від усіх інших осіб утримуватися від протиправного його використання; вирішувати всі питання, пов'язані з його використанням третіми особами⁵. Таким чином, до змісту права на ім'я входять, по-перше, право володіння ім'ям, право на зміну імені, право на використання імені в усіх сферах своєї діяльності тощо, по-друге, право на заборону використання імені фізичної особи без її дозволу, крім випадків, прямо передбачених законом та, по-третє, можливість вирішувати всі питання, пов'язані з його використанням.

Однак, як справедливо зазначає у своєму дослідженні С. О. Сліпченко, правова природа права на ім'я (псевдонім) досі остаточно не визначена, що призводить до різного трактування змісту суб'єктивного права, способів, порядку його здійснення, кваліфікації правовідносин, що виникають із приводу імені фізичної особи, форм, способів та засобів захисту відповідного права. Складна правова природа імені (псевдоніму) фізичної особи стала базисом для висновків таких вчених, як В. А. Дозорцев та О. С. Анікін щодо квазіабсолютності правовідносин із приводу імені фізичної особи, що обґрунтовується можливістю наявності ідентичних за характером суб'єктивних абсолютних прав на один об'єкт, які належать декільком особам. Тим не менше, на наш погляд, позиція С. О. Сліпченко щодо абсолютності права на ім'я через можливість ідентифікації власне імені (псевдоніму) фізичної особи за допомогою додаткових вищоупорядкованих ознак видається цілком обґрунтованою та справедливою.

Як вже зазначалося, з розвитком права інтелектуальної власності аспекти регулювання права на ім'я (псевдонім) почали відходити від класичної концепції позитивного регулювання вищезазначеного права, як особистого немайнового права. Слід зауважити, що останнім часом у системі права інтелектуальної власності виокремлюється нова третя група об'єктів – засоби індивідуалізації, функцією яких, на відміну від об'єктів авторського права та об'єктів права промислової власності, є індивідуалізація товару (послуги) або його виробника, до яких традиційно відносять торговельні марки (знаки для товарів і послуг), комерційне найменування та зазначення місця походження товару. Ряд вчених, зокрема А. О. Кодинець, вважає, що до засобів індивідуалізації також можливо віднести й інші позначення, що застосовуються для ідентифікації у сфері цивільних правовідносин, зокрема, ім'я фізичної особи, псевдонім, назву підприємства, найменування держави або регіону, доменне ім'я тощо⁶. Дана позиція повністю вписується в межі радикальної концепції визначення правової природи особистих немайнових прав, відносячи питання регулювання права на ім'я (псевдонім) фізичної особи до предмета регулювання права інтелектуальної власності.

Крім того, на сьогоднішній день судова практика в Україні, Російській Федерації та багатьох західних державах формується, виходячи з того, що право на ім'я (псевдонім) фізичної особи може бути захищено нормами права інтелектуальної власності. Захищати своє ім'я в судовому порядку довелося таким відомим представникам шоу-бізнесу, як Світлана Лобода, Віра Брежнева, Міка Ньютон, Таїсія Повалій, Діма Білан та інші. У більшості випадків суд доходив висновку, що навіть незважаючи на відсутність у артиста зареєстрованої торговельної марки, яка протиставлялася йому (їй) продюсером, який ініціював спір, артист мав право використовувати своє власне ім'я з метою здійснення творчої діяльності та визнавав відповідну реєстрацію торговельної марки недійсною. Найбільш цікавим з точки зору контексту даної статті, на наш погляд, видається спір за право на псевдонім відомої української представниці шоу-бізнесу Таїсії Повалій «Тая», який, як встановив суд, незаконно використовувався вітчизняним виробником ТОВ «Українські макарони» в якості зареєстрованої торговельної марки. При цьому, на відміну від багатьох інших попередніх спорів, де в якості аргументації захисту права на ім'я використовувалася неможливість відчуження особистих немайнових прав від конкретної особистості, з якою такі права безпосередньо пов'язані, в даному разі головним аргументом було те, що ім'я «Тая» на момент реєстрації відповідної торговельної марки було вже широко відомим в Україні саме щодо активної виконавської діяльності Таїсії Повалій (концертні виступи, записи компакт-дисків, аудіокасет тощо). При цьому однією з причин, що дозволила скасувати реєстрацію відповідної торговельної марки, було те, що в рекламі ТОВ «Українські макарони» використовувався слоган «Ми теж гарно співаємо», що дав змогу у проведеному Антимонопольним комітетом соціологічному опитуванню отримати значний відсоток осіб, які пов'язували відповідну макаронну продукцію з відомою співачкою. Слід зазначити, що в якості аргументації позиції ТОВ «Українські макарони» використовувалося те, що як назву для відповідної торговельної марки ними було заявлено ім'я директора їх товариства Таїсії Бухтіярової, яка

багато років пропрацювала у цій галузі й дала для використання свого імені письмову згоду. Таким чином, у даному випадку бачимо, що позиція вчених-цивілістів, які відстоюють точку зору щодо беззаперечного віднесення права на ім'я (псевдонім) лише до особистих немайнових прав, не завжди є правильною. У разі наявності в імені (псевдонімі) фізичної особи ознак об'єкта права інтелектуальної власності його цілком можна віднести до предмета регулювання саме цієї підгалузі цивільного права. При цьому, як бачимо з вищезазначеного прикладу судової практики, для цього навіть немає необхідності реєструвати відповідне ім'я (псевдонім) у якості торговельної марки.

Проаналізуємо, у яких випадках ім'я фізичної особи можливо кваліфікувати у якості об'єкта права інтелектуальної власності. Виходячи з того, що в широкому розумінні інтелектуальну власність визначають як закріплене законом тимчасове виключне право, а також особисті немайнові права авторів на результат інтелектуальної діяльності або засоби індивідуалізації, можна дійти висновку, що основними ознаками об'єкта права інтелектуальної власності є виключність прав та наявність немайнових прав стосовно такого об'єкта. Так, наприклад, В. О. Дзера вважає право інтелектуальної власності як право особи на результат творчої інтелектуальної діяльності або інший об'єкт права інтелектуальної власності, визначений законом, та зазначає серед його ознак обмеженість строку правової охорони об'єкта права інтелектуальної власності та невіддільність особистих немайнових прав від особи творця об'єкта права інтелектуальної власності⁷. Слід зазначити, що ім'я фізичної особи (псевдонім) у разі його використання з комерційною метою (для отримання прибутку), безумовно, є виключним, оскільки у разі використання іншими особами аналогічного імені створює перешкоди для його власника, обмежуючи можливості отримання доходу та створюючи негативну репутацію, а також передумови для недобросовісної конкуренції. З метою уникнення можливих конфліктів воно може бути закріплено лише за однією особою, з якою відповідне ім'я пов'язується у більшості споживачів товарів, що виробляються, або послуг, які надаються власником такого імені. Крім того, безумовно, власник імені має певні особисті немайнові права на своє ім'я, як-то: використовувати його у всіх сферах своєї діяльності, дозволяти його використання іншим особам та забороняти його використання без дозволу власника. Вважасмо, що його можна віднести до групи об'єктів права інтелектуальної власності, яка називається засобами індивідуалізації, оскільки ім'я фізичної особи (псевдонім) дає змогу індивідуалізувати його власника з метою маркетингового просування товарів, що ним виробляються, або послуг, що ним надаються. Воно є виключним правом, що може законно використовуватися лише однією особою та складається з особистих немайнових прав щодо володіння, використання відповідного права правовласником та можливості обмеження ним протизаконного використання відповідного об'єкта.

Однак постає питання, чи завжди ім'я (псевдонім) слід сприймати у якості об'єкта права інтелектуальної власності. На наш погляд, така кваліфікація імені доцільна, як і для багатьох інших об'єктів права інтелектуальної власності, лише у випадку його комерціалізації, тобто використання з метою отримання прибутку. Так, якщо у прецеденті з Таїсією Пovalій реєстрація торговельної марки «Тая» суттєво обмежувала просування її творчої діяльності, спричиняючи певні збитки та створюючи певний негативний імідж, то у потенційному випадку використання псевдоніму «Сидорич» громадянина Петрова Івана Сидоровича, який працює двірником у селі Нижні Сірогози Херсонської області виробником м'ясопродуктів з Вінниччини, який зареєстрував торговельну марку «Сидорич», навряд чи можливий конфлікт інтересів, що пояснюється відсутністю комерційного інтересу у громадянина Петрова в сфері виробництва м'яса. А тому в цьому випадку псевдонім «Сидорич» не буде виступати у якості об'єкта права інтелектуальної власності. Тим не менше, і у цьому разі можливий захист права на ім'я громадянина Петрова через механізми захисту особистих немайнових прав, передбачених чинним законодавством у сфері цивільного права.

Що ж стосується захисту прав на ім'я (псевдонім) фізичної особи у випадку його використання у якості об'єкта права інтелектуальної власності, вважасмо за доцільне законодавчо закріпити можливість використання деяких способів та засобів захисту, які використовуються для захисту прав на інші види об'єктів права інтелектуальної власності з відмежуванням особливостей, притаманних виключно цьому об'єкту. Так, на наш погляд, слід урегулювати відсутність обов'язкової вимоги реєстрації імені (псевдоніму) фізичної особи у якості об'єкта права інтелектуальної власності, передбачивши можливість такої реєстрації за бажанням правовласника. Також доцільно передбачити можливість захисту права на ім'я в адміністративному порядку, в тому числі використовуючи механізми захисту за допомогою Державної служби інтелектуальної власності, органів внутрішніх справ, прокуратури тощо. Серед способів захисту права інтелектуальної власності на ім'я (псевдонім) можна назвати способи, передбачені п. 2 ст. 16 ЦК України, а саме: визнання права (тобто певного конкретного права щодо імені (псевдоніму), наприклад, права на ім'я за певною особою), визнання договору недійсним (наприклад, договору на використання псевдоніму), припинення дії, яка порушує право (наприклад, припинення використання імені без дозволу правовласника), відновлення положення, яке існувало до порушення права, примусове виконання обов'язків у натурі (наприклад, виплата за використання псевдоніму), зміна правовідносин (наприклад, зміна умов договору на використання псевдоніму), припинення правовідносин (наприклад, припинення дії договору на використання псевдоніму), відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди (наприклад, відшкодування збитків, спричинених порушенням права на ім'я (псевдонім)), відшкодування моральної (немайнової) шкоди, визнання незаконними рішення, дії або бездіяльності органа державної влади. Безумовно, як і щодо більшості об'єктів права інтелектуальної власності, найбільш ефективним та розповсюдженим є випадок захисту майнових прав, що впливають із використання імені (псевдоніму), а саме: права на використання імені (псевдоніму), виключне право дозво-

ляти його використання та виключне право забороняти його неправомірне використання. Залежно від характеру відносин між правовласником та стороною, що так чи інакше порушує його права, спір щодо захисту прав на ім'я (псевдонім) з урахуванням особливостей підвідомчості та підсудності, передбачених процесуальним законодавством, може розглядатися в суді загальної юрисдикції або в господарському суді.

Таким чином, підсумовуючи вищевикладене, зазначимо, що ім'я фізичної особи (псевдонім) залежно від характеру правовідносин щодо його використання може виступати як у якості особистого немайнового права, так і у якості окремого об'єкта права інтелектуальної власності. Ім'я фізичної особи (псевдонім) може виступати об'єктом права інтелектуальної власності за умови його комерціалізації, тобто можливості отримання прибутку від використання відповідного об'єкта. Ім'я фізичної особи (псевдонім), як об'єкт права інтелектуальної власності, можна визначити як сукупність правомочностей щодо права володіння особою ім'ям (псевдонімом), виключного права його використання правовласником, права забороняти незаконне його використання, тобто використання без дозволу правовласника або всупереч його інтересам. На жаль, на сьогоднішній день наукового співтовариства немає єдиної позиції щодо визнання імені фізичної особи (псевдоніму) об'єктом права інтелектуальної власності, що, безумовно, не сприяє ані розвитку теоретичного регулювання відповідних питань, ані розвитку такої підгалузі цивільного права, як право інтелектуальної власності. Також відповідні правовідносини жодним чином не урегульовані чинним законодавством України, що також ускладнює захист прав на ім'я фізичної особи (псевдонім) у відносинах інтелектуальної власності. Вважаємо, що нині досить актуальним є питання подальшого поглибленого теоретичного дослідження імені фізичної особи (псевдоніму) у якості об'єкта права інтелектуальної власності та прийняття законодавчого акта, яким буде врегульовано питання щодо використання та захисту імені фізичної особи (псевдоніму) у якості об'єкта права інтелектуальної власності, умов його реєстрації, особливостей використання та захисту прав на відповідний об'єкт, особливостей припинення прав на ім'я фізичної особи (псевдонім).

¹ Пахманъ С. Къ вопросу о предметѣ и системѣ Русскаго гражданскаго уложенія // Журналъ гражданскаго и уголовного права. – 1882. – Книга восьмая. – Ноябрь. – С. 193–222.

² Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права (по изданию 1917 г.). – М.: Статут, 1998. – 353 с.

³ Почанский М. К. Личные неимущественные права граждан СССР: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.712. – М., 1939. – 163 с.

⁴ Флейшиц Е. А. Личные права граждан в гражданском праве Союза ССР и капиталистических стран. Учёные труды Всесоюзного института юридических наук НКЮ СССР. – Вып. VI. – М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1941. – 207 с.

⁵ Сліпченко С. О. Щодо абсолютності права на ім'я фізичної особи [Текст] / С. О. Сліпченко // Юрист України, 2012. – № 1–2 (18–19). – С. 41–45.

⁶ Кодинець А. О. Право на засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів та послуг. Монографія – К., ВПЦ Київський університет, 2007. – 312 с.

⁷ Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. – 3-е вид., допов. і перероб. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – Кн. 1. – 976 с.

Резюме

Мороз В. П. Право на ім'я фізичної особи (псевдонім) як об'єкт права інтелектуальної власності.

У статті висвітлюються актуальні проблеми правового регулювання випадків набуття правом на ім'я або псевдонім, що є особистим немайновим правом, розрізняльної здатності щодо певних товарів або послуг та можливості віднесення його в такому випадку до нетрадиційних об'єктів права інтелектуальної власності (засобів індивідуалізації). Проаналізовано аспекти набуття прав на такий об'єкт права інтелектуальної власності, його використання і охорони прав на нього, захисту і припинення відповідних прав.

Ключові слова: право на ім'я, псевдонім, право інтелектуальної власності, засіб індивідуалізації, особисте немайнове право.

Резюме

Мороз В. П. Право на имя физического лица (псевдоним) как объект права интеллектуальной собственности.

В статье освещаются актуальные проблемы правового регулирования случаев приобретения правом на имя или псевдоним, являющимся личным неимущественным правом, различительной способности в отношении определенных товаров или услуг и возможности отнесения его в таком случае к нетрадиционным объектам права интеллектуальной собственности (средствам индивидуализации). Проанализированы аспекты приобретения прав на такой объект права интеллектуальной собственности, его использования и охраны прав на него, защиты и прекращения соответствующих прав.

Ключевые слова: право на имя, псевдоним, право интеллектуальной собственности, средство индивидуализации, личное неимущественное право.

Summary

Moroz V. Right to a name (stage-name) as the object of the intellectual property law.

The article actual problem of legal regulation cases of obtention by the right to a name or a stage-name that is known as the personal nonproperty right distinctive character in relation of certain goods and services and the possibility to consider it in such a case as the untraditional intellectual property object (means of individualization) is analyzed. The aspects of purchasing rights for such intellectual property object, exercising of such rights and their protection, defending and termination of such rights are shown.

Key words: right to a name, stage-name, intellectual property law, mean of individualization, personal nonproperty right.

Отримано 24.03.2014

УДК 349.412

П. Ф. КУЛИНИЧ

Павло Федотович Кулинич, доктор юридичних наук, професор, завідувач відділу Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

ЗЕМЕЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ РОЗВИТКУ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОЇ КООПЕРАЦІЇ В УКРАЇНІ НА ЗАСАДАХ ПУБЛІЧНО-ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРСТВА: ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ

Одним із ключових напрямів розвитку аграрного сектора економіки України на початку XXI ст. має стати сільськогосподарська кооперація як засіб вирішення виробничих та соціальних проблем українського села. По-перше, об'єднання дрібних і середніх сільськогосподарських товаровиробників в обслуговуючі кооперативи дасть змогу підвищити ефективність їх виробничої діяльності та конкурентоспроможність щодо агрохолдингов, які витісняють дрібний і середній агробізнес. По-друге, створення сільськогосподарських кооперативів сприятиме збільшенню кількості робочих місць у сільській місцевості, надходженню податкових платежів і зборів до сільських бюджетів та відродженню сільської поселенської мережі.

Підставою для позитивної оцінки перспектив розвитку сільськогосподарської кооперації в Україні є прийняття Верховною Радою України 2 жовтня 2012 р. Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо врегулювання окремих питань оподаткування»¹, а 20 жовтня 2012 р. – Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про сільськогосподарську кооперацію»², яким цей Закон був викладений у редакції, більш сприятливій для розвитку сільськогосподарської обслуговуючої кооперації. Як зазначив у своєму виступі на третій Всеукраїнських громадських слуханнях «Міжнародний рік кооперативів закінчився: підсумки та перспективи» заступник Міністра аграрної політики та продовольства України О. В. Сень, Міністерство веде мову не про допомогу чи підтримку кооперативів, а про необхідність їх системної розбудови³.

В Україні прийнято і діє Закон «Про державну підтримку сільського господарства», однак він не визначає зміст поняття «державна підтримка сільського господарства»⁴. Проте його аналіз дає підстави для виділення двох форм такої підтримки – прямої та непрямой. Прямая державна підтримка сільського господарства надається як пряма допомога держави сільськогосподарським товаровиробникам у здійсненні ними виробничої діяльності, до якої належить бюджетні трансферти та субсидії сільському господарству, пільгові ціни на енергоресурси, державні капіталовкладення тощо. До непрямой форми державної підтримки сільського господарства слід віднести підтримку за допомогою регулювання ринкових цін на товари та послуги. Отже, звідси випливає висновок про те, що державна підтримка сільському господарству полягає у наданні державою сільськогосподарським товаровиробникам як ключовій категорії суб'єктів аграрного виробництва матеріальної допомоги у прямій чи непрямій формі. При цьому держава втручається у процес аграрного виробництва у момент надання державної допомоги сільському господарству, після чого її отримувач – сільськогосподарський товаровиробник – продовжує вести самостійну підприємницьку діяльність з виробництва та реалізації сільськогосподарської продукції.

Власне, такий підхід до надання державою підтримки розвитку сільськогосподарських кооперативів закладений у розділі IV (Держава і кооперація) Закону «Про сільськогосподарську кооперацію», чинна редакція якого була прийнята 20 листопада 2012 року⁵. Так, згідно з ст. 15 цього Закону основними завданнями державної політики з підтримки сільськогосподарських обслуговуючих кооперативів є створення сприятливих умов для їх утворення, становлення і розвитку шляхом формування сприятливої податкової, фінансово-кредитної, інвестиційної політики щодо діяльності сільськогосподарських обслуговуючих кооперативів та їх членів, а також розроблення механізму їх державної підтримки. З цією метою центральні й місцеві органи виконавчої влади та органи місцевого самоврядування мають надати сприяння розвитку і зміцненню економічної самостійності сільськогосподарських обслуговуючих кооперативів та їх членів, підвищенню ефективності їх діяльності, не допускають будь-яких обмежень господарської активності та ініціативи таких

кооперативів, вільної і рівноправної їх участі на ринках товарів, робіт та послуг. Нарешті, у ст. 15 Закону «Про сільськогосподарську кооперацію» уточнюється, що державна підтримка сільськогосподарських обслуговуючих кооперативів повинна здійснюватися відповідно до державних та регіональних програм за рахунок державного і місцевих бюджетів у порядку, встановленому законом.

На наш погляд, положення ст. 15 Закону «Про сільськогосподарську кооперацію» є надзвичайно загальними та декларативними. Адже вони не визначають ні форми, ні зміст взаємодії держави і сільськогосподарських кооперативів. По суті, Закон передбачає лише саму можливість надання державою підтримки розвитку сільськогосподарської кооперації, але не містить організаційно-правового механізму взаємодії між відповідними органами державної влади і органами місцевого самоврядування, з одного боку, та конкретними сільськогосподарськими кооперативами, з іншої.

Однак сучасне сільськогосподарське виробництво є досить ризикованим видом виробничої діяльності, а відтак – дуже чутливим до характеру і змісту державної аграрної політики. Вона може або сприяти сільськогосподарській виробничій діяльності у різних її формах, або ж гальмувати розвиток аграрного виробництва.

На наш погляд, з метою посилення впливу державної аграрної політики на розвиток сегменту дрібних і середніх сільськогосподарських виробників вона має спиратися на нові форми взаємодії держави і аграрного сектору. Однією з таких форм є публічно-приватне партнерство, яке являє собою форму взаємовигідної співпраці органів влади та виробників аграрної продукції.

Законодавча база для публічно-приватного партнерства закладена Законом України від 1 липня 2010 р. «Про державно-приватне партнерство»⁶. Цим Законом вперше у правовій історії України був запроваджений правовий механізм здійснення особливого виду економічної діяльності, який базується на поєднанні економічних, технологічних і організаційних можливостей принципово різних суб'єктів господарювання – держави в особі відповідних органів влади та приватних юридичних осіб. Згідно зі ст. 1 Закону «Про державно-приватне партнерство» державно-приватне партнерство являє собою співробітництво між державою Україна, Автономною Республікою Крим, територіальними громадами в особі відповідних органів державної влади та органів місцевого самоврядування (державними партнерами) та приватними юридичними особами або фізичними особами – підприємцями (приватними партнерами), що здійснюється на основі договору в порядку, встановленому цим Законом та іншими законодавчими актами.

Однак аналіз закріплених у Законі ознак державно-приватного партнерства свідчить, що дана форма співробітництва між державою та приватним бізнесом спрямована насамперед на задоволення інтересів держави. Адже саме держава як публічний партнер в особі відповідних органів влади має на меті забезпечення вищих техніко-економічних показників ефективності діяльності, ніж у разі здійснення такої діяльності державним партнером без залучення приватного партнера. Крім того, держава як публічний партнер очікує від приватного партнера внесення ним інвестицій в об'єкти партнерства із джерел, не заборонених законодавством, натомість передає приватному партнеру частину ризиків, які виникають у процесі здійснення державно-приватного партнерства. Заінтересованість приватного партнера у здійсненні державно-приватного партнерства законом лише презюмується, оскільки такий партнер залучається на конкурентних засадах (тобто, має виграти конкурс) для співробітництва з державним партнером на основі довготривалих відносин (від 5 до 50 років).

Законом «Про державно-приватне партнерство» визначено також і сфери застосування партнерства, до яких, на жаль, включено лише один вид аграрної діяльності – забезпечення функціонування зрошувальних і осушувальних систем. Цілком очевидно, що в нинішній редакції Закон «Про державно-приватне партнерство» непридатний для застосування у аграрній сфері. Тому з метою більш широкого використання механізму публічно-приватного партнерства у сільському господарстві вважаємо за необхідне внести в нього істотні зміни. Зокрема, уявляється доцільним, по-перше, розширити сферу його застосування у сільському господарстві та, по-друге, запровадити здійснення партнерства між державою і приватним аграрним сектором не тільки у договірній формі, яка передбачена зазначеним Законом, а й у формі корпоративного партнерства, тобто публічно-приватного партнерства, яке здійснюється шляхом створення державним і приватними партнерами спільної юридичної особи.

На наш погляд, особливо важливою є роль держави як можливого партнера приватного агробізнесу у становленні й функціонуванні системи сільськогосподарських обслуговуючих кооперативів, які є організаційно-правовою формою підвищення ефективності діяльності сільськогосподарських товаровиробників, насамперед дрібних і середніх, шляхом об'єднання їх зусиль для здійснення спільної діяльності щодо самозабезпечення послугами у сфері виробництва та реалізації сільськогосподарської продукції тощо.

Як свідчить практика, одним із найскладніших напрямів розвитку сільськогосподарської кооперації є створення обслуговуючих кооперативів громадянами-садоводами, власниками особистих селянських господарств, які виробляють та реалізують лишки продовольчої продукції, фермерськими господарствами та іншими дрібними сільськогосподарськими товаровиробниками. Зокрема, з метою забезпечення швидкої реалізації виробленої у господарствах населення та фермерських господарствах сільськогосподарської продукції споживачам та збільшення доходів її виробників громадяни-власники земельних ділянок для ведення особистого селянського господарства, колективного садівництва та фермерські господарства планують створення сільськогосподарських обслуговуючих кооперативів, завданням яких є реалізація (збут) та закупівля і реалізація (збут) сільськогосподарської продукції членів таких кооперативів.

Закупівельно-збутові сільськогосподарські обслуговуючі кооперативи можуть спеціалізуватися на придбанні у своїх членів та реалізації одного чи кількох видів сільськогосподарської продукції. З метою контролю якості закупаваної сільськогосподарської продукції кооперативи мають створювати експрес-лабораторії та інші підрозділи, які перевіряють відповідність сільськогосподарської продукції стандартам їх якості та іншим вимогам чинного законодавства України. Однак для розміщення торгівельно-виробничих будівель і споруд закупівельно-збутових сільськогосподарських обслуговуючих кооперативів їм потрібні земельні ділянки. Проте рівень доходів дрібних сільськогосподарських товаровиробників, особливо на початку їх спільної кооперативної діяльності, є не дуже високим і не дає змоги придбати у власність чи орендувати такі земельні ділянки та, можливо, розміщені на них виробничі будівлі. У зв'язку з цим дуже важливо, щоб сільські, селищні та міські ради надавали їм земельні ділянки відповідного цільового призначення безоплатно – у постійне та тимчасове користування.

Фермерські господарства, інші виробники товарної сільськогосподарської продукції та громадяни-власники земельних ділянок для ведення особистого селянського господарства також можуть створювати сільськогосподарські обслуговуючі кооперативи, завданням яких є реалізація (збут), закупівля і реалізація (збут) сільськогосподарської продукції членів таких кооперативів, а також надання останнім стаціонарних торгівельних місць для реалізації власної сільськогосподарської продукції (сільськогосподарські кооперативні ринки). Для створення сільськогосподарського кооперативного ринку відповідна сільська, селищна чи міська рада повинні бути наділені правом надання кооперативу земельної ділянки у постійне або тимчасове користування у зручному для розташування такого ринку місці. Більше того, після трьох років успішної діяльності сільськогосподарського кооперативного ринку кооператив у нього має, на нашу думку, право на отримання у власність раніше наданих у користування та нових земельних ділянок для розширення й удосконалення інфраструктури ринку. Крім того, вважаємо, що сільськогосподарські обслуговуючі кооперативи, створені з метою реалізації (збуту), закупівлі і реалізації (збуту) сільськогосподарської продукції своїх членів, а також надання своїм членам стаціонарних торгівельних місць для реалізації власної сільськогосподарської продукції (сільськогосподарські кооперативні ринки) повинні мати право виступати засновниками (співзасновниками) та учасниками оптових і оптово-роздрібних продовольчих ринків.

На нашу думку, сільські, селищні та міські ради, забезпечуючи розвиток сільських територій, повинні також стимулювати створення громадянами-власниками земельних ділянок для ведення особистого селянського господарства, присадибних ділянок, ділянок для колективного садівництва та фермерські господарства сільськогосподарських обслуговуючих кооперативів для отримання послуг з обробітки ділянок (оранка), вирощування саджанців сільськогосподарських культур, молодняка свійської худоби, збирання, зберігання урожаю, надання транспортних, ветеринарних послуг, послуг з придбання засобів виробництва спільного використання (тракторів, мотоблоків) тощо.

Нарешті, фермерські господарства та інші дрібні й середні виробники товарної сільськогосподарської продукції, які виробляють її у досить великих обсягах, зацікавлені у реалізації не сировини, а продуктів її переробки. З цією метою вони намагаються створювати сільськогосподарські обслуговуючі кооперативи з переробки сільськогосподарської продукції (молочні, м'ясо-молочні, цукрові тощо). Для будівництва об'єктів з переробки сільськогосподарської продукції сільськогосподарським обслуговуючим кооперативам потрібні вільні від забудови або забудовані виробничими будівлями земельні ділянки, які розташовані у межах населених пунктів. Територіальні громади сіл, селищ та міст у цілому зацікавлені в розміщенні на їх території виробничих об'єктів сільськогосподарської кооперації, оскільки вони є джерелом додаткових доходів до місцевих бюджетів та забезпечують робочими місцями членів територіальних громад.

Як вже зазначалося, держава та територіальні громади в особі відповідних органів влади можуть надати істотну допомогу у кооперуванні дрібних і середніх сільськогосподарських товаровиробників шляхом надання їм земельних ділянок для будівництва виробничих об'єктів із закупівлі, переробки, збуту тощо сільськогосподарської продукції, виробленої сільськогосподарськими товаровиробниками – членами кооперативів. На наш погляд, такі земельні ділянки мають надаватися кооперативам на пільгових умовах. Пільговість їх надання означає, що земельні ділянки надаються у постійне користування, тобто, безоплатно та на безконкурентних засадах. Чинний Земельний кодекс України не передбачає надання земельних ділянок сільськогосподарським обслуговуючим кооперативам на пільгових засадах. Так, ст. 92 Кодексу, що містить перелік осіб, які можуть отримувати земельні ділянки з земель державної та комунальної власності на праві постійного користування, не відносить до таких осіб сільськогосподарські обслуговуючі кооперативи. Тому вважаємо за доцільне внести до цієї статті доповнення, які б уможливили надання земельних сільськогосподарським обслуговуючим кооперативам на праві постійного користування безоплатно та без проведення земельних аукціонів. Зокрема, ч. 2 ст. 92 Земельного кодексу України пропонуємо доповнити пунктом «д») такого змісту: «сільськогосподарські обслуговуючі кооперативи, які є учасниками публічно-приватного (державно-приватного) партнерства, для будівництва і експлуатації об'єктів, що використовуються для надання послуг дрібним і середнім виробникам сільськогосподарської продукції».

Земельні ділянки, які місцеві органи влади надаватимуть у постійне користування сільськогосподарським обслуговуючим кооперативам, використовуватимуться ними у переважній більшості випадків для забудови: будівництва виробничих об'єктів для закупівлі, переробки, збуту тощо сільськогосподарської продукції, виробленої сільськогосподарськими товаровиробниками-членами кооперативів. Це означає, що після завершення будівництва відповідних об'єктів та введення їх у експлуатацію кооперативи матимуть право та, будуть

зобов'язані зареєструвати права власності на збудовані об'єкти на власне ім'я відповідно до вимог Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень»⁷. А згідно з ст. 120 Земельного кодексу України при наступному відчуженні кооперативами таких об'єктів іншим особам до останніх переходитиме і право власності на земельні ділянки, на яких розташовані такі об'єкти. Отже, якщо сільські, селищні, міські ради чи районні державні адміністрації надаватимуть сільськогосподарським обслуговуючим кооперативам земельні ділянки під забудову на пільгових умовах, то тим самим буде створено механізм для корупційного заволодіння землями державної й комунальної власності шляхом створення лже-кооперативів.

З метою забезпечення використання земельних ділянок, які надаватимуться обслуговуючим сільськогосподарським кооперативам для виконання статутних завдань на пільгових умовах, вважаємо за доцільне ввести в законодавство ряд правових норм, які б, по-перше, стимулювали використання таких земельних ділянок за їх цільовими призначенням та, по-друге, давали б змогу запобігти використанню організаційно-правової форми обслуговуючого сільськогосподарського кооперативу для пільгового отримання земельних ділянок для інших цілей.

На нашу думку, ефективним засобом забезпечення використання земельних ділянок, наданих сільськогосподарським обслуговуючим кооперативам для виконання статутних цілей із земель державної та комунальної власності, може бути надання органам влади, які представляють власників земель публічної власності, додаткових правомочностей щодо вирішення юридичної долі наданих ними земельних ділянок для потреб сільськогосподарської кооперації. Такі правомочності можуть бути їм надані, якщо місцеві органи влади зможуть контролювати використання наданих ними сільськогосподарським обслуговуючим кооперативам земельних ділянок на умовах публічно-приватного партнерства, яке буде не просто договірним, а корпоративним. Зокрема, уявляється доцільним надати власникам земельних ділянок державної та комунальної власності, що передаються для потреб сільськогосподарської кооперації, статусу асоційованих членів сільськогосподарських обслуговуючих кооперативів. З цієї метою ст. 8 Закону «Про сільськогосподарську кооперацію» доцільно доповнити ч. 4 такого змісту: «Територіальні громади сіл, селищ та міст в особі відповідних рад та держава в особі районних державних адміністрацій можуть бути асоційованими членами сільськогосподарських обслуговуючих кооперативів за умови передачі до пайового фонду кооперативу земельної ділянки». Крім того, у Законі «Про сільськогосподарську кооперацію» доцільно передбачити норму про те, що територіальна громада та держава в особі відповідних органів влади як асоційовані члени сільськогосподарського обслуговуючого кооперативу мають право припинити членство у кооперативі, якщо кооператив використовує надану йому у користування земельну ділянку не для здійснення статутної діяльності. Припинення територіальною громадою чи державою асоційованого членства в кооперативі тягне за собою й припинення права користування кооперативом земельної ділянки, переданої кооперативу для здійснення статутної діяльності на підставі рішення органу влади, який представляє територіальну громаду чи державу. На наш погляд, включення такої норми у Закон «Про сільськогосподарську кооперацію» стимулюватиме кооператив та його членів до дотримання умов публічно-приватного партнерства, зокрема, в частині вимог земельного законодавства України.

Водночас реалізація вищезазначених змін і доповнень до Закону «Про сільськогосподарську кооперацію» потребує відповідного вдосконалення і Закону «Про державно-приватне партнерство». По-перше, оскільки публічним партнером у відносинах з приватними сільськогосподарськими товаровиробниками може бути не лише держава, а й територіальні громади в особі міських, сільських і селищних рад, то даним Законом уявляється доцільним надати територіальним громадам статусу публічного партнера, а також перейменувати його на Закон «Про публічно-приватне партнерство». По-друге, у Законі доцільно передбачити, що публічно-приватне партнерство може здійснюватися не тільки у договірній, а й у корпоративній формі.

¹ Офіційний вісник України. – 2012. – № 85. – Ст. 3435.

² Офіційний вісник України. – 1997. – № 33. – Ст. 1.

³ Ярошенко В. Здобутки та перспективи сільськогосподарської кооперації // Вісник «Фермер України». – 2012. – № 24 (298). – 16–31 грудня.

⁴ Офіційний вісник України. – 2004. – № 30. – Ч. 1. – Ст. 1987.

⁵ Офіційний вісник України. – 2013. – № 5. – Ст. 148.

⁶ Офіційний вісник України. – 2010. – № 58. – Ст. 1988.

⁷ Офіційний вісник України. – 2004. – № 30. – Ст. 1993.

Резюме

Кулинич П. Ф. Земельно-правові аспекти розвитку сільськогосподарської кооперації в Україні на засадах публічно-приватного партнерства: шляхи вдосконалення.

Досліджуються роль кооперування у розвитку дрібних і середніх виробників сільськогосподарської продукції. Доводиться, що важливим напрямом удосконалення державної аграрної політики України у галузі підтримки сегменту дрібних і середніх сільськогосподарських товаровиробників є застосування механізму публічно-приватного партнерства між державою і територіальними громадами (публічні партнери) та приватними виробниками аграрної продукції (приватні партнери) з використанням не тільки договірної, а й корпоративної форми такого партнерства. Зазначається, що в рамках корпоративного публічно-приватного партнерства сільські, селищні та міські ради можуть надавати створюваним агровиробниками сільськогосподарським обслуговуючим кооперативам земельні ділянки на пільгових умовах у постійне користування, натомість

набуваючи статусу асоційованих учасників таких кооперативів з метою забезпечення цільового використання останніми наданих їм земельних ділянок. З метою законодавчого забезпечення вищезазначених форм публічно-приватного партнерства у сільському господарстві сформульовано пропозиції щодо вдосконалення норм Земельного кодексу України, Закону України «Про сільськогосподарську кооперацію» та Закону України «Про державно-приватне партнерство».

Ключові слова: сільськогосподарська кооперація, публічно-приватне партнерство, земля, законодавство.

Резюме

Кулинич П. Ф. Земельно-правовые аспекты развития сельскохозяйственной кооперации в Украине на началах публично-частного партнерства: пути совершенствования.

Исследуется роль кооперирования в развитии мелких и средних производителей сельскохозяйственной продукции. Обосновывается, что важным направлением совершенствования государственной аграрной политики Украины в сфере поддержки сегмента мелких и средних сельскохозяйственных товаропроизводителей является применение механизма публично-частного партнерства между государством и территориальными общинами (публичные партнеры) и частными производителями аграрной продукции (частные партнеры) с использованием не только договорной, но и корпоративной формы такого партнерства. Доказывается, что в рамках корпоративного публично-частного партнерства сельские, поселковые и городские советы могут предоставлять создаваемым агропроизводителями сельскохозяйственным обслуживающим кооперативам земельные участки на льготных условиях в постоянное пользование, взамен получая статус ассоциированных членов таких кооперативов с целью обеспечения целевого использования последними предоставленных им земельных участков. Для законодательного обеспечения вышеуказанных форм публично-частного партнерства в сельском хозяйстве сформулированы предложения по совершенствованию норм Земельного кодекса Украины, Закона Украины «О сельскохозяйственной кооперации» и Закона Украины «О государственно-частном партнерстве».

Ключевые слова: сельскохозяйственная кооперация, публично-частное партнерство, земля, законодательство.

Summary

Kulinich P. Land law aspects of development of agricultural cooperation in Ukraine on the basis of public-private partnership: ways of improvement.

Role of cooperation in development of small and medium agricultural producers is investigated. It is proved that important way for improvement of the state agrarian policy of Ukraine in the sphere of support of small and medium agricultural producers consists in using mechanism of public-private partnership between the state and territorial communities as public partners and private agricultural producers as private partners with usage of both contractual and corporate forms of the partnership. It is also substantiated that in the framework of public-private partnership village, town and city's radas may provide to service cooperatives of agricultural producers with land plots on privilege conditions with receiving back the status of associated members of the cooperatives to secure targeted purpose use of the land plots. To provide the legislative support to mentioned above forms of public-private partnership in agriculture the proposals for improvement of Land code of Ukraine as well as Laws of Ukraine «On agricultural cooperation» and «On state-private partnership» are formulated.

Key words: agricultural cooperation, public-private partnership, land, legislation.

Отримано 7.04.2014

УДК 349.43:351:631

О. Г. БОНДАР

Олександр Григорович Бондар, кандидат юридичних наук, доцент, перший проректор Запорізького національного університету

ПОНЯТТЯ КОНТРОЛЬНО-НАГЛЯДОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ЯК ОСНОВА ДОСЛІДЖЕННЯ КОНТРОЛЬНО-НАГЛЯДОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У СІЛЬСЬКОМУ ГОСПОДАРСТВІ

Одне з перших місць у переліку питань забезпечення як міжнародної, так і національної безпеки, займає задоволення населення продуктами харчування. Саме наявність їжі, її доступність, її споживання і стабільність систем виробництва харчових продуктів – складають одне із найголовніших завдань продовольчої і сільськогосподарської організації ООН (ФАО)¹. Основою забезпечення продовольчої безпеки покликано стати сільське господарство. Щодо держави, то вона покликана створити належні умови для нормального розвитку цієї галузі за допомогою належного механізму правового регулювання. У зв'язку з цим одним із важливих об'єктів уваги юридичної науки є питання здійснення контрольно-наглядової діяльності у сільському господарстві.

Проблемам дослідження контрольно-наглядової діяльності присвятили свої окремі праці вітчизняні й зарубіжні науковці, а саме: Г. М. Бистрик, В. М. Гарашук, Р. О. Ємець, О. В. Головкін, А. В. Денисова,

В. В. Долежан, О. А. Євтушевська, Т. С. Єдинак, І. П. Ільїнський, М. Г. Ісаков, О. В. Кацуба, С. О. Кохан, В. В. Кравченко, І. В. Лобанов, В. мурза, О. В. Павлишен, О.А. Павлюх, Л. А. Савченко, А. О. Собакар, Л. І. Сопільник, В. М. Тюн, І. Д. Шумляев та ін. Однак комплексної наукової розвідки інституту контролю-наглядової діяльності у сільському господарстві України сьогодні немає.

З цією метою вважаємо за доцільне в межах пропонованої статті розкрити поняття контролю-наглядової діяльності через виокремлення її ознак та на основі розмежування понять «агропромисловий комплекс», «аграрний сектор економіки», «сільське господарство» запропонувати визначення поняття «контрольно-наглядова діяльність у сільському господарстві».

Контрольно-наглядова діяльність є окремими різновидом соціальної діяльності загалом, і юридичної діяльності зокрема. Відтак, тут можна виділити дві групи ознак – загальні, що характеризують контролю-наглядову діяльність як діяльність загалом, та спеціальні – характерні їй як правовому явищу. До загальних ознак прийнято відносити такі: 1) наявність компонентів (мета, засіб, результат, процес здійснення), пов'язаних сутнісно-змістовним характером; 2) взаємодія цих компонентів; 3) відносна самостійність. Спеціальні ознаки контролю-наглядової діяльності обумовлюються її правовою природою. Спробуємо виокремити і проаналізувати їх.

Контрольно-наглядова діяльність виступає однією із правових форм здійснення управлінської діяльності, а відтак досліджується в контексті реалізації і закріплення принципу розподілу державної влади. Це дає підстави деяким дослідникам розглядати контролю-наглядову діяльність як четверту гілку державної влади². На нашу думку, такий підхід видається неправильним. Принцип розподілу влади передбачає функціональний поділ її повноважень між трьома гілками – законодавчою, виконавчою і судовою і при цьому контролю-наглядові функції може виконувати кожна із названих владних гілок. Відтак, ми можемо говорити лише про державно-владний характер контролю-наглядової діяльності.

Будучи правовою формою здійснення управлінської діяльності контролю-наглядова діяльність повинна здійснюватися відповідними суб'єктами – державними органами. Повноваження, якими наділений державний орган, мають державно-владний характер, що дозволяє відмежувати їх від повноважень недержавних органів. Г. Ткач визначає владне повноваження як забезпечену законом вимогу уповноваженого суб'єкта належної поведінки і дій, звернену до громадян та юридичних осіб³. Таким чином, особливостями державно-владного характеру контролю-наглядової діяльності є те, що будь-який уповноважений державою суб'єкт вправі видавати від імені держави правові акти, здійснювати нагляд за виконанням вимог, що містяться в їхніх приписах, забезпечувати і захищати ці приписи від порушень різними методами аж до застосування державного примусу.

Контрольно-наглядова діяльність, будучи невід'ємним правом і обов'язком органів державної влади, здійснюється у відповідності із приписами правових норм, забезпечує реалізацію конституційних принципів народовладдя, верховенства права і закону, розподілу влади для нормального функціонування держави. Це дає підстави виокремити таку ознаку контролю-наглядової діяльності, як забезпечення законності у державному управлінні та правопорядку у суспільстві загалом.

Сьогодні науковці-правники характеризують законність з таких позицій, як: принцип діяльності держави; принцип державного управління; метод державного управління; режим суспільних відносин; мета та функція державного управління тощо. Однак в будь-якому разі контролю-наглядова діяльність як складова державного управління має свої особливості. На думку К. О. Голикової, особливість режиму законності в державному управлінні полягає в тому, що, з одного боку, виконуючи свої функції та завдання, органи виконавчої влади тим самим послідовно забезпечують законність у державі⁴. Результатом законності є встановлення правопорядку як в управлінській діяльності, так і в суспільстві загалом. Встановлення правопорядку у суспільстві, який досягається за допомогою законності, є метою функціонування усєї правової системи держави і реалізується через правові форми державної діяльності, серед яких чільне місце займає контролю-наглядова діяльність.

Для того, що досягнути цих цілей, контролю-наглядова діяльність повинна мати *організуючий характер*. Згідно системного підходу поняття «організація» розкриває внутрішню впорядкованість елементів цілого, а також сукупність процесів, що ведуть до встановлення взаємозв'язків окремих частин системи, а під кутом зору теорії організації (тектології), як складової теорії управління соціальними системами, вона як вид соціальної діяльності містить у собі не тільки заходи визначення та упорядкування якої-небудь структури певної системи. Організація соціальної системи передбачає наявність управлінських заходів: визначення мети (цілі, підцілей), завдань, напрямів їх досягнення; формулювання методології, управлінської ідеології, принципів, методів, засобів, заходів, функцій, структур, операцій тощо. Багато з цих складових організації можуть бути і неправовими (тобто не визначеними у юридичних нормах, нормативно-правових актах). У тектології їх визначають як організаційно-управлінські заходи.

Організуючий вплив на суспільні відносини контролю-наглядова діяльність здійснює за допомогою *правових засобів*, які забезпечують досягнення мети та отримання соціально-значущих результатів. Вони діють за правилом «мета – засіб – результат» і в сукупності утворюють механізм правового впливу. Юридичними засобами, на думку Т. Пашука, є ті юридичні явища, застосування яких забезпечує досягнення юридичної цілі та задоволення відповідної юридичної потреби⁵. Правові засоби поділяються на дві головні групи – загальні (правосвідомість, правова культура) та спеціальні (нормативно-правові акти, принципи права, контролю-правові акти). У своїй сукупності вони утворюють механізм правового регулювання кон-

трольно-наглядової діяльності. Їх поєднання забезпечує особливий порядок організації суспільних відносин, що виникають в процесі здійснення контрольно-наглядової діяльності.

Контрольно-наглядова діяльність здійснюється у формі *контролю і нагляду за підлеглими структурами*, що складають її безпосередній зміст. Контроль не існує в ізольованому вигляді – не може бути контролю заради контролю. Контроль як важлива ознака змісту державного управління є явищем багатограним та багатоплановим. На нашу думку, контроль необхідно розглядати як *правову форму здійснення управлінської діяльності, що виступає як однорідна діяльність уповноважених державних органів та їх посадових осіб по встановленню фактичної відповідності результатів діяльності підконтрольних суб'єктів очікуваним цілям, перевірці шляхів і засобів досягнення цього результату на відповідність вимогам права та прийняттю за результатами перевірки відповідних заходів регулятивно-охоронного характеру*. Щодо нагляду, то він *виступає як однорідна діяльність уповноважених державних органів та їх посадових осіб по встановленню фактичної відповідності діяльності суб'єктів нагляду приписам правових норм без втручання у їхню діяльність*.

У правовій літературі не вщухають тривалі дискусії щодо співвідношення цих двох понять. Думки дослідників з цього приводу можна розділити на три групи: 1) терміни «контроль» і «нагляд» є тотожними; 2) нагляд є різновидом контролю; 3) контроль і нагляд самостійні форми юридичної діяльності. Ситуація ускладнюється ще й тим, що і на законодавчому рівні чіткого розмежування понять «контроль» і «нагляд» не здійснено в жодній предметній галузі. Погоджуємося з твердженням А. В. Денисової про те, що ці поняття необхідно розмежовувати і таке розмежування правомірне і тоді, коли законодавець для визначення назви і регулювання повноважень тих чи інших органів використовує обидва терміни⁶. У цих термінах спільною є лише мета – забезпечення законності і дисципліни у державному управлінні, що дає підстави розглядати їх в комплексі як «контрольно-наглядова діяльність».

У процесі здійснення контрольно-наглядової діяльності *забезпечується ефективність правового регулювання*. Зазначимо, що ефективність механізму правового регулювання є оціночною категорією, яка визначає рівень функціональності правового регулювання в динаміці. Містить цілу низку критеріїв, які дозволяють визначити співвідношення реальних результатів правового регулювання з його метою.

Таким чином, до спеціальних ознак контрольно-наглядової діяльності можна віднести такі: 1) державно-владний характер; 2) цілеспрямований характер; 3) організуючий характер, що забезпечується за допомогою правових засобів; 4) зміст складають окремі дії уповноважених суб'єктів по здійсненню контролю і нагляду за підлеглими структурами; 5) пронизує правовим впливом усі сфери суспільного життя, які підлягають правовому регулюванню, забезпечуючи його ефективність.

Це дає підстави визначити *контрольно-наглядову діяльність як спрямовану на забезпечення законності і правопорядку в різних сферах суспільного життя однорідну діяльність уповноважених державних органів, по своєчасному виявленню проблем, створенню умов для їх вирішення та усуненню конфліктів між владними і підлеглими структурами, що здійснюється за допомогою спеціальних правових засобів*.

Контрольно-наглядова діяльність має різні рівні і поділяється на різновиди залежно від того, в якій сфері суспільного життя вона здійснюється. **Сфера суспільного життя є інтегрованим поняттям і включає в себе «сфера» і «суспільне життя»**. Зазначимо, що сфера суспільного життя суспільства ще донедавна розглядалася в рамках догматичного історичного матеріалізму. Розвиток сферного підходу у філософії дозволив розглядати поняття сфери суспільного життя комплексно як множину чотирьох рівноправних сфер – матеріальної (виробничої), організаційної (політичної), духовної (інформаційної), гуманітарної (соціальної)⁷.

Економічна система сучасної держави базується на сукупності елементів продуктивних сил, які є базисом розвитку системи виробничих відносин. Найбільш поширеним видом структури національної економіки є секторальна структура. Одним із таких секторів виступає аграрний сектор України, який «Стратегія розвитку аграрного сектору економіки на період до 2020 року», схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2013 р. № 806-р., визначає як системоутворювальний у національній економіці, що «формує засади збереження суверенності держави – продовольчу та у визначених межах економічну, екологічну та енергетичну безпеку, забезпечує розвиток технологічно пов'язаних галузей національної економіки та формує соціально-економічні основи розвитку сільських територій»⁸.

Аналізуючи поняття «аграрний сектор економіки» слід зазначити, що існують різні підходи до його визначення. Так, Н. Т. Гончарук визначає аграрний сектор економіки як сукупність взаємопов'язаних галузей сільського господарства і функціонально пов'язаних обслуговуючих формувань, які задовольняють потребу в продуктах харчування і сировини для переробної промисловості. До системи аграрного сектора економіки, крім сільськогосподарських підприємств, вона включає також заклади аграрної освіти, наукові, науково-дослідні установи та центральні і місцеві органи управління аграрним сектором економіки⁹. На думку І. Г. Сурай, в широкому розумінні аграрний сектор економіки охоплює всі підприємства України незалежно від форми власності і організаційно-правової форми, що виробляють сільськогосподарську продукцію й продукти її первинної переробки, та пов'язані з ними обслуговуючі підприємства, а також організації (установи), що здійснюють розробку та реалізацію державної аграрної політики. У вузькому розумінні його розглядають тільки як сектор економіки, що охоплює всі підприємства, що виробляють сільськогосподарську продукцію, здійснюють її первинну переробку, та обслуговують зазначені процеси¹⁰.

У дослідженнях неодноразово наголошується на необхідності розмежовувати поняття «агропромисловий комплекс» і «аграрний сектор економіки», мотивуючи тим, що «агропромисловий комплекс» є ширшим за своїм обсягом, оскільки включає два поняття «аграрний сектор економіки + промисловий сектор еконо-

міки». Як правило, агропромисловий комплекс – це сукупність галузей матеріального виробництва і системи їх виробничо-технічного обслуговування, взаємозв'язаних технологічно, організаційно і економічно. Галузі агропромислового комплексу поділяють на три групи: 1) галузі, що виробляють засоби виробництва для сільського господарства і здійснюють його матеріально-технічне та виробниче обслуговування; 2) сільськогосподарське виробництво; 3) галузі і виробництва, що забезпечують переробку сільськогосподарської продукції і постачання її споживачам (харчова промисловість, галузі легкої промисловості, підприємства транспортування і реалізації продукції), а також житлово-комунальне господарство, побутове і культурне обслуговування¹¹. У правознавстві аграрно-промисловий комплекс розглядають як складну біоекономічну систему, яка являє собою форму інтеграції сільського господарства і споріднених з ним галузей, які займаються матеріально-технічним постачанням, заготівлями сільськогосподарської продукції, її переробкою, зберіганням і доведенням до споживача¹².

У ч.4 ст. 1 Закону України «Про основні засади державної аграрної політики на період до 2015 року» зазначено, що «основні засади державної аграрної політики поширюються на сільське та рибне господарство, харчову промисловість і перероблення сільськогосподарських продуктів (далі – аграрний сектор), аграрну науку і освіту, соціальну сферу села, їх матеріально-технічне та фінансове забезпечення»¹³. Як бачимо, законодавець аграрним сектором економіки обмежив сільське та рибне господарство, харчову промисловість і перероблення сільськогосподарських продуктів.

Крім цього, пропонується також увести в науковий обіг поняття «агроекосистема». Саме екосистемна парадигма у поглядах на сільську територію спонукатиме докорінно переглянути світоглядні підвалини аграрної державної політики в багатьох аспектах політики. Найголовнішими з них є перехід від моноагрофункціонального розвитку сільських територій до багатофункціонального, від ідеології підкорення природи й економічного зростання до утвердження ідей сталого розвитку та ноосфергенезу, від екологоруйнуючих до екологіозберігаючих технологій ведення сільського господарства¹⁴.

Базовою складовою аграрного сектору економіки і «Стратегія розвитку аграрного сектору економіки на період до 2020 року», і Закон України «Про основні засади державної аграрної політики на період до 2015 року» називають сільське господарство. Воно виступає центральною ланкою і агропромислового комплексу, де його визначають як галузь економіки, що займається виробництвом сільськогосподарської продукції¹⁵.

Це дає підстави визначити *контрольно-наглядову діяльність у сільському господарстві як спрямовану на забезпечення законності і правопорядку в сфері виробництва сільськогосподарської продукції однорідну діяльність уповноважених державних органів, по своєчасному виявленню проблем, створенню умов для їх вирішення та усуненню конфліктів між владними і підлеглими структурами, що здійснюється за допомогою спеціальних правових засобів.*

Таким чином, контрольно-наглядова діяльність, яка є окремими різновидом соціальної діяльності загалом, і юридичної діяльності зокрема, характеризується певними ознаками, що дозволяють з'ясувати її правову природу. Тут можна виділити дві групи ознак – загальні, що характеризують контрольно-наглядову діяльність як діяльність загалом, та спеціальні – характерні їй як правовому явищу. Серед загальних ознак можна виділити такі: 1) наявність компонентів (мета, засіб, результат, процес здійснення), пов'язаних сутнісно-змістовним характером; 2) взаємодія цих компонентів; 3) відносна самостійність. До спеціальних ознак контрольно-наглядової діяльності можна віднести такі: 1) державно-владний характер; 2) цілеспрямований характер; 3) організуючий характер, що забезпечується за допомогою правових засобів; 4) зміст складають окремі дії уповноважених суб'єктів по здійсненню контролю і нагляду за підлеглими структурами; 5) пронизує правовим впливом усі сфери суспільного життя, які підлягають правовому регулюванню, забезпечуючи його ефективність. Це дає підстави визначати контрольно-наглядову діяльність як *спрямовану на забезпечення законності і правопорядку в різних сферах суспільного життя однорідну діяльність уповноважених державних органів, по своєчасному виявленню проблем, створенню умов для їх вирішення та усуненню конфліктів між владними і підлеглими структурами, що здійснюється за допомогою спеціальних правових засобів.*

У свою чергу, розмежування понять «агропромисловий комплекс», «аграрний сектор економіки», «сільське господарство» дає підстави визначити *контрольно-наглядову діяльність у сільському господарстві як спрямовану на забезпечення законності і правопорядку в сфері виробництва сільськогосподарської продукції однорідну діяльність уповноважених державних органів, по своєчасному виявленню проблем, створенню умов для їх вирішення та усуненню конфліктів між владними і підлеглими структурами, що здійснюється за допомогою спеціальних правових засобів.*

Контрольно-наглядовий діяльності у сільському господарстві як виду діяльності також притаманні загальні та специфічні ознаки, які можна комплексно дослідити лише враховуючи її правову природу та місце, яке вона займає у національній системі права.

¹ Канамару Хидеки. Продовольственная безопасность в условиях изменения климата / Хидеки Канамару // Бюллетень ВМО 58 (3). – Июль 2009 г. – С. 206.

² Бистрик Г. М. Контрольно-наглядова діяльність як форма правової діяльності органів державної влади / Г. М. Бистрик // Держава і право. — 2009. — Вип. 46. — С. 117.

³ Ткач Г. Поняття владного повноваження / Г. Ткач // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2009. – Вип. 49. – С. 102.

⁴ Голікова К. О. Дисципліна та законність у державному управлінні: поняття та способи їх забезпечення / К. О. Голікова // Часопис Київського університету права. – 2013. – № 2. – С. 112.

⁵ Пашук Т. Теорія юридичних засобів: концептуально методологічний аспект / Т. Пашук // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні. Матеріали XI регіональної науково-практичної конференції (3–4 лютого 2005 р.). – Л. : Вид-во юрид. фак-ту ЛНУ ім. Івана Франка. – 2005. – С. 20.

⁶ Денисова А. В. Співвідношення контролю і нагляду / А. В. Денисова // Адміністративне право і процес. – 2013. – № 2(4)/2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://aplaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/2-4-2013>

⁷ Семашко Л. М. Сферный подход: Философия, демократия, рынок, человек: методология, концепции, проектировки [Текст] / Л. М. Семашко. – СПб. : Нотабене, 1992. – С. 30.

⁸ Розпорядження Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2013 р. № 806-р «Про схвалення Стратегії розвитку аграрного сектору економіки на період до 2020 року» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/806-2013-%D1%80>

⁹ Гончарук Н. Сучасна аграрна реформа і потреби у реформуванні світогляду керівника [Текст] / Н. Гончарук // Вісник Української академії державного управління при Президентові України. – 2000. – № 3. – С. 121–122.

¹⁰ Сурай І. Поняття державного управління аграрним сектором економіки України / І. Сурай // 36. наук. пр. НАДУ ; за заг. ред. В. І. Лугового, В. М. Князева. – К.: Вид-во НАДУ, 2003. – Вип. 2. – С. 259–270.

¹¹ Завадський Й. С. Управління сільськогосподарським виробництвом у системі АПК: підручник [Текст] / Й. С. Завадський. – К. : Вища школа, 1992. – С. 43.

¹² Агропромисловий комплекс: правові питання [Текст] / В. І. Семчик [та ін.] ; за ред. Ю. С. Шемшученко. – К. : Урожай, 1992. – С. 9.

¹³ Закон України від 18.10.2005 р. № 2982-IV «Про основні засади державної аграрної політики на період до 2015 року» [Електронний ресурс] / Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2982-15>

¹⁴ Архипенко І. «Аграрний сектор економіки» та «державна аграрна політика» як наукові поняття у структурі світогляду суб'єктів державного управління / Іван Архипенко // Публічне управління: теорія та практика. – 2012. – № 4 (12). – С. 1–38.

¹⁵ Стратегічні напрями розвитку сільського господарства України на період до 2020 року [Текст] / за ред. Ю. О. Лупенка, В. Я. Месель-Веселяка. – К. : ННЦ «ІАЕ», 2012. – С. 3.

Резюме

Бондар О. Г. Поняття контрольно-наглядової діяльності як основа дослідження контрольно-наглядової діяльності у сільському господарстві.

У статті розкрито поняття контрольно-наглядової діяльності через виокремлення її ознак та на основі розмежування понять «агропромисловий комплекс», «аграрний сектор економіки», «сільське господарство» запропоновано визначення поняття «контрольно-наглядова діяльність у сільському господарстві».

Ключові слова: контрольно-наглядова діяльність, сільське господарство, контрольно-наглядова діяльність у сільському господарстві.

Резюме

Бондар А. Г. Понятие контрольно-надзорной деятельности как основание исследования контрольно-надзорной деятельности в сельском хозяйстве.

В статье раскрыто понятие контрольно-надзорной деятельности через выделение ее признаков и на основе разграничения понятий «агропромышленный комплекс», «аграрный сектор экономики», «сельское хозяйство» предложено определение понятия «контрольно-надзорная деятельность в сельском хозяйстве».

Ключевые слова: контрольно-надзорная деятельность, сельское хозяйство, контрольно-надзорная деятельность в сельском хозяйстве.

Summary

Bondar O. The concept of control activities-supervisory as grounds Studies supervisory control activities in the village economy.

The article reveals the concept of control and supervision over the activities of its distinguishing features and based on the distinction between “agribusiness”, “agricultural sector”, “agriculture” proposed definition of “control and supervision activities in agriculture”.

Key words: control and supervision activities, agriculture, control and supervision activities in agriculture.

Отримано 14.04.2014

Д. В. БУСУЙОК*Діана Вікторівна Бусуйок, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України***ВИДИ СТАНДАРТІВ ТА НОРМАТИВІВ У ГАЛУЗІ ОХОРОНИ ЗЕМЕЛЬ**

Правове регулювання використання та охорони земель відбувається за допомогою стандартів та нормативів у галузі охорони земель. Ефективність правового регулювання використання та охорони земель залежить від того, наскільки стандарти та нормативи у галузі охорони земель являють собою цілісну систему. Вчені провадили класифікацію стандартів та нормативів у сфері охорони навколишнього середовища¹, а також у галузі охорони земель². Дослідження видів стандартів та нормативів у сфері охорони навколишнього середовища переважають над дослідженнями стандартів та нормативів у галузі охорони земель. Існують поодинокі дослідження стандартів та нормативів у галузі охорони земель. Запропоновані класифікації не дають змоги уявити представити ці стандарти та нормативи як цілісну систему. У зв'язку з цим постає потреба у систематизації стандартів та нормативів у галузі охорони земель за відповідними критеріями.

Залежно від зовнішньої форми визначення вимог щодо якості земель, родючості ґрунтів і допустимого антропогенного навантаження та господарського освоєння земель доцільно розрізняти: стандарти в галузі охорони земель; нормативи в галузі охорони земель.

У галузі охорони земель та відтворення родючості ґрунтів встановлюються такі нормативи: гранично допустимого забруднення ґрунтів; якісного стану ґрунтів; оптимального співвідношення земельних угідь; оптимального співвідношення культур у сівозмінах у різних природно-сільськогосподарських регіонах; показники деградації земель та ґрунтів.

Щодо систематизації стандартів, то ДК 004:2008 «Український класифікатор нормативних документів» призначено для впорядкування та класифікації стандартів та інших нормативних документів щодо стандартизації³. Він розроблений відповідно до Міжнародного класифікатора стандартів. На підставі класифікації нормативних документів щодо стандартизації уявляється доцільним систематизувати стандарти у галузі охорони земель. Система ієрархічна, трирівнева. Вона передбачає поділ на класи, групи та підгрупи.

За сферою стандартизації можна виділити три класи: «Загальні положення. Термінологія. Стандартизація. Документація»; «Захист довкілля та здоров'я. Безпека»; «Сільське господарство». У межах цих класів за об'єктами стандартизації виділяються групи з подальною їх деталізацією у підгрупах.

У межах класу «Загальні положення. Термінологія. Стандартизація. Документація» існує група «Словники термінів». Ця група поділяється на дві підгрупи: «Захист довкілля та здоров'я. Безпека (Словники термінів)» та «Сільське господарство (Словники термінів)».

У межах класу «Захист довкілля та здоров'я. Безпека» можна виділити такі групи: «Захист довкілля», «Якість води», «Якість ґрунту. Ґрунтознавство».

У групі «Захист довкілля» існують такі підгрупи: «Довкілля та захист довкілля взагалі», «Екологічне керування/управління», «Економіка довкілля», «Оцінювання впливу на довкілля», «Забруднювання, контроль забруднювання та охорона природи», «Екологічне маркування», «Життєвий цикл продукції», «Проекти у сфері захисту довкілля», «Інші стандарти стосовно захисту довкілля».

У групі «Якість води» можна виділити такі підгрупи: «Якість води взагалі», «Вода природних джерел».

Група «Якість ґрунту. Ґрунтознавство» поділяється на такі підгрупи: «Якість ґрунту та ґрунтознавство взагалі»; «Досліджування ґрунтів узагалі»; «Хімічні характеристики ґрунтів»; «Фізичні властивості ґрунтів»; «Біологічні властивості ґрунтів»; «Гідрологічні властивості ґрунтів»; «Інші стандарти стосовно якості ґрунтів».

У межах класу «Сільське господарство» існує група «Землеробство/рільництво та лісівництво». У межах цієї групи існують такі підгрупи: «Землеробство/рільництво та лісівництво взагалі», «Рослинництво», «Тваринництво та селекція тварин», «Озеленювання та лісорозведення», «Інші стандарти стосовно землеробства/рільництва та лісівництва».

Залежно від суб'єктів прийняття і за територією поширення існують: міжнародні, регіональні та національні стандарти.

Міжнародні стандарти – це стандарти, прийняті міжнародною організацією зі стандартизації та доступні широкому колу користувачів. До міжнародних стандартів можна віднести стандарти ISO⁴.

Регіональні стандарти – це стандарти, прийняті регіональною організацією зі стандартизації та доступні широкому колу користувачів⁵. До регіональних стандартів можна віднести міждержавні стандарти. У якості міждержавних стандартів виступають ГОСТи. Слід розрізняти два види ГОСТів. Перший вид ГОСТів – це стандарти, які були наявні на 1 січня 1992 р. у фонді Держстандарту Росії як правонаступника Держстандарту СРСР відповідно до Угоди про проведення узгодженої політики в галузі стандартизації, метрології і сертифікації від 13 березня 1991 р. № 997_102. Другий вид ГОСТів – це стандарти, прийняті

Міждержавною Радою із стандартизації, метрології, сертифікації, а в галузі будівництва – Міждержавною науково-технічною комісією із стандартизації і технічного нормування в будівництві⁶.

Міждержавні стандарти приймають в якості національних (державних) стандартів у державах, національні органи яких прийняли ці стандарти (приєдналися до них), у порядку, встановленому цими національними органами. При цьому застосування міждержавних стандартів, як правило, здійснюється безпосередньо, без переоформлення в національні (державні) стандарти.

Для визначення взаємозв'язку міждержавних стандартів з відповідними міжнародними стандартами встановлюються три ступеня відповідності: ідентична («IDT» – для ідентичних міждержавних стандартів), модифікована («MOD» – для модифікованих міждержавних стандартів), нееквівалентна («NEQ» – для нееквівалентних міждержавних стандартів)⁷. Ідентичні стандарти – гармонізовані стандарти, які ідентичні за змістом та формою представлення. Модифіковані стандарти – гармонізовані стандарти, що мають технічні відхилення та/або відмінності за формою представлення за умови їх ідентифікації та пояснення. Нееквівалентні стандарти – стандарти, які мають неідентифіковані технічні відхилення та/або відмінності за формою представлення⁸.

Щодо недоліків, то у Державних стандартах України, які присвячені врегулюванню міждержавної стандартизації, містяться посилання на ГОСТи, які вже не діють і замість яких затверджено інші стандарти. Зокрема, у ДСТУ 3281-95 «Порядок розроблення міждержавних стандартів»⁹ наведено посилання на ГОСТ 1.5-93 «Правила проведення работ по межгосударственной стандартизации. Общие требования к построению, изложению, оформлению и содержанию стандартов». Разом з тим, замість цього стандарту передбачена дія ГОСТу 1.5-2001 «Межгосударственная система стандартизации. Стандарты межгосударственные, правила и рекомендации по межгосударственной стандартизации. Общие требования к построению, изложению, оформлению, содержанию и обозначению»¹⁰.

Є випадки, коли ГОСТи, які включені до складу Українського класифікатора нормативних документів на офіційному сайті Українського науково-дослідного і навчального центру проблем стандартизації, сертифікації та якості та розміщені на електронних російських ресурсах¹¹, збігаються за номером, проте мають різні назви. Зокрема, ГОСТ 1.0-92 у складі Українського класифікатора нормативних документів має назву «Правила проведения работ по межгосударственной стандартизации. Общие положения», а на вказаному вище електронному російському ресурсі – «Межгосударственная система стандартизации. Основные положения».

Міждержавні стандарти повинні перебувати в актуальному стані. Відтак, вони мають підлягати оперативному оновленню. З метою уникнення неточностей у назві та змісті стандартів має існувати офіційна електронна база міждержавних стандартів. У цій базі доцільно здійснити систематизацію усіх наявних міждержавних стандартів.

Національні стандарти – стандарти, прийняті національним органом із стандартизації та доступні широкому колу користувачів¹². На національному рівні під національними стандартами розуміють державні стандарти України, прийняті центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері стандартизації, та доступні для широкого кола користувачів¹³.

Відбувається запровадження міжнародних та регіональних стандартів у систему національних стандартів. Вони вважаються прийнятими на національному рівні, якщо національний стандарт ідентичний або модифікований¹⁴. Залежно від ступеня відповідності національного стандарту міжнародному та регіональному розрізняють такі національні стандарти: національний стандарт ідентичний, національний стандарт модифікований, національний стандарт нееквівалентний.

За сферою діяльності, в якій виникають питання, пов'язані з використанням та охороною земель, стандарти та нормативи поділяються на ті, що опосередковують: діяльність, яка пов'язана з використанням та охороною довкілля, ландшафтів, ґрунтів; сільськогосподарську діяльність; діяльність у сфері землеустрою; діяльність у сфері будівництва; діяльність щодо забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення.

Стосовно діяльності, пов'язаної з використанням та охороною довкілля, ландшафтів, ґрунтів, то, зокрема у ДСТУ 4976:2008, наводиться визначення основних положень щодо комплексу стандартів у сфері охорони ґрунтів¹⁵.

Що стосується сільськогосподарської діяльності, то, наприклад, у ДСТУ 4691:2006 встановлено терміни та визначено поняття, що їх використовують у землеробстві¹⁶.

Державні стандарти, норми і правила у сфері землеустрою встановлюють комплекс якісних та кількісних показників, параметрів, що регламентують розробку і реалізацію документації із землеустрою з урахуванням екологічних, економічних, соціальних, природно-кліматичних та інших умов¹⁷.

Щодо діяльності у сфері будівництва, то залежно від зовнішньої форми закріплення нормативних вимог існують: державні стандарти у сфері будівництва та будівельні норми, пов'язані з використанням та охороною земель.

Що стосується будівельних норм, то нормування у будівництві – діяльність із розроблення та затвердження будівельних норм для обов'язкового застосування у сфері будівництва, містобудування та архітектури з метою формування безпечної середовища для життя і здоров'я людини. Будівельні норми – затверджений суб'єктом нормування підзаконний нормативний акт технічного характеру, що містить обов'язкові вимоги у сфері будівництва, містобудування та архітектури.

Розрізняють державні та галузеві будівельні норми. Державні будівельні норми – нормативний акт, затверджений центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у

сфері будівництва. Галузеві будівельні норми – нормативний акт, затверджений міністерством у межах своїх повноважень у разі відсутності державних будівельних норм або необхідності встановлення вимог до будівництва окремих видів споруд, що конкретизують вимоги державних будівельних норм. Упорядковане зібрання контрольних примірників будівельних норм має становити фонд будівельних норм¹⁸.

Залежно від суб'єктів та часу прийняття слід розрізняти: державні стандарти у сфері будівництва та будівельні норми, які пов'язані з використанням і охороною земель та прийняті за часи незалежності України; нормативні документи (республіканські будівельні норми) колишнього УРСР, дія яких не скасована; нормативні документи (будівельні норми) колишніх СРСР та РЕВ, дія яких не скасована.

Міністерство регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України розробило класифікацію нормативних документів у галузі будівництва і промисловості будівельних матеріалів¹⁹. Відповідно до змісту можна виділити такі державні стандарти у сфері будівництва та будівельні норми, які пов'язані з використанням та охороною земель:

Клас – Організаційно-методичні нормативні документи, підклас – Стандартизація, нормування, сертифікація і метрологія, комплекс документів – Система стандартизації та нормування у будівництві.

Клас – Містобудівні нормативні документи, підклас – Містобудівна документація та інформаційне забезпечення, комплекс документів – Система містобудівної документації.

Клас – Містобудівні нормативні документи, підклас – Планування і забудова територій і населених пунктів, комплекс документів – Регіональне планування і розміщення об'єктів містобудування; Планування і забудова міст, селищ і функціональних територій; Планування і забудова сільських поселень.

Клас – Технічні нормативні документи, підклас – Загальнотехнічні вимоги до життєвого середовища та продукції будівельного призначення, комплекс документів – Захист від небезпечних геологічних процесів, шкідливих експлуатаційних впливів, від пожежі; Система надійності та безпеки в будівництві.

Клас – Технічні нормативні документи, підклас – Об'єкти будівництва та промислова продукція будівельного призначення, комплекс документів – Основи та фундаменти споруд; Споруди транспорту; Інженерне обладнання споруд, зовнішніх мереж.

Що стосується діяльності із забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення, то відповідно до Закону України «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення» від 24 лютого 1994 р. № 4004 – XII органи виконавчої влади, місцевого самоврядування, підприємства, установи, організації та громадяни зобов'язані утримувати надані в користування чи належні їм на праві власності земельні ділянки і території згідно з вимогами санітарних норм. Державні санітарні норми та правила (санітарні норми) – обов'язкові для виконання нормативно-правові акти центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я. Вони встановлюють медичні вимоги безпеки щодо середовища життєдіяльності та окремих його факторів, недотримання яких створює загрозу здоров'ю і життю людини та майбутніх поколінь, а також загрозу виникнення й розповсюдження інфекційних хвороб та масових неінфекційних захворювань (отруєнь) серед населення. Слід розрізняти санітарні норми, затверджені Міністерством охорони здоров'я СРСР²⁰, Міністерством охорони здоров'я України²¹ та іншими органами²².

Таким чином, проведене дослідження дало змогу систематизувати наявні стандарти та нормативи у галузі охорони земель за відповідними критеріями. Залежно від зовнішньої форми визначення вимог щодо якості земель, родючості ґрунтів і допустимого антропогенного навантаження та господарського освоєння земель доцільно розрізняти: стандарти в галузі охорони земель; нормативи в галузі охорони земель. Залежно від суб'єктів прийняття та за територією поширення існують: міжнародні, регіональні й національні стандарти. За сферою діяльності, в якій виникають питання, пов'язані з використанням та охороною земель, стандарти та нормативи поділяються на ті, що опосередковують: діяльність, пов'язану з використанням та охороною довкілля, ландшафтів, ґрунтів; сільськогосподарську діяльність; діяльність у сфері землеустрою; діяльність у сфері будівництва; діяльність щодо забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення. Встановлена система стандартів та нормативів у галузі охорони земель сприятиме найбільш повному їхньому застосуванню як з боку володільців земельних ділянок, так і з боку органів виконавчої влади та забезпечить подальший розвиток заходів із охорони земель.

¹ Окружающая среда под охраной закона / [Некрасова Г. А. [и др.]; под ред. О. С. Колбасов, М. М. Славин. – М.: Институт государства и права АН СССР, 1982. – С. 61–65; Петров В. В. Эффективность правового механизма обеспечения качества окружающей среды / В. В. Петров // Советское государство и право. – 1977. – № 9. – С. 101; Стойков В. Ф. Экологическая безопасность в строительной деятельности: организация и управление: учебное пособие / В. Ф. Стойков, И. М. Потравный. – М.: Экономика, 2011. – С. 205–210; Хламов И. Т. Формирование качества окружающей среды – научная основа её охраны и рационального природопользования / И. Т. Хламов // Советское государство и право. – 1985. – № 12. – С. 64–66; Шемшученко Ю. С. Государственное управление охраной окружающей среды в СССР: дисс. ... докт. юрид. наук: 12.00.02 / Шемшученко Ю. С. – К., 1978. – С. 138–139.

² Мірошниченко А. М. Нормування як засіб правового регулювання земельних відносин: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.06 / Мірошниченко Анатолій Миколайович. – К., 2004. – С. 56–83.

³ Український класифікатор нормативних документів ДК 004:2008, затверджено та надано чинності наказом Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики від 26 серпня 2008 року № 301 [Електронний ресурс] // Офіційний сайт НАУ-Online. – Режим доступу: <http://zakon.nau.ua/doc/?code=va301609-08>

⁴ ГОСТ 1.1 – 2002 Межгосударственная система стандартизации. Термины и определения [Електронний ресурс] // Строительные нормативы: Официальный сайт. – Режим доступу: <http://vsenip.com/Data1/11/11362/index.htm>

- ⁵ ГОСТ 1.1 – 2002 Межгосударственная система стандартизации. Термины и определения [Электронный ресурс] // Строительные нормативы: Официальный сайт. – Режим доступа : (<http://vsenip.com/Data1/11/11362/index.htm>)
- ⁶ ДСТУ 3281 – 95 Порядок розроблення міждержавних стандартів. – К.: Держстандарт України, 1996. – 19 с.
- ⁷ ГОСТ 1.3 – 2002 Межгосударственная система стандартизации. Правила и методы принятия международных и региональных стандартов в качестве межгосударственных стандартов [Электронный ресурс] // Строительные нормативы: Официальный сайт – Режим доступа: <http://vsenip.com/Data1/46/46359/index.htm>
- ⁸ ГОСТ 1.1 – 2002 Межгосударственная система стандартизации. Термины и определения [Электронный ресурс] // Строительные нормативы: Официальный сайт. – Режим доступа: <http://vsenip.com/Data1/11/11362/index.htm>
- ⁹ ДСТУ 3281 – 95 Порядок розроблення міждержавних стандартів. – К.: Держстандарт України, 1996. – 19 с.
- ¹⁰ ГОСТ 1.5-2001 Межгосударственная система стандартизации. Стандарты межгосударственные, правила и рекомендации по межгосударственной стандартизации. Общие требования к построению, изложению, оформлению, содержанию и обозначению [Электронный ресурс] // Строительные нормативы: Официальный сайт. – Режим доступа: <http://vsenip.com/Data1/10/10119/index.htm>
- ¹¹ ГОСТ 1.0 – 92 Межгосударственная система стандартизации. Основные положения [Электронный ресурс] // Строительные нормативы: Официальный сайт. – Режим доступа: <http://vsenip.com/Data1/4/4550/index.htm>). – 2012. – 30 жовтня.
- ¹² ГОСТ 1.1 – 2002 Межгосударственная система стандартизации. Термины и определения [Электронный ресурс] // Строительные нормативы: Официальный сайт. – Режим доступа: <http://vsenip.com/Data1/11/11362/index.htm>). – 2012. – 30 жовтня.
- ¹³ Закон України «Про стандартизацію» від 17 травня 2001 року № 2408-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 31. – Ст. 145.
- ¹⁴ ДСТУ 1.7-2001 Правила і методи прийняття та застосування міжнародних і регіональних стандартів. – К.: Держстандарт України, 2001. – 25 с.
- ¹⁵ ДСТУ 4976:2008 Комплекс стандартів у сфері охорони ґрунтів Основні положення. – К.: Держспоживстандарт України, 2009. – 6 с.
- ¹⁶ ДСТУ 4691:2006 Землеробство Терміни та визначення понять. – К.: Держспоживстандарт України, 2008. – 38 с.
- ¹⁷ Закон України «Про землеустрій» від 22 травня 2003 року № 858-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 36. – Ст. 282.
- ¹⁸ Закон України «Про будівельні норми» від 5 листопада 2009 року № 1704-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 5. – Ст. 41.
- ¹⁹ Національні нормативні документи України у галузі будівництва та промисловості будівельних матеріалів: за станом на 01.03.2013 року. – К.: НТК «Будстандарт», 2013. – 268 с.
- ²⁰ Санитарные нормы допустимых концентраций химических веществ в почве СанПиН 42-128-4433-87, Министерство здравоохранения СССР, 30 октября 1987 г. // Інформаційна довідкова система «Будстандарт» 3.0.0.; Санитарные правила и нормы охраны прибрежных вод морей от загрязнения в местах водопользования населения СанПиН № 4631-88, Министерство здравоохранения СССР, 6 июля 1988 г. // Інформаційна Довідкова Система «Будстандарт» 3.0.0.
- ²¹ Наказ Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження Державних санітарних правил планування та забудови населених пунктів» від 19 червня 1996 року № 173 // Інформаційна Довідкова Система «Будстандарт» 3.0.0.; Наказ Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження Державних санітарних норм та правил утримання територій населених місць» від 17 березня 2011 року № 145 // Офіційний вісник України. – 2011. – № 27. – Стор. 213.
- ²² Державні санітарні правила та норми «Гігієнічні вимоги щодо облаштування і утримання кладовищ в населених пунктах України» ДСанПіН 2.2.2.028 – 99, затверджено постановою Головного державного санітарного лікаря України від 1 липня 1999 № 28 // Інформаційна довідкова система «Будстандарт» 3.0.0.

Резюме

Бусуйок Д. В. Види стандартів та нормативів у галузі охорони земель.

У статті проведено систематизацію стандартів та нормативів у галузі охорони земель. В залежності від зовнішньої форми визначення вимог щодо якості земель, родючості ґрунтів і допустимого антропогенного навантаження та господарського освоєння земель доцільно розрізнити: стандарти в галузі охорони земель; нормативи в галузі охорони земель. Залежно від суб'єктів прийняття та за територією поширення існують: міжнародні, регіональні й національні стандарти. За сферою діяльності, в якій виникають питання, пов'язані з використанням та охороною земель, стандарти та нормативи поділяються на ті, що опосередковують: діяльність, яка пов'язана з використанням та охороною довкілля, ландшафтів, ґрунтів; сільськогосподарську діяльність; діяльність у сфері землеустрою; діяльність у сфері будівництва; діяльність із забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення.

Ключові слова: стандарти у галузі охорони земель, нормативи у галузі охорони земель, міжнародні стандарти, регіональні стандарти, національні стандарти, довкілля, ґрунти, сільськогосподарська діяльність.

Резюме

Бусуйок Д. В. Виды стандартов и нормативов в области охраны земель.

В статье проведена систематизация стандартов и нормативов в отрасли охраны земель. В зависимости от внешней формы определения требований в отношении качества земель, плодородия почв и допустимой антропогенной нагрузки и хозяйственного освоения земель целесообразно различать: стандарты в отрасли охраны земель; нормативы в отрасли охраны земель. В зависимости от субъектов принятия и от территории действия существуют: международные, региональные и национальные стандарты. В зависимости от области деятельности, в которой возникают вопросы, связанные с использованием и охраной земель стандарты и нормативы делятся на те, что опосредствуют: деятельность, связанную с использованием и охраной окружающей среды, ландшафтов, почв; сельскохозяйственную деятельность; деятельность в области землеустройства; деятельность в области строительства; деятельность по обеспечению санитарного и эпидемиологического благополучия населения.

Ключевые слова: стандарты в отрасли охраны земель, нормативы в отрасли охраны земель, международные стандарты, региональные стандарты, национальные стандарты, окружающая среда, почвы, сельскохозяйственная деятельность.

Summary

Busuiok D. The kinds of standards and norms in the sphere of land use and protection.

The systematization of standards and norms in the sphere of land use and protection has been done in the article. Depending on the external form of requirements to land quality, soil fertility, anthropogenic pressing and economical land development there are: standards in the sphere of land use and protection; norms in the sphere of land use and protection. Depending on the subjects of acceptance and the territory of distribution there are: international standards, regional standards and national standards. According to the sphere of activity where the questions, related to the land use and protection exists there are such norms and standards: norms and standards in the sphere of the environment; norms and standards in the sphere of landscapes and soils use and protection; norms and standards in the sphere of agricultural activity; norms and standards in the sphere of land management; norms and standards in the sphere of building; norms and standards in the sphere of sanitary and epidemic prosperity of population.

Key words: standards in the sphere of land use and protection; norms in the sphere of land use and protection, international standards, regional standards, national standards, the environment, soil, agriculture.

Отримано 6.01.2014

УДК 349.6 (477)

А. С. ЄВСТІГНЄЄВ

Андрій Сергійович Євстігнєєв, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИНЦИПУ ВАТ
ПРИ ВИДАЧІ ДОЗВІЛЬНИХ ДОКУМЕНТІВ НА ПРАВО
СПЕЦІАЛЬНОГО ПРИРОДОКОРИСТУВАННЯ В УКРАЇНІ**

Ефективне комплексне правове забезпечення екологічної безпеки (далі – ЕБ) у процесі спеціального природокористування неможливе без удосконалення чинного екологічного законодавства України шляхом запровадження прогресивних механізмів попередження порушення ЕБ. Різновидом таких механізмів, на нашу думку, можна розглядати так званий «принцип ВАТ», який на даний час активно реалізовується багатьма розвиненими європейськими країнами.

Різні аспекти правового забезпечення екологічної безпеки були предметом наукових досліджень вчених – представників вітчизняної науки екологічного права, як-от: В. І. Андрейцев, Г. І. Балюк, Ю. Л. Власенко, А. П. Гетьман, Н. Л. Ільїна, І. І. Каракаш, Т. Г. Ковальчук, М. В. Краснова, Н. Р. Малишева, О. В. Сушик, Т. О. Третяк, М. О. Фролов, М. В. Шульга, Ю. С. Шемшученко та ін.

Водночас спеціальні правові дослідження реалізації принципу ВАТ при видачі дозвільних документів на право спеціального природокористування в Україні у юридичній літературі не здійснювались, що обумовлює актуальність проведеного в цій статті дослідження.

Стратегією національної екологічної політики на період до 2020 р., затвердженої Законом України від 21 грудня 2010 р.¹, серед основних інструментів реалізації названої політики визначено удосконалення дозвільної системи у сфері охорони навколишнього природного середовища. При цьому зміст названого інструмента полягає у встановленні науково обґрунтованих обмежень на використання природних ресурсів та забруднення навколишнього природного середовища, впровадженні інтегрованого дозволу щодо регулювання забруднення навколишнього природного середовища відповідно до Директиви ЄС про попередження та контроль забруднення ('IPPC' 96/61/EC Directive) (далі – Директива 96/61/EC), спрощення процедури видачі дозволу та забезпечення прозорості. Отже, реалізації механізму, визначеного вказаною директивою 96/61/EC (який, власне, і передбачає застосування ВАТ), вітчизняним законодавцем надано важливе значення.

Перш ніж перейти до аналізу проблем реалізації принципу ВАТ в Україні, слід з'ясувати його сутність та правову природу.

Вперше принцип «Найкращих доступних технологій без надмірних витрат» (Best available techniques not entailing excessive costs (BATNEEC) був сформульований у Директиві Робочої групи по атмосферному повітрю (Air Framework Directive (AFD) в 1984 р. і стосувався викидів забруднюючих речовин в атмосферне повітря від великих промислових підприємств.

У 1996 р. даний принцип було удосконалено та закріплено у Директиві 96/61/EC, якою упорядковано відносини стосовно застосування найкращих існуючих технологій щодо трьох компонентів навколишнього середовища – атмосферного повітря, водних об'єктів та ґрунтів та передбачено встановлення граничних значень негативного впливу на навколишнє середовище на основі найкращих існуючих технологій².

Цією Директивою вимагається отримання дозволу на певні види промислової та сільськогосподарської діяльності з високим ризиком забруднення (енергетика, виробництво та обробка металів, мінеральна про-

мисловість, хімічна промисловість, управління відходами тваринництва і т.д.). У свою чергу, названий дозвіл може бути виданий тільки за умови дотримання певних екологічних умов, а також особистої відповідальності осіб, які здійснюють відповідну діяльність, за запобігання і скорочення будь-якого забруднення вони можуть викликати.

Однією із основних обов'язкових вимог для отримання дозволу на здійснення названих видів діяльності є використання при її здійсненні найкращої доступної технології (далі – НДТ) для такого виду діяльності.

По суті, принцип ВАР полягає у створенні правових умов для забезпечення сталого розвитку шляхом вирішення конфлікту економічного та екологічного інтересів. Таке вирішення полягає у створенні умов для здійснення певного виду економічної діяльності за умови гарантування її раціональності і максимально можливої на даний час екологічної безпечності. Названа безпечність досягається, по-перше, наявністю вимоги щодо застосування НДТ, яка вже сама по собі містить максимально безпечні на даний час кількісно-якісні показники відповідної діяльності, а, по-друге, – низкою додаткових обов'язків, що покладаються на особу, яка отримує дозвіл (запобігати великомасштабним забрудненням, накопиченню відходів виробництва; максимально ефективно використанню енергоресурсів, поверненню порушеного внаслідок здійснення діяльності довкілля у стан, яких існував до такого порушення тощо). Додаткові вимоги екологічного спрямування покладаються на вказану особу також і рішенням про видачу дозволу (граничне дозволене значення викидів забруднюючих речовин, заходи, можливість вжиття яких при виникненні аварійних ситуацій повинна бути забезпечена, заходи щодо мінімізації забруднення і моніторингу впливу діяльності на стан довкілля та населення тощо)³.

Окрім вказаного, превентивний характер при застосуванні ВАР відіграють закріплені вимоги щодо форми та змісту заяви на видачу дозволу, а також доведення інформації стосовно її подання до громадськості. Так, всі заявки на отримання дозволу мають бути спрямовані до компетентного органу державної влади ЄС, на території якого здійснюватиметься планована діяльність, який вирішуватиме, чи варто дозволяти діяльність. Заявка повинна включати в себе інформацію, що характеризує особливості планованої діяльності та можливі негативні впливи на довкілля внаслідок її здійснення⁴.

У розвиток Директиви 96/61/ЄС в ЄС було розроблено і затверджено довідники найкращих існуючих технологій (Best Available Techniques REferences – BREF) щодо окремих галузей економіки та видів діяльності, які підлягають використанню.

Запровадження принципу ВАР при видачі дозвільних документів на спеціальне природокористування в Україні може забезпечити виконання вочевидь основної функції права екологічної безпеки у сучасних умовах – попередження можливих порушень ЕБ при спеціальному використанні земель, вод, надр, лісів тощо. Основне місце у такому попередженні має бути відведено стадії видачі відповідних дозвільних документів на здійснення певних видів використання названих ресурсів, що є екологічно небезпечними.

Так, науково обґрунтовані НДТ, що містять конкретні, максимально безпечні (з урахуванням сучасного рівня розвитку науки і техніки) для довкілля та населення кількісно-якісні показники окремих різновидів спеціального природокористування, можна розглядати в якості нормативних критеріїв екологічної безпеки. На відміну від визначених ст. 33 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» (далі – Базовий закон)⁵ так званих екологічних нормативів (гранично допустимі викиди та скиди у навколишнє природне середовище забруднюючих хімічних речовин, рівні допустимого шкідливого впливу на нього фізичних та біологічних факторів), якими передбачаються певні вимоги щодо наслідків екологічно небезпечної діяльності, які часто неможливо відстежити та належним чином зафіксувати, НДТ є вимогами щодо джерела небезпеки – відповідної діяльності, в нашому випадку – у сфері природокористування. Зрозуміло, що превентивний характер має передусім нормативне регулювання щодо джерела негативного впливу (виду діяльності із природокористування), що унеможливує понаднормові негативні впливи на довкілля, а не з його наслідками, які настають вже після такого впливу (забруднення). При цьому зазначена перевірка здійснюється до видачі дозволу, а тому, у випадку встановлення невідповідності планованої природокористувачем діяльності відповідному НДТ, у видачі дозволу буде відмовлено до початку здійснення відповідної діяльності.

Слід зауважати, що повноцінне запровадження принципу ВАР є тривалим та непростим процесом, адже потребує комплексних змін законодавства, певного часу для адаптації до них економіки та, звичайно, фінансових витрат на розробку НДТ. Зрозуміло, що відповідні кардинальні зміни мають передбачатись насамперед нормами чинного екологічного законодавства, а їх запровадження повинно бути чітко спланованим і, за можливості, закріпленим на рівні програмного документа, затвердженого законом. Однак на даний час в Україні процес реалізації принципу ВАР фактично не розпочато.

Зокрема, системні положення щодо запровадження ВАР та НДТ, які б передбачали чіткі заходи, етапи та уповноважених на їх реалізацію осіб, відсутні в основних нормативно-правових актах вищої юридичної сили в сфері екології – у Базовому законі та Основних засадах державної екологічної політики на період до 2020 р., хоча в останньому в якості складової удосконалення дозвільної системи у сфері охорони НПС (яка, в свою чергу, є одним із основних інструментів реалізації національної екологічної політики) названо впровадження інтегрованого дозволу щодо регулювання забруднення довкілля відповідно до Директиви ЄС про попередження та контроль забруднення ('IPPC' 96/61/ЄС Directive), спрощення процедури видачі дозволу та забезпечення прозорості.

Водночас, окремі положення названих актів, за умови їх уточнення та об'єднання логічними зв'язками у єдину систему норм, можуть сприяти реалізації принципу ВАТ. Так, ст. 3 Базового закону одним із основних принципів охорони навколишнього природного середовища названо екологізацію матеріального виробництва на основі в тому числі широкого впровадження новітніх технологій. При цьому не зазначається, яким чином та в якому порядку відбуватиметься така екологізація. Згідно з приписами ст. 41 цього ж закону економічні заходи забезпечення охорони навколишнього природного середовища повинні передбачати надання підприємствам, установам і організаціям, а також громадянам податкових, кредитних та інших пільг при впровадженні ними маловідхідних, енерго- і ресурсозберігаючих технологій, однак належної реалізації у податковому законодавстві дане положення поки що не знаходить. При цьому названа стаття, як і аналогічні положення ст. 48 Базового закону, якими передбачено надання податкових пільг за умови запровадження названих вище технологій, є диспозитивними за своєю суттю, адже не містять обов'язкових вимог щодо такого запровадження, а надають право здійснити його. Відсутність конкретних пільг або їх недостатня економічна вигідність у випадку використання нових технологій, яка полягає у перевищенні витрат від переходу на таке використання над розміром отриманих переваг (пільг), а також неефективність системи державного контролю за дотриманням екологічного законодавства, внаслідок чого чимало порушень є латентними, не стимулює до відповідного переходу більшість суб'єктів господарювання. Ефективне ж для довкілля та екологічної безпеки запровадження НДТ у сфері спеціального природокористування передбачає обов'язковий перехід на їх застосування всіма без винятку суб'єктами, діяльність яких щодо використання окремих природних ресурсів на підставі спеціальних дозволів є екологічно небезпечною, адже в протилежному випадку негативні впливи на довкілля та життя і здоров'я людини продовжуватимуть здійснюватись значною частиною суб'єктів господарювання, що не перейдуть на застосування нових технологій.

Незакріплення загальних положень щодо забезпечення ВАТ на рівні системоутворюючих актів екологічного законодавства логічно позначається на змісті спеціальних актів так званого поресурсового законодавства різного рівня юридичної сили, якими передбачаються конкретні дозвільні процедури у досліджуваній сфері. Такі акти не містять жодних спеціальних вимог щодо впровадження НДТ та контролю за цим під час видачі дозвільних документів.

На відміну від України, деякі колишні пострадянські країни активніше формують правові засади реалізації принципу ВАТ. Зокрема в законодавстві нашого північно-східного сусіда – Російської Федерації згадується про НДТ. Так, визначення цієї категорії (яка законодавцем названа «найкраща існуюча технологія») наведено в ст. 1 Федерального закону «Про охорону навколишнього середовища», відповідно до якого це – технологія, що базується на останніх досягненнях науки і техніки, спрямована на зниження негативного впливу на довкілля та має встановлений строк практичного застосування з урахуванням економічних і соціальних факторів. Детальні положення щодо порядку застосування НДТ у господарській діяльності російських суб'єктів господарювання передбачаються у розробленому проекті Федерального Закону «Про внесення змін в окремі законодавчі акти Російської Федерації (в частині удосконалення системи нормування на навколишнє середовище та запровадження заходів економічного стимулювання суб'єктів господарювання для застосування найкращих технологій)».

Крім того, серед російських суб'єктів господарювання останнім часом починають розповсюджувати матеріали, які містять опис конкретних НДТ. Наприклад, довідник з НДТ у сфері поводження із відходами розповсюджується між особами, що передплачують журнал «Екологія виробництва», його редакцією. На даний час такий довідник являє собою переклад довідників BREF, що діють в ЄС, та не є обов'язковими. Однак сам факт його розповсюдження редакцією другованого засобу масової інформації, співзасновником якого є Міністерство природних ресурсів та екології Російської Федерації, свідчить про увагу держави до відповідної проблематики.

Проведене в цій статті дослідження дає підстави для наступних висновків. Принцип ВАТ є дієвим превентивним засобом, що може значно зменшити ризики порушення ЕБ у сфері спеціального природокористування в Україні. З огляду на вказане, вважаємо за доцільне розробити дієві законодавчі ініціативи щодо реалізації принципу ВАТ, оскільки його запровадження у природоресурсових правовідносинах є складним процесом, що потребує значного адаптаційного періоду, матеріальних та організаційних витрат, адже звільнення з такою реалізацією, очевидно, негативно позначиться на можливостях сталого розвитку України в XXI ст., чому будуть присвячені подальші дослідження автора.

¹ Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2020 року : Закон України від 21 груд. 2010 р. № 2818-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 26. – Ст. 218.

² Наилучшая существующая технология. – Режим доступу : http://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%9D%D0%B0%D0%B8%D0%BB%D1%83%D1%87%D1%88%D0%B0%D1%8F_%D1%81%D1%83%D1%89%D0%B5%D1%81%D1%82%D0%B2%D1%83%D1%8E%D1%89%D0%B0%D1%8F_%D1%82%D0%B5%D1%85%D0%BD%D0%BE%D0%BB%D0%BE%D0%B3%D0%B8%D1%8F#cite_note-1 – Назва з екрану.

³ Integrated pollution prevention and control. – Режим доступу : http://europa.eu/legislation_summaries/environment/waste_management/l28045_en.htm. – Назва з екрану.

⁴ Там само.

⁵ Про охорону навколишнього природного середовища : Закон України від 25 черв. 1991 р. № 1264-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 41. – Ст. 546.

Резюме

Євстигнєєв А. С. Правові проблеми реалізації принципу ВАТ при видачі дозвільних документів на право спеціального природокористування в Україні.

У статті проведено аналіз доктринальних позицій та положень національного і міжнародного законодавства щодо правової реалізації принципу ВАТ при видачі дозвільних документів на право спеціального природокористування в Україні. Запропоновано авторське розуміння змісту названого принципу.

Ключові слова: пріоритетність забезпечення екологічної безпеки, екологічна безпека, принцип ВАТ, попередження порушення екологічної безпеки.

Резюме

Евстигнеев А. С. Правовые проблемы реализации принципа ВАТ при выдаче разрешительных документов на право специального природопользования в Украине.

В статье проведен анализ доктринальных позиций и положений национального и международного законодательства по правовой реализации принципа ВАТ при выдаче разрешительных документов на право специального природопользования в Украине. Предлагается авторское понимание содержания названного принципа.

Ключевые слова: приоритетность обеспечения экологической безопасности, экологическая безопасность, принцип ВАТ, предупреждение нарушения экологической безопасности.

Summary

Yevstigneyev A. S. Legal problems of implementing the principle of ВАТ when issuing permits for special natural resources use in Ukraine.

The article analyses the doctrinal positions and provisions of national and international legislation on the legal implementation of the principle of ВАТ in the issuance of permits for the right to special environmental management in Ukraine. The author suggests an alternative understanding of the above mentioned principle.

Key words: priority of ensuring ecological safety, ecological safety, the principle of ВАТ, preventing violations of environmental safety.

Отримано 11.04.2014

УДК 349.6

С. М. ШЕРШУН

Сергій Миколайович Шершун, кандидат юридичних наук

КАТЕГОРІЯ «ОЦІНКА» ТА ЇЇ ЗАСТОСУВАННЯ У КОНТЕКСТІ З ІНШИМИ ЕКОЛОГО-ПРАВОВИМИ КАТЕГОРІЯМИ

Людина перебуває у середовищі, яке впливає на умови її життєдіяльності, надає їй ресурси, необхідні для задоволення її різноманітних потреб у їжі, паливі, сировині тощо. Це середовище може мати первісно природний стан, або ж стан, змінений внаслідок діяльності людини, чи штучний характер, оскільки створений працею людини. Залежність людини від цього середовища та її стану вимагає від неї постійного аналізу кожного свого кроку, пов'язаного з впливом на цей стан, аби не зруйнувати свою домівку – середовище, в якому перебуває та з якого бере усе необхідне для життя. За філософським підходом те, на що орієнтується суб'єкт у своїй пізнавальній та практичній діяльності, становить для нього цінність. Визначення значущості цієї цінності є результатом оцінювання. Цінність та оцінка за твердженням філософів становить єдиний комплекс¹. З огляду на зазначене, середовище, що оточує людину, як життєво важлива цінність та оцінка її стану, знаходяться у об'єктивно нерозривному зв'язку. Оцінка є необхідним компонентом будь-якого рішення, що може вплинути на стан навколишнього середовища. В умовах, коли практично усі види діяльності, що становлять небезпеку для екологічних умов життєдіяльності людини, підпадають під дію правових екологічних вимог, оцінювання у галузі охорони навколишнього середовища набуло нормативного характеру, може орієнтуватися на критерії, передбачені законодавством для оцінки стану довкілля.

Закони та інші нормативно-правові акти, що є носіями правових норм, на основі яких здійснюється оцінка в галузі охорони навколишнього середовища, трансформують до себе висновки, рекомендації науковців щодо вирішення екологічних проблем. Внаслідок цього законодавство збагачується новими поняттями та категоріям. Подекуди останні сформувалися внаслідок дискусій щодо їх розуміння та застосування. Ця дискусійність, неоднозначність тлумачення лишається властивою їм і при використанні у законодавчій практиці. З термінами такого роду пов'язано і застосування категорії «оцінка» у даній сфері. І це не може не

впливати на розуміння її сутності та характеристики. Отже, є об'єктивні передумови для аналізу категорії «оцінка» у контексті її застосування з іншими правовими категоріями.

Базу для даного дослідження становитимуть терміни «екологічна оцінка», «оцінка впливів на стан навколишнього середовища», «оцінка впливів на стан навколишнього природного середовища», «оцінка в галузі охорони довкілля», які використовуються у законах та інших нормативно-правових актах, що регулюють відносини у сфері взаємодії людини і природи, та у науковій літературі. Різноманітність відповідної термінології відбиває загальні процеси у формуванні базової екологічної правової термінології, ключовою ознакою якої було забезпечення екологізації законодавства. За допомогою терміна «екологічний» спочатку у науковій літературі, а потім у нормативно-правових актах екологічного забарвлення було надано різним видам діяльності та засобам, пов'язаним із забезпеченням охорони навколишнього середовища (наприклад, екологічна експертиза, екологічні інспекції, екологічний аудит, забезпечення екологічної безпеки, екологічні стандарти, екологічні нормативи, екологічна інформація, екологічний податок, екологічне виховання, екологічна освіта тощо).

Наведені та інші подібні терміни передають основне призначення відповідного законодавства забезпечувати вирішення екологічних проблем за допомогою екологічно орієнтованих заходів. Зазначене стосується й терміна «оцінка», який у поєднанні з словом «екологічна» («екологічна оцінка») фокусує увагу на екологічній складовій оцінки, її орієнтації на встановлення відповідності будь-яких впливів на стан навколишнього середовища екологічним параметрам, що передбачені законодавством. У своєму призначенні поняття «екологічна оцінка» є синонімічним поняттю «оцінка в галузі охорони навколишнього природного середовища». Єдина відмінність останнього від поняття «екологічна оцінка» полягає в тому, що в ньому акцент перенесено на вказівку сфери застосування. Це не нівелює той факт, що воно розв'язує завдання щодо оцінки антропогенного навантаження (впливу) на стан природного середовища і зворотній вплив цього стану на здоров'я людини. На фоні понять «екологічна оцінка», «оцінка в галузі охорони навколишнього природного середовища» поняття «оцінка впливів на стан навколишнього природного середовища» виглядає більш спеціалізованим та уніфікованим, таким, що прямо передає основне призначення оцінки у даній сфері. Воно само по собі знімає усі питання щодо цілей та завдань відповідної оцінки, а саме: встановити відповідність параметрів виробничого та іншого господарського тиску на навколишнє середовище нормативам, правилам екологічної безпеки. Така оцінка здійснюється за спеціальними правовими процедурами, орієнтованими на розв'язання тих чи інших природоохоронних завдань. Наприклад, спрямована на запобігання появи нових джерел негативного техногенного впливу на атмосферне повітря, водні та інші природні об'єкти (оцінка проєктів господарської діяльності у процесі екологічної експертизи), виявлення аномалії у стані природного середовища (оцінка відповідності стану окремих природних ресурсів нормативам екологічної безпеки у процесі моніторингу довкілля) тощо.

Окремо слід розглянути питання про використання у контексті терміна оцінка понять «природне середовище», «навколишнє середовище», «довкілля», з якими пов'язано визначення об'єкта оцінки у даній сфері. Зауважимо, що термін «навколишнє природне середовище» був уведений в обіг національного екологічного законодавства Законом України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25 червня 1991 року. Це було певним чином несподівано, оскільки у еколого-правовій та іншій літературі з екологічної проблематики використовувався переважно термін «навколишнє середовище»².

Застосування терміна «навколишнє середовище» об'єктивно зумовлювалося тим, що він, на відміну від терміна «навколишнє природне середовище», найбільш точно визначав об'єкт, що підлягає правовій охороні у сучасний період. Відміна ж сьогоденного підходу до вирішення цього питання від того, що застосовувався ще 50–60 років тому назад, суттєва. Прикладом тут може слугувати Закон «Про охорону природи УРСР» (ст. 1), що був прийнятий 30 червня 1960 р., згідно з яким державній охороні та регулюванню використання на території УРСР підлягали: земля, надра, водні ресурси, ліси, полезахисні й водоохоронні лісосмуги, зелені насадження, типові ландшафти, курортні місцевості, рідкісні й визначні природні об'єкти, державні заповідники та заказники, тваринний світ, атмосферне повітря та інші природні багатства, що знаходяться в господарському обігу, а також ті, що не експлуатуються. Цей припис чітко вказував на те, що об'єктом правової охорони у ті часи була виключно природа, її ресурси.

Але ж сьогодні природного середовища (це природа у чистому вигляді) практично не існує. Ю. С. Шемшученко зазначає: «Під впливом науково-технічного прогресу в останні півстоліття утворилося нове антропогенно-природне середовище, яке й отримало назву навколишнього середовища (англ. – environment)»³. Це навколишнє середовище складається з: природного середовища, тобто сукупності природних ресурсів і умов, що мають природне походження, або ж має певні антропогенні зміни; штучного середовища, тобто середовища, створеного працею людини (міста, міські агломерації, транспорт, виробничі будівлі та споруди та ін.; соціального середовища, тобто середовища виробничих і невиробничих відносин, що визначають характер взаємодії між природою та суспільством⁴. Близьким до терміна «навколишнє середовище» є термін «довкілля», застосування якого у законодавстві започаткувала Конституція України, прийнята 28 червня 1996 року. Останній означає все те, що оточує людину, як те, у чому існує жива істота, організм⁵, «а тому може інтерпретуватися як простір та об'єкти довколишнього природного, соціального, виробничого і антропогенного походження»⁶. Зазвичай у словниках термін «довкілля» подається паралельно з терміном «навколишнє середовище»⁷. Отже, вони є синонімічними. Не зважаючи на це, термін «довкілля» не може повністю замінити останній, до чого по суті йдеться у законодавчій практиці.

Термін «навколишнє середовище» найбільш придатний для вживання у законодавстві з огляду на традиції у його застосуванні, його адаптованості до відповідної міжнародної термінології. Важливо, що й термін «довкілля» буде перекладатися іноземними мовами як «навколишнє середовище» (наприклад, «окружающая среда» – російською мовою). Відповідно, при зворотному перекладі українською мовою доцільно мати ідентичне формулювання. Власне, на практиці це вже має місце. Термін «навколишнє середовище» використаний в українському офіційному перекладі окремих міжнародних угод, наприклад, у Конвенції про оцінку впливу на навколишнє середовище у транскордонному контексті (Еспо, Фінляндія, 25 лютого 1991 р.), рафікований Законом України № 534-XIV від 19 березня 1999 р., Угоді між Урядом України та Урядом Російської Федерації про співробітництво в галузі охорони навколишнього середовища, підписаній 26 липня 1995 року. На користь доцільності повернення до активного застосування у екологічному законодавстві терміна «навколишнє середовище» свідчить і те, що в ньому використовується поняття «середовище», яке є одним із основних, базових екологічних понять. У контексті з ним розглядаються різні аспекти існування та взаємодії організмів, певних особин, популяцій, явищ та сил природи у різних середовищах (зокрема, виділяються природне середовище, включаючи абіогічне та біогічне середовища, виробниче середовище, водне середовище, ґрунтове середовище тощо)⁸. Нарешті, у науці екології прямо наголошується на тому, що «предметом екології є середовище, де живуть і відтворюються живі організми (в тому числі і людина) та їх взаємовідносини з середовищем»⁹.

Розглянуте дає змогу зробити висновок, що словосполучення «екологічна оцінка», «оцінка впливів на стан навколишнього середовища» є найбільш прийнятними. Вони узгоджуються між собою як загальне та спеціальне і допомагають предметно вирішувати питання щодо розвитку правового регулювання відносин, пов'язаних із застосуванням оцінки у сфері взаємодії суспільства і природи. Цей висновок має прогностичний, перспективний характер. Реалізувати повноцінно (системно) його можливо лише при радикальному оновленні Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища», який, як відомо, безнадійно застарів. За нової редакції цього Закону він мав би отримати таку назву: Закон України «Про охорону навколишнього середовища». Його формат допоміг би визначити базові терміни екологічного законодавства, упорядкувати основні еколого-правові інститути, у тому числі з оцінки у даній сфері правового регулювання.

¹ Філософія : навч. посіб. / Л. В. Губський, І. Ф. Надольний, В.П.Андрущенко та ін. ; за ред. І. Ф. Надольного. – 7-ме вид., стер. – К.: Вікар, 2008. – С. 542–453.

² Шемшученко Ю. С., Мунтян В. Л., Розовский Б. Г. Юридическая ответственность в области охраны окружающей среды. – К.: Наукова думка, 1978. – 280 с.; Бжезинский В. Правовая охрана окружающей среды. – М.: Прогресс, 1979. – 251 с.; Мальшева Н. Р. Охрана окружающей среды от шумового воздействия (правовые и организационные вопросы). Автореф. ... канд. юрид. наук. – К.: 1981. – 24 с.; Музыченко П. П. Прогнозирование и планирование в системе управления качеством окружающей среды (государственно-правовые аспекты). Автореф. ... канд. юрид. наук. – Одесса, 1981. – 24 с.; Дубовик О. Л. Механизм действия права в охране окружающей среды. – М.: Наука, 1984. – 168 с.; Государственно-правовое управление качеством окружающей среды / Под общ. ред. д-ра юрид. наук, проф. А. В. Сурилова. – Киев-Одесса: Вища школа, 1983. – 190 с.; Справочник по охране окружающей среды / В. Г. Сахаев, В. Б. Щербичкий. – К.: Будівельник, 1986. – 152 с. та ін.

³ Екологічне право України: Академічний курс: Підручник / За заг. ред. Ю. С. Шемшученка. – К.: ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2005. – С. 10–12.

⁴ Охрана окружающей среды в городах (организационно-правовые вопросы) / Отв. ред. Ю. С. Шемшученко. – К.: Наукова думка, 1981. – С. 10.

⁵ Великий тлумачний словник української мови / Упоряд. Т. В. Ковальова. – Х.: Фоліо, 2005. – 768 с.

⁶ Андрейцев В. І. Правове забезпечення екологічної безпеки (Гл. 2) // Екологічне право : Особлива частина : Підруч. для студ. юрид. вузів і фак.: Повний акад. курс / За ред. акад. АПРн В. І. Андрейцева. – К.: Істина, 2001. – С. 54; Корсун С. Г. Управління довкіллям: лінгвістичний та понятійний зміст // Економіка АПК.– 2009.– С. 25–26.

⁷ Непийвода Н. Практичний російсько-український словник: найуживаніші слова і вислови / За ред. Ф. А. Непийводи. – К.: Основа, 2000. – С. 215; Гловацук С. І. Російсько-український словник сталих словосполучень. – К.: Наукова думка, 2001. – С. 355; Адаменко О. М., Коробченко А. А., Періжко Й. І. Словник екологічних термінів і понять для студентів вищих навчальних закладів України. – Івано-Франківськ, 2000. – С. 87, 148.

⁸ Заверуха Н. М., Серебряков В. В., Скиба Ю. А. Основи екології: Навч. посіб. – К.: Каравела, 2006. – С. 16–25.

⁹ Жигуц Ю. Ю., Лазар В. Ф. Інженерна екологія. Навчальний посібник для студентів технічних спеціальностей. – вид. 2-е, випр. і доп. – К.: Кондор-Видавництво, 2012. – С. 17.

Резюме

Шершун С. М. Категорія «оцінка» та її застосування у контексті з іншими еколого-правовими категоріями.

У статті досліджуються питання застосування терміна «оцінка» у екологічному законодавстві, показується значення екологічної оцінки для розв'язання завдань охорони навколишнього середовища, забезпечення екологічної безпеки, розкривається правовий механізм оціночної діяльності у даній сфері. Розглядається співвідношення термінів «екологічна оцінка», «оцінка впливів на стан навколишнього середовища». Висвітлюються проблеми використання терміна «оцінка» у контексті з іншими правовими категоріями (зокрема, з термінами «довкілля», «навколишнє природне середовище», «навколишнє середовище»). Доводиться доцільність запровадження у законодавчу практику терміна «навколишнє середовище» (замість терміна «навколишнє природне середовище») як такого, що найбільш придатний для вживання у даній сфері правового регулювання. Під цим кутом зору аналізується чинний Закон України «Про охорону навколишнього природного середовища», який безнадійно застарів і за нової редакції мав би прийняти концепцію охорони навколишнього середовища.

Ключові слова: екологічне законодавство, оцінка, довкілля, навколишнє середовище, природне середовище, впливи на стан навколишнього середовища, охорона навколишнього середовища.

Резюме

Шеришун С. Н. Категорія «оценка» и ее применение в контексте с другими эколого-правовыми категориями.

В статье исследуются вопросы применения термина «оценка» в экологическом законодательстве, показывается значение экологической оценки для решения задач охраны окружающей среды, обеспечения экологической безопасности, раскрывается правовой механизм оценочной деятельности в данной сфере. Рассматривается соотношение терминов «экологическая оценка», «оценка воздействия на состояние окружающей среды». Освещаются проблемы использования термина «оценка» в контексте с другими правовыми категориями (в частности, с терминами «среда», «окружающая природная среда», «окружающая среда»). Обосновывается целесообразность введения в законодательную практику термина «окружающая среда» (вместо термина «окружающая природная среда») как наиболее подходящего для употребления в данной сфере правового регулирования. Под этим углом зрения анализируется действующий Закон Украины «Об охране окружающей природной среды», который безнадежно устарел и в новой редакции должен воспринять концепцию охраны окружающей среды.

Ключевые слова: экологическое законодательство, оценка, окружающая среда, окружающая природная среда, воздействия на состояние окружающей среды, охрана окружающей среды.

Summary

Shershun S. Category «evaluation» and its application in the context of other ecological and legal categories.

This article investigates the question of the application of the term «evaluation» of environmental legislation, showing the value of the environmental assessment to meet the challenges of environmental protection, environmental safety, reveals the legal mechanism of assessment activities in this area. We consider the ratio of the terms «environmental assessment», «evaluation of the impacts on the environment». Highlights the problems of using the term «evaluation» in the context of other legal categories (including the terms «environment», «environment», «environmental»). We have expediency of the legislative practice of the term «environment» (instead of the term «natural environment») as being most suitable for use in this area of legal regulation. From this perspective, analyzes the current Law of Ukraine «On Environmental Protection», which is hopelessly outdated and new wording would have to accept the concept of environmental protection.

Key words: environmental legislation, assessment, environment, environment, impacts on the environment, protection of the environment.

Отримано 9.04.2014

УДК 349.41

А. В. НАГРЕБЕЛЬНИЙ

Андрій Володимирович Нагребельний, молодший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

ЗЕМЛІ ВОДООХОРОННИХ ЗОН ТА ПРИБЕРЕЖНИХ ЗАХИСНИХ СМУГ ЯК ПОТЕНЦІЙНИХ ОБ'ЄКТІВ ДЕРЖАВНО-ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРСТВА

Подальший розвиток промислового та аграрного виробництва, його інтенсифікація значною мірою актуалізують як проблему правової охорони земель водоохоронних зон і прибережних захисних смуг, так і проблему державно-приватного партнерства у використанні вказаних земель, на яких законодавчо встановлений режим обмеженої господарської діяльності.

Сучасна земельно-правова та еколого-правова доктрина потребує здійснення системних досліджень правового режиму земель водоохоронних зон та прибережних захисних смуг з метою виявлення стану його правового та організаційного забезпечення, визначення доцільності та можливості вдосконалення правового регулювання земельних та екологічних відносин у цій сфері.

Окремі питання земельних та екологічних правовідносин в межах водоохоронних зон та прибережних захисних смуг висвітлювали у наукових працях відомих вітчизняних вчених-правознавців В. І. Андрейцева, П. Ф. Кулиничка, М. В. Краснової, Н. Р. Малишевої, В. В. Носіка, О. О. Погрібного, О. В. Роговенка, Ю. С. Шемшученка, М. В. Шульги та ін.. Натомість комплексно правовий режим земель прибережних захисних смуг та водоохоронних зон як можливих об'єктів державно-приватного партнерства в Україні спеціально не досліджувався.

Метою даної статті є визначення особливостей правового режиму земель водоохоронних зон та прибережних захисних смуг, стан його законодавчого врегулювання та перспективи вдосконалення з огляду на необхідність вирішення проблем екологічної безпеки водних ресурсів та їх якості, а також потенційних можливостей залучення інвестиційних та інноваційних ресурсів на засадах державно-приватного партнерства.

Згідно чинного законодавства України водоохоронна зона являє собою природоохоронну територію регульованої господарської діяльності, що створюється для підтримання сприятливого режиму водних

об'єктів, попередження їх забруднення, засмічення і вичерпання, знищення навколишніх рослин і тварин, а також зменшення коливань стоку вздовж річок, морів і навколо озер, водосховищ та інших водойм. До складу цих зон входять: заплави річки, перша надзаплавна тераса, бровки і круті схили берегів, а також прилеглі балки та яри.

Земельним законодавством України передбачено, що водоохоронні зони відносяться до земель водного фонду, які є самостійною складовою земель України. До їх складу належать землі, зайняті: морями, річками, озерами, водосховищами, іншими водними об'єктами; прибережними захисними смугами вздовж цих водних об'єктів; гідротехнічними, іншими водогосподарськими спорудами та каналами, а також землі, виділені і під смуги відведення для них; береговими смугами водних шляхів. Вказаний перелік земель є вичерпним, а правовий режим їх використання та охорони визначається переважно нормами земельного законодавства України.

Статтею 88 Водного кодексу України¹ визначено, що з метою охорони поверхневих водних об'єктів від забруднення і засмічення та збереження їх водності вздовж річок, морів і навколо озер, водосховищ та інших водойм в межах водоохоронних зон виділяються земельні ділянки під прибережні захисні смуги. Вони встановлюються по берегах річок та навколо водойм уздовж урізу води (у межений період) шириною: а) для малих річок, струмків і потічків, а також ставків площею менше 3 гектарів – 25 метрів; б) для середніх річок, водосховищ на них та ставків площею більше 3 гектарів – 50 метрів; в) для великих річок, водосховищ на них та озер – 100 метрів. При цьому, якщо крутизна схилів перевищує три градуси, мінімальна ширина прибережної захисної смуги подвоюється. Уздовж морів та навколо морських заток і лиманів встановлюється прибережна захисна смуга шириною не менше двох кілометрів від урізу води. Водним кодексом України передбачено, що прибережні захисні смуги встановлюються на земельних ділянках всіх категорій земель, крім земель морського транспорту. Землі цих смуг перебувають у державній або комунальній власності і можуть надаватися в користування лише для цілей, визначених законодавством України.

Варто зазначити, що у межах прибережної захисної смуги встановлюється пляжна зона, яка являє собою прилеглу до урізу води частину прибережної смуги уздовж морів, навколо морських заток і лиманів з режимом обмеженої господарської діяльності. Ширина пляжної смуги визначається залежно від ландшафтно-формуючої діяльності моря, але не менше 100 метрів від урізу води, що включає: а) території, розташовані між лінією максимального відпливу та лінією максимального напливу хвиль, зареєстрованих під час найсильніших штормів, а також територію берега, яка періодично затоплюється хвилями; б) прибережні території – складені піском, гравієм, камінням, ракушняком, осадовими породами, що сформувалися в результаті діяльності моря, інших природних чи антропогенних факторів; в) скелі, інші гірські утворення.

Правовий режим земель пляжної зони як об'єктів державно-приватного партнерства характеризується тим, що користування нею у межах прибережної захисної смуги морів та навколо морських заток і лиманів здійснюється з дотриманням вимог щодо охорони морського середовища, прибережної захисної смуги від забруднення та засмічення і вимог санітарного законодавства. До узбережжя морів, морських заток і лиманів у межах пляжної зони має бути забезпечений безперешкодний і безоплатний доступ громадян для загального водокористування, крім земельних ділянок, на яких розташовані гідротехнічні, гідрометричні та лінійні споруди, санаторії та інші лікувально-оздоровчі заклади, дитячі оздоровчі табори. У разі надання права користування пляжною зоною користувачі зобов'язані забезпечити безперешкодний та безоплатний прохід уздовж берега моря, морської затоки чи лиману.

На островах встановлюється режим обмеженої господарської діяльності, передбачений для прибережних захисних смуг. Режим використання об'єктів і територій природно-заповідного фонду, розташованих у межах прибережної смуги морів та навколо морських заток і лиманів, регулюється Законом України «Про природно-заповідний фонд України».

Статтею 90 Водного кодексу України також передбачено, що прибережна захисна смуга уздовж морів, морських заток і лиманів входить у зону санітарної охорони моря і може використовуватися лише для будівництва військових та інших оборонних об'єктів, об'єктів, які виробляють енергію за рахунок використання енергії вітру, сонця і хвиль, об'єктів постачання, розподілу, передачі (транспортування) енергії, а також санаторіїв, дитячих оздоровчих таборів та інших лікувально-оздоровчих закладів з обов'язковим централізованим водопостачанням і каналізацією, гідротехнічних, гідрометричних та лінійних споруд.

Згідно статті 60 Земельного кодексу України² прибережні захисні смуги встановлюються на земельних ділянках усіх категорій земель, крім земель морського транспорту. Межі встановлених прибережних захисних смуг і пляжних зон зазначаються в документації із землеустрою, кадастрових планах земельних ділянок, а також у містобудівній документації. При цьому у межах пляжної зони цих смуг заборонено будівництво будь-яких споруд, крім гідротехнічних, гідрометричних та лінійних.

Відповідно до чинного законодавства України прибережні захисні смуги відносяться до природоохоронних територій. На цих землях, встановлений особливий правовий режим, що включає певні обмеження або заборони ведення господарської діяльності, які обумовлені відповідними видами водних об'єктів.

Режим господарської діяльності на землях водоохоронних зон, як об'єкти потенційного державно-приватного партнерства, встановлений ст. 87 Водного кодексу України і постановою Кабінету Міністрів України від 8 травня 1996 р., якою затверджений Порядок визначення розмірів і меж водоохоронних зон і режиму ведення господарської діяльності в цих зонах³.

У контексті питань даної статті необхідно зазначити, що відносини у сфері державно-приватного партнерства, врегульовані спеціальним законодавчим актом – Законом України Закон від 01 липня 2010 р.

№ 2404-VI «Про державно-приватне партнерство»⁴. Відповідно до закону державно-приватне партнерство визначається як співробітництво між державою Україна, Автономною Республікою Крим, територіальними громадами в особі відповідних органів державної влади та органів місцевого самоврядування (державними партнерами) та юридичними особами, крім державних та комунальних підприємств, або фізичними особами – підприємцями (приватними партнерами), що здійснюється на основі договору в порядку, встановленому даним Законом та іншими актами законодавства України. На даний час такими актами є: постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку надання державної підтримки здійсненню державно-приватного партнерства» від 17 березня 2011 р. № 279, «Деякі питання організації здійснення державно-приватного партнерства» від 11 квітня 2011 р. № 384, а також постанова Кабінету Міністрів України, якою затверджено Порядок проведення аналізу ефективності здійснення державно-приватного партнерства від 11 квітня 2011 р. № 384.

До ознак державно-приватного партнерства законом віднесено:

а) забезпечення вищих техніко-економічних показників ефективності діяльності, ніж у разі здійснення такої діяльності державним партнером без залучення приватного партнера; б) довготривалість відносин (від 5 до 50 років); в) передача приватному партнеру частини ризиків у процесі здійснення державно-приватного партнерства; г) внесення приватним партнером інвестицій в об'єкти партнерства із джерел, незаборонених законодавством.

Державно-приватне партнерство може застосовуватися у всіх видах діяльності за виключенням тих видів господарської діяльності, які відповідно до закону дозволяється здійснювати виключно державним підприємствам, установам та організаціям.

Визначення, ознаки державно-приватного партнерства, а також види діяльності, де партнерство може бути застосованим, є досить широкими та не передбачають зосередження, перш за все, на завданнях, які ставити перед собою публічний сектор. Щодо форм здійснення державно-приватного партнерства, то вони не обмежуються за виключенням того, що дія закону про державно-приватне партнерство не поширюється на угоди про розподіл продукції.

Об'єктами державно-приватного партнерства визначаються об'єкти, що перебувають у державній або комунальній власності чи належать Автономній Республіці Крим. Передача об'єктів, що перебувають у державній або комунальній власності чи належать Автономній Республіці Крим, приватному партнеру для виконання умов договору, укладеного в рамках державно-приватного партнерства, не зумовлює перехід права власності на ці об'єкти до приватного партнера.

Такі об'єкти підлягають поверненню державному партнеру після припинення дії договору, укладеного в рамках державно-приватного партнерства. Право власності на об'єкти, що добудовані, перебудовані, реконструйовані в рамках державно-приватного партнерства, належить державному партнеру.

Законодавством про державно-приватне партнерство передбачено наступні джерела фінансування такого партнерства: 1) фінансові ресурси приватного партнера; 2) фінансових ресурсів, запозичених в установленому порядку; 3) коштів державного та місцевих бюджетів; 4) інших джерел, не заборонених законодавством.

Рішення про здійснення державно-приватного партнерства приймається наступним чином: органи влади або особи, які можуть бути приватними партнерами, готують пропозиції про здійснення державно-приватного партнерства, які подаються до органу, уповноваженого Кабінетом Міністрів України або на розгляд відповідних місцевих рад в залежності від належності об'єкту партнерства. У даному випадку таким об'єктом можуть бути, окрема, пляжні зони.

Наступним етапом має бути аналіз ефективності державно-приватного партнерства та виявлення можливих ризиків, пов'язаних з його реалізацією.

Виявлення видів ризиків здійснення державно-приватного партнерства, їх оцінки та визначення форми управління ризиками, здійснюється відповідно до методики, затвердженої постановою Кабінету Міністрів України від 16 лютого 2011 року №232. Порядок загального аналізу ефективності здійснення державно-приватного партнерства визначається постановою Кабінету Міністрів України від 11 квітня 2011 р. №384. Обґрунтування соціально-економічних та екологічних наслідків здійснення державно-приватного партнерства повинне проводитись за результатами відповідного аналізу.

Визначення приватного партнера для укладення договору (договорів) у рамках державно-приватного партнерства здійснюється виключно на конкурсних засадах, крім випадків, передбачених законом.

Укладення договору в рамках державно-приватного партнерства здійснюється органом, який прийняв рішення про здійснення партнерства з переможцем конкурсу на умовах, встановлених конкурсом з визначення приватного партнера.

Отже, норми чинного законодавства України та конкретні договірні форми дають можливість застосувати потенціал державно-приватного партнерства у галузі ефективного використання земель водоохоронних зон та прибережних захисних смуг (передусім це стосується пляжних зон), розвитку необхідної інфраструктури на цих землях та здійснення належних природоохоронних заходів. Водночас реалізації такої можливості, як показують дослідження та аналіз правозастосовчої практики, потребує внесення змін і доповнень до земельного та водного законодавства України в частині правового режиму водоохоронних зон і прибережних захисних смуг, посилення державного контролю в сфері охорони і раціонального використання земель вказаних зон і смуг.

¹ Відомості Верховної Ради України. – 1995. – №24. – Ст. 189.

² Відомості Верховної Ради України. – 2002. – №3–4. – Ст. 27.

³ Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №24. – Ст. 11.

⁴ Відомості Верховної Ради України. – 2010. – №40. – Ст. 524.

Резюме

Нагребельний А. В. Землі водоохоронних зон та прибережних захисних смуг як потенційних об'єктів державно-приватного партнерства.

Досліджується правовий режим земель водоохоронних зон та прибережних захисних смуг як потенційних об'єктів державно-приватного партнерства в Україні. Визначені особливості даного режиму з урахуванням вимог екологічної безпеки водних ресурсів та умови ефективного використання і охорони вказаних земель на засадах державно-приватного партнерства. Запропоновано й обґрунтовано необхідність посилення державного контролю у цій сфері та внесення змін і доповнень до чинного законодавства з цих питань.

Ключові слова: земельні правовідносини, правовий режим, водоохоронна зона, прибережна захисна смуга, державно-приватне партнерство.

Резюме

Нагребельный А. В. Земли водоохраных зон и прибережных защитных полос как потенциальные объекты государственно-частного партнерства.

Исследуется правовой режим земель водоохраных зон и прибережных защитных полос как потенциальных объектов государственно-частного партнерства в Украине. Определяются особенности данного режима с учетом требований экологической безопасности водных ресурсов, а также условия эффективного использования и охраны указанных земель на основе государственно-частного партнерства. Предложено и обосновано необходимость усиления государственного контроля в этой сфере, а также внесения изменений и дополнений в действующее законодательство по этим вопросам.

Ключевые слова: земельные правоотношения, правовой режим, водоохранная зона, прибережная защитная полоса, государственно-частное партнерство.

Summary

Nagrebelyny A. Lands water protection zones and the coastal shelterbelts as potential public-private partnerships.

Investigate the legal status of land and water protection zones the coastal shelterbelts as potential objects of public-private partnership in Ukraine. Defines the features of this mode with the requirements of ecological safety of water resources, as well as conditions for effective use and protection of these lands on the basis of public-private partnership. Proposed and justified the need for increased state control in this area, as well as alterations and additions to existing legislation on these issues.

Key words: land relations, the legal regime, water protection zone, the coastal protection zone, a public-private partnership.

Отримано 11.04.2014

УДК 343.237; 343.974

О. О. КВАША

Оксана Олександрівна Кваша, доктор юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ПОНЯТТЯ КОЛЕКТИВНОГО ЗЛОЧИНУ, КОЛЕКТИВНОЇ ЗЛОЧИННОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, КОЛЕКТИВНОГО СУБ'ЄКТА В ЮРИДИЧНІЙ НАУЦІ

У сучасній Україні однією з тенденцій розвитку злочинності є збільшення кількості злочинів, що вчинюються у співучасті, і ступеня їх суспільної небезпеки. Сьогодні, як ніколи раніше, очевидно, що основним елементом суспільної небезпеки насамперед організованих форм співучасті є виникнення нової якості, нової сили, яка має руйнівний для суспільства характер. Однак події кінця 2013 – початку 2014 р., зумовлені суспільно-політичною кризою в Україні, засвідчили, що руйнівний характер можуть мати неконтрольовані протиправні дії натовпу, які трансформовані з масових мирних акцій громадян. Не зважаючи на визнання цих подій «антикримінальною революцією», однією з цілей якої було знищення надзвичайно високого рівня корупції у всіх органах влади, слід констатувати й окремі негативні наслідки. Так, спільна агресивна поведінка мітингувальників (а іноді – і справжніх кримінальних злочинців, що скористались ситуацією), які штурмували РУВС у різних регіонах України, призвела до захоплення табельної зброї, спецзасобів, секретних документів, пов'язаних з оперативно-розшуковою діяльністю, що у подальшому може мати тяжкі наслідки. І найбільш небезпечний для сучасного українського суспільства прояв співучасті у злочині – це сепаратистська діяльність у Криму та інших регіонах України, за фактами якої вже порушено 135 кримінальних проваджень.

Проблеми протидії спільній злочинній діяльності отримали ґрунтовне висвітлення у працях українських учених. У галузі кримінального права і кримінології внесок у розроблення цієї проблеми зробили В. В. Василевич, В. М. Всеволодов, В. О. Глушков, Н. О. Гуророва, І. М. Даньшин, О. М. Джуца, А. П. Закалюк, В. С. Зеленецький, О. Г. Кальман, О. М. Костенко, Б. В. Лизогуб, О. М. Литвак, Є. К. Марчук, М. І. Мельник, М. І. Панов, Б. В. Романюк, О. Я. Светлов, І. К. Туркевич, В. П. Філонов, М. І. Хавронюк, С. Д. Шапченко та інші. Водночас форми спільної злочинної діяльності потребують окремого дослідження, що і є метою даної статті.

Отже, частка спільно вчинюваних злочинів у загальній структурі злочинності значно зросла. Причини та механізми вчинення злочинів за участю десятків і навіть сотень чи тисяч осіб потребують глибокого наукового аналізу. Це обумовлено, зокрема, таким: оскільки в групі об'єднуються зусилля кількох осіб з метою досягнення єдиного злочинного результату, то спільна злочинна діяльність за інших рівних умов являє собою більш високий ступінь суспільної небезпеки порівняно зі злочином, вчиненим однією особою. Спільні дії значно підвищують ефективність досягнення злочинного результату і збільшують імовірність уникнення кримінального переслідування співучасниками.

Кримінально-правова наука не може розвиватися в межах чинного закону. І конструкція співучасті в чинному Кримінальному кодексі потребує перегляду й зіставлення із сучасними особливостями тих чи інших форм спільної злочинної діяльності. Кримінально-правова наука наділена широким спектром методів для виявлення невідповідностей законодавчих конструкцій явищам об'єктивної реальності.

Неможливо розглядати інститут співучасті у злочині без аналізу закономірностей групової та організованої злочинності, насамперед з соціально-кримінологічних позицій. Будь-яка злочинна діяльність, у тому числі спільна, – це один із видів асоціальної поведінки людини, тому її форми мають відповідати основним формам, визначеним у філософії та психології. Логічним та природним вважає дослідження психологічних аспектів співучасті у злочині також О. А. Арутюнов¹.

Діяльність людини як цілеспрямований рух реалізується в різноманітних формах: *індивідуальній, груповій і колективній*. Останніми роками в науці йдеться про *колективну злочинну діяльність* як криміноло-

гічну категорію, адекватну кримінально-правовій категорії співучасті². Все частіше під час аналізу різних кримінально-правових проблем вчені застосовують такі споріднені терміни, як *колективний злочин* та *колективний суб'єкт*. Водночас аналіз понять колективного злочину, колективного суб'єкта вимагає чіткого усвідомлення змісту терміна «колектив». Звернемося до семантичного значення поняття цього. *Колектив* визначається як *група*, де взаємовідносини і взаємодія індивідів опосередковуються суспільно цінним і особистісно значущим змістом *спільної діяльності*, а основною спонукальною причиною входження в колектив є неможливість індивідів поодиночки задовольнити свої потреби. Тому найважливішою системоутворюючою причиною формування колективу виступає *єдність мети* як кумулятивна потреба, навколо якої і відбувається *об'єднання людей*³ (курсив наш. – О.К.). Ознаки єдиної мети та прагнення кожного співучасника реалізувати свої власні цілі в межах групових є, у свою чергу, обов'язковими ознаками кримінально-правового поняття співучасті та всіх її форм, – як групових, так і організованих. Як добре організовану злочинну діяльність значної кількості осіб, у тому числі посадових осіб керівництва АРК, спрямовану на зміну меж території України (ст. 110 КК) слід характеризувати проведення незаконного референдуму 16 березня 2014 р. у Криму. Оскільки очевидно є організація значною кількістю співучасників незаконного референдуму з метою зміни меж території України та захоплення її частини іноземною державою, даний вид злочинної діяльності є всі підстави розглядати як колективну, а точніше – як *«транснаціональну злочинну колективну діяльність»*.

Поняття колективного суб'єкта переважно вживається під час розгляду питання про доцільність введення у КК України відповідальності *юридичних осіб*⁴. Юридична особа є суб'єктом кримінальної відповідальності у міжнародному публічному праві, зокрема це передбачено у низці конвенцій, учасницею яких є й Україна. Причому така відповідальність закріплена переважно у Конвенціях проти організованої злочинності і корупції, а саме: у Неапольській політичній і Глобального плану дій проти організованої транснаціональної злочинності від 23 грудня 1994 р.; Рамковій конвенції ООН проти організованої злочинності від 21 липня 1997 р.; Конвенції про боротьбу з корупцією Ради Європи від 27 січня 1999 р., Конвенції проти корупції від 31 жовтня 2003 року. Тому існує потреба у проведенні наукових досліджень необхідності визнання юридичної особи суб'єктом кримінальної відповідальності. У вітчизняній кримінально-правовій науці вже висловлюються пропозиції розташувати відповідний розділ з назвою «Особливості кримінальної відповідальності юридичних осіб» у Загальній частині КК України. Водночас недостатньо аргументованими є висновки прибічників такої новели, зокрема в частині розмежування понять суб'єкта злочину та кримінальної відповідальності⁵. Таким кардинальним змінам має передувати системний аналіз усього кримінального законодавства. Неприпустимими є зміни законодавства про кримінальну відповідальність, які не враховують системно-структурну будову кримінального права і тим самим порушують його логічні засади. І тому пропонувані зміни неможливі без одночасного перегляду норм багатьох інших інститутів кримінального права. Як справедливо зазначають вчені В. К. Гришук та О. Ф. Пасека, проблеми запровадження кримінальної відповідальності юридичних осіб у вітчизняне кримінальне законодавство зумовлені її співвідношенням з основними принципами кримінального права, кримінально-правовим статусом суб'єкта злочину, причинно-наслідковим зв'язком, поняттям вини, поняттям та видами покарань тощо⁶. Слід погодитись із вченими М. Пановим та С. Харитоновим у тому, що не можна безпідставно розширювати межі кримінальної відповідальності і поширювати її на фізичних осіб (членів *колективу* юридичної особи), що не вчиняли злочинів, не є винними, але зазнають серйозних матеріальних і моральних втрат. Враховуючи морально-психологічні аспекти таких новел, вчені констатують, що оцінка таких юридичних осіб серед населення буде вкрай негативною – як «злочинних організацій»⁷. За такого підходу законодавця з'являється, по суті, поняття колективної відповідальності.

Не можна стверджувати, що спільність діяльності виключає самостійність та індивідуальність ідей кожного з учасників спільного злочину. Співучасть як система базується на взаємодії, яка, своєю чергою, передбачає взаємовплив співучасників колективного злочину; поведінка кожного з них змінює поведінку інших. Суперечить основним принципам кримінального права теорія загального складу злочину, за якою співучасть утворює такі підстави кримінальної відповідальності, коли кожен співучасник відповідає за весь злочин, який є результатом інтегрованих дій усіх співучасників, а не лише за індивідуально вчиненим. І хоча співучасникам здається, що спільна участь у злочині знімає з них частину відповідальності, яка буде поділена між ними. Насамперед, згідно з ч. 2 ст. 61 Основного Закону, юридична відповідальність особи має індивідуальний характер. Не існує спільної вини чи волі, оскільки ці категорії, як і кримінальна відповідальність, індивідуальні, особисті. Не існує й колективної вини чи волі, як і колективної відповідальності.

Вчені також аналізують поняття колективного суб'єкта в частині відповідальності за злочини, вчинені в складі колегіальних органів. Зокрема, під час дослідження проблеми відповідальності осіб за винесення неправосудного судового акту *колегією суддів*. Однак колегіальний орган не завжди наділений ознаками злочинної організації як колективного суб'єкта. Більше того, ці поняття не збігаються, адже у колективі не обов'язково рішення приймаються колегіально.

У кримінології поняття *«колективний суб'єкт»* переважно застосовується для характеристики організованої злочинної діяльності. Учені зазначають: «За необхідності нещадної боротьби з організованою злочинністю та її основою – злочинністю груповою, слід давати юридичну оцінку події злочину у цілому і, за загальним правилом, інкримінувати кожному учаснику всю сукупність наслідків, розглядаючи злочинну групу як *колективний суб'єкт злочину»*⁸ (курсив наш. – О.К.).

Як і поняття «колективний суб'єкт», поняття «колективний злочин» застосовують переважно під час аналізу організованих форм співучасті у злочині, зокрема поняття злочинної організації. В українській юридичній науці злочини, вчинені злочинними організаціями, бандами, часто розглядаються як колективні⁹. Колективний злочин нарівні з груповим виділяло ще китайське законодавство раннього середньовіччя. Так, дослідники китайського середньовічного права підкреслювали, що «груповим, колективним злочином уважався злочин, спільно вчинений двома й більше особами»¹⁰.

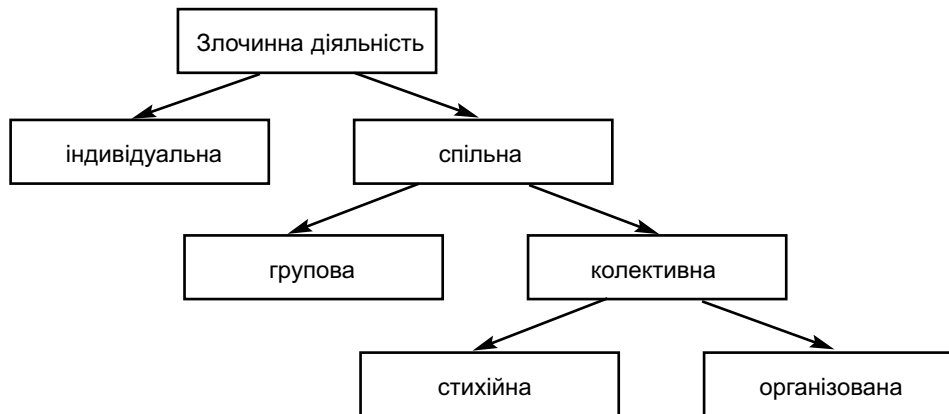
Два види колективних злочинів: ті, що вчиняються мафією, і ті, що вчиняються натовпом, виокремлює Сціпіон Сігеле¹¹. На перший погляд, поняття натовпу далеке від сучасного розуміння колективного злочину як злочину, вчиненого організованими злочинними співтовариствами. Однак ще у 1919 р. у «Керівних основах з кримінального права» у ст. 21 згадується натовп як різновид групи осіб: «За діяння, вчинені спільно групою осіб (зграєю, бандою, натовпом), караються...». Це дало підстави сучасним дослідникам констатувати, що в цьому законодавчому акті «були вперше нормативно врегульовані й організовані форми співучасті, якими були зграя, банда, натовп»¹². Щодо перших двох форм співучасті заперечень немає, однак категорично не можна визнати натовп організованою формою співучасті. Разом із тим слід вирішити питання: чи виключає такий висновок визнання колективними злочинів, вчинюваних натовпом?

Натовпу як різновиду групової діяльності притаманні загальні закономірності розвитку будь-якої спільної діяльності, хоча є й певні специфічні особливості (стихійність та непередбачуваність). Найбільш виразним проявом скупчення великої кількості людей, що спільно вчиняють злочинні дії (натовпу), є масові заворушення (ст. 294 КК). Водночас слід вирішити питання обґрунтованості віднесення злочинів на кшталт масових заворушень до колективних. Слід вирішити й таке питання: чи достатньо для цього ознаки кількості учасників, яка є значною як при масових заворушеннях, так і у злочинних організаціях.

Для вирішення поставлених питань слід застосувати системно-структурний підхід, який починає активно застосовуватись ще в середині ХХ століття. У результаті цього аналіз систем та структур, розуміння предметів як системних і структурних є однією з характерних особливостей сучасної науки. Система починається там, де певна множина елементів виявляється як певним чином упорядкована, утворюючи певну цілісність, властивості якої не зводяться до властивостей складових елементів. А. П. Закалюк розглядає системно-структурний метод як універсальний спосіб пізнання складних об'єктів, передусім суспільства, соціальних проявів, щодо яких застосування методів аналізу, абстракції, моделювання, логічного мислення виявляється недостатнім для розкриття їхнього багатовимірного та різномовленого феномена, глибинних основ детермінації, функціонування, соціальної активності тощо¹³. Отже, можемо зробити припущення, що і такий соціально негативний прояв, як масові заворушення, з позицій системно-структурного підходу може бути розглянутий як складний об'єкт, що має певну структуру. І справді, науковці аналізують *структуру агресивного натовпу*, зазначаючи, що він є неоднорідним за складом і має різні прошарки: організатори масових ексцесів (особи, які проводять підготовчу роботу, заздалегідь планують і «програють» ексцеси); активні учасники (ті, що мають на меті безпосередньо брати участь у протиправних діях для набуття таким чином авторитету, «випустити пару», тобто дати вихід негативним емоціям тощо); конфліктні особи (вони залучаються до активних учасників, до «ядра» ексцесів тільки через виникнення можливості в анонімній обстановці звести рахунки з особами, які перебувають з ними в конфлікті); підбурювачі (які особисто не збираються активно діяти, а прагнуть використати інших для досягнення власної мети; вони маніпулюють суспільною думкою, звертаються до присутніх із закличками, збуджують негативні емоції тощо); спостерігачі (ставляться зацікавлено до того, що відбувається, але наміру брати участь в активних діях не мають); випадкові (сприймають подію байдуже, але їхня присутність чисельно збільшує натовп, що надає людям відчуття могутності, сили)¹⁴.

Згадку про колективний злочин можна зустріти також у перших декретах Радянської влади, оскільки боротьба з контрреволюцією вимагала ліквідації змов, заколотів, повстань, які являли собою форми колективної злочинної антирадянської діяльності¹⁵. Очевидно, що заколот та повстання можна характеризувати як дії натовпу. Отже, слід ставити питання про визнання злочинних дій натовпу колективними злочинами. Водночас науково обґрунтоване визначення сутності злочинних дій натовпу з точки зору форм злочинної діяльності потребує окремого дослідження.

Виникає питання: якщо колективна злочинна діяльність є самостійним різновидом спільної злочинної діяльності, то яким чином вона співвідноситься з поняттям групової та організованої злочинної діяльності? Вище зазначено, що діяльність людини реалізується у трьох формах: індивідуальній, груповій і колективній. Дві останні є різновидами спільної діяльності, яка, трансформуючись у злочинну, поділяється на групову та організовану. Слід зазначити, що організована злочинність кількісно і якісно (структурно) відрізняється від групової, має притаманні лише їй специфічні ознаки. При цьому регламентація дій її учасників (як і групової злочинності) залишається в межах інституту співучасті у злочині. С. Нежурбіда, застосовуючи «механістичний» підхід до з'ясування природи організованої злочинності, серед основних її властивостей виділяє стійкість і системність, ієрархічність та структуру, що характеризується «кристалічною будовою»¹⁶. Структура може бути ієрархічною. Ієрархія – це послідовне розміщення посад, чинів і т. ін. від найнижчих до найвищих у порядку їх підлеглості. Отже, не всяка структура наділена ієрархічністю, ці поняття не є тотожними. Безперечно, що результат спільної діяльності групи індивідів вищий, ніж сума результатів їх індивідуальних розрізнених зусиль, а результат організованої ієрархічно структурованої спільної діяльності вищий, ніж результат простої спільності.



Проведений аналіз дав змогу дійти висновку, що злочинна діяльність може бути індивідуальною та спільною. Різновидами останньої є групова і колективна (стихійна – при вчиненні злочинних діянь натовпом, або організована – при вчиненні злочинів злочинними організаціями як ієрархічно структурованими стійкими злочинними об'єднаннями). Найбільшу небезпеку являє собою колективна злочинна діяльність, яка виявляється у злочинах, вчинених ієрархічно структурованими об'єднаннями (злочинними організаціями), – організована злочинна діяльність.

¹ Арутюнов А. А. Соучастие в преступлении / А. А. Арутюнов. – М.: Статут, 2013. – С. 348.

² Досюкова Т. В. Уголовно-правовые, криминологические и социально-психологические особенности форм соучастия в преступлениях в сфере экономической деятельности / Т. В. Досюкова // Государство и право. – 2005. – № 8. – С. 31.

³ Бесчастный В. М. Соціально-психологічні основи управління індивідом і групою : навч.-практ. посібник / В. М. Бесчастный, Г. В. Гребеньков. – Донецьк : ДЮІ, 2006. – С. 34; Петровский А. В. Опыт построения социально-психологической концепции групповой активности / А. В. Петровский // Вопросы психологии. – М., 1973. – № 5. – С. 14.

⁴ Гришук В. К. Колективний суб'єкт складу злочину: наукова гіпотеза чи перспективна реальність / В. К. Гришук // Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., Луганськ, 20–21 трав. 2011 р. / [редкол. : Г. С. Болдарь, А. О. Данилевський, О. О. Дудоров та ін.] ; МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка. – Луганськ : РВВЛД УВС ім. Е. О. Дідоренка, 2011. – С. 134–139.

⁵ Сотніченко В. С. Юридична особа як суб'єкт кримінальної відповідальності: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 «Кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право» / В. С. Сотніченко. – К., 2013. – С. 5, 11.

⁶ Гришук В. К. Кримінальна відповідальність юридичних осіб: порівняльно-правове дослідження: монографія / В. К. Гришук, О. Ф. Пасека. – Л.: ЛьвДУВС, 2013. – С. 219.

⁷ Панов М. «Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб» як новела у кримінальному законодавстві України / М. Панов, С. Харитонов // Юридичний вісник України. – № 8 (973). – 22–28 лютого 2014. – С. 7.

⁸ Быков В. М. Преступная группа: криминологические проблемы / Быков В. М. – Ташкент : Узбекистан, 1991. – С. 11; Комиссаров В. Проблемы ответственности соисполнителей за совместные преступные действия и их вредные последствия / В. Комиссаров, И. Дубровин // Уголовное право. – 2003. – № 1. – С. 27.

⁹ Голіна В. В. Криминологічні та кримінально-правові проблеми боротьби з бандитизмом: соціально-правове і криминологічне дослідження / Голіна В. В. – Х. : Регіон-інформ, 2004. – С. 155.

¹⁰ Кычанов Е. И. Основы средневекового китайского права (VII–XIII вв.) / Кычанов Е. И. – М. : Наука, 1986. – С. 58.

¹¹ Сципион С. Преступная толпа. Опыт коллективной психологии / Сципион Сигеле. – М. : Изд-во «КСП+», 1998. – С. 30.

¹² Драгоненко А. О. Співучасть у вчиненні вбивства : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Драгоненко Анна Олександрівна. – Х., 2011. – С. 62.

¹³ Закалюк А. П. Курс сучасної української криминології : теорія і практика: У 3 кн. – Кн. 1: Теоретичні засади та історія української криминологічної науки. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. – С. 103.

¹⁴ Орбан-Лембрик Л. Е. Соціальна психологія : [підруч. для студ. вищ. навч. закл.] : у 2 кн. / Лідія Ернестівна Орбан-Лембрик. – К. : Либідь, 2004–2006. – Кн. 2: Соціальна психологія груп. Прикладна соціальна психологія. – 2006. – С. 367.

¹⁵ Иванов Н. Г. Понятие и формы соучастия в советском уголовном праве / Иванов Н. Г. – Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1991. – С. 11.

¹⁶ Нежурбіда С. Етіологія злочину : Теорії, аналіз, результат : монографія / Сергій Нежурбіда. – Чернівці : Друк Арт, 2013. – С. 154–156.

Резюме

Кваша О. О. Поняття колективного злочину, колективної злочинної діяльності, колективного суб'єкта в юридичній науці.

У статті досліджено тенденції розвитку спільної злочинної діяльності в контексті загострення соціально-політичної кризи в Україні. Спільна злочинна діяльність може бути груповою і колективною (стихійною – при вчиненні злочинних діянь натовпом, або організованою – при вчиненні злочинів злочинними організаціями як ієрархічно структурованими стійкими злочинними об'єднаннями).

Ключові слова: співучасть у злочині, колективний злочин, колективний суб'єкт, колективна злочинна діяльність, спільна злочинна діяльність, організована злочинна діяльність.

Резюме

Кваша О. А. **Понятия коллективного преступления, коллективной преступной деятельности, коллективного субъекта в юридической науке.**

В статье исследованы тенденции развития совместной преступной деятельности в контексте обострения социально-политического кризиса в Украине. Совместная преступная деятельность может быть групповой и коллективной (стихийной – при совершении преступных деяний толпой, или организованной – при совершении преступлений преступными организациями как иерархически структурированными устойчивыми преступными объединениями).

Ключевые слова: соучастие в преступлении, коллективное преступление, коллективный субъект, коллективная преступная деятельность, совместная преступная деятельность, организованная преступная деятельность.

Summary

Kvasha O. **Concept of collective crime, collective criminal activity, collective subject in legal science.**

The article examines trends in the development of joint criminal activity in the context of acute socio-political crisis in Ukraine. Joint criminal activity may be group and collective (spontaneous – in the commission of criminal acts crowd, or organized – in the commission of crimes by criminal organizations as a hierarchically structured robust criminal associations).

Key words: complicity in the crime, collective crime, the collective subject, collective criminal activity, joint criminal enterprise, organized criminal activity.

Отримано 3.04.2014

УДК 343.97

Є. Д. СКУЛИШ, С. І. НЕЖУРБІДА

Євген Деонізієвич Скулиш, доктор юридичних наук, професор, професор Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича;

Сергій Ігоревич Нежурбіда, кандидат юридичних наук, доцент, в.о. завідувача кафедри Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

**ТЕОРІЇ КОНТРОЛЮ ЯК «СОЦІАЛЬНО ПРОЦЕСНІ» ТЕОРІЇ ПРИЧИН
ЗЛОЧИННОСТІ: АНАЛІЗ ВИХІДНИХ ПОЛОЖЕНЬ**

Ефективна протидія злочинності напряму залежить від правильного визначення причини злочину. Більшість американських криминологів, класифікуючи теорії причин злочинності соціологічного напрямку, виділяють групу «соціально процесних» теорій – теорій, які на відміну від «соціально структурних» теорій (які зосереджуються на поясненні коливань злочинності разом з структурними умовами) і намагаються пояснити, як індивіди стають порушниками закону. До «соціально процесних» теорій причин злочинності відносяться і теорії контролю, аналіз вихідних положень яких і є метою цієї статті.

Основні положення теорій контролю в криминології ґрунтуються на результатах досліджень процесу соціалізації особи – процесу засвоєння індивідом зразків поведінки, психологічних установок, соціальних норм і цінностей, знань, навичок, які дозволяють йому успішно функціонувати в суспільстві. Отже, досягнення «успішності функціонування» можливе при дотриманні «конформності» в поведінці. **Вибір же конформної поведінки – результат вирішального впливу контролю.** Серед існуючих видів контролю, як однієї з функцій системи керування (control system) або автоматизованого набору засобів впливу на підконтрольний об'єкт для досягнення ним певної мети, доцільно виділити два основних види, які можуть мати вирішальне значення для вибору типу поведінки: 1) соціальний контроль (система методів та стратегій, за допомогою яких суспільство спрямовує поведінку індивідів); 2) самоконтроль (поміркованість у діях і прояві емоцій). Саме вони і лягли в основу теорій контролю як «соціально процесних» теорій причин злочинності.

Аналіз еволюції теорії соціального контролю дозволив нам визначити ранню форму цієї теорії в статті американського соціолога та криминолога **Альберта Райсса** «Делінквентність як провал особистого та соціального контролю» (1951). У ній Райсс визначав делінквентність як «...біхевіористський результат провалу особистого та соціального контролю», з подальшим визначенням і особистого контролю, і соціального. Так, особистий контроль, на його думку, це «...можливість особи утриматись від необхідних методів, які суперечать нормам і правилам общини», а соціальний контроль – «...можливість соціальних груп або інституцій робити норми та правила ефективними»¹. Продовження розвитку теорії соціального контролю можна знайти у статті **Джексона Тобі** «Соціальна дезорганізація та зацікавленість у конформності: додаткові фактори грабіжницької поведінки бандитів» (1957). Тобі стверджував, що молодь без зобов'язань – учасник бандсо-

ціалізації, як каузальної, мотиваційної динаміки, що призводить до делінквентності (соціальна дезорганізація), а мала зацікавленість у конформності сприяє швидшому залученню до банддіяльності. Але основна думка Тобі така: «...грабіжницький злочин виникає, коли послаблюється соціальна пильність»². У 1958 році **Френсіс Айван Най** зробив спробу вдосконалити теорію соціального контролю як теорію делінквентності та визначив три види контролю: 1) прямий контроль = санкції та заохочення; 2) непрямий контроль = поверхнева ідентифікація з незлочинцями; 3) внутрішній контроль = совість або почуття провини. Крім того, Най визнав більшість делінквентної поведінки результатом існування недостатнього соціального контролю³.

У 1961 році американський соціолог і кримінолог **Уолтер Реклесс** у ході розвитку теорії соціального контролю запропонував науковому світові **теорію стримування (Containment Theory – СТ)**, якою він пояснював делінквентність як взаємодію двох форм контролю: внутрішнього (позитивне самовідчуття) та зовнішнього (нагляд і контроль) стримувань. Він на його думку, внутрішнє стримування, через самосприйняття, будується в сім'ї та формується по суті у віці 12 років – являє собою внутрішню силу особистості та характеризується позитивною самооцінкою, сильним *ego*, високими рівнями совісті, почуттями відповідальності та фрустраційної терпимості. Зовнішнє стримування – наслідок сильних соціальних зв'язків з учителями та іншими джерелами традиційної соціалізації всередині житлового кварталу. Зовнішні стримування являють собою відносини (ідентифікація з групою), дієвий нагляд, згуртованість серед членів груп, можливості для досягнення, розумні межі, розумна відповідальність, альтернативні шляхи та засоби задоволення, уточнення цілей, зміцнення нормативних цінностей та дисципліни. Але основна ідея Реклесса полягає в тому, що існують «поштовхи» та «ривки», які будуть продукувати делінквентну поведінку, якщо їм не буде протидіяти стримування. До «поштовхів» він відносить: 1) незадоволення умовами життя та сімейні конфлікти; 2) агресивність і ворожість, які, можливо, є наслідками біологічних факторів; 3) фрустрацію та нудьгу, яка, ймовірно, є наслідком членства в меншині або відсутності можливості у просуванні в школі чи пошуку роботи. «Ривками» же виступають делінквентні однілітки та делінквентні субкультури⁴. Узагальнюючи критичні зауваження до теорії стримування, Ганс-Йоахім Шнайдер виділив їх у дві групи. Перша група критичних зауважень стосувалася негативної самооцінки делінквентів, а саме неясності у визначенні її ролі як зумовлюючої злочинних дій або як їх наслідку. Друга група критичних зауважень стосувалася слабкості врахування автором теорії впливу на делінквентів та їх самооцінку оцінок батьків і вчителів⁵.

Грешам Сайкс та **Девід Матца** в статті «Прийоми нейтралізації: теорія делінквентності» (1957) запропонували **теорію нейтралізації (Neutralization Theory – NT)**, згідно з якою делінквент перебуває не в радикальній опозиції законотворчому суспільству, а є скоріше невдахою, який вибачається та вважає себе жертвою чужих гріхів, ніж грішником. Сайкс і Матца називають таке виправдання делінквентної поведінки прийомом нейтралізації та стверджують, що такі прийоми складають компонент «понять» Саверланда, «які сприяють порушенню закону». Отже, підліток, на думку кримінологів, засвоює ці прийоми, а не моральні вимоги, цінності чи установки, прямо протилежні існуючим у домінуючому суспільстві⁶. Їх аналіз дозволив розробникам теорії виділити п'ять основних прийомів нейтралізації: 1) **заперечення відповідальності**; 2) **заперечення шкоди**; 3) **заперечення наявності жертви**; 4) **засудженні засуджувачих**.

Не минула теорію нейтралізації і хвиля критики, емпіричної перевірки та модифікації. У 1964 році **Матца** розвинув **теорію «дрейфу» (Drift Theory – DT)**⁷, в якій пропонувалась основна ідея про те, що люди використовують нейтралізацію для «дрейфу» в та поза конвенціональну поведінкою – «дрейфу» «між різними соціальними нормами, які засуджують та допускають ті чи інші форми поведінки»⁸. Однак теорія «дрейфу» в подальшому не була підтримана емпірично і не дала відповіді на питання, чому людина поводить себе конформно, а чому ні. У 1969 році американський кримінолог **Тревіс Хірші** у праці «Причини делінквентності» висловив свої ідеї щодо причин делінквентності, які в кримінології існують і нині як **теорія соціального зв'язку (Social Bond Theory – SBT)**. Сутність цієї теорії полягає в тому, що «...людина вільна вчиняти делінквентні акти, оскільки її зв'язки з конформним порядком пошкоджені»⁹. Ганс-Йоахім Шнайдер пише, що, за Хірші, 1) виникнення протиправності та злочинності є результатом послаблення чи розриву зв'язків, існуючих у людини з суспільством або з його групою; 2) усі люди є потенційними правопорушниками, яких стримує від вчинення делінквентних дій страх перед можливістю втратити добрі стосунки з батьками, друзями, сусідами, колегами по роботі, рідними через вчинені ними карані діяння та неможливість налагодити добрі відносини в майбутньому; 3) зникнення соціальних зв'язків і реагування на претензії оточуючих підштовхує людину до девіантної та злочинної поведінки¹⁰. Важливе, на нашу думку, також розуміння сутності соціального зв'язку в цій теорії. Так, соціальні зв'язки не зменшують рівень злочинної мотивації, а тільки зменшують імовірність того, що особа піддається цій мотивації. Хірші виділяє чотири взаємопов'язаних елементи соціального зв'язку: 1) відданість (Attachment); 2) зобов'язання (Commitment); 3) участь (Involvement); 4) віра (Belief)¹¹.

Так, **відданість** заснована на ставленні до думки інших людей, у чому проявляється і зацікавленість нею. «Над-Я» особи виступає у формі сприйняття нею соціальних норм, соціальної свідомості. Сприйняття соціальних норм, цінностей людиною – інтерналізація, та розвиток соціальної свідомості напряму залежать від її відданості батькам, одноліткам та общині (суспільству), в якій вона проживає. Але найважливіша відданість батькам, оскільки, така відданість базова для формування відданості одноліткам і общині (суспільству). Відданість конформним батькам – запорука конформної поведінки особи в майбутньому.

Зобов'язання людини, на думку Хірші, виражаються в її «витратах» на підтримку конформного способу життя. Досягнення поставлених цілей (отримання роботи, репутація та інші ціннісні соціальні позиції)

вимагає від особи певних зобов'язань, серед яких – утримання від злочинної поведінки, оскільки в разі вчинення злочину такі досягнення можуть зникнути і їх відновлення може/буде вимагати ще більших зусиль, часу, енергії. Тому перед вчиненням злочину перед особою завжди стоїть вибір, який вона робить на користь конформної поведінки, якщо ефект від її сучасних досягнень і страх перед втратою їх та можливості майбутніх досягнень переважають над наслідками злочину. Саме тому «зобов'язання Хірші» називають «раціональним компонентом конформності»¹².

Участь у традиційній діяльності забезпечує людину від нетрадиційної поведінки. Іншими словами: «менше вільного часу – менше часу для поганих думок», або «палить той, у кого багато вільного часу». Але за умови, що час, яким зайнята людина, – час, який відводиться для конформної поведінки. У результаті цього особа витрачає весь свій час на вчинення антисоціальних дій.

Віра людини в існуючий порядок стримує її від вчинення злочину. Хірші показує закономірність, за якою чим сильніша віра людей у традиційний порядок (загальноприйняті в суспільстві правила), тим менша ймовірність вчинення злочину. У такому визначенні четвертого елементу соціального зв'язку простежується конфлікт Хірші та Матци. На думку Хірші, якщо у людини існує віра в традиційний порядок, вона обізнана із загальноприйнятими в суспільстві правилами, нормами, то у випадку вчинення злочину, тобто порушення цих норм, вона не потребує «нейтралізації» своїх дій.

Теорія соціального зв'язку була піддана перевірці самим Хірші¹³. І хоча в ході перевірки, яку проводив сам Хірші, досліджувався емпіричний матеріал, що містив відомості тільки про осіб чоловічої статі, американські криминологи Спенсер Де Лі та Доріс Лейтон у 2003 році за результатами власного емпіричного дослідження почали стверджувати про придатність теорії соціального зв'язку для пояснення як чоловічої злочинності, так і жіночої. Однак висловили зауваження, яке стосувалося різного впливу соціальних зв'язків на чоловічу та жіночу злочинності¹⁴.

На адресу теорії соціального зв'язку Хірші висловлюються і критичні зауваження. Узагальнюючи їх, Стефен Браун, Фінн-Ааге Есбенсен і Джілберт Гайс виділяють їх у три групи. До першої групи вони відносять зауваження щодо неможливості цієї теорії відтворити каузальний порядок, оскільки послаблення соціальних зв'язків також можна пояснити як результат делінквентної поведінки. До другої групи критичних зауважень належать зауваження щодо нехтування теорією походження соціальних зв'язків та їх різної за характером сили. Третя група критичних зауважень – зауваження теоретичного характеру¹⁵. Ми можемо заявити про існування четвертої групи, до якої можна віднести критику, сутність якої полягає в тому, що теорія соціального зв'язку Хірші має «слабку або обмежену пояснювальну силу». До групи таких критиків можна віднести Майкла Кретаачі, який також вважав, що ця теорія була створена без урахування такої форми контролю, як релігія¹⁶. Крім того, варто згадати і про Джека Гіббса, який ще у 1989 році переглянув сутність соціального контролю та застосував його власне бачення для розробки **теорії «контролю» умисного вбивства (Control Theory of Homicide – СТН)**. На його думку, спроба змусити зробити або відмовитися зробити щось може бути сприйнята як спроба контролю. Виступати «соціальним контролем» означає, що такі спроби повинні охоплювати три сторони. Одна або більше осіб намагаються впливати на поведінку іншого/інших за допомогою або через третю сторону. За Гіббсом, третьою стороною може бути діюча особа або зв'язок із «суспільством», «очікування» або «норми». Так, у випадку спроб однієї сторони вплинути на іншу шляхом погрози передати справу на розгляд третьої сторони, що має владні повноваження, ми маємо справу з посилюючим соціальним контролем (referential social control). Якщо одна сторона намагається контролювати іншу шляхом покарання третьою, можемо спостерігати приклад компенсаторного соціального контролю (vicarious social control). Наявність третьої сторони дає підстави виділяти суто зовнішній контроль поведінки, прості внутрішньоособистісні реакції або вихідні накази «комусь робити щось». Таке тлумачення соціального контролю, на думку Гіббса, дає змогу відрізнити соціальний контроль від суто «реакцій на девіантність» і від самої девіантної поведінки. Наведене і дало підстави Гіббсу визначити умисне вбивство як контроль або як наслідок неспроможності контролю¹⁷. Так, у випадку, коли одна особа втрачає контроль над діями іншої через третю сторону, умисне вбивство стає іншою насильницькою спробою прямого контролю (direct control). Повертаючись до критики теорії Хірші, зазначимо, що Гіббс справді критично ставиться до неї, оскільки сам припускає, що соціальним контролем виступають соціальні взаємовідносини, особистий вклад і віра.

Можливо, критичні зауваження, висловлені криминологами на адресу теорії Хірші, підштовхнули останнього до пошуку нових ідей у спробі пояснити причини злочинної поведінки. У результаті **Тревіс Хірші та Майкл Готтфредсон** у 1990 році запропонували науковому світу **Загальну теорію злочину (General Theory of Crime – GTC)**¹⁸, згідно з якою злочин є результатом зіткнення із ситуаціями або збігу обставин для осіб з низьким самоконтролем, у яких злочин буде продукувати безпосереднє задоволення з відносно низькими рівнями ризику. Аналізуючи дві теорії, автором яких є Хірші, Клейр Тейлор пише, що його теоретичні позиції засновані на різних фундаментальних принципах¹⁹. Отже, **причиною злочину виступає відсутність в особі самоконтролю, низький самоконтроль**.

Низький самоконтроль, як вважають Гарольд Грасмік, Чарльз Тітл, Роберт Бьорзік мол. та Брюс Амеклеу в результаті аналізу теорії Хірші та Готтфредсона, складається з шести компонентів: 1) імпульсивність; 2) прості завдання; 3) пошук ризику; 4) фізична активність; 5) егоцентричність; 6) норів²⁰. Звернувши увагу на ці компоненти, можна визначити те, як розуміли їх Хірші та Готтфредсон. Так, **імпульсивність**, на їх думку, являє собою «намагання реагувати на реальні стимули в безпосередньому середовищі для отри-

мання орієнтації «тут і вже». Стан особи, при якому вона «не має старанності, твердості волі, наполегливості в діях», що призводить до надання переваги «легким або простим задоволенням бажань», кримінологи визначають як «**прості завдання**». «Схвильованість, ризикованість і захопленість» злочинних дій пояснює «зухвалість» злочинця та **пошук** ним **ризик**у. Особи з низьким самоконтролем віддають перевагу **фізичній активності** над «пізнавальною» та «розумовою» активністю. Крім того, «особи з низьким самоконтролем намагаються бути егоїстичними, байдужими або неуважними до страждань чи потреб інших», що можна визначити як їх **егоцентричність**. «Люди з низьким самоконтролем намагаються проявляти мінімальну толерантність у випадках фрустрації та незначну можливість реагувати на конфлікт за допомогою більше вербальних, ніж фізичних засобів», що характеризує їх **норов**¹. Отже, **низький самоконтроль людини є її індивідуальною особливістю**.

Істотним видається критичне зауваження до теорії Хірші та Готтфредсона, яке висловив у 2011 році Хасан Бакер: проблема виникнення самоконтролю набагато складніша за пропозиції, висловлені загальною теорією злочину. Крім того, вчений зазначив, що, крім процесів батьківської соціалізації (головні в теорії як фактори формування самоконтролю особи), існують і думки про наявність таких його факторів, як соціальний контекст, освітній процес, біологічні та неврологічні фактори². Наприклад, Кевін Біавер, Джон Пол Райт і Матт ДеЛізі вважають за необхідне наголосити, що, враховуючи останні біхевіористсько-генетичні та нейронаукові дослідження, біогенетичні фактори більш відповідальні за розвиток самоконтролю. Тому самоконтроль, як він розуміється Готтфредсоном та Хірші, з погляду біолого-кримінологів є тільки частиною виконавчих функцій людини, які регулюються передфронтальною корою головного мозку³. Пер-Олоф Уїкстрьом і Кайл Трайбер вважають, що категорію «самоконтроль» більш доречно аналізувати як ситуаційне поняття, ніж як індивідуальну властивість. Тому, на їхню думку, індивідуальна спроможність застосування самоконтролю є результатом взаємодії між його/її можливостями діяти (персональна властивість) та його/її навколишнім середовищем. І, отже, стабільність і зміни в персональній здатності застосовувати самоконтроль залежать не тільки від стабільності та змін у його/її можливостях діяти (персональна особливість), але і від стабільності та змін у навколишньому середовищі, в якому він/вона діє. Крім того, переконані кримінологи, здатність застосовувати самоконтроль є важливим фактором виникнення події злочину у випадку, коли особа розглядає можливість вчинити чи не вчинити злочин⁴. Саме ситуаційний підхід, який пропонується застосовувати при аналізі категорії самоконтроль, і ліг в основу теорії причин злочинності, розроблену Уїкстрьомом, – **теорії ситуаційної дії (Situation Action Theory – SAT)**⁵.

Отже, аналіз вихідних положень теорій соціального контролю «соціально процесних» теорій причин злочинності дав нам можливість стверджувати, що представники теорій контролю стоять на позиції, згідно з якою низький контроль або його відсутність є основною причиною злочину. Аналіз теорій контролю дозволив нам виділити його два види: 1) зовнішній (соціальний) контроль і 2) внутрішній контроль. Причому більшість кримінологів підтримує останній як причину злочину. Аналіз вихідних положень теорії низького самоконтролю (Хірші) дає нам підстави стверджувати, що вона не може претендувати на назву загальної теорії злочинності. Її авторами не пояснюється процес виникнення самоконтролю, а тим більше низького самоконтролю. Тому, вона дійсно відповідає своїй назві – «загальна теорія злочину». Крім того, за своєю сутністю ця теорія (її автори використовують поняття низького самоконтролю як індивідуальної властивості особи) більше біологічна ніж соціологічна.

¹ Reiss Jr., Albert J. Delinquency as the Failure of Personal and Social Controls // *American Sociological Review*. – 1951. – № 16 (2). – P. 196.

² Toby, Jackson. Social Disorganization and Stake in Conformity: Complementary Factors in the Predatory Behavior of Hoodlums // *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*. – 1957. – № 48 (1). – P. 12.

³ Nye, Francis Ivan. Family Relationships and Delinquent Behavior. – Wiley, 1958. – P. 4.

⁴ Reckless, Walter Cade. The Crime Problem. – Appleton-Century-Crofts, 1961. – 648 p.

⁵ Шнайдер Г. Й. Криминология : пер. с нем.; под общ. ред. и с предисл. Л. О. Иванова. – М.: Прогресс-Универс, 1994. – С. 322.

⁶ Sykes, Gresham M.; Matza, David. Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency // *American Sociological Review*. – 1957. – № 22 (6). – P. 667.

⁷ Matza, David. Delinquency and Drift. – Transaction Publishers, 1964. – 199 p.

⁸ Гулицкий Я. И. Криминология: теория, история, эмпирическая база, социальный контроль. – 2-е изд., перераб. и доп. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2009. – С. 151.

⁹ Hirschi, Travis. Causes of Delinquency. – University of California Press, 1969. – P. 3.

¹⁰ Шнайдер Г. Й. Криминология : пер. с нем.; под общ. ред. и с предисл. Л. О. Иванова. – М.: Прогресс-Универс, 1994. – С. 323.

¹¹ Hirschi, Travis. Causes of Delinquency. – University of California Press, 1969. – P. 18, 22.

¹² Шнайдер Г. Й. Криминология : пер. с нем.; под общ. ред. и с предисл. Л. О. Иванова. – М.: Прогресс-Универс, 1994. – С. 324.

¹³ Hirschi, Travis. Causes of Delinquency. – University of California Press, 1969. – P. 66–74.

¹⁴ De Li, Spencer; MacKenzie, Doris Layton. The Gendered Effects of Adult Social Bonds on the Criminal Activities of Probationers // *Criminal Justice Review*. – 2003. – № 28. – P. 278.

¹⁵ Brown, Stephen E.; Esbensen, Finn-Aage; Geis, Gilbert. Criminology: Explaining Crime and Its Context. – 7-th ed. – Elsevier, 2010. – P. 303.

¹⁶ *Cretacci, Michael A.* Religion and Social Control: An Application of a Modified Social Bond on Violence // *Criminal Justice Review*. – 2003. – № 28(2). – P. 254–277.

¹⁷ *Gibbs, Jack P.* Control: Sociology's Central Notion. – Urbana ; Chicago : University of Illinois Press, 1989. – P. 35.

¹⁸ *Gottfredson, Michael; Hirschi, Travis.* A General Theory of Crime. – Stanford University Press, 1990. – 316 p.

¹⁹ *Taylor, Claire.* The Relationship between Social and Self-Control: Tracing Hirschi's Criminological Career // *Theoretical Criminology*. – 2001. – № 5 (3). – P. 369.

²⁰ *Grasmik, Harold G.; Tittle, Charles R.; Bursik Jr., Robert J.; Ameklev, Bruce J.* Testing the Core Empirical Implications of Gottfredson and Hirschi's General Theory of Crime // *Journal of Research in Crime and Delinquency*. – 1993. – № 30 (1). – P. 8.

²¹ *Gottfredson, Michael; Hirschi, Travis.* A General Theory of Crime. – Stanford University Press, 1990. – P. 89–80.

²² *Baker, Hasan.* Formation of Self-Control: Gottfredson and Hirschi's General Theory of Crime and Beyond // *Aggression and Violent Behavior*. – 2011. – № 16 (3). – P. 265.

²³ *Beaver, Kevin M.; Wright, John Paul; Delisi, Matt.* Self-Control as an Executive Function: Reformulating Gottfredson and Hirschi's Parental Socialization Thesis // *Criminal Justice and Behavior*. – 2007. – № 34. – P. 1345.

²⁴ *Wikström, Per-Olof H.; Treiber, Kyle.* The Role of Self-Control in Crime Causation: Beyond Gottfredson and Hirschi's General Theory of Crime // *European Journal of Criminology*. – 2007. – № 4. – P. 238.

²⁵ *Wikström, P.-O. H.* Crime as alternative. Towards a cross-level situational action theory of crime causation // *Beyond empiricism: Institutions and intentions in the study of crime. Advances in criminological theory / Ed. by J. McCord*. – New Brunswick : Transaction, 2004. – Vol. 13. – P. 1–37; *Wikström, P.-O.* Linking individual, setting and acts of crime. Situational mechanisms and the explanation of crime // *The explanation of crime: Contexts, mechanisms and development / Ed. : P.-O. Wikström, R. J. Sampson*. – Cambridge : Cambridge University Press, 2006. – P. 61–107.

Резюме

Скулиш Є. Д., Нежурбіда С. І. Теорії контролю як «соціально процесні» теорії причин злочинності: аналіз вихідних положень.

У статті здійснюється аналіз вихідних положень теорій контролю як «соціально процесних» теорій причин злочинності протягом всього періоду їх існування. Визначена рання форма теорії контролю. Піддані аналізу ідеї Альберта Райсса, Джексона Тобі, Френсіса Айвана Ная, Уолтера Реклесса (теорія стримування), Грешама Сайкса та Девіда Матци (теорія нейтралізації), Девіда Матци (теорія «дрейфу»), Тревіса Хірші (теорія соціального зв'язку), Джека Гіббса (теорія «контролю» умисного вбивства), Тревіса Хірші та Майкла Готтфредсона (Загальна теорія злочину), Уікстрьома (теорія ситуаційної дії). Робиться висновок про неможливість даних теорій бути універсальними теоріями причин злочинності. Крім того робиться висновок про скоріше біологічний характер деяких теорій, ніж соціологічний.

Ключові слова: контроль, самоконтроль, соціальний контроль, теорія контролю, причина, злочин, злочинність.

Резюме

Скулиш Є. Д., Нежурбіда С. І. Теории контроля как «социально процессные» теории причин преступности: анализ исходных положений.

В статье проводится анализ исходных положений теорий контроля как «социально процессных» теорий причин преступности на протяжении всего периода их существования. Определена ранняя форма теории контроля. Подданы анализу идеи Альберта Райсса, Джексона Тоби, Френсиса Айвана Ная, Уолтера Реклесса (теория сдерживания), Грешама Сайкса и Дэвида Матцы (теория нейтрализации), Дэвида Матцы (теория «дрейфа»), Тревиса Хирши (теория социальной связи), Джека Гиббса (теория «контроля» умышленного убийства), Тревиса Хирши и Майкла Готтфредсона (Общая теория преступления), Уикстрема (теория ситуационного действия). Делается вывод о невозможности этих теорий быть универсальными теориями причин преступности. Кроме этого делается вывод о скорее биологическом характере некоторых теорий, чем социологическом.

Ключевые слова: контроль, самоконтроль, социальный контроль, теория контроля, причина, преступление, преступность.

Summary

Skulysh E., Nezhurbida S. Control theories as “social process” theories of crime causation: initial positions analysis.

In this article the initial positions of control theories as “social process” theories of crime causation are analyzed throughout the period of their existence. The early form of control theory is determined. The ideas of Albert Reiss, Jackson Toby, Francis Ivan Nye, Walter Reckless (Containment Theory), Gresham Sykes and David Matza (neutralization theory), David Matza (Drift Theory), Travis Hirschi (Social Bond Theory), Jack Gibbs (Control Theory of Homicide), Travis Hirschi and Michael Gottfredson (General Theory of Crime), Wikström (Situational Action Theory). It's concluded about the impossibility of these theories to be universal theories of crime causation. Besides this it's concluded about rather biological nature of some theories than sociological.

Key words: control, self-control, social control, control theory, cause, crime, criminality.

Отримано 15.04.2014

О. М. ЖУК

Олена Миколаївна Жук, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, провідний науковий співробітник Національної академії внутрішніх справ

РЕЖИМ В УСТАНОВАХ ВИКОНАННЯ ПОКАРАНЬ ЯК ОСНОВНИЙ ЗАСІБ ВИПРАВЛЕННЯ ТА РЕСОЦІАЛІЗАЦІЇ ЖІНОК, ЗАСУДЖЕНИХ ДО ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ

У сучасних умовах реформування пенітенціарної системи режим відбування покарання в установах виконання покарань повинен сприяти підвищенню відповідальності засуджених за свою поведінку та впливати на їх виправлення і ресоціалізацію. Відповідно до режимних вимог засуджені носять одяг єдиного зразка, підлягають обшуку й огляду, не мають права мати при собі гроші, цінні папери та речі. Адміністрація установи має також право, за наявності підстав, оглядати речі засуджених і вилучати заборонені речі й документи.

У ст. 102 Кримінально-виконавчого кодексу України дається поняття режиму у виправних і виховних колоніях. Це – встановлений законом та іншими нормативно-правовими актами порядок виконання і відбування покарання, який забезпечує ізоляцію засуджених; постійний нагляд за ними; виконання покладених на них обов'язків; реалізацію їхніх прав і законних інтересів; безпеку засуджених і персоналу; роздільне тримання різних категорій засуджених; різні умови тримання засуджених залежно від виду колонії; зміну умов тримання засуджених¹.

Так, О. Г. Колб, аналізуючи запобігання злочинів у кримінально-виконавчих установах, вважає, що понад 60 % злочинів в УВП вчинялися порушниками режиму, тобто такими засудженими, які мали не більше двох дисциплінарних проступків упродовж року та не вчиняли злісних випадків порушення режиму (одноразове вживання спиртних напоїв, наркотичних засобів тощо), і які не беруться на обліки оперативних служб, оскільки це не передбачено відповідними актами ДКВС України². А. Х. Степанюк визначає режим покарання (в даному випадку – позбавлення волі) як встановлену кримінально-виконавчим законодавством сукупність правил поведінки засуджених (режим відбування покарання) і заходів, що здійснюються органами й установами виконання покарань, спрямованими на досягнення цілей покарання. Тому режим розглядається як засіб виправлення засуджених та виконання і відбування покарання³.

Г. С. Семаков та І. С. Яковець вважають, що режим – це сукупність вимог, певних правил режиму, взятих в динамічному аспекті, що мають обов'язковий характер як для засуджених, так і для персоналу та інших осіб⁴. М. О. Беляєв зазначив, що режим – це діяльність виправно-трудової установи (УВП), що регулюється нормами виправно-трудового права, з ізоляції засуджених та нагляду за ними, здійсненню обмежень, пов'язаних з позбавленням волі, виконання засудженими власних обов'язків та здійснення належних їм прав, створення умов для успішного використання засобів виправно-трудового впливу, що гарантуються заходами стягнень і заохочень⁵. М. О. Стручков визначає, що режим виконання покарань відображає те, що у відповідності до закону, притаманного даному покаранню і відображає його зміст⁶.

Відповідно до ст. 138–139 Кримінально-виконавчого кодексу України в місцях позбавлення волі для жінок передбаченні такі види виправних колоній:

- мінімального рівня безпеки з полегшеними умовами утримання, де відбувають покарання засуджені вперше до позбавлення волі за незначні злочини, вчинені з необережності, злочини невеликої та середньої тяжкості, а також особи, переведені з колоній мінімального рівня безпеки із загальними умовами тримання і колоній середнього рівня безпеки в порядку, передбаченому цим Кодексом;
- середнього рівня безпеки – жінки, засуджені до покарання у виді довічного позбавлення волі; жінки, яким покарання у виді смертної кари або довічного позбавлення волі замінено позбавленням волі на певний строк в порядку помилування або амністії⁷.

Проведений нами аналіз кримінологічної характеристики жінок, засуджених до позбавлення волі, показав, що залежно від виправлення та ресоціалізації слід підрозділяти на чотири категорії:

- жінки, які характеризують себе позитивно;
- жінки з нейтральною поведінкою;
- жінки з негативною поведінкою;
- жінки зі злістю, які систематично порушують режим.

Законодавством України передбачено, що жінки, які відбувають покарання в місцях позбавлення волі, у своїх правах та обов'язках прирівнюються до чоловіків. Однак жінки мають право на вагітність і народження дитини, що потребує до них особливого підходу, тому в КВКУ передбачено цілий ряд пільг для засуджених вагітних жінок та жінок, які мають дітей до трьох років.

Однією із пільг для жінок, засуджених до позбавлення волі, є право придбати за безготівковими рахунками продукти харчування та предмети першої необхідності на гроші, зароблені в колоніях, а також на гроші, одержані за переказами, за рахунок пенсій та іншого доходу. Вагітним жінкам та жінкам, які мають дітей у будинках дитини при виправних колоніях, дозволяється придбати продукти харчування і предмети першої потреби на суму мінімального розміру заробітної плати.

Засудженим жінкам, які відбувають покарання у виправних колоніях мінімального рівня безпеки, дільницях соціальної реабілітації, виправних колоніях середнього рівня безпеки та виховних колоніях, можуть бути дозволені короткострокові виїзди за межі колонії на території України на строк не більше семи діб, не включаючи часу на проїзд (три доби), у зв'язку зі смертю, тяжкою хворобою родича, що загрожує життю, стихійним лихом. КВКУ передбачено, що важко хворі засуджені, вагітні жінки, які мають дітей в будинках дитини при виправних колоніях, можуть одержувати додаткові посилки (передачі) і бандеролі в кількості і асортименті, які визначаються медичним висновком.

За даними нашого дослідження в 2012 р. 36,5 % жінок скористалися правом на одержання посилок та бандеролей. Із них 7,6 % одержали максимальну їх кількість, 26,3 % скористалися цим правом, але не одержували їх, більше 60,0 % не одержували посилок та бандеролей зовсім.

Серед тих, хто постійно одержував бандеролі, 18,7 % в момент перебування в УВП були у шлюбі; 34,4 % жінок, які одержували бандеролі, – відбували покарання строком від трьох до п'яти років; 27,6 % – від п'яти до восьми років; 15,6 % засуджених жінок одержують бандеролі та посилки постійно; 37,8 % одержують не максимально дозволена їх кількість. Необхідно зазначити, що протягом останніх чотирьох років кількість жінок, які регулярно одержує посилки, зменшилася майже вдвічі. Це свідчить про погіршення матеріального становища сім'ї, родичів засуджених та знайомих засуджених.

Якщо проаналізувати грошові перекази, що їх отримують засуджені жінки, то в 2012 р. лише 10,4 % жінок отримали грошові перекази. В основному це – жінки від 25 до 35 років, при чому більшість з них були одружені.

Відповідно до ст. 114 КВКУ жінкам, які мають дітей і батьків, дозволяється відправити грошові перекази своїм родичам. Ця частина жінок досить незначна й становить 1,8 % від всіх засуджених, що необхідно пояснювати низькою заробітною платою.

В основному грошові перекази здійснюються жінками, у яких збереглась сім'я. Лише незначна частина з них відправляють перекази своїм батькам та родичам. Стаття 110 КВКУ передбачає, що кожна засуджена жінка має протягом року дозвіл на чотири телефонних розмови під контролем адміністрації по 15 хвилин кожна з оплатою з її власних грошей. Дозволяється також замінити тривалі побачення короткостроковими, а також тривалі або короткострокові побачення – телефонними розмовами.

Слід зазначити, що протягом останніх років спостерігається зниження кількості засуджених жінок, які взагалі виявили бажання телефонувати батькам та родичам, що становить 52,6 %. Таке явище можна пояснити відсутністю грошей або технічними можливостями.

Серед жінок, які виявили бажання телефонувати, найбільше було засуджених на строк від трьох до п'яти років (34,2 %), а найменше (16,0 %) серед тих, хто був засуджений на мінімальний строк, до одного року включно.

Залежно від сімейного стану не виявляло бажання телефонувати 60,3 % неодружених; 19,5 % – заміжніх жінок не хотіли дзвонити, тому, що хоча сім'я збереглась, але вона носить формальний характер.

Залежно від віку не бажають скористатися своїм правом на телефонні розмови жінки у віці 30–39 років (26,7 %) і 4–049 років (20,3 %). При цьому жінки, що скоїли повторно тяжкі злочини, вкрай рідко використовують телефонні розмови; їх кількість становить взагалі 1,2 %.

Значна частина з тих хто виїжджав у відпустку. З них 34,2 % відбувала строк покарання від трьох до п'яти років, 24,3 % – від п'яти до восьми років, 15,2 % – від восьми до десяти років, 10,2 % – відбували покарання до одного року включно. Отже, чіткого зв'язку між строком покарання й кількістю короткострокових відпусток не існує.

Відомо, що крім короткострокових виїздів жінки, які відбувають покарання в місцях позбавлення волі, мають право на довгостроковий виїзд у зв'язку з щорічною відпусткою. За даними нашого дослідження в 2012 р. 56,5 % жінок, які мали право на відпустку, нею не скористалося у зв'язку з відсутністю грошей або розривом сімейних зв'язків, і тільки 25,0 % засуджених жінок скористалися правом на відпустку, але без виїзду за межі виправної установи.

Найбільше правом довгострокової відпустки скористалися жінки, які відбувають строк покарання від трьох до п'яти років (38,2 %) і від п'яти до восьми років (28,2 %). Серед жінок, які не використовували короткострокові побачення, 64,3 % не були одружені, а 25,7 % були заміжніми. Якщо розглядати тривалі побачення жінок з родичами та сім'єю, то 14,3 % використали своє право на одержання тривалих побачень, близько 80,0 % жінок, які це право мали, але не використали взагалі, тільки кожна п'ята жінка використала право на тривале побачення, до яких не належали жінки зі строком покарання від трьох до п'яти років позбавлення волі.

Однією зі складових загальної характеристики засуджених жінок, яка характеризує ступінь виправлення засуджених, є вставлення до праці, навчання, участі в самодіяльних організаціях. Дослідження показало, що близько 96,5 % засуджених жінок працездатні, однак близько половини їх не забезпечені роботою, біля 60,2 % жінок до роботи ставляться сумлінно. Більшість жінок працює в швейному, меблевому виробництві,

сільському господарстві та господарському обслуговуванні. Дослідження показало, що твердо стали на шляхи виправлення 25,6 % жінок, не стали на шляхи виправлення – 36,4 %, злісних порушень режиму було 3,6 %.

Аналіз ступеня виправлення жінок під час відбування покарання в місцях позбавлення волі показав, що 39,4 % жінок характеризуються позитивно, 16,4 % – негативно, 42,6 % – нейтрально, 1,6 % є злісними порушниками режиму.

Якщо розглянути розподіл засуджених жінок в залежно від ступеня їх виправлення та ресоціалізації, то довели своє виправлення 34,5 %, твердо стали на шлях виправлення – 27,6 %, не стали на шлях виправлення – 31,2 %, злісні порушники режиму – 6,7 % жінок. Злісних порушників режиму та жінок, які не стали на шлях виправлення та ре соціалізації, найбільше серед неодружених, розлучених і осіб, які не мають зв'язків з родичами та сім'єю.

При вивченні режиму відбування покарання в місцях позбавлення волі особливої уваги заслуговують вагітні жінки, а також жінки, які мають дітей до трьох років та відбувають покарання в установах виконання покарань середнього рівня безпеки. Відповідно до кримінально-виконавчого законодавства жінка, яка чекає дитину і відбуває покарання в місцях позбавлення волі, має цілий ряд пільг.

По-перше, до цієї категорії жінок заборонено застосовувати фізичну силу та спеціальні засоби, зброю, за винятком випадків, коли ця категорія осіб здійснює озброєний напад, який загрожує життю та здоров'ю громадян.

По-друге, жінкам які мають дітей, і вони з ними відбувають покарання в місцях позбавлення волі, дозволяються додаткові витрати грошових коштів на предмети першої необхідності за безлімітним рахунком за рахунок зароблених ними грошей, за рахунок пенсій та соціальних витрат, а також за рахунок грошей, які у них є на особистих рахунках або грошових переказах, які вони одержують від родичів та знайомих.

По-третє, жінкам, які мають дітей, дозволено здійснювати виїзди за територію виправних установ для влаштування дитини у родичів чи дитячому будинку після звільнення на волю. Ця відпустка надається при невідбутому строку покарання не більше ніж за рік до звільнення. При цьому адміністрація установи виконання покарань повинна домовитися з родичам або адміністрацією дитячого будинку та дати направлення.

Додаткова короткострокова відпустка може надаватися також засудженим жінкам, які мають неповнолітню дитину-інваліда за межами установи виконання покарань. Таким жінкам може бути надано короткострокову відпустку один раз в рік для побачення з неповнолітньою дитиною-інвалідом.

Вагітним жінкам і засудженим матерям, які годують немовлят, надається відпустка в дородовий та післяродовий період і забезпечується безоплатне годування за підвищеними нормами.

Для жінок, які мають дітей, в установах виконання покарань створюються будинки дитини та нормальні умови для її проживання і побачення з матір'ю. У деяких випадках засудженим жінкам дозволяється адміністрацією проживати з неповнолітньою дитиною, в окремих кімнатах по дві-три дитини одного віку.

Будинки дитини повинні бути у всіх жіночих установах виконання покарання, а якщо в деяких їх немає, для цих жінок з дітьми на території УВП виділяються окремі ізольовані блоки, де утримується така категорія жінок. Це положення стосується і неповнолітніх вагітних жінок, які повинні бути направлені в УВП, де є будинки дитини.

При досягненні дітьми трьох років вони повинні бути передані адміністрацією установи виконання покарань з дозволу матері родичам, або за рішенням органів опіки – в дитячі будинки. За рішенням адміністрації УВП можливе перебування дитини з матір'ю після досягнення нею трьох років у тих випадках, коли матері залишається один рік до звільнення з місць позбавлення волі.

Одною з особливостей відбування покарання засудженими жінками порівняно з чоловіками є можливість відстрочки відбування покарання вагітними жінками і засудженими жінками, які мають малолітніх дітей до трьох років.

Адміністрація після рішення суду про відстрочку відбування покарання звільняє жінку з установи виконання покарання, забезпечує їй та дитині безкоштовний проїзд до місця проживання і бере підписку про її явку у відділ внутрішніх справ за місцем проживання в трьохденний термін.

Якщо жінка, звільнена з відстрочкою відбування покарання, не стала в двотижневий строк на облік і порушує громадський порядок і трудову дисципліну, не виховує дитину і не турбується про неї, її попереджають. Якщо жінка і далі веде антисупільний спосіб життя, порушує трудову дисципліну, не виховує дитину або відмовляється від неї, орган внутрішніх справ направляє в суд подання про відміну відстрочки відбування покарання, виносить рішення про продовження відбування покарання й направляє жінку в установу виконання покарань під охороною. За таких обставин дитина відправляється з матір'ю в УВП, де є будинок дитини, або залишається у родичів чи направляється в дитячий будинок.

Однією із форм гуманного ставлення до жінок, які відбувають покарання в місцях позбавлення волі, є норма житлової площі, що встановлюється для кожної із засуджених жінок. Для чоловіків – не менше 3 кв. м, для жінок – не менше 4 кв. м, а в лікувальних закладах не менше 5 кв. метрів.

Важливу роль у виховній роботі з засудженими жінками має створення соціально-психологічної служби в жіночих установах виконання покарань, де одним із головних завдань психолога та начальника цієї служби є з'ясування психологічних характеристик і особливостей конкретної жінки. Для цього у багатьох установах виконання покарань створено кабінети психологічного аутотренінгу, і жінки охоче приходять займатися аутотренінгом, який проводиться з усіма категоріями жінок. Особливу увагу, за спостереженням психо-

логів, заслуговують заняття з жінками, засудженими за навмисне вбивство, які бувають психологічно легкозбуджуваними та погано контролюють свої емоції, а психологічний аутотренінг робить їх розслабленими і заспокоєними.

Таким чином, виходячи із вищерозглянутого, можливо зробити такі висновки:

– по-перше, в умовах демократизації суспільства в новому Кримінально-виконавчому кодексі передбачено ряд гуманних заходів щодо притягнення до кримінальної відповідальності та відбування покарання жінок в установах виконання покарань у напрямі гуманізації;

– по-друге, в умовах демократизації послаблено режимні вимоги стосовно жінок, які відбувають покарання в місцях позбавлення волі, для чого дозволено мати більше побачень з сім'єю, родичами, знайомими, збільшено кількість посилок, бандеролей, телефонних розмов, короткострокових та довгострокових відпусток, додаткових витрат грошей на продукти харчування. При цьому особлива увага приділена вагітним жінкам та жінкам, які мають дітей, де в будинках дитини, створюються всі умови для нормального їх виховання;

– по-третє, для жінок, які відбувають покарання, можлива відстрочка відбування покарання, особливо для жінок з дітьми, що є стимулюючим фактором виправлення та ресоціалізації жінок, які відбувають покарання в місцях позбавлення волі;

– по-четверте, повинен бути диференційований підхід до особистої психологічної поведінки жінки, для чого необхідно в законодавчому порядку передбачити жорсткі заходи для жінок, які не хочуть стати на шлях виправлення і ресоціалізації та систематично порушують режим, не бажають працювати, скоюють повторні злочини й негативно впливають на інших засуджених. Для цієї категорії жінок необхідно ввести понижені норми харчування, створювати спеціальні загони з посиленням режимом відбування покарання та ввести для них продовольчі пайки.

Для категорії жінок, які вперше вчинили злочини і не являють собою особливої небезпеки для суспільства, необхідно більше впроваджувати альтернативні види покарань, а в місцях позбавлення волі створювати нормальні умови для праці, освіти, підвищення кваліфікації, підвищення культурного, соціального та психологічного рівня.

¹ Кримінально-виконавчий кодекс України 5 травня 2009 р. Офіційне видання. – К.: Паливода, 2009. – 85 с.

² Колб О. Г. Організація індивідуального запобігання злочинам у кримінально-виконавчій системі: Монографія / О. Г. Колб. – Луцьк: РВВ Вежа Волин. держ. ун-ту ім. Лесі Українки, 2007. – 497 с.

³ Гель А. П., Семаков Г. С., Яковець І. С. Кримінально-виконавче право України: навч. посібник / За заг. ред. А. Х. Степанюка. – К. – Юрінком Інтер, 2008. – 624 с.

⁴ Там само.

⁵ Беляев Н. А. Цели наказания и средства их достижения в исправительно-трудовых учреждениях. – Л.: ЛГУ, 1963. – 152 с.

⁶ Стручков Н. А. Уголовная ответственность и её реализация в борьбе с преступностью. – Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1978. – 288 с.

⁷ Кримінально-виконавчий кодекс України 5 травня 2009 р. Офіційне видання. – К.: Паливода, 2009. – 85 с.

Резюме

Жук О. М. Режим в установах виконання покарань як основний засіб виправлення та ресоціалізації жінок, засуджених до позбавлення волі.

У статті розглядаються особливості режиму відбування покарання жінок, засуджених до позбавлення волі, аналізуються основні заходи з їх виправлення та ресоціалізації, а також особливості відбування покарання жінок, які мають дітей. У сучасних умовах реформування пенітенціарної системи режим відбування покарання в установах виконання покарань повинен сприяти підвищенню відповідальності засуджених.

Ключові слова: режим відбування покарання, ресоціалізація, виправлення, заохочення, стягнення.

Резюме

Жук Е. Н. Режим в учреждениях по исполнению наказания как основное средство исправления и ресоциализации женщин, осужденных к лишению свободы.

В статье рассматриваются особенности режима отбывания наказания женщин, осужденных к лишению свободы, анализируются основные способы по их исправлению а также ресоциализации, и особенности отбывания наказания женщин, имеющих детей. В современных условиях реформирования пенитенциарной системы режим отбывания наказания в учреждениях по исполнению наказания должен содействовать повышению ответственности осужденных.

Ключевые слова: режим отбывания наказания, ресоциализация, исправление, поощрения, взыскания.

Summary

Zhuk O. Mode in establishments on execution of punishment as basic mean of correction and re-education of women.

In the article the features of the mode of serving of punishment of women convict are examined to imprisonment, basic measures are analyzed on their correction and resocialization, and also the features of serving of punishment of women which have children.

Key words: mode of serving of punishment, resocialization, correction, encouragement, penalty.

Отримано 24.02.2014

З. А. ЗАГИНЕЙ

Зоя Аполлінаріївна Загинеї, кандидат юридичних наук, доцент, начальник відділу Науково-дослідного інституту Національної академії прокуратури України

ВИДИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ КОНСТРУКЦІЙ: ДО ПОСТАНОВКИ ПРОБЛЕМИ

Юридична конструкція виступає основою побудови тексту Кримінального кодексу України (далі – *КК України*). Вона відіграє роль своєрідного ярлика, коду, який допомагає «розкодувати» той інформаційний заряд, що був закладений у елементи конструкції законодавцем відповідно до конкретного випадку. В. М. Кудрявцев, розглядаючи конструкцію складу злочину, писав, що перерахування категорій ознак, які включаються в склад, ще не розкриває його змісту, однак вказує на його конструкцію¹.

В юридичній науці окремі питання юридичних конструкцій досліджувалися і в загальнотеоретичному аспекті (С. С. Алексєєвим, В. К. Бабаєвим, В. М. Барановим, В. М. Горшенєвим, Ж. О. Дзейко, Т. А. Доценко, А. О. Дутко, Р. Ієрінгом, Т. В. Кашаніною, Д. А. Керімовим, М. М. Коркуновим, Ю. Л. Марєєвим, А. Нашиц, Д. Е. Пономарьовим, М. М. Тарасовим, В. В. Чевичеловим, О. Ф. Черданцевим та ін.), і з позицій галузевих юридичних наук (І. І. Бабіним, І. С. Баталовою, Д. В. Винницьким, А. В. Іванчиним, О. О. Книженко, В. М. Кудрявцевим, Л. Л. Кругліковим, П. І. Люблінським, К. К. Паньком та ін).

Однак назріла необхідність більш детально розглянути питання видів юридичних конструкцій КК України. Насамперед спробуємо визначити загальні підходи в теорії права щодо суті юридичних конструкцій.

Вперше на категорію «юридична конструкція» звернув увагу Р. Ієрінг. Цей науковець сприймав її як своєрідне «юридичне тіло»². На думку Н. М. Коркунова, юридичні конструкції є прийомом наукового дослідження, який полягає у комбінуванні загальних елементів будь-якого явища, що отримані за допомогою аналізу³. С. С. Алексєєв пише про те, що юридичні конструкції є органічним елементом власного змісту права, його внутрішньої форми, які мають свій особливий зміст та придатні для того, щоб на підставі нового досвіду, даних науки, сили розуму одержати подальший розвиток, новий рівень досконалості⁴. А. Ф. Черданцев вважає, що юридична конструкція є засобом пізнання правових явищ, а їх побудова – це окремий випадок використання методу моделювання в правовій науці. Юридична конструкція, на думку цього науковця, це ідеальна модель, яка відображає складну структурну побудову врегульованих правом суспільних відносин, юридичних фактів чи їх елементів⁵. Цю позицію підтримують і сучасні дослідники. Так, А. В. Іванчин вважає, що юридична конструкція – це структурна модель-уявлення, структурна модель групи однорідних правових явищ, певну комбінацію елементів якої законодавець наповнює юридично значущою інформацією, регламентуючи тим самим у кримінальному законодавстві відповідний різновид цих явищ⁶. М. Л. Давидова також стверджує, що юридична конструкція є розробленою доктриною права та прийнята юридичною науковою спільнотою ідеальна модель, яка дає змогу теоретично осмислити, нормативно закріпити, виявити у правовому тексті та в реальних юридичних відносинах закономірний, послідовний, логічний взаємозв'язок структурних елементів різноманітних правових явищ⁷. На думку О. О. Книженко, юридичні конструкції є кращим способом «...відображення в нормі права складної правової реальності, законодавець за допомогою конструкцій утворює типізовані законодавчі моделі: нормативні правові акти, примітки, презумпції, фікції, кожна з яких відповідає своєрідним різновидам суспільних»⁸. Як вважає А. О. Дутко, юридичні конструкції – це закріплені в законодавстві «...ідеальні узагальнюючі моделі структури правових явищ, створюваних для формування регулятивних, охоронних, захисних нормативно-правових приписів і досягнення точності і визначеності законів»⁹.

Окрім цього, юридична конструкція розглядається як процес логічної дедукції¹⁰, теоретичне положення¹¹, спосіб регулювання суспільних відносин¹², «архітектурний елемент» правотворчості¹³.

На нашу думку, основний недолік висловлених вище точок зору полягає в тому, що вчені характеризують юридичну конструкцію однобоко, забуваючи про те, що це – багатоаспектне явище. При цьому юридичну конструкцію можна розглядати як в широкому, так і в вузькому розумінні. З точки зору широкого підходу юридичні конструкції – це практично всі правові явища, які мають певну структуру, будову, а також метод пізнання права, метод його герменевтики. У вузькому ж значенні юридичні конструкції – це особливий відносно самостійний засіб юридичної техніки. При цьому відповідні конструкції потрібно розглядати в процедурному та статично-структурному значеннях. У першому випадку це процедура, процес побудови, створення чого-небудь шляхом з'єднання, об'єднання, синтезу розрізаних елементів в єдине ціле. А в другому – підсумковий результат, кінцевий продукт такої процедури, тобто структурне та статичне утворення¹⁴.

Формулюючи «робоче» розуміння суті юридичних конструкцій, зазначимо, що, на нашу думку, цій правовій категорії притаманні такі основні ознаки. По-перше, юридична конструкція – це засіб юридичної тех-

ніки. Їх використання полегшує формулювання юридичних норм, забезпечує необхідне формальне вираження норм права. На основі юридичних конструкцій законодавець «тиражує» окремі законодавчі конструкції. По-друге, юридична конструкція – це своєрідна правова модель. При цьому вона є ідеальною юридичною моделлю, яка виражає суспільні відносини або їх елементи в правовій формі; є засобом логічної побудови нормативного матеріалу та відображає складну структуру правових явищ. По-третє, юридична конструкція – це метод пізнання права та певних суспільних відносин, відповідний засіб герменевтики норм права. По-четверте, юридична конструкція – це система взаємодіючих елементів, що можуть утворювати підсистеми такої конструкції.

Розглянувши основні вихідні тези, які стосуються юридичних конструкцій, перейдемо до характеристики їх видів у кримінальному праві України. Насамперед зазначимо, що в теорії права лише окремі науковці приділяють увагу видам юридичних конструкцій. Зокрема, А. О. Дутко виділяє відповідні види за різними критеріями: за сферою застосування (загальноправові, міжгалузеві та галузеві); за видами галузей позитивного права (конституційні, адміністративно-правові, цивільно-правові, кримінально-правові тощо); за поділом системи права на публічне та приватне (публічно-правові та приватно-правові); за функціями галузей у правовому регулюванні (матеріальні і процесуальні); за складом (прості і складні); за формою законів, у яких закріплюються конструкції (кодифікаційні, поточної законотворчості); за способом закріплення (текстуальні і смислові)¹⁵. В. В. Чевичелов виокремлює такі види юридичних конструкцій: за функціями (техніко-юридичні та теоретико-юридичні); за сферою дії (загальноправові (універсальні), міжгалузеві та галузеві). Галузеві юридичні конструкції цей науковець поділяє на матеріальні та процесуальні. Далі здійснюється такий поділ: за обов'язковістю елементів (конструкції з обов'язковими елементами та конструкції з необов'язковими (несуттєвими) елементами); за джерелами права (конструкції, закріплені в нормативно-правових актах; конструкції, закріплені в актах судової правотворчості; конструкції, закріплені у правових договорах; конструкції, закріплені у правових звичаях); залежно від сфери застосування (законодавчі конструкції; правозастосовні конструкції); за соціальним призначенням та роллю у правовому регулюванні (регулятивні та охоронні конструкції); за методом правового регулювання (імперативні та диспозитивні)¹⁶. На думку В. М. Баранова та Ю. Л. Марєєва доцільно виділяти такі види юридичних конструкцій: за взаємодією елементів (статичні та динамічні); за достовірністю, за ступенем наближеності до реальних правових явищ (істинні та неістинні (фіктивні))¹⁷.

Однак для кримінального права не всі виділені види юридичних конструкцій прийнятні. Їх у цілому й переважно можна відносити до галузевих, публічно-правових, матеріальних та імперативних.

Кримінально-правові конструкції, на нашу думку, залежно від об'єкта, який вони моделюють, можуть мати загальний характер (наприклад, юридична конструкція злочину, складу злочину, покарання, звільнення від кримінальної відповідальності). Вони відображають структуру будь-якого злочину або складу злочину. Такі конструкції покликані показати складне явище за допомогою моделі. Тобто, перший вид кримінально-правових юридичних конструкцій – це загальні конструкції. На їх основі законодавець створює більш «дрібні» конструкції, які мають типовий (родовий) характер. Наприклад, виділяючи розділи Особливої частини КК України, законодавець «перекидає» теоретичний «місток» від юридичної розділи загального характеру до родової (типової) юридичної конструкції відповідного виду злочинів. Окрім цього, на основі цих конструкцій створюються видові моделі, що описують схожі злочини у межах відповідного роду (типу). Наприклад, за допомогою видової кримінально-правової конструкції побудовані диспозиції т.зв. підкупу: «Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою» (ст. 368 КК України), «Підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми» (ст. 368-3 КК України), «Підкуп особи, яка надає публічні послуги» (ст. 368-4 КК України), «Пропозиція або надання неправомірної вигоди службовій особі» (ст. 369 КК України). На відміну від родових (типових) кримінально-правових конструкцій видові повинні бути скрупульозно продумані, мають бути спочатку вицленені, а потім об'єднані в певну модель ті елементи, ознаки, які її утворюють. Адже саме видові конструкції будуть покладені в основу конкретних юридичних конструкцій. Зокрема, у прикладі, який наводився вище, доцільно насамперед виробити єдину стратегію: активний та пасивний підкуп потрібно об'єднувати в одній статті чи закріплювати в різних статтях Особливої частини КК України; з'ясувати який перелік дій повинен охоплюватися активним та пасивним підкупом; встановити відповідність між «парними» діями, що утворюють активний та пасивний підкуп тощо. На основі цих конструкцій виробляються конкретні кримінально-правові конструкції (наприклад, конструкція зловживання владою або службовим становищем – ст. 364 КК України). Цей вид юридичних конструкцій структурує відповідне кримінально-правове явище. Для зручності будемо називати їх законодавчими конструкціями. Отже, кримінально-правові конструкції залежно від об'єкта, який вони моделюють, можуть бути: загальними, родовими (типовими), видовими та конкретними (законодавчі конструкції).

З урахуванням поділу КК України на самостійні структурні частини, на нашу думку, варто виділяти юридичні конструкції Загальної частини КК України та юридичні конструкції Особливої частини КК України. Вони відрізняються рівнем узагальнення. Зокрема, конструкції першого виду можуть мати загальний (конструкція звільнення від кримінальної відповідальності – ст. 44 КК України), родовий (типовий) (конструкція давності – ст.ст. 49, 96-5¹⁸, 80 КК України), видовий (конструкція давності як підстава звільнення від кримінальної відповідальності – ст.ст. 49, 96-5¹⁹ КК України) та конкретний характер. Однак, не завжди всі види юридичних конструкцій представлені у Загальній частині КК України. Що стосується кри-

мінально-правових конструкцій Особливої частини КК України, то вони мають передусім конкретний характер, оскільки покликані структурувати конкретне правове явище.

Залежно від виду кримінально-правових норм конструкції Особливої частини КК України поділяються на такі види: конструкції забороняючих кримінально-правових норм; конструкції заохочувальних (стимулюючих) кримінально-правових норм; конструкції роз'яснюючих (дефінітивних) кримінально-правових норм; конструкції обмежувальних (виняткових) кримінально-правових норм. Такі конструкції повинні «переплітатися» та відповідати тим, що виділялися нами вище.

Залежно від частини тексту КК України кримінально-правові конструкції можуть бути поділені на такі види: конструкція заголовку (назви) статті; конструкція кримінально-правового припису; конструкція примітки до статті. Кожному відповідному виду конструкції притаманні власні правила побудови.

Кримінально-правові конструкції Особливої частини КК України залежно від структурної частини статті можуть бути двох видів: конструкція диспозиції статті Особливої частини КК України; конструкція санкції статті Особливої частини КК України.

Окрім цього, кримінально-правові конструкції залежно від ступеня тяжкості можуть поділятися на: конструкції основних складів злочинів; конструкції кваліфікованих складів злочинів (складів злочинів з обтяжуючими ознаками) та конструкції привілейованих складів злочинів (складів злочинів з пом'якшувальними ознаками). На нашу думку, такий поділ важливий. Адже він допомагає вибудувати такі теоретичні моделі, наприклад, кваліфікованих складів злочинів, які дають змогу правильно комбінувати між собою ті чи інші кваліфікуючі ознаки. Також варто виділяти кримінально-правові конструкції матеріальних, формальних та усічених складів злочинів. Така класифікація допомагає правильно встановити момент закінчення відповідного складу злочину в процесі кримінально-правової кваліфікації. Наприклад, для визначення моменту закінчення формальних та усічених складів злочинів потрібно з'ясувати, від якого виду дієслова походить віддієслівний іменник, що позначає суспільно небезпечне діяння. Для юридичних конструкцій формальних складів злочинів характерним є використання віддієслівних іменників доконаного виду, а для конструкцій усічених складів злочинів – недоконаного виду.

Отже, з урахуванням викладеного вище зробимо висновок, що кримінально-правові конструкції бувають таких видів: залежно від об'єкта, який вони моделюють (загальні, родові (типові), видові та конкретні (законодавчі конструкції)); залежно від структурних частин КК України (конструкції Загальної та Особливої частини); залежно від частини тексту КК України (конструкція заголовку (назви) статті; конструкція кримінально-правового припису; конструкція примітки до статті); залежно від ступеня тяжкості (конструкції основних складів злочинів; конструкції кваліфікованих складів злочинів та конструкції привілейованих складів злочинів); залежно від моменту закінчення злочину (конструкції матеріальних, формальних та усічених складів злочинів). Кримінально-правові конструкції Особливої частини КК України поділяються на такі види: залежно від структурної частини статті (конструкція диспозиції та конструкція санкції статті Особливої частини КК України); залежно від виду кримінально-правових норм (конструкції забороняючих, заохочувальних (стимулюючих), роз'яснюючих (дефінітивних) та обмежувальних (виняткових) кримінально-правових норм. Такий поділ не лише слугує законодавчій техніці, а й є засобом герменевтики кримінального закону.

¹ Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений: 2-е изд., перераб. и доп. / В. Н. Кудрявцев. – М.: Юристъ, 2004. – С. 74.

² Иеринг Р. Избранные труды: в 2-х т. – Т. 2 «Дух римского права» / Р. Иеринг. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2006. – С. 361.

³ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права / Н. М. Коркунов. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – С. 175.

⁴ Алексеев С. С. Восхождение к праву: поиски и решения / С. С. Алексеев. – М.: Норма, 2001. – С. 277.

⁵ Черданцев А. Ф. Юридические конструкции, их роль в науке и практике / А. Ф. Черданцев // Правоведение. – 1972. – № 3. – С. 13.

⁶ Иванчин А. В. Уголовно-правовые конструкции и их роль в построении уголовного законодательства: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / А. В. Иванчин. – Ярославль, 2002. – С. 8, 99.

⁷ Давыдова М. Л. Юридическая техника: проблемы теории и методологии: монография / М. Л. Давыдова. – Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2009. – С. 152.

⁸ Книженко О. О. Кримінально-правова санкція як юридична конструкція / О. О. Книженко // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2011. – № 4. – С. 317.

⁹ Дутко А. О. Юридичні конструкції та їх використання в законотворчій практиці України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави та права; історія політичних і правових учень» / А. О. Дутко. – Л., 2010. – С. 8.

¹⁰ Ушаков А. А. Очерки советской законодательной стилистики: учеб. пособ. – Ч. 1: «Содержание и форма в праве и проблема законодательной стилистики» / А. А. Ушаков. – Пермь, 1967. – С. 73.

¹¹ Мальцевич В. В. Об одной правовой конструкции / В. В. Мальцевич // Вопросы философии. – 1965. – № 6. – С. 139–141.

¹² Ерошенко А. А. Гражданско-правовая защита личной собственности в СССР / А. А. Ерошенко // Советское государство и право. – 1968. – № 6. – С. 106–111.

¹³ Баранов В. М. Юридические конструкции: сценарий компьютерного урока / В. М. Баранов, Ю. Л. Мареев // Проблемы юридической техники: Сб. статей / Под. ред В. М. Баранова. – Н. Новгород, 2000. – С. 729.

¹⁴ Пономарев Д. Е. Генезис и сущность юридической конструкции дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» / Д. Е. Пономарев. – Екатеринбург, 2005. – С. 89–90.

¹⁵ Дутко А. О. Там само. – С. 9.

¹⁶ Чевычелов В. В. Юридическая конструкция (проблемы теории и практики): дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» / В. В. Чевычелов. – Н. Новгород, 2005. – С. 81–90.

¹⁷ Баранов В. М. Вказана праця. – С. 725–729.

¹⁸ Відповідна норма набере чинності 1 вересня 2014 року (Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України стосовно відповідальності юридичних осіб: Закон України від 23 травня 2013 року № 314-VII: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/314-18> – Заголовок з екрана.

¹⁹ Відповідна норма набере чинності 1 вересня 2014 року (Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України стосовно відповідальності юридичних осіб: Закон України від 23 травня 2013 року № 314-VII: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/314-18> – Заголовок з екрана.

Резюме

Загиней З. А. Види кримінально-правових конструкцій: до постановки проблеми.

У статті розглядаються загальнотеоретичні підходи до розуміння юридичних конструкцій у теорії права. Проаналізовано види юридичних конструкцій, які виділяють вчені-теоретики. На підставі синтезу та узагальнення запропоновано істотні ознаки юридичних конструкцій, які будуть використовуватися у подальшому як вихідні тези для дослідження. Також визначено, що кримінально-правові конструкції у цілому й переважно належать до галузевих, публічно-правових, матеріальних та імперативних. Самі ж конструкції поділяються залежно: від об'єкта, який вони моделюють; залежно від структурних частин КК України; від частини тексту КК України; від ступеня тяжкості; з від моменту закінчення злочину. Кримінально-правові конструкції Особливої частини КК України поділяються на види залежно: від структурної частини статті Особливої частини КК України; від виду кримінально-правових норм.

Ключові слова: юридична конструкція, кримінально-правова конструкція, законодавча конструкція, види кримінально-правових конструкцій, законодавча техніка.

Резюме

Загиней З. А. Види уголовно-правовых конструкций: к постановке проблемы.

В статье рассматриваются общетеоретические подходы к пониманию юридических конструкций в теории права. Проанализированы виды юридических конструкций, выделяемые учеными-теоретиками. На основании синтеза и обобщения предложены существенные признаки юридических конструкций, которые будут использоваться в дальнейшем как исходные тезисы для исследования. Также определено, что уголовно-правовые конструкции в целом и преимущественно относятся к отраслевым, публично-правовым, материальным и императивным. Сами же конструкции подразделяются в зависимости: от объекта, который они моделируют; от структурных частей УК Украины; в зависимости от части текста УК Украины; от степени тяжести; от момента окончания преступления. Уголовно-правовые конструкции Особенной части УК Украины делятся на виды в зависимости: от структурной части статьи Особенной части УК Украины, от вида уголовно-правовых норм.

Ключевые слова: юридическая конструкция, уголовно-правовая конструкция; законодательная конструкция, виды уголовно-правовых конструкций; законодательная техника.

Summary

Zagynay Z. Types of Criminal Law Construction: Statement of the Problem.

This article discusses the general theoretical approaches to understanding the legal structures in the theory of law. Analyzed the types of legal structures allocated theorists. Based on the synthesis and synthesis of the essential features offered legal structures that will be used in the future as a source for research theses. Also determined that the criminal legal structure as a whole and mainly relate to industry, public law, the material and the imperative. Design themselves are classified according to the object that they model depending on the structural parts of the Criminal Code of Ukraine, according to the text of the Criminal Code of Ukraine, depending on the severity depending on the end of a crime. Criminal legal structure of the Criminal Code of Ukraine are divided into categories depending on the structural part of the article of the Criminal Code of Ukraine, depending on the type of criminal law.

Key words: legal construction, criminal legal structure; legislative design, types of criminal legal structures; legislative technique.

Отримано 25.01.2014

Є. С. НАЗИМКО

Егор Сергійович Назимко, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, начальник ад'юнктури (аспірантури) Донецького юридичного інституту МВС України

**КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ТА КРИМІНАЛЬНІ ПРОЦЕСУАЛЬНІ ОСОБЛИВОСТІ
РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ІНСТИТУТУ ПОКАРАННЯ НЕПОВНОЛІТНІХ
ВІДПОВІДНО ДО ЗАКОНУ РЕСПУБЛІКИ СЕРБІЯ
«ПРО НЕПОВНОЛІТНІХ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШНИКІВ
ТА КРИМІНАЛЬНИЙ ЗАХИСТ НЕПОВНОЛІТНІХ ОСІБ»**

Кримінальне законодавство Республіки Сербія стосовно системи (принципів, підходів та відповідних засобів) покарання неповнолітніх правопорушників або злочинців характеризується відповідними рисами усталеної світової, зокрема європейської практики з цього питання.

Як і в багатьох інших подібних законодавчих актах інших держав, зазначається насамперед саме суб'єктна цілеспрямованість дії сербського законодавства щодо покарання неповнолітніх або малолітніх правопорушників. Правовим та належним чином кодифікованим джерелом системи притягнення неповнолітніх правопорушників до кримінальної відповідальності за вчинені правопорушення та злочини, винесення вироку, який передбачає певне покарання за їх вчинення, є Закон «Про неповнолітніх кримінальних правопорушників та кримінальний захист неповнолітніх осіб» Республіки Сербія. Цей Закон набув чинності 1 січня 2006 року. Він складається зі 169 статей, які визначають увесь порядок кримінального реагування на кримінальні правопорушення, що час від часу вчиняються неповнолітніми, мають особливу суспільну природу та характерні риси, відмінні від правопорушень та злочинів, які здійснюються дорослими (повнолітніми) особами. Як зазначається у Відповіді Уряду Республіки Сербія на Доповідь Європейської комісії з попередження тортур та нелюдського або такого, що принижує гідність ставлення або покарання за результатами візиту до Республіки Сербія протягом 1–11 лютого 2011 р.: «Прийняття цього Закону стало значним кроком на шляху гармонізації внутрішнього законодавства з міжнародними актами, ратифікованими у нашій країні. Таким чином, правові передумови для функціонування нової системи покарання неповнолітніх осіб в Республіці Сербія створені. Найбільш важливі риси цієї системи полягають у тому, що вона: базується на правах дитини; визнає інтереси дитини в якості головного принципу системи; акцентована на ефекті попередження як головної меті; використовує ув'язнення дитини в якості крайнього заходу, але на максимально короткий термін; використовує принципи: перенаправлення, відводу, відновлювального правосуддя для того, аби утримати дитину від залучення до офіційної системи кримінального правосуддя та вирішення питання в рамках місцевої громади; покращує компетенцію та систему підготовки всіх причетних до системи ювенальної юстиції; відповідає міжнародним нормам та стандартам»¹.

Правопорушення, які вчиняються неповнолітніми особами, без розрізнення їх національно-громадянської приналежності, мають також дуже специфічні і, що треба особливо зазначити, вкрай небезпечні соціальні наслідки. Сама суть та стратегічна мета інституту покарання неповнолітніх осіб характеризуються прагненням запобігти перетворенню дитини, яка припустилася вчинення того чи іншого виду суспільно забороненої дії, на «повноцінного злочинця». Інститут покарання неповнолітніх правопорушників, враховуючи його автономну законодавчо-джерельну та системно-адміністративну цілеспрямованість, є свого роду інвестицією у майбутній здоровий громадський актив держави та суспільства.

Даний правовий акт, як і інші подібні кодифіковані джерела, спирається насамперед на інститут правоздатності особи та визначення категорій осіб, справи яких можуть розглядатися відповідно до дії цього Закону. Саме це зазначається у частині третій ст. 1 цього Закону: «Положення цього Закону відповідним чином стосуються осіб, які досягли правоздатного віку та постали перед судом за кримінальні правопорушення, вчинені ними в якості неповнолітніх осіб, у разі коли усі необхідні вимоги, які передбачені цим Законом, є виконаними, а також осіб, які вчинили кримінальне правопорушення в якості молодих дорослих осіб»².

Важливою рисою цього Закону є те, що він спрямований не лише на дію специфічного інституту покарання неповнолітніх правопорушників, а й на специфічність та надзвичайну важливість захисту неповнолітніх осіб, які стали жертвами в рамках того чи іншого кримінального впровадження. Про це йдеться у частині третій тієї ж ст. 1 Закону: «Закон також містить особливі положення щодо захисту» дітей та неповнолітніх осіб (далі – неповнолітніх), які розглядаються в якості потерпілих в кримінальних впровадженнях».

Як відомо зі світової практики покарання неповнолітніх, жодне кримінальне впровадження щодо тієї чи іншої неповнолітньої особи, тим більш з огляду на вищезгадану автономну законодавчо-джерельну та системно-адміністративну цілеспрямованість, не може здійснюватися без чіткого окреслення вікових рамок

об'єкта дії ювенального інституту покарання. Причому сам інститут покарання неповнолітніх осіб, відповідно до цього Закону, розподіляє дві вікові рамки своєї дії. Перше вікове обмеження стосується осіб, у даному випадку дітей, які до досягнення певного віку не притягуються до кримінальної відповідальності навіть відповідно до положень цього Закону, а друге вікове обмеження чітко окреслює межу, після досягнення якої людина (в даному разі – доросла або повнолітня особа) вже не може бути засуджена, виходячи з положень цього Закону. Перше зазначається у ст. 2 Закону: «Виятки застосування кримінальних санкцій щодо дітей»: «Ні кримінальні санкції, ні будь-які інші заходи, які передбачені цим Законом, не можуть бути проголошені або застосовані до особи, яка не досягла чотирнадцятирічного віку на час здійснення протизаконного вчинку, який розглядається, відповідно до законодавства в якості кримінального правопорушення». Про друге йдеться у всіх трьох частинах ст. 3 «Вік правопорушника»: «Неповнолітньою особою є особа, яка на час здійснення кримінального правопорушення досягла чотирнадцятирічного віку та не досягла вісімнадцятирічного віку. Молодша неповнолітня особа – це особа, яка на час здійснення кримінального правопорушення досягла чотирнадцятирічного віку, але є не старшою шістнадцяти років. Більш старша неповнолітня особа – це особа, яка на час здійснення кримінального правопорушення досягла шістнадцятирічного віку, але є не старшою вісімнадцяти років. Молода доросла особа – це особа, яка на час здійснення кримінального правопорушення досягла вісімнадцятирічного віку, але є не старшою двадцяти одного року на час проведення судового розгляду, і яка відповідає усім вимогам, що містяться у статті 41 цього Закону». Наведені статті, в яких визначаються основні цільові засади та терміни щодо покарання неповнолітніх осіб, становлять частину першу цього Закону.

Відомий сербський правник Раде Богоевич зазначає: «Деякі порівняльні правові системи встановлюють більш високу вікову межу для неповнолітніх осіб. Сучасні правові системи (зокрема сербська) в цілому визнають і містять в собі вищі та нижчі вікові межі для неповнолітніх осіб. Отже, в деяких країнах немає правових положень щодо нижчої вікової межі, в той час як в інших країнах вікова межа визначається ступенем психофізіологічної зрілості; існують країни, де нижча вікова межа коливається від 7 до 16 років та країни, де більш висока вікова межа становить від 15 до 21 року, включно з правовими положеннями, які стосуються молодих людей, які не досягли 25-річного віку»³.

Закон також визначає випадки, коли застосовується інститут відводу в рамках того чи іншого впровадження. «Один або більше указів про відводи можуть бути застосовані до неповнолітнього правопорушника за скоєні ним кримінальні правопорушення, які караються штрафом або ув'язненням терміном до п'яти років», – йдеться у частині першій ст. 5 «Загальні правила». У частині ж третій цієї статті зазначається: «Вимогами для застосування відводу є: наявність визнання неповнолітньою особою вчиненого нею кримінального правопорушення, її ставлення до скоєного нею правопорушення та потерпілої сторони». Закон «Про неповнолітніх кримінальних правопорушників та кримінального захисту неповнолітніх осіб» Республіки Сербія ставить перед собою ту ж саму запобіжно-профілактичну мету щодо здійснення злочинів неповнолітньою особою в майбутньому, як і інші подібні правові акти. Про це зазначається в ст. 6 цього Закону: «Метою указів про відвід є утримання від здійснення кримінального впровадження проти неповнолітньої особи або припинення такого та/або через застосування указів про відвід сприяти відповідному розвитку неповнолітньої особи, заохочення становленню її особистісної відповідальності для уникнення рецидивів повернення до здійснення злочинних дій в майбутньому».

Видами указів про відвід, відповідно до ст. 7 цього Закону, є: «1) примирення із постраждалою стороною через компенсацію збитків, вибачення, роботу або інше, завдані наслідки збиткового характеру мають бути усунені цілком або частково; 2) регулярне відвідання занять або роботи; 3) залучення до роботи, без винагороди в організаціях з допомоги людям або в громадах (соціального напрямку діяльності, місцевих, екологічних); 4) проходження відповідних перевірок стану здоров'я, програм лікування від наркотичної та алкогольної залежності; 5) індивідуальна або групова участь у відповідних курсах терапії у закладах з охорони здоров'я або консультаційних центрах».

Стаття, що перераховує кримінальні санкції до неповнолітніх осіб, які вчинили те чи інше правопорушення, посилається також на Кримінальний Кодекс Республіки Сербія: «Освітні заходи, ув'язнення неповнолітньої особи та заходи з безпеки окреслені в ст. 79 Кримінального Кодексу за виключенням обмежень на його зайнятість, ділову активність та обов'язки. Виключно освітні заходи можуть бути призначені щодо до молодших неповнолітніх осіб. Освітні заходи та, в порядку винятку, тюремне ув'язнення, можуть бути призначені більш старшим неповнолітнім особам. Відповідно до положень цього Закону заходи з безпеки можуть призначатися неповнолітнім особам».

Мета освітніх заходів відповідно до цього Закону не відрізняється від цілей аналогічних законів про кримінальне покарання неповнолітніх. Цей та інші подібні закони в частині застосування санкцій спрямовані на реалізацію принципу альтернативності у призначенні так званого «м'якого», тобто некримінального покарання стосовно неповнолітніх. Альтернативне некримінальне покарання неповнолітніх осіб спрямоване на якнайшвидшу соціальну та психологічну реабілітацію неповнолітніх осіб, які вдалися до вчинення правопорушення. Ця соціальна та психологічна реабілітація передбачає формування у неповнолітньої особи почуття особистої відповідальності, початок повноцінного особистісного зростання. Утримання неповнолітньої особи має на меті здійснення адміністративного впливу з метою запобігання вчинення нею у майбутньому кримінальних діянь, а також приклад для інших неповнолітніх осіб, який би утримував їх від втягнення до кримінального світу в майбутньому.

Відповідно до ст. 11 освітні заходи включають: «1) попередження та нагляд: судове попередження та альтернативні санкції; 2) заходи з підвищеного контролю: підвищений контроль з боку батьків, прийомних батьків або опікунів, сім'ї, яка виховує, підвищений контроль з боку опікунської інстанції, підвищений контроль та щоденне відвідання відповідних реабілітаційних та освітніх закладів для неповнолітніх осіб; 3) інституційні заходи: направлення до реабілітаційних закладів, направлення до виправних закладів, направлення до спеціалізованих закладів для проходження курсів лікування та набуття соціальних навичок».

Кримінальне законодавство щодо неповнолітніх осіб розглядає останніх в якості особливої категорії об'єктів покарання. У разі винесення їм вироків треба брати до уваги цілу низку чинників фізіологічного, психологічного та соціального характеру. «У виборі освітнього заходу суд враховує вік та ступінь зрілості неповнолітньої особи, інші аспекти його/її характеру і рівень девіантної поведінки, тяжкість вчиненого правопорушення, мотиви вчинення правопорушення, життєві умови та оточення неповнолітньої особи, поведінку після вчинення правопорушення, зокрема факт того, чи запобігав /-ла він/вона або намагався/-лася запобігти руйнівним наслідкам, чи була неповнолітня особа раніше засуджена або визнана виною, а також інші відповідні обставини, необхідні для призначення такого заходу, який би виявився найкращим для цілей застосування освітніх заходів».

Судове попередження також спрямоване на утримання неповнолітньої особи від вчинення правопорушень в майбутньому та інформування про наслідки повторних злочинних дій і інші санкції у відповідь на їх здійснення: «Судове попередження призначається в разі, якщо, виходячи зі ставлення неповнолітньої особи до вчиненого правопорушення та прагнення утримуватися від вчинення кримінальних правопорушень в майбутньому, попередження може бути ефективним. Призначаючи попередження, суд вказує неповнолітній особі на неприпустимість її дій та роз'яснює, що інші заходи можуть бути застосовані до неї в разі повторного вчинення правопорушення». Саме на цьому робить наголос ст. 13 цього Закону.

У ст. 14 наведено повний перелік альтернативних санкцій, які можуть бути застосовані щодо неповнолітньої особи, яка вчинила правопорушення: «Суд має право застосувати одну або більше альтернативних санкцій щодо неповнолітньої особи, якщо, на думку суду, існує необхідність у застосуванні відповідних вимог або заборон з метою впливу на неповнолітню особу та її поведінку. Суд може зобов'язати неповнолітню особу: 1) принести вибачення постраждалій стороні; 2) відшкодувати завдані збитки в рамках своїх можливостей; 3) регулярно відвідувати заняття або місце праці; 4) отримати кваліфікацію на основі своїх здібностей та талантів; 5) брати участь, без отримання винагороди, у роботі організацій з допомоги людям або виконувати громадські роботи соціального, місцевого та екологічного характеру; 6) брати участь у спортивних заходах; 7) проходити відповідні перевірки стану свого здоров'я, програми лікування від наркотичної та алкогольної залежності; 8) брати участь індивідуально або у групах у відповідних курсах терапії у закладах з охорони здоров'я або консультаційних центрах та дотримуватися того, що призначено їй відповідно до розроблених в цих закладах робочих програм; 9) відвідувати курси професійної підготовки або готуватися до іспитів з обраної спеціальності навчання; 10) не залишати місця постійного або тимчасового перебування, якщо опікунська інстанція або Суд не нададуть спеціального дозволу залишити місце перебування».

Дана стаття містить уточнення щодо термінів дії альтернативних санкцій: «Альтернативні санкції, наведені у параграфі 2 пункти 3, 4, 6–10 (*назви пунктів див. вище.* – Є. Н.) цієї статті можуть діяти до одного року за умови, що під час їх дії Суд має право урізноманітнити або призупинити їх впровадження... У рамках вимог параграфу 2, пункту 2 цієї статті суд має право визначати розміри та спосіб відшкодування збитків у вигляді виконання неповнолітньою особою робіт, термін яких не повинен перевищувати 60 годин протягом трьох місяців дії цієї альтернативної санкції, але таким чином, аби це не впливало на процес навчання або працевлаштування неповнолітньої особи... У рамках вимог параграфу 2, пункту 5 цієї статті неповнолітня особа має право працювати не більше 120 годин на період не більше 6 місяців, що є максимальним терміном дії цього виду альтернативної санкції, однак це не повинно впливати на процес навчання або працевлаштування неповнолітньої особи».

Велика увага в рамках цього Закону, як ми вже зазначали, приділяється соціалізації неповнолітньої особи після вчинення нею правопорушення. Однією з важливих форм цієї соціалізації є повернення дитини до кола рідних, особливо батьків. Санкції, які передбачають підвищений контроль над неповнолітньою особою з боку батьків, прийомних батьків або опікунів, вимагають від них прояву необхідної турботи, нагляду над поведінкою неповнолітньої особи, забезпечення отримання освіти, медичних послуг та сприяння зникненню негативного впливу. Стаття 15 наголошує: «Цей захід може тривати від шістьох місяців до двох років, суд може прийняти рішення про припинення дії цієї санкції».

Направлення неповнолітньої особи, яка вчинила правопорушення, до родини, яка виявляє згоду виховувати її, є заходом у відповідь на неможливість здійснювати підвищений контроль над поведінкою неповнолітньої особи з боку батьків, прийомних батьків або опікунів. «Цей захід може тривати від шістьох місяців до двох років, суд може прийняти рішення про припинення дії цієї санкції. Дія цієї санкції може бути призупинена в разі, якщо батьки неповнолітньої особи, прийомні батьки або опікуни отримують можливість здійснювати підвищений контроль або, коли відповідно до результатів, досягнутих завдяки цьому заходу, зникає необхідність у підвищеному контролі», – наголошується у ст. 16.

У разі якщо підвищений контроль над поведінкою неповнолітньої особи з боку батьків, прийомних батьків або опікунів та направлення неповнолітньої особи, яка вчинила правопорушення, до родини, яка виявляє згоду виховувати її, виявилися безперспективними, суд приймає рішення про передачу неповноліт-

ньої особи під нагляд опікунської інстанції. «Це захід може тривати від шістьох місяців до двох років, суд може прийняти рішення про припинення дії цієї санкції. Під час дії цієї санкції неповнолітня особа залишається разом зі своїми батьками або іншими особами, які зможуть про них піклуватися та підтримувати їх, підвищений нагляд здійснюватиметься з боку конкретної посадової особи з відповідної соціальної наглядової інстанції. Наглядова інстанція турбуватиметься про освіту неповнолітньої особи, її працевлаштування, відсторонення від негативного оточення, отримання нею необхідних медичних послуг та покращення її життєвих обставин», – йдеться у ст. 17 цього Закону.

Все те саме стосується і такої санкції, щодо неповнолітньої особи, яка вчинила правопорушення, як підвищений нагляд із щоденним відвіданням відповідного закладу реабілітації неповнолітніх або освітніх закладів. Дія цієї санкції теж триває від шістьох місяців до двох років. На цей час неповнолітня особа знаходиться під опікою батьків або інших осіб, призначених для здійснення піклування. Протягом дня неповнолітня особа знаходиться у закладі реабілітації неповнолітніх або освітній установі. Відповідна наглядова інстанція здійснює контроль за щоденним відвіданням цих інституцій.

Закон «Про неповнолітніх кримінальних правопорушників та кримінальний захист неповнолітніх осіб» Республіки Сербія, відповідно до ст. 21, передбачає, що у разі необхідності здійснення додаткових заходів щодо соціальної реабілітації неповнолітніх осіб, які вчинили правопорушення: «Суд може призначити направлення неповнолітньої особи до виправно-виховного закладу, коли, разом з відторгненням від оточення, заходами з підвищеного нагляду існує необхідність застосування спеціалізованих освітніх програм. Приймаючи рішення про призначення цього заходу, суд має враховувати попередній стиль життя неповнолітньої особи, ступінь особистісних та поведінкових девіацій, тяжкість та природу вчиненого правопорушення та попередні випадки визнання винною цієї неповнолітньої особи. Неповнолітня особа залишатиметься у виправно-виховному закладі щонайменше шість місяців і щонайдовше чотири роки, кожні шість місяців суд визначатиме, чи існують причини для припинення дії цієї санкції або чи існують причини для її заміни іншим видом освітнього заходу».

Таким чином, ювенальна пенальна система спрямована на якомога ширше незастосування норм та принципів звичайного кримінального права до осіб, які не досягли повнолітнього віку. Навіть за умов неможливості здійснити соціалізацію неповнолітньої особи, яка вдалася до вчинення тих чи інших правопорушень, закони з покарання неповнолітніх осіб вдаються до певних кроків для можливості уникнення призначення реального кримінального покарання для неповнолітніх правопорушників.

Стаття 22 цього Закону передбачає наявність випробувального терміну або пробації для оцінки поведінки неповнолітньої особи, яка вчинила правопорушення: «Суд може відпустити на випробувальний термін неповнолітню особу, яка провела не менше шістьох місяців в освітньому або виправно-виховному закладі, якщо, з огляду на успіх, досягнутий в реабілітації, можна очікувати, що вона втримається від вчинення кримінальних правопорушень майбутньому та її поведінка буде відповідати зразку доброї поведінки в у майбутніх відносинах з суспільством. На час дії терміну пробації суд може призначити захід з підвищеного контролю з можливим включенням до нього однієї або більше санкції відповідно до статті 14. Пробація може тривати максимально до закінчення терміну направлення до освітнього або виправно-виховного закладу, якщо суд раніше не призупинив дію освітнього заходу або не замінив його іншим. В разі якщо неповнолітня особа скоїть нове кримінальне правопорушення під час перебування на терміні пробації, або якщо призначений захід з підвищеного контролю не досягає своїх цілей, або якщо неповнолітня особа порушує альтернативні санкції, призначені їй разом з заходом з підвищеного нагляду, суд має право скасувати режим пробації. Час, проведений у випробуванні, не буде зарахований як час встановленого терміну призначеного освітнього заходу».

Ювенальна пенальна система багатьох країн, і зокрема Сербії, спрямована також на допомогу у соціальній реабілітації неповнолітніх осіб за наявності об'єктивних причин негативного характеру, які, тією чи іншою мірою, не залежать від самих неповнолітніх осіб. Саме в такому дусі можна розуміти цільове призначення такого заходу, як «направлення до спеціального закладу для лікування та набуття соціальних навичок». Про це говорить ст. 23 цього Закону: «Замість направлення до освітнього або виправно-виховного закладу суд може направити неповнолітню особу з фізичними або розумовими відхиленнями до спеціальних закладів з метою медичного лікування та набуття соціальних навичок. Цей захід замінює примусове психіатричне лікування і утримання у закладі з охорони здоров'я (стаття 81 Кримінального кодексу Республіки Сербія), якщо утримання і лікування неповнолітньої особи може бути забезпечене у спеціальному закладі з надання медичних послуг та набуття соціальних навичок і, таким чином, сприяє реалізації мети цього заходу з безпеки. Якщо освітній захід призначено відповідності до параграфу 1 цієї статті, неповнолітня особа може залишитися у закладі з лікування та набуття соціальних навичок на термін не більше трьох років і суд може переглянути підстави для припинення дії цього заходу або його заміни іншим заходом кожні шість місяців. У разі якщо цей захід призначено замість заходу з безпеки, то неповнолітня особа залишатиметься у спеціальному закладі лікування та набуття соціальних навичок стільки, скільки це потрібно та по досягненні двадцяти одного року дію цього заходу буде подовжено у закладі з примусового лікування та утримання».

Гуманність та лібералізм щодо неповнолітніх осіб, які вчинили правопорушення, проявляється і в дії принципу «кілька правопорушень – один вирок». «У разі якщо неповнолітня особа скоює низку кримінальних правопорушень, а суд вирішує призначити освітні заходи, всі правопорушення будуть розглянуті сукупно і лише один освітній захід може бути призначений, за винятком випадків, визначених статтею 19, параг-

рафом 1. Суд буде діяти відповідним чином, якщо постфактум виявиться, що неповнолітня особа скоїла кримінальне правопорушення до або після призначення заходу».

Однак ювенальна пенальна система Республіки Сербія вимушена відповідно і адекватно реагувати на вчинення неповнолітніми особами більш тяжких кримінальних правопорушень, покаранням за які не можуть бути ані заходи освітнього характеру, ані заходи з безпеки, ані заходи підвищеного контролю з боку батьків, прийомних батьків, родини, яка згодна прийняти неповнолітню особу на виховання, ані державної наглядової соціальної інституції. Видом каральної санкції в таких випадках є призначення тюремного ув'язнення неповнолітнім особам.

Стаття 28 зазначає: «Більш старша неповнолітня особа, яка скоїла кримінальне правопорушення, яке карається ув'язненням на термін більше п'яти років, може бути засуджена до ув'язнення у тюремному закладі для неповнолітніх осіб, у разі якщо, враховуючи високий ступінь вини, природу та тяжкість правопорушення, застосування освітнього заходу не вважається доцільним».

Таким чином, ювенальне пенальне законодавство Республіки Сербія передбачає каральні заходи, близькі за своїм змістом до загальнокримінальних каральних санкцій.

У ст. 29 підкреслено: «Період ув'язнення неповнолітніх осіб не може тривати менше шістьох місяців або більше п'ятих років і призначається на повний період років або місяців. Ув'язнення неповнолітніх осіб на термін до десяти років може бути призначено за кримінальні правопорушення, які передбачають встановлене покарання через ув'язнення на термін двадцяти років або більш суворе покарання або за наявності не менше двох вчинених кримінальних правопорушень, які караються ув'язненням на строк більше десяти років».

Питання визначення тривалості терміну тюремного ув'язнення регулюється ст. 30 цього Закону: «Суд не може засудити більш старшу неповнолітню особу за конкретне кримінальне правопорушення до відбування ув'язнення на строк, який перевищує максимальне покарання, яке може бути призначено відповідно до закону за подібне правопорушення, однак суд не має права призначити найм'якший встановлений вид покарання».

Стаття 32 передбачає призначення покарання у вигляді єдиного вироку за кілька правопорушень, вчинених неповнолітніми особами: «У разі якщо більш старша неповнолітня особа скоїть низку кримінальних правопорушень, а суд визнає, що кожне з них має бути покаране через вирок до тюремного ув'язнення, суд на власний розсуд винесе єдиний вирок щодо всіх правопорушень відповідно до статті 29. У разі якщо суд вирішить, що з усіх вчинених правопорушень неповнолітня особа має бути покарана за одне з них, а за інші кримінальні правопорушення буде призначено освітній захід, суд призначить один каральний захід через тюремне ув'язнення для неповнолітніх за всі правопорушення. Суд також має право діяти відповідно до параграфів 1–4 цієї статті у разі якщо він встановить постфактум, що обвинувачувана особа вчинила інше кримінальне правопорушення до або після винесення вироку».

Тюремне ув'язнення неповнолітньої особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, також передбачає, відповідно до ст. 32, звільнення для проходження випробувального терміну, у разі якщо особа відбула третину призначеного вироку, але не раніше шістьох місяців від початку відбування покарання.

Дія ст. 33 накладає певні обмеження на тривалість тюремного ув'язнення неповнолітніх осіб: «Вирок з ув'язнення неповнолітніх осіб втрачає силу, якщо: 1) минуло десять років з дня винесення вироку до ув'язнення на термін, який перевищує п'ять років; 2) минуло п'ять років з винесення вироку до ув'язнення на термін, який перевищує три роки; 3) минуло три роки з дня винесення вироку до ув'язнення на термін до трьох років».

Закон «Про неповнолітніх правопорушників та кримінальний захист неповнолітніх осіб Республіки Сербія» передбачає також заміну освітнього заходу на ув'язнення. «Якщо протягом терміну дії освітнього заходу суд засуджує неповнолітню особу до ув'язнення, освітній захід перестає діяти, коли особа починає відбувати покарання. Якщо протягом терміну дії освітнього заходу суд засуджує особу, яка досягла правого віку, до ув'язнення або тюрми на термін мінімум до одного року, освітній захід перестає діяти, коли особа починає відбувати покарання, також якщо особу засуджено до ув'язнення або тюрми на менший термін, суд вкаже у тексті вироку, чи буде освітній захід продовжувати свою дію або його буде припинено після звільнення», – зазначається у ст. 35.

Стаття 39 пояснює принцип застосування заходів з безпеки до неповнолітньої особи, яка вчинила кримінальне правопорушення: «Заходи з безпеки можуть бути призначені неповнолітнім особам, якщо їм призначено освітній захід або ув'язнення. Заходи з безпеки, який передбачає примусове лікування від алкогольної залежності та примусове лікування від наркотичної залежності, не можуть призначатися разом з судовим попередженням та заходами з нагляду. Захід з безпеки, який передбачає примусове психіатричне лікування та утримання у медичному закладі, призначається окремо».

Таким чином, доходимо висновку про те, що розглянутий нами Закон «Про неповнолітніх кримінальних правопорушників та кримінальний захист неповнолітніх осіб» Республіки Сербія надає цілісне уявлення про принципи, методи та види покарання, які застосовуються до неповнолітніх осіб, які вчинили те чи інше кримінальне правопорушення. Зміст каральних заходів або санкцій, що застосовуються у відповідь на вчинення кримінального правопорушення, віддзеркалюють специфічний характер неповнолітньої особи в якості суб'єкта та об'єкта ювенальної пенальної системи. Комплекс санкцій виховно-обмежувачого характеру та покарань свідчать про пріоритетність профілактично-запобіжної функції заходів, які передбачені цим Законом.

¹ Response of the authorities of the Republic of Serbia concerning the Report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment on their third regular visit to the Republic of Serbia conducted in the period from 1 to 11 February 2011 // Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.cpt.coe.int/documents/srb/2012-18-inf-eng.htm>

² The Law on Juvenile Criminal Offenders and Criminal Protection of Juveniles // Official Gazette of the Republic of Serbia №85/05

³ *Rade Bogojević*. Execution of institutional correctional measures imposed on juvenile perpetrators of property crime in the positive legislation of the Republic of Serbia // Law and Politics Vol. 11, № 1, 2013, p. 50.

Резюме

Назвко Є. С. Кримінально-правові та кримінальні процесуальні особливості регламентації інституту покарання неповнолітніх відповідно до Закону Республіки Сербія «Про неповнолітніх кримінальних правопорушників та кримінальний захист неповнолітніх осіб».

Стаття присвячена розгляду Закону «Про неповнолітніх кримінальних правопорушників та кримінальний захист неповнолітніх осіб» Республіки Сербія. Розглядаються та аналізуються ключові терміни, пов'язані із правопорушеннями, які вчиняються неповнолітніми особами, основні положення щодо покарання неповнолітніх осіб за вчинені правопорушення відповідно до цього Закону.

Ключові слова: покарання, неповнолітня особа, альтернативні санкції, освітній захід, захід з безпеки, позбавлення волі, соціальна реабілітація.

Резюме

Назвко Е. С. Уголовно-правовые и уголовные процессуальные особенности регламентации института наказания несовершеннолетних согласно Закону Республики Сербия «О несовершеннолетних уголовных правонарушителях и уголовная защита несовершеннолетних лиц».

Статья посвящена рассмотрению Закона «О несовершеннолетних уголовных правонарушителях и уголовной защите несовершеннолетних лиц» Республики Сербия. Рассматриваются и анализируются ключевые термины, связанные с правонарушениями, совершаемыми несовершеннолетними лицами, основные положения относительно наказания несовершеннолетних лиц за совершенные правонарушения в соответствии с этим Законом.

Ключевые слова: наказание, несовершеннолетнее лицо, альтернативные санкции, образовательная мера, мера по безопасности, лишение свободы, социальная реабилитация.

Summary

Назвко Е. Criminal law and criminal procedure features of regulation of the institution of minors under the law of the Republic of Serbia «On juvenile criminal offenders and criminal protection of juveniles».

The article considers The Law on Juvenile Criminal Offenders and Criminal Protection of Juveniles of The Republic of Serbia. The basic terms connected with offences committed by juvenile criminal offenders, basic provisions concerning punishing juveniles for offences committed in accordance with the Law are under consideration and analysis in the article.

Key words: punishment, juvenile, alternative sanctioning, educational measure, security measure, imprisonment, social rehabilitation.

Отримано 2.04.2014

УДК 343.98.34

I. В. РОГАТЮК

Ігор Володимирович Рогатюк, кандидат юридичних наук, доцент, заслужений юрист України, перший заступник прокурора Черкаської області

НАПРЯМИ УДОСКОНАЛЕННЯ ВИКОРИСТАННЯ ДАКТИЛОСКОПІЧНОЇ ІНФОРМАЦІЇ В ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ТА ПРОКУРАТУРИ

У криміналістичній науці одним із раних є вчення про сліди рук людини, з огляду на історію виникнення та використання в процесі розкриття та розслідування злочинів¹. Вивчення розвитку дактилоскопічних знань, особливості їх застосування у в діяльності органів досудового розслідування та прокуратури уможливають виділити окремі події, що характеризують головні риси становлення цього цікавого розділу криміналістичної науки та необхідного виду діяльності, що сприяє розкриттю та розслідуванню злочинів. Очевидно, дактилоскопічні сліди, як відображення морфологічних особливостей рук та рельєфу шкіри, а

також унікальні властивості папілярних узорів, їх неповторність, індивідуальність та незмінність здавна цікавили людство.

Сучасний стан криміналістики, що пройшла в своєму розвитку великий шлях від її розрізних у минулому окремих галузей до чіткої системи наукового знання, характеризується високим рівнем комплексного виконання в цілях правосуддя досягнень науково-технічного прогресу, глибокою розробкою її методологічних проблем, тактики і методики розслідування злочинів. Сьогодні криміналістики дає можливість з високою достовірністю встановити особу за слідами її долоней чи пальців рук. Сліди рук, що виявлені на місці події, є незаперечним доказом того, що певна особа знаходилася на цьому місці.

Однією з щонайгостріших проблем залишається забезпечення належної якості досудового розслідування. Основною метою криміналістики є наукове забезпечення практичної діяльності органів досудового розслідування та прокуратури по боротьбі із злочинністю. Потрібно сказати, що швидке і повне розкриття злочинів досягається в ході саме досудового розслідування.

Використовуючи досягнення природних і технічних наук, вивчаючи і узагальнюючи позитивну практику розкриття злочинів, криміналісти, створюють нові, досконаліші методи і засоби боротьби із злочинністю.

Виникнення слідів у вчиненні злочинів – процес динамічний; будь-який рух, а також взаємодія супроводжуються відображенням, тобто появою змін у матеріальному середовищі. Існує народна мудрість про те, що «немає злочину без слідів, тому немає руху без утворення слідів злочинів».

На підставі загальної закономірності Р. С. Белкін сформував п'ять закономірностей утворення слідів злочинів.

1. Повторюваність процесу виникнення слідів події (наприклад, коли рукою торкаються до полірованої поверхні, на ній залишаються сліди пальців; коли в приміщенні, в якому проходить людина, є пилюка – залишаються сліди ніг тощо).

2. Зв'язок між дією злочинця та злочинним наслідком, який і є доказом у справі.

3. Зв'язок між способом вчинення злочину і слідами, які виникають як наслідок використання цього способу.

4. Залежність вибору способу від конкретних обставин (під способом необхідно розуміти систему дій до підготування, вчинення та приховування злочину).

5. Зникнення доказів, тобто слідів злочину².

Вказані закономірності характеризують механізм злочину та діяльності злочинця, встановлення яких становить лише одну частину розслідування. Другу частину становить діяльність слідчого та прокурора, яка полягає у збиранні, дослідженні, оцінюванні та використанні зібраного матеріалу в процесі доказування. Вивчення криміналістичної закономірності вчинення злочину та його механізму є лише однією стороною, іншу становлять методи та засоби збирання, дослідження, подання, використання доказової інформації для розкриття та розслідування злочину.

Тактичні помилки, що на практиці допускають слідчі та прокурори, призводять до різного роду кримінально-процесуальних порушень, що, зрештою, тягне за собою втрату важливих доказів по кримінальному провадженню.

В ході проведення слідчих (розшукових) дій, наприклад огляду місця події, можуть бути виявлені сліди пальців рук або ж частин долоні. На підставі яких є можливість ідентифікувати людину по відображеннях папілярних ліній.

Результати дактилоскопії мають часом якщо не вирішальне, то, поза сумнівом, істотне значення. Вони допомагають вибору основної версії серед інших, притримуючись якої вдається з'ясувати дійсні обставини справи, а також сприяють усуненню істотних суперечностей в свідченнях допитаних раніше осіб.

Детальне дослідження об'єктів дактилоскопічної експертизи проводиться в два етапи, які умовно поділяються на: роздільне дослідження (докладне, всебічне дослідження всіх слідів і їх ознак) та порівняльне дослідження (проводиться порівняння слідів між собою і з відбитками (відтисками) рук на дактилокарті (проводиться у разі вирішення ідентифікаційних завдань).

На стадії роздільного дослідження визначається чіткість, повнота і виразність папілярного візерунку в сліді. У тому випадку, коли слід відобразився непевний, папілярні лінії не проглядаються можна зробити висновок про те, що даний слід для ідентифікації особи не придатний.

Вивчення чітких і повних слідів починається з визначення загальних ознак папілярного візерунка: тип візерунка, вид візерунка, число ліній між певними точками візерунка, наприклад між центром і дельтою, взаєморозташування частин або елементів візерунка відносно один одного, напрямок та ступінь крутизни потоків папілярних ліній, величина візерунка (відстань між папілярними лініями).

На стадії порівняльного дослідження об'єктів визначається фактичне обґрунтування висновку експерта про наявність чи відсутності тотожності ідентифікованої об'єкта. Порівняльне дослідження проводиться тільки за допомогою безпосереднього зіставлення ідентифікують ознак шкірного візерунка, відображеного в сліді та візерунка у відтиску зразку за допомогою найпростіших оптичних приладів. Для отримання повних і достовірних даних порівняльне дослідження найкраще робити за фотознімками. Для методично правильного проведення порівняльного дослідження вимагається дотримуватися трьох найважливіших умов:

1. Порівняльне дослідження має бути повним. Порівнювати необхідно всі деталі візерунка, відображеного в сліді, коли в процесі порівняння не виявляється істотних розходжень.

2. Збіги повинні бути реальними, а не уявними. Співпадаючими слідами визнавати тільки такі деталі, які в обох порівнюваних візерунках дійсно однакові як по положенню у візерунку, яке можна перевірити, так і за особливостями будови з урахуванням їх природно допустимих змін.

3. Порівняльне дослідження має бути двостороннім. Встановлені в процесі порівняння сліди з відбитком співпадаючої деталі будови їх папілярних візерунків свідчать про те, що у відбитку є такі ж деталі, як і в сліді та індивідуальну сукупність вони будуть утворювати лише тоді, коли на зіставляються ділянках не буде виявлено різних ознак.

Для встановлення співпадіння пальців рук повноцінно функціонує автоматична ідентифікаційна дактилоскопічна система (АДІС), яка аналізує ознаки в закодованих слідах, перевіряє їх по десятках тисяч відбитків, внесених до масиву та видає список найбільш схожих відбитків, які потім перевіряються оператором власноруч. За даними дактилоскопічної реєстрації є можливість встановити особу невідомого трупу, розшукати осіб, що зникли безвісти, встановити особу, причетну до вчинення кримінального правопорушення.

Особливу увагу практичних працівників органів досудового розслідування та прокуратури націлено на якість збору і обробки дактилоскопічної інформації осіб, причетних до учинення злочину при огляді місця події та в лабораторних умовах³.

Дактилоскопічна експертиза, як і раніше, залишається найпоширенішим видом спеціального дослідження, зважаючи на те, що відбитки пальців рук – це «традиційна складова» місця події за багатьма видами злочинів. Крім того, вони є джерелом цінної криміналістичної інформації, зокрема про особу, що їх залишила, про час та особливості механізму слідоутворення (окремі обставини злочинної події, а також анатомічні і функціональні ознаки певної особи). З огляду на це напрям потребує активного розвитку з метою підвищення ефективності діяльності експертів.

Для проведення дактилоскопічної експертизи на дослідження можуть надаватися такі об'єкти та зразки для порівняння: предмети з імовірною наявністю слідів папілярних ліній особи; предмети з виявленими слідами папілярних ліній особи, які не вилучені з поверхні об'єктів; дактилоскопічні плівки або інші липкі та полімерні матеріали з перекопійованими слідами папілярних ліній особи; зліпки, отримані з об'ємних слідів папілярних ліній особи; кисті рук, стопи ніг або їх фрагменти з папілярними лініями особи; зображення папілярних ліній, які містяться у матеріалах експертиз: висновку експерта, ілюстративній таблиці; відбитки (відтиски), які містяться в оригіналах дактилокарт⁴.

Для обрання спеціальних методів виявлення слідів папілярних узорів необхідно мати чітке уявлення про механізм протікання процесів. При цьому слід враховувати такі фактори, як термін залишення сліду, вплив на нього навколишнього середовища: температурного режиму, вологості повітря, а також властивості слідосприймаючої поверхні та потожирової речовини. Вода і спирти першими випаровуються з речовини сліду.

Таким чином, методи, що включають речовини, які реагують з водною складовою сліду, неефективні для обробки слідів зі значним терміном давності. І, навпаки, речовини, які взаємодіють з жировими складниками, є в цих випадках більш ефективними. Зрозуміло, що і сама поверхня, на якій залишено слід, може вбирати і розсіювати компоненти, що містяться в сліді, погіршуючи, таким чином, чіткість та контрастність папілярних ліній. Слід пам'ятати, що застосування парів йоду для виявлення слідів папілярних узорів може стати перешкодою для проведення експертизи матеріалів документів. Також при обранні методу дослідження необхідно з'ясувати, чи буде проводитися за наданими об'єктами молекулярно-генетична експертиза, що також впливає на коло методів, які можливо застосувати.

Одним з можливих шляхів розвитку напряму є застосування математичних методів під час проведення дактилоскопічної експертизи. Реалії сьогодення дозволяють, використовуючи прогресивні зміни в суспільстві, а також власний і зарубіжний досвід, зокрема щодо поєднання наукових постулатів про збереження прав і свобод людини та громадянина, а також аналіз «спрацювання» положень новітніх тенденцій, удосконалювати роботу у сфері боротьби зі злочинністю⁵.

Проходять століття, а дактилоскопія не лише допомагає в розслідуванні та розкритті злочинів, а й постійно технічно вдосконалюючись, стає надійним помічником слідчих органів та прокуратури у процесі розслідуванні злочинів.

Останнім часом в Україні висловлювалися пропозиції науковцями, зокрема В. П. Бахіним, В. І. Бояровим, В. І. Галаганом, В. К. Лисиченком, А. В. Іщенком, М. Я. Сегаєм, А. В. Старушкевичем, щодо необхідності введення системи загального дактилоскопіювання та створення відповідного банку даних.

Необхідність більш широкого застосування дактилоскопічних обліків в Україні диктується низкою факторів. По-перше, це нагальна потреба для активізації міжнародного співробітництва для протидії тероризму, організованій транснаціональній злочинності, нелегальній міграції, торгівлі людьми, відмиванням коштів здобутих злочинним шляхом. Слід також враховувати, що Україна приймає участь у миротворчих міжнародних операціях та запобігає перетинанню державного контролю, іноземцям, які намагаються дестабілізувати ситуація на території нашої країни. По-друге, велика кількість невідомих трупів під час зростання кількості природних та техногенних катастроф, забезпечення ефективності розшуку безвісти зниклих громадян, особливо неповнолітніх та ін. Таким чином, необхідність створення єдиної багатифункціональної системи дактилоскопічних обліків в Україні, вирішення питання вдосконалення правового забезпечення дактилоскопічної реєстрації в Україні є необхідною⁶.

Сьогодні правоохоронні органи мають достатню кількість аргументів для реального запровадження обов'язкової дактилоскопічної реєстрації осіб, які працюють в державних органах (співробітники прокура-

тури, слідчі, працівники міліції, лікарі, державні службовці). При цьому слід чітко закріпити в нормативно-правових актах порядок отримання, зберігання та знищення відповідної дактилоскопічної інформації та механізм контролю за обробкою та використанням такої інформації.

На думку деяких науковців, саме система загального, обов'язкового дактилоскопіювання населення України могла б бути корисною не лише при розслідуванні злочинів, але й в інших життєвих ситуаціях при:

- організації розшуку безвісти зниклих громадян; – встановленні осіб невідомих трупів, які раптово померли чи стали жертвою катастрофи або стихійного лиха;
- встановленні осіб, які раптово захворіли (наприклад, осіб у стані амнезії), або дітей, які не можуть себе назвати;
- вирішенні юридично значимих питань у цивільно-правових відносинах (наприклад, ідентифікація особи при страхуванні чи спадкуванні) тощо.

На жаль, в Україні питання дактилоскопічної реєстрації на законодавчому рівні залишається не врегульованим. Беручи до уваги досвід зарубіжних країн, існує думка, що реєстрація повинна формуватися на трьох рівнях: місцевому, обласному та центральному. При цьому основну перевагу слід надати місцевому рівню, де збирається найбільша частина інформації, що підлягає обліку.

На сьогодні зроблено лише перший крок на шляху до втілення у життя ідеї обов'язкового загального дактилоскопіювання населення України – комп'ютерну обробку дактилоскопічних даних активно використовують під час розшуку безвісно зниклих осіб і встановлення осіб невідомих трупів, для організації розшуку злочинців.

Складність і багатоаспектність проблеми збирання, дослідження і використання дактилоскопічної інформації в процесі розслідування та розкриття злочинів зумовлюють необхідність подальшої розробки наукових і правових основ діяльності органів прокуратури та слідства, експертів, удосконалення засобів, прийомів, методів роботи з дактилоскопічною інформацією.

На сьогодні є велика кількість різноманітних засобів та методів виявлення латентних слідів рук. Наприклад, тільки дактилоскопічних порошоків нараховується більше сотні. Розібратися у великому розмаїтті засобів та методів, правильно використати в кожному конкретному випадку той або інший спосіб виявлення, допомагає їх класифікація.

Однак, вчені з університету штату Кентуккі (США) створили робочий прототип системи, яка дозволить істотно прискорити зняття відбитків пальців. Нова безконтактна система забезпечує не тільки підвищену швидкість зняття відбитків, але і відрізняється більш високою точністю, ніж традиційні рішення зі скляними пластинами. Зняття відбитків в новій системі проводиться шляхом зйомки пальців в спеціальних умовах освітлення, а саме структурованим світлом SLI (Structured Light Illumination). Через спеціальну решітку світло направляється на пальці, а отримане зображення кожного пальця автоматично знімається цифровою фотокамерою з роздільною здатністю 1,4 мегапікселя.

Аналізуючи опуклості і западини для кожної лінії пальців, програмна частина системи вибудовує тривимірну модель поверхні пальця менш, ніж за секунду. На відміну від існуючих систем, технологія SLI не заважає жирність шкіри або вологе повітря. Існуючі системи дактилоскопії, які здійснюють відбиток лише в двох вимірах, вимагають притиснення пальця до скляної пластини, тому відбиток спотворюється через високу еластичність шкіри. Оскільки система SLI є безконтактною, відповідно забезпечується більш висока точність при ідентифікації відбитків пальців.

Сьогодні подібна система вже використовується в діяльності агентів Федерального бюро розслідування США. Їх агенти здійснюючи огляд місця події користуються спеціальними бездротовими сканерами відбитків пальців, які відразу ж відправляють зразки в центральну лабораторію. Щодоби система отримує від оперативних служб 200 тис. наборів з відбитками пальців, які потрібно миттєво перевірити та проаналізувати. Швидкість перевірки кожного зразка становить до 7 секунд. У кожному запиті зазвичай по десять відбитків пальців рук, тому число відбитків пальців, що аналізується, становить близько 2 мільйонів. Якщо порівняти загальну кількість порівнянь за добу, то воно складає 600 млрд.

Отже, сьогодні криміналістична наука активно розвивається, не зупиняється на досягнутому і розширяє список біометричних ідентифікаторів, відомості про яких в майбутньому будуть включатися до бази даних правоохоронних органів України. В майбутньому до відомостей про відбитки пальців і ДНК буде додаватися інформація про райдужні оболонки очей осіб, а також відбитки долонь рук і ступні ніг, а також дані про голос людини.

¹ Іщенко А. В., Коцюлим Х. М. Історія використання дактилоскопічних знань: від витоків до перших спроб узагальнення / Матеріали Міжнародного круглого столу «Проблеми теорії та практики судової експертизи» (м. Луганськ, 18 травня 2012 року) : Електронний ресурс. – [Режим доступу]: <http://kkrimlguvd.org.ua>

² Аверьянова Т. В., Белкин Р. С. и др. Криминалистика. – М.: НОРМА – ИНФРА-М, 2000. – 990 с. – С. 135.

³ Інформаційно-методичний лист з правил поводження з об'єктами-носіями, на яких можуть бути залишені як сліди рук, так і сліди біологічного походження осіб, причетних до учинення злочину при огляді місця події та в лабораторних умовах / ДНДЕКЦ МВС України. – К., 2012. – 5 с.

⁴ Інструкція про призначення та проведення судових експертиз та Науково-методичні рекомендації з питань підготовки та призначення судових експертиз, затверджені наказом Міністерства юстиції України від 08.10.1998 № 53/5 (у редакції наказу Міністерства юстиції України 26.12.2012 № 1950/5) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.rada.gov.ua.

⁵ Мухин Г. Н. Криминалистика : учеб. пособие для студентов ... юрид. спец. / Г. Н. Мухин, Д. В. Исютин-Федотков. – Минск : ТетраСистемс, 2012. – 240 с.

⁶ Свобода Є. Й. Деякі аспекти правового регулювання дактилоскопічної реєстрації / Є. Й. Свобода. // Вісник Академії адвокатури України. – 2010. – С. 148–153. – С. 150.

Резюме

Рогатюк І. В. Напрями удосконалення використання дактилоскопічної інформації в діяльності органів досудового розслідування та прокуратури.

У статті охарактеризовано основні напрями удосконалення використання дактилоскопії в процесі розкриття, розслідування й запобігання злочинів.

Ключові слова. дактилоскопія, криміналістичні обліки, органи досудового розслідування, прокуратура.

Резюме

Рогатюк І. В. Направления совершенствования использования дактилоскопической информации в деятельности органов предварительного расследования и прокуратуры.

В статье охарактеризованы основные направления усовершенствования использования дактилоскопии в процессе раскрытия, расследования и предотвращения преступлений.

Ключевые слова: дактилоскопия, криминалистический учет, органы досудебного расследования, прокуратура.

Summary

Rogatyk I. Ways to improve the use of fingerprint information in the work of investigation and prosecution.

In the article basic directions of improvement of the use of dactylography are described in the process of opening, investigation and prevention of crimes.

Key words: dactylography, criminalistics accounts, organs of pre-trial investigation, office of public prosecutor.

Отримано 14.04.2014

УДК 343.21(477)

В. В. БОНДАРЧУК

Віта Вікторівна Бондарчук, здобувач Київського університету права НАН України

НАУКОВІ ПІДХОДИ ДО З'ЯСУВАННЯ СУТНОСТІ МЕДИЧНОГО РИЗИКУ ЯК РІЗНОВИДУ ВИПРАВДАНОГО ПРОФЕСІЙНОГО РИЗИКУ

Особливості лікарської діяльності зумовлюють існування істотних складнощів при вирішенні проблем правового регулювання відносин, які виникають при наданні медичної допомоги особі, яка її потребує. Такі складнощі виникають не лише при регламентації відповідальності за шкоду, яка настала внаслідок дій медичного працівника, але і при формулюванні обставин, що виключають злочинність діяння, існування яких покликане унеможливити безпідставне притягнення медичного працівника до кримінальної відповідальності за шкоду, заподіяну пацієнту.

Проблемами, пов'язаними зі з'ясуванням сутності, соціально-правової природи, умов правомірності діяння, пов'язаного з ризиком займалися такі вчені як П. П. Андрушко, М. В. Анчукова, В. В. Бабурін, Ю. В. Баулін, А. Я. Билиця, О. Гавяз, В. О. Глушков, М. С. Грінберг, С. С. Захарова, А. А. Ільюхов, Н. Ш. Козаєв, Р. А. Крючков, О. М. Лемешко, Ю. В. Ляпунов, А. А. Маліновський, П. В. Мельник, В. І. Михайлов, А. В. Нікуленко, А. М. Ришелюк, А. Б. Сахаров, А. В. Серова, Є. В. Фесенко, М. І. Хавронюк, А. Ю. Шурдумов, О. І. Ющик та інші вчені. Однак, незважаючи на значну кількість наукових досліджень, багато питань залишаються дискусійними та потребують подальшого доктринального аналізу. Тому метою цієї статті є визначення підходів до з'ясування сутності медичного ризику як різновиду виправданого професійного ризику.

Згадані питання привертали і привертають увагу вчених-криміналістів, які у своїх дослідженнях формують наукові підходи до оцінки кримінально-правового значення медичного ризику. Слід зауважити, що навіть за відсутності норми, яка закріплювала виправданий ризик як обставину, що виключає злочинність діяння, науковці у своїх працях наполягали на тому, що недопустимим є притягнення до відповідальності за шкоду, яка заподіяна в результаті медичного ризику. Обґрунтування цієї позиції полягає у тому, що у такій, яка вимагає високої кваліфікації і відповідальності, сфері людської діяльності, як медична допомога, ризик є невідворотнім завжди, коли приймається конкретне клінічне рішення¹.

У цьому контексті П. С. Дагель зазначає, що недопустимим є притягнення до кримінальної відповідальності лікарів, які допустили виправданий ризик. У таких умовах дії лікаря позбавлені суспільно небезпечного характеру і в силу цього не можуть розглядатись як злочин, навіть якщо вони призвели до несприятливих наслідків. Навпаки, у ряді випадків, вважає вчений, відмова від ризику означає по суті відмову від надання допомоги хворому, тобто вчинення злочину². І. В. Івшин, зауважує, що в медичній практиці цілий ряд інвазивних втручань здійснюється «за відчуттями», коли при виникненні ускладнень вимагається ретельна оцінка всіх обставин медичного втручання з точки зору виправданого ризику³. Таким чином, сама природа медичної діяльності обумовлює існування особливого підходу до правової оцінки шкоди, заподіяної при лікуванні особи.

На іншому аспекті аналізованого питання акцентує увагу Н. Ардашева, яка вважає, що при вивченні кожного нового відкриття у сфері медицини на певній стадії наукового дослідження виникає необхідність перевірити дії засобу чи методу на людині чи групі людей, результати якого достовірно не можливо передбачити. Це, на думку вченої, зумовлює існування протиріччя між зацікавленістю суспільства в прогресі медицини та інтересами людини у невтручанні в сферу її здоров'я, життя і безпеки⁴. У цьому ж контексті П. Малек констатує, що експеримент несе у собі певну ступінь ризику, але відмовитись від нього медицина не може, оскільки в протилежному випадку це означатиме гальмування розвитку медичної науки⁵.

Крім того, у контексті сфери медичної діяльності, у кримінальному праві відводиться істотне значення з'ясуванню сутності лікарської помилки, заподіяння шкоди внаслідок якої, на погляд вчених, не може бути кримінально караним. Враховуючи ці обставини, М. В. Морозов вважає, що стосовно медичної та фармацевтичної діяльності існують підстави стверджувати про існування такої обставини, що виключає кримінальну відповідальність, як професійна помилка⁶.

Таким чином, наведені позиції свідчать про існування двох аспектів, які мають значення для здійснення кримінально-правової оцінки діяння, вчиненого в умовах медичного ризику. По-перше, це медичний експериментальний ризик і по-друге, це ризик, пов'язаний із необхідністю надати особі медичну допомогу, у «нетрадиційний» спосіб.

Слід звернути увагу, що поряд із дослідженнями, предметом яких є визначення спільних та відмінних рис крайньої необхідності та виправданого ризику, існують наукові праці, в яких зазначені обставини розглядаються як взаємодоповнюючі. Н. А. Огнерубов вважає, що окремі аспекти медичної діяльності можуть охоплюватись крайньою необхідністю – у випадках, коли лікар діє для відвернення шкоди, а деякі аспекти свідчать про існування діяння, пов'язаного з ризиком, наприклад при трансплантації органів. Надаючи кримінально-правову оцінку операції із пересадки нирки, вчений зосереджує увагу на таких ознаках діяння, пов'язаного з ризиком: 1) лікар діє у суспільно корисних цілях, рятує життя реципієнта; 2) така мета не може бути досягнута іншими засобами, не пов'язаними з ризиком для життя донора; 3) за належної підготовки оперативного втручання вживаються усі заходи для того, щоб знизити і за можливості виключити можливість настання несприятливих наслідків для життя і здоров'я донора; 4) негативний розвиток ситуації загрожує несприятливими наслідками тільки для однієї особи – донора, а тому, до лікаря не може бути застосовано норму про невинуватий ризик, який передбачає загрозу для життя людей⁷. Існування таких характерних певному діянню ознак унеможливує оцінку відповідно діяння як такого, що зумовлює притягнення особи до кримінальної відповідальності. Зокрема, такими ознаками є спрямованість діяння на досягнення суспільної користі, об'єктивна відсутність інших способів досягнення такої мети, вжиття певних заходів задля відвернення потенційних (не обов'язково реальних) негативних наслідків.

При цьому, наукова дискусія, що пов'язана із визначенням кола осіб, які можуть бути віднесені до спеціальних суб'єктів злочинів у сфері медичної діяльності, є актуальною і в контексті вирішення проблем дії норми, які регламентують обставини, що виключають злочинність діяння. У юридичній літературі обґрунтовано акцентується увага на різних правових наслідках діяння залежно від наявності певного статусу медичного працівника. Так, дипломований, однак «несертифікований» спеціаліст у разі заподіяння шкоди в результаті надання медичної допомоги, за умов існування інших конститутивних ознак відповідної обставини, діятиме у стані крайньої необхідності, в той час як «сертифікований» медичний працівник – у стані виправданого ризику⁸. Таким чином, належне встановлення ознак суб'єкта має істотне значення для відмежування обставин, що виключають злочинність діяння, а також для встановлення умов правомірності такої обставини.

С. Є. Донцов та В. В. Глянец стверджують, що лікар зобов'язаний у ризикованій ситуації діяти дещо по-іншому, ніж громадяни взагалі, тобто ризик для медичного працівника є не правом, а обов'язком. При цьому вчені допускають, що стан крайньої необхідності передбачає застосування експериментального лікування з метою вилікування хворого в безнадійній ситуації у несвідомому стані, для запобігання смерті, якщо визнані методи не залишають надії на збереження життя або певного стану здоров'я, а застосування нового методу могло б зберегти життя, не порушивши інші життєво важливі функції організму⁹.

Водночас в науці кримінального права приділяється увага вивченню правових наслідків медичного експериментування не пов'язаного із існуванням стану крайньої необхідності. У контексті дослідження медичного ризику, М. С. Таганцев стверджував, що у випадку експериментування у медичній діяльності, а не лікування, підстав для виключення кримінальної відповідальності у зв'язку з необережним заподіянням смерті або шкоди здоров'ю, немає. Зазначені обставини, на думку вченого, можуть розглядатись лише як пом'якшуючі вину¹⁰. Таким чином, свідоме експериментування унеможливило констатацію необережної форми

вини. Натомість більшість вчених радянського та сучасного періодів поділяють протилежний підхід. Так, Ф. Ю. Бердичевський вважає, що по-перше, застосування для боротьби з маловивченими хворобами існуючих засобів і методів лікування майже завжди виявляється безрезультатним. По-друге, зазначає вчений, навіть лікування добре вивчених захворювань може деколи не дати очікуваних результатів¹¹.

За результатами проведеного дослідження В. О. Глушков визначає лікарський ризик як правомірне застосування для врятування життя, збереження здоров'я хворого лікувально-діагностичних заходів (які не застосовуються у звичайних умовах внаслідок їх певної небезпеки), якщо позитивного результату не може бути досягнуто традиційними, перевіреними засобами¹².

Деталізує наведену позицію у своїй праці М. В. Анчукова, яка зазначає, що особливість неможливості проведення медичного експерименту або лікування без ризику полягає в тому, що, наприклад, багато з медичних експериментів не можуть бути остаточно довершені в штучних умовах. На певній стадії наукового дослідження не залишається нічого іншого, як свідомо піддати людину або навіть групу людей раніше невідомим, можливо, небезпечним та шкідливим впливам. Ні лікар, ні особа, на якій проводиться експеримент, не можуть бути цілком впевнені, що все закінчиться благополучно. Але, на думку вченої, безсумнівно інше – придбаний досвід дає важливі наукові відомості, що знімуть ризик для інших людей¹³. Зазначений аспект підкреслює існування соціальної обумовленості медичного ризику як обставини, що виключає злочинність діяння, при якій соціальна користь компенсує суспільну небезпечність певного діяння. При цьому право, за таких умов (не притягнення до кримінальної відповідальності), сприятиме, а за протилежних (притягнення до кримінальної відповідальності), навпаки, перешкоджатиме розвитку суспільства.

Аналіз історичної ретроспективи розвитку медицини, методів та прийомів лікувальної діяльності дозволяє вченим констатувати обґрунтованість наведеного підходу. Як зазначає у своїй дисертації С. В. Гринчак, трансплантація нирок сьогодні є вже не експериментом, а лікувальним методом, тоді як пересадка серця, серцево-легеневого комплексу, печінки є на цей час в Україні, більше всього, клінічним (терапевтичним) експериментом, бо кількість таких трансплантацій незначна, а як наслідок відчувається недостатність досвіду у лікарів-трансплантологів¹⁴.

Досліджуючи правові аспекти трансплантації органів, Г. Н. Красновський та Д. Н. Іванов зазначають, що медицина є особливою галуззю знань і практичної діяльності, в якій гарантувати хоча б щось і в більш простій ситуації було би проблематично¹⁵. На думку Г. В. Чеботарьової, при трансплантації заподіюється певна фізична шкода донору, який дав згоду на вилучення в нього органу або тканини для пересадки, сину, матері або іншій близькій особі, але це здійснюється для попередження реально можливої тяжкої шкоди здоров'ю реципієнта, а досить часто і для врятування його життя. Тому дії лікаря, який здійснює таку операцію є суспільно корисними¹⁶.

З огляду на наведене у науковій літературі пропонується така класифікація ризику в медичній діяльності як ризик при оперативному втручанні, терапевтичному лікуванні та при проведенні медичного експерименту¹⁷. Варто зазначити, що така класифікація має не лише теоретичне, а й практичне значення, оскільки, на наш погляд, кожен із видів такого ризику характеризується особливими умовами правомірності, які мають бути враховані для оцінки відповідного діяння.

Таким чином, комплексний аналіз таких факторів як неможливість гарантування відсутності потенційної небезпеки, а також наявність суспільної користі від медичного ризику дозволяє оцінювати медичний ризик в стані крайньої необхідності і медичного експериментування як обставини, що виключає злочинність діяння.

Проте, як і будь-який виправданий ризик, медичний ризик не може бути беззастережним або безумовним. Ф. Ю. Бердичевський наводить приклад із судової практики, що ілюструє незаконний медичний експеримент. Так, Московський міський суд визнав М. винним у злочинному порушенні професійних обов'язків за те, що останній всупереч інтересам пацієнтів з метою досягнення необхідної кількості випадків хірургічної практики, умисно ставив пацієнтам неправильний діагноз та проводив непотрібні (без необхідних показань) для пацієнтів операції¹⁸.

У цьому контексті необхідно звернути увагу на умови, які унеможливають визнання ризику виправданим у частині третій статті 42 КК. Так, ризик не визнається виправданим, якщо він завідомо створював загрозу для життя людей або загрозу екологічної катастрофи чи інших надзвичайних подій. Враховуючи особливості формулювання наведеної норми, не виключається можливість визнання ризику виправданим за умови створення загрози для життя однієї людини. З огляду на те, що шкода внаслідок виправданого ризику не обов'язково зумовлена необхідністю уникнення певної небезпеки (як у випадку із крайньою необхідністю), вважаємо, що виключення злочинності діяння при ризику, який створює небезпеку для життя хоча б однієї людини, не є обґрунтованим. У науці кримінального права пропонувалось окремо закріпити положення про те, що однією із умов недопустимості медичного дослідження є ймовірність (вірогідність) смертельного випадку або заподіяння шкоди здоров'я з невідворотними наслідками¹⁹.

Досить детально умови правомірності виправданого медичного ризику формулює О. О. Захарова, яка вважає, що медичний ризик є виправданим, якщо дотримані такі умови: ризикова дія вчиняється медичним працівником для збереження та укріплення здоров'я, врятування життя конкретного хворого або інших людей у випадку здійснення медичного експерименту; ризикова дія вчинена фахівцями і відповідає сучасним досягненням медичної науки і практики; збереження та укріплення здоров'я, врятування життя хворого не може бути досягнуто діями, не пов'язаними із цим ризиком; медичний працівник вжив усіх можливих заходів для попередження шкоди здоров'ю або загрози життю хворого або особи щодо якої проводиться

медичний експеримент; особа щодо якої проводиться експеримент, дійсно вільно та чітко висловила свою згоду на його проведення²⁰.

Вважаємо, що досить складним для належного правозастосування є питання відповідності медичного ризику сучасним досягненням медичної науки і практики. Аналізуючи достатність вжиття заходів, необхідних для відвернення шкоди, О. І. Ющик зазначає, що при проведенні хірургічної операції лікар не повинен порушувати науково і практично обґрунтовані методики проведення тієї чи іншої операції, але в ситуації ризику можливо застосувати науково і експериментально розроблені нові методи та заходи цього хірургічного втручання, які ще не отримали широкого застосування в медичній практиці. У таких випадках нові розробки зазвичай повинні включати елементи попереднього досвіду²¹. Безперечною є недопустимість ризику медичним працівником у спосіб, який не відповідає сучасним досягненням науки і практики, однак наведений критерій є оціночним та передбачає необхідність аналізу не лише об'єктивної, але і суб'єктивної складової сприйняття цієї обставини медичним працівником. Загалом маємо зауважити, що, незважаючи на складність оцінки наведеного критерію, право не може відмовитись від його покладення в основу вирішення питання про кримінальну відповідальність за шкоду, заподіяну внаслідок медичного ризику.

Таким чином, у зв'язку зі специфікою медичної діяльності в науці кримінального права обґрунтовується існування підстав для оцінки як виправданого таких видів медичного ризику: медичний ризик в умовах небезпеки для особи (вчинення дій без існування сприятливих для цього умов); медичне експериментування за відсутності небезпеки для особи; медичне експериментування при наявності небезпеки для особи. При цьому в доктрині кримінального права істотна увага приділяється умовам правомірності медичного ризику, які, з огляду на особливості медичної діяльності, є відмінними від умов правомірності, характерних для інших видів професійного ризику.

¹ Битеев В. Крайняя необходимость и обоснованный риск в медицинских отношениях / В. Битеев, П. Мазин, Г. Пономарев // Уголовное право. – 2001. – № 3. – С. 22–24. – С. 23.

² Дагель П. Об уголовной ответственности врачей / П. Дагель // Советская юстиция. – 1964. – № 19. – С. 12–13. – С. 13.

³ Ившин И. В. Обстоятельства, исключающие преступность деяния в сфере профессиональной медицинской деятельности / И. В. Ившин // Медицинское право. – 2006. – № 1. – С. 34–36. – С. 36.

⁴ Ардашева Н. Понятие эксперимента в медицине и защита прав человека / Н. Ардашева // Государство и право. – 1995. – № 12. – С. 102–107. – С. 104.

⁵ Малек П. Морально-правовые аспекты клинического эксперимента. Медицинская этика и деонтология. – М.: Медицина, 1983. – 83 с. – С. 56.

⁶ Морозов М. В. Профессиональная ошибка медицинского или фармацевтического работника как обстоятельство, исключающее уголовную ответственность / М. В. Морозов // Бизнес в законе. – 2008. – № 3. – С. 76–78. – С. 78.

⁷ Огнерубов Н. А. Проблемы квалификации преступлений в сфере профессиональной деятельности в контексте детерминации обстоятельств, исключающих преступность / Н. А. Огнерубов // Социально-экономические явления и процессы. – 2011. – № 3–4 (025–026). – С. 386–391. – С. 388.

⁸ Битеев В. Вказана праця.

⁹ Донцов С. Е. Возмещение вреда по советскому законодательству / С. Е. Донцов, В. В. Глянецев. – М., 1990. – С. 257. – С. 85.

¹⁰ Таганцев Н. С. О преступлениях против жизни по русскому праву / Н. С. Таганцев. – СПб., 1870. – Т. 1. – С. 100.

¹¹ Бердичевский Ф. Ю. Уголовная ответственность медицинского персонала за нарушение профессиональных обязанностей / Ф. Ю. Бердичевский. – М., 1970. – 128 с. – С. 10–11.

¹² Глушков В. А. Ответственность за преступления в области здравоохранения / В. А. Глушков. – К. Вища школа, 1987. – 184 с. – С. 80.

¹³ Анчукова М. В. Виправданий ризик як обставина, що виключає злочинність діяння : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Анчукова М. В. – Х., 2004. – 187 с. – С. 62.

¹⁴ Гринчак С. В. Порушення встановленого законом порядку трансплантації органів або тканин людини: підстави кримінальної відповідальності: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / С. В. Гринчак. – Х., 2006. – 218 с. – С. 90.

¹⁵ Красновский Г. Н. Актуальные вопросы правового регулирования трансплантации органов и тканей в Российской Федерации / Г. Н. Красновский, Д. Н. Иванов // Вестник Московского университета. – Серия 11. – Право. – 1993. – № 5. – С. 50–54. – С. 53.

¹⁶ Чеботарьова Г. В. Уголовно-правовые проблемы трансплантации органов и тканей человека и донорства крови. – К., 2003. – 222 с. – С. 85.

¹⁷ Огнерубов Н. А. Проблемы квалификации преступлений в сфере профессиональной деятельности в контексте детерминации обстоятельств, исключающих преступность / Н. А. Огнерубов // Социально-экономические явления и процессы. – 2011. – № 3–4 (025–026). – С. 386–391. – С. 389.

¹⁸ Бердичевский Ф. Ю. Уголовная ответственность медицинского персонала за нарушение профессиональных обязанностей. – М., 1970. – 128 с. – С. 71.

¹⁹ Дргонец Я. Современная медицина и право / Я. Дргонец, П. Холендер. – М.: Ю.Л., 1991. – С. 42.

²⁰ Захарова С. С. Обоснованный риск в уголовном праве Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» – Рязань, 2005. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.disscat.com/content/obosnovannyi-risk-v-ugolovnom-prave-rossiiskoi-federatsii#ixzz2fohF93Ef>. – Назва з екрану.

²¹ Ющик О. І. Кримінально-правове регулювання діяння, пов'язаного з ризиком, за законодавством України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. – Одеса, 2004. – 14 с. – С. 8.

Резюме

Бондарчук В. В. Наукові підходи до з'ясування сутності медичного ризику як різновиду виправданого професійного ризику.

У статті досліджуються наукові підходи до кримінально-правової оцінки діяння, вчиненого в умовах медичного ризику. Встановлено, що такий ризик може оцінюватись з позицій крайньої необхідності, а також виправданого ризику. При цьому, як такий, що вчинений за обставин, що виключають злочинність діяння, оцінюється медичний ризик в умовах небезпеки для особи, медичне експериментування за відсутності небезпеки для особи, медичне експериментування при наявності небезпеки для особи. Разом із тим, акцентовано увагу на тому, що умови правомірності медичного ризику є відмінними від умов правомірності, характерних для інших видів професійного ризику.

Ключові слова: виправданий ризик, медичний ризик, медичний експеримент, обставина, що виключає злочинність діяння, правомірність ризику.

Резюме

Бондарчук В. В. Научные подходы к определению сущности медицинского профессионального риска как вида обоснованного риска.

В статье исследуются научные подходы уголовно-правовой оценки деяния, совершенного в условиях медицинского риска. Определено, что такой риск может оцениваться с позиций крайней необходимости, а также обоснованного риска. При этом, как таковой, который совершен при обстоятельствах, исключающих преступность деяния, оценивается медицинский риск в условиях опасности для человека, медицинское экспериментирование при отсутствии опасности для человека, медицинское экспериментирование при наличии опасности для человека. Вместе с этим, акцентировано внимание на том, что условия правомірності медичного ризику відрізняються від умов правомірності, характерних іншим видам професійного ризику.

Ключевые слова: обоснованный риск, медицинский риск, медицинский эксперимент, обстоятельство, исключающее преступность деяния, правомірність ризику.

Summary

Bondarchuk V. Scientific approaches to clarify the nature of the medical professional risk as a kind of calculated risks.

This paper investigates the scientific approach to criminal legal assessment of an act committed in conditions of medical risk. Established that this risk can be assessed from the standpoint of emergency and justifiable risk. However, as one that is committed in circumstances precluding criminality assessed medical risk in terms of danger to persons, medical experimentation without danger to persons, medical experiments in the presence of danger to the person. However, the emphasis on the fact that the terms of the legality of the medical risk are different from the conditions of legality, characteristic of other types of professional risks.

Key words: calculated risks, health risks, medical experiment, a circumstance precluding criminal act, the validity of risk.

Отримано 8.04.2014

УДК 343.364.1

М. І. МЕЛЬНИЧЕНКО

Максим Ігорович Мельніченко, здобувач Національної академії прокуратури України

**СВІДОК, ПОТЕРПІЛИЙ, ЕКСПЕРТ, ПЕРЕКЛАДАЧ У ЗЛОЧИНАХ
ПРОТИ ПОРЯДКУ ОДЕРЖАННЯ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ
(СТАТТІ 384-386 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ)**

Однією з основних задач реформування судової системи України є створення незалежної та дієвої судової влади, яка є гарантом забезпечення прав та свобод людини в Україні. Водночас вчинення злочинів, які посягають на правосуддя, здатне заподіяти шкоду тому порядку суспільних відносин, який охороняється нормами розділу XVIII Особливої частини Кримінального кодексу України (далі – *КК України*), який забезпечує здійснення справедливого правосуддя, що гарантує ефективне поновлення у правах. Серед злочинів проти правосуддя законодавець передбачає кримінальну відповідальність за завідомо неправдиве показання (стаття 384 КК України), за відмову свідка від давання показань або відмову експерта чи перекладача від виконання покладених на них обов'язків (стаття 385 КК України) та за перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта, примушування їх до відмови від давання показань чи висновку (стаття 386 КК України). Ці злочини безпосередньо посягають на порядок одержання доказів у кримінальному провадженні.

У теорії кримінального права проблема відповідальності за вказані вище злочини здійснювалася М. І. Бажановим, О. О. Вакуликом, Л. А. Дорош, А. В. Галаховою, О. С. Гореликом, І. В. Дворянським, С. А. Денисовим, О. О. Квашею, В. В. Кончаковською, Я. М. Кульбергом, Л. В. Лобановою, В. О. Навроцьким, В. І. Осадчим, О. Ю. Хлопцевою, О. І. Чучаєвим, Н. М. Ярмиш та іншими вченими-кри-

міналістами. Метою статті є тлумачення понять «свідок», «потерпілий», «експерт», «перекладач», встановлення їх змісту.

Проаналізувавши диспозиції статей 384–386 КК України, виокремимо потерпілих від злочину (суб'єктів злочину), які в них перераховані: суб'єктом завідомо неправдивого показання є свідок, потерпілий, експерт, перекладач (стаття 384 КК України); суб'єктом відмови від давання показань або відмови від виконання покладених обов'язків є свідок, потерпілий, експерт, перекладач (стаття 385 КК України); потерпілим від перешкоджання з'явленню, примушування до відмови від давання показань чи висновку, а також до давання завідомо неправдивих показань є свідок, потерпілий, експерт (стаття 386 КК України).

Оскільки злочини, передбачені статтями 364–366 КК України посягають на порядок одержання доказів у кримінальному провадженні, будемо використовувати відповідні дефініції понять, які пропонуються у Кримінальному процесуальному кодексі України (*далі – КПК України*).

Згідно з ч. 1 ст. 65 КПК України свідком є фізична особа, якій відомі або можуть бути відомі обставини, що підлягають доказуванню під час кримінального провадження, і яка викликана для давання показань. Свідком не може визнаватися очевидець злочину або особа, якій стали відомі факти про вчинений злочин. Згідно з визначенням поняття «свідок» таким моментом, який дає можливість визнати особу свідком є виклик для давання показань. Порядок виклику регламентується у главі 11 КПК України. Свідок зобов'язаний давати правдиві показання під час досудового розслідування та судового розгляду (п. 2 ч. 2 ст. 66 КПК України). У випадку невиконання цього обов'язку він притягається до кримінальної відповідальності за завідомо неправдиве показання під час провадження досудового розслідування або у суді (ст. 384 КК України). Окрім цього, свідок може підлягати кримінальній відповідальності за відмову від давання показань у суді або під час провадження досудового розслідування (ст. 385 КК України). У ч. 1 ст. 67 КПК України зафіксовано, що за завідомо неправдиві показання слідчому, прокурору, слідчому судді чи суду або за відмову від давання показань слідчому, прокурору, слідчому судді чи суду, крім випадків, передбачених цим Кодексом, свідок несе кримінальну відповідальність.

Відповідно до ч. 1 ст. 55 КПК України потерпілим у кримінальному провадженні може бути фізична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано моральної, фізичної або майнової шкоди, а також юридична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано майнової шкоди. Права і обов'язки потерпілого виникають в особі з моменту подання заяви про вчинення щодо неї кримінального правопорушення або заяви про залучення її до провадження як потерпілого. Потерпілим є також особа, яка не є заявником, але якій кримінальним правопорушенням завдана шкода і у зв'язку з цим вона після початку кримінального провадження подала заяву про залучення її до провадження як потерпілого. Якщо особа не подала заяву про вчинення щодо неї кримінального правопорушення або заяву про залучення її до провадження як потерпілого, то слідчий, прокурор, суд має право визнати особу потерпілою лише за її письмовою згодою. У КПК України не регламентується питання про те, який процесуальний документ має приймати слідчий, прокурор чи суд. На думку В. Г. Пожари, яку ми підтримуємо, у такому випадку необхідно виносити «окрему постанову (ухвалу) про визнання особи потерпілою з одночасним врученням їй пам'ятки про її права та обов'язки та їх повідомленням і роз'ясненням. Про це, на нашу думку, має бути складено відповідний протокол»¹.

Отже, для того, щоб особа була визнана потерпілою, необхідно встановити такі умови: 1) фактичну (завдання кримінальним правопорушенням відповідної шкоди) та 2) формальну (подання заяви про вчинення щодо особи кримінального правопорушення або заяви про залучення її до провадження як потерпілого)².

Момент виникнення процесуального статусу потерпілого може збігатися з початком кримінального провадження або мати місце після його початку, але не може йому передувати. У разі коли особа не подавала відповідної заяви і була визнана потерпілим слідчим, прокурором або судом, права і обов'язки потерпілого виникають у неї з моменту надання згоди на таке визнання.

Окремо необхідно вирішити питання про те, чи можуть бути потерпілим представник потерпілого та законний представник потерпілого.

Так, згідно зі ст. 58 КПК України потерпілого у кримінальному провадженні може представляти представник – особа, яка у кримінальному провадженні має право бути захисником (частина 1). Представником юридичної особи, яка є потерпілим, може бути її керівник, інша особа, уповноважена законом або установчими документами, працівник юридичної особи за довіреністю, а також особа, яка має право бути захисником у кримінальному провадженні (частина 2). Представник користується процесуальними правами потерпілого, інтереси якого він представляє, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо потерпілим і не може бути доручена представнику (частина 4).

У ст. 59 КПК України передбачено, що якщо потерпілим є неповнолітня особа або особа, визнана в установленому законом порядку недієздатною чи обмежено дієздатною, до участі в процесуальній дії разом з нею залучається її законний представник. Законний представник користується процесуальними правами особи, інтереси якої він представляє, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо відповідною особою і не може бути доручена представнику.

Кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення може бути розпочате лише на підставі заяви потерпілого про вчинення кримінального правопорушення, яку той має право подати до слідчого, прокурора, іншої службової особи органу, уповноваженого на початок досудового розслідування, заяву про вчинення кримінального правопорушення протягом строку давності притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення певного кримінального правопорушення (ст. 478 КПК України). Тому у випадках вчинен-

ня кримінальних правопорушень, передбачених ст. 477 КПК, слідчий, прокурор, суд не мають права за своєю ініціативою, без попередньо отриманої заяви такої особи, визнавати її потерпілим.

Отже, при тлумаченні поняття «потерпілий» виникає питання про те, чи охоплюється відповідним поняттям представник потерпілого та законний представник потерпілого.

У більшості випадків науковці цим питанням не приділяють уваги³. Однак окремі вчені зауважують, що під потерпілим в аналогічних статтях КК Російської Федерації визнається фізична особа, якій злочином заподіяно фізичну, майнову, моральну шкоду, незалежно від того, чи була ця особа визнана потерпілою у встановленому законом порядку. Крім того, до потерпілого слід прирівнювати представника юридичної особи, якій завдано шкоду, законного представника неповнолітнього потерпілого, представника потерпілого, який за своїм фізичним або психічним станом позбавлений можливості самостійно захищати свої права та законні інтереси, а також приватного обвинувача⁴.

Ми повністю погоджуємося з висловленою точкою зору, лише певним чином скоригуємо її з урахуванням КПК України. Вважаємо, що суб'єктом злочину, передбаченого ст. 384 КК України та потерпілим від злочину, передбаченому ст. 386 КК України є як потерпілий, так і представник потерпілого, а також його законний представник. Однак, для уникнення різних підходів під час кримінально-правової кваліфікації пропонуємо у диспозиціях цих статей передбачити ще й цих осіб.

Потерпілий перед початком допиту попереджається про кримінальну відповідальність за давання завідомо неправдивих показань (ч. 3 ст. 224 КПК України). Хоча серед обов'язків потерпілого (стаття 57 КПК України) не знаходимо обов'язку давати правдиві показання. Вважаємо це недоліком законодавчої регламентації правового статусу потерпілого у кримінальному провадженні, що потребує коригування у процесі вдосконалення КПК України. Потерпілий притягається до кримінальної відповідальності за завідомо неправдиве показання під час провадження досудового розслідування або у суді (ст. 384 КК України).

Зауважимо, що при кваліфікації за ст. 386 КК України необхідно враховувати, чи набула відповідна особа процесуального статусу свідка або потерпілого. У випадках, коли свідок та потерпілий ще не мають такого статусу (наприклад, примушування не давати показання відбувається під час вчинення злочину), то діяння винного не можна кваліфікувати за ст. 386 КК України. На нашу думку, в таких випадках діяння винного потрібно кваліфікувати як відповідний злочин проти життя та здоров'я особи (розділ II Особливої частини КК України) за наявності необхідних ознак складу того чи іншого злочину.

Експерт згідно з ч. 1 ст. 69 КПК України – це особа, яка володіє науковими, технічними або іншими спеціальними знаннями, має право відповідно до Закону України «Про судову експертизу» на проведення експертизи і якій доручено провести дослідження об'єктів, явищ і процесів, що містять відомості про обставини вчинення кримінального правопорушення, та дати висновок з питань, які виникають під час кримінального провадження і стосуються сфери її знань. У ч. 2 п. 5 ст. 69 КПК України передбачається, що експерт зобов'язаний прибути до слідчого, прокурора, суду і дати відповіді на запитання під час допиту. У ст. 70 КПК України закріплено, що експерт несе відповідальність, встановлену законом, за завідомо неправдивий висновок та відмову без поважних причин від виконання покладених обов'язків у суді.

Перекладач, хоча і не є безпосереднім учасником одержання доказів, однак сприяє цьому, оскільки він залучається сторонами кримінального провадження або слідчим суддею чи судом у разі необхідності перекладу пояснень, показань або документів (ч. 1 ст. 68 КПК України). Одним з обов'язків перекладача є здійснювати повний і правильний переклад (п. 3 ч. 3 ст. 68 КПК України). За завідомо неправильний переклад, зроблений перекладачем під час провадження досудового розслідування або в суді настає кримінальна відповідальність за ст. 384 КК України. У ч. 5 ст. 68 КПК України передбачено, що перекладач за відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків несе відповідальність, встановлену законом. У цьому випадку настає кримінальна відповідальність за ст. 385 КК України.

Проаналізувавши кримінальні справи (кримінальні провадження), порушені (відкриті) за статтями 384 та 385 КК України, зауважимо, що в жодному випадку відповідні злочини не вчиняються щодо перекладача (або перекладачем). Однак, на нашу думку, перекладача необхідно залишити у статтях 364 та 365 КК України, оскільки, як ми зазначали вище, хоча і не є безпосереднім учасником одержання доказів, все ж сприяє цьому. А тому належне виконання ним своїх процесуальних обов'язків здатне забезпечити відповідний порядок одержання доказів у кримінальному провадженні.

Ще одне питання, яке потребує відповіді на питання стосується того, чи доцільно визнавати спеціальними потерпілими у злочині, передбаченому ст. 386 КК України, осіб, близьких свідку, потерпілому, експерту. Обґрунтовуючи необхідність такого закріплення, Л. В. Лобанова підкреслює, що такий вплив може виявитися більш ефективним засобом спонукання до виконання незаконної вимоги, ніж застосування насильства до самим приневоленим особам⁵. На нашу думку, така позиція має право на існування, оскільки примушування або підкуп не лише свідка, потерпілого або експерта здатне заподіювати шкоду порядку одержання доказів у кримінальному провадженні, а й вчиненні відповідних дій щодо їх близьких осіб. Тому диспозицію ст. 386 КК України доцільно доповнити вказівкою на таку категорію спеціальних потерпілих, як близькі особи свідка, потерпілого або експерта.

Таким чином, підсумовуючи з'ясування змісту понять «свідок», «потерпілий», «експерт» та «перекладач» зауважимо, що відповідна інтерпретація може відбутися лише з урахуванням положень кримінальних процесуальних норм України. Враховуючи те, що потерпілий притягається до кримінальної відповідальності за завідомо неправдиве показання (ст. 384 КК України), вважаємо за необхідне передбачити в КПК України

обов'язок потерпілого давати правдиві показання під час досудового розслідування та судового розгляду, а також норму, в якій би визначалася його відповідальність за завідомо неправдиві показання слідчому, прокурору, слідчому судді чи суду. Доведена необхідність доповнити перелік спеціальних потерпілих (спеціальних суб'єктів) у статтях 384 та 386 КК України вказівкою на таких учасників кримінального провадження, як представник потерпілого, законний представник потерпілого, а ст. 386 КК України – близьких осіб свідка, потерпілого, експерта.

¹ Пожар В. Г. Процесуальний статус потерпілого за новим кримінальним процесуальним кодексом України: позитивні кроки та прогалини правової регламентації / В. Г. Пожар // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – № 2. – С. 127.

² Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. – Т. 1 / О. М. Бандурка, С. М. Блажівський, С. П. Бурдоль та ін. ; за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, А. В. Портнова. – Х. : Право, 2012. – С. 178.

³ Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / За заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. – 5-те вид., допов. – Х. : Право, 2013. – Т. 2 : Особлива частина / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін. – 2013. – С. 878.

⁴ Коровин Е. П. Проблемы толкования понятий «свидетель» и «потерпевший» при квалификации преступления, предусмотренного ст. 309 УК РФ / Е. П. Коровин // Бизнес в законе. – 2009. – № 3. – С. 103.

⁵ Лобанова Л. В. Понуждение к нарушению обязанности содействовать правосудию / Л. В. Лобанова // Российская юстиция. – 1999. – № 5. – С. 13.

Резюме

Мельниченко М. І. Свідок, потерпілий, експерт, перекладач у злочинах проти порядку одержання доказів у кримінальному провадженні (статті 384–386 Кримінального кодексу України).

У статті на підставі аналізу кримінальних процесуальних норм робиться спроба дослідити поняття «свідок», «потерпілий», «експерт», «перекладач» у злочинах проти порядку одержання доказів у кримінальному провадженні (статті 384–386 КК України). З урахуванням цього доведена необхідність окрім потерпілого у диспозиціях статей зазначити представника потерпілого та законного представника потерпілого. Також запропоновано потерпілим від злочину, передбаченого ст. 386 КК України, визнавати близьких свідку, потерпілому та експерту осіб. Окреслено ті положення КПК України, які підлягають вдосконаленню (зокрема, щодо встановлення норми про відповідальність потерпілого).

Ключові слова: свідок, потерпілий, експерт, перекладач, кримінальне провадження, докази, представник потерпілого, законний представник потерпілого, близькі особи.

Резюме

Мельниченко М. И. Свидетель, эксперт, переводчик в преступлениях против порядка получения доказательств в уголовном производстве (статьи 384–386 Уголовного кодекса Украины).

В статье на основании анализа уголовных процессуальных норм делается попытка исследовать понятие «свидетель», «потерпевший», «эксперт», «переводчик» в преступлениях против порядка получения доказательств в уголовном производстве (статьи 384–386 УК Украины). С учетом этого доказана необходимость кроме потерпевшего в диспозициях статей указывать представителя потерпевшего и законного представителя потерпевшего. Также предложено потерпевшим от преступления, предусмотренного ст. 386 УК Украины, признавать близких свидетелю, потерпевшему и эксперту лиц. Обозначены те положения УПК Украины, которые подлежат усовершенствованию (в частности, об установлении нормы об ответственности потерпевшего).

Ключевые слова: свидетель, потерпевший, эксперт, переводчик, уголовное производство, доказательства, представитель потерпевшего, законный представитель потерпевшего, близкие лица.

Summary

Melnitschenko M. Witness, victim, expert, interpreter of crimes against acquisition of evidence in criminal proceedings (articles 384-386 of the Criminal Code of Ukraine).

The paper based on the analysis of criminal procedural rules attempts to explore the concept of «witness», «victim», «expert», «translator» crimes against the order of obtaining evidence in criminal proceedings (Articles 384-386 of the Criminal Code of Ukraine). With this in mind, other than the victim proves the necessity to specify the dispositions of articles representative of the victim and the victim's legal representative. Also suggested that victims of crime under Art. 386 of the Criminal Code, to recognize the close witness, victim and expert persons. Marked those provisions of the Criminal Procedural Code of Ukraine, which are subject to improvement (in particular, the establishment of rules on liability of the victim).

Key words: witness, victim, expert, translator, criminal proceedings, evidence, representative of the victim, the victim's legal representative, close the face.

Отримано 4.04.2014

О. В. РУБЕЖАНСЬКА

Олена Валеріївна Рубежанська, здобувач Національної академії внутрішніх справ

ПРАВОВІ ПІДСТАВИ ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ НЕЗАКОННИМ ВИКОРИСТАННЯМ ОБЛАДНАННЯ ДЛЯ ВИГОТОВЛЕННЯ НАРКОТИЧНИХ ЗАСОБІВ

Міжнародні аналітики звертають увагу на появу на нелегальному світовому ринку нових психоактивних речовин, виробництво та виготовлення яких пов'язане із застосуванням спеціального обладнання¹. Не минула ця тенденція і нашої держави. Опосередковано про це свідчить й зменшення вилучень із нелегального обігу наркотичних засобів опійної групи. Якщо у 2005 р. органами внутрішніх справ із незаконного обігу було вилучено макової соломи 13,8 т, опію – 155 кг, то у 2012 р. обсяги вилучень зменшилися відповідно на 79,6 % та 42,6 %. Ураховуючи зазначене, можна констатувати, що на заміну опійним наркотичним засобам, вживання яких пов'язане з небезпечним внутрішньовенним введенням, поступово приходять синтетичні наркотики².

Для задоволення такого незаконного попиту створюються підпільні лабораторії з виготовлення ефедрону, перветину, «екстазі» та інших психотропних речовин амфетамінової групи. Розслідування даної категорії злочинів, а саме тих, які пов'язані із використанням обладнання для виготовлення наркотичних засобів, має свої особливості та вимагає від слідчого знань не тільки у юридичній сфері, а й уявлення про хімічні процеси та промислове виробництво.

Тому успіх розслідування нерідко залежить від проведення слідчим певної послідовності дій, обґрунтованих загальною доцільністю досудового слідства.

Одним із таких важливих етапів розслідування є проведення обшуку приміщення, де відбувається незаконне використання обладнання для виготовлення наркотиків. Коли завдяки професійно проведеним негласним слідчим (розшуковим) діям такий факт встановлено, є повна і достовірна інформація про обставини скоєння цього кримінального правопорушення, наркодільки не підозрюють, що вони потрапили до кола зору міліції, продовжують свою злочинну діяльність та не встигли приховати сліди злочину, складається найбільш сприятлива ситуація для встановлення предмета доказування у ході досудового розслідування.

У такому разі необхідно забезпечити фіксацію відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, відшукати знаряддя кримінального правопорушення або майна, яке було здобуте у результаті його вчинення. Для цього згідно зі ст.ст. 234–236 КПК України³ доцільно проводити обшук житла чи іншого володіння особи.

Згідно з вимогами ст. 236 КПК України обшук житла чи іншого володіння особи на підставі ухвали слідчого судді повинен відбуватися в час, коли завдається найменша шкода звичайним заняттям особи, яка ними володіє, якщо тільки слідчий, прокурор не вважає, що виконання такої умови може суттєво зашкодити меті обшуку. За одним фактом виявленого правопорушення можливий огляд декількох місць.

Перед початком виконання ухвали слідчого судді особі, яка володіє житлом чи іншим володінням, а за її відсутності – іншій присутній особі, повинна бути пред'явлена ухвала і надана її копія. Слідчий, прокурор має право заборонити будь-якій особі залишити місце обшуку до його закінчення та вчинити будь-які дії, що заважають проведенню обшуку. Невиконання цих вимог тягне за собою передбачену законом відповідальність.

У разі відсутності осіб у житлі чи іншому володінні копія ухвали повинна бути залишена на видному місці у житлі чи іншому володінні особи. При цьому слідчий, прокурор зобов'язаний забезпечити схоронність майна, що знаходиться у житлі чи іншому володінні особи, та неможливість доступу до нього сторонніх осіб.

Обшук на підставі ухвали слідчого судді повинен проводитися в обсязі, необхідному для досягнення мети обшуку. За рішенням слідчого чи прокурора може бути проведено обшук осіб, які перебувають в житлі чи іншому володінні, якщо є достатні підстави вважати, що вони переховують при собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження.

Слідчий, прокурор під час проведення обшуку має право відкривати закриті приміщення, сховища, речі, якщо особа, присутня при обшуку, відмовляється їх відкрити або обшук здійснюється за відсутності господаря житла.

При обшуку слідчий, прокурор має право проводити вимірювання, фотографування, звуко- чи відеозапис, складати плани і схеми, виготовляти графічні зображення обшуканого житла чи іншого володіння особи чи окремих речей, виготовляти відбитки та зліпки, оглядати і вилучати речі та документи, які мають значення для кримінального провадження. Предмети, вилучені законом з обігу, підлягають вилученню незалежно від їх відношення до кримінального провадження. Вилучені речі та документи, які не входять до пере-

ліку, щодо якого прямо надано дозвіл на відшукання в ухвалі про дозвіл на проведення обшуку, та не належать до предметів, які вилучені законом з обігу, вважаються тимчасово вилученим майном.

Особи, у присутності яких здійснюється обшук, при проведенні цієї слідчої (розшукової) дії мають право робити заяви, що підлягають занесенню до протоколу обшуку.

Пристаючи до обшуку, необхідно встановити територію та місце знаходження обладнання для виготовлення наркотиків, які об'єкти знаходяться поруч, визначитись із послідовністю, способом та межами огляду, дослідити увесь комплекс питань, які належать до обставин місця події, визначити взаємне розташування та взаємозв'язок елементів обстановки, звернути увагу на запах, колір стін, стелі, засобів вентиляції, зовнішній вид устаткування, його стан, деталі тощо. Конкретну увагу слід приділяти відшукуванню сховищ, тайників у житлі та в приміщеннях, у яких можливе виявлення наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів. Предмети чи речовини, які у них знаходяться, несуть інформацію про сировину або наркотичні речовини і у подальшому слугують речовими доказами. Якщо знайдено такі засоби, розфасовані на малі порції, необхідно провести виїмку предметів, за допомогою яких підозрюваний визначав їх вагу, кількість та об'єм⁴.

Важливе значення для підготовки і проведення обшуку має наявність відомостей про об'єкт обшуку та осіб, які там проживають. В. І. Пархоменко з цього приводу зауважує, що невизначеність шляхів пошуку наркотичних засобів знижується наявністю заздалегідь отриманої інформації про площу, будівлю, приміщення, на яких вони приховані; умов потрапляння предметів пошуку до обшуканої особи, її ставлення до цього об'єкта (незаінтересована особа проявлятиме байдужість; заінтересована – тривогу).

Тому для з'ясування обстановки і умов майбутнього обшуку необхідно встановити:

- 1) точну адресу приміщення, що підлягає обшуку, або місце розташування ділянки яка обшукується;
- 2) чи є це приміщення квартирою, кімнатою у комунальній квартирі або будовою на правах приватної власності;
- 3) чи є у місці, що підлягає обшуку, підвал, погріб чи горище, сарай або інші побутові споруди та приміщення;
- 4) які будови і яких розмірів є на ділянці місцевості, що підлягає обшуку;
- 5) шляхи підходу і способи проникнення у приміщення або на ділянку місцевості, що підлягають обшуку.

Така інформація дасть змогу правильно визначити час прибуття на місце обшуку, розстановку особового складу, задіяного для проведення заходу, і передбачити можливість вчинення протидії слідчо-оперативній групі⁵.

Практика свідчить, що визначаючи межі обшуку, не треба обмежуватися безпосередньо приміщенням, яке використовувалося для виготовлення за допомогою обладнання наркотичних засобів або психотропних речовин. Необхідно передбачати випадки викидання у вікна або через балкони різних предметів та хімічних речовин, які свідчать про незаконну діяльність наркоділків (відходи від синтезу наркотиків, порожні ампули, хімічний посуд, шприці тощо). Також не виключена можливість знищення різних предметів і під час обшуку. Крім місцевості, приміщень, предметів підлягають огляду особи, їх речі, посилки, бандеролі, листи або багаж. При таких обставинах можливе вилучення інших предметів, які можуть бути речовими доказами.

На думку М. В. Салтєвського, відомості про осіб, які займають приміщення, що піддане обшуку, необхідні для визначення найбільш вірогідних місць приховання розшукуваних об'єктів із використанням схованок, підготовлених на основі професійних знань, а також визначення складу й кількості учасників обшуку (особи, що займаються виготовленням з метою збуту наркотичних засобів порціями зберігають обмежену кількість таких засобів, розраховуючи на можливість реалізації за певний час або на швидке їх знищення без великих матеріальних збитків для свого бізнесу). Крім того, особи, що регулярно займаються збутом наркотичних засобів, мають досвід спілкування з правоохоронними органами, а також виробляють для себе певну тактику⁶.

Вивчення позицій вчених-криміналістів⁷, вимог кримінального процесуального законодавства та судово-слідчої практики дає підстави зробити висновок, що для участі в проведенні обшуку можуть бути запрошені потерпілий, підозрюваний, захисник, представник та інші учасники кримінального провадження. З метою одержання допомоги з питань, що потребують спеціальних знань, слідчий, прокурор для участі в обшуку має право запросити спеціалістів. На нашу думку, такими спеціалістами можуть бути фахівці, які мають достатні знання для проведення компетентного огляду обладнання, призначеного для виготовлення наркотичних засобів, та комп'ютерної техніки, а також спеціалісти для фото – та відеофіксації проведення слідчих (розшукових) дій.

Крім того, участь експерта-криміналіста є необхідною умовою проведення обшуку приміщення, де використовується обладнання для виготовлення наркотичних засобів. Ця вимога продиктована тим, що такі місця є об'єктами підвищеного ступеня небезпеки, де наявна загроза отруєння наркотичними засобами або психотропними речовинами чи іншими отруйними або високотоксичними речовинами від потрапляння на шкіру або вдихання парів, отримання хімічних опіків тощо. Не можна виключати також наявність вибухових пристроїв та речовин як у середині, так і на підході до них.

Після затримання всіх осіб у приміщенні першим повинен зайти експерт-криміналіста, за ним – інші члени слідчо-оперативної групи. Перед цим експерт-криміналіст має детально роз'яснити членам слідчо-оперативної групи заходи безпеки під час знаходження у приміщенні, а також дії та їх послідовність кожного з учасників групи.

На нашу думку, при здійсненні досудового розслідування кримінального правопорушення, пов'язаного з використанням обладнання для виготовлення наркотичних засобів, проведення саме такої слідчої (розшукової) дії, як обшук, більш доречно, ніж проведення огляду.

По-перше, враховуючи специфіку діяльності наркоділків, слід передбачити наявність у приміщенні, в якому використовується обладнання для виготовлення наркотичних засобів, потайних місць та схованок, як результат дій із приховування злочину. Тому для виявлення речей, що мають доказове значення, необхідно мати можливість слідчому відкривати закриті приміщення, сховища, речі, якщо особа, присутня при обшуку, відмовляється їх відкрити. Саме положення ст. 236 КПК України надає особам, які проводять обшук, здійснювати такі дії.

По-друге, також беручи до уваги особливості кримінального провадження за ознаками ст. 313 КК України та слідчу практику з цього питання, слід підкреслити неабияке значення зізнавальних свідчень особи, яка використовує обладнання для виготовлення наркотиків. Тому при пред'явленні їй речей, виявлених під час обшуку, до повідомлення особі про підозру у вчиненні злочину або у випадку, коли вона відмовляється від свідчень у якості підозрюваного, можна допитати наркоділка негайно як свідка. Мотивується це тим, що згідно зі ст. 224 КПК при відмові від давання показань і за давання завідомо неправдивих показань свідок теж притягується до кримінальної відповідальності.

По-третє, істотне значення для розслідування даного злочину має оперативність та мінімальна розбіжність у часі. Злочинна діяльність з виготовлення наркотиків за допомогою обладнання характеризується швидкоплинністю. У кожний момент ситуація змінюється, отже, отримання достатніх доказів факту кримінального правопорушення має бути чітко сплановане та професійно виконане.

Саме тому проведення такої слідчої (розшукової) дії, як обшук, дає можливість отримати максимальну кількість доказів злочинної діяльності, мінімізувати проміжок часу між наступними слідчими (розшуковими) діями та унеможливити знешкодження речових доказів або обставин, які підлягають доказуванню.

¹ Управління ООН по наркотикам та злочинності. Офіційний ВЕБ-сайт : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.un.org>

² Міністерство внутрішніх справ України. Офіційний ВЕБ-сайт МВС України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.mvs.gov.ua>

³ Кримінально-процесуальний кодекс України [Електронний ресурс] : прийнятий 13 квітня 2012 року № 4651-VI, станом на 23.02.2014. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1001-05&p=1292689280502987>

⁴ Розпізнавання наркотичних засобів, психотропних речовин та прекурсорів / А. П. Удод, С. О. Шимановський, В. Т. Машкін та ін. – К.: МВС України, 1997. – 25 с. – Стр. 22.

⁵ Пархоменко В. И. Взаимодействие следователей, оперативных работников и специалистов при расследовании уголовных дел о незаконном обороте наркотических средств и психотропных веществ : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Пархоменко Виктор Иванович. – М., 2005. – 230 с. – Стр. 117–118.

⁶ Салтєвський М. В. Криміналістика : [підруч.] : у 2 ч. / Салтєвський М. В. – Х. : Консум, 2000. – Ч. 2. – 2001. – 528 с. – Стр. 371.

⁷ Фонарев М. Ю. Досудебное производство по делам о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотиков, осуществляемое органами дознания (организационные и уголовно-процессуальные вопросы) : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Фонарев Михаил Юрьевич. – М., 2004. – 226 с. – Стр. 165-167; Пархоменко В. И. Взаимодействие следователей, оперативных работников и специалистов при расследовании уголовных дел о незаконном обороте наркотических средств и психотропных веществ : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Пархоменко Виктор Иванович. – М., 2005. – 230 с. – Стр. 114; Салтєвський М. В. Криміналістика : [підруч.] : у 2 ч. / Салтєвський М. В. – Х. : Консум, 2000. – Ч. 2. – 2001. – 528 с. – стр. 371, Стр. 114–119; Петрунина А. Б. Противодействие расследованию преступлений в сфере незаконного оборота наркотиков и криминалистические методы его выявления и преодоления : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Петрунина Анна Борисовна. – М., 2006. – 249 с. – Стр. 140; Орлов Ю. Ю. Технічні засоби оперативної ідентифікації наркотичних речовин / Ю. Ю. Орлов // Заходи правоохоронних органів та громадськості з протидії наркозлочинності та наркоманії : зб. матеріалів наук.-практ. конф., (Київ, 12–13 жовтня 2006 р.). – К., 2007. – С. 175–177.

Резюме

Рубежанська О. В. Правові підстави проведення обшуку при розслідуванні кримінальних правопорушень, пов'язаних із незаконним використанням обладнання для виготовлення наркотичних засобів.

У статті розкриваються проблемні питання, пов'язані з нормативним регламентуванням проведення обшуку приміщення, де відбувається незаконне використання обладнання для виготовлення наркотичних засобів, з метою удосконалення проведення досудового розслідування даної категорії злочинів.

Ключові слова: обладнання, незаконне виготовлення наркотиків, наркотики, обшук, приміщення.

Резюме

Рубежанская О. В. Правовые основания проведения обыска при расследовании уголовных правонарушений, связанных с незаконным использованием оборудования для изготовления наркотических средств.

В статье раскрываются проблемные вопросы, связанные с нормативным регламентированием проведения обыска помещения, где происходит незаконное использование оборудования для изготовления наркотиков, с целью усовершенствования проведения досудебного расследования данной категории преступлений.

Ключевые слова: оборудование, незаконное изготовление наркотиков, наркотики, обыск, помещение.

Summary

Rubezhanska O. Legal grounds conducting searches in the investigation of criminal offenses related to illegal use of equipment used in the illegal drugs production.

The article covers issues related to the normative regulation of the search premises, where the illegal use of equipment for the manufacture of drugs, in order to improve the pre-trial investigation into this category of crimes.

Key words: equipment, illegal manufacture of drugs, narcotics, search, premises.

Отримано 24.03.2014

УДК 343.358

М. В. РЯБЕНКО

Максим В'ячеславович Рябенко, аспірант Національної академії прокуратури України

ЗЛОВЖИВАННЯ ПОВНОВАЖЕННЯМИ АУДИТОРА У СКЛАДІ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОМУ СТАТТЕЮ 365-2 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Кримінально-правова протидія кримінальним корупційним правопорушенням – це одне з пріоритетних завдань нашої держави. Одним з таких правопорушень є зловживання повноваженнями особами, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг (стаття 365-2 КК України).

У кримінально-правовій доктрині проблему кримінальної відповідальності за зловживання повноваженнями особами, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, досліджували такі науковці, як П. П. Андрушко, С. В. Ізосімов, М. І. Мельник, В. О. Навроцький, М. І. Хавронюк та інші дослідники. Однак у їх працях пропонуються лише загальні ознаки, які стосуються характеристики зловживання повноваженнями без конкретизації того, в чому саме відповідні діяння можуть полягати. Адже залежно від того, який суб'єкт зловживає повноваженнями, буде мати специфіку саме суспільно небезпечне діяння.

Метою статті – дослідження зловживання повноваженнями аудиторами у складі злочину, передбаченому ст. 365-2 Кримінального кодексу України (далі – *КК України*).

У диспозиції ч. 1 ст. 365-2 КК України осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, названо аудитора. Основним нормативним актом, який регламентує діяльність такого суб'єкта є Закон України «Про аудиторську діяльність»¹.

Перш ніж перейти до характеристики зловживання повноваженнями аудитором, зробимо декілька загальних зауважень, присвячених самому суспільно небезпечному діянню, передбаченому ст. 365-2 КК України.

У розділі XVII Особливої частини КК України аналогічне діяння закріплено у статтях 364 та 364-1 КК України. Однак у їх формулюваннях мають місце певні відмінності. По-перше, у ст. 364 КК України йдеться про зловживання владою або службовим становищем, у статтях 364-1 та 365-2 КК України – про зловживання повноваженнями. По-друге, у диспозиціях ч. 1 ст. 364-1 та ч. 1 ст. 365-2 КК України йдеться про те, що суб'єкт злочину повинен зловживати своїми повноваженнями. По-третє, у ч. 1 ст. 364 та ч. 1 ст. 364-1 КК України законодавець розкриває, що таке зловживання владою або службовим становищем (службовими повноваженнями), в той час як у диспозиції ч. 1 ст. 365-2 КК України відповідне діяння не визначається. При цьому в першому випадку зловживанням владою або службовим становищем (повноваженнями) законодавець визнає використання влади чи службового становища (повноважень) всупереч інтересам служби (інтересам юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми). З відповідних формулювань суспільно небезпечних діянь зауважимо, що, на нашу думку, у диспозиціях статей недоцільно вказувати на те, що кримінальна відповідальність особи настає за зловживання своїми повноваженнями. Адже будь-яка особа може підлягати відповідальності лише за свої дії. Враховуючи таке правило тлумачення правових норм – «правило паралельних місць», – яке свого часу запропонував Є. С. Васильовський, зловживання повноваженнями у ст. 365-2 КК України повинно розумітися як використання особами, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, повноважень всупереч інтересам надання публічних послуг².

Зауважимо і на тому, що ст. 365-2 КК України викладена законодавцем з порушенням вимог законодавчої техніки. Адже у випадку внесення змін до КК України нововведена стаття має поміщатися одразу ж після статті, яка передбачає кримінальну відповідальність за однорідний злочин. Для нововведеної статті має присвоюватися, насамперед, порядковий номер тієї статті, в якій передбачається відповідальність за такий однорідний злочин. Оскільки у ст. 365-2 КК України описано ознаки складу зловживання повноваженнями, її потрібно було помістити після ст. 364-1 КК України та присвоїти порядковий номер «364-2 КК України»³.

В українській мові слово «зловживання» буквально означає використання чого-небудь на шкоду, на зло чомусь⁴. У кримінально-правовій літературі зазначається, що зловживання владою або службовим становищем (повноваженнями) – це реалізація фактичних та юридичних можливостей, вчинена всупереч меті, задачам, інтересам законної діяльності, коли діяння хоча й вчиняються в межах наданих повноважень, однак незаконно, або умисне не вчинення певних дій, які суб'єкт злочину повинен був і міг вчинити. На відміну від перевищення влади або службових повноважень, зловживаючи владою або службовим становищем (повноваженнями), особа не виходить за межі відповідних прав та повноважень.

Базовим словосполученням, яке й визначає зміст поняття «зловживання повноваженнями» є власне використання повноважень. Щодо розуміння його змісту в теорії кримінального права склалося декілька підходів. Перший підхід – вузький, він базується на тому, що це вчинення суспільно небезпечного діяння виключно в межах повноважень особи Другий підхід – широкий, відповідно до нього використання повноважень включає вчинення таких дій: 1) у межах службових повноважень особи; 2) безпосередньо не пов'язаних зобов'язками особи по службі, а які ґрунтуються на її авторитеті, зв'язках; 3) виходять за межі її службових повноважень⁵. Тобто, згідно з таким широким трактуванням зловживання повноваженнями охоплює й їх перевищення, коли особа, вчиняючи діяння, виходить за їх межі.

Таке ж широке розуміння поняття «зловживання» міститься і в Конвенції ООН проти корупції. Згідно зі ст. 19 цієї Конвенції умисне зловживання службовими повноваженнями або службовим становищем визнається здійснення будь-якої дії чи утримання від здійснення дій, що є порушенням законодавства, державною посадовою особою під час виконання своїх функцій з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи. Тобто, згідно з таким положенням зловживання владою або службовим становищем (повноваженнями) охоплює і перевищення.

Враховуючи зміни, які були внесені у КК України Законом від 21 лютого 2014 року № 746-VII, перевищення влади або службових повноважень (ст. 365 КК України) трансформувалася у перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу. А перевищення повноважень службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми (ст. 365-1 КК України) було декриміналізовано.

Таким чином, законодавець (очевидно) на сьогодні, вносячи зміни у КК України, намагався йти по шляху широкого розуміння поняття «використання повноважень» та «зловживання повноваженнями», включаючи в його зміст вчинення відповідним суб'єктом злочину таких дій, які явно виходять за межі наданих повноважень. Однак, як це часто буває, зробив це непослідовно. Адже той факт, що у КК України залишилася ст. 365 (хоча й у видозміненій редакції), означає, що зловживання владою або службовим становищем (повноваженнями) та перевищення влади або службових повноважень залишилися самостійними діяннями. А відповідні статті передбачають суміжні склади злочинів, які не конкурують між собою.

Тому, на нашу думку перевищення повноважень особою, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, не можна розглядати як їх неправомірне використання (реалізацію), оскільки суб'єкт виходить за межі своїх повноважень, тобто вчиняє дії, які такими повноваженнями не передбачені. На нашу думку, така наявність такої ситуації є істотним недоліком чинного КК України. Для того, щоб «залатати» такий пробіл, можливі два шляхи. Перший – це виключення ст. 365 КК України. У такому випадку необхідно переглянути й редакцію ст. 364 КК України, передбачивши у ній ті кваліфікуючі ознаки, які закріплені у статті 365 КК України. Водночас з ч. 1 ст. 364 КК України потрібно виключити слова «використання службовою особою влади чи службового становища всупереч інтересам служби», а з ч. 1 ст. 364-1 КК України – «використання всупереч інтересам юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми службовою особою такої юридичної особи своїх повноважень». Другий шлях – це повернення до КК України ст. 365-1, а також включення нової ст. 365-3, в якій би передбачалася кримінальна відповідальність за перевищення повноважень особами, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг.

На нашу думку, більш прийнятним буде перший шлях, що відповідатиме й положенням ст. 19 Конвенції ООН проти корупції та слугуватиме однаковою застосуванню кримінально-правових норм.

Однак на сьогодні доводиться констатувати, що зловживання повноваженнями особами, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, не охоплює перевищення такими особами повноважень. Вважаємо це істотним недоліком кримінального законодавства України.

Характеризуючи зловживання повноваженнями аудитором, необхідно звертатися до кола прав та обов'язків, які передбачені у законодавстві для аудитора, які вони мають під час проведення аудиторських перевірок.

У статті 18 Закону України «Про аудиторську діяльність» передбачені права та обов'язки аудиторів і аудиторських фірм, а у ст. 19 – їх обов'язки.

Зауважимо, що кримінальна відповідальність аудитора за ст. 365-2 КК України повинна наставати лише в тому випадку, коли особа здійснює відповідні функції. Тобто, коли виникла та ще не припинилася компетенція аудитора.

Безпосередньою підставою для надання аудиторських послуг є договір між аудитором (аудиторською фірмою) та замовником (у випадку здійснення аудиту), а також договір, письмове або усне звернення замовника до аудитора (аудиторської фірми) (у разі надання інших аудиторських послуг). Саме з цього моменту виникає компетенція аудитора як особи, яка надає публічні послуги.

Надання аудиторських послуг припиняється з моменту складання аудитором відповідних офіційних документів. Такими документами (залежно від виду аудиторської послуги) є: аудиторський висновок (у разі

виконання аудиторських перевірок), довідки або інші офіційні документи (у разі надання аудиторських консультацій), експертний висновок або акт (у разі надання аудиторських послуг у виді експертизи) (ст. 7 Закону України «Про аудиторську діяльність»). В аудиторському звіті може бути будь-яка інформація, яка цікавить клієнта-замовника аудиту і форма подання якої регламентована в договорі на проведення аудиту. Аудиторський висновок – це не лише підсумковий документ проведення аудиторських перевірок, а й офіційний документ, який засвідчується підписом і печаткою аудиторської фірми. Порядок підготовки аудиторського висновку передбачений у Міжнародному стандарті № 700 «Аудиторський висновок про фінансову звітність». Датою повного виконання аудиторської послуги у виді аудиторської перевірки є дата, коли керівництво підприємства підписує акт прийому-передачі аудиторського висновку. Ця дата ставиться в аудиторському висновку. І саме вона вказує на те, що аудиторська послуга виконана в повному обсязі та компетенція аудитора як особи, яка надає публічні послуги, припинена.

Таким чином, зловживання повноваженнями аудитора може бути вчинене під час виконання функцій, тобто, з моменту укладення договору, письмового або усного звернення замовника до аудитора і до моменту складання аудитором висновку та аудиторського висновку, який передається шляхом підписання керівництвом підприємства акта прийому-передачі такого висновку.

Визначаючи компетенцію аудитора, необхідно чітко встановити коло конкретних прав та обов'язків, які відображають її зміст та обмежують компетенцію згідно з функціями, які здійснює аудитор. Зловживання повноваженнями аудитором може полягати, зокрема, в такому: неповідомлення власників, уповноважених ними осіб, замовників про виявлені під час проведення аудиту недоліки ведення бухгалтерського обліку; спотворення змісту бухгалтерської звітності суб'єкта господарювання; завідомо неправильна нормативно-правова оцінка господарських операцій, вчинених суб'єктом господарювання; вчинення дій та надання послуг неналежного характеру та неналежним організаціям тощо⁶. Якщо зловживання повноваженнями не відбулося, то до аудитора можуть бути застосовані інші види юридичної відповідальності, зокрема дисциплінарна або адміністративна.

Таким чином, проаналізувавши зловживання повноваженнями аудитора (стаття 365-2 КК України), можна зробити висновок, що таке діяння не охоплює перевищення відповідних повноважень. Зловживаючи повноваженнями, аудитор використовує їх всупереч завданням аудиторської діяльності. Для притягнення до кримінальної відповідальності аудитора необхідно чітко визначити момент виникнення та припинення його компетенції, тобто, з моменту укладення договору, письмового або усного звернення замовника до аудитора і до моменту складання аудитором висновку та аудиторського висновку, який передається шляхом підписання керівництвом підприємства акта прийому-передачі такого висновку. Якщо зловживання повноваженнями не було, однак аудитор порушив чинне законодавство України, він повинен притягатися до інших видів юридичної відповідальності.

¹ Про аудиторську діяльність: Закон України від 22 квітня 1993 року № 3125-ХІІ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3125-12> – Заголовок з екрана.

² Васильковський Е. В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов / Е. В. Васильковський. – М.: АО «ЮрИнфоР», 2002. – С. 99–100.

³ Загиней З. Окремі недоліки нормотворчої техніки розділу XVII Особливої частини КК України «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг» та їх вплив на тлумачення кримінально-правових норм / З. Загиней // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2013. – № 4. – С. 40.

⁴ Великий тлумачний словник сучасної української мови / [уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел]. – К.; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2001. – С. 463.

⁵ Здравомыслов Б. В. Должностные преступления. Понятие и квалификация / Б. В. Здравомыслов. – М. : Юридическая литература, 1975. – С. 131.

⁶ Асанов Р. Ф. Уголовная ответственность за преступления, совершаемые служащими коммерческих или иных организаций / Р. Ф. Асанов, С. В. Изосимов. – Уфа: Уфимский юрид. ин-т, 2001. – С. 136.

Резюме

Рябенко М. В. Зловживання повноваженнями аудитора у складі злочину, передбаченому статтею 365-2 Кримінального кодексу України.

У статті здійснюється спроба проаналізувати зловживання повноваженнями аудиторами у складі злочину, передбаченому статтею 365-2 КК України. Для цього визначено загальні закономірності описання аналогічного діяння у суміжних складах злочинів. Проаналізовано регулятивне законодавство України та визначено початок і припинення компетенції аудитора. З урахуванням положень цього законодавства встановлено повноваження аудитора, які він здійснює під час виконання відповідних функцій, а також запропоновано зміни до КК України.

Ключові слова: зловживання повноваженнями, аудитор, перевищення повноважень, публічна послуга, повноваження, компетенція.

Резюме

Рябенко М. В. Злоупотребление полномочиями аудитора в составе преступления, предусмотренного статьей 365-2 Уголовного кодекса Украины.

В статье предпринимается попытка проанализировать злоупотребление полномочиями аудиторами в составе преступления, предусмотренного статьей 365-2 УК Украины. Для этого определены общие закономерности описание аналогичного дея-

ння в смежных составах преступлений. Проанализировано регулятивное законодательство Украины и определены начало и прекращение компетенции аудитора. С учетом положений этого законодательства установлено полномочия аудитора, которые он осуществляет при выполнении соответствующих функций, а также предложены изменения в УК Украины

Ключевые слова: злоупотребление полномочиями, аудитор, превышение полномочий, публичная услуга, полномочия, компетенция.

Summary

Ryabenko M. Abuse of authority of auditors crimes under article 365-2 Criminal code Ukraine.

The paper attempts to analyze the abuse of power by the auditors as part of an offense under article 365-2 of the Criminal Code of Ukraine. To do this, identify common patterns in the description of the similar acts related crime. Analyzed regulatory legislation of Ukraine and identifies the initiation and termination of the auditor competence. Subject to the provisions of this legislation established the authority of the auditor, which he carries with job performance, as well as proposed changes to the Criminal Code of Ukraine.

Key words: abuse of power, the auditor, abuse of authority, public service authority, competence.

Отримано 11.04.2014

УДК 343.132

Є. І. ТЕЛІУС

Євгеній Іванович Теліус, здобувач Національної академії прокуратури України

ІНСТИТУТ ЗАТРИМАННЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ АНГЛІЇ

Одним із способів удосконалення вітчизняної системи кримінального судочинства є врахування досвіду зарубіжних держав. Особливо це стосується такої країни, як Англія, де традиції стосовно порядку розслідування кримінальних правопорушень існують не одне сторіччя. Водночас на особливу увагу заслуговує саме інститут затримання, оскільки він взагалі в даній країні визнається загальногромадянським правом.

У вітчизняній юридичній науці порядок затримання особи під час досудового розслідування в Англії слід вважати недостатньо опрацьованим. А вже серед українських вчених подібних досліджень ще не проводилося. При цьому, якщо принаймні щось і аналізувалися, то це робилося в контексті розкриття англійського кримінального провадження в цілому, а окремо порядок затримання не аналізувався. У зв'язку з цим метою даної статті є опрацювання виключно порядку затримання під час досудового розслідування в такій країні, як Англія.

Розпочинаючи аналіз порядку затримання особи в кримінальному провадженні Англії, слід зазначити, що даний інститут іменується «поліцейським арештом», або, як іноді його ще називають, – «арешт без судового наказу» (warrantless arrest). Крім того, затриманням вважається також і «арешт за наказом судді» (arrest warrant)¹, але якщо відбувається продовження судом строків раніше проведеного органами поліції затримання. За інших обставин «арешт за наказом суду» розцінюється вже як тримання під вартою².

Правом на «арешт без судового наказу» (затримання) наділені як поліцейські, так і звичайні громадяни³, якими в більшості випадків є самі потерпілі.

Порядок затримання звичайними громадянами в Англії передбачає певні особливості. Так, дані особи мають на це право, якщо у справі, за якою вони затримали особу, передбачається покарання у вигляді позбавлення волі, за умови, що:

1) вони стали свідком замаху чи безпосереднього вчинення: злочину, нанесення небезпечних ушкоджень – проте якщо особа, яка посягнула на вчинення цих злочинів, не відмовляється від своєї спроби довести їх до кінця;

2) у випадках порушення будь-якого спокою – однак лише під час його порушення чи загрози його продовження;

3) у особи є «розумні» підстави вважати, що затриманий винний у вчиненні іншого злочину⁴.

Водночас слід вказати, що наведений перелік підстав для звичайних осіб не є вичерпним, їх набагато більше. У зв'язку з цим у загальному контексті для таких осіб наявність передумов для затримання є, скоріше, формальним правилом. А вже заслуговує на увагу, що встановлення в подальшому обставин, які свідчать про те, що навіть ніякого злочину не було, дає право особі навіть не пояснювати «логіку» своїх дій. Єдиною умовою відповідальності для неї за можливе неправомірне затримання, як правило, вважається те, що затриманий був доставлений нею в поліцію не в «розумний» строк: «Так скоро, як тільки це практично можливо»⁵.

Переходячи до порядку затримання особи органами поліції, вкажемо, що даними суб'єктами затримання здійснюється:

1) за «арештними» злочинами – справи, де покарання передбачено у вигляді п'яти і більше років позбавлення волі;

П) «не арештними» злочинами, але за якими поліція має право затримувати особу у разі таких додаткових умов: 1) невідомо прізвище або адреса підозрюваної особи, чи є сумніви в тому, що вона назвали своє справжнє прізвище або адресу; 2) необхідно для запобігання з боку затриманого подальшого фізичного впливу на інших людей чи їх власність; 3) потрібно для запобігання можливому фізичному впливу на самого підозрюваного; 4) для попередження повторного здійснення злочину⁶.

Однак слід зазначити: з приводу цих підстав у кримінальному процесі Англії існує точка зору, що над цим питанням завжди «ламають» голову самі поліцейські та судді. Адже в цій країні панує погляд, згідно з яким, навіть якщо поліцейський затримав особу, що, як виявилось в подальшому, не вчиняла злочин, він повинен лише навести «логічні» підстави своїх дій.

Отже, в даному випадку слід зробити висновок про те, що в Англії підстави для затримання органами поліції наявні, проте вони, знову ж, є більш загальними умовами. Тому в кожному конкретному випадку поліцейські самостійно вирішують, чи необхідно затримувати особу.

Даний висновок додатково підтверджується рішенням Європейського суду з прав людини, а саме справи Фокс, Кемпбелл і Хартлі проти Сполученого Королівства від 30 серпня 1990 р.⁷, де вказується, що офіційною підставою для затримання поліцією Англії даних осіб стала їхня попередня судимість. Тоді як інші підстави та необхідність самого затримання були відомі лише поліцейським.

Досліджуючи таке питання в діяльності поліції Англії, як складання протоколу в разі затримання особи, слід звернути увагу на те, що його складання не визнається обов'язковим у кожному випадку затримання. Пов'язано це з тим, що затриманий доставляється в поліцейський відділок, де його реєструють у спеціальній книзі приводів із зазначенням: ім'я, дати й часу доставлення та кваліфікації кримінального правопорушення⁸.

Єдине, чим можна пояснити таку позицію англійського законодавця, так це специфікою їхнього досудового розслідування, де поліцейські під час цього є повністю незалежними та самостійними. Крім того, зазначимо, в даній країні склалося так, що поліцейські взагалі не складають протоколів, а пишуть «звіти». Пов'язано це з тим, що будь-яка інформація, отримана ними під час розслідування злочинів, не має жодного значення. Адже англійські поліцейські вважаються скоріше детективами, аніж посадовими особами, які приймають самостійні відповідальні процесуальні рішення.

Однак з приводу такої можливості не складати протокол про затримання особи під час кримінального переслідування в Англії, слід вказати про певні винятки.

Зокрема, по-перше, йдеться про обшук, супроводжуваний «арешт без судового наказу», а саме: особистий обшук, обшук місця проживання арештованого та транспортних засобів. Проводиться це за наявності підстав вважати, що там можуть знаходитися заборонені речі та предмети, а також ті, що мають відношення до злочину, в зв'язку з вчиненням якого особу затримано. Саме в разі такого затримання поліцейськими й складається протокол.

По-друге, протокол може бути складено й у випадках, коли після затримання особу не звільнено під заставу чи не передано на поруки, а матеріали стосовно неї направлено в суд для продовження строків затримання.

Тобто, як бачимо, протокол може бути складений у разі затримання особи. Проте його складання більше стосуватиметься: 1) необхідності фіксації результатів проведеного обшуку під час цього, зокрема необхідності закріплення отриманих доказів; 2) потреба в продовженні строків затримання.

Що ж до подальшого порядку затримання особи в такій країні, як Англія, то після доставлення особи в поліцейський відділок їй роз'яснюють права та надають можливість зробити телефонний дзвінок і повідомити про підстави свого затримання.

Водночас звертає на себе увагу те, що в справах за підозрою у вчиненні терористичних актів як самим затриманим, так і будь-яким іншим особам можуть не повідомлятися підстави затримання. Пов'язується це з тим, що джерело повідомлення органами поліції інформації, потрібної для розслідування та необхідності самого затримання, може належати до категорії конфіденційного⁹.

Розглядаючи порядок реалізації права затриманого на дзвінок, зазначимо, що за англійським кримінальним процесуальним законодавством не існує переліку осіб, яким затриманий може зателефонувати. Зокрема, ними можуть бути: родичі, друзі, та інші особи, які зацікавлені в його долі. Крім того, затриманий має право зателефонувати ще й адвокату, проте якщо в письмовій формі не висловив раніше відмову від нього.

Щодо діяльності захисника, слід звернути увагу на такий факт: є випадки, коли поліція може не допустити до участі в справі конкретного адвоката. Підставами цього виступатиме те, що він може бути визнаний поліцією як той, що може неправомірно впливати, в подальшому, на свідків або фальсифікувати докази. За таких обставин підозрюваний має право запросити іншого адвоката. При цьому це не буде вважатися порушенням його права на захист. Йдеться лише про обмеження у виборі захисника¹⁰.

Якщо ж затриманий отримав все-таки можливість поспілкуватися з адвокатом, то це може відбуватися між ним як особисто, так і по телефону. У зв'язку з цим вбачається ще одна особливість підходу англійського законодавця до реалізації прав особи під час затримання. Зокрема, йдеться про те, що право на зустріч із захисником може реалізовуватися й шляхом простої розмови між ними по телефону.

При дослідженні порядку затримання особи органами поліції в Англії на увагу заслуговує також й існування спеціальної посадової особи в кожному поліцейському відділку, а саме – офіцера поліції з нагляду. Завданням даної посадової особи є перевірка підстав затримання.

Проте відразу слід вказати, що основний обов'язок цієї спеціальної посадової особи полягає більше не в перевірці підстав безпосереднього затримання, а в перевірці підстав подальшого продовження затримання¹¹. Адже цим, як виявиться в подальшому, буде вважатися необхідність допиту затриманого.

Переходячи до питання строків затримання особи органами поліції без судового наказу, зазначимо, що початково він не повинен перевищувати 24 годин. При цьому для більшості злочинів – це максимально можливий термін перебування особи в поліцейському відділку. Після цього затриманий або звільняється на поруку чи під заставу, або представляється в суд для продовження затримання чи вже тримання під вартою¹².

Однак у «серйозних арештних справах» (вбивство, насильство, злочинні діяння, які можуть нанести значні збитки державі або громадському порядку) строк арешту може бути продовжений до 36 годин за розпорядженням старшого поліцейського чиновника. Причинами цього є необхідність продовжити допит затриманої особи. При цьому протягом даного періоду часу такій особі може вже бути заборонена навіть зустріч з адвокатом, а також можливість повідомлення інших осіб про своє затримання. Відбувається це тоді, коли поліція доходить висновку, що можуть бути повідомлені відомості, розголошення яких перешкоджатиме подальшому розслідуванню¹³.

Таким чином, можна зробити висновок, що основним критерієм визначення строку перебування затриманої особи в поліції, є необхідність її допиту. Про це додатково може свідчити той факт, що подальше продовження строків затримання магістратським суддею (до 96 годин) також відбувається лише з метою необхідності отримання показів від такої особи.

Проте з даного правила слід зробити виняток щодо розслідуваних у Англії справ про тероризм. Адже в рішенні Європейського суду з прав людини у справі Броуган та інші проти Сполученого Королівства від 29 листопада 1998 р.¹⁴ наводяться такі відомості, що підставою затримання осіб та тримання їх під вартою в поліції протягом чотирьох діб шести годин без відповідного рішення суду стало «Прагнення захистити суспільство в цілому від тероризму». Тобто, строки затримання за даною категорією справ можуть бути набагато більшими.

У частині порядку затримання особи в кримінальному провадженні Англії на увагу заслуговує також і той факт, що в разі затримання підозрюваного не обов'язково звертатися про обрання йому запобіжного заходу. Така позиція пояснюється тим, що затримання належить до заходів «представлення підозрюваного в суд» або, по-іншому, «захід, що забезпечує першу явку». Тоді як запобіжні заходи – це способи забезпечення неухилення від правосуддя обвинуваченого, вже представленого в суд.

У зв'язку цим зазначимо, що в Англії інститут затримання особи під час досудового розслідування характеризується наступними особливостями: 1) мета затримання – це необхідність допитати особу з приводу вчинення злочину, за який її затримано; 2) «для органів поліції та приватних осіб підстави затримання носять більше «орієнтуючий» характер; 3) строк затримання може бути продовжено самою поліцією; 4) щодо затримання передбачено два види контролю, а саме: відомчий та судовий контроль; 5) особливий порядок затримання особи у справах про терористичні акти.

¹ Багдасаров Р. В. Принцип состязательности в уголовном процессе России и стран Европейского Союза / Р. В. Багдасаров. – М.: Юрлитинформ, 2008. – С. 137.

² Уголовное право зарубежных государств: Общая часть. / Под ред. и с предислов. И. Д. Козочкина. – М.: Институт международного права и экономики имени А. С. Грибоедова, 2001. – С. 77.

³ Уголовный процесс: Учебник для студентов вузов. / Под ред. В. П. Божьева. – М.: Спарк, 2002. – С. 674.

⁴ Полянский Н. Н. Уголовное право и уголовный суд Англии / Н. Н. Полянский. – М.: Юрид. лит., 1969. – С. 280–281.

⁵ Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник. / Отв. ред. П. А. Лупинская. – М.: Юристъ, 2001. – С. 536.

⁶ Молдован А. В. Кримінальний процес: Україна, ФРН, Франція, Англія, США: Навчальний посібник. – К.: Центр навчальної літератури, 2005. – С. 165.

⁷ Рішення Європейського суду по правам людини в справі Фокс, Кемпбелл і Хартлі проти Сполученого Королівства від 30 серпня 1990 року / Джереми Макбрайд // Практика Європейського суду по правам людини. – К.: «К.І.С.», 2011. – С. 54.

⁸ Калиновский К. Б. Уголовный процесс современных зарубежных государств: Учебное пособие / К. Б. Калиновский – Петрозаводск: ПетрГУ, 2000. – С. 29.

⁹ Джереми Макбрайд. Права человека и уголовный процесс. Практика Европейского суда по правам человека. – К.: «К.І.С.», 2011. – С. 55.

¹⁰ Гуценко К. Ф. Уголовный процесс западных государств / К. Ф. Гуценко, Л. В. Головкин, Б. А. Филимонов. – М.: ИКД «Зерцало-М», 2001. – С. 107.

¹¹ Стойко Н. Г. Уголовный процесс западных государств и России: сравнительное теоретико-правовое исследование англо-американской и романо-германской правовых систем. Монография. – СПб.: Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та, Изд-во юридического факультета СПбГУ, 2006. – С. 165–166.

¹² Чельцов М. Л. Уголовный процесс. Учебник для юридических институтов и юридических факультетов университетов. / М. Л. Чельцов. – Москва: Министерства юстиции СССР, 1948. – С. 102.

¹³ Апарова Т. В. Суды и судебный процесс Великобритании, Англия, Уэльс, Шотландия / Т. В. Апарова. – М.: Триада, Лтд, 1996. – С. 106–107.

¹⁴ Рішення Європейського суду по правам людини в справі Броуган та інші проти Сполученого Королівства від 29 листопада 1998 року / Джереми Макбрайд // Практика Європейського суду по правам людини. – К.: «К.І.С.», 2011. – С. 71–72.

Резюме

Теліус Є. І. Інститут затримання в кримінальному провадженні Англії.

У статті досліджується порядок затримання особи під час досудового розслідування в Англії. Зокрема, вказується на те, що в даній країні таким правом наділені звичайні особи та органи поліції. Крім того, акцентується на тому, що головними підставами для можливості проведення ними затримання є вчинення чи замах на вчинення кримінального правопорушення, що передбачає позбавлення волі. Водночас звертається увага на існування й додаткових підстав для затримання. При цьому як для звичайних осіб, так і органів поліції. Також при розкритті порядку затримання в Англії відображаються особливості щодо складання протоколу про вчинення таких дій органами поліції. Наводяться обставини, коли складання такого протоколу є необхідним. Крім того, в статті відображається порядок доставляння затриманої особи в поліцейський відділок та реєстрації цього в спеціальній книзі. Розкриваються також і особливості перебування особи в самому поліцейському відділку, а саме те, як відбувається реалізація прав затриманого. Звертається увага й на певні аспекти англійського кримінального процесуально-го законодавства в частині існування відомчого та судового контролів за проведеним затриманням.

Ключові слова: зарубіжний досвід, кримінальне провадження в Англії, досудове розслідування, порядок, умови та строк затримання.

Резюме

Теліус Е. И. Институт задержания в уголовном производстве Англии.

В статье исследуется порядок задержания лица во время досудебного расследования в Англии. В частности, указывается, что таким правом в данной стране наделены обычные лица и органы полиции. Кроме того, акцентируется на том, что главными основаниями для возможности проведения ими задержания является совершение или покушение на совершение уголовного преступления, что предусматривает наказание в виде лишения свободы. Одновременно обращается внимание, что существуют и дополнительные основания для задержания. При этом как для обычных лиц, так и органов полиции. Также при раскрытии порядка задержания в Англии отражаются особенности по поводу необходимости составлять протокол о совершении таких действий органами полиции. Так, показываются обстоятельства, когда составление такого протокола является необходимым. Кроме того, в статье отображается порядок доставки задержанного в полицейский участок и регистрации этого в специальной книге. Раскрываются и особенности пребывания лица в самом полицейском участке, а именно то, как происходит реализация прав задержанного. Обращается внимание и на некоторые аспекты англійського уголовного процессуального законодательства в части существования ведомственного и судебного контроля.

Ключевые слова: зарубежный опыт, уголовное производство в Англии, досудебное расследование, порядок, условия и срок задержания.

Summary

Telius E. Detention institute in criminal procedure of England.

The detention order is researched in the article in course of pre-trial investigation in England. Particularly, it is stated that in this country ordinary persons and police are enjoying this right. Moreover, it is accented that principal grounds of detention performed by them refers to committing or committing attempt of a criminal offence, which provides deprivation of freedom. At the same time, the attention is paid to the fact that additional detention grounds exist – both for the ordinary persons and police. In course of revealing of detention order in England, the necessity to execute a process-verbal concerning the commitment of such actions by police is also represented. Thus, the cases, when it is necessary to execute process-verbal are listed. Besides, the order of detained person delivery to a police station and its registration in a special book are provided. The features of person staying in the police station are represented, namely the way of such detained person rights realization. The attention is also paid to specific aspects of English criminal procedural legislation with regard to the existence of departmental and judicial control over the conducted detention.

Key words: foreign experience, criminal procedure in England, pre-trial investigation, order, conditions and detention term.

Отримано 18.02.2013

УДК 341.238 (4)

O. POLIVANOVA

Olena Mykolayivna Polivanova, PhD in law, associated professor Kyiv University of Law of National Academy of Sciences of Ukraine

EU ON THE WAY TO FACILITATING THE EXERCISE OF RIGHTS ON THE WORKERS IN THE CONTEXT OF FREEDOM OF MOVEMENT FOR WORKERS

The formulation of the problem. Freedom of movement for workers is one of the four fundamental freedoms on which the single market of European Union (EU) is based. It is one of the core values of the EU and a fundamental element of EU citizenship¹.

The legal background of this essential freedom is Article 45 of Treaty of Functioning of European Union (TFEU) which enshrines the right of EU citizens to move to another member state for work purposes. It specifically includes the right not to be discriminated against on the grounds of nationality as regards access to employment, remuneration and other conditions of work. It also includes the removal of unjustified obstacles to the freedom of movement of workers within the EU².

The other legal source concerning the freedom of movement of workers is the Charter of Fundamental Rights of the European Union (Charter) which confirms in Article 15 (2) that every citizen of the Union has the freedom to seek employment, to work, to exercise the right of establishment and to provide services in any member state. Moreover, Regulation (EU) No 492/2011 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on freedom of movement for workers within the Union as legal basis of workers' movement within EU (this regulation codifies Regulation 1612/68 and its successive amendments) (Regulation (EU) 492/2011)³ details the rights derived from the freedom of movement of workers, and defines the specific areas where discrimination on the grounds of nationality is prohibited, in particular as regards⁴. These are access to employment, working conditions, social and tax advantages, access to training, membership of trade unions, housing, access to education for children⁵.

Article 45 TFEU and Regulation (EU) 492/2011 are directly applicable in all member states. This means that there is no need to adopt national legislation to transpose those provisions. Any national authority at any level and any employer, whether public or private, must apply and respect the rights stemming from those provisions⁶. In spite of this and existing wide legal framework on the issue, EU citizens who want to move or who actually move from one member state to another for work purposes continue to face problems in exercising their rights⁷.

Aim of this study is to define and describe the main obstacles which workers who are the citizens of EU or third –country nationals can face exercising their right of free movement within the EU in the context of the freedom of movement of persons.

Analysis of recent research and publications. Challenging aspects of the freedom of movement of worker were described by the following scientists: Jon Erik Dølvik and Jelle Visser («Free movement, equal treatment and workers' rights: can the European Union solve its trilemma of fundamental principles?»), Rob Cornelissen («Free movement of persons in the EU in case of poverty and homelessness»), Vaughne Miller («EU Enforcement of Free Movement of People Rules»), Edit Bauer («The right to freedom of movement and the perspective of the EP on the proposed EU Directive»), etc.

Key findings. The gap between the rights that EU citizens have in theory and what happens in practice has also been underlined in several reports from EU institutions and, increasingly, the European Union is being called upon to act in this regard⁸. Thus, the European Parliament's report on 'Problems and prospects, concerning European citizenship' of 20 March 2009 detailed persisting obstacles to the cross-border enjoyment of rights⁹. It called on the European Commission (Commission) to produce a list of obstacles to the exercise of EU citizens' rights, based on the results of a public consultation, and make specific proposals to address those obstacles¹⁰.

The European Parliament (EP) by its Resolution on promoting workers' mobility within the European Union of 25 October 2011 calls on the Commission member states to take measures in order 'to guarantee...the correct

implementation of the existing legislation on non-discrimination, to take practical measures to enforce the principle of equal treatment of mobile workers...'¹¹. In its Conclusions of EPSCO Council of March 2009 on professional and geographical mobility of the workforce and the free movement of workers within the EU, the Council invited the Commission and the EU member states 'to promote measures supporting labour and social mobility as well as the equal treatment and non-discrimination of migrant workers in line with the *acquis*' and to 'further develop appropriate strategies and tools for the identification and analysis of barriers to geographical and professional worker mobility and to effectively contribute to the removal of existing barriers, in accordance with the Treaties'¹².

The report of 9 May 2010 («A new Strategy for the Single Market») underlines the fact that the overall freedom of movement of workers is a success from a legal point of view, but it is the least used of the four freedoms of the single market¹³. The report points out that the majority of Europeans see too many obstacles to working elsewhere in the EU and a number of legal and administrative barriers still remain in the field of free movement of workers. According to the report, obstacles in this area are the hardest to overcome. Moreover, in July 2010 in its Communication on «Reaffirming the free movement of workers: rights and major developments»¹⁴ the Commission pointed out that it will explore ways of tackling the new needs and challenges (in particular in the light of new patterns of mobility) facing EU migrant workers and their family members, and in the context of the new strategy for the single market will consider how to promote and enhance mechanisms for the effective implementation of the principle of equal treatment for EU workers and members of their families exercising their right to free movement. This objective was reinforced in the 2010 EU Citizenship Report «Dismantling the obstacles to EU citizens rights»¹⁵ of 27 October 2010. The Commission identified the divergent and incorrect application of EU law on the right to free movement as one of the main obstacles that EU citizens are confronted with in the effective exercise of their rights under EU law. Accordingly, the Commission announced its intention to take action to 'facilitate free movement of EU citizens and their third-country national family members by enforcing EU rules strictly, including on non-discrimination, by promoting good practices and increased knowledge or EU rules on the ground and by stepping up the dissemination of information to EU citizens about their free movement rights'¹⁶.

In its Employment package of 18 April 2012 (Communication from the Commission «Towards a job-rich recovery»)¹⁷, Commission announced its intention to «present a legislative proposal (information and advice) in order to support mobile workers in the exercise of rights derived from the Treaty and Regulation 492/2011 on freedom of movement for workers within the Union».

President of the Commission J. M. Barroso (Political guidelines for the 2010–2014 Commission) has also underlined the gap between theory and practice and has called for the principle of free movement and equal treatment to become a reality in peoples' everyday lives. In his State of the Union address on 12 September 2012, J. M. Barroso underlined the need to create a European labour market, and make it as easy for people to work in another country as it is at home¹⁸.

Summarizing the data from the reports and communications mentioned above, one of the obstacles EU citizens can face moving from one member state to another is the incompliance of national legislation and general practices which still persist in member states and continue to be reported to the Commission. In its scope are different conditions applied for recruitment of EU nationals; nationality conditions for access to posts which are not covered by the exception in article 45 (4) TFEU; introduction of nationality quotas for EU citizens (e.g. in the field of sport at professional level); different working conditions for EU nationals (remuneration, career prospects, grade, etc.); access to social advantages made subject to conditions which are more easily met by nationals than by EU citizens (e.g. a residence condition); professional qualifications and experience acquired in other member states are not taken into account or they are taken into account in a different way than those obtained in the host member state for the purpose of access to employment (e.g. additional points are awarded to the latter); residence condition required by national legislations for access to study grants for EU migrant workers and members of their families despite well-established case law of the European Court of Justice (CJ) in this area; discrimination against frontier workers.

Besides, information collected by experts and by the Commission¹⁹ suggests that there is a recurrent problem with public and private employers' awareness of EU rules, regardless of whether the legislation at national level is compliant or not. Being unaware of the rules and lack of understanding seem to be the main reasons for this problem, especially when it comes to private employers (e.g. only residents for a certain period can apply for a job vacancy, no recognition of previous professional experience or professional qualifications acquired in another member state, excessive language requirements etc.).

In several surveys²⁰, EU citizens have mentioned that they do not know where to turn to when faced with problems concerning their EU rights. There is also evidence that migrants find it difficult to access the protection available to them, for example, they are not aware of national procedures and systems, they lack the linguistic ability to access services or the cost of legal advice and assistance is too high.

To improve and reinforce the way in which article 45 TFEU and Regulation (EU) 492/2011 are applied in practice across the EU the European Parliament and Council of the European Union "...having regard to the Treaty on the Functioning of the European Union, and in particular Article 46 thereof" have adopted Directive 2014/54/EU on measures facilitating the exercise of rights conferred on workers in the context of freedom of movement for workers of 16 April 2014 (Directive 2014/54/EU)²¹ to establish a general common framework of appropriate provisions and measures for facilitating a better and more uniform application of rights conferred by EU law on workers and members of their families exercising their right to free movement. Directive 2014/54/EU introduces, in particular, legal obligations in order to:

- guarantee EU migrant workers an appropriate means of redress at national level. Any EU worker who believes that he/she has been the victim of discrimination on the grounds of nationality should be able to make use of appropriate administrative and/or judicial procedures to challenge the discriminatory behavior;
- further protect workers by ensuring that associations, organizations or other legal entities with a legitimate interest in the promotion of the rights to free movement of workers may engage in any administrative or judicial procedure on behalf or in support of EU migrant workers where there has been a violation of their rights;
- set up structures or bodies at a national level which will promote the exercise of the right to free movement by providing information and supporting and assisting EU migrant workers who suffer from nationality based – discrimination;
- raise awareness by providing employers, workers, and any other interested parties with easily accessible relevant information;
- promote dialogue with appropriate non-governmental organizations and the social partners²².

Directive 2014/54/EU consists of five chapters on the general provisions, enforcement, promotion of equal treatment-contact points, structures or bodies' dialogue, access to information and final provisions.

According to the article 1 of Directive 2014/54/EU article 45 TFEU is a provision of EU law which is directly applicable in the national judicial order of member states and which directly confers on European citizens the right to move to another member state for work purposes and to accept offers of employment, to work there without needing a work permit, to reside there for that purpose and to stay there even after employment has finished. It also confers the right to enjoy equal treatment with nationals as regards access to employment, remuneration and other conditions of work and employment. Thus it implies the abolition of any discrimination (direct or indirect) based on nationality in the exercise of these rights as well as of any unjustified obstacle which impedes the exercise of the right to free movement (in particular in Case C-325/08: Judgment of the CJ of 16 March 2010). Regulation (EU) 492/2011 is also a legal instrument which by its nature is directly applicable and member states do not have to take implementing measures in order for their citizens to be able to rely on the rights conferred by that Regulation. The rights conferred by that Regulation on individuals, which will be easier to enforce under the present proposal, are those contained in Chapter I "Employment, Equal treatment and Workers' families, in articles 1 to 10. They concern in particular access to employment (Section 1, Eligibility to employment, articles 1 to 6), equal treatment in relation to employment and working conditions (Section 2, Employment and equality of treatment, articles 7 to 9) and the family members of the worker (Section 3, Workers' families, article 10). Directive 2014/54/EU does not concern Chapter II of Regulation 492/2011, Clearance of vacancies and applications for employment (articles 11 to 20), Chapter III, Committees for ensuring close cooperation between the Member States in matters concerning the freedom of movement of workers and their employment (articles 20 to 34) or Chapter IV, Final provisions (articles 35 to 42)²³.

Directive 2014/54/EU does not modify the scope of application of the Regulation (EU) 492/2011. It only applies in cases of discrimination on the grounds of nationality in relation to the matters covered by Regulation (EU) 492/2011, by introducing the provisions of protection, information and support, in accordance with articles 3 to 7 of the Directive 2014/54/EU. It underpins the guarantee of equal treatment and reinforces remedies in cases of unjustified obstacles in relation to eligibility and access to employment for workers exercising their right to free movement within the European Union (article 2 of Directive 2014/54/EU)²⁴.

Article 3 of Directive 2014/54/EU imposes a legal obligation on member states to provide EU migrant workers with appropriate means of redress at national level. It also relates to the enforcement and defense of rights, which in itself concerns a fundamental right. The Charter confirms the right to an effective remedy for everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the European Union are violated or not respected. Directive 2014/54/EU covers both judicial and extra-judicial means of redress, including alternative dispute settlement mechanisms such as conciliation and mediation. Ombudsmen and equality bodies or other similar structures may also provide an alternative to the general courts. In accordance with article 47 of the Charter this article provides that, in case where member states only provide for administrative procedures, they shall ensure that any administrative decision may be challenged before a tribunal. In conformity with the case-law of the CJ (Judgment of 16th May 2000 in case C-78/98 Preston), paragraph 2 of article 3 specifies that the previous paragraph is without prejudice to national rules relating to time limits for bringing actions as regards the principle of equal treatment, provided that these time limits are such that they cannot be regarded as capable of rendering virtually impossible or excessively difficult the exercise of rights conferred by Union law on free movement of workers²⁵.

Article 4 «Action of associations, organizations or other legal entities» introduces an obligation for member states to ensure that associations, organizations or legal entities (such as trade unions, NGOs or other organizations) may engage in any administrative or judicial procedure on behalf or in support of EU migrant workers in the event of violations of their rights under either the Directive or under Regulation (EU) 492/2011. It would be left to member states' discretion to define the way this provision should be implemented in practice, according to the national judicial systems and procedures. Associations, organizations or other legal entities can play a significant role in the defense of rights on behalf of or in support of a worker and members of his/her family (at present, this right under different forms exist in the majority of member states except Germany, Estonia and Malta). The assistance could be different from one member state to another according to their judicial system, procedures, traditions and practices (e.g. the trade unions could intervene, or bear the costs or assisting victims of discrimination)²⁶.

Directive 2014/54/EU provides for structures on information, promotion and support or for bodies to be established at national level to support EU migrant workers and promote, analyze and monitor the rights conferred on

them and the members of their families by EU law (article 5)²⁷. These functions may, however, also be exercised by existing bodies already established by member states to fight discrimination on other grounds in the context of the implementation of EU legislation, or agencies with responsibility at national level for the defense of human rights or the safeguard of individuals' rights. In this case member state must ensure allocation of sufficient resources to the existing body for the performance of additional tasks. To this end the training of experts could be eligible under the European Social Fund. The tasks of these structures or bodies should include:

(a) providing information to all relevant stakeholders and increasing support for EU migrant workers; providing advice and assistance to alleged victims of discrimination pursuing their complaints, without prejudice to the rights of the legal entities referred to in article 4 of Directive 2014/54/EU. Whilst in some countries equality bodies established under EU Directives fighting discrimination on other grounds have legal standing and can bring a case to court, in others, they can only provide assistance to the claimant, or provide observations to the court;

(b) conducting independent surveys concerning discrimination on the basis of nationality;

(c) publishing independent reports and making recommendations in relation to equality of treatment and the fight against nationality based discrimination;

(d) publishing information on any issue relating to the application at national level of EU rules on free movement of workers.

It would be left to each member state to decide whether creating a completely new structure is necessary, or whether existing bodies can be assigned the tasks described above for the promotion of non-discrimination exist in all member states. At present 'nationality' could be covered by the competence of existing Equality bodies in 19 member states (more detailed information is given in Commission Staff working document "Initiative to support EU migrant workers in the exercise of their rights to free movement" annexed to Directive 2014/54/EU). Moreover, article 5 of Directive 2014/54/EU provides for synergies between existing or new structures or bodies with other information, promotion and support tools at EU level, such as Your Europe, SOLVIT, EURES, Enterprise Europe Network and the Points of Single Contact. Building on existing structures has the advantage of benefiting of the existing knowledge and experience. It also increases simplicity and accessibility since it avoids the risk of creating confusion and uncertainty as to where to turn in case of problems.

Directive 2014/54/EU provides for the appropriate dissemination of information about the rights of workers and members of their families in relation to equal treatment arising from the Directive and from articles 1 to 10 of Regulations (EU) 492/2011²⁸. The more effective the system of public information and prevention is, the less need there should be for individual remedies. Directive 2014/54/EU leaves the choice of information tools to the member states, but on line or digital information with links to the existing information tools at EU level, Your Europe and EURES websites should be made compulsory. However, this can be complemented by any other public information activities reflecting the best practices noted by the national experts and stakeholders such as awareness-raising campaigns or specific information. The active role of social partners, equality bodies, NGOs and other associations could also be very important in the dissemination of the information.

According to the provisions of Directive 2014/54/EU member states may have, or may wish to adopt, legislation providing for a higher level of protection than that guaranteed by the Directive. Member states have the discretion to extend the competencies of the bodies referred to in article 5 to encompass also non discrimination on grounds of nationality for all EU citizens and their family members exercising their right to free movement, as enshrined in article 21 TFEU and Directive 2004/38/EC of the EP and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the member states. Member states should not lower any existing level of protection against discrimination when implementing this Directive (article 8 of Directive 2014/54/EU).

Member states are required to adopt the necessary implementing measures within a period of 2 years after the entry into force of Directive 2014/54/EU, and to fulfill certain information requirements, such as communicating to the Commission how the Directive is transposed into national law and making reference to the Directive in any implementing measures²⁹. In this context in accordance with the Joint Political Declaration of Member States and the Commission on explanatory documents of 28 September 2011, it would be appropriate that member states accompany the notification of their transposition measures with one or more documents explaining the relationship between the components of the present Directive and the corresponding parts of national transposition instruments. Bearing in mind that for some provisions of the Directive 2014/54/EU, such as those on structures or bodies foreseen in article 5, several member states dispose already legislation to fight discrimination on other grounds in the context of the implementation of EU legislation, or agencies with responsibility at national level for the defense of human rights or the safeguard of individuals' rights, the explanatory documents would permit to better identify the specific measures adopted or already in place in order to fight discrimination on the basis of nationality (article 9 of Directive 2014/54/EU)³⁰.

¹ Polivanova O. M. EU on the way to facilitating the exercise of rights on the workers in the context of freedom of movement for workers / O. M. Polivanova // Збірник матеріалів VII Міжнародної науково-практичної конференції «Наукові читання, присвячені пам'яті В.М. Корецького». – К., 2013.

² Directive 2014/54/EU of the European Parliament and Council of the European Union on measures facilitating the exercise of rights conferred on workers in the context of freedom of movement for workers of 16 April 2014// Official Journal of the European Union (L 128/8) of 30.4.2014 [Електронний ресурс] : Euro-lex.– Текст. дан. – Режим доступу: <http://csdle.lex.unict.it/Archive/LW/>

EU%20social%20law/EU%20legislation%20in%20force/Directives/20140430-112925_14_54_EC_Council_Directive_en.pdf (дата звернення : (21.05.2014). – Назва з екрану.

³ Regulation (EU) No 492/2011 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on freedom of movement for workers within the Union [Електронний ресурс] : Pre-Lex. – Текст. дан. – European Union 2000–2010. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:141:0001:0012:EN:PDF> (дата звернення: 15.05.2014). – Назва з екрану.

⁴ Proposal COM(2013) 236 for a Directive of the European Parliament and of the Council on measures facilitating the exercise of rights conferred on workers in the context of freedom of movement for workers (Brussels, 26.04.2013) [Електронний ресурс] : Pre-Lex. – Текст. дан. – European Union 2000–2010. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0236:FIN:EN:PDF> (дата звернення : 20.05.2014). – Назва з екрану.

⁵ Там само. – С. 2.

⁶ Там само. – С. 2.

⁷ Polivanova O. M. EU on the way to facilitating the exercise of rights on the workers in the context of freedom of movement for workers / O. M. Polivanova // Збірник матеріалів VII Міжнародної науково-практичної конференції «Наукові читання, присвячені пам'яті В. М. Корецького». – К., 2013.

⁸ Polivanova O. M. EU on the way to facilitating the exercise of rights on the workers in the context of freedom of movement for workers / O. M. Polivanova // Збірник матеріалів VII Міжнародної науково-практичної конференції «Наукові читання, присвячені пам'яті В. М. Корецького». – К., 2013; Opinion of the European Economic and Social Committee on the identification of outstanding barriers to mobility in the internal labour market (2009/C 228/03) // Official Journal of the European Union (22.9.2009) [Електронний ресурс] : Euro-lex. – Текст. дан. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:228:0014:0014:EN:PDF> (дата звернення : 20.05.2014). – Р. 14–23. – Назва з екрану; Report by the European Parliament on promoting workers' mobility within the European Union (2010/2273(INI)) [Електронний ресурс] : European Parliament.– Текст. дан. – Режим доступу: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2011-0258&language=EN> (дата звернення : 15.05.2014). – Назва з екрану.

⁹ Directive 2014/54/EU of the European Parliament and Council of the European Union on measures facilitating the exercise of rights conferred on workers in the context of freedom of movement for workers of 16 April 2014// Official Journal of the European Union (L 128/8) of 30.4.2014 [Електронний ресурс] : Euro-lex. – Текст. дан. – Режим доступу: http://csdle.lex.unict.it/Archive/LW/EU%20social%20law/EU%20legislation%20in%20force/Directives/20140430-112925_14_54_EC_Council_Directive_en.pdf (дата звернення : (21.05.2014). – Назва з екрану.

¹⁰ Там само

¹¹ Report by the European Parliament on promoting workers' mobility within the European Union (2010/2273(INI)) [Електронний ресурс] : European Parliament. – Текст. дан. – Режим доступу: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2011-0258&language=EN> (дата звернення : 15.05.2014). – Назва з екрану.

¹² Polivanova O. M. EU on the way to facilitating the exercise of rights on the workers in the context of freedom of movement for workers / O. M. Polivanova // Збірник матеріалів VII Міжнародної науково-практичної конференції «Наукові читання, присвячені пам'яті В. М. Корецького». – К., 2013; Proposal COM(2013) 236 for a Directive of the European Parliament and of the Council on measures facilitating the exercise of rights conferred on workers in the context of freedom of movement for workers (Brussels, 26.04.2013) [Електронний ресурс] : Pre-Lex. – Текст. дан. – European Union 2000–2010. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0236:FIN:EN:PDF> (дата звернення : 20.05.2014). – Назва з екрану.

¹³ Там само. – С. 3.

¹⁴ Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee of the Regions «Reaffirming the free movement of workers: rights and major developments» (Com 2010/0373/final) [Електронний ресурс] : Eur-Lex. – Текст. дан. – European Union 2000–2010. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52010DC0373:en:NOT> (дата звернення 20.05.2014). – Назва з екрану.

¹⁵ COM (2010) 603 on EU Citizenship Report 2010 “Dismantling the obstacles to EU citizens' rights” (Brussels, 27.10.2010) [Електронний ресурс] : European Commission.– Текст. дан. – European Union 1995–2014. – Режим доступу: http://ec.europa.eu/justice/citizen/files/com_2010_603_en.pdf (дата звернення : 20.05.2014). – Назва з екрану.

¹⁶ 2010 EU Citizenship Report “25 key actions to improve citizens' lives” [Електронний ресурс] : European Commission.– Текст. дан. – European Union 1995–2014. – Режим доступу: http://ec.europa.eu/justice/citizen/files/2010_citizenship_report_key_actions_en.pdf (дата звернення : 15.05.2014). – Назва з екрану.

¹⁷ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “Towards the job – rich recovery” (COM (2012) 173 final of 18 April 2012) [Електронний ресурс] : European Commission.– Текст. дан. – European Union 1995–2014. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0173:FIN:EN:PDF> (дата звернення : 20.05.2014). – Назва з екрану.

¹⁸ Speech on the State of the Union 2012 of the President of the European Commission Jose Manuel Barroso [Електронний ресурс] : European Commission.– Текст. дан. – European Union 1995–2014. – Режим доступу: <http://ec.europa.eu/soteu2012/> (дата звернення : 15.05.2014). – Назва з екрану.

¹⁹ Proposal COM(2013) 236 for a Directive of the European Parliament and of the Council on measures facilitating the exercise of rights conferred on workers in the context of freedom of movement for workers (Brussels, 26.04.2013) [Електронний ресурс] : Pre-Lex. – Текст. дан. – European Union 2000–2010. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0236:FIN:EN:PDF> (дата звернення : 20.05.2014). – р. 5. – Назва з екрану.

²⁰ Там само

²¹ Polivanova O. M. EU on the way to facilitating the exercise of rights on the workers in the context of freedom of movement for workers / O. M. Polivanova // Збірник матеріалів VII Міжнародної науково-практичної конференції «Наукові читання, присвячені пам'яті В.М. Корецького». – К., 2013.

²² Directive 2014/54/EU of the European Parliament and Council of the European Union on measures facilitating the exercise of rights conferred on workers in the context of freedom of movement for workers of 16 April 2014// Official Journal of the European Union (L 128/8) of 30.4.2014 [Електронний ресурс] : Euro-lex.– Текст. дан. – Режим доступу: http://csdle.lex.unict.it/Archive/LW/EU%20social%20law/EU%20legislation%20in%20force/Directives/20140430-112925_14_54_EC_Council_Directive_en.pdf (дата звернення : (21.05.2014). – Назва з екрану.

²³ Proposal COM (2013) 236 for a Directive of the European Parliament and of the Council on measures facilitating the exercise of rights conferred on workers in the context of freedom of movement for workers (Brussels, 26.04.2013) [Електронний ресурс] : Pre-Lex. – Текст. дан. – European Union 2000–2010. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0236:FIN:EN:PDF> (дата звернення : 20.05.2014). – Назва з екрану.

²⁴ Polivanova O. M. EU on the way to facilitating the exercise of rights on the workers in the context of freedom of movement for workers / O. M. Polivanova // Збірник матеріалів VII Міжнародної науково-практичної конференції «Наукові читання, присвячені пам'яті В.М. Корецького». – К., 2013.

²⁵ Там само.

²⁶ Там само.

²⁷ Там само.

²⁸ Directive 2014/54/EU of the European Parliament and Council of the European Union on measures facilitating the exercise of rights conferred on workers in the context of freedom of movement for workers of 16 April 2014// Official Journal of the European Union (L 128/8) of 30.4.2014 [Електронний ресурс] : Euro-lex.– Текст. дан. – Режим доступу: http://csdle.lex.unict.it/Archive/LW/EU%20social%20law/EU%20legislation%20in%20force/Directives/20140430-112925_14_54_EC_Council_Directive_en.pdf (дата звернення : (21.05.2014). – Назва з екрану.

²⁹ Там само.

³⁰ Proposal COM(2013) 236 for a Directive of the European Parliament and of the Council on measures facilitating the exercise of rights conferred on workers in the context of freedom of movement for workers (Brussels, 26.04.2013) [Електронний ресурс] : Pre-Lex. – Текст. дан. – European Union 2000–2010. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0236:FIN:EN:PDF> (дата звернення : 20.05.2014). – Назва з екрану.

Резюме

Поліванова О. М. ЄС на шляху до сприяння реалізації прав працівників у контексті свободи пересування працівників.

У статті йдеться про практичні кроки ЄС на шляху до вдосконалення правової бази ЄС щодо здійснення прав працівників у контексті свободи пересування працівників; подається огляд джерел правового регулювання свободи пересування працівників у ЄС і визначаються перешкоди, з якими громадяни ЄС можуть зіткнутися, пересуваючись з однієї держави-члена в іншу. У статті також аналізуються положення Директиви 2014/54/ЄС Європейського Парламенту та Ради ЄС про заходи, що сприяють реалізації прав, наданих працівникам в контексті свободи пересування працівників ЄС.

Ключові слова: свобода пересування працівників, права працівників, перешкоди, з якими громадяни ЄС можуть зіткнутися пересуваючись з однієї держави-члена в іншу, Директива 2014/54/ЄС Європейського Парламенту та Ради ЄС про заходи, що сприяють реалізації прав, наданих працівникам в контексті свободи пересування працівників ЄС.

Резюме

Поліванова Е. Н. ЕС на пути к содействию реализации прав работников в контексте свободы передвижения работников.

В статье говорится о практических шагах ЕС на пути к совершенствованию правовой базы ЕС по осуществлению прав работников в контексте свободы передвижения работников; дается обзор источников правового регулирования свободы передвижения работников в ЕС и определяются препятствия, с которыми граждане ЕС могут столкнуться, передвигаясь из одного государства – члена в другое. В статье также анализируются положения Директивы 2014/54/ЕС Европейского Парламента и Совета ЕС о мерах, способствующих реализации прав, предоставленных работникам в контексте свободы передвижения работников ЕС.

Ключевые слова: свобода передвижения работников, права работников, препятствия, с которыми граждане ЕС могут столкнуться, передвигаясь из одного государства – члена в другое, Директива 2014/54/ЕС Европейского Парламента и Совета ЕС о мерах, способствующих реализации прав, предоставленных работникам в контексте свободы передвижения работников ЕС.

Summary

Polivanova O. EU on the way to facilitating the exercise of rights on the workers in the context of freedom of movement for workers.

This article deals with the practical steps of EU on the way to improvement of EU legal basis concerning the exercise of rights of workers in the context of freedom of movement of workers; it overviews the sources of legal regulation of the freedom of movement of workers in the EU and defines the obstacles which EU citizens can face moving from one member state to another. In the article are also analyzed the provisions of the Directive 2014/54/EU of the European Parliament and of the Council on measures facilitating the exercise of rights conferred on workers in the context of freedom of movement for workers of EU of 16 April 2014.

Key words: freedom of movement for workers, rights of workers, obstacles EU citizens can face moving from one member state to another, Directive 2014/54/EU of the European Parliament and of the Council on measures facilitating the exercise of rights conferred on workers in the context of freedom of movement for workers of EU.

Отримано 9.04.2014

Ю. В. МАЛИШЕВА

Юлія Владиславівна Малишева, аспірант Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ВІДМЕЖУВАННЯ ПОНЯТТЯ «САНКЦІЇ» ВІД СУМІЖНИХ ПОНЯТЬ «ПРИМУСОВІ ЗАХОДИ» ТА «КОНТРЗАХОДИ» В МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ

Розвиток міжнародних відносин протягом останніх десятиріч характеризується якісними змінами у міжнародному співробітництві, що обумовлено закінченням «холодної війни» та спрямуванням спільних зусиль світової спільноти на зміцнення міжнародного миру і безпеки. За цей час Організацією Об'єднаних Націй та іншими міжнародними організаціями поживавлено діяльність із застосування міжнародних колективних санкцій у зв'язку з порушенням норм міжнародного права.

Поруч з поняттям «санкції» в науці міжнародного права використовуються й інші терміни, тісно пов'язані з імплементацією міжнародно-правової відповідальності. Йдеться про такі категорії, як «примусові заходи» та «контрзаходи». Доктрина і практика свідчать про значне розходження поглядів на зміст кожного з цих понять. На думку деяких юристів-міжнародників, державних діячів та політологів наведені терміни є синонімами, натомість інші вважають їх поняттями, що означають різні правові явища.

Неоднозначність термінології породжує серйозні труднощі для розуміння змісту понять, зокрема під час обговорення питань про запровадження примусових заходів у міжнародних органах та установах, встановлення ступеня відповідності цих заходів нормам міжнародного права. Також це не сприяє однаковості практики щодо їх запровадження та оцінки, що в свою чергу негативно впливає на авторитет міжнародного права в цілому та свідчить про необхідність проведення ретельного термінознавчого дослідження цих міжнародно-правових дефініцій з точки зору їх типології, походження, форми, змісту, функціонування й використання.

Не викликає сумніву, що розмежування понять «санкції», «примусові заходи» та «контрзаходи», визначення сфери застосування кожного з них має не тільки науково-теоретичне значення, оскільки дає змогу ґрунтовно, повно та всебічно дослідити характерні особливості кожного з термінів як своєрідного явища в системі міжнародного права, досягти взаєморозуміння серед дослідників, але й практичне значення у розв'язанні завдань підвищення ефективності правового регулювання міжнародних правовідносин, реалізації державами та міжнародними організаціями своїх потенційних можливостей.

Практика у сфері застосування санкцій привернула увагу науковців до необхідності дослідження проблем розмежування цього правового явища з суміжними поняттями. Окремі аспекти цієї проблеми аналізуються в роботах Ю. Ю. Блажевича, К. О. Кононової, М. В. Кешнер, Ю. М. Жданова, Д. Алланда, Г. Абі-Сааба, А. Кассезе та ін. Проте, незважаючи на значну увагу, яка приділяється вивченню категорій «санкції», «контрзаходи» та «примусові заходи», загально визнаного поняття цих термінів в доктрині міжнародного права до цього часу не вироблено, а висновки науковців за результатами досліджень часом є суперечливими, не відрізняються послідовністю, а іноді навіть містять взаємовиключні умовиводи.

Оскільки одним із завдань науки є вивчення функцій спеціальної лексики, особливостей її використання, редагування та усунення недоліків термінів для їх однакового застосування на практиці, а також зважаючи на те, що проблема розмежування санкцій, контрзаходів та примусових заходів потребує більш ретельного дослідження, мета цієї статті – на підставі аналізу основних характеристик зазначених понять розмежувати та визначити сферу дії кожного з них. У рамках запропонованої статті термін «санкції» використовується у значенні примусових заходів, які можуть застосовуватись міжнародною організацією та її членами на підставі рішення цієї міжнародної організації до порушника норм міжнародного права¹.

У міжнародно-правовій доктрині немає однаковості у визначенні терміна «примусові заходи» та його співвідношення з санкціями. Аналіз праць науковців дає змогу стверджувати, що підхід до визначення цих двох категорій характеризується багатоманітністю інтерпретацій. Найбільш поширеною є думка, прихильники якої вважають, що терміном «примусові заходи» охоплюються як «санкції», так і «контрзаходи».

Український дослідник питань міжнародної відповідальності держав Ю. Ю. Блажевич вважає, що сучасна система примусових заходів складається із контрзаходів та санкцій, тобто із заходів, що застосовуються державами у порядку самопомогі, а також заходів, що застосовуються через відповідні інституційні механізми².

На думку К. О. Кононової (РФ), «будь-яка санкція – це вказівка на заходи примусу, що охороняють норми права від порушення, однак не всяка міра примусу, що здійснюється суб'єктами права, застосовується на підставі санкцій»³.

Інші автори вважають, що поняття «примусові заходи» ширше за поняття «санкції».

Так, російський юрист-міжнародник Т. М. Нешатаєва зазначає, що концепція, яка установлює знак рівності між санкціями і примусовими заходами, не відповідає міжнародно-правовій практиці. У поняття «санкції» можуть входити заходи задоволення вимог, заходи з відшкодування шкоди, примусові заходи. При

цьому примусові заходи виступають у формі реторсій, репресалій і примусових заходів, які застосовуються міжурядовими організаціями⁴.

Водночас у міжнародній практиці та науковій літературі існують думки, які не поділяють таких поглядів і відокремлюють ці правові явища. Зокрема, Генеральний Секретар ООН Бутрос Бутрос-Галі примусовими заходами називає військові операції, а заходи без використання збройних сил – санкціями⁵.

Російський юрист-міжнародник Ю. Я. Міхеєв, досліджуючи примусові заходи за Статутом ООН, доходить висновку, що жодна держава або група держав не мають права самостійно приймати примусові заходи. Більш того, примусові заходи може вводити тільки Рада Безпеки ООН, і ніякий інший орган. Примусові заходи, які застосовуються Радою Безпеки ООН, не обов'язково повинні бути санкціями, оскільки, по-перше, їх безпосередньою метою не є забезпечення виконання міжнародно-правових зобов'язань, а підтримання або відновлення міжнародного миру та безпеки; по-друге, вони можуть бути прийняті в якості превентивних заходів, а санкції не можуть носити превентивного характеру; по-третє, Рада Безпеки при застосуванні цих заходів може не зазначити винну сторону⁶.

Наведені обставини дають право стверджувати, що наука міжнародного права вирізняється розмаїттям думок щодо сутності терміна «примусові заходи». Головна причина цього обумовлена насамперед неоднаковими підходами до визначення природи та цілей санкцій, що в свою чергу впливає на погляди науковців щодо співвідношення цих двох понять. Додаткові труднощі зумовлює той факт, що термін «примусові заходи», який використовується в Статуті ООН, сьогодні в офіційних документах Ради Безпеки іменується не інакше як «санкції», незважаючи на те, що у тексті Статуту термін «санкції» не використовується взагалі.

Отже, що для того, щоб з'ясувати, як співвідносяться поняття «санкції» та «примусові заходи», необхідно визначити та порівняти зміст кожного з них, тобто проаналізувати сукупність визначальних властивостей та відмінних прикмет, які містяться у цих поняттях.

Примусові заходи якнайтісніше пов'язані із застосуванням сили або загрозою застосування сили, тобто примусом. З точки зору теорії права примус – це спонукання суб'єкта до небажаної для нього дії, яку він відмовляється вчинити добровільно. Тобто, примусові заходи – це насамперед такі заходи, які спрямовані на силове змушення до певної поведінки. У цьому контексті варто погодитись з В. А. Василенком, який стверджує, що застосування сили в міждержавних відносинах – це завжди насильницькі заходи, які залежно від обставин можуть мати правомірний або неправомірний характер⁷.

Санкції також за своєю природою є примусовими заходами, які покликані спонукати порушника до відшкодування шкоди, завданої протиправними діями, однак на відміну від примусових заходів у загальному смислі санкції – це завжди правомірні заходи, які вчиняються з метою припинення порушення міжнародних норм.

Якщо розглядати лише правомірні примусові заходи, то аналіз міжнародної практики їх застосування дає змогу з упевненістю стверджувати, що примусові заходи можуть вживатись у відповідь на міжнародне правопорушення або бути зовсім не зв'язаними з протиправною поведінкою суб'єкта, щодо якого такі примусові заходи застосовуються. У першому випадку йдеться про санкції міжнародних організацій та контрзаходи окремих держав. У другому випадку такі заходи можуть мати місце у зв'язку з недружніми актами; конфліктними ситуаціями; певними подіями, які відбуваються в державі; задля зміни політики, яку проводить держава та ін.

Наведене свідчить про те, що поняття «примусові заходи» має більш широкий смисл, ніж поняття «санкції» та охоплює його як один із елементів цієї родової групи. Санкції мають ті ж самі загальні ознаки примусових заходів, тобто санкції такою саме мірою є заходами, спрямованими на примушення суб'єкта до небажаної для нього дії, яку він відмовляється вчинити добровільно. Втім, санкції відрізняються притаманними лише їм видовими ознаками, зокрема, це завжди правомірні заходи, які спрямовані на припинення міжнародного правопорушення або спонукання до виконання зобов'язань з відшкодування шкоди, завданої міжнародним правопорушенням. Ці ознаки відрізняють їх від інших видів примусових заходів.

Не менше суперечностей виникає у зв'язку з намаганням практиків та вчених-міжнародників віднайти спільну думку на питання, пов'язані із зіставленням сутності та мети міжнародно-правих санкцій і контрзаходів.

Термін «контрзаходи» почав активно застосовуватись в міжнародно-правовій лексиці під час роботи Комісії міжнародного права над Проектом статей про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння (далі – Статті про відповідальність держав), який у 2001 р. затверджено Генеральною Асамблеєю ООН у якості додатку до резолюції 56/83⁸. Після тривалого обговорення Комісією теоретичних питань імплементації міжнародної відповідальності держав вирішено замінити термін «санкції» терміном «контрзаходи», оскільки він більш влучно відображає характер відносин між потерпілою державою та державою-делінквентом.

У Статтях про відповідальність держав контрзаходам присвячена окрема глава «Імплементація міжнародної відповідальності держав». Статті не містять визначення терміна «контрзаходи», проте на підставі аналізу їх змісту можна запропонувати таку дефініцію: контрзаходи – це односторонні примусові заходи потерпілої держави щодо держави-правопорушниці з метою забезпечення виконання зобов'язань, які випливають з правовідносин відповідальності.

Контрзаходи, як і санкції, становлять окремий інститут, пов'язаний з відповідальністю, який є вторинним щодо неї, і покликаний забезпечити виконання правовідносин відповідальності. Ця думка широко визнана в доктрині. Проте відмінність кожного з термінів різні автори трактують на свій кшталт.

Професор публічного права Е. Цоллер (Франція) вважає, що в сучасному міжнародному праві використання термінів «контрзаходи» та «санкції» має певні відмінності. На противагу контрзаходам санкції –

більш конкретні заходи. Контрзаходи – це, тимчасові дії які носять примусовий характер, в той час як санкції мають остаточну юридичну силу та каральні властивості. До того ж, санкції мають публічний характер, спрямований на інші країни, якого не мають контрзаходи. І ті, й інші виступають у якості відповіді на протиправну поведінку у міжнародному праві, але санкції справляють на порушника, який не виконує зобов'язання, ультимативний та остаточний вплив. У зв'язку з цим, контрзаходи мають бути розміщені поруч з репараціями та окремо від покарання⁹.

Ю. Ю. Блажевич (Україна) стверджує, що «можна говорити про певну тотожність між термінами «санкції» й «контрзаходи», але з певними зауваженнями. Термін «контрзаходи» більш точно відповідає реаліям міжнародного життя, бо підкреслює вимушеність застосування відповідних заходів (тобто у відповідь на міжнародно-протиправне діяння, відмову ліквідувати його наслідки) в той час як поняття «санкція» ставить наголос саме на каральному, примусовому аспекті таких дій»¹⁰.

Російська юрист-міжнародник М. В. Кешнер зазначає, що «контрзаходи являють собою елемент децентралізованого механізму примусу держави-правопорушника й розглядаються як інструмент імплементації відповідальності, який не носить карального характеру»¹¹. На переконання автора, у цьому і є принципова відмінність контрзаходів від міжнародно-правових санкцій.

Аргументація науковців досить суперечлива і викликає певні зауваження.

З нашої точки зору, контрзаходи, як і санкції, не є автоматичним та логічним правовим наслідком протиправного діяння, а тим більше – вимушеною відповіддю на правопорушення. Контрзаходи мають притаманні лише для них умови, необхідні для їх застосування. Відповідно до ст. 52 Статей про відповідальність держав потерпіла сторона зобов'язана зажадати від держави, яка несе відповідальність, виконання своїх обов'язків, а також попередити її про наміри застосувати контрзаходи і запропонувати провести переговори. Тобто, якщо держава добровільно виконала свої обов'язки, які випливають з правовідносин відповідальності, контрзаходи не застосовуватимуться. Навіть відмова держави-делінквента ліквідувати наслідки протиправного діяння не робить контрзаходи невідворотними. Застосовувати заходи у відповідь на правопорушення завжди є правом, а не обов'язком потерпілої сторони.

Науковцями необґрунтовано зроблено висновки про каральне спрямування санкцій. У теорії права покарання являє собою необхідний правовий наслідок особливого юридичного факту – скоєного правопорушення. Стосовно міжнародного права таким наслідком є міжнародно-правова відповідальність. Однак міжнародно-правова відповідальність не обов'язково пов'язана із застосуванням санкцій, які за своєю суттю є вторинними щодо правопорушення і є лише можливим та опосередкованим його наслідком. Визнання за санкціями каральної функції призводитиме до того, що держава-делінквент нестиме покарання, не за кожне міжнародне правопорушення. Це буде лише в тих випадках, коли вона добровільно відмовляється виконати свої зобов'язання щодо ліквідації шкідливих наслідків правопорушення.

Більш того, покарання забезпечується, коли це необхідно, можливістю примусу, але саме за своєю суттю примусом не є. Примус – це одна з ознак покарання, проте не головна, а другорядна, яка вказує лише на те, чим і як забезпечується реалізація функціональних можливостей покарання. Головне ж у покаранні не те, чим і як забезпечується реалізація потенціалу, а те, чим покарання є за своєю суттю, в чому його призначення, причини й смисл виникнення та використання. Основною рисою покарання є кара, а отже, і визначати його треба не через примус, а через поняття «кара».

Іншої думки щодо співвідношення міжнародно-правових санкцій з контрзаходами дотримується російський вчений Ю. М. Жданов, який дійшов висновку, що поняття «санкції» належать до примусових заходів, які застосовуються міжнародними організаціями і, по суті, являють собою примусові заходи «вертикального характеру». Термін «санкції» у відносинах між державою-правопорушником та потерпілою державою суперечить принципу суверенної рівності, оскільки створює відчуття залежності держави-правопорушника. При цьому він підкреслює, що застосування окремими державами терміна «санкції» для своїх односторонніх примусових дій давало б підстави вважати наявність презумпції їх законності й виключало б можливість порушення питання про міжнародно-правову відповідальність за вчинення таких примусових дій. Насамкінець автор доходить висновку, що стосовно держав адекватним терміном є «контрзаходи» (заходи у відповідь), які являють собою примусові заходи «горизонтального характеру», що застосовуються потерпілою державою до держави-правопорушника¹².

З позицією Ю. М. Жданова співзвучна думка російського юриста Р. Р. Батршина, який вважає, що «термін «санкція» належить до примусових заходів, які застосовуються тільки міжнародними організаціями, тобто в централізованому порядку. Що стосується держав, для яких характерним є децентралізований механізм примусу, то для визначення заходів примусу, які застосовує потерпіла держава щодо держави-правопорушника, необхідно вживати термін «контрзаходи»¹³.

Професор міжнародного права В. Голланд-Деббас переконана: для того, щоб санкції були законними, вони повинні здійснюватись міжнародними організаціями, які являють собою «централізований механізм»¹⁴.

З точкою зору, що «санкції» – це примусові заходи міжнародних організацій, важко не погодитись, але доводи щодо її обґрунтування викликають заперечення. Помилковість такого погляду вбачається в наступному.

Будь-яке право – це не тільки сукупність встановлених обов'язкових правил поведінки, але й охоронювана, забезпечена, в разі їх порушення, примусом система правил. Міжнародне право являє собою особливу систему, і на відміну від внутрішнього права примус у випадку порушення міжнародно-правових норм здійснюється стосовно порушника по-іншому: особливого наддержавного апарату, здатного примушувати до виконання цих норм немає, а тому примус здійснюється самими державами, які діють індивідуально або колективно¹⁵.

Міжнародні організації засновані на принципі суверенної рівності всіх членів. Вони не є наддержавою, а їх органи – не всесвітній уряд або законодавчий чи каральний орган.

Крім цього, контрзаходи, так само як і санкції – це примусові заходи, які застосовуються потерпілою державою до держави-порушника. Тобто, складається таке враження, начебто одна держава володарює над іншою. За таких обставин зовсім неприйнятним є відображення санкцій як засобу обмеження державного суверенітету, а обґрунтування відмінності між санкціями й контрзаходами на такій підставі виглядає непереконливо.

Насправді аналіз основних характеристик санкцій і контрзаходів наводить на думку, що єдине, чим вони розрізняються – це за суб'єктом застосування примусових заходів. Так, контрзаходи, як і санкції, є примусовими заходами, які застосовуються у відповідь на міжнародне правопорушення, якщо держава-делінквент добровільно відмовляється припинити правопорушення та (або) відшкодувати шкоду. Вони є крайніми заходами, які застосовуються тільки після вичерпання мирних засобів вирішення спору. Тому відмінність санкцій від контрзаходів – це переважно питання термінології, аніж сутності зазначених понять.

Характеризуючи контрзаходи, професор міжнародного права паризького університету Д. Алланд зазначає, що «контрзаходи – механізми приватного правосуддя, які існують, насамперед через брак відповідних міжнародних інституцій; вони перетинаються з інститутом відповідальності, впливають на нього, втім не витікають безпосередньо з нього»¹⁶.

Єгипетський спеціаліст в галузі міжнародного права професор Г. Абі-Сааб визначає санкції як примусові заходи, які приймаються на виконання рішення компетентного органу, тобто органу, який має юридичні повноваження діяти від імені суспільства або співтовариства, та регулює правові системи. Вчений відрізняє санкції від примусових заходів, які приймаються безпосередньо державами або групами держав, а не за рішенням міжнародної організації, та визначає їх терміном «контрзаходи»¹⁷.

Професор А. Кассезе звертає увагу на те, що набула поширення практика запровадження санкцій міжнародними організаціями, в тому числі як реакція на широкомасштабні порушення міжнародного права. При цьому А. Кассезе наголошував, що в той час як контрзаходи вживаються окремими державами, санкції є колективними заходами реагування і носять інституційний характер¹⁸.

Таким чином, як міжнародно-правові санкції, що здійснюються міжнародними організаціями, так і контрзаходи, що здійснюються державами, є взаємопов'язаними різновидами примусових заходів в рамках міжнародного права.

В умовах розмаїття та різнохарактерності визначення понять «санкції», «примусові заходи» та «контрзаходи», які існують в доктрині та практиці міжнародного права, враховуючи все зростаючу їх роль у підтриманні міжнародного правопорядку, набуває великої актуальності формулювання термінологічних дефініцій, які б стали знаряддям взаєморозуміння та адекватної визначеності правової природи й характерних атрибутів цих інститутів. Тому одним із завдань наукових досліджень повинно стати визначення ознак і рис, які б стисло та максимально точно сформулювали зміст зазначених понять, їх суть та правову природу. При цьому домінуючий вплив на дослідників має справляти усвідомлення проблеми термінологічної відповідності, аргументованості наукової оцінки та мотивації запропонованої дефініції.

¹ Див. напр. Лукашук И. И. *Право международной ответственности* / Лукашук И. И. – М.: Wolters Kluwer, 2004. – 544 с.; Жданов Ю. Н. *Принудительные меры в международном праве: дисс. ... докт. юрид. наук : 12.00.10* / Жданов Юрий Николаевич – М., 1999. – 258 с.; Батршин Р. Р. *Ответственность государств и применения контрмер в современном международном праве: дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.10* / Батршин Роман Ринатович. – Казань, 2005. – 211 с.; Малишева Ю. В. *Развиток института санкций у сучасному міжнародному праві* // *Публічне право*. – 2012 – № 2 (6). – С. 170–176.

² Блажевич Ю. Ю. *Відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння* / дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.11 / Блажевич Юрій Юрійович. – К., 2006. – С. 170.

³ Кононова К. О. *Санкционные резолюции Совета Безопасности ООН и их имплементация в национальных правовых системах государств-членов* / Кононова К. О. – М.: Wolters Kluwer, 2010. – С. 25.

⁴ Нешатаева Т. Н. *Санкции системы ООН (международно-правовой аспект)* / Нешатаева Т. Н. – Иркутск: «Издательство Иркутского университета», 1992. – С. 12.

⁵ Доклад Генерального Секретаря о работе организации «Повестка дня для мира» A/47/277 від 02.07.1992 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.un.org/ru/siteindex/agenda_forpeace.pdf

⁶ Михеев Ю. Я. *Применение принудительных мер по Уставу ООН* / Михеев Ю. Я. – М.: Международные отношения, 1967. – С. 34–35, 50.

⁷ Василенко В. А. *Международно-правовые санкции* / Василенко В. А. – К.: Вища школа, 1982. – С. 6.

⁸ Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН A/RES/56/83 от 12.12.2001 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/477/99/PDF/N0147799.pdf?OpenElement>

⁹ Zoller, E. *Peacetime Unilateral Remedies: An Analysis of Countermeasures* – New York: Transnational Publishers, 1984 – P. 106, 75.

¹⁰ Блажевич Ю. Ю. *Вказана праця*. – С. 144.

¹¹ Кешинер М. В. *Контрмеры и санкции как инструменты имплементации международной ответственности государств* // *Вестник ТИСБИ*. – 2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://old.tisbi.org/science/vestnik/2012/issue1/Кешнер.pdf>

¹² Жданов Ю. Н. *Принудительные меры в международном праве: дисс. ... докт. юрид. наук : 12.00.10* / Жданов Юрий Николаевич. – М., 1999. – С. 15–16.

¹³ Батршин Р. Р. *Ответственность государств и применения контрмер в современном международном праве: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10* / Батршин Роман Ринатович. – Казань, 2005. – С. 118.

¹⁴ Gowlland-Debbas, V. *United Nations Sanctions and International Law* – Hague: Kluwer Law International, 2001. – P. 6.

¹⁵ Ушаков Н. А. Основания международной ответственности государств / Ушаков Н. А. – М. Международные отношения, 1983. – С. 12.

¹⁶ Alland D. Countermeasures of General Interest / Denis Alland // European Journal of International Law. – 2002. – Vol. 13. – № 5. – P. 1226.

¹⁷ *Abi-Saab G.* The Concept of Sanction in International Law in Gowlland-Debbas, V. United Nations Sanctions and International Law. – Hague: Kluwer Law International, 2001. – P. 32.

¹⁸ *Cassese, A.* International Law – Oxford: Oxford University Press, 2001. – P. 234.

Резюме

Малишева Ю. В. Відмежування поняття «санкції» від суміжних понять «примусові заходи» та «контрзаходи» в міжнародному праві.

Статтю присвячено проблемі відмежування поняття «міжнародно-правові санкції» від понять «примусові заходи» та «контрзаходи». Проаналізовано основні ознаки і риси санкцій, примусових заходів та контрзаходів. Особливу увагу зосереджено на співвідношенні цих близьких за своєю природою правових інститутів, їх розмежуванні та визначенні сфери дії кожного з понять. Проведене автором статті дослідження та отримані висновки допомагають подолати неоднозначність термінології у сфері імплементації міжнародно-правової відповідальності.

Ключові слова: міжнародно-правові санкції, санкції, примусові заходи, контрзаходи, відмежування понять, імплементація міжнародно-правової відповідальності.

Резюме

Мальшева Ю. В. Отграничение понятия «санкции» от смежных понятий «принудительные меры» и «контрмеры» в международном праве.

Статья посвящена проблеме отграничения понятия «международно-правовые санкции» от понятий «принудительные меры» и «контрмеры». Проанализированы основные признаки и черты санкций, принудительных мер и контрмер. Особое внимание сосредоточено на соотношении этих близких по своей природе правовых институтов, их отграничению и определению сферы действия каждого из понятий. Проведенное автором статьи исследование и полученные выводы позволяют преодолеть неоднозначность терминологии в сфере имплементации международно-правовой ответственности.

Ключевые слова: международно-правовые санкции, санкции, принудительные меры, контрмеры, отграничение понятий, имплементация международно-правовой ответственности.

Summary

Malysheva Y. The delimitation of the concept «sanctions» from the related concepts «enforcement measures» and «countermeasures» in the international law.

The article is devoted to the problem of the distinction between the concepts «international sanctions», «enforcement measures» and «countermeasures». The main characteristics and features of sanctions, enforcement measures and countermeasures were analyzed. Particular attention is paid to the relation of these similar in itself legal institutions, their delimitation and definition of the scope of each of the concepts. The study, conducted by the author of the article, and obtained conclusions allow to overcome the ambiguity of terminology in the field of implementation of international legal responsibility.

Key words: international sanctions, sanction, enforcement measures, countermeasures, delimitation of the concepts, implementation of international legal responsibility.

Отримано 10.04.2014

УДК 342.7

АДИЛЬ ФАЗИЛЬ ОГЛЫ АБИЛОВ

Адиль Фазиль оглы Абилов, аспирант Института по правам человека Академии наук Азербайджанской Республики, магистр международного права по правам человека (Университет Эссекс, Великобритания)

РОЛЬ ПРАВА НА СПРАВЕДЛИВОЕ СУДЕБНОЕ РАЗБИРАТЕЛЬСТВО ПРИ РАССМОТРЕНИИ ВОПРОСОВ ВЫДАЧИ

Защита прав человека является главной особенностью современного международного права. Институт выдачи преступников, который прошел долгий путь развития со времен рабовладения до сегодняшнего дня, данная отрасль права также не обошла стороной.

Анализ эволюции данного института позволил сделать вывод, что расширение концепции прав человека привело к тому, что современное право экстрадиции стало признавать основные права человека, соглас-

но их иерархии. Сегодня как показывает международная практика, лица, которым грозит выдача, эффективно оспаривают ее законность с точки зрения защиты прав человека.

По мере углубления интеграционных процессов в международном сообществе, усиления прозрачности границ, позволяющих индивидам свободно перемещаться из одной страны в другую, появления новых форм транснациональной преступности, в развитии института экстрадиции стали достаточно четко проявляться противоречивые тенденции, вытекающие, с одной стороны, из необходимости борьбы с международной преступностью и сотрудничества государств в этой области, а с другой – из безусловной обязанности соблюдения прав человека при выдаче¹.

Азербайджанская Республика, которая восстановила свою независимость в 1991 г., взяла курс на построение демократического и правового государства. Членство в Совете Европы, ратификация основополагающих документов, определяющих международные стандарты защиты прав человека и учредивших институциональные механизмы их обеспечения, вылилось в большое количество новых обязательств по правам человека. Как отмечал Европейский суд по правам человека: «он не вмешивается в межгосударственное сотрудничество в рамках договоров об экстрадиции лишь до тех пор, пока данное сотрудничество не влечет к нарушению каких-либо прав, закрепленных в Конвенции»².

Здесь следует учитывать географическое положение Азербайджана, который находится на стыке Европы и Азии, и наряду с европейскими государствами, тесно сотрудничает со многими азиатскими странами, а также со странами Ближнего Востока и Северной Африки, где уровень стандартов по правам человека значительно ниже, чем в Европе.

Таким образом, возникает весьма проблематичный аспект: выдача, осуществление которой противоречит обязательствам по правам человека, являясь обязательной согласно договорам об экстрадиции, становится невозможной.

Заметным шагом в развитии института выдачи в направлении обеспечения прав человека явилось утверждение в нем положений, согласно которым в выдаче может быть отказано, если выдаваемому лицу не обеспечено право на справедливое судебное разбирательство³. Данная тенденция окончательно утвердилась относительно недавно.

Европейский Суд неоднократно отмечал, что право на справедливое судебное разбирательство занимает видное место в демократическом обществе⁴.

Отказ в выдаче ввиду судебного разбирательства со стороны чрезвычайного или *ad hoc* суда относится к еще девятнадцатому столетию. Данное исключение является одним из самых старых примеров, направленных на защиту индивидуума против несправедливого судебного разбирательства в запрашивающем государстве. Рациональным зерном данного исключения является тот факт, что чрезвычайные или *ad hoc* суды не являются достаточно независимыми или беспристрастными. Независимость и беспристрастность судебной власти – это элементы справедливого судебного разбирательства в рамках значения статьи 14 Международного Пакта по гражданским и политическим правам и статьи 6 Европейской Конвенции по правам человека⁵.

Однако право экстрадиции традиционно блокировало исследование судом справедливости судебной процедуры в запрашиваемой стране на любой стадии выдачи. В прошлом, ни судья, занимающийся вопросами предоставления выдачи, ни суд, рассматривающий ходатайства *habeas corpus*, не имели права рассматривать вопросы наличия или отсутствия злоупотреблений прав человека в запрашивающей стране⁶.

Такой же принцип поначалу поддерживался и международными документами. Так, например, согласно первым решениям Европейской Комиссии и Европейского суда по правам человека положения статьи 6 Европейской Конвенции по правам человека не касалась дел об экстрадиции⁷.

Однако дело *Серинга* заложило определенную базу для возможного отказа в экстрадиции относительно справедливости судебного разбирательства в государстве, требующем выдачу. В данном деле Европейский Суд, применяя свое суждение относительно статьи 3 по аналогии, оставил открытым возможность ответственности государства в данном случае: «Суд не исключает того, что в особых случаях может возникнуть вопрос о нарушении статьи 6 в результате решения об экстрадиции при таких обстоятельствах, когда скрывающийся от правосудия преступник столкнулся с тем, что грубейшим образом нарушено или существует риск, что будет нарушено его право на справедливое судебное разбирательство в стране, требующей его выдачи»⁸.

В 1990 году Генеральная Ассамблея ООН одобрила Типовой договор ООН об экстрадиции⁹ стремясь гарантировать правам человека получение всеобщего уважения при осуществлении выдачи. Его положения расширяют «основные права человека» при процедуре экстрадиции и включают «право на справедливое судебное разбирательство».

Подкомиссия ООН по правам человека также рекомендует, чтобы ни одно лицо не было передано в государство, где существует реальный риск заключения на неопределенный срок без проведения судебного разбирательства, или проведения судебных слушаний при грубейшем нарушении международных стандартов относительно судебного производства¹⁰.

Таким образом, можно сделать вывод, что появилась тенденция, указывающая на то, что в таких обстоятельствах Договаривающиеся стороны обязаны отказаться от правового сотрудничества. Однако, на наш взгляд, остается открытым важный вопрос: что же подразумевает понятие «грубейшего нарушения», которое еще практически не исследовано в юриспруденции Суда.

Использование данного термина ясно нацелено на наложение строгих требований относительно определения «несправедливости», которые не включают в себя обычные проблемы или недостатки в гарантиях

в процедурах суда. Кроме того, в данном случае бремя доказывания факта «грубейшего нарушения» права на справедливое судебное разбирательство лежит на заявителе¹¹.

Все же предлагаем рассмотреть некоторые процессуальные гарантии, нарушение которых в ряде случаях, на наш взгляд, ввиду их фундаментальности, может достичь уровня «грубейшего».

Здесь следует отметить, что трактовка и интерпретация положений статьи 6 со стороны центрального судебного органа Европы уже давно вышла за рамки текстового формата статьи. Ввиду данного обстоятельства полагаем необходимым рассмотреть некоторые дела, которые прокомментировали значение и рамки статьи 6 при рассмотрении дел об экстрадиции.

Так, например, статья 6 обычно требует, чтобы обвиняемому разрешили пользоваться услугами адвоката уже на начальных стадиях предварительного расследования. Однако, данное право, которое открыто не закреплено в Конвенции, может быть объектом ограничений в случае необходимости. В данном случае главное правильно ответить на вопрос – лишает ли данное ограничение обвиняемого права на справедливое судебное разбирательство в целом¹².

Однако государство не может быть ответственным за каждый промах адвоката, назначенного для оказания правовой помощи. Независимость профессии адвоката подразумевает, что поведение представителей защиты является по существу вопросом между ответчиком и его адвокатом, независимо от того назначен ли адвокат государством согласно программе правовой помощи или же его услуги оплачиваются самим клиентом. Согласно статье 6 § 3 (с) компетентные органы власти должны вмешиваться в процесс оказания правовой помощи только в том случае, если открыто видно, что правовая помощь оказывается неэффективно и неквалифицированно¹³ или невозможность ее оказания доводится до сведения указанных органов несколькими другим способом¹⁴.

Право обвиняемого контактировать со своим адвокатом без участия третьих лиц – это одно из основных требований права на справедливое судебное разбирательство в демократическом обществе и исходит из статьи 6 § 3(с) Конвенции. Если адвокат неспособен побеседовать со своим клиентом и получить от него конфиденциальные инструкции без постороннего наблюдения, то правовая помощь теряет большую часть своей эффективности, тогда как Конвенция предназначена гарантировать права, которые являются практичными и эффективными¹⁵.

Суд в деле *Бреннан против Соединенного Королевства* отметил: «Важность обеспечения конфиденциальности на встречах между обвиняемым и его адвокатами при гарантировании права на защиту была подтверждена в различных международных инструментах, включая Европейские документы»¹⁶.

Принцип равенства сторон – это одна из особенностей широкой концепции справедливого суда, когда каждой стороне должна быть предоставлена соответствующая возможность представить свои аргументы в условиях, которые не ставят его в невыгодное положение по отношению к оппоненту¹⁷.

Другое право, которое является необходимым для обеспечения в рамках статьи 6 – это право на доступ к материалам дела. Ограничение права доступа к материалам дела адвокату обвиняемого не является категорично несовместимым с правами на защиту, если перед слушанием документы предоставили обвиняемому и его адвокат имел возможность сделать соответствующие комментарии и заявления по ним¹⁸. Суд в деле *Фуше* постановил, что если обвинение базируется исключительно на отчете, который составляет основную часть материалов дела, необходимо, чтобы обвиняемый имел доступ к делу и получил копию этих документов, чтобы иметь возможность обжаловать официальные данные¹⁹.

Право на бесплатную помощь переводчика также является частью гарантий, закрепленных в статье 6. Данное право, предусмотренное статьей 6 3(е), охватывает не только обеспечение перевода устных заявлений, сделанных на суде, а также и услуги по переводу документального материала на предварительном следствии. Параграф 3 (е) гласит, что «каждый обвиняемый в совершении уголовного преступления», если он не понимает языка, используемого в суде имеет право на бесплатную помощь переводчика для перевода во время слушаний всех документов или заявлений, которые ему необходимо понять или наоборот представить суду, чтобы полностью воспользоваться правом на справедливый суд²⁰.

Однако суд в деле *Артико против Италии*²¹ отметил, что параграф 3 (е) не идет, настолько далеко, что требовать письменного перевода каждого письменного свидетельства или официального документа во время суда. Помощь переводчика должна состоять в том, чтобы позволить обвиняемому получить представление о деле, возбужденного против него, и иметь возможность защищаться, а именно представить суду свою версию событий. Ввиду необходимости данного права быть реальным и эффективным, обязательство компетентных властей не ограничивается простым назначением переводчика, а если необходимо заключается в известной степени последующем контроле за адекватностью обеспеченного перевода.

Другое исключение, касающееся возможного отказа в выдаче ввиду несправедливого судебного разбирательства, касается вынесения приговора в отсутствие лица – *in absentia*, в отношении которого подан запрос о выдаче. Это относительно новое исключение в отказе. Однако, оно уже успело стать обязательным.

Нежелание проводить судебное разбирательство в отсутствие обвиняемого характерно, прежде всего, для стран системы общего права, поскольку таковое противоречит принятой в рамках этой системы концепции справедливого судебного процесса. Некоторое представление о мере влияния англосаксонской и романо-германской семей права на отношение к разбирательству *in absentia* может дать следующий факт. При том, что один из принципов международного права, признанных Уставом Нюрнбергского трибунала, утверждает право каждого лица, обвиняемого в международном преступлении, на справедливое рассмотрение

дела (принцип V), ст. 12 данного Устава закрепила право Трибунала рассматривать дела в отсутствие обвиняемого, если таковой не разыскан или если Трибунал по любым основаниям признает необходимым в интересах правосудия слушать дело заочно. Напротив, Устав Трибунала по Бывшей Югославии не предусматривает возможность заочного рассмотрения дела.

Компромиссом между указанными системами права стал Второй Дополнительный Протокол к Европейской Конвенции о выдаче, статья 3 которого гласит: «Когда одна Договаривающаяся Сторона просит другую Договаривающуюся Сторону о выдаче лица для целей приведения в исполнение приговора или постановления об аресте лица в соответствии с решением, вынесенным в отношении него в его отсутствие, запрашиваемая Сторона может отказать в выдаче для этой цели, если, по ее мнению, судебное разбирательство, повлекшее за собой указанное решение, не удовлетворяло минимальным правам на защиту, признанным за любым лицом, обвиняющимся в совершении преступления. Однако выдача осуществляется, если запрашивающая Сторона представляет заверения, считающиеся достаточными, чтобы гарантировать лицу, в отношении которого имеется просьба о выдаче, право на повторное судебное разбирательство, обеспечивающее соблюдение прав на защиту. Это решение даст право запрашивающей Стороне либо обеспечить выполнение упомянутого приговора, если обвиняемое лицо против этого не возражает, либо, в случае возражений с его стороны, осуществить судопроизводство против выдаваемого лица». Этот пункт также включен в Типовой договор ООН о выдаче (статья 3 (g)).

Следовательно, когда запрашиваемое государство может отказать в выдаче, если судебное производство не будет отвечать минимальным правам на защиту. Однако, запрос о выдаче можно удовлетворить, если есть гарантии того, что дело запрашиваемого лица, в случае его выдачи, будет пересмотрено в его присутствии.

Так, например, в *деле Айнхорн*, французский суд постановил, что судебные заседания, проведенные в штате Филадельфия в отсутствие запрашиваемого лица, серьезно ограничивают права Айнхорн на справедливое судебное разбирательство и, следовательно, являлись неадекватными. Заслуживает внимания тот факт, что столь твердая позиция французских судебных органов содействовала реформированию системы уголовного правосудия штата Пенсильвания. После принятия решения по этому делу в законодательство штата были внесены соответствующие изменения, позволяющие лицам, дела которых были рассмотрены *in absentia* и которым грозит экстрадиция, получить право на пересмотр дела в его присутствии.

Данное решение заложило базу для последующих решений американских судов, в соответствии с которыми выдача исполнительной властью лица, дело которого не будет рассмотрено в другом государстве справедливо, нарушает конституционные права этого лица в выдающем государстве. Таким образом, «само решение о выдаче при таких условиях является нарушением прав выдаваемого, а не будущий процесс»²².

Другим прецедентом по данному вопросу служит принятое по делу *D. Paviglianiti c. Italia* решение Конституционного суда Испании, который постановил, что безусловная выдача лица, приговоренного *in absentia* к тяжкому наказанию (несколько длительных сроков тюремного заключения, а также возможность пожизненного заключения и смертной казни), расценивается как нарушение Конституции и норм международного права (в том числе Европейской Конвенции по правам человека) о праве на судебную защиту и на справедливый суд²³.

Кроме того, Европейский Суд в деле *Пуатримоль против Франции*²⁴: постановил: «отказ в праве на справедливый суд будет, несомненно, иметь место, когда лицо, осужденное *in absentia*, не имеет возможности требовать пересмотра от суда, рассматривавшего его дело, как по фактам дела, так и по вопросу права, в случаях когда не было установлено, что данное лицо само отказалось от появления в суде. Следовательно, выдача заявителя будет нарушением положений статьи 6, если имеются существенные основания полагать, что его дело не будет пересмотрено в запрашиваемой стране, и он будет осужден по приговору, вынесенному в его отсутствие».

Таким образом, в свете указанного решения можно сделать вывод, что данное положение является обязательным не только для государств, ратифицировавших Второй дополнительный Протокол к Европейской Конвенции о выдаче, но и для тех государств, которые присоединились к Европейской Конвенции по правам человека, а именно для всех государств-членов Совета Европы.

Важным этапом с точки зрения обеспечения права на справедливый суд стало решение, вынесенное в деле *Маматкулов и Аскарлов против Турции*²⁵. Маматкулов и Абудурасолович были задержаны в Турции на основании выдвинутых Узбекистаном обвинений в организации террористического акта против президента Узбекистана. 18 марта 1999 года Европейский суд по правам человека рекомендовал правительству Турции воздержаться от экстрадиции оппозиционеров в Узбекистан до тех пор, пока суд в Страсбурге не сможет более подробно изучить их прошения на своей сессии 23 марта 1999 года. Несмотря на это, 19 марта 1999 года Кабинет министров Турции распорядился выдать арестованных в Узбекистан, а 23 марта года Европейский суд рекомендовал продлить содержание под стражей в Турции до специального решения Европейского суда по этому делу. 27 марта оба заявителя были переданы узбекским властям. 28 июня 1999 года Верховный суд Узбекистана приговорил Маматкулова и Абудурасоловича соответственно к 20 и 11 годам лишения свободы. Суд не нашел нарушения статьи 6 (1) относительно уголовного судопроизводства в Узбекистане, но полностью признал экстерриториальное применение данной статьи. Большая Палата отметила, что она могла бы найти нарушение со стороны государства, выдавшего запрашиваемое лицо, будь для этого достаточно оснований. Однако беспристрастность всей судебной власти Узбекистана была в целом признана Судом, он предпочел сосредоточиться на специфических обстоятельствах дела.

Однако, некоторые судьи Европейского Суда, такие как: Братца, Бонелли Хедиган позволили себе не согласиться с мнением большинства по данному делу. Они утверждали, что в соответствии с представленными по делу материалами имелись достаточные основания полагать, что заявителям угрожал реальный риск стать объектами грубейшего нарушения права на справедливое судебное разбирательство. Они привлекли внимание большинства к некоторым обстоятельствам, которые, по их убеждению, имеют место в Узбекистане. Так, например, самообличающие свидетельства, полученные под пыткой, обычно использовались для обеспечения вынесения виновного приговора, подозреваемые были очень часто лишены доступа к адвокату по своему выбору, адвокаты, в свою очередь, часто получали доступ к своим клиентам со стороны работников правоохранительных органов только после того, как подозреваемый находился под арестом уже в течение нескольких дней, когда риск быть подверженным пыткам находится на своем пике. Кроме того, во многих случаях работники правоохранительных органов предоставляли адвокату доступ к своему клиенту, только после того, как подозреваемый подписывал признание своей вины и такие встречи между адвокатами и клиентами были очень редкими, и адвокатам редко позволялось присутствовать на всех стадиях расследования. Согласно представленным письменным замечаниям правозащитных организаций, которые участвовали в процессе в качестве третьей стороны, заявители лично также были лишены многих из вышеуказанных прав. Более того, Турецкое Правительство не запрашивало никаких гарантий у Узбекских властей относительно справедливости судебного производства²⁶.

Данное мнение долгое время являлось исключением и запрашиваемые государства обычно предоставляли широкий спектр доверия государству, запрашивающему выдачу, когда они имеют общий стандарт уголовного правосудия, например, когда оба государства ратифицировали Европейскую Конвенцию. В данном случае суды запрашиваемого государства, вероятно, откажут в выдаче только когда есть очевидное свидетельство грубейшего нарушения права на справедливое судебное разбирательство в запрашивающем государстве (например, когда это государство не является участницей Европейской Конвенции).

Так, в деле *МкФ и ГК*²⁷ голландские суды были готовы развить идею того, что выдача может нарушить статью 6 Европейской Конвенции, но отклонили ее, так как Соединенное Королевство также было участницей указанного инструмента и предоставило своим гражданам право индивидуальной жалобы. Ситуация, заметим, весьма отличная от сложившейся в деле *Маматкалова*, где недостаток фактов был единственной проблемой.

Европейский Суд признает большинство дел, если не все, относительно справедливого судебного разбирательства в государстве-члене Совета Европы, неприемлемыми, тогда как ситуация будет существенно отличаться если дело будет касаться экстрадиции в третьи государства. Данное различие было также отмечено Комитетом Министров Совета Европы в Рекомендации R (80) 9 Государствам – Членам относительно выдачи в государства, не являющимися участниками Европейской Конвенции по правам человека²⁸. В ней правительства государств-членов Совета Европы призываются не предоставлять выдачу, когда запрос об экстрадиции исходит от государства, не являющегося участником Европейской Конвенции по правам человека, и когда имеются существенные основания полагать, что запрос был сделан с целью преследования человека из-за его расы, религии, национальности или политического мнения.

Таким образом, можно утверждать, что существует различие между выдачей в государства-члены Европейской Конвенции и в третьи страны. В первом случае запрашиваемое лицо, будет находиться в «защищенной области», то есть в сфере правового действия Конвенции и юрисдикции Суда, тогда как в последнем случае он будет вне данной зоны, что оправдает более низкий порог для применения статьи 6 Конвенции²⁹.

Некоторые страны даже включили процедурные гарантии, предусмотренные в Европейской Конвенции, в свое внутреннее законодательство относительно выдачи³⁰. Следует также отметить, что недостаточно, чтобы данные права были обеспечены уголовным правом государства, запрашивающего выдачу, в теории. Они должны быть гарантированы на практике, в конкретных обстоятельствах по делу лица, выдача которого требуется.

Считаем также необходимым привлечь внимание к весьма интересному делу, когда американский окружной суд попытался расширить рамки термина «справедливое судебное разбирательство» в запрашивающем государстве при рассмотрении вопроса о предоставлении выдачи³¹. В данном деле Израиль запросил у Соединенных Штатов экстрадицию палестинца Ахмада Атта, подозреваемого во взрыве автобуса, везшего гражданских лиц. Ахмад утверждал, что будет подвергнут жестокому обращению в случае выдачи. Несмотря на это, окружной суд предоставил выдачу, но обязал представителей соответствующих органов Соединенных Штатов находиться в постоянном контакте с Атта до суда с целью исключить возможность плохого обращения, и, более того, проконтролировать весь процесс судебных слушаний, которые пройдут в Израиле, на предмет справедливости. В описательной части данного решения имелись ссылки на *дело Серинга*, то есть американский суд, в данном случае, попытался использовать аргументацию Европейского суда относительно возможности нарушения права на справедливое судебное разбирательство. Однако Апелляционный суд, отменяя данное решение, постановил, что указанное требование американского суда относительно мониторинга действий судебных органов другой страны противоречило принципу взаимопомощи, на котором базируется институт выдачи в целом. Соответственно, Окружной суд не должен был ставить под сомнение справедливость системы уголовного правосудия в Израиле.

Поворотным моментом в вопросе обоснованности отказа в экстрадиции при нарушении права на справедливый суд стало дело Отман (Абу Гатада) против Соединенного Королевства³². Гражданин Иордании,

подозреваемый в связях с Аль-Каидой и осужденный заочно в его стране, Отман прибыл в Великобританию, где получил убежище. Он был арестован в соответствии с законом о предотвращении терроризма, с уведомлением о намерении выдать его в Иорданию. В Суде заявитель утверждал, что он столкнется с реальной угрозой грубейшего нарушения права на справедливый суд в случае его выдачи, поскольку в рамках нового разбирательства будут использованы доказательства, полученные под пытками. В своем решении Суд отметил, что для явного отказа в правосудии недостаточно, чтобы процедуры рассмотрения дела по существу имели нарушения или не давали гарантий, что могло бы повлечь за собой нарушение ст.6, если бы это было выявлено в самом государстве-участнике Конвенции. Необходимо нарушение принципов справедливого судебного разбирательства, которое было бы таким существенным, что оно могло бы быть равносильным аннулированию права, гарантированного этой статьей, или уничтожению его сути. В этой связи Суд отметил, что принятие показаний, полученных посредством пыток, явно противоречит не только ст. 6 Конвенции, но и основным нормам справедливого судебного разбирательства, установленным международным правом. Это придало бы судебному процессу безнравственный, нелегальный характер и спровоцировало бы абсолютно непредсказуемый конец. Показания в деле заявителя были даны двумя разными свидетелями, оба из которых получили удары по подошвам стоп – прием известный под названием *фалака* – только с той целью, чтобы добыть от них сведения. Суд изучил эту форму жестокого обращения, и без колебания охарактеризовал как пытку. Кроме того, использование доказательств, полученных посредством пыток, является широко распространенной практикой в Иордании, и создается впечатление, что правовые гарантии, содержащиеся в иорданском законе, на практике имеют небольшое значение. Ввиду того, что заявитель предоставил конкретные и убедительные доказательства того, что его соотечественники подверглись пыткам, он доказал существование реального риска явного отказа в правосудии в случае его высылки в Иорданию. Итак, Суд впервые в своей истории пришел к выводу, что выдача повлечет за собой нарушение ст. 6.

Таким образом, подводя итог проведенного выше анализа, приходим к выводу, что обеспечение права на справедливый суд, должно, несомненно, учитываться при рассмотрении запросов о выдаче.

В этой связи, международные договоры, а также законодательные акты, регулирующие процедуру выдачи, должны быть дополнены соответствующими пунктами.

Право на справедливый суд также быть учтено при согласовании проектов новых договоров об экстрадиции, особенно со странами, не являющимися членами Совета Европы.

Данное предложение в полной мере относится и к Закону Азербайджанской Республики «О выдаче (экстрадиции) лиц, совершивших преступление», которое не содержит среди оснований отказа в выдаче положения о недопустимости «грубейшего нарушения» права на справедливый суд.

Наряду с этим, учитывая, что для выявления нарушения права на справедливый суд при рассмотрении вопроса о выдаче, оно должно носить характер «грубейшего», то трактовка данного термина имеет важное значение. Как показывает практика, нарушение должно быть равносильным аннулированию права, гарантированного этой статьей, или уничтожению его сути.

Именно данным критерием должны руководствоваться судьи и прокуроры при рассмотрении запросов о выдаче, которые, в случае риска нарушения данного права в запрашивающей стране, а также отсутствия подобной нормы в национальном законодательстве, могут непосредственно ссылаться на ст. 6 Европейской Конвенции о правах человека для отказа в выдаче.

¹ Сафаров Н. А. Экстрадиция в международном уголовном праве: проблемы теории и практики. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – С. 117–118.

² *Öcalan v. Turkey*, 12 March 2003 (Application no. 46221/99).

³ *Бойцов А. И.* Выдача преступников. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. – 767 с.

⁴ *Серинг против Соединенного Королевства*, Европейский Суд по правам человека, No. 14038/88, 7 июля 1989 года Series A, No. 161; 11 EHRR 101, параграф 113.

⁵ *Swart B.* 'Refusal of extradition and the U.N. Model Treaty on Extradition', Netherlands Yearbook on International Law, vol. 23, 1992.

⁶ *Shea M.* 'Expanding Judicial Scrutiny of Human Rights in Extradition Cases after Soering', 17.Yale.Journal.of.International.Law.85 (1992).

⁷ *Farmakopoulos v. Greece*, No. 11683, 64.DR.52 (1990).

⁸ См. также дело Дрозд и Янусек против Франции и Испании, Европейский Суд по правам человека, избранные решения. Т. 1. – М.: Издательство НОРМА, 2001. – 651 с.

⁹ G.A.res.45/116, annex, 45 U.N.GAOR Supp.No.49A, U.N.Doc.A/45/49 (1990).

¹⁰ Resolution on the transfer of persons 4 August 2005, E/CN.4/Sub.2/2005/L.12 Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights Fifty-seventh session.

¹¹ *Einhorn v France*, App.71555/01, ECHR judgement of 16/10/2001 параграф 34.

¹² *John Murray v. the United Kingdom*, judgment 8/02/1996, No. 18731/91, 8.2.96, (1996) 22 E.H.R.R. 29, para 63.

¹³ *Kamasinski v. Austria*, 19 декабря 1989, No. 9783/82, Series A, No. 168, 19.12.89, (1991) 13 E.H.R.R. 36.

¹⁴ *Daud v. Portugal*, 21 апреля 1998, Reports 1998-II, параграф 38.

¹⁵ *S. v. Швейцарии*, 28 ноября 1991, Nos. 12629/87 and 13965/88, Series A, No. 220, 28.11.91, (1992) 14 E.H.R.R. 670, параграф 48.

¹⁶ *Brennan v. United Kingdom*, ECHR 2001-X No. 39846/98, 16.10.01, (2002) 34 E.H.R.R. 18, параграфы 38–40.

¹⁷ *Bulut v. Austria*, No. 17358/90, 22.2.96, (1997) 24 E.H.R.R. 84, параграф 47.

¹⁸ Kremzow v. Austria, 21 сентября 1993, Series A 268-B параграфы 52, 63.

¹⁹ Foucher v. France, 18 марта 1997, Reports 1997-II параграф 34.

²⁰ Luedicke, Belkacem и Кос v. Германия, 28 ноября 1978, Series A № 29 параграф 48.

²¹ Artico v. Италия, 13 мая 1980, Series A № 37, параграфы 33–36.

²² Минкова Ю. В. Принципы института выдачи (экстрадиции) в международном праве. – 80 с.

²³ Мезяев А. Б. Международные договоры об экстрадиции и проблема смертной казни. – 85 с.

²⁴ Poitrimol v. France, 23/11/1993, No. 14032/88 Series A no. 277-A, параграф 31.

²⁵ Рустам Мамагулов и Абдурасулович Аскарлов против Турции, Жалобы № 46827/99 and 46951/99, решение Большой Палаты Европейского Суда от 4/02/2005.

²⁶ См. Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Bratza, Bonello and Hedigan, параграфы 14–19.

²⁷ McF and GK 100.INT'L.L.REP.414.at.426.and.429.

²⁸ Recommendation No R(80)9 of the Committee of Ministers to Member States concerning Extradition to States not Party to the European Convention on Human Rights, Strasbourg, 1980 *Adopted by the Committee of Ministers on 27 June 1980 at the 321st meeting of the Ministers' Deputies*

²⁹ C.Van Den Wijngaert, Applying the ECHR to Extradition: Opening Pandora's Box, 39 International Comparative Law Quarterly 757 (1990).

³⁰ Gilbert G. 'Aspects of Extradition Law', Dordrecht, Netherlands: M. Nijhoff, 1991.

³¹ Ahmad v Wigen and Others (Extradition of Atta), 1990, 104.ILR.52.

³² Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom, no. 8139/09, 2012.

Резюме

Абілов Аділь Фазіль огли. Роль права на справедливий судовий розгляд при розгляді питань видачі.

У статті розглядається прецедентне право Європейського Суду з прав людини, який на початковому етапі не втручався у справи про екстрадицію.

Наприкінці даються деякі пропозиції із доповнення деяких положень законодавства щодо запитів про екстрадицію та вдосконалення міжнародних договорів про видачу, а також певні практичні рекомендації суддям, які наділені правом розглянути такого роду запити.

Ключові слова: екстрадиція, видача, права людини, право на справедливий суд, Європейський суд з прав людини, in absentia, Типовий договір ООН, справа Серінга.

Резюме

Абілов Аділь Фазіль огли. Роль права на справедливое судебное разбирательство при рассмотрении вопросов выдачи.

В статье рассматривается прецедентное право Европейского Суда по правам человека, который на начальном этапе не вмешивался в дела об экстрадиции.

В заключении даются некоторые предложения по дополнению некоторых положений законодательства в отношении запросов об экстрадиции и совершенствованию международных договоров о выдаче, а также определенные практические рекомендации судьям, которые наделены правом рассматривать такого рода запросы.

Ключевые слова: экстрадиция, выдача, права человека, право на справедливый суд, Европейский суд по правам человека, in absentia, Типовой договор ООН, дело Серинга.

Summary

Abilov Adil Fazil oglu. The Role of the Right to a Fair Trial vs. Extradition Requests.

The article deals with the case-law of the European Court of Human Rights (ECtHR), which initially did not intervene in the extradition cases.

In conclusion, some suggestions are proposed as to amendment of certain provisions of the extradition legislation, modernization of the international extradition treaties, as well as some practical recommendations are given to judges and prosecutors, who are entitled to consider such kind of requests.

Key words: extradition, human rights, the right to a fair trial, the European Court of Human Rights, in absentia, the UN Model Treaty, Soering case.

Отримано 4.04.2014

АЙНУР ДЖЕБРАІЛ ГИЗИ УСУБОВА

Айнур Джебраїл гизи Усубова, аспірант Бакинського державного університету

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ВДОСКОНАЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА АЗЕРБАЙДЖАНСЬКОЇ РЕСПУБЛІКИ ТА РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ У СФЕРІ ПОСЯГАНЬ НА КУЛЬТУРНІ ЦІННОСТІ

Культурні цінності, що створюються людством впродовж століть, втілюють у собі всі аспекти історичного, морального та культурного становлення й розвитку суспільства, є неповторною культурною спадщиною та показником рівня духовного розвитку народів. На сьогодні такі цінності перетворилися в один із надійних засобів капіталовкладень, оскільки на них не впливають ані інфляція, ані девальвація, а з плином часу їхня ціна тільки зростає. Саме тому придбання культурних цінностей цікавить не лише справжніх колекціонерів, а й представників кримінального світу, які бажають «відмити», матеріалізувати свої «брудні» гроші. Зростання посягань на культурні цінності в усьому світі, у тому числі й в Азербайджанській республіці та Російській Федерації, останнім часом обумовлюється тим, що культурні цінності розглядаються як один із надійних засобів капіталовкладень. Слід зазначити, що нині в Західній Європі та в США близько п'ятдесяти злочинних угруповань займаються кримінальним бізнесом з вивезення давніх культурних цінностей із країн СНД.

Офіційні показники злочинів, що чиняться проти культурних цінностей в Азербайджані та Росії, не високі, але вони не відбивають дійсності, оскільки ці злочини відрізняються високою латентністю, що в свою чергу викликає в суспільстві велике незадоволення. Окрім того, такі злочини відбуваються дедалі організованіше, набувають транснаціонального характеру, способи та засоби їхнього здійснення вдосконалюються, а якісні показники зростають. Злочини, скоєні проти цінностей культури, завдають великої матеріальної та моральної шкоди всьому суспільству, у результаті збіднюється культурна спадщина народів, «отруюється» морально-психологічний клімат у країні, члени суспільства втрачають віру в закон, у тому числі кримінальний, страждає їхнє почуття справедливості, зникає віра в майбутнє й виникає соціальна напруга в суспільстві.

Усе зазначене зумовлює необхідність підвищення ефективності боротьби з вказаними злочинами. Як відомо, одним із найважливіших напрямів підвищення ефективності роботи зі злочинністю є вдосконалення кримінального законодавства. При цьому необхідно звернути увагу на два моменти. З одного боку, кримінальне законодавство має бути стабільним, оскільки це забезпечує визначеність і тривалість кримінально-правового регулювання та є основою законності. З другого боку, кримінальне законодавство має бути гнучким і динамічним, тобто враховувати зміни, що відбуваються в суспільстві. Органічна взаємодія двох указаних моментів є джерелом розвитку кримінального законодавства.

Відповідальність за злочини, що чиняться проти культурних цінностей, передбачена в чотирьох статтях КК Азербайджанської Республіки та Російської Федерації: ст. 183 КК АР і ст. 164 КК РФ (розкрадання предметів, що мають особливу цінність); ст. 206.2 КК АР (контрабанда предметів, що мають культурну, історичну чи археологічну цінність) і ч. 2. ст. 188 КК РФ (контрабанда культурних цінностей); ст. 207 КК АР (неповернення до Азербайджанської Республіки предметів художнього, історичного та археологічного надбання Азербайджанської республіки та закордонних країн) і ст. 190 КК РФ (неповернення на територію Російської Федерації предметів художнього, історичного та археологічного надбання народів Російської Федерації та закордонних країн); ст. 246 КК АР і ст. 243 КК РФ (знищення чи пошкодження пам'яток історії та культури).

Отже, у вищевказаних статтях назви предметів злочину визначаються по-різному, однак всі вони є культурними цінностями. Поняття «культурні цінності» не тлумачиться в кримінальному законодавстві ані Азербайджану, ані Росії. У той же час, про культурні цінності говориться в низці міжнародно-правових актів, зокрема, Гаазькій конвенції «Про захист культурних цінностей у разі озброєного конфлікту» від 14 травня 1954 р.; Конвенції ЮНЕСКО «Про заходи, спрямовані на заборону й попередження незаконного ввезення, вивезення та передачі права власності на культурні цінності» від 14 листопада 1970 р., а також у Законі Азербайджанської республіки «Про культуру» від 1998 р. і в Основах законодавства Російської Федерації про культуру від 1992 р.

Норми КК Азербайджану та Росії, що передбачають відповідальність за посягання на культурні цінності, мають бланкетний характер, що робить необхідним посилання на деякі нормативно-правові акти для з'ясування сутності та змісту таких норм. Ця обставина, у свою чергу, створює нові труднощі й проблеми, оскільки поняття та визначення культурних цінностей у різних нормативно-правових актах в основному відрізняються одне від одного, подаються надто розмито, а іноді й зовсім суперечать одне одному. У зв'язку із цим К. А. Булденко пише: «Закон, у тому числі законодавство про культуру в цілому, відрізняється тим, що

поняття культурних цінностей, які підлягають правовій охороні, не сформульовано шляхом застосування чіткої, лаконічної відсылної норми на законодавчому рівні».

У юридичній літературі також немає єдиного загальноприйнятого поняття «культурні цінності», що призводить до виникнення дискусії навколо цього питання. Деякі автори вважають, що названий термін є достатньо зрозумілим і не потребує додаткового роз'яснення.

Основними ознаками культурних цінностей можна вважати: а) унікальність – неповторність, володіння винятковими, рідкісними художніми чи іншими якостями, індивідуальне виготовлення вручну; б) давність – виготовлення в минулому; в) високу матеріальну цінність; г) особливу історичну, наукову, літературну, культурну чи іншу цінність; д) значимість для суспільства й держави.

В. Г. Горбачов, В. Г. Растопчин і В. Н. Тищенко оцінюють культурні цінності як особливий вид цінностей, що здатні задовольняти наукові, моральні та естетичні потреби людини та мають наукове, меморіальне, етнографічне, художнє чи інше культурне значення. О. В. Давлетшина пропонує законодавчо закріпити в Кримінальному кодексі таке визначення культурних цінностей: «Культурні цінності – це предмети й об'єкти матеріального світу, узяті державою під охорону як пам'ятки історії та культури, і духовна спадщина народів Росії, що підлягають обліку не тільки з позиції матеріальної цінності, тобто вартості в грошовому еквіваленті, але й значущості для історії, національної культури, а також відбивають духовний стан і розвиток народів як Російської Федерації, так і інших країн».

І. Б. Афонін та Ю. Ю. Ткачов також пропонували закріпити в кримінальному законодавстві поняття «культурні цінності», сформульоване ними в своїх дослідженнях. Уважаємо, що чітке, лаконічне й конкретне тлумачення цього терміна необхідно закріпити в кримінальному законодавстві. На нашу думку, поняття «культурні цінності» слід передбачити в ст. 183 КК АР і ст. 164 КК РФ у такій редакції: «Під культурними цінностями в статтях цього Кодексу розглядаються об'єкти та предмети матеріального світу, що є втіленням людської діяльності, мають унікальні особливості та високу матеріальну й моральну цінність, а також важливе історичне, наукове, художнє, технічне чи інше значення для суспільства й держави».

У зв'язку з закріпленням цього поняття в законі також слід уніфікувати всі предмети злочинів, передбачені у відповідних пунктах ст.ст. 183, 207, 246, 206.2 КК АР і ст.ст. 164, 188, 190, 243 КК РФ під категорією «культурні цінності».

Слід зазначити, що вимагання предметів, які мають особливу цінність, є не менш небезпечним, ніж будь-який різновид розкрадання того ж предмета. Не дивлячись на це, ані КК АР, ані КК РФ не передбачають кримінальної відповідальності за вимагання предметів, що мають особливу цінність. Для порівняння зазначимо, що у ст. 227 КК АР і ст. 221 КК РФ указується на відповідальність за розкрадання або вимагання радіоактивних матеріалів, у ст. 232 КК АР і ст. 226 КК РФ говориться про відповідальність за розкрадання чи вимагання боєзапасів, вибухових речовин та пристроїв, у ст. 235 КК АР і ст. 229 КК РФ передбачається відповідальність за розкрадання чи вимагання наркотичних засобів, психотропних речовин або їхніх прекурсорів. У ст. 248 модельного Кримінального кодексу, що регламентувала кримінальну відповідальність за розкрадання предметів, які мають особливу цінність, вимагання таких предметів розглядалося як кваліфікуюча ознака.

На основі вищесказаного, вважаємо доцільним у ст. 183 КК АР і ст. 164 КК РФ передбачити кримінальну відповідальність за вимагання предметів, що мають особливу цінність, та викласти цю норму в такій редакції:

«Стаття 183. Розкрадання чи вимагання культурних цінностей

Розкрадання чи вимагання культурних цінностей – ».

Слід зазначити, що І. Б. Афонін, Ю. Ю. Ткачов, А. К. Мунашов у свій час також пропонували доповнити КК нормою, що встановлює відповідальність за вимагання предметів, які мають особливу цінність.

Ст. 183 КК АР і ст. 164 КК РФ передбачають відповідальність за розкрадання предметів, що мають особливу цінність, у будь-який спосіб. Із такою позицією навряд чи можна погодитися хоча б тому, що суспільна небезпека розкрадання таких предметів шляхом розбою чи вимагання набагато вища проти рівня небезпеки інших способів розкрадання. Слід нагадати, що в ст. 248 модельного КК для країн СНГ розкрадання предметів, що мають особливу цінність, шляхом розбою чи вимагання розглядалося як кваліфікуюча ознака. У зв'язку з цим вважаємо за необхідне закріпити розкрадання культурних цінностей шляхом розбою чи вимагання як кваліфікаційну ознаку в ст. 183 КК АР і ст. 164 КК РФ.

Серед усіх злочинів проти культурних цінностей, передбачених кримінальним законодавством АР та РФ, тільки знищення чи пошкодження пам'яток історії та культури може бути здійснено як навмисно, так і через необережність. Але ст. 246 КК АР передбачає відповідальність лише за навмисне знищення чи пошкодження пам'яток історії та культури. Відповідно до законодавства АР, знищення чи пошкодження пам'яток історії та культури через необережність не тягне за собою кримінальної відповідальності. Крім того, у КК АР не проводиться диференціація цього злочину залежно від значущості предмета посягання. У той же час ст. 243 КК РФ передбачає такий розподіл, однак у цій статті не проводиться розмежування згаданого злочину залежно від форми провини.

У юридичній літературі деякі дослідники-криміналісти дотримуються думки, що кримінальна відповідальність за згаданий злочин настає тільки у випадках прямого чи опосередкованого умислу в діяннях винного. Інша група авторів, наприклад Е. В. Медведєв, С. П. Щерба та С. А. Приданов, вважають, що цей злочин може бути скоєним також і через необережність. Вони пояснюють свою позицію випадками необережного знищення чи пошкодження пам'яток історії та культури в результаті їхнього недоцільного використання.

З метою усунення всіх згаданих недоліків, пропонуємо доповнити ст. 246 КК АР кваліфікуючою ознакою «знищення чи пошкодження пам'яток історії та культури, що мають особливу цінність», а також доповнити Кримінальний кодекс АР новою статтею 246-1 (а також Кримінальний кодекс РФ аналогічною статтею 243-1) такого змісту:

«Стаття 246-1. Знищення чи пошкодження пам'яток історії та культури через необережність

Знищення чи пошкодження пам'яток історії та культури, що охороняються державою, через необережність – ».

Уважаємо, що реалізація зазначених рекомендацій і пропозицій сприятиме вдосконаленню кримінального законодавства з питань боротьби з посяганнями на культурні цінності як в Азербайджанській республіці, так і в Російській Федерації.

Резюме

Усубова Айну́р Джебраїл гизи. Деякі питання вдосконалення кримінального законодавства Азербайджанської Республіки та Російської Федерації у сфері посягань на культурні цінності.

У статті розглядаються деякі питання вдосконалення кримінального законодавства Азербайджанської республіки та Російської Федерації, що регламентує відповідальність за посягання на культурні цінності; уносяться окремі пропозиції щодо його доповнення та уточнення.

Ключові слова: культурні цінності, кримінальна відповідальність, розкрадання, знищення, пошкодження.

Резюме

Усубова Айну́р Джебраил гызы. Некоторые вопросы совершенствования уголовного законодательства Азербайджанской Республики и Российской Федерации в сфере посягательств на культурные ценности.

В статье рассматриваются некоторые вопросы совершенствования уголовного законодательства Азербайджанской республики и Российской Федерации, регламентирующего ответственность за посягательство на культурные ценности; вносятся отдельные предложения по его дополнению и уточнению.

Ключевые слова: культурные ценности, уголовная ответственность, хищение, уничтожение, повреждение.

Summary

Usubova Aynur Jebrail. Some certain matters of improving criminal laws of the Republic of Azerbaijan and the Russian Federation regarding attempts on cultural values

In the article some questions of improvement of the criminal legislation of the Azerbaijan Republic and the Russian Federation, regulating responsibility for infringement of cultural values are considered, are made some offers for its addition and specification.

Key words: cultural values, criminal liability, plunder, destruction, damage.

Отримано 2.04.2014

УДК 34: 37.008:17:7

О. П. КОДЬЄВА

*Олена Петрівна Кодьєва, доктор культурології,
професор Київського університету права НАН
України*

КАТЕГОРІЯ СВОБОДИ У НАВЧАЛЬНІЙ ДИСЦИПЛІНІ «ІСТОРІЯ УКРАЇНСЬКОЇ КУЛЬТУРИ» ДЛЯ СТУДЕНТІВ ФАКУЛЬТЕТУ ПРАВОЗНАВСТВА

У нинішній складній економічній, політичній, культурній ситуації в Україні актуалізувалося багато суспільних проблем і серед них – проблема розуміння, реалізації і, звичайно, вивчення у навчальних закладах центрального у людському світогляді поняття – філософської категорії свободи. Майбутні фахівці з правознавства, на наш погляд, особливо потребують всебічного вивчення даної категорії, оскільки їх фахова діяльність буде органічно поєднувати обидва аспекти свободи – і теоретичний, і практичний.

Дисципліна «Історія української культури», яка викладається майбутнім правознавцям, правозахисникам, входить до тих навчальних курсів, де є чудова нагода аналізувати цю категорію. А виграшна позиція курсу полягає у тому, що в ньому багато уваги приділяється мистецтву як виду людської діяльності з усією його конкретною образністю й духовним багатством. Мистецтво є квінтесенцією духовної культури, в ньому відчутно і наявно закарбовані одвічні прагнення людини, її бажання бути самодостатньою та вільною від невинного насильства.

Мета даної статті – привернути увагу до методологічної дієвості аналізу певних суспільно значущих філософських, філософсько-правових, культурологічних, мистецьких категорій і понять у межах гуманітарних навчальних курсів, зокрема категорії свободи в курсі «Історія української культури», при формуванні світогляду студентів-правознавців в умовах демократизації суспільства.

Завдання статті – конкретизувати зазначену мету, показавши: 1) прояви свободи у різних мистецьких контекстах; 2) ефективність тлумачення свободи через призму мистецтва.

Щодо наукової літератури із заявленої теми, то автору даної статті невідомі роботи, які б цю тему мали предметом спеціального докладного дослідження. Хоча категорії свободи як такої присвячено кількісно безмежний науковий доробок. Це зрозуміло, адже людська свобода є предметом заінтересованості усіх верств населення і в усіх галузях теоретичної думки та практичної діяльності з давніх-давен. Інакше кажучи, можна говорити про різні рівні розуміння свободи. Притому, всі вони необхідно поєднані з «верхнім рівнем» досліджень – із дослідженням свободи як філософської категорії. Таке підпорядкування відкриває заінтересованій людині широкі обрії і можливості поглибленого пошукового погляду.

Які ж здобутки на «верхньому рівні» знань? Наприклад, Л. Г. Джахая розкриває зміст категорії свободи як пізнаної необхідності – зміст, що давно склався у філософії – через вибудування ряду: «необхідність – закономірність – можливість – доцільність – свобода»¹. Отже, вчений намагається конкретизувати поняття свободи. А це неминує переводить роздуми у певне річище – в ту чи іншу окрему науку. Так, Л. І. Зеліско пише, що для реалізації своєї потреби у свободі, по суті – у доцільності, цивілізована людина звертається до права. Вчений вважає: «Свобода, яка одержує у праві свою нормативну форму вираження, полягає не в уявній незалежності від об'єктивних закономірностей буття, а в пізнанні цих закономірностей, зокрема в необхідності, в заснованій на цьому знанні можливості свідомо регулювати суспільні відносини, спрямовувати дію юридичних актів у необхідному для розвитку суспільства напрямі»². Авторитетною, простою і ясною думкою щодо громадської свободи є думка відомого німецького фахівця з філософії права Р. Циппелюса: «...Правова свобода стосується такого запитання: чи дозволено мені робити те, що я хочу?»³.

Оскільки у даній статті у контексті правової свідомості йдеться про культуру й мистецтво, слід вести розмову здебільшого про свободу художньої творчості. Творити – означає, за визначенням, виробляти якісно нове. Тут митцю обійтися без свобідного вибору неможливо. При цьому, слід мати на увазі зазначені слухні слова Р. Циппелюса. Ось де, вважаємо, правова свобода і свобода художньої творчості збігаються. Це доводить вся історія культури.

Отже, проаналізуємо деякі сторінки історії українського культуротворення під обраним у даній статті кутом зору.

Гадаємо, передусім, варто звернути увагу на широко розповсюджені й такі властиві українському волелюбному духу народні картинки під загальною назвою «Козак Мамай». Як свідчить назва, картинка пов'язана з козацькою історією, а от чому в героя таке ім'я, невідомо. Можливо, народна пам'ять зберегла згадку про сиву давнину, коли точилася довга й непримиренна боротьба з лютим монголо-татарським загарбником. Перемога була такою беззастережною, що й імені свого ворог позбавився – перейшло воно до переможця. Якщо й не так все було, головне не це. Важливо те, що цей приклад наводить на думку про існування у нашого народу генетичної і культурної пам'яті про подвиги предків, і надихає вона й нинішнє покоління боронити волю. Боротьба не буває легкою: нерідко козак Мамай зображений зажуреним, у роздумах під час відпочинку між боями. Цікаво і знаменно: козак на цих картинках не зображується героєм кривавих битв – він не вбивця, він поборник віри, правди, волі.

Яскравою сторінкою вітчизняної і світової культури є славетне Пересопницьке Євангеліє, створене у 1561 році. І ця пам'ятка зовсім не є перегорнутою сторінкою історії. Вона є символом нашої віри і єдності, запорука сьогоденної та майбутньої незалежності і свободи нашої країни. Пересопницьке Євангеліє із захопленням розглядав у 1845 р. Тарас Шевченко, відвідавши Переяславську духовну семінарію, де тоді зберігалася ця книга⁴. Сьогодні на цьому Євангелії присягають президенти України. Зауважимо: всі ці чинники, безумовно, студенти сприймають. Але сприймають розумом, як інформацію. Наскільки ж більшим стає враження від цієї святої книги-символа, коли студент бачить на власні очі золочені сторінки, прикрашені урочистим різнокольоровим, впевненою рукою майстра зробленим ренесансним орнаментом, зображення святих, чіткий строгий шрифт. У цьому разі студент набагато повніше, серцем відчуває сенс прадавніх сторінок, в яких живе і через століття звертається до нащадків невмирущий дух української вольності.

Видатною пам'яткою вітчизняної культури є Спасо-Преображенська церква в оспіваному М. Гоголем селі Великі Сорочинці. У 1732 р. цю церкву збудував у власному родовому маєтку Данило Апостол, щоб відзначити свій триумф – отримання від Петра I гетьманської булави. Архітектура церкви стала шедевром художнього стилю «українське бароко». Її стіни з зовнішніми стриманими скульптурними прикрасами нібито ховають всередині споруди народні духовні багатства: їх стережуть – якщо уважно придивитись – зовсім не орнаментальні прикраси, а люди, які взяли за руки, утворивши хоровод, а, може, й не хоровод зовсім, а волелюбний нездоланий ланцюг. Зрозуміло, що це символ – символ глибокої внутрішньої єдності, в якій вбачається рішучість боронити хитку автономію Гетьманщини. Але є в цьому символі й інше – передчуття волі і щастя. Що це дійсно так, легко переконатись, опинившись всередині будівлі: вже немає стриманості, навпаки, буває пишна, урочиста, святкова краса різьбленого золоченого іконостасу з іконами в ньому. Тут – перемога і велич розкутої творчості народу.

Скарбниця української культури зберегла чудове свідчення волелюбності народу і його цілковиту здатність самому керувати власною країною. Маємо на увазі живописні портрети часів Гетьманщини. Це зображення відомих діячів: М. Миклашевського, В. Гамалії, С. Сулими, В. Дудіна-Борковського. Нащадкам залишилися образи цілої плеяди гідних особистостей – зосереджених і запальних, величних і простих – часто з булавою, незмінним атрибутом влади і символом свободи та самодостатності України.

Зовсім інші форми, в яких виражено прагнення свободи, спостерігаємо у творчості Тараса Шевченка. Револьюційна непокора Кобзаря перебуває у гострому протистоянні з твердиною імперського кріпосницького ладу. Маючи на увазі зазначені вище слова Р. Циппеліуса, залишимо все ж осторонь аналізу політичну і правову ситуацію того часу, оскільки цілком ясно й зрозуміло, що з позицій правлячих кіл революціонеру Т. Шевченку не дозволено було робити те, що він хотів.

Що ж стосується свободи, яка розглядається через призму мистецтва, то його образна специфіка детермінує смислове наповнення категорії свободи. Художній образ є близьким за сутністю до символу, а символ є багатозначний, метафоричний, його можна по-різному тлумачити. То ж, на нашу думку, має місце така закономірність: чим більше художній твір містить конкретики і раціональності, навіть прозаїчності, тим більше він наближується до правового ракурсу розуміння свободи чи несвободи. І навпаки.

Реалістично спрямована і публіцистично загострена літературна творчість Тараса Шевченка має набагато більше, так би мовити, провокацій для нападів з боку влади, ніж його ж живописна, графічна чи скульптурна творчість, яка не має такого, як у літератури, гострого прозорого, вербального, цілеспрямованого знаряддя. Так, чи можна сказати ясніше, хоч і з застосуванням метафоричного навантаження, ніж це сказано у Шевченковому «Заповіті»:

«...Поховайте та вставляйте,
Кайдани порвіте
І вражою злою кров'ю
Волю окропіте».

Порівняти цей образний хід варто з сепією «У в'язниці» серії «Притча про блудного сина» Т. Шевченка, де зображена людина духовно понівечена, закута у кайдани, безпорадна. Тут заклик до волі непрямий, тому що невербальна мова цього графічного твору має неоднозначне тлумачення і допускає різні суб'єктивні оцінки. Такими є трансформації категорії свободи у мистецтві критичного реалізму.

Звернемо тепер погляд у наш час з його ускладненими суспільними відносинами. Глибоке філософське осмислення категорії свободи потребує її інтерпретації у тісному зв'язку з протилежною категорією необхідності, тобто вимагає зіставляти дозволеність і недозволеність дій людини. І хоча в сфері мистецтва парні поняття дозволеності–недозволеності з причин його специфіки нерідко переводяться у площину бажанос-

ті–небажаності, орієнтуватись на загальнозначущий для суспільства імператив, підкреслюваний Р. Циппеліусом, все одно потрібно. Слід зазначити: у художній культурі поняття дозволеності–недозволеності, свободи–необхідності часто трансформуються також у площину моральності–неморальності і свободи–свавілля.

У навчальному курсі «Історія української культури» досить місця відводиться сучасному українському мистецтву, яке надає багатий матеріал для усвідомлення того, як у художній практиці побутує та модифікується категорія свободи, а також того, як може відбуватися підміна цього поняття поняттям свавілля (що, звичайно, зустрічається не тільки в українській культурі).

Наведемо приклад. У сучасному українському мистецтві (і не тільки) спостерігається гонитва за «ступенями свободи» – інакше сказати, за скандальним успіхом – при зневазі до краси, яка завжди була метою творів мистецтва. Яскраво ілюструє цю гонитву небезталанний український художник А. Савадов. Свої скандальні фотографічні «проекти» він будує на акцентуванні таких «ступенів свободи». Акцентуванні у будь-який спосіб. Дозволимо собі зупинитись на даному прикладі більш докладно і підкреслити його відмінність від попередніх прикладів, дійсно вагомих і важливих для культури, тому що даний приклад є застережливим у культуротворчому поступі.

Сам А. Савадов свідчить, що бажав показати соціальну драму. Згідно з цим він вдається до художніх прийомів, які нехтують свободою інших людей, а отже, залучає до свого мистецького арсеналу засоби свавілля. Ось перед нами одна з робіт, що незмінно епатує глядача – «Мода на кладовищі». На тлі похорону позують дві дівчини-моделі, демонструючи дорогий одяг, а також своє презирство до скорботного наговпу. «Твір» зроблено з натури, сам художник свідчить, що люди енергійно виказували йому своє обурення. Цілком очевидно, що автор порушив священне право людей на повагу до їхнього горя. Можливо, у «новатора» були добрі наміри: хотів засудити багатих за байдужість до життя і сліз інших. Проте, як відомо, добрими намірами вистелена дорога до пекла.

В іншому фотомонтажному «творі» «Донбас. Шоколад» А. Савадов представив втомлених, вкритих вугільним пилом шахтарів у балетних пачках. Яку «геніальну ідею» хотів виразити автор, не так вже й важливо. Головне те, що він виставив конкретних людей, яких без зусиль можна впізнати, у неприпустимому вигляді. Ніхто не давав права іронізувати над тими, хто заслуговує на повагу і вдячність. Студентам правознавчого факультету є над чим замислитися, адже жодна художня образність, жодна символічність не може затушувати конкретний випадок проти конкретних людей. А. Савадов перейшов червону межу.

Тут слід звернути особливу увагу на те, що в мистецтві межі тонкі, почуття міри і такту відіграють вирішальну роль у контексті свободи творчості. Роботи А. Савадова аж ніяк не є лише недоречним жартом, як це спостерігається у світовому і українському мистецтві останніх десятиліть – у таких, наприклад, витворах, як численні виставлені в музеях заспиртовані свинячі туші, лососі під майонезом чи розтиражовані (однак, без викривлень) фотографії Мерилін Монро.

Гонитва за «ступенями свободи» торкнулася усіх видів мистецтва – не лише образотворчого, а й літератури, театру, телебачення та інших. Багато студентів знають про роботи О. Подерв'янського, деякі з них знайомі з ненормативною лексикою, яка смакується на сторінках опусів цього автора. Даний літератор не є новатором, твори із застосуванням подібної лексики відомі, але їх слід оцінювати по-різному. Так, В. Крестовський, відомий письменник XIX ст., у своїх «Петербурзьких нетрях» показав кримінальний світ, навіть словник колоритної мови, що в ньому застосовувалась, склав. І зробив це доречно й елегантно – так, що читач добре уявив собі все, що розкривало саму сутність злочинного світу. О. Подерв'янський же об'єктивно вивертає перед читачем словесні нечистоти самі по собі, заради епатажу (шокування) реципієнта. Все це слід студентам пояснювати.

Тонку межу, де по різні боки перебувають мистецтво – не мистецтво, свобода – свавілля великі митці вміють відчутти й зберегти. Широко відомий шедевр П. Пікассо «Герніка» – яскравий приклад цієї тези. Картина сповнена потвор. Перебуваючи в якомусь замкненому приміщенні, вони ніби кричать, метушаться і гинуть. Змальована Герніка – містечко в Іспанії, яке бомбили фашисти під час війни. Які ж потвори люди, що допустили такий жах, з болем виголошує художник.

Звичайно, сучасна українська культура має численні приклади плідного, високоморального тлумачення категорії свободи. Ілюстрацією сказаного є, скажімо, творчість засновника так званого «суворого стилю» П. Оссовського. Його знаменитий живописний триптих «Степова Еллада» (2007 р.) звеличує рідну митцю Кіровоградщину. Скупими художніми засобами, без сумнівних експериментів, монументально і просто автор оспівав вільний дух своєї землі, її безмежні простори і всесвітнього значення культурне багатство.

Отже, коли викладач надає студенту можливість споглядати і сприймати твори мистецтва, у яких так чи інакше втілене прагнення до особистісної свободи, до свободи свого народу, до творчої свободи або ж, навпаки, перед студентом вочевидь постає неприховане свавілля у всьому своєму страхітті, то розуміння перетворюється на переконання і, як наслідок, студент глибше засвоює свої фахові, юридичні знання.

Таким чином, можна зробити наступні висновки:

Задля кращого засвоєння як філософських категорій, так і пов'язаних з ними загальнонаукових понять, зокрема правознавчих, є сенс розглядати їх у контексті культури і мистецтва, особливо у курсі «Історія української культури».

Мистецтво завдяки своїй образній специфіці дає змогу сприймати навчальний матеріал через почуття, чим сприяє виробленню переконань, тобто поглибленому засвоєнню знань.

Категорія свободи є однією з найбільш важливих, змістовно наповнених і таких, що функціонують у міждисциплінарних дослідницьких сферах і навчальних курсах.

¹ Джахая Л. Г. Мир человека и человек в мире в свете нового философского мышления // Философские науки. – 1990. – № 1. – С. 110.

² Зеліско Л. І. Філософсько-методологічні основи культурологічної освіти фахівців-юристів // Актуальні філософські та культурологічні проблеми сучасності : Альманах. – К., 2002. – С. 266.

³ Циттелиус Р. Філософія права. – К., 2000. – С. 184.

⁴ Пересопницьке Євангеліє. Книга твоєї країни. Книга твоєї родини. – Л. : АДЕФ – Україна, 2011.

Резюме

Кодьєва О. П. Категорія свободи у навчальній дисципліні «Історія української культури» для студентів факультету правознавства.

У статті йдеться про доцільність аналізу певних філософських категорій і правових понять у контексті навчального курсу «Історія української культури» для студентів факультету правознавства. Надається приклад аналізу категорії свободи.

Ключові слова: категорія, свобода, українська культура, мистецтво, правознавство, творчість.

Резюме

Кодьєва Е. П. Категория свободы в учебной дисциплине «История украинской культуры» для студентов факультета правоведения.

В статье идет речь о целесообразности анализа ряда философских категорий и правовых понятий в контексте учебного курса «История украинской культуры» для студентов факультета правоведения. В качестве примера анализируется категория свободы.

Ключевые слова: категория, свобода, украинская культура, искусство, правоведение, творчество.

Summary

Kodyeva H. The category of freedom in the educational discipline «The history of Ukrainian culture» for students of law faculty.

The article deals with worth while analysis of certain philosophic categories and law concepts in the context of educational discipline 'The History of Ukrainian culture' for students of law faculties. The author cites as an example the category of freedom.

Key words: category, freedom, the Ukrainian culture, art, jurisprudence, creation.

Отримано 12.03.2014

A. BAKAVECKAS, V. VALANČIUS

Prof. Dr. Audrius Bakaveckas, Prof. Dr. Virgilijus Valančius, Mykolas Romeris University, Faculty of Law, Institute of Constitutional and Administrative Law, Institute of Civil Justice

**FEW REMARKS THE MODEL OF EXECUTIVE AUTHORITIES
OF THE REPUBLIC OF LITHUANIA**

Annotation

In the legal acts of the Republic of Lithuania, there is no direct regulation of the system of executive authorities. Such a lack of clear legal framework and definition of the latter branch of government presupposes discussions on its structure. Therefore, the authors of the present article analyse legal acts on the basis of which the abovementioned system may be determined as well as present a conception of the model of the system of Lithuanian executive authorities.

From the legal point of view, the normative ground for the determination and organisation of the system of Lithuanian executive authorities is the Constitution of the Republic of Lithuania, however, does not provide for an explicit framework and definition of this system. As the Constitution is an integral and directly applicable act, proper understanding of the meaning of a particular constitutional norm is possible only when interpreting it jointly with other norms of the same Constitution. Consequently, the search for the model of the system of Lithuanian executive authorities should, first of all, begin with a systemic analysis of the provisions of the law of supreme power (i.e. Constitution).

The Constitution voted at the referendum and then adopted (25 October 1992) by the Seimas (parliament) of the Republic of Lithuania established a new system of state power. Article 5 Paragraph 1 of the Constitution provides for a traditional doctrine of the separation of powers: «In Lithuania, State power shall be executed by the Seimas, the President of the Republic and the Government, and the Judiciary»¹. As pointed out by G. Mesonis, «the structure of this legal norm allows stating that under the Constitution, three powers are distinguished – the legislative (the Seimas), the executive (the President of the Republic and the Government) and judiciary (the Court). Such a separation of three branches of government repeats the classical principle of the separation of powers formed by Montesquieu»². Similar ideas are shared by S. Stačiokas: «The Constitution of the Republic of Lithuania established the principle of the separation of powers as one of the fundamental means for the implementation of democratic governing»³.

However, attention should be paid to the fact that in the Constitution of the Republic of Lithuania neither institutions that implement particular types of state power nor the system of executive authorities are directly identified; instead, only the grounds for the legal status of the supreme institutions (bodies) of state power – the Seimas (Chapter V of the Constitution), the President of the Republic (Chapter VI of the Constitution), courts (Chapters VIII and IX of the Constitution) as well as local self-government bodies (Chapter X of the Constitution) – are established. Therefore, one may state that in the Constitution of the Republic of Lithuania, a sufficiently clear and explicit systemic–structural definition of executive authorities is not provided.

Following the abovementioned opinion of G. Mesonis as well as the linguistic and logical methods of the interpretation of legal norms, the analysis of Article 5 Paragraph 1 of the Constitution allows claiming that namely the President of the Republic and the Government are associated with the executive power. The latter view is probably grounded on the Ruling of 10 January 1998 of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania. The declarative part of this Ruling reads as follows: «[...] the President of the Republic, as a part of the executive power [...]» and «[...] in the Lithuanian system of institutions of the executive power, the Government [...] is exceptionally important»⁴. There are no doubts about the attribution of the Government to the system of executive authorities; however, the status of the President of the Republic with regard to the executive power and particularly the system of its institutions remains unclear.

This ambiguity has to be analysed taking into consideration the status of the President of the Republic. In the Commentary on the Constitution of the Republic of Lithuania, for instance, it is stated that «the President of the Republic, under Article 77 of the Constitution, is the head of state but that does not mean being also the head of the

executive power as, for example, in the United States the President, as the analysis of his/her functions and authorities suggests, is the guarantee of the stability of the country and ensures a harmonious functioning and interaction of state government institutions [...]»⁵. As L. Talat-Kelpša claims, «from the legal point of view, the President is the head of state and does not perform the functions of the head of Government»⁶. Thus the President is not its formal head but actually implements it and directly and indirectly (via the Members of the Government) makes an active impact on the activity of executive authorities.

Finally, the analysis of Article 84 of the Constitution of the Republic of Lithuania removes all doubts regarding the position of the President of the Republic in the system of executive authorities. It shows that the President of the Republic performs functions related to the legislative as well as the executive and the judicial powers. This allows presuming that the President of the Republic implements state government as the head of state as if, in a way, rising above the legislative, the executive and the judicial powers (even though it is not directly provided for in the Constitution), because he/she has in his/her disposition sufficiently significant authority in all spheres of activity of the abovementioned powers, and, as well, that «the President is rather a moderator that by his/her standing may reduce conflict situations between the legislative and the executive powers»⁷. On the other hand, the President of the Republic not only plays the role of a moderator or coordinator but also as the top State officer performs significant functions in the spheres ascribed to each of the powers of state government, thus ensuring effective functioning and interaction of each of the powers of state government as well as the whole state government system. In other words, the President of the Republic is a certain guarantee of the organisation and functioning of the system of state government as well as a harmonious interaction among its elements.

As regards the place of the President of the Republic in the system of state power authorities in the juridical sense, noteworthy is the fact that, similarly to other state powers, a separate Chapter VI of the Constitution is dedicated to the institute of the President of the Republic. This is another argument in support of the position that the President of the Republic should not be identified with any of the branches of state power. Undoubtedly, it is possible to raise the question regarding the scope of his/her authority with regard to each of the type of state power; however, this also would not be able to serve as sufficient grounds for the attribution of the President of the Republic to one of the branches of state power. The significance and the threefold nature of the authority of the President of the Republic allows treating the President of the Republic as an exceptional subject that can, in one form or another, make an impact on the organisation, functioning and interaction of all state powers but is «separated» from institutions implementing a particular type of state power and comprises an independent institute. This means that even though interacting, in one way or another, with all of the branches of state power, the President of the Republic is not the head of any of them.

Interesting insights regarding the position of the President of the Republic in the aspect of the doctrine of the separation of powers are provided by E. Šileikis: «the President of the Republic, being related to the legislative, the executive as well as the judicial power, is not a classical (ordinary) executive authority, i.e. to be attributed to a specific «mixed» or «the fourth» power»⁸. Therefore, the President of the Republic, even though, under the Constitution and other laws, implementing certain authorities related to all branches of state power and, in a certain way, being a part of the executive power, organisationally is not attributed to any system of the institutions of state power, including the one of the executive power.

Once the place of the President of the Republic in the aspect of the system of state power is defined, one may conclude that the Government is the most important and fundamental executive authority. T. Birmontienė stresses, «even though on the basis of the constitutional doctrine the institute of the President of the Republic is attributed to the executive power, in this aspect his/her constitutional status cannot be treated equal to that of the Government. The authorities of the President of the Republic and the Government, as two branches of the dual (duplicated) executive power, are different and independent with regard to each other [...], the President of the Republic does not have the authority to directly supervise the activity of the Government. The Constitution does not stipulate any particular spheres where the President of the Republic may give assignments to the Government [...]»⁹.

In the context of the issue being discussed, Chapter VII «The Government of the Republic of Lithuania» of the Constitution of the Republic of Lithuania is relevant. This chapter is devoted to a single executive authority and does not directly provide any definition or structure of the system of executive authorities. Under Article 91 of the Constitution, ministers are attributed to the Government, while under Article 94 subparagraph 3 it (Government) also coordinates the activities of the ministries and other establishments of the Government. Even though this provision is meant for emphasising the directions of activity (functions) of the Government, it as well allows claiming that ministries and establishments of the Government are to be attributed to the group of executive authorities. However, as will be revealed further on in this article, in terms of structure the system of these authorities is far more complex, and today, having no clear legal regulation, it is not that easy to provide its precise definition. Therefore, the systemic and logical analysis of the provisions of this subparagraph of the Constitution allows identifying only a preliminary system of executive authorities that without, as mentioned above, the Government would be supplemented by ministries and establishments of the Government.

As regards to the system of Lithuanian executive authorities in the context of the Constitution, its Article 123 Paragraph 2 (the legitimacy of the activities of the municipalities is supervised by the representatives appointed by the Government) is important. The implementation of this paragraph belongs to the competence of the Government as the supreme executive authority. Thus institutions of the representatives of the Government are also to be considered as executive authorities. Such doubts are eventually settled by norms regulated under the Law on the

Government and the Law on Administrative Supervision of Municipalities of the Republic of Lithuania. Therefore, the representatives of the Government in the regions should also be considered to be territorial executive authorities that perform the functions of the supervision of the legitimacy of the activities of municipalities in a certain territorial administrative unit (county), as the representatives of the Government in the counties are appointed by the Government and they are subordinate and accountable to it.

One of the most important legal acts (after the Constitution) for the analysis of the system of executive authorities is the Law on the Government of the Republic of Lithuania that provides for the legal grounds for the establishment and activity of separate executive authorities. This legal act also lacks direct definition of the system of executive authorities; however, its systemic and logical analysis (Article 22 Subparagraphs 7, 8, 11, 14, 15; Article 26 Paragraph 3 Subparagraphs 7, 8, 10; Article 27 as well as Chapter VIII of the Law on the Government) suggests that institutions under the ministries as well as institutions of the representatives of the Government are attributed to this system. It would probably not be a mistake to claim that in terms of legal indefiniteness the Law of Government is the most important legal foundation for the designing of the system of executive authorities.

Scholars and practitioners also argue whether local self-government institutions (municipalities) are to be treated as a constituent part (element) of the system of Lithuanian executive authorities. In Article 5 Paragraph 1 of the Constitution of the Republic of Lithuania municipalities are not mentioned among the institutions executing state power. Furthermore, attention should be paid to the fact that a separate Chapter X of the Constitution is dedicated to local self-government as well as other institutions representing the types of state power. Thus, local self-government institutions comprise an individual level of government; they are not subordinated to any state institution and not attributed to any group of the institutions of state power, including the executive power. This is supported by the principle of the separation of powers stipulated in Article 5 Paragraph 1 of the Constitution («State power shall be executed by the Seimas, the President of the Republic and the Government, and the Judiciary»¹⁰), by Article 120 Paragraph 2 of the Constitution («Municipalities shall act freely and independently within their competence defined by the Constitution and laws»¹¹), by Article 4(2) of the European Charter of Local Self-Government («Local authorities shall, within the limits of the law, have full discretion to exercise their initiative with regard to any matter which is not excluded from their competence nor assigned to any other authority»¹²) as well as by Article 52 Paragraph 2 of the Law on Local Self-Government of the Republic of Lithuania («Municipalities shall not be subordinate to State institutions»¹³). The Constitutional Court of the Republic of Lithuania is of the same opinion. In some of its rulings (of 18 February 1998, of 24 December 2002, etc.) it has stated that, pursuant to the Constitution, state government and local self-government are two separate systems of public administration. In the Constitution, local-self government is defined as a local system of public administration acting on the grounds of self-efficacy and not directly subordinate to state power institutions. Local self-government is the power of the territorial communities of administrative units provided for by law that is formed and functions on constitutional grounds different from the ones state power is based on. State government is implemented through state power institutions and other institutions set out in the Constitution and laws. The right to self-government is implemented through municipal councils and executive institutions subordinated to them. Constitutional principles on which the organisation of state power and local self-government is based coincide only in part. Thus they are not formations (structures) of the state and, consequently, not a part of the system of executive authorities, as «in the Constitution local self-government is not identified with state government»¹⁴.

As mentioned before, commissions and committees of the Government set up by the Government are also attributed to the system of executive authorities; however, the inclusion of some of them into this system is doubtful. In this case, attention should be paid to the period of the functioning of the commissions and committees of the Government. They are classified into temporary and permanent. Temporary committees and commissions of the Government are set up to solve specific organisational questions (for example, Resolution No. 687 of the Government of the Republic of Lithuania of 19 June 2000 «On the Setting up of the Commission for the Reorganisation of State Enterprise State Radio Frequency Service», Resolution No. 1243 of the Government of the Republic of Lithuania of 16 October 1998 «On the Setting up of the Commission for the Organisation of the Third Conference of the Baltic Sea States»¹⁵, Resolution No. 736 of the Government of the Republic of Lithuania of 18 June 2001 «On the Setting up of the Organising Committee of the World Masters' Orienteering Championship of 2001 in Lithuania»¹⁶, etc.). As such temporary commissions and committees of the Government deal with organisational issues and do not perform the functions of the executive power; they should not be included in the system of executive authorities. Considering the functions performed, only permanent committees and commissions of the Government performing the coordinative functions may, in part, be attributed to the system of executive authorities. These are coordinating institutions that are set up by the Government, perform functions of administrative nature and, considering their essence, are not attributed to executive authorities. Certain reservations exist in defining such institutions as executive authorities, i.e. one must logically realise that their dependence to this power or their attribution to executive authorities is determined by the fact that they are set up by the supreme executive authority and that they usually perform administrative (coordination, control, supervision) functions.

Permanent committees of the Government the members of which are ministers and the Prime Minister, in other words, committees that are set up from the members of the Government only should not be considered to be executive authorities and attributed to their system. They are collegial advisory institutions the functioning of which is treated as one of the forms of the activity of the Government. Such permanent committees of the Government consider topical, priority or controversial (not agreed upon) questions of a specific sphere of government and provide

conclusions and submit proposals for the drafters of legal acts and the Government, i.e. perform functions of advisory nature.

A group of other institutions (for example, the Bank of Lithuania, State Security Department, National Audit Office of Lithuania, Special Investigation Service, The Seimas Ombudsmen's Office, etc.) that perform important executive functions are also not attributable to the abovementioned system. Their heads are appointed by and accountable and subordinate to the Seimas (for example, the Seimas Ombudsman, Equal Opportunities Ombudsman, the Chair of the State Commission for Cultural Heritage, the Chair of the Central Electoral Commission, etc.), the President of the Republic (for example, the Chair of the National Control Commission for Prices and Energy, etc.), or both abovementioned institutions when they both are involved in the process of their appointment (for example, National Audit Office of Lithuania, Special Investigation Service, State Security Department, etc.). Namely the procedure for the setting up of these institutions as well as their accountability and subordination to the Seimas or the President of the Republic (or both) does not allow including them in the system of executive authorities, one of the features of which is the accountability and subordination of institutions comprising it to the Government. This is a solid ground that allows treating these institutions as so-called administrative (also, institutions of state government (administration)) rather than executive authorities.

The majority of executive authorities have their territorial structures. Considering the fact that they perform their functions in a certain territorial administrative unit (county, municipality or several counties), they should also be included in the system of executive authorities and attributed to the territorial level of the system.

With reference to the arguments laid out, the Constitution of the Republic of Lithuania and the Law on the Government of the Republic of Lithuania adopted on the basis of the Constitution, it is possible to conclude that the system of executive authorities of Lithuania is comprised of the following institutions:

- 1) The Government (the supreme executive authority);
- 2) Ministries (central executive authorities);
- 3) State enterprises (central executive authorities);
- 4) Commissions and committees of the Government (central executive authorities);
- 5) Enterprises under ministries (central executive authorities);
- 6) Institutions of the representatives of the Government in the counties (territorial executive authorities);
- 7) Territorial structures of central executive institutions.

Therefore, the Constitution of the Republic of Lithuania by providing for one of the most important principle of state activity – the principle of the separation of powers – indirectly excludes the executive power as an independent type of state government and delegated the function of its implementation to the system of executive authorities under the supervision of the Government. In terms of structure, the system of Lithuanian executive authorities is rather complex: it is comprised of seven groups of institutions of various legal forms. The majority (and most important) of such institutions function in the central level of the system of executive authorities.

Final remarks

1. The President of the Republic of Lithuania performs several functions of the executive power. However, the President is not attributed to the system of executive authorities. The analysis of the provisions of Article 84 of the Constitution of the Republic of Lithuania shows that the President of the Republic of Lithuania performs the functions related to all three powers, thus it would not be logical to attribute the President to the system of executive authorities only.

2. The Constitution of the Republic of Lithuania lacks a clear and explicit definition of the system of executive authorities. For the juridical identification of the institutional structure of executive power, very important is the Law on the Government of the Republic of Lithuania. Even though it also does not directly define the system of executive authorities, a systemic and logical analysis of its norms allows identifying this system.

3. Local self-government institutions (municipalities) are not to be attributed to the system of executive authorities. The fact that a separate chapter of the Constitution of the Republic of Lithuania is dedicated to local self-government means that the state acknowledges local self-government as a separate level of government independent from state power. The organisation of local government is not based on the doctrine of the separation of powers.

4. Only institutions (bodies) that are set up by the Government and subordinate and accountable to it are attributable to the system of executive authorities. Institutions that are set up by as well as subordinate and accountable to the President of the Republic of Lithuania and/or the Seimas of the Republic of Lithuania cannot be attributed to the system of executive authorities.

¹ Constitution of the Republic of Lithuania. – Vilnius, 1992. – P. 6.

² Mesonis G. Lietuvos valdymo forma: lyginamasis aspektas Vidurio ir Rytų Europos kontekste: daktaro disertacija. [The Form of Government in Lithuania: A Comparative Aspect in the Context of Central and Eastern Europe. Ph.D. diss.] – Vilnius, 2000. – P. 99.

³ Stačiokas S. Lietuvos nacionaliniai interesai ir valdžių tarpusavio sąveika [National Interests of Lithuania and Interaction of Powers] // Lietuvos nacionaliniai interesai ir jos politinė sistema. [National Interests of Lithuania and Its Political System] – Vilnius, 1995. – P. 68.

⁴ Official Gazette. 14 January 1998. No. 5. Publication No. 99.

⁵ Commentary on the Constitution of the Republic of Lithuania. Part 1. – Vilnius, 2001. – P. 32.

⁶ Talat-Kelpša L. Pusiau prezidentizmo link: Lietuvos institucinės reformos analizė [Towards Half-Presidentialism: Analysis of the Lithuanian Institutional Reform] // Politologija. [Political Science.] – Vilnius, 1996. No. 1. – P. 96.

⁷ Hollstein A. Valstybės organizacinis modelis Lietuvos Konstitucijoje: trečiasis kelias tarp prezidentinės ir parlamentinės sistemos? [State Organisational Model in the Constitution of Lithuania: The Third Way Between a Presidential and a Parliamentary System?] // Politologija. [Political Science.] – Vilnius, 1999. No. 2. – P. 34.

⁸ Šileikis E. Valstybės vadovo statusas: teoriniai ir praktiniai klausimai [The Status of the Head of State: Theoretical and Practical Questions] // Teisė. [Law.] – Vilnius, 2001. Nr. 38. – P. 96.

⁹ Prezidentas valstybės valdžios institucijų sistemoje. Birmontienė T. Konstitucinė Lietuvos Respublikos Prezidento dekreto doktrina. [President in the System of the Institutions of state Power. Birmontienė T. Constitutional Doctrine of the Decree of the President of the Republic of Lithuania.] – Vilnius: MES. 2011. – P. 119–120.

¹⁰ Constitution of the Republic of Lithuania. – Vilnius, 1992. – P. 6.

¹¹ Ibid. – P. 47.

¹² Official Gazette. 1 October 1999. No. 82. Publication No. 2418.

¹³ Official Gazette. 20 July 1994. No. 55. Publication No. 1049; 27 October 2000. No. 91. Publication No. 2832.

¹⁴ Official Gazette. 18 January 2002. No. 5. Publication No. 186.

¹⁵ Official Gazette. 21 October 1998. No. 92. Publication No. 2563.

¹⁶ Official Gazette. 23 June 2001. No. 53. Publication No. 1873.

Отримано 4.04.2014

УДК 347.77

Л. БОЛОКАН, С. МУНТЯНУ

Лилия Болокан, доктор наук, генеральный директор Государственного агентства по интеллектуальной собственности Республики Молдова (AGEPI);

Светлана Мунтяну, доктор наук, зам. генерального директора Государственного агентства по интеллектуальной собственности Республики Молдова (AGEPI)

РОЛЬ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ В ПРОДВИЖЕНИИ И ИСПОЛЬЗОВАНИИ ИННОВАЦИЙ В РЕСПУБЛИКЕ МОЛДОВА

Национальная стратегия развития «Moldova-2020»¹ в качестве основного направления экономического роста страны определяет новую парадигму экономического развития Республики Молдова, которая предполагает:

- привлечение инвестиций;
- развитие экспортных отраслей промышленности;
- развитие общества, основанного на знаниях;
- усиление научных исследований и разработок;
- инновации и передачу технологий, направленные на повышение эффективности и конкурентоспособности.

В контексте глобализации и международной конкуренции сценарий инновационного экономического развития страны не имеет альтернативы.

Человечество вступило более 30 лет назад в эпоху экономики, основанной на знаниях, что значительно увеличивает роль и значение результатов интеллектуальной деятельности в развитии общества.

В этих условиях, согласно Президенту Европейской комиссии Жозе Мануэлю Баррозу, «мы не можем отвечать на вызовы будущего инструментами прошлого»².

Интеллектуальные продукты, информация и знания, духовный, научный и культурный потенциал современного общества являются движущей силой устойчивого развития и определяют экономическую конкурентоспособность, а способность интеллектуальной собственности генерировать доходы не менее важна, чем доступ к ресурсам или наличие промышленной базы.

Значение и роль интеллектуальной собственности также находят свое отражение во **Всемирной декларации по интеллектуальной собственности, принятой 26 июня 2000 г. в Женеве**³. С исторической точки зрения, интеллектуальная собственность была и остается одним из основных и необходимых элементов прогресса и развития всего человечества; ее настоящее значение и определяющая роль в человеческой деятельности проявились в современную эпоху – «эру знаний». Интеллектуальная собственность способствует экономическому росту, конкурентоспособности, трудовой занятости, повышению уровня благосостояния населения.

Охрана интеллектуальной собственности является условием *sine qua non* для инноваций. Без охраны изобретений и результатов творчества нет стимула вкладывать в них. Более того, их использование авторами в качестве активов не было бы возможным. Интеллектуальная собственность (далее – ИС):

- мотивирует компании инвестировать в исследования и разработки;
- содействует передаче знаний от лаборатории к рынку;
- обеспечивает охрану на мировом рынке.

Принципы рыночной экономики и охрана интеллектуальной собственности закреплены в Конституции Республики Молдова. Так, в соответствии со ст. 126 экономика Республики Молдова является рыночной, социально ориентированной, основанной на частной и публичной собственности и свободной конкуренции, а государство должно обеспечивать свободу торговли и предпринимательской деятельности, защиту добросовестной конкуренции, создание благоприятных условий для использования всех производственных факторов. Также, в соответствии со ст. 33, государство обеспечивает свободу творчества, а право граждан на интеллектуальную собственность, их материальные и моральные интересы, возникающие в связи с различными видами интеллектуального творчества, охраняются законом. Государство способствует сохранению, развитию и распространению достижений национальной и мировой культуры и науки.

Почему охрана ИС является крайне необходимой? Создание новых технологий и их эффективное использование обеспечивает стратегическое преимущество и определяет положение страны на экономической и политической картах мира:

- а) ее прогресс и процветание зависят от творчества граждан в технической и культурной областях;
- б) правовая охрана новых творческих разработок привлекает инвестиции и приводит к другим инновациям;
- в) продвижение и охрана ИС:
 - стимулирует экономический рост,
 - обеспечивает создание новых рабочих мест,
 - способствует созданию новых отраслей деятельности,
 - определяет повышение качества жизни и т.д.

Уровень развития науки, наукоемких отраслей и инновационных предприятий определяет демаркационную линию между богатыми и бедными странами, представляя собой **основу** для устойчивого роста экономики.

В частности, промышленные отрасли, которые основываются на охране прав интеллектуальной собственности, вносят существенный вклад в экономику. Инновационная эффективность стран коррелирует непосредственно с изобретательской деятельностью, в том числе с количеством патентов на передовые технологии (*high tech*).

Сильные права ИС:

- а) являются жизненно важным условием для:
 - привлечения прямых иностранных инвестиций, особенно в некоторых секторах, основанных на правах интеллектуальной собственности (программное обеспечение, химическая, фармацевтическая, электронная продукция);
 - стимулирования инновационной деятельности;
 - содействия научным исследованиям и разработкам (НИР) и передачи технологий;
- б) имеют позитивное влияние на торговлю;
- в) препятствуют имитации в тех же секторах.

Именно поэтому усилия правительств инвестировать в укрепление режимов ИС не считаются расходами, а скорее – **инвестициями, генерирующими добавленную стоимость и экономический рост**.

Исходя из этих соображений, в Республике Молдова, с момента обретения независимости, уделялось особое внимание развитию правовых и институциональных рамок в области интеллектуальной собственности.

В указанный период была создана и консолидирована комплексная нормативная база по интеллектуальной собственности, которая включает национальное законодательство и международные договоры в области ИС, стороной которых является Республика Молдова⁴.

В 2007–2010 гг. вся нормативная база, относящаяся к области ИС, была пересмотрена. Были приняты в новой редакции шесть специальных законов, гармонизованных с законодательством Европейского Союза, которые регламентируют охрану объектов промышленной собственности и произведений, защищаемых авторским и смежными правами, а именно:

- Закон об охране промышленных рисунков и моделей № 161-XVI от 12 июля 2007 г.;
- Закон об охране товарных знаков № 38-XVI от 29 февраля 2008 г.;
- Закон об охране сортов растений № 39-XVI от 29 февраля 2008 г.;
- Закон об охране изобретений № 50-XVI от 7 марта 2008 г.;
- Закон об охране географических указаний, наименований мест происхождения и гарантированных традиционных продуктов № 66-XVI от 27 марта 2008 г.;
- Закон об авторском праве и смежных правах № 139-XVI от 2 июля 2010 г.

В законах в области интеллектуальной собственности была также учтена Директива Европейского Парламента и Совета 2004/48/CE от 29 апреля 2004 г. о защите прав на интеллектуальную собственность.

Нормативную базу в области ИС дополняет Закон об охране топографий интегральных схем № 655-XVI от 29 октября 1999 г., разработанный в соответствии с международным законодательством.

После провозглашения своей независимости и до настоящего времени Республика Молдова присоединилась к основным международным и региональным организациям, а также к 33-м международным договорам в области ИС, являясь одной из немногих стран, которые присоединились ко всем 24-м международным соглашениям в области ИС, администрируемым Всемирной организацией интеллектуальной собственности (далее – ВОИС), а также к трем – администрируемым, соответственно, УПОВ, ВТО и ЮНЕСКО и к шести – в рамках СНГ.

Важным событием в плане консолидации национальной системы ИС стало подписание **16 октября 2013 г., в Мюнхене** Соглашения между Правительством Республики Молдова и Европейской патентной организацией (далее – ЕПО) о признании европейских патентов.

В настоящее время 38 государств являются членами ЕПО. Патенты, выданные в соответствии с Европейской патентной конвенцией (далее – ЕПК), называются европейскими патентами. В каждом государстве, для которого он выдан, европейский патент имеет те же действия и подлежит такому же режиму, как национальный патент, выданный в этом государстве.

Признание действия европейских патентов на территории Республики Молдова означает экономическую привлекательность, основанную на существенном увеличении доверия иностранных инвесторов в потенциал законодательства и административно-технической инфраструктуры нашей страны в плане обеспечения охраны их инвестиций, в том числе в области промышленной собственности, а также надежную гарантию для иностранных инвесторов, желающих обеспечить охрану европейского уровня для своих изобретений.

Интеллектуальная собственность имеет комплексный и многофункциональный характер, присутствуя во всех областях экономической, научной, культурной и социальной жизни.

Это обуславливает необходимость **системного подхода** к интеллектуальной собственности, как с правовой, так и с институциональной точки зрения. Вместе с тем, правильное управление ею создает возможность получения **положительных синергетических эффектов** в различных областях и стимулирует **творческую активность, инновации и экономический рост страны**.

Таким образом, полное вовлечение ИС в экономическую, социальную и культурную деятельность страны требует соответствующей Стратегии, основанной на комплексном, многопрофильном и сбалансированном подходе к проблемам ИС, на высокой степени межведомственного, междисциплинарного и межотраслевого сотрудничества на всех уровнях, направленной на укрепление Национальной системы ИС.

Несмотря на существование адекватной правовой и институциональной базы, национальная система ИС испытывает много проблем, унаследованных от социалистического прошлого, вызванных, прежде всего, недостаточными знаниями и низким уровнем культуры в сфере ИС на фоне всего общества.

К ним относятся неэффективное применение механизмов охраны, защиты и соблюдения прав ИС; высокий уровень контрафакции и пиратства, в том числе широкое использование нелицензионного программного обеспечения; недостаточное использование объектов интеллектуальной собственности (ОИС), особенно внедрение изобретений; крайне низкое использование потенциала ИС бизнес-средой и т.д.

Это определило разработку и принятие Национальной стратегии в области интеллектуальной собственности до 2020 г. (далее – Стратегия) и Плана действий на 2012–2014 гг. по реализации Стратегии⁵. Особое внимание в Стратегии уделяется той роли, которую ИС может и должна играть в инновационном развитии страны.

Видение Стратегии: Интеллектуальная собственность является фундаментальным инструментом в создании благоприятной среды для инноваций, творческой активности и свободной конкуренции, для экономического, социального и культурного развития Республики Молдова.

Миссия Стратегии: Развитие и укрепление адекватной правовой, институциональной и социальной основы для создания, охраны, управления и использования в полной мере потенциала интеллектуальной собственности, соответствующей международным стандартам и содействующей развитию конкурентоспособной национальной экономики, основанной на знаниях и **инновациях**.

В Стратегии определены следующие общие цели:

1. Стимулирование создания, охраны и использования интеллектуальной собственности в качестве ключевого инструмента реализации условий для перехода страны к инновационной модели роста экономики.

2. Постоянное совершенствование нормативной базы в области интеллектуальной собственности, в том числе путем ее гармонизации с законодательством Европейского Союза и внедрения международных договоров в данной области, стороной которых является Республика Молдова.

3. Развитие и модернизация Национальной системы интеллектуальной собственности, рост ее прозрачности и согласованности.

4. Укрепление институционального потенциала органов, наделенных полномочиями и ответственностью в отношении защиты и обеспечения соблюдения прав ИС, развитие эффективной инфраструктуры по предупреждению и борьбе с явлениями контрафакции и пиратства.

5. Продвижение и развитие высокой культуры в области ИС, информирование широкой общественности о роли ИС и повышение интереса к защите и соблюдению прав интеллектуальной собственности.

6. Развитие международного, регионального и двустороннего сотрудничества в области ИС и интегрирование Республики Молдова в международное и европейское интеллектуальное пространство.

Общие цели детализированы для их осуществления посредством специфических целей, которые, в свою очередь, реализуются через специфические меры и действия.

Что касается роли ИС в содействии освоения инноваций, Стратегия содержит ряд конкретных задач и мер по их достижению:

- повышение роли интеллектуальной собственности и инноваций в развитии страны;
- увеличение инновационного потенциала научно-исследовательских учреждений, университетских центров и бизнес-среды;
- расширение роли интеллектуальной собственности в продвижении торговли и привлечении инвестиций. Надлежащая охрана и адекватное использование отличительных знаков, знаков происхождения и качества, промышленного дизайна и гарантированных традиционных продуктов;
- повышение роли авторского права и смежных прав в развитии культуры, индустрии культуры и информационных технологий;
- модернизация инструментов по использованию и продвижению интеллектуальной собственности;
- поощрение использования интеллектуальной собственности малыми и средними предприятиями.

Разработка новой информации, знаний и изобретений – отправная точка инновационного процесса, чьим ключевым компонентом является творчество. Основными генераторами знаний и инноваций в Республике Молдова являются: академические и отраслевые научно-исследовательские институты; университетские центры технического профиля, в сфере точных и естественных наук; бизнес-среда; физические лица – изобретатели и творческие люди в художественной и технической сферах.

Задача охраны прав интеллектуальной собственности для университетов должна быть ориентирована на поощрение передачи знаний, экономическое применение результатов научных исследований и генерированных знаний на благо общественности и для создания ценности, чтобы сделать исследовательскую функцию более привлекательной и востребованной.

Управление ИС должно стать эффективным инструментом для максимизации выгод от использования результатов интеллектуальной деятельности. Также, бизнес-среда должна стать ключевым фактором в создании инноваций и их наиболее важным потребителем.

Экономическое использование/освоение результатов научных исследований и полученных знаний осуществляется посредством ИС, в широком смысле – с помощью объектов промышленной собственности и авторского права (рис. 1).

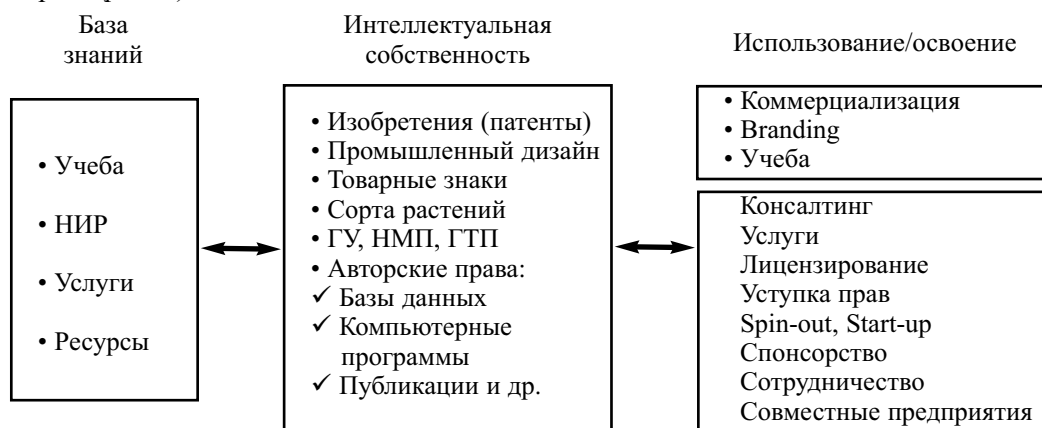


Рис. 1. Соотношение интеллектуальной собственности и передачи знаний⁶.

База знаний, генерируемая сферой НИОКР не только страны, но и на мировом уровне, и являющаяся ее несомненным достоянием, может быть экономически использована, только если знания преобразуются в технические решения, прикладные знания и другие виды научно-технологических разработок, которые могут быть защищены правами ИС. Существует взаимозависимость между этими тремя звеньями, а стороны, вовлеченные в передаче знаний от сферы НИОКР (университеты) к промышленности, могут получить множество преимуществ, но также должны решить некоторые проблемы (рис. 2).

Преимущества:	
Сфера НИОКР	Промышленность
<ul style="list-style-type: none"> • Финансирование • Репутация, престиж • Внедрение инноваций • Применение результатов исследований • Расширение спектра • Больше привлекательности • Улучшение профессиональной подготовки и уровня исследований 	<ul style="list-style-type: none"> • Знания / экспертиза • Репутация, престиж • Перспектива развития (будущее) • Реальные исследования • Снижение затрат (outsourcing) • Более высокие продажи и прибыль

Проблемы :	
Сфера НИОКР	Промышленность
<ul style="list-style-type: none"> • Управление ИС • Операционные аспекты • Этос и миссия • Культура и мышление • Финансирование • Потеря академических акцентов 	<ul style="list-style-type: none"> • Права ИС • Организационные вопросы • Продажа и задачи (цели) • Управление и контроль • Денежные вопросы • Коммерческая конкуренция

Рис. 2. Преимущества и проблемы в передаче знаний от сферы НИОКР (университеты) к промышленности⁶.

В условиях общества, основанного на знаниях, интеллектуальная собственность имеет важную роль охраны знаний от отчуждения и незаконного использования, создавая стимулы для новаторов по генерации новых идей и концепций. За последние три десятилетия ИС была в центре стратегий инновационных компаний по всему миру. Глобализация экономической деятельности привела к увеличению инвестиций в инновации. Зафиксирована общая тенденция роста числа патентных заявок на изобретения – от 800 тыс. в начале 80-х, до рекордных 2,35 млн, в 2012 году⁷.

Для Республики Молдова в последние годы наметилась стабилизирующая тенденция общего числа патентных заявок на изобретения (табл. 1). Необходимо отметить, что согласно новому Закону об охране изобретений № 50-XVI от 7 марта 2008 г., изобретения охраняются следующими охраняемыми документами:

а) патент на изобретение;

б) краткосрочный патент на изобретение;

с) дополнительное свидетельство об охране (для патента, предметом которого является медицинский или фитофармацевтический продукт, на который выдано разрешение на продажу).

Таким образом, после вступления в силу Закона прекращен прием заявок на полезные модели; одновременно начат прием заявок на краткосрочные патенты, доля которых в последние годы заметно увеличилась, достигнув в 2013 г. 69 %. Охрана изобретений краткосрочным патентом стала очень привлекательной для национальных заявителей благодаря следующим преимуществам:

– упрощение, ускорение и удешевление процедуры по сравнению с охраной изобретения патентом, предоставляемым с проведением экспертизы заявки по существу, с одной стороны;

– расширение категории объектов, которые могут охраняться таким образом, по сравнению с охраной, предоставляемой ранее полезной моделью, с другой стороны.

Что касается изобретательской деятельности, наиболее активными, как правило, являются учреждения из сферы НИОКР. Так, в 2013 г. ими вкуче подано 57 % от общего числа патентных заявок, поданных национальными заявителями, а доля патентных заявок, поданных физическими лицами в качестве заявителей, составила 43 % (табл. 2).

Таблица 1. Динамика подачи заявок на патент на изобретение, полезную модель и краткосрочный патент в период 2004–2013 гг.

Объект ИС	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Патент на изобретение	303	401	289	353	292	141	143	108	115	96
Полезная модель	21	32	18	37	23	–	–	–	–	–
Краткосрочный патент	–	–	–	–	45	198	201	182	175	213
Итого	324	433	307	390	360	339	344	290	290	309

Важным показателем инновационной статистики считается количество отечественных патентных заявок на изобретения за рубежом, но для Республики Молдова он остается на низком уровне: так, в 1995–2013 гг., посредством АGERI, в качестве получающего ведомства, было подано 105 заявок, в том числе 43 – по процедуре Договора о патентной кооперации (РСТ) и 62 – в соответствии с процедурой Евразийской патентной конвенции.

Интеллектуальная собственность является важным катализатором для инновационного развития. В то же время, феномен инноваций – глубоко системный, более комплексный и сложный, нежели считалось ранее. Он обусловлен экономическим контекстом в целом, и подход к нему требует широкого горизонтального видения. Особенно релевантным в этом смысле является Отчет «Глобальный индекс инноваций 2013 года»⁸, разработанный Международной бизнес-школой INSEAD (The Business School for The World), Корнельским университетом (США) и ВОИС, в котором изучено большинство экономик мира, включающих 94,9 % населения земного шара и 98,7 % мирового ВВП (в долларах США). Отчет использует 84 различных

Таблица 2. Распределение заявок на патент на изобретение и на краткосрочный патент, по категориям национальных заявителей (2013 г.)

Заявители	Патент на изобретение (%)	Краткосрочный патент (%)	Всего (%)
Академия наук Молдовы	26 (39%)	55(26)	81 (29)
Высшие учебные заведения	18 (27)	38 (18)	56 (20)
Учреждения сферы НИОКР с/х профиля и пищевой промышленности	–	9 (4)	9 (3)
Учреждения сферы НИОКР при Министерстве здравоохранения	1 (1,5)	1 (1)	2 (1)
Предприятия и организации	1 (1,5)	9 (4)	10 (4)
Физические лица	21 (31)	99 (47)	120 (43)
ИТОГО	67 (100)	211 (100)	278 (100)

показателя для сравнительной оценки 142 стран на основе их инновационного потенциала. Таким образом, элементы национальной экономики, обеспечивающие инновационную деятельность, включают пять основных столпов, которые охватывают:

- институциональную среду (в том числе политическую, нормативную и предпринимательскую среду);
- человеческий капитал и научные исследования (общее образование, высшее образование, научно-исследовательские институты);
- инфраструктуру (информационные и коммуникационные технологии (далее – ИКТ), общую инфраструктуру, экологическая устойчивость);
- уровень сложности рынков (кредиты, инвестиции, торговля и конкуренция);
- уровень сложности компаний (знания сотрудников, инновационные связи, поглощение знаний), а результаты инновационной деятельности в экономике сгруппированы, формируя два выходных столпа:
- результаты с точки зрения знаний и технологий (создание новых знаний, воздействие и распространение знаний);
- творческие результаты (нематериальные активы, творческие продукты и услуги, онлайн творчество).

По данным «Глобального индекса инноваций 2013 года», в десятке инновационных лидеров находятся следующие страны: Швейцария, Швеция, Великобритания, Нидерланды, США, Финляндия, Гонконг (Китай), Сингапур, Дания и Ирландия.

Республика Молдова заняла 45 место из 142 стран в рейтинге глобального индекса инноваций (Global Innovation Index – IGI) 2013 г., набрав 40,94 балла из 100 возможных и поднявшись на 5 позиций по сравнению с предыдущим годом (50). В то же время, наша страна заняла первую позицию в группе стран с уровнем доходов меньше среднего (LM) и 29 место в европейском регионе (из 39 стран). С точки зрения эффективности инноваций, Республика Молдова заняла 2 место в общем зачете, являясь одной из немногих стран в мире, имеющих коэффициент эффективности больше единицы (табл. 3).

Таблица 3. Позиционирование Республики Молдова по различным критериям, в сравнении с некоторыми странами

Страна	Значение IGI (0–100)	Место	Доходы*	Место	Регион**	Место	Коэффициент эффективности инноваций	Место
Республика Молдова	40.94	45	LM	1	EUR	29	1.08	2
Румыния	40.33	48	UM	9	EUR	30	0.88	34
Российская Федерация	37.20	62	UM	19	EUR	35	0.70	104
Украина	35.78	71	LM	4	EUR	37	0.89	31
США	60.31	5	HI	5	NAC	1	0.74	86
Китай	44.66	35	UM	3	SEAO	8	0.98	14

Примечания:

* Согласно классификации Всемирного банка (июль 2012 г.): LM – доходы ниже средних; UM – доходы выше средних и HI – высокие доходы.

** Регионы согласно классификации Организации Объединенных Наций (11 февраля 2013 г.): EUR – Европа; NAC – Северная Америка; SEAO – Юго-Восточная Азия и Океания.

Республика Молдова числится среди 18 стран с переходной экономикой^{*}, которые быстро обучаются и внедряют инновационный потенциал, поднимаясь в рейтинге IGI. Это демонстрирует высокий инновационный уровень по сравнению с другими странами с аналогичными доходами. Позиция нашей страны в значительной степени обусловлена достижениями в таких областях, как «создание знаний» и «нематериальные активы», которые включают в себя ОИС, где отмечаются самые высокие результаты (табл. 4). Они показывают, что национальное ведомство по интеллектуальной собственности – АГЕРІ – эффективно, а законодательство в области ИС соответствует международным и европейским стандартам и принципам.

Среди слабых сторон нашей страны в IGI являются показатели логистики и среды, венчурные фонды, сотрудничество университетов с промышленностью, развитие инновационных кластеров и так далее, которые находятся на уровне, недостаточном для обеспечения инновационного процесса.

Особую роль в инновационном развитии страны имеют малые и средние предприятия (далее – МСП). По данным Национального бюро статистики, в 2012 г. в Республике Молдова было 49,4 тысяч МСП, или 97,5 % от общего числа предприятий, в которых работали 300,2 тысяч человек (57,7 % от общего числа работников предприятий). Доходы МСП от продаж составили 34,5 % от общего объема продаж в экономике. Несмотря на большую долю МСП, они недостаточно используют потенциал ИС.

Для МСП инновационное развитие часто может быть единственным способом выживания. Тем не менее, малые и средние предприятия имеют наибольшую потребность в поддержке в области содействия использованию ИС и, в частности, инноваций. Зачастую менеджмент малого и среднего бизнеса недооценивает приоритеты использования ОИС и конкурентные преимущества, которые можно получить от их применения. Поэтому инфраструктура интеллектуальной собственности, в том числе инновационная, должна быть предназначена в первую очередь деятельности малых и средних предприятий.

Таблица 4. Сильные показатели Республики Молдова в IGI

Показатель	Наименование показателя	Баллы	Процентное значение	Место
2.1	Образование	69,3	87,8	18
2.1.1.	Текущие расходы на образование, в % от валового национального дохода	7,4	93,8	8
2.1.2.	Государственные расходы / учащийся, % ВВП / на душу населения	45,2	99,0	2
2.1.5.	Соотношение учащийся – преподаватель	9,9	82,0	24
2.2.4.	Охват населения высшим образованием, %	4,3	87,0	19
6.1	Создание знаний	46,1	87,9	18
6.1.1	Патентные заявки, поданные в национальное ведомство/ 1 млрд ВВП	8,9	84,9	18
6.1.3	Заявки на полезную модель ^{**} , поданные в национальное ведомство/ 1 млрд ВВП	14,8	95,0	1
6.2.1	Темпы роста ВВП / работающее лицо, %	7,8	97,4	4
6.3.3	Экспорт коммуникационных, компьютерных и информационных услуг, %	20,4	91,2	13
7.1	Нематериальные активы	65,9	96,3	6
7.1.1	Заявки на регистрацию товарных знаков, поданные национальными резидентами /1 млрд ВВП	178,5	98,9	1
7.1.2	Товарные знаки, зарегистрированные страной происхождения через Мадридскую систему / 1 млрд ВВП	4,5	95,8	4

В условиях, когда внедрение инноваций стало важнейшим фактором экономического роста, а приоритеты МСП проявились в полной мере в практической хозяйственной деятельности, их развитие по иннова-

^{*} Армения, Китай, Коста-Рика, Грузия, Венгрия, Индия, Иордания, Кения, Латвия, Малайзия, Мали, Республика Молдова, Монголия, Черногория, Сенегал, Таджикистан, Уганда и Вьетнам.

^{**} По статистике ВОИС, заявки на краткосрочные патенты на изобретения приравниваются к заявкам на полезные модели.

ционному пути стало велением времени. Поощрение использования интеллектуальной собственности малыми и средними предприятиями является одной из специфических задач Стратегии, которая включает в себя ряд мер по ее достижению:

- информирование бизнес-среды о коммерческих возможностях, предоставляемых ИС, и увеличение доходов МСП от использования ОИС;
- приоритетное стимулирование инновационного процесса в МСП;
- предоставление МСП доступа к информации об охране интеллектуальной собственности и к услугам по предиагностике ИС;
- стимулирование создания и функционирования малых предприятий и предприятий *start-up*;
- обеспечение доступа инновационных МСП к финансовым ресурсам на льготных условиях (займы, гранты и т.д.);
- создание необходимых условий для повышения интереса МСП к инновационному развитию.

В настоящее время поощрение инновационной деятельности малых и средних предприятий осуществляется в форме грантов, налоговых льгот, скидок на пошлины за юридические услуги в области ИС (пошлины на изобретения составляют всего 15 % от квоты обычных пошлин, на промышленный образец – 35 %, на товарные знаки – 50 %). Для нужд малого и среднего бизнеса АГЕPI в 2009 г. ввело новый тип услуг – предиагностику ИС, которые осуществляются бесплатно, однако предприятия неохотно прибегают к ним.

Интеллектуальная собственность является сильным инструментом передачи знаний и повышения конкурентоспособности через инновации: около 80–90 % новой технической информации содержится в патентных базах данных; более 90 % патентов относятся к разработке продукции, к улучшению или к методам производства; около 50 % производственных процессов известны и уже разработаны. Патентная информация помогает избежать необоснованных затрат и нарушения прав третьих лиц, и в то же время позволяет свободно использовать неохранные изобретения, но эта возможность практически не используется МСП.

Учитывая степень еще недостаточного познания системы ИС, АГЕPI прилагает все усилия для информирования общественности о преимуществах, которые можно получить, используя инструменты, предоставляемые ИС на пути инновационного развития, но и о рисках в случае игнорирования охраны или нарушения прав ИС. С этой целью для различных категорий бенефициаров организуются: тематические семинары (национальные, региональные, с международным участием); мероприятия по распространению информации в рамках национальных и международных выставок, а также через радио и телевидение, пресс-конференции; издание методических и популяризаторских работ в области ИС; конкурсы; широкомасштабные события, посвященные ИС.

Большинство упомянутых видов деятельности организуются АГЕPI совместно с различными органами центрального публичного управления, учреждениями и организациями в области науки и инноваций и университетов, а также на основе соглашений о сотрудничестве.

В контексте продвижения и использования инноваций АГЕPI уделяет большое внимание обучению и подготовке кадров в области ИС, что осуществляется на учебных курсах «Охрана интеллектуальной собственности», продолжительностью 162 часа, и «Оценка интеллектуальной собственности», продолжительностью 164 часа, а также в ходе семинаров и тренингов для различных категорий субъектов (органы государственной власти, судьи, полицейские, таможенники, бизнес-среда, в том числе малые и средние предприятия, общественность).

Для повышения уровня знаний о системе охраны интеллектуальной собственности и повышения качества подаваемых заявок на патент в 2013 г. АГЕPI предоставило возможность прослушать бесплатно в ходе курсов дисциплину «Изобретения» специалистам в области НИОКР и высшего образования страны. Таким образом, 16 специалистов из нескольких академических институтов и университетов, а также Агентства по инновациям и трансферу технологий, имели возможность ознакомиться, теоретически и практически, не только с национальной, но и с международной и европейской системой охраны изобретений, что особенно актуально в контексте интеграции научного сообщества Республики Молдова в Европейское исследовательское пространство.

С развитием информационных технологий все более важную роль в продвижении интеллектуальной собственности и инноваций имеет официальный сайт АГЕPI <http://agepi.gov.md/>, разработанный и запущенный в 1998 г., в 2004 г. и 2011 г. будучи разработаны его новые форматы.

Посредством расширения доступа к Интернету все большее число пользователей обращается к информации, размещенной на сайте Агентства, имея бесплатный онлайн-доступ к обновленной информации, в том числе к Официальному бюллетеню промышленной собственности (ВОPI) и к базам данным «Изобретения», «Товарные знаки», «Сорта растений», «Промышленный дизайн» и «Научные результаты». После запуска нового формата сайта его популярность значительно возросла: в течение 2012 г. посещаемость увеличилась примерно в 8 раз по сравнению с 2011 г., достигнув 678 275 посещений, в среднем более 1 850 в сутки, а количество единых посетителей увеличилось в 13 раз, достигнув 655 727. Эти данные наглядно иллюстрируют растущий интерес к преимуществам системы интеллектуальной собственности и вселяют уверенность в то, что работа, которую мы совместно выполняем, идет на благо инновационного развития страны.

Недавнее принятие законодательных и программных документов, направленных на развитие, основанное на знаниях, и в первую очередь Национальной стратегии развития «Молдова-2020», Национальной стратегии

в области интеллектуальной собственности до 2020 г. и Инновационной стратегии Республики Молдова на 2013–2020 гг. «Инновации для конкурентоспособности»⁹, является залогом того, что наша страна будет эффективно использовать свой творческий и инновационный потенциал, а ее экономика станет конкурентоспособной посредством результатов интеллектуальной деятельности, эффективно охраняемых и используемых.

¹ Национальная стратегия развития: 7 решений для экономического роста и сокращения уровня бедности, утвержденная Законом № 166 от 11.07.2012 об утверждении Национальной стратегии развития «Молдова-2020».

² European Commission President José Manuel Barroso. International Conference “Beyond GDP”, 19–20 November 2007, Brussels.

³ Policy Advisory Commission: World Intellectual Property Declaration http://www.wipo.int/about-wipo/en/pac/ip_declaration.htm

⁴ <http://agepi.gov.md/md/legislation/>

⁵ Постановление Правительства № 880 от 22.11.2012 о Национальной стратегии в области интеллектуальной собственности до 2020 года.

⁶ Dr Richard Zheng. University Tech-Knowledge Transfer to Industries. From Applied Research to Entrepreneurship. Management of IP Development in the Public Sector. UNECE Conference. 9–10 November, Kiev. http://www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/ppt_presentations/2010/eed/zheng.pdf

⁷ World Intellectual Property Indicators – 2013. WIPO Economics & Statistics Series. http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/en/intproperty/941/wipo_pub_941_2013.pdf

⁸ The Global Innovation Index 2013. The Local Dynamics of Innovation. <http://globalinnovationindex.org/content.aspx?page=gii-full-report-2013>

⁹ Инновационная стратегия Республики Молдова на 2013–2020 гг. «Инновации для конкурентоспособности», утвержденная Постановлением Правительства Республики Молдова № 952 от 27.11.2013.

Резюме

Болокан Л., Мунтяну С. Роль інтелектуальної власності в просуванні і використанні інновацій в Республіці Молдова.

Стаття відображає роль інтелектуальної власності у просуванні та освоєнні інновацій. У контексті нової парадигми економічного розвитку Республіки Молдова, орієнтованого на ефективність і конкурентоспроможність, сценарій інноваційного розвитку не має альтернативи. Сильні права ІВ є життєво важливими для залучення інвестицій, стимулювання інновацій, сприяння НДДКР і передачі технологій. Існування адекватної нормативної та інституційної бази, програмних документів, спрямованих на розвиток, активне просування знань про переваги, які можуть бути отримані при використанні інструментів інноваційного розвитку, що надаються ІВ і т.д., є гарантією того, що Республіка Молдова стане конкурентоспроможною шляхом створення та ефективного використання результатів інтелектуальної діяльності.

Ключові слова: інтелектуальна власність, інновації, стратегія, передача знань, патенти, конкурентоспроможність.

Резюме

Болокан Л., Мунтяну С. Роль интеллектуальной собственности в продвижении и использовании инноваций в Республике Молдова.

Статья отражает роль интеллектуальной собственности в продвижении и освоении инноваций. В контексте новой парадигмы экономического развития Республики Молдова, ориентированного на эффективность и конкурентоспособность, сценарий инновационного развития не имеет альтернативы. Сильные права ИС являются жизненно важными для привлечения инвестиций, стимулирования инноваций, содействия НИОКР и передаче технологий. Существование адекватной нормативной и институциональной базы, программных документов, направленных на развитие, активное продвижение знаний о преимуществах, которые могут быть получены при использовании инструментов инновационного развития, предоставляемых ИС и т.д., являются гарантией того, что Республика Молдова станет конкурентоспособной путем создания и эффективного использования результатов интеллектуальной деятельности.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, инновации, стратегия, передача знаний, патенты, конкурентоспособность.

Summary

Bolokan L., Muntianu S. The role intellectual property in promoting and using of innovations in Moldova Republic.

The article reflects the role of IP in promoting and harnessing innovations. In the context of the new efficiency and competitiveness-oriented paradigm of economic development of the Republic of Moldova, the scenario of innovation development has no alternative. Strong IP rights are vital to attract investment, stimulate innovation, and promote research-development and technology transfer. The existence of an adequate regulatory and institutional framework, policy documents oriented to knowledge-based development, intensive promotion of knowledge of the benefits that can be achieved by using the tools offered by IP by the way of innovation development etc., are a guarantee that Republic of Moldova will become competitive by the effective creation and implementation of intellectual activity results.

Key words: intellectual property, innovations, strategy, knowledge transfer, patents, competitiveness.

Отримано 2.04.2014

УДК 347.9

Ю. С. ВАСИЛИК

*Юлія Сергіївна Василик, студентка IV курсу
Київського університету права НАН України*

УЧАСТЬ МАЛОЛІТНІХ ТА НЕПОВНОЛІТНІХ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Участь у цивільному процесі неповнолітніх набуває все більшої актуальності у зв'язку з тим, що вони є носіями певних цивільних прав та обов'язків, необхідність у захисті, визнанні чи оспорюванні яких породжує цивільні процесуальні правовідносини. При вивченні цивільної процесуальної правоздатності та дієздатності необхідно мати на увазі наступне. Зазначені процесуальні категорії можуть бути зрозумілі і пояснені тільки з урахуванням тісного діалектичного взаємозв'язку матеріального та процесуального права. Суб'єкти цивільного процесуального права наділяються процесуальною правоздатністю і дієздатністю, що дає їм можливість захистити належні їм права та інтереси. Особи, що мають неповну цивільну дієздатність відповідно мають і неповну цивільну процесуальну дієздатність, тобто таку дієздатність, яка надає можливість захистити ті права, що їм можуть належати як суб'єктам матеріальних відносин.

Особливості участі неповнолітніх та малолітніх у цивільному процесі завжди привертала увагу вчених, зокрема, проблематиці цього питання присвячували роботи такі зарубіжні та вітчизняні науковці: Д. Ю. Іонова, Л. А. Кондратьєва, З. В. Ромовська, Л. В. Сапейко, Т. А. Фаддеева та ін. Проте, дослідження обсягу процесуальних прав зазначених категорій осіб лишається актуальним у зв'язку з динамічністю українського законодавства.

Метою даної статті є вивчення виду та обсягу процесуальних прав і обов'язків неповнолітньої та малолітньої особи, яка може виступати стороною у цивільному процесі. Для досягнення даної мети слід вирішити такі питання: визначити, згідно норм чинного законодавства хто відноситься до категорій малолітніх та неповнолітніх осіб, встановити особливості виникнення цивільної процесуальної право- та дієздатності малолітніх та неповнолітніх осіб, з'ясувати коло прав та обов'язків вищезазначених осіб, що виникають у цивільному процесуальному законодавстві.

Перш ніж перейти безпосередньо до розгляду особливостей участі малолітніх та неповнолітніх у цивільному процесі, потрібно зазначити, що законодавець повинен передбачити належний обсяг цивільної процесуальної дієздатності неповнолітніх осіб, який би, з одного боку, забезпечував права таких осіб, з іншого – не надавав би їм тих прав, які вони не можуть здійснити в силу свого віку. У преамбулі Конвенції про права дитини, проголошеної Генеральною Асамблеєю ООН 20 листопада 1989 р. та ратифікованої Верховною Радою України 27 лютого 1991 р., зазначається, що «дитина внаслідок її фізичної і розумової незрілості потребує спеціальної охорони і піклування, включаючи і належний правовий захист»¹. Принцип 8 Декларації прав дитини проголошує: «Дитина повинна за всіх обставин бути серед тих, хто першими одержують захист і допомогу».

Конвенція ООН «Про права дитини» від 20 листопада 1989 р., закріплює, що діти не належать до об'єктів права, вони виступають повноправними суб'єктами права. Сімейний кодекс України розглядає дитину як самостійного учасника правовідносин, але для їх забезпечення слід наділити неповнолітніх також відповідними процесуальними правами. У цьому контексті цивільне процесуальне законодавство потребує реформування.

У ст. 129 Конституції України проголошено, що основними принципами судочинства є рівність усіх учасників перед законом і судом; змагальність сторін та свобода в наданні ними суду своїх доказів та в доведенні перед судом їх переконливості тощо². Очевидно, що Конституція в цій частині не зазначає обмежень щодо неповнолітніх.

Цивільно-процесуальне право та дієздатність неповнолітніх визначені цивільним процесуальним законодавством. Однак цивільна процесуальна дієздатність тісно пов'язана з цивільною дієздатністю, тому спочатку слід звернутися до норм цивільного законодавства, яке розрізняє такі її види: часткову, неповну та повну цивільну дієздатність. Так, згідно з чинним законодавством, а саме ч. 1 ст. 31 Цивільного кодексу України³ (далі – ЦКУ), особа вважається малолітньою та такою, що володіє частковою цивільною дієздатністю фізичної особи, до досягнення нею 14-ти років. У свою чергу, згідно ч. 1 ст. 32 ЦКУ неповнолітньою

та такою, що володіє неповною цивільною дієздатністю визнається особа у віці від 14-ти до 18-ти років. Повну цивільну дієздатність мають особи, які досягли вісімнадцяти років – повноліття (ч. 1 ст. 34 ЦКУ).

Стосовно цивільної процесуальної дієздатності, тобто здатності особисто здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки в суді, зазначимо, що згідно ч. 1 ст. 29 Цивільного процесуального кодексу України (надалі – ЦПКУ) наділяються фізичні особи, які досягли повноліття. Однак, виходячи з норми ч. 3 ст. 29 ЦПКУ⁴, передбачено, що у разі реєстрації шлюбу фізичної особи, яка не досягла повноліття, вона набуває цивільної процесуальної дієздатності з моменту реєстрації шлюбу, а також в інших випадках в порядку встановленому у ЦПКУ. З цього випливає, що отримання неповнолітньою особою повної цивільної дієздатності має наслідком набуття нею цивільної процесуальної дієздатності.

Оскільки, як зазначалось вище, законодавством неповнолітніх поділено на дві групи: до першої – відносяться особи, що мають часткову цивільну дієздатність, а до другої – неповну цивільну дієздатність, тому розглядати весь обсяг прав та обов'язків слід окремо.

Згідно ст. 28 ЦПКУ, здатність мати цивільні процесуальні права та обов'язки сторони, третьої особи, заявника, заінтересованої особи (цивільна процесуальна правоздатність) мають усі фізичні особи, тобто, з формулювання норми випливає, що не є виключенням в цьому випадку малолітні та неповнолітні особи. При цьому, згідно нашого чинного законодавства, а саме ч. 2 ст. 29 ЦПКУ неповнолітні особи віком від чотирнадцяти до вісімнадцяти років, а також особи, цивільна дієздатність яких обмежена, можуть особисто здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки в суді у справах, що виникають з відносин, у яких вони особисто беруть участь, якщо інше не встановлено законом. Крім того, суд може залучити до участі в таких справах законного представника неповнолітньої особи або особи, цивільна дієздатність якої обмежена. Щоб уточнити, в якій формі це необхідно зробити, ЦПК було доповнено ст. 27-1 «Забезпечення захисту прав малолітніх або неповнолітніх осіб під час розгляду справи» згідно із Законом № 1397-VI від 21 травня 2009 р., у якій зазначались процесуальні форми участі таких осіб. Так, під час розгляду справи, крім прав та обов'язків, визначених статтею 27 ЦПК, малолітня або неповнолітня особа має також такі процесуальні права: безпосередньо або через представника чи законного представника висловлювати свою думку та отримувати його допомогу у висловленні такої думки; отримувати через представника чи законного представника інформацію про судовий розгляд; здійснювати інші процесуальні права і виконувати процесуальні обов'язки, передбачені законодавством.

Як приклад виникнення цивільної процесуальної дієздатності у неповнолітніх наведемо норму, закріплену в ст. 18 Сімейного кодексу України⁵ (надалі – СК України), в якій зазначено, що кожен учасник сімейних відносин, який досяг чотирнадцяти років, має право на безпосереднє звернення до суду за захистом свого права або інтересу.

З. Ромовська⁶, коментуючи ст. 18 СК України, вказує, що нормою цієї статті закріплюється надання дитині, якій виповнилося чотирнадцять років, цивільної процесуальної дієздатності. Така дитина має право самостійно подати позовну заяву на захист свого права або інтересу, у зв'язку з чим набуває процесуальні права позивача та відповідача (наприклад, у справі про визнання батьківства, стягнення аліментів, скасування усиновлення тощо). Однак, у цьому випадку, не можна говорити про набуття неповнолітнім повної цивільної процесуальної дієздатності, оскільки ЦПК визначає випадки участі такої особи у цивільних справах як окремого суб'єкта. Тобто, якщо йдеться про сімейні правовідносини і неповнолітній захищає такі свої права, то має і відповідну цивільну процесуальну дієздатність. Проте, у випадку участі неповнолітнього у справі, наприклад, про визнання недійсним договору банківського вкладу, на укладення якого він не має відповідної цивільної дієздатності, він і не зможе самостійно бути учасником такого спору. Відтак, формулювання ЦПК про те, що такі особи мають цивільну процесуальну дієздатність у тих справах в яких вони особисто беруть участь з одного боку забезпечує їх реальним механізмом захисту таких прав, з іншого боку, ця процесуальна норма не надає таким особам більшого обсягу дієздатності, ніж визначено матеріальними нормами цивільного права.

Крім того, як випливає із змісту ч. 2 ст. 23 СК України, за заявою особи, яка досягла шістнадцяти років, за рішенням суду їй може бути надано право на шлюб, якщо буде встановлено, що це відповідає її інтересам. Закріплюючи, зазначену вище, процедуру отримання права на шлюб неповнолітніми, законодавець передбачив можливість перевірки судом відповідності таких дій інтересам особи.

Ще однією особливістю забезпечення прав та законних інтересів неповнолітніх та малолітніх у цивільному процесі є законодавче передбачення права суду не приймати відмову позивача від позову, визнання позову відповідачем у справі, в якій особу представляє її законний представник, якщо його дії суперечать інтересам особи, яку він представляє (ч. 5 ст. 174 ЦПК України). Такий же підхід застосовується законодавцем і у випадку укладення мирової угоди (ч. 6 ст. 175 ЦПК України). При цьому ст. 174 та ст. 175 ЦПКУ взагалі не стосуються питання щодо аналізу судом правомірності визнання позову чи відмови позивача від нього та керується власним розсудом стосовно відповідності таких дій інтересам неповнолітнього⁷. У цьому аспекті, цивільне процесуальне законодавство не враховує можливої участі як сторони у справі неповнолітньої особи, для якої, в разі не прийняття судом відмови від позову, його визнання чи мирової угоди та ухвалення рішення у справі, можуть настати негативні наслідки у вигляді неможливості повторного звернення до суду особисто або через представника чи задоволення явно необґрунтованих вимог позивача.

Спірним до цього часу залишається питання процесуального становища неповнолітніх у справах, коли позов пред'являється з метою захисту їх прав іншими особами у випадках, передбачених сімейним законо-

давством (наприклад, про встановлення батьківства, про стягнення аліментів, про участь у вихованні дітей).

Так, у літературі з сімейного права переважає думка, згідно з якою позивачем у цих справах є особа, яка діє на захист прав інших осіб (ст. 45 ЦПК України) – захищає інтереси дитини. Т. А. Фаддеева⁸ стверджує, що уповноваженим суб'єктом на одержання аліментів від батьків є сама дитина. Однак позов у таких справах подається не від самої дитини, а в інтересах дитини від імені особи, яка фактично виховує дитину, і ця особа є позивачем у справі. З цією думкою можна погодитись лише відносно малолітніх осіб, оскільки, як зазначалося вище, чотирнадцятирічні особи, які є учасниками сімейних відносин, мають право на безпосереднє звернення до суду за захистом свого права або інтересу, при цьому участь їх законного представника не виключається, однак вона не є обов'язковою, на відміну від справ щодо захисту інтересів малолітньої особи (ч. 1,2 ст. 39 ЦПК України). Жодних обмежень у реалізації процесуальних прав та обов'язків у неповнолітньої особи в цивільній справі, де предметом є матеріальні відносини, у які вони можуть вступати самостійно, немає. Навіть те, що суд може у таку справу залучити законного представника, відповідно до ч. 2 ст. 29 ЦПК України, ситуації не змінює, оскільки позиція законного представника не буде переважаючою над позицією такої неповнолітньої сторони. Потрібно зауважити, що це стосується лише випадків, коли неповнолітні реалізують цивільні процесуальні права та виконують свої обов'язки в суді у справах, що виникають з відносин, у яких вони особисто беруть участь.

Нині неповнолітня особа у відносинах, у яких вона особисто бере участь, є повноправним учасником цивільного процесу і використовує всі свої процесуальні права, що визначені законодавством. Цивільні справи за участю неповнолітніх осіб розглядаються в судовому засіданні за правилами загального процесуального порядку, що містяться в Цивільному кодексі України, і їх розгляд у суді практично не відрізняється від розгляду інших цивільних справ.

У зв'язку з цим спірною видається пропозиція Д. Ю. Іонової⁹ щодо необхідності окремого закріплення для неповнолітніх у віці від 14 до 18 років таких процесуальних прав: право самостійно давати пояснення в усній і письмовій формі і приводити свої аргументи з усіх питань, що виникають у ході судового розгляду; ставити питання іншим особам, що беруть участь у справі; представляти докази і брати участь в їх дослідженні; клопотати про витребування доказів і про виклик свідка; знайомитися з матеріалами справи, брати участь в судових дебатах, оскільки, набуваючи повної процесуальної дієздатності, вони, як і інші учасники цивільного процесу, мають всі вище перелічені права.

Слід пам'ятати, коли участь неповнолітньої особи в розгляді справи є обов'язковою. Так, відповідно до ст. 1179¹⁰ Цивільного кодексу України неповнолітня особа відповідає за завдану нею шкоду самостійно на загальних підставах. У разі відсутності в неповнолітньої особи майна, достатнього для відшкодування завданої нею шкоди, ця шкода відшкодовується в частці, якої не вистачає, або в повному обсязі її батьками (усиновлювачами) або піклувальником, якщо вони не доведуть, що шкоду було завдано не з їхньої вини.

Виходячи з вище наведеного, неповнолітня особа, що є стороною у цивільній справі, може володіти як повною, так і неповною цивільною процесуальною дієздатністю, залежно від підстав її участі у цивільній справі.

Окрім того, необхідно зупинитися на обов'язках осіб, які беруть участь у справі та неможливості їх виконання неповнолітніми особами, як суб'єктами цивільних процесуальних правовідносин.

Серед процесуальних обов'язків має домінуюче значення обов'язок збирання та подання доказів для підтвердження вимог та заперечень сторін. Від його виконання залежить своєчасність і правильність вирішення справи по суті. Неповнолітній особі досить складно визначити необхідне коло доказів по справі та самостійно їх зібрати. На думку Л. А. Кондратєвої¹¹, суд може під час розгляду справи виявити, що неповнолітньому учаснику недостатньо необхідних правових знань, життєвого досвіду для захисту своїх прав та інтересів, у такій ситуації він зобов'язаний залучити до участі в таких справах законного представника, який буде подавати правову допомогу такій особі, також щодо збирання доказів. Тобто, за таких обставин участь законного представника є не лише виправданою, а й необхідною, оскільки суд зобов'язаний сприяти всебічному і повному з'ясуванню обставин справи (ч. 4 ст. 10 ЦПК України).

Щодо малолітніх осіб, відзначимо, що, оскільки, згідно за чинним законодавством вони не володіють цивільною процесуальною дієздатністю, а їх права захищаються в суді виключно законними представниками, проте вони не позбавлені цивільної процесуальної правоздатності, чим зумовлюється обсяг прав, передбачений ст. 27-1 ЦПК України.

Як приклад можна навести справу, що розглядалася в районному суді Житомирської області¹² за позовом органу опіки та піклування райдержадміністрації в інтересах малолітньої особи до відповідача про звільнення його як опікуна. З актів обстеження матеріально-побутових умов підопічної вбачалося, що між опікуном та малолітньою виникають конфлікти. Малолітня особа не слухається, відмовляється від надання допомоги по господарству. Враховуючи вказані обставини відповідач особисто звернувся із заявою в орган опіки та піклування про звільнення його опіки над малолітньою. Як вбачається з матеріалів справи та пояснень малолітньої особи, вона заперечувала проти звільнення відповідача від її опіки. Даний приклад засвідчує, що думка малолітньої особи була висловлена і врахована, у такий спосіб суд забезпечив реалізацію положень ч. 1 ст. 27-1 ЦПК України. Таким чином, дана справа ілюструє участь малолітньої особи у цивільному процесі у формі надання висновку суду (висловленні власної думки) у випадку, коли її інтереси представляють законні представники.

Підсумовуючи дослідження участі малолітніх та неповнолітніх у цивільному процесі, потрібно зазначити, що цивільно-процесуальна право- та дієздатність малолітніх та неповнолітніх осіб визначена цивільним процесуальним законодавством та перебуває у тісному зв'язку з цивільною дієздатністю. У зв'язку з тим, що законодавством неповнолітніх поділено на дві групи: до першої – відносяться особи у віці до 14 років, що мають часткову цивільну дієздатність, а до другої – особи у віці від 14 до 18 років, що мають неповну цивільну дієздатність, тому розглядати весь обсяг процесуальних прав та обов'язків цих груп осіб слід окремо.

Неповнолітні особи віком від чотирнадцяти до вісімнадцяти років, можуть особисто здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки в суді у справах, що виникають з відносин, у яких вони особисто беруть участь, якщо інше не встановлено законом (ч. 2. ст. 29 ЦПК України). Але суд може залучити до участі в таких справах законного представника неповнолітньої особи. Крім того, законодавством передбачені спеціальні випадки набуття повної цивільної процесуальної дієздатності неповнолітніми, зокрема в ст. 18 СК України зазначено, що кожен учасник сімейних відносин, який досяг чотирнадцяти років, має право на безпосереднє звернення до суду за захистом свого права або інтересу. У зв'язку з цим нині неповнолітня особа є повноправним учасником цивільного процесу і має можливість використовувати свої процесуальні права, визначені законодавством.

Малолітні особи, відповідно до чинного законодавства не володіють цивільною процесуальною дієздатністю, тому їх права в суді захищаються виключно законними представниками. Проте, це не позбавляє малолітніх цивільної процесуальної правоздатності, чим зумовлюється обсяг прав, передбачений ст.ст. 27, 27-1 ЦПК України. Прикладом практичної реалізації яких було наведено справу Чуднівського суду Житомирської області.

Таким чином, малолітні та неповнолітні особи є специфічними суб'єктами цивільних процесуальних відносин, оскільки, з одного боку, до них застосовуються положення цивільного процесуального законодавства, як до осіб, які беруть участь у справі або інших учасників судового процесу (коли вона виступає у якості свідка), а з іншого – суд повинен враховувати пріоритетність інтересів цих категорій осіб, на підставі чого приймати рішення щодо необхідності залучення законного представника або його заміни.

Отже, з метою отримання можливості активної участі в судочинстві, яке сприятиме більш повній реалізації права на захист, малолітня та неповнолітня особа повинна виступати повноправним учасником цивільного судочинства, наділеним відповідними процесуальними правами та обов'язками.

¹ Конвенція про права дитини // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 13. – Ст. 145.

² Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

³ Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40 – Ст. 356.

⁴ Цивільний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40–41, 42. – Ст. 492.

⁵ Сімейний кодекс України – Офіц. вид. – К.: Парламентське вид-во, 2008. 64 с. – С. 8.

⁶ *Ромовська З.* Сімейний кодекс України : наук.-практ. коментар / З. Ромовська. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 532 с. – С. 62

⁷ *Сапейко Л. В.* Участь малолітніх та неповнолітніх осіб у цивільному процесі / Л. В. Сапейко // Право і безпека. – 2010. – № 1 (33). [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://archive.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/pib/2010_1/PB-1/PB-1_35.pdf

⁸ *Фаддеева Т. А.* Проблемы семейного права: Учебно-методическое пособие / Т. А. Фаддеева. – Ленинград: Изд-во Ленинградского университета, 1976. – 316 с.

⁹ *Ионова Д. Ю.* Гражданская процессуальная дееспособность: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.15 «Гражданский процесс; арбитражный процесс» / Д. Ю. Ионова. – М., 2009. – 29, [1] с.

¹⁰ Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40–41, 42. – Ст. 492.

¹¹ *Кондратьева Л. А.* Судовий захист неповнолітніх осіб у цивільному процесі України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Л. А. Кондратьева. – К., 2006. – 25 с.

¹² Ухвала Чуднівського суду Житомирської області у справі № 22-ц-2013/10р від 15 травня 2010 р.

Резюме

Василик Ю. С. Участь малолітніх та неповнолітніх у цивільному процесі.

У статті розглядається питання участі малолітніх та неповнолітніх осіб у цивільному процесі. Проаналізовано законодавчі акти, якими регулюється процесуальна правоздатність. Більш конкретно було приділено увагу ст. 27-1 Цивільного процесуального кодексу України, визначено проблеми, що стоять на шляху реалізації прав та обов'язків та шляхи їх вирішення.

Ключові слова: неповнолітній, ювенальна юстиція, цивільна процесуальна правоздатність, цивільна процесуальна дієздатність, судовий процес, правосуддя.

Резюме

Васильюк Ю. С. Участие малолетних и несовершеннолетних в гражданском процессе.

В статье рассматривается вопрос участия малолетних и несовершеннолетних лиц в гражданском процессе. Проанализированы законодательные акты, которыми регулируется процессуальная правоспособность. Более конкретно было уделено внимание в ст. 27-1 Гражданского процессуального кодекса Украины, определены проблемы, стоящие на пути реализации прав и обязанностей и пути их решения.

Ключевые слова: несовершеннолетний, ювенальная юстиция, гражданская процессуальная правоспособность, гражданская процессуальная дееспособность, судебный процесс, правосудие.

Summary

Vasylyk Y. Participation of juvenile people and minors in civil proceedings.

The article is devoted to a problem of the participation of juvenile people and minors in civil proceedings. Legal norms on procedural capacity are analysed. The attention is specifically paid to art. 27-1 of the Civil Procedural Code of Ukraine. The problems are formulated and solutions are proposed.

Key words: juvenile, juvenile justice, civil legal standing, civil procedural legal capacity, trial justice.

Отримано 2.04.2014

УДК 340.5

О. О. ІВАНЕЦЬ

*Олексій Олегович Іванець, студент IV курсу
Київського національного університету імені Тараса
Шевченка*

ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ПРЕЗИДЕНТА У ФРАНЦУЗЬКІЙ РЕСПУБЛІЦІ ТА УКРАЇНІ

Інститут глави держави для переважної більшості країн світу є класичним. Однак у деяких державах він займає роль рушійного елемента прогресивних реформ, що становить основу прогресивного розвитку суспільства, в інших є номінальною складовою діючого владного режиму, що погіршує і гальмує процес правового й суспільного розвитку. Як наслідок, інститут Президента може виступати як ініціатором розвитку держави, так і стримуючим чинником останнього. З огляду на це досить актуальним в Україні у контексті розподілу повноважень у трикутнику Президент України–Кабінет Міністрів–Верховна Рада України стає проведення порівняльного аналізу сучасної прогресивної практики країн світу щодо визначення місця та ролі Президента.

Методи та наукове підґрунтя дослідження. У контексті досліджуваного питання найбільш доцільним є використання системного підходу, поєднаного з формально-логічним та методом тлумачення правових норм. Однак саме метод порівняльного аналізу дає змогу побачити специфіку досліджуваних відносин та сформулювати висновки щодо імплементації позитивних рис зарубіжного досвіду у вітчизняній правовій традиції. Дослідженням правового статусу поста Президента та його взаємодії з іншими органами влади були присвячені праці В. Б. Авер'янова, С. Ю. Войноловича С. В. Гордієнко, М. С. Кармазіна, М. І. Козюбри, А. Н. Козиріна, А. А. Мішина, В. М. Шаповала та інших, що засвідчує актуальність даної теми.

Метою даної статті є проведення порівняльного аналізу правового статусу й ролі Президента у французькій та українській правових системах.

По-перше, в контексті поставленого завдання необхідно встановити роль та місце Президента в системі органів державної влади, його інтегративну якість та призначення у структурі державно-владного механізму. Стаття 102 Конституції України оперує терміном «глава держави»¹. Як зазначає О. Ф. Фрицький, дане формулювання спрямоване на те, щоб «наголосити на провідній ролі Президента в організації державної влади, формуванні та забезпеченні єдності в діях державного апарату, зняття та вирішення тих чи інших непорозумінь у системі державного механізму, об'єднанні зусиль державних і самоврядних структур для найбільш ефективного здійснення політики держави»².

По-друге, визначимо компетенцію та реалізацію Президентом покладених на нього функцій і повноважень у системі вертикалі влад. Встановлена Конституцією України форма державного правління зумовлює так званий дуалізм виконавчої влади, тому взаємодія Президента з виконавчою гілкою є особливо значущою та потребує окремого розмежування. Проведена адміністративна реформа змінила баланс повноважень у сфері органів виконавчої влади, отже, встановлення чітких сутнісних характеристик аналізованих інститутів є передумовою для подальшого дослідження.

По-третє, порівняємо особливості інституту Президента України із відповідними положеннями Французької Республіки, яка характеризується наявністю однієї з найбільш впливових та прогресивних моделей президентства серед європейських держав. Дана модель історично є найдавнішою, що вказує на її важливе місце у процесі формування аналогічних інститутів в інших країнах. Аналіз французької моделі допоможе врахувати її недоліки та запровадити нові ефективні механізми. Саме процедура зіставлення статусу даного органу із вже існуючими та ефективно діючими правовими нормами є передумовою для об'єктивної оцінки його діяльності.

По-четверте, сформулюємо висновки та рекомендації щодо доцільності запозичення окремих положень європейського досвіду у вітчизняному законодавстві, враховуючи особливості існуючої правової системи.

Незважаючи на процес реформування органів влади та проведення неодноразових конституційних перетворень, наразі не існує передумов щодо фундаментальної зміни форми державного правління, тому, виходячи з довготривалої перспективи функціонування інституту Президента в Україні, необхідним видається вдосконалення правового положення останнього, що є найбільш сприйнятним у контексті порівняння та впровадження зарубіжного досвіду з даної сфери. З урахуванням вищевикладеного апробація і запровадження позитивних рис інституту Президента в порівняльно-правовому аспекті є основним завданням даної роботи.

На сучасному етапі розвитку суспільства інститут президентства займає змістовно важливу роль у більшості країн світу, зокрема серед тих, етап розвитку та становлення органів публічної адміністрації в яких відбувається у новітній період. Інститут президентства як елемент державних органів існує більше ніж у 140 країнах-членах ООН. Відповідна масштабність зумовлює власну специфіку ролі останнього у кожній країні – його роль, правовий статус, повноваження та функції, що визначається кожною державою окремо.

У Конституції Франції закладено класичну модель напівпрезидентської республіки. *«Президент республіки стежить за дотриманням конституції. Він виступає гарантом і арбітром належного функціонування органів громадської влади та державного управління. Він зобов'язаний бути гарантом національної незалежності, територіальної цілісності та дотримання міжнародних угод»,* – проголошує ст. 5 Конституції Франції³. Порівняємо дане визначення з відповідним аналогом ст. 12 Конституції України – *Президент України є главою держави і виступає від її імені. Президент України є гарантом державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина.* Ключовою особливістю даного положення Конституції Франції є закріплення за Президентом статусу арбітра. Саме арбітражна функція є основоположною у концепції виконання Президентом так званої «нейтральної функції», яка спрямована на досягнення взаємодії і результативного консенсусу між усіма органами влади⁴. Вона є своєрідним елементом системи розподілу влад, адже специфіка президентського арбітражу полягає у знаходженні спільних точок взаємодії між урядом та парламентом. Це також простежується в існуванні такого явища, як коабітація, за яким Президент Франції та Прем'єр-міністр фактично представляють різні політичні сили, що може статися у разі відсутності більшості Президента у парламенті. Саме у цьому й полягає факт співпраці та виконання Президентом функції усунення конфліктів – коли останній не має фактичної підтримки більшості законодавчого органу, то змушений розподіляти свої повноваження з очільником уряду. Як наслідок, повноваження Президента і Прем'єр-міністра у Конституції Франції не розмежовуються дуже детально⁵.

Для того, щоб розблокувати процес ухвалення рішень і уникнути дисбалансу державних інститутів, сторони повинні шукати компроміс, причому вже на початковому етапі, а не після блокування рішення. Важливу роль в умовах коабітації відіграє побудова каналів комунікації й координації між урядом і Президентом. Досвід Французької Республіки свідчить, що такі механізми виникають не через ухвалення додаткових нормативних актів, а формуються завдяки неформальній практиці, співробітництву і національній традиції⁶.

Доцільність використання представлені моделі в Україні є беззаперечною, що допоможе певною мірою уникнути авторитарних тенденцій та зберегти демократичні начала державно-політичного режиму. На нашу думку, це знизить можливість узурпації влади однією особою та змусить органи влади взаємодіяти між собою для досягнення консенсусу у прийнятті рішень. Взаємний контроль сприятиме проведенню консультацій між усіма політичними силами, а конкуренція між ними змушуватиме шукати компроміс у вирішенні відповідних питань, що матиме наслідком залучення усіх виборних суб'єктів до політичного процесу та стане каталізуючим фактором у професійній трансформації політика в професіонала, коли саме практичні, а не популістські аргументи зможуть переконати опонента у доцільності прийняття того чи іншого рішення.

Дана специфіка, безумовно, має свої переваги при виникненні відповідних ситуацій та вже була застосована в Україні, хоча у дещо викривленому вигляді⁷. Основним недоліком коабітації є те, що засоби ефективні у вже сформованих правових державах. Натомість на етапі становлення та за відсутності неформальних традицій координації і співробітництва такий процес ухвалення рішень лише затягуватиме час, необхідний для знаходження консенсусу органами. Окрім цього, минулі випадки «співіснування» в Україні поєднувалися саме з етапами змін політичної системи, особливо коли дана взаємодія була присутня за парламентсько-президентської форми правління з обмеженими повноваженнями Президента, а не за сильної президентсько-парламентської республіки, яка існує у Франції. У такому разі доцільно говорити не про модель коабітації, а про парламентську республіку з існуючими елементами повноважень Президента. Це, в свою чергу, потенційно може спричинити не співпрацю, а «розхитування» системи стримувань і противаг, адже відповідне обмеження доцільне лише за наявності посади сильного президента; у протилежному ж випадку це призведе до перейняття повноважень одного органу іншим, коли розподіл влад також піддається руйнуванню. Тому можна узагальнити, що наведена модель коабітації є ефективною за наступних умов: 1) існування президентсько-парламентської форми правління; 2) високого рівня політичної та правової культури; 3) належно забезпеченої системи стримувань і противаг.

Як наслідок, у стратегічній перспективі державно-правового розвитку України даний досвід може стати унікальним, але наразі, за сучасних умов реформування та постійного пошуку найбільш раціональної моделі, необхідне існування чітко окресленої форми державного правління.

У контексті даного питання видається важливим встановлення порядку функціонування та закріплення усіх повноважень Президента в окремому законодавчому акті. Стаття 6 Конституції Франції містить положення, згідно з якими певні питання обрання та діяльності Президента республіки закріплюються в орга-

нічних законах. Французька правова доктрина розуміє органічний закон як правовий акт комплексного характеру, прийнятий за особливою процедурою, що регулює особливо важливі правові інститути. Дане положення є нетрадиційним для правової системи України, хоча чинна Конституція у ст. ст. 77, 103, 107, 116 тощо і встановлює обов'язковість прийняття окремих законів.

В аналітичній записці відділу стратегії розвитку політичної системи за 2008 р. про «Доцільність та перспективи впровадження в Україні «органічного законодавства» сказано, що фактично для інституту Президента в Україні було зроблено виняток, адже Основний Закон не вимагає прийняття закону щодо визначення саме повноважень Президента України, і, як наслідок, закріплює основні з них у Конституції, що унеможливує внесення змін до останніх без наявності конституційної більшості, на відміну від звичайних законодавчих актів, які, регулюють статус інших органів влади, зокрема Кабінету Міністрів України. Де-факто отримуємо ситуацію, коли норми Конституції України фактично охоплюють норми, які потенційно можуть визначатися в органічному законодавстві. Однак цілком логічно випливає висновок про те, що в зазначити всі необхідні положення в межах Конституції України неможливо у зв'язку з обмеженістю її обсягу.

Основні положення найбільш значущих інститутів зазвичай закріплюються саме в конституції, а конкретизаційні положення надалі розкриваються в актах органічного законодавства. Відсутність зазначеної конкретизації спричинює нерозуміння правового статусу Президента України. Деякі науковці вважають, що інститут Президентства необхідно віднести до вищих представницьких органів влади, оскільки він обирається всім народом, має право законодавчої ініціативи та право вето, видає укази і розпорядження на основі Конституції і законів України. Цей інститут не можна віднести й до виконавчої влади, оскільки вищим органом у системі органів виконавчої влади у чистому вигляді, якою є Кабінет Міністрів України, однак має значні повноваження при здійсненні останньої, а також судової влади⁸. Загалом практика існування органічного законодавства в Україні потребує окремого дослідження, а тому сам факт відсутності вимоги обов'язкової конкретизації статусу Президента України у звичайному законі, за відсутності органічного, що дозволяло б вносити зміни до нього простою більшістю, є позитивним явищем. Однак у контексті розгляду даної тематики необхідно звернути увагу на правове питання закріплення порядку проведення виборів Президента України. Згідно з ч. 6 ст. 103 Конституції України він встановлюється звичайними законами.

Натомість у ст. 6 Конституції Франції підкреслюється, що умови застосування відповідних питань визначається органічним законодавством. Це означає додаткове існування процедури конституційного контролю, а також неможливість накладення президентського вето з приводу даних актів, що видається більш позитивним порівняно із загальною процедурою внесення змін до Закону України «Про вибори Президента України» простою більшістю та створення внаслідок цього додаткового важелю в механізмі стримувань і противаг.

Французька Конституція передбачає тісну взаємодію Президента та уряду, а саме, його главою. *Усі акти Президента Республіки, за деякими винятками, контрасигнуються Прем'єр-міністром і, у разі потреби, відповідальними міністрами.* Згідно з цією нормою, більшість повноважень Президента потребують контрасигнації Прем'єр-міністром або відповідальним міністром. Конституційні приписи процедури контрасигнації у вітчизняній правовій системі є недосконалими та майже не застосовуються практично, на що неодноразово звертала увагу Венеціанська комісія⁹. Перелік повноважень, у межах яких акти Президента скріплюються підписами Прем'єр-міністра України і міністра, відповідального за акт та його виконання, складається виключно з призначення та звільнення голів дипломатичних представництв, введення надзвичайного стану, утворення судів та питань, що стосуються сфери компетенції Ради національної безпеки і оборони України. Однак, згідно з висновками аналітичної записки відділу політичних стратегій «Контрасигнація як механізм взаємодії Глави держави з Урядом: проблеми та шляхи вдосконалення конституційного регулювання», застосування процедури контрасигнації в сучасних умовах ставить у залежність легітимність актів Президента України від виконавчої влади, коли без відповідного підпису вони не зможуть вступити в дію. Внаслідок цього порушується принцип обов'язковості актів Глави держави. Тому, враховуючи високий ступінь залежності Прем'єр-міністра та міністрів від Президента України, питання контрасигнації не видається настільки актуальним. Однак при виникненні конфліктів або зміні способу формування уряду інститут скріплення підписом може викликати правові неузгодженості.

Неможливість встановлення, чи були виконані вимоги Конституції щодо процедури контрасигнації, посвідчується також оприлюдненням відповідних законодавчих актів без підписів Прем'єр-міністра та міністра. В усіх державах зі змішаною республіканською і парламентарними формами правління, крім тих, що утворилися на терені колишнього СРСР, важливим засобом забезпечення главою держави своєї компетенції є контрасигнування – скріплення підписом глави Уряду та (або) окремого міністра рішення, прийнятого Главою держави. Без такого підпису рішення не дійсне¹⁰. Беручи до уваги сучасні інтеграційні тенденції, прагнення до стандартизації законодавства згідно з міжнародними вимогами та рекомендаціями Венеціанської комісії, механізм контрасигнування має бути вдосконалений у майбутньому з метою його ефективного використання й забезпечення системи стримувань та противаг.

Найбільш вагомим у контексті повноважень Президента є положення щодо тимчасового періоду, за якого майже вся повнота державної влади може зосереджуватися в руках Президента¹¹. Дана умова пояснюється можливістю виникнення особливого стану, коли процес прийняття рішень має бути миттєвим, тому Президент, як арбітр нації, наділяється особливими повноваженнями, за допомогою яких він забезпечує баланс цілісності владної системи. Цей стан характеризується наявністю наступних умов:

1) серйозна і безпосередня загроза інститутам республіки, незалежності нації, цілісності її території або виконання міжнародних зобов'язань;

2) порушення нормального функціонування органів державної влади, створених відповідно до Конституції.

За будь-яких інших обставин дана норма є недійсною. Це виключає будь-яке зловживання Президентом даними повноваженнями. Крім цього, для можливості введення такого стану глава держави зобов'язаний провести консультації з Прем'єр-міністром, головами палат та Конституційної ради. Тому це не означає, що у такий період Президент є повністю безконтрольним. Стримуючим фактором у даній ситуації залишається парламентський контроль, відповідно до якого законодавчий орган збирається по праву і не може бути розпущений у цей період, а також має право ініціювати справу про розгляд Високою палатою правосуддя питання щодо державної зради президентом національних інтересів. Окремим недоліком варто вважати відсутність положення щодо обов'язковості врахування президентом думки Прем'єр-міністра, голів палат та Конституційної ради під час проведення з ними консультацій, тому фактично дана процедура є формальністю, що надає Президенту окреме поле для маніпулювання, натомість згода Конституційної ради, яка формується трьома різними органами, виключала б можливість виходу з правової площини. Разом із тим існування даного положення є цілком виправданим та диктується імовірністю виникнення певних обставин, за яких існування сильної фігури, наділеної повноваженнями негайно приймати необхідні рішення для збереження інтересів країни, є необхідним.

Процедура запровадження Президентом України надзвичайного стану є доволі схожою, за винятком особливостей, визначених відмінностями форм державного правління України та Франції. Так, положення Конституції України додатково вимагають погодження рішення Президента України з Верховною Радою України, а також різняться деякими підставами запровадження надзвичайного стану. Однак загалом існуючий порядок є доволі ефективним і являється одним із найбільш ліберальних серед існуючих законів країн Європи у даній сфері, що свідчить про можливість дієвого регулювання суспільних відносин в особливих умовах.

Отже, інститут Президента займає невід'ємну роль у структурі політичних систем України та Французької Республіки. Будучи запровадженою саме на основі французького досвіду, дані моделі мають чимало спільних рис. Однак, порівнявши ці системи, можна додатково виділити окремі риси, які, з огляду на особливості вітчизняної правової культури та національних традицій поки не були впроваджені, але можуть мати позитивний вплив на формування державного механізму в Україні.

По-перше, для даних країн характерна змішана форма державного правління, яка визначає відповідні повноваження Президента. Ця форма правління, за визначенням М. Дюверже, тяжіє або ж до президентської, або ж до парламентської моделі¹². Залежно від такого спрямування виникає різниця інститутів Президента в аналізованих країнах. Неодноразові зміни політичного курсу України лише посилюють відповідну специфіку.

По-друге, особливій уваги заслуговує з'ясування місця Президента та його повноважень у трикутнику законодавчої, виконавчої та судової влади. У Французькій Республіці Президент є фактично керівником Уряду за наявності особливої посади Прем'єр-міністра¹³. Натомість в Україні Президенту належать лише контролюючі та кадрові повноваження. Переважна більшість актів Президента Французької Республіки скріплюється міністрами або Прем'єр-міністром. Це являє собою додатковий стабілізуючий елемент у системі розподілу влад. Однак чинна нормативно-правова база України містить низку прогалин і суперечностей у частині контрастигування актів. Конституція України не врегульовує питання щодо обов'язку, права та процедури скріплення підписами відповідних актів Президента Прем'єр-міністром України або міністром. Тому внесення відповідних змін до Конституції України є необхідним.

По-третє, варто звернути увагу на особливості реалізації Президентом України покладених на нього повноважень. Аспект співвідношення інституту Президента з іншими органами влади проявляється у явищі коабітації, коли Президент Франції, не маючи більшості у парламенті, вимушений співпрацювати з існуючою коаліцією та фактично поступатися частиною своїх повноважень, адже відсутність політичного компромісу унеможливило прийняття ефективних рішень, що можуть бути заблоковані протилежною політичною силою. Водночас в українських реаліях процес функціонування органів влади часто залежить не від існуючої розстановки партійних сил у законодавчому органі, а від особистих інтересів окремих політичних груп. Це унеможливило модель співпраці та впливає на нестабільність і зміну повноважень, зокрема Президента України. Вирішення даної проблеми можливо досягти завдяки вдосконаленню системи стримувань і противаг.

По-четверте, необхідно виділити проблеми функціонування даного інституту. Окремою проблемою є відсутність єдиного законодавчого акта, який би визначав особливості правового статусу Президента України. Наразі основні положення регулюються Конституцією України, але обмежений обсяг останньої означає неможливість детального зазначення усіх необхідних правових норм та повноважень у межах лише Основного Закону, що зробило б його громіздким і, як наслідок, малоефективним. У Франції дані питання вирішуються в органічному законі, який конкретизує відповідні повноваження. Водночас його існування встановлює особливий порядок внесення змін до цього закону у порівняно зі звичайними законами. Тому впровадження схожого за значенням правового акта, з огляду на відсутність органічного законодавства в Україні, є бажаним.

- ¹ Конституція України від 28.06.1996 р.: станом на 10.04.2014 // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1996. – № 30. – С. 141. (остання редакція від 02.03.2014).
- ² Фрицький О. Ф. Конституційне право України: Підручник / О. Ф. Фрицький; МОІНУ. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – 536 с. – С. 281.
- ³ Конституція Французької Республіки // Сайт Національних Зборів Франції // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.assemblee-nationale.fr/english/>
- ⁴ Белов Д. М. Порівняльно-правовий аналіз інституту президентства в Україні та Франції : Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / Белов Д. М.; КНУТШ. – К., 2005. – С. 197.
- ⁵ Административное право зарубежных стран : Учебное пособие / Под ред. А. Н. Козырина. – М. : Спарк, 1996. – 229 с. – С. 76.
- ⁶ Уроки демократії: світовий досвід для України. – К.: Міжнародний центр перспективних досліджень, – К., 2007. – 112 с. – С. 47.
- ⁷ Політична реформа: оцінка громадськості та рекомендації // Вісник центру. Інформаційний бюлетень Міжнародного центру перспективних досліджень. – 2007. – № 39: 19 листопада [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://pasos.org/wp-content/archive/nl_ukr_20071119_0386.pdf – Назва з екрану.
- ⁸ Тужик В. В. Державна виконавча влада в Україні: поняття та сутність // Держава і право. – К., 2009. Вип 44. – С. 69.
- ⁹ Висновок Європейської Комісії за демократію через право (Венеціанська комісія) № 599 CDL-AD(2010)044 «Про конституційну ситуацію в Україні» [Електронний ресурс]. – // Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)044-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)044-e)
- ¹⁰ Шаповал В. М. Конституційне право зарубіжних країн: Підручник. 4-е стереотипне видання // В. М. Шаповал. – К.: АртЕк, 2001. – 264 с. – С. 233.
- ¹¹ Мишин А. А. Конституционное (государственное) право зарубежных стран : Учебник / А. А. Мишин. – изд. 5-е, перераб. и допол. – М. : Белые альвы, 1996. – 400 с. – С. 162.
- ¹² Duverger M. A. New Political System Model: Semi-Presidential Government // European Journal of Political Research. – 1980. – № 2 (8). – P. 167.
- ¹³ Пухтецька А. А., Ославський М. І. / Організація державного управління в європейських країнах // Державне управління: європейські стандарти, досвід та адміністративне право / За заг. ред. Авер'янова В. Б. – К. : Юстініан, 2007. – 287 с. – С. 44.

Резюме

Іванець О. О. Порівняльний аналіз правового статусу Президента у Французькій Республіці та Україні.

У статті розглянуто основні риси правового статусу посади Президента на прикладі Французької Республіки та України. Проведено порівняльно-правовий аналіз, виокремлено спільні та відмінні риси даних інститутів. Автором виділено специфіку даних органів та запропоновано напрями удосконалення представленої моделі.

Ключові слова: повноваження Президента, інститут глави держави, правовий статус Президента, Президент Французької Республіки.

Резюме

Иванец А. О. Сравнительный анализ правового статуса Президента во Французской Республике и Украине.

В статье рассмотрены основные черты правового статуса должности Президента на примере Французской Республики и Украины. Осуществлен сравнительно-правовой анализ, выделены общие и отличительные черты данных институтов. Автором рассмотрена специфика данных органов и предложены направления совершенствования представленной модели.

Ключевые слова: полномочия Президента, институт главы государства, правовой статус Президента, Президент Французской Республики.

Summary

Ivanets O. The comparative analysis of the legal status for the President of the French Republic and Ukraine.

This article examines the main characteristics of the legal status of the President using the French Republic and Ukraine as examples. It makes a comparative legal analysis and determines common and different features of those characteristics. The author identifies the specifics of the authorities investigated and provides recommendations for improvement of the model presented.

Key words: powers of the President, the Institute of the head of state, the legal status of the President, the President of the French Republic.

Отримано 9.04.2014

К. І. КИЛИВНИК

*Катерина Ігорівна Киливник, студентка IV курсу
Київського національного університету імені Тараса
Шевченка*

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПЛЕМІННОЇ СПРАВИ У ТВАРИННИЦТВІ

Україна має значний потенціал у сфері виробництва сільськогосподарської продукції та глибинні традиції у галузі розведення тварин. За даними державної служби статистики України, у січні – березні 2014 р. в Україні вироблено 848,6 тис. т м'яса, що на 8 % більше, ніж у відповідний період 2013 р., 2129,8 тис. т молока, виробництво якого зросло приблизно на 2 % та 4766,8 млн штук яєць, що на 6,5 % більше, ніж у 2013 році. У січні 2014 р. було експортовано живих тварин та продуктів тваринного походження на 74 701 400 дол. США, що становить 1,7 % від загальної кількості експортованих товарів. Однак у той самий період імпорт вказаних товарів майже вдвічі переважає експорт. Поряд з іншими факторами це свідчить про те, що наша держава досі знаходиться у пошуку оптимальної системи правового регулювання у сфері тваринництва.

Підвищення якісних характеристик продукції тваринництва можливе лише за сталого поступу племінної справи, яка, у свою чергу, набуває розвитку завдяки селекції та генетично-інженерній діяльності. Питання організації і здійснення останніх хоча й урегульовані приписами аграрного законодавства, проте недостатньо.

Різними аспектами правового регулювання племінної справи у тваринництві займалися такі науковці, як Е. Я. Борисенко, С. С. Ковальова, В. Ю. Лебедев, С. І. Марченко, Л. В. Струк-Струтинська, В. В. Шовкун. Проте ці та інші дослідники не повною мірою висвітлювали особливості та проблеми правового механізму регулювання племінної справи в Україні.

Метою цієї статті є аналіз чинного національного законодавства з питань правового забезпечення племінної справи у тваринництві, а також її селекційної та генетично-інженерної складових і формування пропозицій щодо його вдосконалення.

У законодавстві термін «племінна справа» визначається як система зоотехнічних, селекційних та організаційно-господарських заходів, спрямованих на поліпшення племінних і продуктивних якостей тварин¹. Виділивши ознаки, які характеризують кожну зі складових даного поняття, можна констатувати, що племінна справа у тваринництві – це сукупність (множина) взаємопов'язаних заходів (робіт) – зоотехнічних (зокрема, масовий відбір у тваринництві, схрещування просте промислове, перемінне й поглинаюче, водне, відтворювальне, частково поглинаюче тощо, чистопорідне розведення), селекційних (цілеспрямована творча діяльність фахівців щодо створення нових порід тварин) та організаційно-господарських (організація господарської діяльності у сфері племінної справи у тваринництві, в тому числі ліцензування її окремих видів, вимоги до роботи з племінними (генетичними) ресурсами, державне управління й державний контроль у цій галузі), спрямованих на поліпшення племінних і продуктивних якостей сільськогосподарських тварин, результатом яких в окремих випадках є селекційно – племінне досягнення. При цьому, зоотехнічні заходи виступають науково-методологічним підґрунтям племінної справи, селекційні становлять масив конкретних творчих дій фахівців зі створення нових порід тварин, а організаційно-господарські заходи опосередковують найбільш раціональне здійснення господарської діяльності у сфері племінної справи у тваринництві.

Щодо суб'єктного складу племінної справи у тваринництві, то чинна редакція ст. 5 Закону України «Про племінну справу у тваринництві» від 15 грудня 1993 р. № 3691-ХІІ (далі – Закон) серед її суб'єктів називає: а) власників племінних (генетичних) ресурсів; б) підприємства, установи і організації незалежно від форм їх власності та фізичних осіб – суб'єктів підприємницької діяльності, які беруть участь у виробництві, збереженні, використанні, створенні, визначенні племінної цінності племінних (генетичних) ресурсів, торгівлі ними й надають послуги, пов'язані з цією справою; в) власників неплемінних тварин – споживачів племінних (генетичних) ресурсів і замовників послуг з племінної справи у цій сфері². Неважко помітити, що класифікація здійснюється за різними критеріями щодо різних груп суб'єктів: у одному випадку це наявність статусу власника племінних ресурсів, в іншому – необхідність отримання статусу господарюючого суб'єкта. При цьому незрозумілою є логіка законодавця у відокремленні споживачів від власників генетичних ресурсів та необхідності мати у власності неплемінних тварин. Очевидно, законодавець прагнув надати більше можливостей для правового захисту споживачам племінних ресурсів, однак такий підхід лише ускладнює розвиток договірних відносин у досліджуваній сфері. Тому варто погодитися з В. В. Шовкуном, який пропонує розподіляти суб'єктів відповідної сфери діяльності за юридичним статусом на такі дві великі групи: а) тих, що мають діяти виключно як юридичні особи (беруть участь у виробництві, збереженні, використанні, створенні, визначенні племінної цінності племінних (генетичних) ресурсів, торгівлі ними й надають послуги, пов'язані з племінною справою у тваринництві); б) тих, що можуть мати ста-

тус осіб як юридичних, так і фізичних осіб – суб'єктів підприємницької діяльності (споживачі племінних (генетичних) ресурсів чи замовники послуг з племінної справи в цій сфері)³.

До об'єктів, згідно зі ст. 4 Закону, відносять велику рогату худобу, свиней, овець, кіз, коней, птицю, рибу, бджіл, шовкопрядів, хутрових звірів та кролів, яких розводять з метою одержання від них певної продукції⁴. Слушними є зауваження більшості вчених про те, що об'єктами племінної справи у тваринництві мають бути не самі племінні тварини, а їх породи.

В. В. Шовкун зазначає, що до племінних (генетичних) ресурсів належать як племінні тварини, так і їх продукція, що може використовуватися для відтворення племінного стада. За таких обставин об'єктами племінної справи у тваринництві мають бути не лише племінні тварини, а й їх сперма, ембріони та яйцеклітини⁵. Від суперечностей суто доктринальних перейдемо до проблем законодавства.

Слід зазначити, що згідно зі ст. 8 Закону суб'єкти племінної справи мають здійснювати свою діяльність відповідно до загальнодержавних програм селекції у тваринництві. Ці програми розробляються на період 5–10 років та здійснюються Кабінетом Міністрів України і затверджуються в установленому законом порядку. На даний час діє Загальнодержавна програма, затверджена Законом України «Про Загальнодержавну програму селекції у тваринництві на період до 2010 року» від 19 лютого 2004 р. № 1517-IV⁶. Тому існує нагальна потреба у прийнятті нової програми селекції у тваринництві, наприклад, до 2024 року. Це допоможе у подальшому уникнути труднощів при узгодженні діяльності у сфері племінної справи з нормами нової програми у разі здійснення такої діяльності суб'єктами племінної справи поза приписами програми.

Серйозні прогалини зустрічаються також на рівні законодавства про юридичну відповідальність у сфері племінної справи.

Зокрема, на рівні ст. 11 Закону України «Про ідентифікацію та реєстрацію тварин» передбачено два види правопорушень у сфері ідентифікації та реєстрації тварин, однак конкретних видів стягнень за перелічені правопорушення не встановлено. У цьому зв'язку слушно є думка В. В. Шовкуна про доповнення КУпАП ст. 107² «Відповідальність за порушення законодавства про ідентифікацію та реєстрацію тварин». Склади правопорушень мають полягати у невиконанні розпоряджень уповноважених органів та осіб про усунення фактів порушень у сфері ідентифікації і реєстрації тварин; створенні перешкод уповноваженій особі у здійсненні контролю й нагляду за дотриманням вимог щодо ідентифікації та реєстрації тварин.

Крім того, він пропонує викласти в іншій редакції ст. 21 Закону, зазначивши, що порушення законодавства про племінну справу у тваринництві тягне за собою цивільну, господарську, адміністративну або іншу відповідальність згідно із законом⁷.

Останнім часом значного поширення у племінній справі набуло використання біотехнології, оскільки це дає змогу користуватися перевагами генної інженерії. 31 травня 2007 р. Верховною Радою було прийнято Закон України «Про державну систему біобезпеки при створенні, випробуванні, транспортуванні та використанні генетично-модифікованих організмів». У ст. 18 цього Закону передбачено відповідальність за порушення законодавства в галузі поводження з ГМО. Однак дана позиція законодавця не знайшла свого відображення у КУпАП із зазначенням конкретних видів і розмірів стягнень. Тому обґрунтовано видається думка С. С. Ковальнової про необхідність доповнення КУпАП статтею, яка б передбачала адміністративну відповідальність у галузі поводження з генетично – модифікованими сільськогосподарськими тваринами і мала б назву «Відповідальність за порушення законодавства в галузі поводження з генетично модифікованими породами сільськогосподарських тварин»⁸. Нормативне наповнення запропонованої статті має бути здійснене за допомогою складів правопорушень, перелічених у ст. 18 вищевказаного Закону.

На рівні державного контролю у сфері племінної справи наявні функціональні прорахунки. Так, безпосередні функції з державного контролю в досліджуваній галузі в Україні виконують відповідні посадові особи. Статтею 18 Закону встановлено, що державний контроль у цій сфері покладається на Головного державного інспектора з племінної справи у тваринництві – начальника Державної інспекції з племінної справи у тваринництві України, а також на головних державних інспекторів АРК та областей, які призначаються і звільняються з посади відповідно до вимог законодавства.

Однак вищевказані інспекції так і не було створено, а в Положенні про Державну інспекцію сільськогосподарства України, затвердженому Указом Президента України «Про Державну інспекцію сільськогосподарства України» від 13 квітня 2011 р. № 459/2011⁹, не йдеться про функції здійснення контролю в галузі племінної справи у тваринництві. Натомість Указом Президента України від 13 квітня 2011 р. № 464/2011 затверджено Положення про Державну ветеринарну та фітосанітарну службу України, у п. 1 якого передбачено, що Держветфітослужба України є центральним органом виконавчої влади, діяльність якої спрямовується й координується Кабінетом Міністрів через Міністра аграрної політики та продовольства України, входить до системи органів виконавчої влади й забезпечує реалізацію державної політики, зокрема, в сфері державного нагляду (контролю) за племінною справою у тваринництві¹⁰. Незрозумілими залишаються підстави покладення функції державного нагляду (контролю) за племінною справою у тваринництві на Держветфітослужбу України, яка у своїй діяльності керується Законом України «Про ветеринарну медицину». Такі структурні накладки та невідповідності значно знижують якість здійснення нагляду (контролю) та професійний рівень фахівців у даній сфері.

Отже на сьогодні в українському законодавстві щодо регулювання племінної справи у тваринництві спостерігаються серйозні прогалини та неузгодженості, що зумовлені як відсутністю єдності у доктринальних підходах, так і недоліками законодавчої техніки.

Вдосконалення насамперед потребують:

– ст. 4 Закону шляхом внесення змін у частині віднесення до об'єктів племінної справи сперми, ембріонів та яйцеклітин, які можуть використовуватися для відтворення племінного стада, порід тварин, а також порід тварин з використанням біотехнологічних методів;

– КУпАП у частині доповнення його статтями про відповідальність за порушення законодавства про ідентифікацію і реєстрацію тварин та про відповідальність за порушення законодавства в галузі поводження з генетично модифікованими породами сільськогосподарських тварин;

– спосіб розподілу функціональних обов'язків між центральними органами виконавчої влади, що покликані реалізовувати державну політику у сфері племінної справи, шляхом створення окремої Державної інспекції з племінної справи у тваринництві України або відповідного відокремленого підрозділу (департаменту) Державної інспекції сільського господарства України.

Крім того, термінового розроблення та затвердження потребує нова загальнодержавна програма розвитку селекції у тваринництві.

¹ Про племінну справу у тваринництві: Закон України від 15.12.1993 р. № 3691-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 2. – С 7.

² Там само.

³ Шовкун В. В. Правове регулювання племінної справи у тваринництві: Дис. канд. юрид. наук: спец. 12.00.06 / В. В. Шовкун; наук. кер. В. М. Єрмоленко; Каб. Мін. України, Нац. ун-т біоресурс. і природокорист. України. – К., 2012. – С. 79.

⁴ Про племінну справу у тваринництві: Закон України від 15.12.1993 р. № 3691-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 2. – С 7.

⁵ Шовкун В. В. Про об'єкти племінної справи у тваринництві / В. В. Шовкун // Актуальні питання сучасної юридичної науки: Матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (11–12 черв. 2011 р. м. Харків). – у 2-х томах. – Х.: ГО «Асоціація аспірантів-юристів», 2011. – Т. 2. – С. 113.

⁶ Про Загальнодержавну програму селекцію у тваринництві на період до 2010 року: Закон України від 19.02.2004 р. № 1517-ІV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 23. – С. 319.

⁷ Шовкун В. В. Правове регулювання племінної справи у тваринництві: Дис. канд. ... юрид. наук: спец. 12.00.06 / В. В. Шовкун; наук. кер. В. М. Єрмоленко; Каб. Мін. України, Нац. ун-т біоресурсів і природокористування України. – К., 2012. – С. 139–140.

⁸ Ковальова С. С. Деякі аспекти державного регулювання генно-інженерної діяльності в племінній справі у тваринництві / С. С. Ковальова // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – № 7. – С. 48.

⁹ Про Державну інспекцію сільського господарства України: указ Президента України від 13.04.2011 р. № 459/2011 // Офіційний вісник України. – 2011. – № 29. – С. 1265.

¹⁰ Про затвердження Положення про Державну ветеринарну та фітосанітарну службу України: указ Президента України від 13.04.2011 р. № 464/2011 // Офіційний вісник України. – 2011. – № 29. – С. 1270.

Резюме

Киlivник К. І. Деякі проблеми правового регулювання племінної справи у тваринництві.

У статті досліджено проблемні питання правового регулювання племінної справи у тваринництві у поєднанні з проблематикою ідентифікації та реєстрації тварин, генно-інженерної діяльності та адміністративної відповідальності у зазначених сферах. Автор пропонує власні підходи до розуміння поняття «племінна справа у тваринництві», зупиняється на особливостях класифікації суб'єктів у відповідній сфері та розширенні обсягу об'єктів племінної справи. У роботі звертається увага на необхідність внесення змін до певних положень законодавства, а також прийняття нової загальнодержавної програми розвитку селекції у тваринництві.

Ключові слова: племінна справа у тваринництві, суб'єктно-об'єктний склад, адміністративна відповідальність, загальнодержавна програма селекції, державна інспекція з племінної справи у тваринництві.

Резюме

Киlivник Е. И. Некоторые проблемы правового регулирования племенного дела в животноводстве.

В статье исследованы проблемные вопросы правового регулирования племенного дела в животноводстве в сочетании с проблематикой идентификации и регистрации животных, генно-инженерной деятельности и административной ответственности в указанных сферах. Автор предлагает собственные подходы к пониманию понятия «племенное дело в животноводстве», останавливается на особенностях классификации субъектов в соответствующей сфере и расширении перечня объектов племенного дела. В работе отмечена необходимость внесения изменений в отдельные положения законодательства, а также принятия новой общегосударственной программы развития селекции в животноводстве.

Ключевые слова: племенное дело в животноводстве, субъектно-объектный состав, административная ответственность, общегосударственная программа селекции, государственная инспекция по племенному делу в животноводстве.

Summary

Kylyvnyk K. Some problems of legal regulation of breeding business in animal husbandry.

This paper deals with the problematic issues of legal regulation in livestock breeding, combined with the problems of identification and registration of animals, genetically-engineering and administrative responsibility in these areas. The author offers her own approaches to understanding the concept of 'livestock breeding', mentions the peculiarities of the classification of subjects in this area

and the expanding the objects of breeding list. It is noted the need to amend certain provisions of the legislation, as well as the adoption of a new national program of development in livestock breeding.

Key words: livestock breeding, subject-object structure, administrative responsibility, national program of development in livestock breeding, the State Inspectorate for breeding livestock.

Отримано 14.04.2014

УДК 349.1

А. О. ЛЕВЧЕНКО

*Анастасія Олегівна Левченко, студентка IV курсу
Київського національного університету імені Тараса
Шевченка*

ПРАВОВА ПРИРОДА ЕЛЕКТРОННОЇ РЕКЛАМИ ТА ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЇЇ СТВОРЕННЯ, ОБІГУ І ОХОРОНИ

Розвиток інформаційних інтерактивних технологій спричинив інформаційну революцію. На сьогоднішній день можна констатувати формування нового інформаційного суспільства. Цей процес супроводжується нововведеннями в усіх сферах життя (правові, соціальні, економічні інновації), які радикально змінюють життя суспільства. Наприклад, поява Інтернету дозволила подолати обмеження при створенні і поширенні матеріалів, пропонуючи загальний доступ до джерел цифрової інформації, кількість яких постійно збільшується. При цьому правове регулювання в силу різних об'єктивних та суб'єктивних чинників не встигає за розвитком можливостей в інформаційному суспільстві. Так, питання розміщення реклами в Інтернеті, розповсюдження її через електронну пошту, смс-повідомлення, по телефону залишається остаточно не вирішеним. Хоча правовий режим такої реклами суттєво відрізняється від правового режиму телереклами, зовнішньої реклами, друкованої реклами в засобах масової інформації, (далі – ЗМІ) і у зв'язку з цим поширення положень нормативно-правових актів, що регулюють дані види реклами, на інформаційно-телекомунікаційну сферу є неможливим. Отже, проблема правового регулювання таких різновидів реклами набуває все більшого значення як на міжнародному, так і на національному рівнях.

Питанням Інтернет-реклами та електронної реклами присвятили свої наукові праці Л. Капинус, А. Владимирська, П. Владимирський, В. Потапенко, Т. Бокарев, Д. Дідух та ін. Опрацювання наявних джерел показало, що на сьогоднішній день відсутній комплексний підхід до вивчення Інтернет-реклами, мобільної реклами, а також обмежено використовується термін «електронна реклама».

Метою даної статті є дослідження правової природи поняття «електронна реклама» та обґрунтування доцільності використання цього поняття, визначення основних проблем, що існують в сфері електронної реклами та висунення пропозицій щодо шляхів їх вирішення.

Основним нормативно-правовим актом, що встановлює засади рекламної діяльності в Україні, регулює відносини, що виникають у процесі виробництва, розповсюдження та споживання реклами, є Закон України «Про рекламу» від 03.07.1996 р. (далі – ЗУ «Про рекламу»). У Законі України «Про рекламу» реклама розглядається як «інформація про особу чи товар, розповсюджена в будь-якій формі та в будь-який спосіб і призначена сформулювати або підтримати обізнаність споживачів реклами та їх інтерес щодо таких особи чи товару»¹. У даному визначенні, а також і в Законі України «Про рекламу» перелік джерел, звідки можна отримати таку інформацію, не визначено. У законодавстві також відсутні класифікація реклами, визначення чіткого критерію поділу її на види, проте на основі статей 13-18 Закону України «Про рекламу» можна запропонувати наступний перелік видів реклами: телевізійна реклама; реклама на радіо; реклама в друкованих виданнях; зовнішня реклама; внутрішня реклама; реклама на транспорті.

В основу даної класифікації покладено такий критерій, як вид засобу рекламного інформування. Проте на сьогоднішній день вищезазначений перелік потребує вдосконалення. По-перше, необхідно додати такий вид реклами, як поліграфічна реклама². У такий спосіб відбувається інформування споживача через буклети, листівки, плакати, проспекти тощо.

По-друге, слід також ввести термін «електронна реклама». За результатами проведеного аналізу окремих наукових праць, в яких досліджується рекламна діяльність, а також законодавства окремих країн (Росії, Білорусії, Франції, Італії, США) можна зробити висновок, що цей термін взагалі не використовується на законодавчому рівні, а також, що дане поняття не отримало широкого розповсюдження і в науковій літературі. Наприклад, Г. О. Владимирська визначає електронну рекламу як «інформацію про особу чи товар, розповсюджену в будь-якій формі за допомогою електронних засобів і видів зв'язку для того, щоб сформулювати або підтримати обізнаність споживачів реклами та їхній інтерес до особи чи товару які рекламуються. Видами електронної реклами є:

1. Інтернет-реклама;
2. мобільна реклама;
3. реклама на електронних табло, що підключені в мережу тощо»³.

Дане визначення є чи одним з не багатьох визначень поняття «електронна реклама» наявних у сучасній правничій літературі. У зв'язку з цим, спираючись на мету цієї статті, слід зазначити існуючі тенденції в науці стосовно характеристики різновидів електронної реклами. Переважна більшість науковців в своїх дослідженнях орієнтується виключно на термін «Інтернет-реклама». Інколи цей термін навіть ототожнюють з поняттям «електронної реклами», використовуючи їх як синоніми⁴. Окрім того, проблемним питанням є розмежування Інтернет-реклами та мобільної реклами, оскільки остання може надаватися через мобільний Інтернет і, як наслідок, з'являються спроби розглядати мобільну рекламу як різновид Інтернет-реклами. Що стосується розміщення реклами на електронних табло, на сьогоднішній день, одним з поширених підходів є включення її до іншого різновиду реклами – зовнішньої. Такий підхід застосовано в ст. 19 Федерального закону «Про рекламу» від 13.03.2006 №38-ФЗ⁵. Таким чином, відсутність в широкому вжитку єдиного терміну, що об'єднував би різні види реклами, що надаються через засоби зв'язку, негативно впливає як на визначення змісту понять «Інтернет-реклама», «мобільна реклама», так і на законодавчу практику регулювання даного питання. Доцільність введення такого терміну обґрунтовується тим, що кожен окремих різновид реклами (телевізійна, на транспорті) відрізняється специфічними характеристиками, що зумовлені особливостями засобу рекламного інформування – телебачення, транспорт, які впливають на виокремлення виняткових вимог до форми кожного виду реклами. Електронна реклама розповсюджується через засоби зв'язку, що складають телекомунікаційну мережу, та дозволяють не тільки проводити аналіз реакції споживачів на рекламу, а й забезпечують двосторонній зв'язок зі споживачем. Саме тому для формулювання загальних вимог до рекламної діяльності в інформаційно-телекомунікаційній сфері необхідно використовувати термін «електронна реклама», що дозволяє здійснювати узагальнену характеристику реклами, яка проводиться за допомогою засобів зв'язку – Інтернету, електров'язку та ін.

Незважаючи на зростаючий інтерес до інформаційних технологій, а також їх стрімке розповсюдження у повсякденному вжитку, правове регулювання діяльності, пов'язаної з їх використанням є неповним та потребує значного вдосконалення. Вироблені теорією та практикою правила регулювання традиційної реклами не враховують специфіку розповсюдження інформації засобами зв'язку.

Електронна реклама характеризується наступними особливостями, що зумовлюють необхідність введення спеціальних вимог:

1. На її розповсюдження впливають технічні особливості мережі Інтернет та зв'язку (телефонного, факсимільного тощо).

2. Враховуючи транскордонний характер мережі Інтернет, проблемним є визначення критеріїв, за якими буде з'ясуватися питання, під юрисдикцію якої держави підпадає конкретне рекламне повідомлення та які нормативні вимоги будуть застосовуватися до змісту такої реклами. У той же час визначення юрисдикції має велике значення для здійснення контролю за розповсюдженням реклами та притягнення до відповідальності порушників.

3. Технічні особливості інформаційних технологій зумовлюють ускладнення процесу виявлення конкретних правопорушників серед рекламодавців та виробників реклами.

4. Наявність доступу до мережі Інтернет робить вразливими для шахрайства та зловживань персональні дані споживачів (використання даних для розповсюдження реклами без дозволу, нав'язлива реклама через смс-повідомлення, e-mail).

Такі особливості електронної реклами породжують проблеми, що потребують швидкого, комплексного вирішення: визначення критеріїв сфери дії національного законодавства про рекламу, необхідність розширення засобів контролю за розповсюдженням реклами та системи санкцій, що застосовуються до порушників, посилення нагляду за рекламною діяльністю в інформаційно-телекомунікаційному просторі.

Враховуючи особливі властивості електронної реклами, перш за все необхідно визначити, чи підпадає її розповсюдження під дію Закону України «Про рекламу». У ст. 2 Закону визначається сфера дії цього Закону. Відповідно, «цей Закон регулює відносини, пов'язані з виробництвом, розповсюдженням та споживанням реклами на території України»⁶. Мобільна реклама та реклама на електронних табло безумовно підпадає під дію цього Закону, оскільки споживач мобільної реклами та електронне табло у будь-якому випадку будуть знаходитися на території України. Проте особливості функціонування Інтернет-мережі зумовлюють необхідність проведення деяких уточнень. Відповідно до Закону України «Про телекомунікації» від 18.11.2003 р. під Інтернетом розуміється «всесвітня інформаційна система загального доступу, яка логічно зв'язана глобальним адресним простором та базується на Інтернет-протоколі, визначеному міжнародними стандартами»⁷. Кожен сайт у всесвітній мережі має свій власний домен – частину ієрархічного адресного простору мережі Інтернет, яка має унікальну назву, що її ідентифікує, обслуговується групою серверів доменних імен та централізовано адмініструється. Для обслуговування адресного простору українського сегмента мережі Інтернет використовується домен.UA. На підставі вищевикладеного та враховуючи положення ст. 2 Закону України «Про рекламу» можна визначити випадки, коли реклама в Інтернеті підпадає під дію цього Закону. По-перше, коли рекламодавцем використовується український сегмент мережі Інтернет (домени.UA). По-друге, коли споживач реклами знаходиться на території України. Таким чином, якщо електронна реклама виробляється, розповсюджується та споживається на території України, на неї поширюється дія Закону України «Про рекламу».

Окрім визначення поняття «електронна реклама» та її складових, на законодавчому рівні необхідним є також закріплення спеціальних вимог до неї. При цьому слід розмежовувати вимоги до електронної реклами та до змісту інформації в електронній рекламі. Відповідно до п. 2 розд. «Основні поняття» Російського рекламного кодексу під терміном «зміст (реклами)» розуміється «інформація про фізичну чи юридичну особу, товари, ідеї та ініціативи, яка призначена для невизначеного кола осіб і покликана формувати або підтримувати інтерес до цих фізичних, юридичних осіб, товарів, ідей та ініціатив та сприяти реалізації товарів, ідей та ініціатив, а під терміном «форма (реклами)» розуміється «спосіб об'єктивізації рекламної інформації, її структура, виражена графічними, музичними, звуковими та іншими засобами»⁸. Для позначення вимог до електронної реклами, а не до змісту її інформації слід використовувати саме вираз «вимоги до форми електронної реклами». До того ж можливим є розширення змісту поняття «форма реклами», закріпленого в Рекламному кодексі і визначення його як способу об'єктивізації рекламної інформації, механізму її розповсюдження, її структури, виражена графічними, музичними, звуковими та іншими засобами.

У Законі України «Про рекламу» відсутні вимоги до змісту та форми електронної реклами, проте на неї поширюються загальні вимоги до змісту реклами, закріплені в ст. 8–9 Закону. Окрім того, при визначенні вимог до змісту інформації мають враховуватися положення ст. 10 (недобросовісна реклама), ст. 11 (порівняльна реклама), ст. 12 (соціальна реклама). Окрім законодавства України, загальні вимоги до рекламної діяльності у сфері електронної реклами містяться і в міжнародних документах. До них відносяться:

1. Міжнародний кодекс рекламної практики в редакції від 02.12.1986, прийнятий Міжнародною торговою палатою;

2. Консолідований Кодекс Міжнародної Торговельної Палати із практики реклами та маркетингових комунікацій, який було опубліковано в серпні 2006 року Міжнародною торговельною палатою.

Дані документи не носять загальнообов'язкового характеру і не потребують ратифікації Верховною Радою України для можливості їх застосування на території України. Як випливає зі змісту самих кодексів, вони є засобом саморегулювання. Проте в Міжнародному кодексі рекламної практики зазначається, що він також призначається для використання судами, в якості довідкового матеріалу в рамках відповідного законодавства. Проте на основі цих документів кожна країна може приймати власні кодекси з урахування специфіки правовідносин в її межах. Зокрема, Російська федерація прийняла в 2001 р. Російський рекламний кодекс, а в 2012 р. був підписаний Російській кодекс практики реклами і маркетингових комунікацій.

Міжнародний кодекс рекламної практики містить загальні засади, на яких має будуватися рекламна діяльність, а також вимоги щодо окремих різновидів рекламної інформації – франчайзинг, кредити, займи, реклама адресована дітям тощо. Проте в розділі «Інтерпретація» зазначається, що Кодекс розповсюджується на весь зміст реклами, що включає всі слова, числа (в письмовому вигляді і ті, що вимовляються), зображення, музику і звукові ефекти⁹. Це означає, що електронна реклама підпадає під дію цього кодексу і на неї розповсюджуються вимоги до змісту реклами, визначені в Кодексі.

Консолідований Кодекс Міжнародної Торговельної Палати із практики реклами та маркетингових комунікацій, окрім загальних вимог до реклами, в Розділі D містить спеціальні вимоги до реклами й маркетингової комунікації з використанням електронних засобів масової інформації й телефону. При цьому, під електронними засобами масової інформації розуміються «будь-які засоби масової інформації, що забезпечують електронні, інтерактивні комунікації, такі як Інтернет, онлайн-послуги та/або електронні й комунікаційні мережі, включаючи телефон»¹⁰. Тобто можна зробити висновок, що положення цього розділу поширюють свою дію саме на електронну рекламу. Статті Розділу D містять вимоги як до змісту (ідентифікації комерційної мети електронної комунікації, дотримання поваги суспільних груп, ясності пропозиції та умов, врахування потенційної чутливості світової аудиторії) так і до форми електронної реклами (обмеження незапитаних посилань, очевидність механізму відмови від отримання пропозицій, заборона обмеження можливості споживачів відкрити інші рекламні послання), а також формулюють особливості використання телефону у процесі маркетингових комунікацій.

Таким чином, необхідність на законодавчому рівні формулювати додаткові окремі вимоги до змісту інформації, що розповсюджується за допомогою засобів електронної реклами, відсутня. Єдине питання, що потребує врегулювання – це можливість та способи рекламування через засоби зв'язку окремих видів товарів та послуг – алкогольних напоїв, тютюнових виробів, лікарських засобів, товарів вилучених чи обмежених в цивільному обороті, послуг з працевлаштування. Наприклад, у Законі України «Про рекламу», в ст. 22, присвяченій рекламі алкогольних напоїв та тютюнових виробів, вже міститься заборона їх рекламування через мережу Інтернет, крім веб-сайтів, призначених для повнолітніх осіб, обов'язковою умовою доступу до яких є попередня ідентифікація віку користувачів. Це питання потрібно також вирішувати і для інших товарів, щодо яких існують окремі спеціальні вимоги щодо їх рекламування.

Проте на сьогоднішній день існує потреба закріплення на законодавчому рівні спеціальних вимог саме до форми електронної реклами. Ці вимоги мають стосуватися таких сфер:

1) захист персональних даних – визначення можливості їх збирання та обробки суб'єктами рекламної діяльності, а також порядку їх розголошення третім особам;

2) захист інтелектуальної власності – визначення порядку використання об'єктів інтелектуальної власності (заборона використання торговельної марки для введення в оману споживачів щодо виробника продукції, тощо);

3) забезпечення економічної конкуренції – заборона спаму, недобросовісної реклами, а також визначення механізму протидії недобросовісній конкуренції;

4) визначення розумних обсягів представлення увазі споживача реклами в засобах зв'язку (займана площа на сторінці веб-сайту, на екрані мобільної гри, кількість смс-повідомлень рекламного змісту тощо).

Вищезазначені напрями не вичерпують всіх можливих напрямів визначення вимог до форми реклами, проте дозволяють визначити основні проблемні питання, що потребують негайного врегулювання.

Таким чином, розвиток інформаційних технологій призвів до розширення переліку засобів рекламування і як наслідок – до виникнення прогалин у правовому регулюванні даного питання. Нині можна говорити про необхідність законодавчого закріплення нового виду реклами – електронна реклама, що включає: Інтернет-рекламу, мобільну рекламу та рекламу через електронні табло, підключені до мережі. Крім цього, необхідним є встановлення чіткого переліку вимог до такого виду реклами, які б враховували її особливості, а також захищали суспільство від зловживання з боку суб'єктів рекламування.

¹ Закон України «Про рекламу» від 03.07.1996 № 270/96-ВР (в ред. від 26.04.2014) [Електронний ресурс] // Законодавство України. Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/270/96-%D0%B2%D1%80>

² *Владимирська Г. О.* Реклама: навчальний посібник для студ. вищ. навч. закладів / Г. О. Владимирська, П. О. Владимирський. – К.: Кондор, 2006. – 334 с. – С. 194.

³ Так само. – С.292.

⁴ *Назайкин А.* Интернет реклама (реклама в Интернете, электронная реклама, реклама онлайн) [Електронний ресурс] // Назайкин А. Узнай о рекламе больше. – Режим доступу: http://www.nazaykin.ru/_MP_internet.htm

⁵ Федеральный закон «О рекламе» от 13.03.2006 № 38-ФЗ [Електронний ресурс] // «Кодексы и законы РФ» – Российское законодательство. – Режим доступу: <http://www.zakonrf.info/zoreklame/>

⁶ Закон України «Про рекламу» від 03.07.1996 № 270/96-ВР (у ред. від 26.04.2014).

⁷ Закон України «Про телекомунікації» від 18.11.2003 №1280-IV (у ред. від 19.04.2014) [Електронний ресурс] // Законодавство України. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1280-15>

⁸ Российский Рекламный Кодекс [Електронний ресурс] // <http://www.advertology.ru/>: Наука о рекламе. – Режим доступу: <http://www.advertology.ru/index.php?name=Subjects&pageid=349>

⁹ Міжнародний кодекс рекламної практики в ред. від 02.12.1986, прийнятий Міжнародною торговельною палатою. [Електронний ресурс] // Законодавство України. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/988_010

¹⁰ Консолідований Кодекс Міжнародної Торговельної Палати із практики реклами та маркетингових комунікацій, який було опубліковано в серпні 2006 року Міжнародною торговельною палатою. [Електронний ресурс] // Союз рекламистів. Режим доступу: <http://reklamspilka.org.ua/ukr/250/>

Резюме

Левченко А. О. Правова природа електронної реклами та проблеми правового регулювання її створення, обігу і охорони.

У статті запропоновано ввести до законодавства новий термін «електронна реклама». Автором обґрунтовано доцільність використання поняття «електронна реклама», проаналізовано її особливості та встановлено вимоги до змісту та форми електронної реклами, а також визначено сфери правового регулювання, яких мають стосуватися дані вимоги.

Ключові слова: реклама, електронна реклама, вимоги до електронної реклами.

Резюме

Левченко А. О. Правовая природа электронной рекламы и проблемы правового регулирования ее создания, оборота и охраны

В статье предложено ввести в законодательство новый термин «электронная реклама». Автором обосновано целесообразность использования понятия «электронная реклама», проанализировано её особенности и установлено требования к содержанию и форме электронной рекламы, а также определено сферы правового регулирования, которых должны касаться данные требования.

Ключевые слова: реклама, электронная реклама, требования к электронной рекламе.

Summary

Levchenko A. Legal nature of electronic advertising and problems of legal regulation of its creation, circulation and protection.

The article suggest implementation in legislation a new definition “electronic advertising”. The author substantiates the expediency of using the term “electronic advertising”, analyzes its characteristics and determines requirements for content and form of electronic advertising and defined the branches of legal regulation, which should concern these requirements.

Key words: advertising, electronic advertising, electronic advertising requirements.

Отримано 11.04.2014

К. О. ЛИТВИНЕНКО

*Кирило Олександрович Литвиненко, студент
II курсу магістратури Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка*

СФЕРА ДІЇ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА У СОЦІАЛЬНИХ ВІДНОСИНАХ

Людське суспільство характеризується передусім відносинами, що склалися всередині нього. Хоча суспільство завжди складається з людей, воно ніколи не являє собою простої їх сукупності. Суспільство насамперед – це особливе об'єктивне утворення, певна система відносин¹. Стабільність роботи такої системи забезпечують регулятори соціальних відносин. Мета даної роботи – виявити, чи можна вважати міжнародне право таким регулятором, а також дослідити сферу дії міжнародного права у соціальних відносинах.

Актуальність дослідження для України обумовлюється необхідністю вироблення адекватної соціальної політики, а також досягнення міжнародних стандартів у регулюванні багатьох сфер соціальних відносин.

Дослідженням регулювання соціальних відносин займалися такі вітчизняні теоретики, як І. І. Лукашук, О. Ф. Скакун, М. Ф. Примуш, В. І. Бобер та інші.

Терміни «соціальний» та «суспільний» інколи вживаються як тотожні. У цьому випадку розкривається широке значення досліджуваного поняття, коли йдеться про опис явищ чи процесів, пов'язаних із суспільством, на протигагу, приміром, природним чи технологічним. При використанні такого значення, зрозуміло, будуть враховуватися також такі прояви, як політичні, економічні, духовні, культурні й тому подібне.

У іншому разі поняття «соціальне» тлумачиться вужче – як частина суспільного. Ним позначається лише те в суспільстві, що безпосередньо стосується людей, їх інтересів і потреб. Відповідно, розрізняються економічна, соціальна, політична і духовна сфери суспільного життя, а соціальні відносини виокремлюються як особливий вид суспільних відносин, що існують поряд з економічними, політичними та соціокультурними відносинами².

У науковій літературі саме поняття соціальних відносин не має сталого визначення, його обсяг може також змінюватися залежно від прикладного наукового напрямку. Соціальні відносини можна визначити, наприклад, як взаємозв'язок між людьми, включеними в ті чи інші соціальні спільноти і групи в рамках даної суспільної системи, що складається в процесі спільної діяльності³. Поширеною є позиція, за якої відносини пов'язані зі статусом його суб'єктів (індивідів) та ролями, які вони відіграють у суспільстві, тобто з різними позиціями у суспільстві, соціальною нерівністю і виникають саме з приводу їх соціальної рівності та соціальної справедливості в розподілі життєвих благ, умов становлення й розвитку особистості, задоволення матеріальних, соціальних і духовних потреб тощо. Соціальні відносини – найважливіша специфічна ознака суспільства і разом з тим те, що робить суспільство системою, об'єднує індивідів та їх розрізнені дії в єдине ціле, хоча воно внутрішньо й розчленоване. Зміст і рівень цих відносин дуже різні: як кожен індивід вступає у відносини, так і групи вступають у відносини між собою, і, тим самим, людина виявляється суб'єктом численних і різноманітних відносин⁴.

Виділимо суттєві ознаки соціальних відносин.

– Соціальні відносини виділяються на основі їх суб'єктів – соціальних спільнот.

– Суб'єктами соціальних відносин спільнотами людей, що склалися історично та об'єктивно існують. Такими можуть бути соціально-класові, соціально-етнічні, соціально професійні, соціально-територіальні групи та інші.

– Індивіди – суб'єкти соціальних відносин виступають як представники певних соціальних груп, а не у власній якості⁵.

Видів соціальних відносин багато, класифікувати їх можна, зважаючи на такі критерії, як суб'єкти відносин, характер взаємодії між ними, об'єкт. Тож, якщо брати найочевидніші критерії, соціальні відносини можна розподілити:

– з точки зору володіння і розпорядження власністю (класові, станові);

– за обсягом влади (відносини по вертикалі і по горизонталі);

– за сферами прояву (правові, економічні, політичні, моральні, релігійні, естетичні, міжгрупові, масові, міжособистісні);

– з позиції регламентованості (офіційні, неофіційні);

– виходячи з внутрішньої соціально-психологічної структури (Комунікативні, когнітивні тощо);

– за способом спілкування індивідів (безособові або опосередковані, міжособові або безпосередні);

– за суб'єктами діяльності (міжорганізаційні, внутрішньорганізаційні).

Досліджуючи місце міжнародного права у соціальних відносинах, слід звернути увагу на тему соціального регулювання. Регулятори соціальних відносин упорядковують діяльність індивідів та інших об'єктів регулювання. Соціальне регулювання постає перед нами в різноманітних формах вираження від право-

вих (окремі закони, кодекси) до моральних (кодекси честі, етика підприємництва, інші професійні етики), від естетичних (мода, стиль) до організаційно-технічних (правила безпеки, стандарти), від централізованих (директиви, програми) до синергетичних (атракторів, біфуркації)⁶.

У науковій літературі можна простежити відмінності у класифікації соціальних регуляторів. Для цілей правового дослідження, звичайно, важливим є розподіл даних регуляторів на нормативні та ненормативні. До нормативних відносяться ті регулятори, які встановлюють конкретні, чіткі рамки для поведінки учасників суспільних відносин, містять однаковий масштаб (міру) поведінки, тобто норму. Вони характеризуються неперсоніфікованістю адресатів («належать до тих, кого це стосується»), обов'язковістю виконання і повторюваністю дії, наявністю санкцій за порушення правил поведінки. Їх регулюючий вплив спрямовано на те, щоб добитися необхідного (встановленого) стану суспільних відносин, у тому числі, якщо це треба, за допомогою механізму соціального примусу⁷. Серед нормативних регуляторів можна виділити правовий, корпоративний, нормативно-технічний, моральний, звичаєвий тощо.

За критерієм походження соціальні регулятори можна розглядати в трьох таких групах, як стихійні, технічні та соціальні.

Дія стихійних регуляторів досить часто може мати неочікуваний ефект. Їх можна розглядати як безпосередній прояв природних законів природи і суспільства. Фактори стихійного регулювання носять природний характер і можуть виражатися у вигляді конкретних подій загальносуспільного масштабу, явищ економічного порядку, феноменів масової поведінки і т. п.⁸.

Технічні регулятори являють собою норми, що регулюють відносини людини з навколишнім середовищем, які не мають соціального змісту. Маються на увазі відносини у сфері використання природних ресурсів та технічних засобів. Тим не менш, технічні та соціальні норми бувають пов'язані. Так, ряд особливо значущих технічних норм отримали закріплення у законодавстві (технічні умови, ГОСТ, правила техніки безпеки тощо), тим самим набувши характерних рис вже соціальних норм, в тому, що пов'язано з їх дотриманням та наслідками порушення.

Соціальні норми можна розглядати як систему правил поведінки загального характеру, що складаються у відносинах між людьми в певному суспільстві у зв'язку з проявом їх волі (інтересу) і забезпечуються різними засобами соціального впливу⁹.

Соціальним нормам притаманні наступні характерні риси:

– Вони є загальними правилами, що визначають бажану поведінку суб'єкта з точки зору суспільного інтересу.

– Діють безперервно в часі.

– Їх дії притаманна повторюваність.

– Звернені до невизначеного кола осіб (не мають конкретного адресата). Хоча, разом із тим, регулятори соціальних відносин слід вважати й акти індивідуального регулювання, які виступають у вигляді цільового, адресного впливу суб'єктів один на одного.

– Дані норми виникають у зв'язку з вольовою, свідомою діяльністю людей.

– Регламентують форми соціальної взаємодії людей, тобто спрямовані на регулювання суспільних відносин, поведінки в суспільстві.

– Виникають у процесі історичного розвитку (як його фактор і результат) та функціонування суспільства.

– Ці норми відповідають типу культури і характеру соціальної організації суспільства¹⁰.

Якщо розглядати право як соціальний регулятор, то треба зазначити, що в системі соціального регулювання правове регулювання відіграє найважливішу роль. Під таким регулюванням можна розглядати вплив норм права (системи правових норм) та інших спеціально-юридичних засобів на поведінку людей і на суспільні відносини для їх упорядкування й прогресивного розвитку.

Водночас, різносторонній вплив на суспільні відносини надає вся сукупність правових явищ, у тому числі правові ідеї, принципи, що не втілені в юридичні форми (нормативно-правових актів, рішень судових органів чи іншої).

Позитивне право характеризується властивостями і механізмами, що забезпечують його реалізацію в житті суспільства. Нормативність, загальнообов'язковість, формальна визначеність, забезпеченість силою державно-правового примусу – ці властивості права дають змогу перевести правові норми з сфери належного в сферу суцього, в повсякденне практичне життя людини і суспільства.

Розглядаючи право як особливий соціальний регулятор, варто розуміти, що його норми можуть мати різну публічну природу. Йдеться про виокремлення міжнародного права. За визначенням передових вітчизняних науковців, міжнародне право – це система юридичних норм, які регулюють міжнародні відносини з метою забезпечення миру, прав людини і співробітництва, це рішення і правові засоби їх застосування, прийняті повноважними суб'єктами задля реалізації спільних інтересів¹¹.

Суспільна практика обумовила існування міжнародного права. Останнє також безпосередньо впливає на регулювання соціальних відносин. Так, на думку П. Циганкова, одним із основоположних принципів міжнародного права є принцип дотримання прав людини та основних свобод, що помітно перетворюється в останні десятиліття (Загальна декларація прав людини була прийнята в 1948 р.) на самостійну тему, яка має зростаючий вплив на міжнародні відносини¹².

І. І. Лукашук же підкреслював, що функція гармонізації національних інтересів держав та їх інтересів з інтересами загальнолюдськими знаходиться в основі всіх інших, а її значення підкреслюється в практиці держав¹³.

Міжнародне право виступає регулятором соціальних відносин, шляхом реалізації своїх класичних функцій, при встановлення основних стандартів регулювання соціальних відносин. До таких функцій можна віднести наступні:

- 1) соціальні функції міжнародного права (стабілізації, зміцнення, забезпечення та ін. відносин між суб'єктами міжнародного права);
- 2) власне юридичні функції (визначення прав і обов'язків суб'єктів міжнародного права стосовно один одного, встановлення статусу різних категорій суб'єктів, їх правосуб'єктності, зміцнення міжнародного права, міжнародної законності, міжнародного правопорядку та ін.);
- 3) функції взаємодії з іншими управлінськими системами, що діють у міжнародній сфері (внутрішньо-державним правом, політикою, мораллю, релігією, етикою та ін.);
- 4) функції програмування розвитку міжнародних відносин і міжнародного права (програмування їх розвитку на перспективу, прогнозування параметрів поведінки, суб'єктів міжнародного права, передбачення варіантів напрямів розвитку інших систем, з якими взаємодіє міжнародне право тощо);
- 5) інформаційні функції (забезпечення знаннями про зміст міжнародно-правових актів, вплив на формування міжнародно-правової свідомості та ін.)¹⁴.

Варто зазначити, що роль міжнародного права протягом останніх десятиліть значно зросла. Це пояснюється передусім інтернаціоналізацією соціальних відносин, процесом глобалізації, поступовим розмиванням державного суверенітету в класичному вигляді тощо.

Нині діючі механізми правового регулювання соціальних відносин формувались у Вестфальській моделі національних держав. Процеси глобалізації та посилення міграційних потоків, як їх складова, утворення інтеграційних об'єднань, посилення ролі нетрадиційних акторів у міжнародних відносинах та інші фактори змушують задуматись про певний відхід від традиційного розуміння міжнародно-правового регулювання соціальних відносин.

Слід зазначити, що певні проблеми, які виникають нині у сфері забезпечення ефективного регулювання соціальних відносин, детермінують перегляд наявних правових та доктринальних підходів у цій сфері.

До основних соціальних проблем, масштаб та специфіка яких наводять на думку, що вирішені вони можуть бути лише завдяки плідній співпраці в рамках міжнародного співтовариства, у тому числі шляхом всебічної та глибокої розробки нормативної складової та механізмів її реалізації, або ж формуванням певних нових правових моделей, можна віднести такі:

- Різка стратифікація суспільства.
- Міжнародний тероризм як неправова деструктивна форма реалізації етнічними, національними, расовими та політичними групами намагання реалізувати свої політичні та інші права.
- Необхідність однакового забезпечення прав у всіх регіонах та країнах світу, питання пріоритету універсальності прав людини над культурним релятивізмом окремих країн.
- Питання міжнародних механізмів забезпечення етнонаціональних прав, співвідношення етнонаціональних прав із принципом суверенності держав.
- Питання ефективного контролю за дотриманням прав людини і забезпечення її розвитку у період військових конфліктах та під час миру.
- Проблема міграції та стирання державних кордонів; питання «цільової» трудової міграції.
- Питання створення міжнародних механізмів соціального забезпечення відповідних груп населення, особливо там, де цього не може забезпечити держава.
- Проблема однакового доступу до інформації та культурних цінностей в усіх регіонах світу.
- Проблема забезпечення прав людини у віртуальному просторі;
- Проблема забезпечення права свободи совісті в контексті цивілізаційних конфліктів.
- Питання правового оформлення ювенального, гендерного та гетерогенного права як частини галузевого комплексу права захисту прав людини.

На даному етапі розвитку права все ще існують певні помітні прогалини у правовому регулюванні даної сфери. Очевидним є те, що ці прогалини – доволі тривожний сигнал, оскільки саме через них формуються тенденції, розвиток яких при негативному сценарії може дестабілізувати нині існуючу систему міжнародних відносин у цілому.

Значення міжнародно-правового регулювання соціальних відносин наразі важко переоцінити. Історичний досвід свідчить, що процес визнання соціальних прав відбувався досить довго. Соціальні права можуть ефективно дотримуватись тільки за формальної рівності громадян, їх участі в реалізації державної влади та можливості відстоювати свої порушені права в судовому порядку, що насправді є можливим тільки при демократичному устрої, до якого прийшли ще далеко не всі країни світу.

Все це перешкоджає ефективній реалізації та забезпеченню прав людини, в тому числі і соціальних, що наразі виходить за межі юрисдикції окремих держав, а стає загальнопланетарним завданням. Можна бути впевненими, що нинішні глобалізаційні процеси все більше будуть ставити питання про необхідність ефективного забезпечення прав окремих індивідів в усьому світі, незалежно від їхньої національної приналежності.

Отже, можемо зробити такі висновки.

1. У науковій літературі саме поняття соціальних відносин не має сталого визначення, його обсяг може також змінюватись залежно від прикладного наукового напрямку. Соціальні відносини можна визначити, наприклад, як взаємозв'язок між людьми, включеними в ті чи інші соціальні спільності і групи в рамках

даної суспільної системи, що складається в процесі спільної діяльності. Поширеною є позиція, згідно з якою такі пов'язані зі статусом його суб'єктів (індивідів) та ролями, які вони відіграють у суспільстві, тобто з різними позиціями у суспільстві, соціальною нерівністю і виникають саме з приводу їх соціальної рівності та соціальної справедливості в розподілі життєвих благ, умов становлення і розвитку особистості, задоволення матеріальних, соціальних і духовних потреб тощо.

2. Міжнародне право виступає формально закріпленим соціальним регулятором шляхом реалізації своїх класичних функцій при встановленні основних стандартів регулювання соціальних відносин. Варто зазначити, що роль міжнародного права у цьому упродовж останніх десятиліть значно зросла. Це пояснюється передусім інтернаціоналізацією соціальних відносин, процесом глобалізації, поступовим розмиванням державного суверенітету в класичному вигляді тощо.

3. У системі соціального регулювання правове регулювання відіграє найважливішу роль. Під таким регулюванням можна розглядати вплив норм права (системи правових норм) та інших спеціально-юридичних засобів на поведінку людей і на суспільні відносини для їх упорядкування та прогресивного розвитку.

4. Нині діючі механізми правового регулювання соціальних відносин формувались у Вестфальській моделі національних держав. Процеси глобалізації та посилення міграційних потоків, як їх складова, утворення інтеграційних об'єднань, посилення ролі нетрадиційних акторів у міжнародних відносинах та інші фактори змушують задуматись про певний відхід від традиційного розуміння міжнародно-правового регулювання соціальних відносин. Певні проблеми і виклики, що виникають нині у сфері забезпечення ефективного регулювання соціальних відносин, детермінують перегляд наявних правових та доктринальних підходів у цій сфері.

¹ Семенов Ю. И. Общество как целостная система // Социальная философия. Курс лекций. Учебник / Под ред. И. А. Гобозова. – М.: Издатель Савин С. А., 2003. – С. 61–79.

² Див. Політологія: історія та теорія: Підручник / П. П. Шляхтун. – К.: Центр учбової літератури, 2010. – 472 с.

³ Цит. по: Тематический философский словарь. – М.: МГУ ПС (МИИТ). Н. А. Некрасова, С. И. Некрасов, О. Г. Садикова. 2008.

⁴ Цит. по: Новейший философский словарь. – Минск: Книжный Дом. А. А. Грицанов. 1999.

⁵ Див.: Політологія: історія та теорія: Підручник / П. П. Шляхтун. – К.: Центр учбової літератури, 2010. – 472 с.

⁶ Див. Венгеров А. Б. «Теория государства и права» Учебник для юридических вузов. 3-е изд. – М.: Юриспруденция, 2000.

⁷ Там само.

⁸ Алексеев С. С., Архипов С. И. и др. Теория государства и права. – М.: Норма, 2005. – С. 210.

⁹ Скакун О. Ф. Теория права і держави: Підручник. – 2-ге вид. – К.: Алерта; ЦУЛ, 2011. – С. 238.

¹⁰ Алексеев С. С., Архипов С. И. и др. Вказана праця. – 496 с.

¹¹ Буткевич В. Г. (ред.), Мицик В. В., Задорожній О. В. Конспект лекцій з основ теорії міжнародного права Підручник / За ред. В. Г. Буткевича. – К.: Либідь, 2001. – С. 6–7.

¹² Цыганков П. Политическая социология международных отношений. Учебное пособие. – М.: Радикс, 1994. – С. 14.

¹³ Лукашук И. И. Международное право. Общая часть: учебник для студентов юридических факультетов и вузов. – изд. 3-е, перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – С. 52.

¹⁴ Буткевич В. Г. (ред.), Мицик В. В., Задорожній О. В. Конспект лекцій з основ теорії міжнародного права. Підручник / За ред. В. Г. Буткевича. – К.: Либідь, 2001. – С. 8.

Резюме

Литвиненко К. О. Сфера дії міжнародного права у соціальних відносинах.

У статті досліджується поняття соціальних відносин та система їх регулювання. Визначається роль міжнародного права у цій системі. Звертається увага на виклики і загрози, що детермінують посилення ролі міжнародного права у регулюванні соціальних відносин та необхідність перегляду нинішньої системи регулювання.

Ключові слова: соціальні відносини, регулятор соціальних відносин, міжнародне право.

Резюме

Литвиненко К. А. Сфера действия международного права в социальных отношениях.

В статье исследуется понятие социальных отношений и система их регулирования. Определяется роль международного права в этой системе. Обращается внимание на вызовы и угрозы, детерминирующие усиление роли международного права в регулировании социальных отношений и необходимость пересмотра нынешней системы регулирования.

Ключевые слова: социальные отношения, регулятор социальных отношений, международное право.

Summary

Lytvynenko K. The scope of international law in social relations.

The article examines the concept of social relations and the system of their regulation. Also it defines the role of international law in this system. Attention is paid to the challenges and threats that determine the strengthening of the role of international law in the regulation of social relations and the need to review the current system of regulation.

Key words: social relations, the regulator of social relations, international law.

Отримано 14.04.2014

М. І. ЛУЦЬКИЙ, Ю. І. ШЕВЧЕНКО

Михайло Ігорович Луцький, студент IV курсу Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

Юрій Ігорович Шевченко, студент IV курсу Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРАВОВЕ ВРЕГУЛЮВАННЯ ТРАНСФЕРТНОГО ЦІНОУТВОРЕННЯ З МЕТОЮ ЗАПОБІГАННЯ ВИВЕДЕННЮ ПРИБУТКІВ У ПОДАТКОВІ ГАВАНІ

У вересні 2013 р. Україна зробила суттєвий крок до врегулювання трансфертного ціноутворення на законодавчому рівні, коли набрали чинності зміни до Податкового кодексу України щодо трансфертного ціноутворення (далі – ТЦ). Подібні зміни законодавства спрямовано на запобігання маніпулюванню цінами в операціях з нерезидентами з податкових гаваней. У свою чергу, це має суттєвий вплив на правила здійснення господарських операцій для представників великого бізнесу в сфері металургії, хімічної та вугільної промисловості, агропромислового комплексу. Державне врегулювання ТЦ допомагає запобігти виведенню прибутку в країни податкового раю (податкові гавані). Податковими гаванями є країни або окремі території, у яких встановлено податкові преференції, зокрема низькі ставки прямого оподаткування (податок на прибуток підприємств – корпоративний податок), або відсутній такий податок, що дає змогу суттєво зменшити та мінімізувати доходи, які проходять через цю країну, територію¹. Значення врегулювання ТЦ на законодавчому рівні полягає у тому, що нарешті надано можливість боротися із виведенням фінансових ресурсів за межі вітчизняної економіки та їхнього накопичення у країнах податкового раю з метою оптимізувати податкові зобов'язання.

Трансфертне ціноутворення полягає у встановленні цін в операціях між компаніями групи (пов'язаними особами). Це доволі поширене у податковій термінології словосполучення не передбачає схеми оптимізації оподаткування, як інколи вважають. Тож як ТЦ пов'язане з податковою оптимізацією? У деяких випадках пов'язані особи можуть встановлювати ціни, які, ймовірно, не склалися б за таких самих обставин між непов'язаними особами. Це може бути зумовлено різними мотивами, зокрема, й податковими. Серед податкових мотивів слід зазначити, наприклад, перенесення прибутку в більш сприятливі юрисдикції з низьким рівнем оподаткування або розподілення податкового навантаження між компаніями групи у такий спосіб, щоб більша частина прибутку припадала на збиткові компанії групи чи компанії з пільговим оподаткуванням².

У літературі можна зустріти декілька визначень ТЦ. Однак, на нашу думку, найбільш точно відображає сутність цього явища саме це: «Трансфертне ціноутворення полягає у маніпулюванні витратами, доходами та видатками під час укладання угод між «пов'язаними» (related) особами методами, відмінними від тих, які були б використані в операціях, здійснених у нормальних ринкових умовах, з метою отримання податкової вигоди»³.

Регулювання ТЦ першочергово пов'язано з оподаткуванням прибутку транснаціональних компаній, комерційний інтерес яких представлений на території декількох податкових юрисдикцій. У результаті взаємодій між підрозділами таких організацій при реалізації ними товарів та послуг виникає необхідність правильного визначення податку на прибуток кожного з таких підрозділів, які діють в різних організаційно-правових формах (у вигляді самостійної юридичної особи або постійного представництва). Основною метою розподілу прибутку транснаціональних компаній є забезпечення справедливої частки податкової бази для кожної податкової юрисдикції, в рамках якої функціонує відповідний підрозділ ТНК. Це є причиною того, що податкові адміністрації заінтересованих країн жорстким чином вимагають дотримуватися порядку ціноутворення ТНК для оподаткування. У випадку порушення платниками податку встановлених правил визначення ціни діють норми, які регулюють ТЦ або застосовуються інші правові інструменти, за допомогою яких відбувається перегляд податкових зобов'язань платника порушника⁴.

Глобалізація економіки зумовила необхідність врегулювання ТЦ в аспекті оподаткування ТНК на міжнародному рівні. Організацією економічного співробітництва і розвитку (далі – ОЕСР) в 70-ті рр. минулого століття було розроблено принципи запобігання подвійному оподаткуванню при використанні в міжнародній торгівлі трансфертних цін⁵. У 1979 р. комітет ОЕСР з питань оподаткування з метою встановлення рівня трансфертних цін та їх перерахунку у ринкові в інтересах податкових органів видав документ під назвою «Трансфертне ціноутворення та багатонаціональні підприємства», а у 1994 р. цим Комітетом було видано «Рекомендації з трансфертних цін для ТНК та їх оподаткування». Вони переглядалися у 1996 р. та 1997 р. з урахуванням глобалізації діяльності ТНК⁶. 22 липня 2010 р. Організацією економічного співробітництва і розвитку було прийнято «Настанови ОЕСР щодо трансфертного ціноутворення для транснаціональних компаній та податкових служб» (далі – Настави ОЕСР). У ньому відображені основні підходи до вирішення суперечок, пов'язаних із трансфертним ціноутворенням; рекомендації щодо ведення документації трансна-

ціональними компаніями; напрацювання у сфері застосування різних методів ТЦ податковими службами. Саме Настанови ОЕСР стали основним підґрунтям для врегулювання ТЦ у національному податковому законодавстві багатьох країн світу. Україна, у свою чергу, також стала на шлях адаптації власного податкового законодавства до вимог Настанов ОЕСР. Підтвердженням цього є вже згадане внесення змін у Податковий кодекс шляхом прийняття ЗУ «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо трансфертного ціноутворення» від 4 липня 2013 року. В ході такого процесу обов'язковим стало регламентувати методи визначення ціни у контрольованих операціях, які можуть застосовуватися платниками податків. Власне, контрольованими операціями є господарські операції, в яких ціна між сторонами може встановлюватися не відповідно до ринкових умов, що в перспективі може призвести до отримання сторонами операції податкової вигоди у вигляді перенесення прибутку в регіони з м'якшим податковим тиском. На нашу думку, зрозуміліше буде пояснити на конкретному прикладі. Так, однією з контрольованих операцій згідно з п. 39.2.1.2 ст. 39 Податкового кодексу є господарські операції, однією зі сторін яких є нерезидент, зареєстрований у державі, в якій ставка податку на прибуток (корпоративний податок) на п'ять і більше відсотків нижче, ніж в Україні. Поширеним явищем, наприклад, був продаж товару (послуг) з України не прямо в Польщу, а через країну з низькою ставкою податку на прибуток (п'ять і більше відсотків нижче, ніж в Україні), залишивши основний прибуток від здійснення такої операції на цій країні. При цьому ціна товару (послуги) в угоді між українською компанією та компанією, місцезнаходженням якої є держава з низькою ставкою податку на прибуток, буде мінімальна. Наступним етапом є укладення угоди, де ціна між компанією, місцезнаходженням якої є держава з низькою ставкою податку на прибуток, і компанією з Польщі вже буде ринковою. Як бачимо, на першій стадії присутня економічно необґрунтована ціна, що наштовхує на думку про те, що сторони такої угоди є пов'язаними. Тим не менш, з результату зрозуміло, що господарська операція між українською компанією та компанією, місцезнаходженням якої є держава з низькою ставкою податку на прибуток, була здійснена з єдиною метою – зменшити оподаткування. Законодавством і правовими доктринами багатьох країн передбачено можливість податкової перекваліфікації операцій платника, виходячи з їхньої економічної суті, а не правової форми. Така операція, якщо застосовувати законодавство Німеччини, буде розцінена як продаж товару (послуги) безпосередньо з України в Польщу з відповідним дорухуванням недоплачених податкових платежів. Податкова перекваліфікація не спричиняє визнання угод недійсними, а дій – неправомірними. Подібна податкова перекваліфікація можлива лише при використанні методів, які визначають економічно обґрунтовані ціни у контрольованих операціях. У ст. 39 Податкового кодексу міститься перелік методів, які можуть застосовуватися платниками податків при визначенні ціни у контрольованих операціях. А саме: порівняльної неконтрольованої ціни (аналогів продажу); ціни перепродажу; «витрати плюс»; чистого прибутку; розподілення прибутку⁷. У даній ситуації постає питання щодо суб'єктів застосування вище перелічених методів. У п. 39.3.1, ст. 39 Податкового кодексу є вказівка на те, що «платник податку використовує будь-який метод, який він обґрунтовано вважає найбільш прийнятним... при визначенні ціни»⁸. Виходячи з цього, податкові органи можуть тільки перевіряти повноту сплати податкових зобов'язань, що виникають в результаті здійснення контрольованих операцій (де платниками податків застосовувався метод визначення трансфертної ціни). Необхідною умовою використання цих методів є проведення розрахунку ринкового діапазону цін або ринкового діапазону рентабельності. Використання ринкових діапазонів є новацією українського податкового законодавства. До 1 вересня 2013 р. ст. 39 Податкового кодексу передбачала фіксований діапазон відхилення цін від договірних на рівні не більше ніж на 20 %. За умови перебування ціни в цьому діапазоні вона вважалась звичайною⁹.

Зміни до Податкового кодексу щодо трансфертного ціноутворення запровадили рекомендований Настановами ОЕСР розрахунковий діапазон ринкових цін. Враховуючи те, що коливання цін є цілком природним для ринкових відносин, зокрема в угодах між непов'язаними особами, ринковий діапазон значень цих цін найбільш прийнятний для оцінки відповідності ціни принципу «витагнутої руки»¹⁰. Принцип «витагнутої руки», відповідно до Керівництва ОЕСР, полягає у наступному: якщо умови здійснення комерційних або фінансових операцій між пов'язаними особами відрізняються від умов здійснення таких операцій, у разі, якщо б вони здійснювалися між непов'язаними особами, тоді прибуток, який у результаті таких операцій міг би виникнути, але не виникнув, має бути оподаткований¹¹.

У нашій державі було прийнято ряд підзаконних нормативно-правових актів, які деталізують врегулювання ТЦ. У них розроблено механізми та інструменти, що дають змогу визначити ціну, яка має застосовуватися у контрольованих операціях.

Щодо вищезгаданого ринкового діапазону цін розроблено спеціальний алгоритм розрахунку, що допомагає зіставити максимальні та мінімальні значення цін або показників рентабельності зіставних операцій. Так, у результаті проведення регламентованих математичних розрахунків можна отримати діапазон ринкових цін та ринкової рентабельності. Якщо ціна в контрольованій операції є меншою, ніж мінімальне значення ринкового діапазону цін, для цілей оподаткування приймається ціна, яка відповідає мініальному значенню ринкового діапазону цін. Тобто, ринковим діапазоном цін визначаються межі економічної обґрунтованості ціни. Позитивним від застосування подібного методу є справедливе податкове навантаження платника податку, адже ринковий діапазон цін не дає змоги встановлювати занижені ціни у контрольованих господарських операціях, які, у свою чергу, зменшують податкові зобов'язання.

Правильне застосування методів для встановлення звичайної ціни допомагає ефективно співвідносити цінові характеристики (собівартість, рентабельність) ринковим діапазоном цін чи рентабельності.

Наприклад, метод чистого прибутку ґрунтується на порівнянні рентабельності контрольованої операції з ринковим діапазоном рентабельності у зіставних операціях. Водночас важливу роль у даній ситуації відіграють джерела, на основі яких формується інформація про зіставні операції. Адже правильний розрахунок ринкового діапазону цін чи рентабельності залежить від достовірності даних про операції, які беруться до уваги при розрахунку. Цілком виправданим з боку законодавця є чітка регламентація джерел про ринкові ціни. Аналіз Переліку № 866 дає змогу визначити вісім джерел інформації. Серед них шість віднесено до основних, два – до допоміжних, які використовуються у разі, коли інформація про ринкові ціни в основних джерелах відсутня або її обсяг недостатній¹². Окрім цього, у Настановах ОЕСР є рекомендації щодо врахування якомога більшої кількості факторів при виборі ринкових цін у неконтрольованих операціях, які лягають у основу ринкового розрахунку цін або рентабельності¹³.

Важливою позицією ТЦ є узгодження цін між платником податків та податковим органом. Як вже зазначалось, платник податків самостійно визначає ціну в контрольованих операціях, користуючись інструментами, передбаченими законодавством. Однак з метою узгодження самостійно визначеної ціни законодавцем запроваджено практику попередніх угод про ціноутворення – Advanced Pricing Agreement (APA). Такий механізм дає змогу уникнути податкової перекваліфікації в разі виявлення податковими органами порушень законодавства у сфері трансфертного законодавства вже після здійснення контрольованої операції. Так, Податковий кодекс України надає право великому платнику податків провести процедуру узгодження цін у контрольованих операціях з податковим органом. Якщо предметом узгодження є порядок визначення ціни у контрольованій зовнішньоекономічній операції, платник податків або податковий орган має право залучати до процедури узгодження цін податковий орган держави, резидентом якої є іноземний контрагент (за умови наявності міжнародного договору) про уникнення подвійного оподаткування¹⁴.

Таким чином, трансфертне ціноутворення, яке за своєю суттю оптимізує податкові зобов'язання платника податків, призводить до відтоку величезної маси фінансових ресурсів у податкові гавані. У результаті кожного року бюджет недоотримував сотні мільйонів гривень через використання трансфертних цін під час господарських операцій з нерезидентами. Тому новації законодавства, які стосуються ТЦ, можна вважати революційними, зважаючи на ті економічні дивіденди, які вони повинні принести державі у вигляді надходжень у бюджет.

¹ *Центнарук О., Мішин М.* Імплементация норм трансфертного ціноутворення в українське податкове законодавство: огляд і практичний коментар актів Кабінету Міністрів України з питань трансфертного ціноутворення // Вісник Міністерства доходів і зборів України. – 2014. – № 6. – С. 12–24.

² *Трифонов О., Кадькаленко О.* Трансфертне ціноутворення й оптимізація оподаткування // Податкова правда. – 2013. – № 7. – С. 56–57.

³ *Ненесов К. А.* Налоговые аспекты трансфертного ценообразования: сравнительный анализ опыта России и зарубежных стран. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – 233 с.

⁴ Там само.

⁵ *Вафина Н. Х.* Трансфертное ценообразование: зарубежный опыт // Финансы и кредит. – 2003. – № 9. – С. 30–36.

⁶ *Макаренко М., Савченко Т.* Трансфертне ціноутворення: концептуальні засади та значення для банківських установ // Актуальні проблеми економіки. – 2006. – № 4. – С. 44–51.

⁷ Податковий кодекс. – Податковий кодекс України від 02.12.2010 р. № 2755-VI.

⁸ Там само.

⁹ *Центнарук О., Мішин М.* Імплементация норм трансфертного ціноутворення в українське податкове законодавство: огляд і практичний коментар актів Кабінету Міністрів України з питань трансфертного ціноутворення // Вісник Міністерства доходів і зборів України. – 2014. – № 6. – С. 12–24.

¹⁰ Там само.

¹¹ «Державне регулювання трансфертного ціноутворення в Україні як засіб протидії відпливу капіталу». Аналітична записка [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.niss.gov.ua/articles/739/>

¹² Розпорядження/Перелік № 866 – розпорядження КМУ від 23.10.2013 р. № 866-р «Про затвердження переліку джерел інформації про ринкові ціни для цілей трансфертного ціноутворення».

¹³ Настанови ОЕСР щодо трансфертного ціноутворення для транснаціональних компаній та податкових служб від 22 липня 2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://auditconsult.biz/tzo/0.pdf>

¹⁴ *Центнарук О., Мішин М.* Імплементация норм трансфертного ціноутворення в українське податкове законодавство: огляд і практичний коментар актів Кабінету Міністрів України з питань трансфертного ціноутворення // Вісник Міністерства доходів і зборів України. – 2014. – № 6. – С. 12–24.

Резюме

Луцький М. І., Шевченко Ю. І. Правове врегулювання трансфертного ціноутворення з метою запобігання виведенню прибутків у податкові гавані.

У статті розкрито поняття трансфертного ціноутворення, а також те, як це явище пов'язано з податковою оптимізацією. Проведено аналіз міжнародних нормативно-правових актів, які слід використовувати в процесі врегулювання трансфертного ціноутворення на законодавчому рівні. Водночас звертається увага на те, які кроки наша держава вже зробила на шляху до адаптації вітчизняного законодавства до міжнародних стандартів. У статті зазначено увагу й на тому, який вплив на платників податків будуть мати зміни податкового законодавства, пов'язані з трансфертним ціноутворенням.

Ключові слова: трансфертне ціноутворення, транснаціональні корпорації, законодавче врегулювання, ринковий діапазон цін, ринковий діапазон рентабельності, методи трансфертного ціноутворення.

Резюме

Луцкий М. И., Шевченко Ю. И. Правовое регулирование трансфертного ценообразования с целью предотвращения вывода доходов в налоговые гавани.

В статье раскрыто понятие трансфертного ценообразования и как это явление связано с налоговой оптимизацией. Также проведен анализ международных нормативно-правовых актов, которые следует использовать в процессе урегулирования трансфертного ценообразования на законодательном уровне. Одновременно обращается внимание на шаги, которые наше государство уже сделало на пути к адаптации отечественного законодательства к международным стандартам. В статье также обращается внимание на то, какое влияние на налогоплательщиков будут иметь изменения налогового законодательства, связанные с трансфертным ценообразованием.

Ключевые слова: трансфертное ценообразование, транснациональные корпорации, законодательное урегулирование, рыночный диапазон цен, рыночный диапазон рентабельности, методы трансфертного ценообразования.

Summary

Lutskyi M., Shevchenko Y. Legal regulation of transfer pricing to prevent the removal of profits in tax havens.

In this article the concept of transfer pricing has been disclosed. Also the connection between transfer pricing and tax optimization has been described. There is analysis of international legal documents which have positive influence on regulation of transfer pricing to prevent the removal of profits in tax havens. There are described steps of our country that are have been done to adapt national legislation according to international requirements. The authors paid attention to impact on taxpayers after changing tax legislation connected with transfer pricing.

Key words: transfer pricing, multinational corporations, the legislative regulation, market diapason prices, market range profitability, transfer pricing methods.

Отримано 10.04.2014

УДК 368.02

О. І. ЛЯТИНА

Ольга Ігорівна Лятіна, студентка III курсу Інституту післядипломної освіти Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ЕВОЛЮЦІЯ НАДАННЯ СТРАХОВИХ ПОСЛУГ В УКРАЇНІ НЕРЕЗИДЕНТАМИ

Сьогодні страховий ринок займає провідне місце серед інших систем відносин, оскільки його продуктом є специфічна послуга – страховий захист, що має неабияке значення для забезпечення розвитку економіки в країні. Існуюча в Україні модель страхового ринку зазнає впливу потужної глобалізації, розвиваючись в умовах інтеграції у світове економічне господарство. Розвиток ринку страхових послуг є важливою складовою національної економіки та безпеки, оскільки являє собою найбільш раціональний, економічний та доступний механізм захисту інтересів суспільства. Відомий німецький теоретик А. Манес у своїй праці зазначав: «Страхуванню у народному господарстві відведено видатне місце, оскільки воно у всіх своїх видах зручним і надзвичайно доцільним способом служить забезпеченню матеріального добробуту людини»¹.

Надання страхових послуг є важливим елементом успішного розвитку України. Сьогодні вітчизняний страховий ринок, перебуваючи під тиском міжнародної інтеграції, потребує нагального вдосконалення економічного та правового регулювання, а також впровадження нових інструментів та засобів їх реалізації. Надання страхових послуг нерезидентами належить до найважливіших чинників активізації соціально-економічних процесів та поліпшення інвестиційного клімату. У контексті впровадження суттєвих змін до українського законодавства проблема вивчення еволюції страхового ринку страхових України набуває актуального значення, оскільки з нею безпосередньо пов'язаний стан економіки країни та безпеки громадян.

Метою даної статті є дослідження еволюції надання страхових послуг в Україні нерезидентами, а також пошук шляхів підвищення ефективності діяльності вітчизняного страхового ринку.

Аналіз сучасного страхового ринку України та розвитку системи страхових послуг знайшов відображення у багатьох працях зарубіжних і вітчизняних вчених. Правові аспекти еволюції та функціонування страхування вивчали Дж. Садлер, Р. Стефенсон, В. Д. Базилевич, Т. А. Федорова, Т. В. Яворська, С. С. Осадець, В. В. Ковальова, М. М. Александрова, Н. М. Внукова, О. О. Терещенко, В. А. Сухова, М. А. Зайцева, Л. М. Горбач, О. Д. Заруба та інші. Однак у рамках вищезазначених робіт не розглядається належним чином питання надання страхових послуг нерезидентами як важливий сегмент страхового ринку України.

Варто наголосити, що в науковій літературі існує декілька підходів до розуміння сутності страхової послуги. Т. В. Яворська вважає, що страхові послуги – це послуги вторинного попиту, які значною мірою залежать від політичної і економічної стабільності, а також від рівня добробуту громадян країни². На думку

С. С. Осадця, страхова послуга – це комплекс цивільно-правових відносин щодо захисту майнових інтересів громадян та юридичних осіб у разі настання певних подій (страхових випадків), визначених договором страхування або чинним законодавством³. страхова послуга також розглядається як втілення і практична реалізація конкретних продуктів страхової компанії, у зв'язку з чим вона завжди індивідуальна⁴. Г. А. Говорушко вважає страхову послугу продуктом цілеспрямованої діяльності страхової компанії, що пропонується на ринку на умовах еквівалентного обміну з метою отримання прибутку⁵.

Надання страхових послуг нерезидентами в Україні має глобальне значення для розвитку соціально-економічних процесів та інвестиційного клімату країни. У контексті останніх зрушень щодо діяльності філій страховиків-нерезидентів, страховий ринок України, який є досить молодим, належить до категорії найбільш потужних і динамічних сегментів фінансового ринку, про що свідчить процес його становлення в ретроспективі.

У 1993 р. було прийнято Декрет Кабінету Міністрів України (далі – КМУ) «Про страхування», який став першою спробою побудови цивілізованого страхового ринку та здійснення нагляду за страховою діяльністю. У 1996 р. був прийнятий Закон України «Про страхування» (далі – Закон)⁶, до якого неодноразово вносились зміни та доповнення з метою ефективного регулювання страхового ринку. Важливим нововведенням з 16 травня 2008 р. став дозвіл нерезидентам здійснювати страхову діяльність в Україні. Але до 2013 р. їх можливості були значно обмежені порівняно зі страховиками-резидентами, оскільки дозволялися лише такі види діяльності: виключно із страхування ризиків, пов'язаних з морськими перевезеннями, комерційною авіацією, запуском космічних ракет і фрахтом (включаючи супутники), у разі, якщо об'єктом страхування є майнові інтереси, пов'язані з товарами, які транспортуються, та/або транспортним засобом, яким вони транспортуються, та/або будь-яка відповідальність, що виникає у зв'язку з таким транспортуванням товарів; перестраховування; страхове посередництво, таке як брокерські та агентські операції; допоміжні послуги зі страхування, такі як консультаційні послуги, оцінка актуарного ризику та задоволення претензій.

17 травня 2013 р. набрав чинності Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про страхування», який був прийнятий у 2005 р. з метою гармонізації національного законодавства у зв'язку з вступом України до Світової організації торгівлі (далі – СОТ). Імплементация норм вищезазначеного документа є важливим кроком до лібералізації доступу на український страховий ринок, що відкриває нові обрії для іноземних страховиків та/або перестраховиків. Отже, можна стверджувати, що нова редакція Закону має на меті спрощення процедури входження страховиків-нерезидентів на вітчизняний ринок шляхом введення ряду резонансних новел.

Згідно зі ст. 2 Закону, значно розширено поняття «страховик». Відтепер до страховиків, які мають право здійснювати страхову діяльність на території України, належать також зареєстровані Уповноваженим органом постійні представництва у формі філій іноземних страхових компаній, які одержали у встановленому порядку ліцензію на здійснення страхової діяльності. Законодавець називає таких суб'єктів страхового ринку «філіями страховиків-нерезидентів», надаючи повне і вичерпне визначення останніх: страховиками-нерезидентами є фінансові установи, що створені та мають ліцензію на провадження страхової діяльності відповідно до законодавства тих іноземних держав, у яких вони зареєстровані. Таким чином, розширення кола страховиків є основоположним аргументом процедури їхнього поділу на страховиків-резидентів та страховиків-нерезидентів⁷.

Законом надано вичерпний перелік умов, за яких страховик-нерезидент має право на відкриття філії в Україні. Так, законодавець називає дев'ять позицій, в яких містяться вимоги щодо: держави, в якій зареєстрований страховик-нерезидент; наявності підписаного меморандуму про обмін інформацією; здійснення державного нагляду за страховою діяльністю відповідно до законодавства країни реєстрації страховика-нерезидента; укладення міжнародного договору про запобігання податковим ухиленням та уникнення подвійного оподаткування; наявності неофшорного статусу страховика; відповідності рейтингу фінансової надійності (стійкості) встановленим вимогам; мінімального розміру гарантійного депозиту на рахунках уповноважених банків-резидентів; наявності письмового безвідкличного зобов'язання страховика-нерезидента про безумовне виконання ним зобов'язань; надання права страховикам України відкривати свої філії на території іноземної держави, в якій створений і діє страховик-нерезидент. Таким чином, філія страховика-нерезидента може бути зареєстрована Уповноваженим органом за умови відповідності вищезазначеним вимогам та/або нормативно-правовим актам Уповноваженого органу. Такий перелік умов для відкриття філій страховиками-нерезидентами передбачений законодавцем з метою додаткового захисту національного виробника страхових послуг у загостреному конкурентному середовищі⁸.

Наступною та досить важливою, на наш погляд, новелою є встановлення вимог до забезпечення платоспроможності страховиків. Відтепер страховики зобов'язані дотримуватися таких умов: наявності сплаченого статутного капіталу для страховиків-резидентів або гарантійного депозиту для філій страховиків-нерезидентів та гарантійного фонду страховика.

Кардинальним нововведенням є зміна мінімального розміру статутного капіталу (гарантійного депозиту): сума, еквівалентна 1 млн євро, – для страховика, який займається видами страхування іншими, ніж страхування життя; 10 млн євро – для страховика, який займається страхуванням життя. Збільшення обсягу статутного капіталу є передбачуваним явищем, оскільки саме він формує основу фінансової стійкості страхової компанії. Доводиться припускати, що імплементация даної новели викличе суперечливе ставлення фігурантів страхового ринку. З одного боку, підвищення мінімального розміру статутного капіталу має забезпечити ефективну платоспроможність і надійний фінансовий стан страховика. Як результат, наявність солідного фактич-

ного запасу нетто-активів та стійкого фінансового розвитку суб'єктів може викликати проникнення іноземного капіталу в Україну та оздоровлення інвестиційного клімату. З іншого боку, багато страхових компаній зіштовхнуться з питанням неплатоспроможності, серед них – і з недостатнім рівнем капіталізації, що добровільно залишать ринок, вважаючи послуги зі страхування життя сферою слабого інтересу українців.

Окрім відповідності вищезазначеним умовам платоспроможності, до філій страховиків-нерезидентів висувається також ряд інших вимог. По-перше, страхові резерви філій страховиків-нерезидентів, утворені з метою забезпечення майбутніх виплат страхових сум і страхового відшкодування, повинні бути розміщені виключно на території України. Страховим резервам приділяється особлива увага, оскільки вони є основною складовою частиною залученого капіталу страховика та показником динаміки капіталізації. По-друге, щодо порядку реєстрації, ліцензування, здійснення нагляду за діяльністю, застосування заходів впливу та ліквідації філій страховиків-нерезидентів, то він встановлюється Законом та нормативно-правовими актами Уповноваженого органу (ст. 37). При цьому Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг (далі – НКРФП), наділяється правом відкликати ліцензію на провадження страхової діяльності філією страховика-нерезидента у випадку позбавлення страховика-нерезидента ліцензії на провадження страхової діяльності або якщо його ліквідовано/оголошено банкрутом у країні його реєстрації. По-третє, для філій страховиків-нерезидентів встановлено окремий порядок видачі ліцензій, перелік документів, які додаються до заяви для одержання ліцензії, терміни розгляду заяви. Основоположним принципом такого порядку є забезпечення рівного доступу до ринків фінансових послуг. Але при цьому на НКРФП покладено законодавцем важливу місію – здійснення нагляду за функціонуванням філій страховиків-нерезидентів, оскільки вони потрапляють в зону дещо «послабленого» регуляторного впливу, керуючись у своїй діяльності законодавством країни реєстрації, а не місцезнаходження.

Не обійшов увагою законодавець і деякі аспекти ліквідації, реорганізації та санації страховика. Відповідно до ст. 43 реорганізація страховика-резидента передбачає залучення до числа учасників страховика-резидента інших страховиків (у тому числі страховиків-нерезидентів) за умови проведення ними всіх розрахунків за зобов'язаннями та боргами страховика, строк сплати яких уже настав. Варто звернути увагу на чітко встановлену процедуру задоволення вимог страхувальників, застрахованих осіб, вигодонабувачів та кредиторів: вони задовольняються за рахунок активів філії страховика-нерезидента, в разі їх недостатності – гарантійного депозиту, а в разі недостатності активів філії страховика-нерезидента та її гарантійного депозиту – за рахунок страховика-нерезидента, який створив таку філію⁹.

Таким чином, внесені до Закону зміни мають на меті потужний розвиток інфраструктури економіки шляхом залучення іноземного капіталу, побудову ринку за засадах справедливої конкуренції та еволюціонування національного законодавства згідно з європейськими стандартами. Ми маємо всі підстави стверджувати, що рівний доступ страховиків-резидентів та філій страховиків-нерезидентів на страховий ринок стане в цілому позитивним досвідом для України. Хоча сьогодні деякі фахівці прогнозують процес поглинання вітчизняних страхових компаній іноземними, але загострення конкуренції на українському ринку сприятиме ряду позитивних зрушень: підвищенню якості страхових послуг, розширенню асортименту продуктів, встановленню адекватних цін.

Проте варто зазначити, що подальшого вивчення та обґрунтування в межах економічних, юридичних та фінансових наук потребує питання пом'якшення впливу сучасної фінансово-економічної кризи на розвиток ринку страхових послуг в Україні. Зокрема, для підвищення ефективності українського страхового ринку необхідно врегулювати законодавче забезпечення страхової діяльності, реалізувати низку вимог, запроваджених до статутного капіталу страховика як критеріїв надійності його інвестиційних інструментів, розширити асортимент страхових продуктів тощо. Тож сподіваємось, що спектр вищезазначених нововведень стане чинником української інтеграції у світовий страховий простір.

¹ Манес А. Основы страхового дела / Пер. с нем.; под ред. и допол. М. И. Ушакова. – СПб.: М. В. Кечедши-Шаповалов, 1909. – 173 с. – С. 7.

² Страхові послуги: Навч. посіб. / Т. В. Яворська. – К.: Знання, 2008. – 350 с. – С. 5.

³ Страхування: Підручник / Кер. авт. кол. і наук., ред. С. С. Осадець. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К.: КНЕУ, 2002. – 599 с. – С. 143.

⁴ Тринчук В. В. Формування та розвиток маркетингу страхових компаній: Автореф. дис. ... канд. екон. наук: 08.06.01. – К.: Київ. Нац. торг.-екон. ун-т, 2005. – 21 с. – С. 3–4.

⁵ Говорушко Г. А. Страхові послуги: Навч. посіб. – К.: Центр навчальної літератури, 2005. – 400 с. – С. 27.

⁶ Закон України «Про страхування» реєстр. № 85/96-ВР від 07.03.1996 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/85/96-vr>

⁷ Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про страхування»» реєстр. № 2774-IV від 07.07.2005 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2774-15>

⁸ Там само.

⁹ Там само.

Резюме

Ляміна О. І. Еволюція надання страхових послуг в Україні нерезидентами.

Статтю присвячено еволюції надання страхових послуг в Україні нерезидентами. Розглядається визначення поняття «страхова послуга» в контексті існуючих підходів до даної категорії. Окреслюються особливості процесу становлення укра-

їнського ринку страхових послуг у ретроспективі. Висвітлюється стан сучасного страхового ринку крізь призму новел, введених в дію Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про страхування». Запропоновано напрями для підвищення ефективності надання страхових послуг, включаючи законодавче забезпечення страхової діяльності, реалізації вимог, запроваджених до статутного капіталу страховика, розширення асортименту страхових продуктів. Аналізується спектр вищезазначених нововведень в якості чинника інтеграції у світовий страховий простір.

Ключові слова: страхова послуга, нерезиденти, страховий ринок, страхова діяльність, інтеграція.

Резюме

Лятіна О. И. Эволюция предоставления страховых услуг в Украине нерезидентами.

Статья посвящена эволюции предоставления страховых услуг в Украине нерезидентами. Рассматривается определение понятия «страховая услуга» в контексте существующих подходов к данной категории. Определяются особенности процесса становления украинского рынка страховых услуг в ретроспективе. Освещается состояние современного страхового рынка через призму новелл, введенных в действие Законом Украины «О внесении изменений в Закон Украины «О страховании». Предложены направления для повышения эффективности предоставления страховых услуг, включая законодательное обеспечение страховой деятельности, реализацию требований, выдвинутых к уставному капиталу страховщика, расширение ассортимента страховых продуктов. Анализируется спектр вышеупомянутых нововведений в качестве фактора интеграции в мировое страховое пространство.

Ключевые слова: страховая услуга, нерезиденты, страховой рынок, страховая деятельность, интеграция.

Summary

Lyatina O. Evolution of providing actuarial services in Ukraine, performed by non-residents.

The article is devoted to the issue of evolution of providing actuarial services in Ukraine, performed by non-residents. The notion of the term «actuarial service» is viewed in the context of the approaches existing concerning this category. The peculiarities of the process of Ukrainian actuarial services market development are defined in retrospective. The analysis of the current Ukrainian insurance market is executed within the framework of changes introduced by the Law of Ukraine «On Changes to the Law of Ukraine «On Insurance». The directions for the improvement of actuarial services effectiveness are recommended including regulatory maintenance of insurance activities, implementation of requirements to underwriter's charter capital, extension of the range of insurance products. The above mentioned novelties are analyzed as integration factor to the world insurance space.

Key words: actuarial service, non-residents, insurance market, insurance activity, integration.

Отримано 14.03.2014

УДК 346.3

І. С. МАРЦЕВА

*Ірина Сергіївна Марцева, студентка IV курсу
Київського національного університету імені Тараса
Шевченка*

ЕЛЕКТРОННА ПЛАТФОРМА ДЕРЖАВНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ: ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ ТА ПРАКТИКИ ЗАСТОСУВАННЯ

Останнім часом все більшого оберту набувають євроінтеграційні процеси, ключовою формою реалізації яких є законодавство України, технічні умови й регламенти, що застосовуються в державі.

Як впливає із системного тлумачення положень проекту Угоди Про Асоціацію між Україною та Європейським Союзом, одним із провідних напрямів адаптації законодавства України до європейських нормативних стандартів є законодавство про здійснення державних закупівель¹. Його норми, незважаючи на постійне удосконалення, визнані вже давно найбільш корупціогенними та такими, що гальмують впровадження нових інформаційно-комунікаційних систем і технологій в процеси державного управління економікою. Окрім цього, положення чинного в Україні законодавства про здійснення державних закупівель доволі поверхнево регламентують механізм участі громадськості в процесах здійснення контролю у сфері державних закупівель, обмежують стан інформаційного забезпечення відповідного сектору державного управління.

Все це вказує на безумовний практичний інтерес і теоретичну цінність правових проблем, пов'язаних з нормативною побудовою електронної платформи державних закупівель, розкриває один з провідних засобів протидії корупції у сфері державного управління економікою, відображає тісний функціональний зв'язок обраної теми дослідження та політики євроінтеграції.

Проживаючи в епоху технологічного прогресу, держава заінтересована у застосуванні різноманітних технічних засобів з метою спрощення та модернізації різних сфер діяльності. Так, для країн ЄС електронне

здійснення державних закупівель не є новизною. Такий конкурентний спосіб укладення господарських договорів досить популярний у Німеччині, Франції, Великій Британії, Бельгії, Австралії, Швеції, Естонії, Латвії, Нідерландах, Італії та інших країнах з розвинутою економікою. «Наразі в ЄС успішно поширюється он-лайн доступ до державних служб (послуги електронного уряду) і, зокрема, до основних 20 послуг, доступність яких он-лайн у державах-членах ЄС у середньому становить дві третини, а доступність електронних закупівель – три чверті від загальної кількості. Такі методи сприяють пожеввленню конкуренції та підвищенню ефективності держзакупівель, зокрема – шляхом економії часу та коштів»². Для України ж електронні державні закупівлі є відносно новим поняттям, а тому при євроінтеграційних процесах необхідно брати до уваги досвід держав-членів ЄС у даній сфері.

Предмет дослідження: здійснення державних закупівель в електронній формі в порівняльному контексті права України та держав-членів Європейського союзу, проблеми визначення й реалізації електронних державних закупівель в Україні та шляхи їх вирішення.

Мета дослідження: з'ясувати основні проблеми, що виникають у процесі здійснення державних закупівель в електронній формі, розкрити процедури здійснення державних закупівель за законодавством України та країн ЄС, охарактеризувати основні переваги та недоліки застосування відповідної форми укладення державних контрактів, визначити напрями розвитку законодавства України з метою подолання зазначених проблем та гармонізації з правом ЄС.

В юридичній літературі проблеми розвитку законодавства при здійсненні електронних державних закупівель та практика його застосування були предметом наукових досліджень багатьох науковців, практиків, зокрема: І. Апопій, Т. Бурмистрова, Т. Боднар, І. Влялько, П. Германчук, А. Грищенко, В. Дупляк, А. Золотухін, Н. Калліна, С. Ковальов, М. Колонтирська, З. Максименко, П. Петрашко, Б. Студенцов, Н. Ткаченко, А. Тюляков, Н. Челишева, А. Олефір, Л. Шевченко, П. Пашина, В. Пила, В. Смирчинський, О. Турченко, О. Шатковський, С. Яременко та інших, однак інтенсивний розвиток механізму державного управління у цій сфері правового регулювання обумовлює виникнення нових проблем, досі не розкритих у науково-практичній літературі.

Для задоволення потреб суспільства та забезпечення належного рівня реалізації своїх функцій держава застосовує механізм ринку за допомогою правових механізмів, зокрема – укладення контрактів між державними органами-замовниками і постачальниками товарів і послуг.

В юридичній літературі застосовується поняття «електронна комерція», під яким розуміють сукупність правочинів, що укладаються за допомогою засобів зв'язку та обчислювальної техніки, без складання паперового носія пам'яті. Одним із напрямів електронної комерції є сегмент business-to-government (B2G), де в якості учасників електронної комерції виступає юридична особа (комерційна організація) та держава в особі органів державної влади, компетентних укладати електронним способом договори поставки товарів (робіт, послуг) для державних потреб³.

Аналізуючи досвід держав-членів Європейського союзу, слід зазначити, що електронна платформа здійснення державних закупівель стає дедалі поширенішою, а в деяких країнах з розвинутою економікою фактично поглинає традиційні способи укладання державних контрактів. Так, від загальної кількості електронних закупівель в Європі 46 % припадає на Велику Британію, 23 % – Німеччину, 1 % – Швецію, 5 % – Португалію, причому темп інтенсивності запровадження електронних закупівель найшвидший у Литві, Португалії, Швеції, що в сукупності становить понад 30 % від загальноєвропейського темпу, Великій Британії, Ірландії – 22 %⁴. Відтак, найближчим часом вся європейська спільнота здійснюватиме державні закупівлі лише в електронній формі.

Що ж стосується українського законодавства, то вперше можливість здійснення державних закупівель в електронній формі виникла після внесення змін до Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 17 червня 2012 р. шляхом запровадження електронного реверсивного аукціону⁵. Беззаперечно, такі зміни мали позитивно вплинути на розвиток електронної платформи державних закупівель, проте ряд неузгодженостей у законі якісно впливали на ефективність даного інституту. Зокрема, аналізуючи положення про електронний реверсивний аукціон, можна було виділити такі недоліки: закон вказував на обов'язковість застосування електронного реверсивного аукціону при здійсненні державних закупівель певних товарів, робіт, послуг, та водночас не визначив, що це за товари, роботи, послуги (Кабінет Міністрів України так і не прийняв зазначений перелік), а відтак дане положення залишалось декларативним і не тягнуло ніяких правових наслідків; оцінка пропозицій учасників здійснювалась лише за критерієм ціни, тобто, обирався найдешевший товар, нехтуючи якістю; відсутність положень, які визначають можливість відшкодування збитків учасникам аукціону, що спричинені неправомірними діями оператора електронного майданчика тощо.

Нова редакція Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 9 травня 2014 р. взагалі оминає питання електронного реверсивного аукціону як форми здійснення державних закупівель. У даному випадку у ч. 2 ст. 12 лише зазначається, що замовник має право здійснювати процедури закупівлі, передбачені у ч. 1 цього закону, із використанням електронних засобів⁶. Таке формулювання можна вважати логічним з тієї точки зору, що проаналізувавши положення попередньої редакції ст. 12, складається враження: здійснення державних закупівель в електронній формі, представленої електронним реверсивним аукціоном, позиціонується як «окремий» вид державних закупівель. Проте таке розуміння є хибним, оскільки електронний реверсивний аукціон є лише способом здійснення, а не окремим видом, державних закупівель, що передбачає використання Інтернет-технологій. Підтвердженням цього є ст. 54 Директиви 2004/18/ЄС, згідно

з якою проведення електронного реверсивного аукціону можливе в рамках відкритих, закритих чи переговорних процедур; електронний аукціон може бути проведений після оголошення тендеру на право укладення контракту між сторонами рамкової угоди і після оголошення тендеру на право укладення контракту в рамках динамічної системи закупівель⁷. Таким чином, електронний аукціон не є відокремленою процедурою і може бути проведений у рамках всіх процедур, передбачених директивами.

Виходячи із зазначеного вище, можна зробити висновок, що законодавець у новій редакції закону мав на увазі можливість здійснення в електронній формі усіх перерахованих у ч. 1 ст. 12 Закону України процедур. Водночас нерегульованим залишається питання особливостей використання електронних засобів здійснення процедур закупівлі: відсутнє закріплення правового статусу оператора електронного майданчика, регламентація процесу здійснення закупівлі за допомогою електронних засобів тощо. Тобто, закон лише зазначає про можливість використання електронних засобів, але абсолютно ніяк не врегульовує це питання. Між тим, перед прийняттям відповідного Закону від Ради Європи до Уряду України надходила пряма вимога щодо переходу до 2015 р. на електронну форму державних закупівель, як це зроблено у більшості країн ЄС. Тому з прийняттям нового Закону складається ситуація, що ВРУ не повністю виконала вимоги Ради Європи в частині врегулювання державних закупівель.

Окрім цього, новим Законом регулювання електронних процедур державних закупівель покладено на Кабінет Міністрів України, що не лише породжує додаткові корупційні ризики, але й суперечить вимогам самого нового Закону України «Про здійснення державних закупівель», яким встановлена імперативна вимога, що види та перелік процедур державних закупівель, визначені цим законом, є вичерпними⁸. Відтак, все іде до того, що електронні процедури державних закупівель мали б визначатися саме законом. Необхідно підкреслити, що в попередній редакції цього закону вже містилось відсилання до Положення, що мало бути затверджено Кабінетом Міністрів України⁹. Закон безпосередньо пов'язував обов'язковість здійснення державних закупівель шляхом проведення електронного реверсивного аукціону щодо товарів, робі, послуг, що визначаються відповідним суб'єктом владних повноважень. Однак протягом двох років існування даної норми таке Положення так і не було затверджено. Можемо припустити, що одним із шляхів врегулювання особливостей використання електронних засобів під час здійснення процедур закупівлі може бути відсутність такого врегулювання загалом, а положення закону так і залишаться на папері. Вважаємо, що зазначене вище, для ефективного впровадження електронних закупівель доцільно було б визначити порядок та особливості їх здійснення у законі, а не перекладати це повноваження на Кабінет Міністрів України.

Не зважаючи на окремі недоліки нової редакції Закону України «Про здійснення державних закупівель», вона усуває деякі дискусійні моменти редакції від 17 червня 2012 року. Зокрема, позитивним є відсутність переліку, який вказує на обов'язковість здійснення закупівель в електронній формі, оскільки «такий підхід законодавця негативно позначається на правозастосуванні з огляду на такі обставини:

1) за предметом закупівлі обмежується свобода вибору конкурсних процедур; 2) механічна фіксація в переліку певних товарів, робіт, послуг, обмежує попит; 3) суперечить європейському досвіду, оскільки держави-члени ЄС розглядають проведення закупівель як право, а не як обов'язок»¹⁰.

Відсутні положення, що регламентують платний доступ до державних закупівель, особливо якщо враховувати безальтернативність проведення державних закупівель в електронній формі. Раніше оцінка пропозицій учасників закупівель проводилась лише за ціновим критерієм, по суті, обирали найдешевше, нехтуючи якістю. У новій редакції Україна врахувала досвід європейських держав та «вдосконалила перелік критеріїв оцінки для визначення найбільш економічно вигідної тендерної пропозиції шляхом зменшення питомої ваги цінового критерію на користь якісних критеріїв»¹¹.

Під час євроінтеграційних процесів, при вдосконаленні національного законодавства, не слід переписувати правові норми інших держав. Разом із тим, слід звернути увагу на адаптацію адміністративних механізмів та суспільного ладу для створення умов, за яких «нове» законодавство запрацювало б. Відтак доцільно було б розглянути моделі правового регулювання електронних закупівель у державах-членах ЄС.

Наприклад, в Австрії існує добре розвинена інфраструктура електронних закупівель. Здійснення державних закупівель в електронній формі є добровільним, хоча Федеральний уряд веде активну політику для використання електронних повідомлень та подань, особливо центральними адміністраціями. Планується запровадити обов'язкову електронну форму. Національна інфраструктура електронних закупівель організована навколо двох основних платформ: Auftrag.at3 для етапу, що передують нагородженню, та Bundesbeschaffung GmbH4 (BBG), федеральна платформа для пост-премій. Auftrag.at3 – основна австрійська платформа, що передують нагородженню, є частиною Wiener Zeitung, в той час як Офіційний федеральний вісник публікує всі відкриті тендери в Австрії. Auftrag.at3 збирає лише дані про кількість повідомлень, що публікуються на платформі. За їх оцінками, близько 95 % торгів із закупівель опубліковані в Австрії усіма рівнями державної влади в Інтернеті.

Bundesbeschaffung GmbH4 (BBG) здійснює централізовані закупівлі для Федерального уряду в Австрії для стандартизованих товарів і послуг (за винятком громадських робіт та оборони). Bundesbeschaffung GmbH4 (BBG) працює як інтернет-магазин для громадських покупців. Цей магазин містить майже всю колекцію контрактів, що відкрита для всіх державних установ в Австрії.

У Чеській Республіці розроблена національна стратегія електронних закупівель на 2011–2016 рр., орієнтована на NPEZ проект (національна інфраструктура для електронних державних закупівель), який повинен забезпечити повну доступність всього циклу електронних закупівель для всіх державних замовників

до 2015 року. Одним із ключових завдань цієї стратегії є досягнення економії державних витрат на 50 млрд крон на рік. Проте слід зауважити, що цей підхід концентрується на просуванні електронного порядку від електронних каталогів, а не електронних торгів. Новий platform 9 був запусканий в Празі у лютому 2012 року. Електронний ринок використовується для централізованих договорів закупівлі для національних органів влади, які є обов'язковими для низки категорій товарів і послуг.

Франція має високорозвинену нормативну базу для державних закупівель, зокрема, диспозиції для розвитку електронних закупівель включені в Національний кодекс з державних закупівель. Інфраструктура відкритих електронних закупівель приводиться в дію національною платформою Interministerielle 21, використання якої є обов'язковою для центральних органів влади. Разом із тим деякі регіони мають централізовані громадські платформи (Bourgogne, Bretagne). Є велика кількість приватних постачальників послуг. Французький уряд зробив серйозні зусилля для просування електронних закупівель, але подання електронної заявки досі повинне супроводжуватися паперовими резервними копіями або компакт-дисками, що зменшує переваги дематеріалізації та являє собою міцний бар'єр для економічних суб'єктів.

Німеччина досить активно застосовує електронні закупівлі. Так, їх вартість у 2011 р. становила близько 38 819 млн євро. Федеральний уряд має план електронних закупівель, що в основному зосереджений на централізації закупівель для федеральних органів державної влади за допомогою централізованої платформ електронних закупівель (державні закупівлі он-лайн – Offentlicher Eink). Федеральна агенція запустила форму електронних закупівель Vergabe 24, що надає зазначені послуги федеральним властям і всім іншим органам. У кінці 2012 р. було зареєстровано 100 федеральних агентств і 250 регіональних, що надають послуги вище і нижче порога ЄС. Їх використання зросло з 2011 р. по 2012 р. із збільшенням 237 % в електронних торгах. Електронні закупівлі є обов'язковими для федеральних відомств, якщо вони не мають очевидних економічних, технічних та/або практичних причин, що перешкоджають використанню електронних засобів¹². «Крім того, в Німеччині давно та успішно діє громадська організація експертів і вчених «Форум держзамовлення», в рамках якої відбувається обмін думками, формується відношення до нових явищ у сфері держзамовлень, що регулярно доводиться до відома уряду. До того ж в державних установах практикується призначення незалежних осіб (у зв'язку із неможливістю їх звільнити), відповідальних за розміщення державних замовлень. Робота цих посадовців контролюється органами нагляду та Рахунковою палатою»¹³.

Швеція має дуже децентралізовану систему здійснення електронних закупівель, що характеризується присутністю приватних операторів, і жодних обов'язкових положень. Уряд орієнтований на розвиток таких пост-преміальних послуг, як електронне замовлення, електронні рахунки. Проте план дій електронного уряду, який укладений у 2014 р., включає в себе розробку національної інфраструктури електронних закупівель пропозицій преміальних послуг. У Швеції немає обов'язкової національної платформи, але на Національну службу закупівель Avtoga 47 все ж таки покладається ряд завдань у забезпеченні здійснення електронних закупівель. Багато муніципалітетів та окружних рад/регіонів мають власні електронні платформи та використовують їх на добровільній основі протягом останніх 10 років¹⁴.

Відтак, бачимо, що правове регулювання здійснення електронних державних закупівель у європейських державах досить детально врегульовано, до того ж досвід впровадження таких закупівель становить не один рік, що дає нам змогу, при запозиченні тих чи інших положень, простежити за ймовірними тенденціями розвитку. Слід також зауважити, що електронні державні закупівлі створюють найсприятливіші умови для захисту економічної конкуренції учасників державних закупівель, оскільки усі зацікавлені суб'єкти мають рівні можливості як дізнатись про тендер, так і взяти у ньому участь.

Можемо зробити такі висновки.

Здійснення електронних державних закупівель є одним із найпрогресивніших, найбільш економічних та конкурентних способів здійснення державних замовлень. Українське законодавство за останні роки зазнало багато кардинальних змін у даній сфері, але ефективність нових законодавчих положень залишається не визначеною. Фактично новий закон не вирішив ключову проблему регулювання державних закупівель, зокрема, встановлення механізму переходу на електронну форму, зниження корупційних ризиків, здешевлення процедур державних закупівель, забезпечення їх відкритості. Врегулювання даних питань слід було б здійснити з урахуванням досвіду держав-членів ЄС, а саме:

Детально визначити механізм та процедуру здійснення електронних державних закупівель на рівні закону, а не покладати це на Кабінет Міністрів України. По-перше, такі положення будуть гармонічно вписуватись у рамки імперативної вимоги щодо того, що види та перелік процедур державних закупівель, визначені законом, є вичерпними. По-друге, регламентація такої процедури відповідатиме вимозі Ради Європи до Уряду України про перехід до 2015 р. на електронну форму державних закупівель.

Встановити централізовану платформу здійснення державних закупівель. Оскільки для України такий досвід є новим, слід визначити національну загальнодержавну електронну платформу для впорядкування здійснення державних закупівель, встановлення жорсткого контролю з боку держави за всіма їх стадіями.

Чітко визначити правовий статус учасників державних закупівель, що здійснюються за допомогою електронних засобів, оскільки окрім замовника та учасників має бути хтось, хто забезпечить належне функціонування електронної платформи. Тому слід чітко визначити його права, обов'язки, відповідальність за їх неналежне виконання чи невиконання та визначити розмір винагороди.

¹ Проект Угоди про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом і його державами-членами, з іншої сторони [Електронний ресурс] // Урядовий портал. Режим доступу: http://www.kmu.gov.ua/kmu/control/ru/publish/article?art_id=246581344&cat_id=223223535

² Влялько І. В. Правове регулювання державних закупівель в ЄС: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11 [Електронний ресурс]; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2009. – 20 с.

³ Чельшова Н. Ю. Гарантії захисту прав учасників відкритого електронного аукціону на право заключити державний (муниципальний) контракт / Н. Ю. Чельшова. // Юрист. – 2011. – № 15. – С. 11–22.

⁴ Study on e-Procurement Measurement and Benchmarking MARKT 2011/097/C Lot 1 – Public Procurement Performance Indicators [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/eprocurement/studies/130601_e-procurement-state-of-play_en.pdf

⁵ Про здійснення державних закупівель: Закон України від 01.06.2010 № 2289-VI (у ред. від 17.06.2012) // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 33. – Ст. 471.

⁶ Про здійснення державних закупівель: закон України від 10.04.2014 № 2289-VI (в ред. від 09.05.2014) // Голос України. – 2014. – № 78.

⁷ Про координацію процедур з проведення тендерів на закупівлю товарів, робіт і послуг: Директива 2004/18/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 31.03.2004 [Електронний ресурс] // www.sdla.gov.ua Режим доступу: <http://europeanlawgroup.com.ua/storage/npa/zakup/ES/18.pdf>

⁸ Про здійснення державних закупівель: закон України від 10.04.2014 № 2289-VI (в ред. від 09.05.2014) // Голос України. – 2014. – № 78.

⁹ Про здійснення державних закупівель: Закон України від 01.06.2010 № 2289-VI (в ред. від 17.06.2012) // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 33. – Ст. 471.

¹⁰ Олефір А. Проблеми здійснення державних закупівель за процедурою електронного реверсивного аукціону / А. Олефір // Юридичний журнал: аналітичні матеріали. Коментарі. Судова практика. – 2012. – № 7/8. – С. 34–44.

¹¹ Влялько І. В. Вказана праця.

¹² Study on e-Procurement Measurement and Benchmarking MARKT 2011/097/C Lot 1 – Public Procurement Performance Indicators [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/eprocurement/studies/130601_e-procurement-state-of-play_en.pdf

¹³ Андреева А. Мировой опыт госзакупок [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.erus.ru/public.cms/?eid=4672098>

¹⁴ Study on e-Procurement Measurement and Benchmarking MARKT 2011/097/C Lot 1 – Public Procurement Performance Indicators [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/eprocurement/studies/130601_e-procurement-state-of-play_en.pdf

Резюме

Марцева І. С. Електронна платформа державних закупівель: проблеми державного управління та практики застосування.

Досліджується питання правового регулювання електронних державних закупівель в Україні, проводиться аналіз законодавства держав-членів ЄС. Порівнюються редакції Закону України «Про здійснення державних закупівель», акцентується увага на прогалинах і неточностях в контексті можливості здійснення державних закупівель в електронній формі. Теоретично обґрунтовуються конкретні пропозиції удосконалення господарського правопорядку у відносинах державних закупівель.

Ключові слова: державні закупівлі, електронні закупівлі, електронний реверсивний аукціон, захист економічної конкуренції.

Резюме

Марцева И. С. Электронная платформа государственных закупок: проблемы государственного управления и практики применения.

Исследуется правовое регулирование электронных государственных закупок в Украине, анализируется законодательство государств-членов ЕС. Сравняются редакции Закона Украины «О осуществление государственных закупок», акцентируется внимание на пробелах и неточностях в контексте возможности осуществления государственных закупок в электронной форме. Теоретически обоснуются конкретные предложения усовершенствования хозяйственного правопорядка в сфере государственных закупок.

Ключевые слова: государственные закупки, электронные закупки, электронный реверсивный аукцион, защита экономической конкуренции.

Summary

Martseva I. Electronic public procurements: current issues of governance and practice of applying

Examines the legal regulation of electronic public procurement, analyzes the legislation of the European Union. Compared releases of Law of Ukraine «About realization of the public purchasing». Also there were theoretically proved and composed particular propositions conformably to the improving of economic order in social relations of public procurement.

Key words: public procurement, electronic procurement, electronic reversing auction, defense of economic competition.

Отримано 16.04.2014

Я. Г. ОЛЕНІНА

*Яна Геннадіївна Оленіна, студентка IV курсу
Київського національного університету імені Тараса
Шевченка*

ОСОБЛИВОСТІ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОГРОЗУ ЩОДО ПРАЦІВНИКА ПРАВООХОРОННОГО ОРГАНУ (Ч. 1 СТ. 345 КК УКРАЇНИ)

Діяльність правоохоронних органів є запорукою законності та правопорядку в державі, тому важливе завдання у цьому зв'язку формування дієвих механізмів забезпечення її нормального функціонування. Тому погроза щодо працівника правоохоронного органу являє собою один з факторів, що негативно позначається на діяльності всієї системи правоохоронних органів у цілому. Складність погрози як окремого кримінально-правового явища у поєднанні зі специфікою потерпілого зумовлюють необхідність вирішення проблем, що виникають у процесі правозастосування, а також вироблення типових підходів до кваліфікації таких погроз.

Окремі аспекти кримінальної відповідальності за погрози як прояв психічного насильства, а також за погрозу щодо працівника правоохоронного органу досліджували такі вітчизняні та зарубіжні вчені, як: М. І. Бажанов, А. Ф. Бантишев, Л. Д. Гаухман, І. І. Давидович, В. Т. Дзюба, С. І. Дячук, П. С. Єлізаров, М. П. Журавльов, К. П. Задоя, В. А. Клименко, С. М. Корабельников, М. Й. Коржанський, Р. А. Левертова, В. О. Навроцький, В. І. Осадчий, І. В. Самошенко, В. В. Сташис, В. І. Ткаченко, М. І. Трофімов, В. І. Тютюгін, М. І. Хавронюк, С. Д. Шапченко, Р. Д. Шарапов, Н. В. Шепелева, С. С. Яценко та інші. Враховуючи значні здобутки вчених щодо розробки зазначеної теми, можна констатувати, що вона детально висвітлювалась в багатьох наукових працях, але наявність невирішених проблем і спірних питань викликають інтерес та спонукають до її дослідження й сьогодні.

Здійснюючи комплексний аналіз погрози щодо працівника правоохоронного органу, необхідно звернути увагу на зміст погрози, її характерні ознаки та співвідношення з поняттям психічного насильства. Окремим напрямом дослідження є об'єкт погрози щодо працівника правоохоронного органу, оскільки з цього приводу немає єдності поглядів вчених. Системність у вивченні обраної теми передбачає насамперед характеристику окремих видів погроз, передбачених у ч. 1 ст. 345 КК України, визначення моменту їх закінчення, а також зазначення особливостей кваліфікації погрози у поєднанні з іншими злочинами (проти життя та здоров'я особи, власності).

Метою статті є дослідження найбільш проблемних аспектів теоретичного та прикладного характеру, що мають місце при погрозі щодо працівника правоохоронного органу, а також виявлення шляхів вирішення вказаних проблем.

У ч. 1 ст. 345 Кримінального кодексу України психічне насильство охарактеризовано терміном «погроза». У юридичній літературі триває дискусія щодо співвідношення понять «психічне насильство» і «погроза». Деякі науковці стверджують, що психічне насильство проявляється виключно у вигляді погрози, обмежуючи зміст такого насильства однією формою вираження. Інші мають більш широкий погляд на природу психічного насильства, говорячи про такі його складові, як образу, знущання, цькування та подібні дії, що мають наслідком негативний вплив на психіку людини. Підхід правозастосовної практики знайшов своє відображення у постанові Пленуму Верховного Суду України від 26 грудня 2003 р. № 15, зокрема в п. 8, де зазначається, що психічне насильство полягає в реальній погрозі заподіяння фізичного насильства щодо потерпілого чи його близьких. Таке ототожнення, очевидно, звужує зміст психічного насильства, тому, на нашу думку, більш прийнятним є підхід, за якого поняття психічного насильства та погрози співвідносяться як ціле і частина.

Погроза як форма вираження психічного насильства полягає у повідомленні особі, яка піддається погрозі, відомостей про вчинення щодо неї або інших, як правило, близьких їй осіб, шкідливих чи небажаних дій. При цьому винний може погрожувати вчинити такі дії як негайно, так і в майбутньому. Метою погрози завжди є бажання викликати у потерпілого почуття страху, небезпеки можливого виконання погрози, заподіяння шкоди йому чи іншим особам в результаті її реалізації¹. Висловлення погрози може відбуватися усно, письмово, із застосуванням технічних засобів, шляхом вчинення конклюдентних дій (жестикуляції, демонстрації зброї, інших предметів, за допомогою яких можна заподіяти шкоду). Вона може здійснюватись безпосередньо щодо потерпілого, а може бути доведена до його відома через третіх осіб.

Р. А. Левертова відносить до ознак будь-якої погрози як психічного насильства над особою такі характеристики: а) здатність погрози впливати на психіку потерпілої особи; б) наявність у погрозі елементу залякування².

Такі ознаки, як реальність та інтенсивність, не розглядаються як обов'язкові характеристики погрози у юридичному складі злочину, передбаченому ч. 1 ст. 345 КК України. Зокрема, у постанові Пленуму ВСУ від 26 червня 1992 р. № 8 зазначено, що наявність реальних підстав для побоювання потерпілим виконання

погроз не є обов'язковою для кваліфікації дій винного за ст. 189-2 КК 1960 р.³ (їй відповідає ч. 1 ст. 345 чинного КК України). Дане роз'яснення суперечить сутності погрози як прояву психічного насильства, оскільки відсутність у потерпілого думки про можливість реалізації такої погрози не має своїм наслідком виникнення у нього негативних емоцій або іншого впливу на його психіку. На нашу думку, погроза щодо працівника правоохоронного органу здатна впливати на його службову діяльність виключно за умови її реальності. Реальність погрози встановлюється в кожному окремому випадку, виходячи з конкретних обставин справи з урахуванням об'єктивного і суб'єктивного критеріїв.

При висловлюванні погроз винний може вчинювати певні дії погрожуючого характеру, підтверджуючи реальність погрози. Такими діями можуть бути, наприклад, демонстрація зброї, систематичне переслідування потерпілого, замахування тощо. Проте поведінка суб'єкта у таких випадках повинна виражати лише намір залякати потерпілого. Якщо ж винний не лише погрожує, але й вчиняє певні підготовчі дії або безпосередньо розпочинає реалізацію погрози, він повинен відповідати за підготовку до злочину або замах на нього (залежно від змісту погрози).

Суспільна небезпечність злочину, передбаченого ч. 1 ст. 345 КК України, полягає в тому, що внаслідок цих дій порушується або може бути порушена нормальна діяльність правоохоронних органів, підривається їх авторитет⁴. Погроза, застосована до працівника правоохоронних органів чи його близьких родичів, може викликати у нього почуття тривоги і занепокоєння, заважаючи виконувати належним чином службові обов'язки.

У науковій літературі зустрічаються думки про те, що погроза сама по собі може завдати шкоду здоров'ю потерпілого, у зв'язку з чим висловлюються пропозиції вважати об'єктом злочинів, які полягають у вчиненні погрози, саме таке благо особи. «Негативні емоції, зокрема страх як наслідок психічного насильства, можуть спричинити серцево-судинні захворювання, окремі форми діабету, гіпертонічної хвороби, стенокардії, різного роду неврози, неврастенії та психопатії. ... негативний вплив погроз на здоров'я потерпілого є безспірним», – пише Р. А. Левєртова⁵. По суті, підтримує таку позицію О. В. Старков, який підкріплює свій висновок даними медичних досліджень, якими встановлено прямий взаємозв'язок між соматичними (тілесними) та психоневрологічними захворюваннями⁶. Щоправда, далі у роботі цей науковець вказує, що при вчиненні насильницьких злочинів одні наслідки мають перевагу над іншими: або фізична шкода (наприклад, при вбивстві), або психічна травма (наприклад, при наклепі). На нашу думку, недоречно вважати об'єктом погроз здоров'я особи, оскільки у разі заподіяння внаслідок погрози тілесних ушкоджень потерпілому або його смерті кваліфікація має відбуватись або за сукупністю злочинів, або тільки за тим складом, який охоплює відповідну шкоду здоров'ю чи життя особи. Оцінка вчиненого лише за нормою, яка передбачає відповідальність за погрозу, неможлива. Відповідно, у якості безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ч. 1 ст. 345 КК України, необхідно розглядати психічну недоторканність вказаних у диспозиції зазначеної норми потерпілих як необхідну умову нормального виконання ними службових обов'язків.

Погрози, перелічені у ч. 1 ст. 345 КК України, за змістом поділяються на такі види:

Погроза вбивством – виражений зовні та доведений до потерпілого намір позбавити життя працівника правоохоронного органу або його близького родича⁷. Законодавець не вказує на спосіб вбивства, яким суб'єкт погрожує потерпілому, у зв'язку з чим така ознака не має значення для кваліфікації дій винного. До кримінальної відповідальності за погрозу вбивством має притягуватись особа, яка погрожує «пристрілити», «зарізати», «забити до смерті» потерпілого тощо. На нашу думку, не виключена навіть погроза бездіяльністю – наприклад, погроза не надати ліки, необхідні для підтримання життєдіяльності потерпілого. Суб'єкт може висловлювати погрозу позбавити потерпілого життя особисто або силами інших осіб, а також шляхом використання сил природи тощо. Такі обставини не суттєві для кваліфікації вчиненого, але мають враховуватись при обранні заходу кримінально-правового впливу, зокрема, в якості показника ступеня тяжкості вчиненого злочину при призначенні покарання.

Погроза насильством – закон прямо не встановлює характеру насильства, яким може погрожувати винний, проте більшість науковців зазначає, що за змістом така погроза полягає у інформації про заподіяння шкоди тілесній недоторканності або здоров'ю потерпілого. Так, наприклад, В. А. Клименко пропонує під погрозою насильством розуміти погрозу заподіяння потерпілому побоїв чи тілесних ушкоджень. «Ступінь небезпечності насильства для здоров'я потерпілого на кваліфікацію не впливає, – пише В. А. Клименко, – винний може погрожувати нанесенням побоїв, мордуванням, заподіянням різного ступеню тяжкості тілесних ушкоджень»⁸. По суті, таку позицію зайняв і Пленум ВСУ у постанові від 26 червня 1992 року⁹. Отже, погроза вчинення інших насильницьких дій щодо потерпілого, на думку Пленуму, не є погрозою насильства у розумінні ч. 1 ст. 345 КК України. Очевидно, такий висновок обумовлений тим, що погроза вчинення щодо потерпілого таких насильницьких дій, які є менш значимими, ніж побої, не може вплинути на службову діяльність працівника правоохоронного органу. Враховуючи те, що роз'яснення, які даються Пленумом ВСУ у постановках, не мають обов'язкової сили, деякі автори відносять до погрози насильством, крім зазначеного, ще й погрозу застосувати «інші насильницькі дії»¹⁰. При цьому не зрозуміло, чи йдеться тільки про такі насильницькі дії, які характерні для злочину, передбаченого ст. 126 КК України та подібних йому спеціальних складів, чи про насильницькі посягання взагалі, включаючи злочини проти волі, статевої свободи та недоторканності. Цікаво, що така проблема майже не порушується у науковій літературі. На нашу думку, немає законодавчих підстав для тлумачення поняття погрози насильством у ч. 1 ст. 345 КК тільки як погрози завдати шкоду здоров'ю. Враховуючи наше бачення фізичного насильства, до поняття «погроза насильством» ми відносимо також погрозу позбавити потерпілого свободи пересування, погрозу ввести до орга-

нізму потерпілого без його згоди або поза його волею наркотичні засоби, психотропні, сильнодіючі речовини тощо, погрозу зґвалтувати чи вчинити насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним шляхом і таке інше. Водночас законодавцю необхідно було більш точно виражати свою волю, оскільки всі сумніви у змісті кримінального закону мають тлумачитись на користь винного.

Погроза знищенням чи пошкодженням майна – за змістом включає інформацію про приведення майна потерпілого у такий стан, за якого його не можна буде використовувати за цільовим призначенням ніколи (погроза знищенням) або тимчасово, стан, коли погіршиться якість майна чи зменшиться його цінність (погроза пошкодженням)¹¹. Спосіб, у який суб'єкт нахваляється знищити чи пошкодити майно працівника правоохоронного органу чи його близьких родичів, значення для кваліфікації не має і повинно враховуватись при обранні заходу впливу. Під майном, про яке йдеться у ч. 1 ст. 345 КК України, практика розглядає рухоме і нерухоме майно (як повністю, так і його частину), яке належить потерпілому на праві власності, або на інших, передбачених цивільним законодавством, підставах. Щоправда, є питанням, чи належить до майна, погроза знищенням чи пошкодженням якого карається за відповідними нормами, таке, яким особа забезпечується для виконання функцій, обумовлених трудовим договором (наприклад, формений одяг, зброя, службовий автомобіль тощо). На нашу думку, ситуація має бути вирішена таким чином: якщо особа за трудовим законодавством несе матеріальну відповідальність за знищене чи пошкоджене майно, яке надано їй для виконання службових обов'язків, незалежно від вини, погрози з приводу такого майна повинні кваліфікуватись за ч. 1 ст. 345 КК України.

Момент закінчення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 345 КК України, має свої особливості. У разі, коли інформація негативного характеру стосується особисто працівника правоохоронного органу, злочин вважається закінченим, коли погроза була доведена до відома зазначеного потерпілого. Випадки, коли негативні дії, якими погрожує винний, стосуються особи або майна близьких родичів працівника правоохоронного органу, окремі науковці пропонують розглядати як закінчені злочини тільки за умови, що погрози сприйняті відповідно працівниками правоохоронних структур. Так, у коментарі до ст. 345 КК В. А. Клименко зазначає: «Злочин (йдеться про ч. 1 ст. 345) вважається закінченим з моменту, коли погроза була доведена до відома працівника правоохоронного органу. Це правило стосується і випадків, коли погроза була вчинена щодо близьких родичів названої особи, оскільки відповідальність за ст. 345 настає лише за умови протидії законній службовій діяльності працівника правоохоронного органу»¹². Враховуючи наше бачення об'єкта злочину у складі, передбаченому ч. 1 ст. 345 КК України (психічна недоторканність потерпілого як необхідна умова нормального виконання ним або його близькими службових обов'язків), можна погодитися з позицією В. А. Клименка.

Посягання на життя, здоров'я, свободу, власність працівника правоохоронного органу або його близьких родичів, здійснене безпосередньо після погрози вчинити такі дії, повинно кваліфікуватись, на нашу думку, за ст. 348, ч.ч. 2–4 ст. 345, ст. 349 або відповідною частиною ст. 347 КК. Додаткова кваліфікація дій винного ще й за ч. 1 ст. 345 КК не потрібна¹³, оскільки погроза у таких випадках виступає одним із етапів (а саме, виявленням наміру або підготовкою) подальшої злочинної діяльності, тобто можна говорити про вчинення єдиного злочину. Якщо ж суб'єкт реалізує погрозу через певний час після доведення її змісту до працівника правоохоронного органу, кваліфікація його дій має відбуватись за правилами сукупності, оскільки в цьому випадку наявність певного проміжку часу між погрозою та її втіленням свідчить, на нашу думку, про виникнення нового умислу на реалізацію погрози, отже – на вчинення нового злочину.

Окреме питання стосується кваліфікації тих випадків, коли внаслідок погрози відбувається заподіяння тілесних ушкоджень потерпілому або його смерті (наприклад, людина з вразливою психікою після сприйняття погрози захворіла на психічну хворобу або людина з поганим станом серцево-судинної системи померла внаслідок переляку). Л. Д. Гаухман у своїй роботі «Насильство як засіб вчинення злочину» пропонує оригінальний підхід до оцінки таких ситуацій: на його думку, поняттям погрози можуть охоплюватись наслідки у вигляді шкоди здоров'ю, якщо тільки ці наслідки у поєднанні з іншими обставинами не утворюють більш тяжкий злочин. Так, стосовно кваліфікації наслідків погрози при зґвалтуванні Л. Д. Гаухман зазначає: «Якщо погроза вбивством або заподіянням тяжких тілесних ушкоджень при зґвалтуванні проявилась у фактичному заподіянні легкого чи менш тяжкого тілесного ушкодження, то вона повністю охоплює наслідки, які настали»¹⁴. На нашу думку, така позиція невиправдана: ніхто з науковців не заперечує того, що злочини, об'єктивну сторону яких утворює погроза, мають формальний склад. Отже, вони не можуть охоплювати наслідки у вигляді шкоди здоров'ю, тим більше, що ставлення винного до таких наслідків найчастіше буде виражатись у формі необережності, а погроза – умисний злочин. Позиція більшості вчених щодо оцінки таких випадків – здійснювати кваліфікацію випадків заподіяння тілесних ушкоджень або смерті потерпілого внаслідок погрози тільки за тим складом, який охоплює відповідну шкоду здоров'ю або життя особи. У цілому такий варіант можна вважати прийнятним лише щодо ситуацій, коли винний, застосовуючи погрозу, передбачав, що його дії можуть спричинити тілесні ушкодження або смерть і бажав або свідомо припускав настання таких наслідків (погроза в таких випадках є способом вчинення умисного злочину проти здоров'я або життя). У разі, коли ставлення суб'єкта до можливих наслідків погрози є необережним, вважаємо більш точною кваліфікацію за сукупністю злочинів. Вважаємо, що оцінка вчиненого лише за нормою, яка передбачає відповідальність за погрозу, в жодному разі неможлива.

На нашу думку, неправильним є підхід законодавця щодо об'єднання відповідальності за різні види злочинів у межах однієї статті Особливої частини КК. Зокрема, ст. 345 КК України, яка має назву «Погроза

або насильство щодо працівника правоохоронного органу», містить описання принаймні двох злочинів різного виду, що суперечить правилам систематизації Особливої частини КК України. Одне з правил визначає, що кожному злочину певного виду має бути «присвячена» окрема стаття Особливої частини КК; у КК такій статті слід надати свій порядковий номер і назву, в якій має знайти відображення якісна специфіка відповідного злочину. Вказана проблема виникла у зв'язку з прийняттям у 2001 р. нового КК України, в той час як КК України 1960 р. передбачав відповідальність за вказані вище посягання у двох окремих статтях – ст. 189² та ст. 189⁴. Вважаємо за доцільне повернутись до такої практики. Обумовимо це не тільки порушенням правил систематизації Особливої частини КК, а й певними практичними міркуваннями. Зокрема, у ч. 4 ст. 345 КК наголошується на більш суворій відповідальності за «дії, передбачені частинами першою, другою або третьою цієї статті (тобто і погрози, і окремі прояви насильства), вчинені організованою групою». У санкції цієї норми передбачено лише один вид покарання – позбавлення волі на строк від семи до чотирнадцяти років. Це майже співрозмірно з покаранням, за вчинення так званого «простого» умисного вбивства. Проте навряд чи можна говорити про однаково суспільну небезпечність злочинів, один із яких пов'язаний з умисним позбавленням життя людини, а інший полягає тільки у погрозах різного роду (в тому числі й погрози знищення чи пошкодження майна) працівника правоохоронного органу або щодо його близьких родичів, навіть висловлених членами організованої групи. Тим більше, що такі погрози, відповідно до тенденцій правозастосовної практики, можуть бути позбавлені ознаки реальності.

З урахуванням викладеного, можна зробити такі висновки:

- 1) слід віддавати перевагу підходу, за якого поняття «психічне насильство» та «погроза» співвідносяться як ціле та частина;
- 2) всупереч правозастосовним орієнтирам реальність погрози має розглядатися як обов'язкова характеристика в юридичному складі злочину, передбаченому ч. 1 ст. 345 КК України;
- 3) у якості безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ч. 1 ст. 345 КК України, необхідно розглядати психічну недоторканність вказаних у диспозиції зазначеної норми потерпілих, а не їх здоров'я;
- 4) посягання на життя, здоров'я, свободу, власність працівника правоохоронного органу або його близьких родичів, здійснене безпосередньо після погрози вчинити такі дії, необхідно кваліфікувати як одиничний злочин. У випадку, якщо погроза була реалізована через деякий час після висловлення її змісту (що свідчить про виникнення умислу на вчинення нового злочину), наявна сукупність злочинів;
- 5) кваліфікація заподіяння внаслідок погрози тілесних ушкоджень потерпілому або його смерті має відбуватися з урахуванням ставлення суб'єкта злочину до можливих наслідків;
- 6) доцільно було б передбачити відповідальність за погрози щодо працівника правоохоронного органу в окремій статті КК України.

¹ Криміналістична характеристика способів викрадення людини / О. Авраменко // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 10. – С. 88.

² *Левртова Р. А.* Ответственность за психическое насилие по советскому уголовному праву. – Омск, 1978. – С. 14.

³ Абз. 1 п. 10 постанови Пленуму ВСУ від 26 червня 1992 р. № 8 «Про застосування судами законодавства, що передбачає відповідальність за посягання на життя, здоров'я, гідність і власність працівників правоохоронних органів».

⁴ Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, С. Б. Гавриш та ін.; За заг. ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – С. 1020.

⁵ *Левртова Р. А.* Вказана праця. – С. 10.

⁶ *Старков О. В.* Бытовые насильственные преступления (причинность, групповая профилактика, наказание): Монография. – Рязань, 1992. – С. 34–35.

⁷ Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-те вид., переробл. та доповн. / Відп. ред. С. С. Яценко. – К.: А.С.К., 2006. – С. 687.

⁸ Там само.

⁹ Абз. 2 п. 10 постанови Пленуму ВСУ від 26 червня 1992 р. № 8.

¹⁰ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка – 7-ме вид., переробл. та допов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 1004.

¹¹ Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-те вид., переробл. та доповн. / Відп. ред. С. С. Яценко. – К.: А.С.К., 2006. – С. 687.

¹² Там само.

¹³ Абз. 3 п. 10 постанови Пленуму ВСУ від 26 червня 1992 р. № 8.

¹⁴ *Гаухман Л. Д.* Насилие как средство совершения преступлений. – М.: Юридическая литература, 1974. – С. 93.

Резюме

Оленіна Я. Г. Особливості кримінальної відповідальності за погрозу щодо працівника правоохоронного органу (ч. 1 ст. 345 КК України).

У статті розглядаються особливості кримінальної відповідальності за погрозу щодо працівника правоохоронного органу, передбачену ч. 1 ст. 345 Кримінального кодексу України. Здійснюється комплексний аналіз погрози як кримінально-правового явища, її ознак, співвідношення з поняттям психічного насильства. Також досліджується об'єкт погрози щодо працівника правоохоронного органу, характеризуються окремі види погроз, передбачені у ч. 1 ст. 345 КК України, визначається момент їх закінчення. Зазначаються особливості кваліфікації погрози щодо працівника правоохоронного органу в поєднанні зі злочинами проти життя, здоров'я, власності. Розглядаються випадки, коли внаслідок погрози відбувається заподіяння тілесних

ушкоджені потерпілому або його смерть. Практичне значення отриманих результатів полягає в авторських пропозиціях щодо вдосконалення чинного кримінального законодавства.

Ключові слова: психічне насильство, погроза щодо працівника правоохоронного органу, кримінальна відповідальність, погроза вбивством, погроза насильством, погроза знищенням або пошкодженням майна.

Резюме

Оленина Я. Г. Особенности уголовной ответственности за угрозу относительно работника правоохранительного органа (ч. 1 ст. 345 УК Украины).

В статье рассматриваются особенности уголовной ответственности за угрозу относительно работника правоохранительного органа, предусмотренную ч. 1 ст. 345 Уголовного кодекса Украины. Проводится комплексный анализ угрозы как уголовно-правового явления, её признаков, соотношения с понятием психического насилия. Также исследуется объект угрозы относительно работника правоохранительного органа, характеризуются отдельные виды угроз, предусмотренные в ч. 1 ст. 345 УК Украины, определяется момент их окончания. Указываются особенности квалификации угрозы относительно работника правоохранительного органа в сочетании с преступлениями против жизни, здоровья, собственности. Рассматриваются случаи, когда вследствие угрозы происходит нанесение телесных повреждений потерпевшему или его смерть. Практическое значение полученных результатов заключается в авторских предложениях по усовершенствованию действующего уголовного законодательства.

Ключевые слова: психическое насилие, угроза относительно работника правоохранительного органа, уголовная ответственность, угроза убийством, угроза насилием, угроза уничтожением или повреждением имущества.

Summary

Olenina Y. Peculiarities of Criminal Responsibility for Threat to a Member of Law Enforcement Agency (Part 1 Article 345 of the Criminal Code of Ukraine).

The paper deals with the peculiarities of criminal responsibility for threat to a member of law enforcement agency, provided as crime for the part 1 article 345 of the Criminal Code of Ukraine. Author analyses the threat as criminal phenomenon, its features and relation to the mental violence, explores the object of the threat to a member of law enforcement agency, characterizes certain types of threats, mentioned in the part 1 article 345 of the Criminal Code of Ukraine, defines the moments of their ends. This article also specifies the peculiarities of evaluating the threat to a member of law enforcement agency in combination with crimes against life, health, property; reviews the cases of the threat causes the bodily injury or the death of a victim. The practical significance of the research results consist in the author's suggestions for improving the current criminal legislation.

Key words: mental violence, threat to a member of law enforcement agency, criminal responsibility, threat of murder, threat of violence, threat of destruction or damage to property.

Отримано 10.04.2014

УДК: 349.3: 364.465

А. С. ПОРФИМОВИЧ

Анастасія Сергіївна Порфимович, магістр Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ДО ПИТАННЯ СОЦІАЛЬНОГО ЗАХИСТУ СТУДЕНТСЬКОЇ МОЛОДІ

У нових соціально-економічних умовах розвитку проблеми соціального захисту студентів ВНЗ в Україні не тільки не втратили своєї актуальності, а й набули особливої гостроти. Окремі аспекти соціального захисту студентської молоді залишаються відкритим для пошуку законодавчого вирішення актуальних та проблемних питань, серед яких необхідно виділити: 1) забезпечення студентів житлом на час навчання; 2) студентські стипендії; 3) соціальне забезпечення студентів із числа дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування; 4) допомога у працевлаштуванні випускників ВНЗ; 5) матеріальна допомога студентам; 6) соціальна допомога студентам з проблемами здоров'я.

Предметом дослідження у статті є проблемні питання соціального захисту студентської молоді в Україні.

Метою статті є огляд стану соціального захисту студентів ВНЗ в Україні, аналіз вітчизняного законодавства з питань соціального захисту студентської молоді в Україні та наукових робіт задля виявлення проблемних питань щодо реалізації державою соціального захисту студентів та внесення пропозицій щодо їх вирішення.

Питання соціального захисту студентської молоді в Україні залишається в центрі постійного наукового інтересу, дослідженням якого займалися: І. В. Боберська, О. В. Наумкіна, І. Кононенко, М. П. Бублій, Т. Іщенко, С. О. Горбунова, О. Федорова, І. С. Кругляк, А. В. Коновалов, М. О. Шишкова та ін.

Відповідно до Закону України «Про вищу освіту» студент – особа, яка в установленому порядку зарахована до вищого навчального закладу і навчається за денною (очною), вечірньою або заочною, дистанційною формами навчання з метою здобуття певних освітнього та освітньо-кваліфікаційного рівнів¹.

Т. Іщенко акцентує увагу на тому факті, що студентство є складовою частиною такої суспільної групи, як молодь. Як соціальна група вона наділена всіма якостями, властивими молоді. Однією із специфічних особливостей є соціальний престиж, оскільки більшість студентів усвідомлюють, що вищий навчальний заклад є одним із засобів соціального просування².

Конституція України закріплює право кожної людини на освіту. Держава забезпечує доступність і безоплатність вищої освіти в державних та комунальних навчальних закладах; розвиток вищої й післядипломної освіти різних форм навчання; надання державних стипендій та пільг студентам³.

Декларація України «Про загальні засади державної молодіжної політики в Україні» від 15 грудня 1992 р. № 2859 визначає головні завдання щодо надання державою кожній людині соціальних послуг, спрямованих на навчання, виховання, духовний та фізичний розвиток, а також професійну підготовку⁴.

Реалізація державної молодіжної політики знайшла своє відображення в Законі України «Про сприяння соціальному становленню та розвитку молоді в Україні» від 5 лютого 1993 р., який передбачає, що Україна гарантує молодим громадянам рівне з іншими громадянами право на освіту, культурний розвиток, дозвілля і відпочинок⁵.

Соціальний захист студентства у ВНЗ України здійснюється за багатьма напрямками. Одним із головних з них є забезпечення студентів житлом (гуртожитком) на час навчання, особливо студентів, які не мають змоги проживати з сім'єю чи забезпечити себе власним житлом, або навчаються в містах, далеко від свого місця проживання.

За даними Міністерства освіти і науки України у 2013 р. до ВНЗ України I–IV рівнів акредитації всіх форм власності та підпорядкування зараховано 468 тис. молодих людей, у тому числі 221,5 тис. осіб за кошти державного та місцевого бюджетів, що становить майже 50 %⁶. З Програми «Гуртожиток — наш дім» на період 2008–2015 рр., яку затверджено Наказом Міністерства аграрної політики України 19 червня 2008 р. № 376, можна дізнатися, що у середньому на одного студента-аграрника припадає близько 5 кв. м житлової площі за норми 8 кв. метрів⁷. Аналізуючи вказаний нормативний акт, можемо констатувати, що рівень забезпеченості гуртожитками студентів-аграріїв в 4 рази менше за санітарну норму.

Водночас відповідно до наказу Міністерства освіти і науки, молоді та спорту України, Міністерства фінансів України, Міністерства охорони здоров'я «Про встановлення граничного розміру плати за проживання в студентських гуртожитках вищих навчальних закладів державної та комунальної форм власності» від 28 березня 2011 р. № 284/423/173, граничний розмір плати за проживання в студентських гуртожитках ВНЗ державної та комунальної форм власності виходячи з нормативу 6 кв. м житлової площі (для новозбудованих гуртожитків – 8 кв. м житлової площі), не може перевищувати: для студентів, абітурієнтів вищих навчальних закладів I–IV рівнів акредитації – 40 % розміру мінімальної ординарної (звичайної) академічної стипендії ВНЗ відповідного рівня акредитації⁸.

Таким чином, вважаємо, що проблема в забезпеченні студентської молоді місцями в гуртожитках залишається актуальною і сьогодні. Також не вирішено питання стосовно поліпшення умов проживання і відпочинку, з приведенням їх у відповідність із сучасними вимогами. Проблемним залишається питання оплати за проживання в студентському гуртожитку. Вирішення цієї проблеми, вважаємо за доцільне, продовження Державної програми «Студентський та учнівський гуртожиток», яка діяла на період 2007–2010 рр. або затвердження на державному рівні Програми діяльності «Гуртожиток – наш дім» на період 2014–2015 рр. за аналогією програми, що затверджена наказом Міністерством аграрної політики України від 19 червня 2008 р. № 376.

У ст. 54 Закону України «Про вищу освіту» передбачено право на матеріальне заохочення за успіхи у навчанні та активну участь у науково-дослідній роботі. Студенти вищих навчальних закладів мають право на отримання стипендій, призначених юридичними та фізичними особами, які направили їх на навчання, а також інших стипендій відповідно до законодавства⁹.

Виплата стипендій студентам ВНЗ є основою соціальної підтримки та захисту студентів, які навчаються за державним замовленням, а також є заохоченням до підвищення рівня своїх знань. Урегулювання питання щодо призначення та виплати стипендії, її розміру та порядку нарахування визначається постановою Кабінету Міністрів України від 12 липня 2004 р. № 882 «Питання стипендіального забезпечення». Відповідно до Постанови у студентів з'явилась можливість одночасно отримувати як академічну, так і соціальну стипендії. Соціальні стипендії надаються з метою підтримки окремих категорій студентів, які потребують соціального захисту та яким за підсумками навчання не призначена академічна стипендія.

Значне місце в системі підтримки та заохочення найбільш обдарованих студентів займають академічні іменні стипендії, а також низка стипендій імені видатних українців, зокрема В. Чорновола, В. Івашка, М. Посмітного, М. Амосова, М. Грушевського, В. Гетьмана. Порядок призначення й виплати вищевказаних стипендій визначається рядом нормативно-правових актів¹⁰.

Відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України «Деякі питання стипендіального забезпечення» від 5 березня 2008 р. № 165 мінімальна ординарна (звичайна) академічну стипендію у розмірі для студентів вищих навчальних закладів I–II рівня акредитації, які навчаються за освітньо-кваліфікаційним рівнем «молодший спеціаліст» або «бакалавр», становить 550 гривень на місяць; для студентів вищих навчальних

закладів III–IV рівня акредитації, які навчаються за освітньо-кваліфікаційними рівнями «бакалавр», «спеціаліст» або «магістр» – 730 гривень на місяць¹¹.

Враховуючи сьогоdnішній стан стрімкої залежності студентів від економічного середовища в країні та середніх статистичних показників умов проживання, розмір мінімальної студентської стипендії не забезпечує достатнє матеріальне становище, що свідчило б про ведення самостійного життя, а тому доцільним було б підвищення мінімальної студентської стипендії до рівня, більшого за розмір прожиткового мінімуму.

Відповідно, Законом України «Про державний бюджет на 2014 рік» від 16 січня 2014 р. № 719-VII прожитковий мінімум на одну особу з розрахунку на місяць у розмірі 1 176 гривень та для тих, кого відносять до основних соціальних і демографічних груп населення: дітей віком від 6 до 18 років – 1 286 гривень та працездатних осіб – 1 218 гривень¹². Для покращення рівня соціального захисту студентів, демографічних показників у країні та створення відповідних умов для того, щоб молодь була заінтересована у створенні сім'ї, мінімальна стипендія повинна хоча б дорівнювати прожитковому мінімуму.

Законодавством України передбачено специфічні види соціальної допомоги окремим категоріям студентства. Законом України «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування» передбачено повне державне забезпечення дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, а також осіб із їх числа в навчальних закладах мають діти-сироти та діти, позбавлені батьківського піклування, віком до 18 років та особи з числа дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, при продовженні навчання до 23 років або до закінчення відповідних навчальних закладів¹³. Постановою Кабінету Міністрів України від 25 серпня 2005 р. № 823 «Про затвердження Порядку надання одноразової допомоги дітям-сиротам і дітям, позбавленим батьківського піклування, після досягнення 18-річного віку» встановлено, що розмір одноразової допомоги дітям-сиротам та дітям, позбавленим батьківського піклування, у 2013 р. становила 1 810 гривень на одну дитину. Якщо дитина не отримала з будь-яких причин одноразової допомоги в установленій строк, виплата може бути здійснена протягом трьох років¹⁴.

Однак проблемою соціального захисту студентів із числа дітей-сиріт та дітей позбавлених батьківського піклування є не тільки матеріальне забезпечення та грошова допомога таким студентам, а й підтримка у соціалізації та пристосуванні дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, до проживання в суспільстві. Адже багатьом з таких студентів у майбутньому важко сформувати свою власну повноцінну сім'ю.

Іншою категорією студентів, які мають особливі пільги, є студенти із числа дітей-інвалідів. Для здійснення фахової підготовки інвалідів у вищих навчальних закладах законодавством України, зокрема Законом «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні» від 21 березня 1991 р., передбачено ряд гарантованих пільг в одержанні ними вищої освіти в державних навчальних закладах¹⁵.

Аналізуючи питання доступності вищої освіти для інвалідів, погоджуємося з думкою О. Федорової, що розширення доступності вищої освіти для інвалідів, інтеграція їх в освітнє середовище ускладнюється рядом факторів, зокрема: недостатньою розробленістю нормативно-правової бази щодо вищої освіти; недостатнім рівнем інформаційного забезпечення; незабезпеченістю безбар'єрного архітектурного середовища; недостатнім рівнем виробництва засобів технічної компенсації обмежених можливостей, спеціального обладнання; відсутністю дієвої політики трудової зайнятості інвалідів; несформованістю системи підготовки спеціалізованих кадрів, викладачів та співробітників¹⁶.

Не вирішеною проблемою з питання соціального захисту студентів з числа осіб з обмеженими фізичними можливостями є питання забезпечення транспортом, оскільки не всі студенти навчаються за місцем свого проживання, а деякі з них не мають змоги дістатися до навчальних закладів у своєму місті або за його межами.

На нашу думку, чи не найголовніша проблема професійно-технічної і вищої освіти в Україні – це працевлаштування студентів після завершення навчання, яка постає перед державою, що гарантує студентам забезпечення робочими місцями. Однак з року в рік це питання поглиблюється та студентам все важче реалізувати свої здібності на ринку праці.

Стаття 5 Закону України «Про зайнятість населення» від 5 липня 2012 р. передбачає, що молодь, яка закінчила або припинила навчання у загальноосвітніх, професійно-технічних і вищих навчальних закладах, звільнилася із строкової військової або альтернативної (невійськової) служби (протягом шести місяців після закінчення або припинення навчання чи служби) і яка вперше приймається на роботу, належить до категорії громадян, що мають додаткові гарантії у сприянні працевлаштуванню. Для працевлаштування студентів, випускників вищих навчальних закладів підприємствам, установам та організаціям з чисельністю штатних працівників понад 20 осіб встановлюється квота у розмірі 5 відсотків середньооблікової чисельності штатних працівників за попередній календарний рік¹⁷.

Кожного навчального року ВНЗ України випускають надто велику кількість юристів, економістів, фінансистів, менеджерів, програмістів, журналістів. Спостерігаючи тенденції запропонованих вакансій на сучасному ринку праці – існує реальний надлишок у таких кваліфікованих працівниках¹⁸.

Погоджуємося з думкою, що найчастіше випускникам вузів пропонують посади торгових представників, консультантів, мерчендайзерів, операторів call-центру. Більшість потенційних роботодавців стверджують, що готові прийняти молодь без практичних навичок у разі, коли випускник вузу бажає працювати і підвищувати свою кваліфікацію, але при цьому не вимагає великої зарплати. Керівники підприємств більше заінтересовані приймати на роботу професіоналів, що ускладнює працевлаштування фахівців-початківців¹⁹.

До вирішення соціальних проблем студентів активно залучаються недержавні формування. Майже в усіх навчальних закладах діють первинні профспілкові організації студентів, що входять до Федерації профспілок України та Профспілок працівників освіти і науки України. Однак останнім часом роль профспілок у студентському середовищі зменшується, перевага віддається студентському самоврядуванню²⁰.

Варто підтримати позицію А. В. Коновалова та О. М. Шишкової, згідно з якою багаторічні законопроектні потуги залишають без змін зміст ст. 38 «Студентське самоврядування» Закону України «Про вищу освіту» і п. 49–57 «Органи студентського самоврядування у вищому навчальному закладі» Положення про державний вищий навчальний заклад. Саме ці два нормативних акти надають формальні правові підстави діяльності студентського самоврядування у вузах, «прописування» його питань в статутах вищих навчальних закладів. Згідно зі ст. 37 загальні збори (конференція) трудового колективу вузу мають затверджувати Положення про органи студентського самоврядування. Тут, можливо, йшлося про певну регулятивну схему з боку трудового колективу. Вона вкладалася в послідовність ухвали студентами «власного» положення та подальшого його вже затвердження всім колективом вузу. Але чи то лінгвістична неточність, чи то глибокий філософський задум надають нового мислення. Зважаючи на законний вільний вибір форм (органів) студентського самоврядування, певний (будь-який) орган студентського самоврядування ухвалює положення «про себе», а трудовий колектив дає власну оцінку необхідності чи доцільності такого органу через затвердження його положення²¹.

Таким чином, досліджуючи питання соціального захисту студентської молоді в Україні, робимо висновок, що проблемами, які потребують негайного вирішення на законодавчому рівні, досі залишаються незабезпеченість студентів на час навчання у ВНЗ тимчасовим житлом – місцями в гуртожитках. Існує тенденція недотримання ВНЗ вимог чинного законодавства в частині обов'язкового нормативу квадратних метрів, які припадають на одного студента, в разі поселення його у студентський гуртожиток, а також невідповідна вартість оплати за проживання фінансовим можливостям студентів. Тому важливим питанням є проведення якісного контролю з боку держави діяльності ВНЗ щодо забезпечення студентам місць у гуртожитках.

За існуючої проблеми, як вихід із ситуації, можливе залучення іноземних інвесторів для будівництва та реконструкції гуртожитків для студентів, з подальшим виділенням певної кількості бюджетних місць для навчання студентів тих іноземних держав, інвестори яких зацікавлені у будівництві та розширенні мережі гуртожитків для студентів. Подальше впровадження Державної програми «Студентський та учнівський гуртожиток», яка діяла на період 2007–2010 рр. або затвердження Програми діяльності «Гуртожиток – наш дім» на період 2014–2015 рр. за аналогією програми, що затверджена наказом Міністерством аграрної політики України.

Стипендіальне забезпечення студентів у сучасних економічних умовах, з врахуванням підвищення середньостатистичної «вартості» проживання, не відповідає конституційним засадам та принципам соціального захисту студентства, оскільки розмір мінімальної студентської стипендії не забезпечує достатнє матеріальне становище та є нижчим від прожиткового мінімуму, встановленого державою. А тому для підняття на новий щабель рівня соціального захисту студентства в Україні та досягнення хоча б європейський стандартів мінімальна студентська стипендія має дорівнювати прожитковому мінімуму або бути вищою за нього.

Проблеми працевлаштування студентів вимагають проведення заходів щодо покращення державної молодіжної політики в частині моніторингу і популяризації затребуваних на ринку праці спеціалізацій та професій серед студентської молоді, яка є економічно активним населенням України.

Соціально незахищеною та неадаптованою досі залишається студентська молодь з обмеженими фізичними можливостями внаслідок відсутності у більшості ВНЗ можливості пристосування до архітектурних особливостей будівель, забезпечення кваліфікованими кадрами по роботі з такою категорією студентів, а також технічних пристроїв та відповідної апаратури, транспортного забезпечення тощо.

Для вирішення проблеми соціальної адаптації та захисту студентів з обмеженими фізичними можливостями державі необхідно більш активно залучати недержавні та громадські формування для участі у реалізації її молодіжної політики. Як приклад, ВНЗ в Україні, що мають складні архітектурні умови для навчання студентів з обмеженими фізичними можливостями, на договірних засадах можуть залучати підприємства, установи та організації, які є власниками або користувачами приміщень або будівель, мають необхідні транспортні засоби, пристосовані для життєдіяльності людей з фізичними обмеженими можливостями, для проведення навчання, забезпечення транспортування чи дозвілля таких студентів. Держава в цьому випадку буде виступати гарантом у зменшенні податкового навантаження на відповідні підприємства, установи та організації або забезпечувати оплату за користування такими приміщеннями чи транспортом.

¹ Про вищу освіту: Закон України від 17.01.2002 № 2984-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 20. – Ст. 134.

² Вітвицька С. Основи педагогіки вищої школи: Методичний посібник для студентів магістратури / С. Вітвицька. – К.: Центр навчальної літератури, 2003. – 316 с. – С. 95.

³ Конституція України від 28.06.1996 року // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1996. – № 30. – Ст. 141.

⁴ Про загальні засади державної молодіжної політики в Україні: Декларація від 15 грудня 1992 р. № 2859 // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 16. – С. 9.

⁵ Про сприяння соціальному становленню та розвитку молоді в Україні: Закон України від 05.02.1993 р. № 2998-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 16. – Ст. 167.

- ⁶ Міністерство освіти і науки України // [Електронний ресурс] Офіційний сайт. – Режим доступу: <http://mon.gov.ua/ua>
- ⁷ Про затвердження Програми діяльності «Гуртожиток – наш дім» на період 2008 – 2015 років: Наказ Міністерства аграрної політики України від 19 червня 2008 року № 376 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://search.ligazakon.ua>
- ⁸ Про встановлення граничного розміру плати за проживання в студентських гуртожитках вищих навчальних закладів державної та комунальної форм власності: Наказ Міністерства освіти і науки, молоді та спорту України, Міністерства фінансів України, Міністерства охорони здоров'я України від 28.03.2011 р. № 284/423/173 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua>
- ⁹ Про вищу освіту: Закон України від 17.01.2002 № 2984-III / Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 20. – Ст. 134.
- ¹⁰ Студентська молодь України: сучасний вимір щорічна державна доповідь президентів України, Верховній раді України, Кабінету Міністрів України про становище молоді в Україні (за підсумками 2008 року) / [за ред. Ю. О. Павленко, Р. Г. Драпушко, О. С. Лозовицький, А. О. Мішин]. – К.: 2009. – 130 с. – С. 10–13.
- ¹¹ Деякі питання стипендіального забезпечення: Постанова Кабінету Міністрів України від 05.03.2008 року № 165. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua>
- ¹² Про державний бюджет України на 2014 рік: Закон України від 16.01.2014 № 719-VII / Відомості Верховної Ради. – 2014. – № 9. – Ст. 93.
- ¹³ Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування: Закон України від 13.01.2005 № 2342-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 6. – Ст. 147.
- ¹⁴ Про затвердження Порядку надання одноразової допомоги дітям-сиротам і дітям, позбавленим батьківського піклування, після досягнення 18-річного віку: Постанова Кабінету Міністрів України від 25 серпня 2005 р. № 823 // [Електронний ресурс] База даних «Законодавство України». – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>
- ¹⁵ Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні: Закон України від 21.03.91 № 876-XII // Відомості Верховної Ради УСРС. – 1991. – № 21. – Ст. 252.
- ¹⁶ Федорова О. М. Інтеграція осіб з обмеженими можливостями в соціумі через механізми університетської освіти / О. М. Федорова. – Режим доступу: <http://www.nbu.gov.ua>
- ¹⁷ Про зайнятість населення: Закон України від 05.07.2012 № 5067-VI // Відомості Верховної Ради. – 2013. – № 24. – Ст. 243.
- ¹⁸ Представникам виробничих професій легше знайти роботу з достойною зарплатою [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Державної служби зайнятості. – Режим доступу: <http://www.dcz.gov.ua>
- ¹⁹ Студентська молодь України: сучасний вимір щорічна державна доповідь президентів України, Верховній раді України, Кабінету Міністрів України про становище молоді в Україні (за підсумками 2008 року) / [за ред. Ю. О. Павленко, Р. Г. Драпушко, О. С. Лозовицький, А. О. Мішин]. – К., 2009. – 130 с. – С. 50.
- ²⁰ Там само. – С. 50.
- ²¹ Права студентів: В 2 ч. / Автори-упорядники: А. В. Коновалов, М. О. Шишкова. – Х.: [Харківський міський центр дозвілля молоді], 2009. – Ч. 2. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://profkom-nmu.kiev.ua/book/export/html/261>

Резюме

Порфимович А. С. До питання соціального захисту студентської молоді.

Стаття присвячена питанням соціального захисту студентів вищих навчальних закладів в Україні. Висвітлено нормативно-правові акти, що регулюють це питання. Розглянуто актуальні проблеми соціального захисту студентської молоді: надання студентам житла на час навчання; студентські стипендії; соціальний захист студентів з числа сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування; сприяння у працевлаштуванні випускників вищих навчальних закладів; соціальна підтримка студентів з проблемами здоров'я. Визначено шляхи підвищення рівня соціального захисту студентської молоді в сучасний період.

Ключові слова: студентська молодь, соціальний захист, забезпечення житлом, соціальні стипендії, працевлаштування студентів.

Резюме

Порфимович А. С. К вопросу социальной защиты студенческой молодежи.

Статья посвящена основным направлениям социальной защиты студентов высших учебных заведений в Украине. Освещены нормативно-правовые акты, регулирующие этот вопрос. Рассмотрены актуальные проблемы социальной защиты студенческой молодежи: предоставление студентам жилья на время учебы; студенческие стипендии; социальная защита студентов из числа сирот и детей, лишенных родительской опеки; содействие в трудоустройстве выпускников высших учебных заведений; социальная поддержка студентов, имеющих проблемы со здоровьем.

Ключевые слова: студенческая молодежь, социальная защита, обеспечение жильем, социальные стипендии, трудоустройство студентов.

Summary

Porfimovich A On the issue of social protection of student youth.

The article is devoted to the major areas of social protection of university students in Ukraine. Cover age of major normative legal acts of current legislation governing this issue. Displayed current problems of social security students: provide students with housing for the study; student grants (scholarship); social protection students with numbers of orphans and children deprived of parental care; assistance in employment of university graduates; social support for students with health problems. And analyzes the main ways of overcoming the crisis in this area.

Key words: student youth, social protection, housing, social grants, employment of students.

Отримано 10.04.2014

О. А. ЯКОВЕНКО

*Олена Анатоліївна Яковенко, студентка IV курсу
Київського національного університету імені Тараса
Шевченка*

**ТЕНДЕНЦІЇ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ КОНТРАКТУ ЯК ОСОБЛИВОГО ВИДУ
ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ**

Актуальність теми дослідження зумовлена відсутністю єдиного підходу до визначення місця контракту в договірному регулюванні трудових відносин, а також перспектив його застосування в майбутньому. Контракт, будучи особливим різновидом трудового договору, характеризується рядом специфічних ознак і має для сторін як позитивні, так і негативні наслідки. Особливу практичну складність зумовлює величезний масив нормативно-правових актів, що передбачають укладення саме контракту з працівниками.

Метою статті є визначення основних проблемних питань, пов'язаних із існуванням контракту, виокремлення ознак, притаманних виключно контракту як особливому виду трудового договору, аналіз перспектив існування контракту, а також формулювання конкретних висновків та пропозицій щодо вдосконалення чинного законодавства у цій сфері та практики його застосування.

Для досягнення поставленої мети слід розв'язати такі завдання: проаналізувати правові позиції науковців щодо поняття та правової природи контракту, визначити характерні ознаки контракту як особливого виду трудового договору, здійснити аналіз нормативно-правових актів, що стосуються укладення контрактів, а також дослідити проблеми, пов'язані із перспективами існування контракту (як теоретичні, так і практичні).

Дослідженню контракту як виду трудового договору присвячено наукові роботи, зокрема, таких українських вчених, як В. С. Венедиктов, В. В. Жернаков, П. Д. Пилюпенко та В. І. Прокопенко, а також російських – В. І. Нікітінського, Ю. П. Орловського, В. Д. Шахова та ін.

У доктрині трудового права існують різні підходи щодо визначення правової природи контракту.

Так, на думку В.В. Жернакова, спочатку вважалось, що контракт – це випробуваний на Заході варіант найму на роботу, який стимулює працівника до творчої та самовідданої праці. З його допомогою наймач має можливість формувати більш кваліфікований кадровий потенціал і позбавлятися від несумлінних працівників, що порушують трудову дисципліну. Але, в дійсності, на практиці, замість того, щоб стимулювати працівника, відбувалось елементарне порушення його трудових прав¹.

Водночас, позитивно оцінює впровадження контракту, наприклад, В. Усачов, який вважає, що поява контракту стала реакцією на невизначений, нечіткий і занадто загальний зміст трудових договорів, які не враховують ні особисті якості працівника, ні специфіку його діяльності, ні рівень професійності. Поява контракту стала одним із способів поглиблення індивідуального договірного характеру найманої праці за допомогою чіткого й повного врегулювання умов праці та її оплати, підвищення відповідальності за покладені на працівника обов'язки².

Вважаємо, що неможливо категорично визначити, чи є контракт виключно позитивним або негативним явищем. Такий особливий різновид трудових договорів, насправді, містить ряд переваг, але ефективно використані вони можуть бути лише у разі вдосконалення правового регулювання контракту, а також відсутності зловживань з боку роботодавця.

У трудове законодавство України поняття й визначення змісту контракту було введено в 1991 р. (у ч. 3 ст. 21 Кодексу законів про працю України³ (далі – КЗпП) в редакції від 20 березня 1991 р.). Основним нормативно-правовим актом, що регулює на сьогодні питання укладення контрактів, є Постанова Кабінету Міністрів України (далі – КМУ) «Про впорядкування застосування контрактної форми трудового договору» від 19 березня 1994 р.⁴, що визначає зміст контракту, порядок його укладення та розірвання.

На етапі впровадження контракту в національну правову систему сфера його застосування визначалась законодавством України. Конституційний суд України в Рішенні № 12-рп/98 від 9 липня 1998 р.⁵ надав офіційне тлумачення поняття «законодавство», яке охоплює закони України, чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також постанови Верховної Ради України, Укази Президента України, декрети і постанови Кабінету Міністрів України, прийняті в межах їх повноважень та відповідно до Конституції України і законів України. Тобто, визначення сфери застосування контрактів законодавством фактично дозволяло його укладення з будь-яким працівником, що є необґрунтованим. Тому законодавець пішов шляхом визнання за доцільне обмежити сферу застосування контракту лише законами.

У ч. 3 ст. 21 КЗпП у чинній редакції контракт визначається як особлива форма трудового договору, в якому строк його дії, права, обов'язки і відповідальність сторін (в т.ч. матеріальна), умови матеріального забезпечення і організації праці працівника, умови розірвання договору, в т.ч. дострокового, можуть встановлюватись угодою сторін.

Визначення контракту як особливої форми трудового договору, на нашу думку, є законодавчою помилкою. У доктрині права під формою розуміється зовнішній вираз певного правового явища. З цього логічно випливає, що форма трудового договору може бути письмова або усна. Таким чином, контракт доречно визначати як особливий різновид трудового договору. При цьому він співвідноситься із трудовим договором як частина і ціле.

Якщо говорити про наукові підходи щодо визначення поняття «контракт», варто зазначити, що в науці існує кілька підходів до дефініції цього терміна. Так, за В. І. Нікітінським, контракт – це особливий вид строкового трудового договору, який укладається в письмовій формі⁶. На думку П. Д. Пилипенка, контракт є винятковою підставою виникнення трудових правовідносин і має спрямовуватись на створення умов для виявлення ініціативи та самостійності працівника, враховувати його індивідуальні здібності і професійні навички, забезпечувати йому соціальний і правовий захист⁷.

Підтримуючи наведені підходи, вважаємо за доцільне проаналізувати позицію В. І. Прокопенка, з яким не погоджуємось. Так, науковець зазначає, що контракт не несе в собі відмінного від договору змісту, оскільки, виходячи з його етимологічного значення, контракт – це договір⁸. Дійсно, відповідно до Тлумачного словника за ред. С. І. Ожегова, контракт – це є договір⁹. Аналізуючи нормативно-правові акти зарубіжних країн, що регулюють укладення трудових договорів, зокрема, Великої Британії, Франції, Німеччини, можна зробити висновок, що в них вживається поняття *contract*, що українською мовою перекладається саме як договір. Однак, коли йдеться про норми національного законодавства, потрібно розрізняти поняття контракт і звичайний трудовий договір.

Здійснивши аналіз ряду наукових праць¹⁰, можна виділити ознаки, якими найчастіше характеризують контракт:

- може бути укладений виключно у випадках, передбачених законами України;
- обмежений певним строком;
- завжди укладається в письмовій формі;
- у контракті більш повно конкретизуються взаємні права і обов'язки сторін трудових правовідносин;
- у контракті визначаються умови матеріального забезпечення і умови праці працівників;
- може передбачати додаткові соціальні пільги та гарантії;
- може містити додаткові підстави для його розірвання, які не передбачені чинним законодавством.

Проаналізуємо, чи насправді всі ці ознаки характерні виключно для контрактів, і чи можна за їх допомогою розмежувати контракти від звичайних трудових договорів (як безстрокових, так і строкових).

Питання про те, що контракт укладається виключно у випадках, передбачених законами, не є дискусійним. При цьому варто звернути увагу й на те, що в ряді випадків відмова від укладення контракту працівником тягне за собою неможливість займати ту чи іншу посаду. Так, укладення контракту є обов'язковим, зокрема, для:

- керівників підприємств, що є у державній власності (Постанова КМУ від 19 березня 1993 р. «Про застосування контрактної форми трудового договору з керівником підприємства, що є у державній власності»);
- керівників, наукових, творчих та інших працівників закладів України гуманітарної сфери (Указ Президента України «Про Положення про національний заклад (установу) України» від 21 листопада 2004 р.);
- помічників адвоката (ч. 1 ст. 16 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 5 липня 2012 р.);
- спортсменів для набуття статусу спортсмена-професіонала (ч. 3 ст. 38 Закону України «Про фізичну культуру і спорт» від 24 грудня 1993 р.) тощо.

Однак існують випадки погоджувальної форми застосування контракту:

- для працівників біржі (ч. 3 ст. 12 Закону України «Про товарну біржу» від 10 грудня 1991 р.);
- для керівників підприємств (ч. 4 ст. 65 Господарського кодексу України від 16 січня 2003 р.);
- для членів фермерських господарств (ч. 1 ст. 3 Закону України «Про фермерські господарства») тощо.

Варто зазначити, що це далеко не повний перелік законів, які передбачають можливість укладення контракту із працівниками. Їх кількість налічує близько 50. Таким чином, якщо законами України не визначено обов'язковості або можливості укладення контракту для зайняття певної посади, з ним може бути укладено лише звичайний трудовий договір.

Ознака обмеження контракту певним строком, на перший погляд, робить його тотожним зі строковим трудовим договором. Тут треба брати до уваги, що строковий трудовий договір укладається у випадках, коли трудові відносини не можуть бути встановлені на невизначений строк з урахуванням характеру роботи, її умов та інших факторів, тоді як контракт має строковий характер незалежно ні від особливості, ні від специфіки займаної посади.

Ознака строковості контракту вважається такою, що несе соціальну небезпеку, адже особа, яка працює за контрактом, не може бути стовідсотково впевнена у своєму майбутньому, що може призводити до психологічного дискомфорту. Разом із тим строковість контракту створює додатковий стимул для працівника краще виконувати свої обов'язки, відповідально ставитись до роботи для того, щоб у майбутньому роботодавець виявив бажання далі співпрацювати із ним шляхом продовження дії контракту.

У п. 3 ч. 1 ст. 24 КЗпП визначається, що додержання письмової форми є обов'язковим при укладенні контракту. Водночас дана стаття містить перелік інших випадків обов'язкової письмової форми при укла-

денні звичайного трудового договору. Таким чином, зазначену ознаку недоречно вважати такою, що характеризує виключно контракт.

Підтримуємо думку, що у контракті більш повно конкретизуються взаємні права та обов'язки сторін трудових правовідносин, умови матеріального забезпечення і умови праці працівників, а також можуть передбачатись додаткові соціальні пільги та гарантії. Однак, вважаємо, це не є ознакою, що притаманна виключно контрактам. Адже, фактично, вказані умови можуть бути передбачені і в звичайному трудовому договорі. Якщо роботодавець виявить бажання забезпечити своїх працівників, які виконують трудову функцію не за контрактом, додатковими соціальними пільгами, покращеними умовами роботи, вирішить конкретизувати їх права й обов'язки, він має на це право та законодавчо встановлені можливості.

Щодо того, що контракт може містити додаткові підстави для його розірвання, які не передбачені чинним законодавством, це насправді є ознакою, яка абсолютно не притаманна звичайному трудовому договору. Так, якщо трудовий договір буде містити додаткові підстави його розірвання, останні будуть недійсними відповідно до ст. 9 КЗпП, яка визначає, що умови договорів про працю, які погіршують становище працівників порівняно із законодавством про працю, є недійсними. Фактично, підстави для розірвання трудового договору чітко визначені в ст. 36 КЗпП і доповнити їх на власний розсуд, навіть за погодженням з працівником, роботодавець не може.

Що стосується контракту, то згідно з п. 8 ч. 1 ст. 36 КЗпП підстави припинення трудового договору, передбачені контрактом. Це положення дає можливість зробити висновок, що контракт як різновид трудового договору може бути припинений із загальних підстав, визначених законодавством, а також із підстав, визначених безпосередньо в контракті угодою сторін. На підставі аналізу контрактів, укладених з різними працівниками¹¹, наведемо декілька прикладів. Так, для викладачів університету додатковою підставою розірвання контракту може бути відсутність наукових публікацій, для директора підприємства – одноразове грубе порушення, що зумовило настання для підприємства негативних наслідків (збитки, штрафи, постраждала репутація підприємства), або ж приховування інформації щодо його діяльності і т.д.

Можливість містити додаткові ознаки для розірвання контракту, з одного боку, є негативною, адже порушує принцип стабільності трудових відносин, але, з іншого – дисциплінує працівників, забезпечує більш відповідальне й творче ставлення до роботи.

Вважаємо, що саме тому «контракт як особливий різновид трудового договору доцільно застосовувати тільки в тих випадках, коли йдеться про найм висококваліфікованих спеціалістів, на яких покладаються важливі обов'язки, коли виконання трудових функцій чи роботи вимагає від виконавця особливої професійної підготовки, творчих здібностей, підприємницьких, ділових якостей, самостійності та відповідальності»¹².

Проект Трудового кодексу № 2902¹³ взагалі не містить поняття «контракт» та не визначає можливість його укладання. Відповідно до ст. 43 Проекту трудові договори можуть укладатися на невизначений і на визначений строк. Пункт 3 Прикінцевих та перехідних положень встановлює, що після набрання чинності Трудовим кодексом України раніше укладені трудові договори у формі контракту вважаються трудовими договорами, укладеними на визначений у них строк. Таким чином, законодавець пропонує використати досвід Російської Федерації, в ст. 59 Трудового кодексу якої встановлено, що трудові договори можуть укладатись на невизначений строк і, відповідно, на визначений, тобто бути строковими трудовими договорами¹⁴.

На нашу думку, виключення із Проекту Трудового кодексу такого різновиду трудового договору, як контракт, є не зовсім обґрунтованим. Адже, не зважаючи на критику і відсутність досконалого законодавчого регулювання, контракт все ж таки заслуговує на існування. З огляду на вищесказане, можна дійти висновку, що навіть ті ознаки контракту, які вважаються його недоліками (строковий характер, додаткові підстави для розірвання, не визначені законодавством), несуть у собі в певному розумінні позитивний зміст і спрямовуються на формування у працівника підвищеної відповідальності за свою роботу.

Таким чином, доречно було б піти шляхом звуження сфери дії контрактів через зменшення переліку посад, для яких укладення контракту є обов'язковим або можливим. По суті, тенденція обмеженого впровадження контрактів простежується в багатьох зарубіжних країнах.

Так, вважаємо, що контракт як особливий різновид трудового договору доречно було б укладати з працівниками, які займаються розумовою діяльністю, що передбачає їх творчий підхід до роботи, а також із працівниками, діяльність яких сама по собі вимагає від таких працівників підвищеного відповідального ставлення до своєї роботи, адже в протилежному випадку можуть порушуватись права та законні інтереси інших осіб (насамперед це стосується керівних посад).

Такий підхід допоможе наблизити національне законодавство до міжнародних стандартів, адже відповідно до Рекомендації МОП № 166 від 22 червня 1982 р.¹⁵ визначається доцільним обмежити застосування договорів найму на певний строк такими випадками, коли, ураховуючи характер подальшої роботи або умови її виконання, або інтереси самого працівника, ці трудові відносини не можуть устанавлюватися на невизначений строк.

Отже, вважаємо, що контракт повинен знайти своє місце у майбутньому новому Трудовому кодексі. Однак при цьому варто переглянути посади, для зайняття яких можна або необхідно укладати контракт, і, можливо, підготувати окремий закон, де ці посади були б перелічені для того, щоб і роботодавці, і працівники чітко усвідомлювали сферу застосування контракту.

Враховуючи вищезазначене, існування контракту, який є особливим різновидом трудового договору, не може бути визнано цілком позитивним чи негативним явищем. Правильне застосування контракту допома-

гає задовольнити інтереси як працівника, так і роботодавця. З огляду на це контракт як різновид трудового договору повинен бути передбачений у майбутньому новому Трудовому кодексі. Однак за умов низького рівня правової культури роботодавців існування контракту є додатковою можливістю для зловживань, в тому числі стосовно встановлення необґрунтованих підстав для його розірвання.

Найбільшою практичною проблемою на даний момент є існування великої кількості посад і, відповідно, нормативно-правових актів, які передбачають укладення контракту із працівниками. Задля уникнення зловживань з боку роботодавця та забезпечення відповідального ставлення до своєї роботи працівників, які працюють за контрактом, пропонуємо звужити таку кількість посад і певним чином їх систематизувати, наприклад, прийнявши окремий закон у цій сфері.

¹ Трудове право України в вопросах и ответах: учеб.-справ. пособие / Г. С. Гончарова, В. В. Жернаков, С. Н. Прилипко ; под ред. В. В. Жернаков. – Изд. 4-е, перераб. и доп. – Х. : Одиссей, 2005. – 592 с. – С. 94.

² Усачев В. Контракт и трудовой договор: дискуссионные вопросы соотношения / В. Усачев // Управление персоналом. – 1998. – № 11. – С. 86–93. – С. 87.

³ Кодекс законів про працю України від 10 грудня 1971 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1971. – (Додаток до № 50). – Ст. 21.

⁴ Про впорядкування застосування контрактної форми трудового договору: Постанова Кабінету Міністрів України від 19 березня 1994 р. № 170. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua>

⁵ Рішення Конституційного суду України у справі за конституційним зверненням Київської міської ради професійних спілок щодо офіційного тлумачення частини третьої статті 21 Кодексу законів про працю України (справа про тлумачення терміну «законодавство») № 12-рп/98 від 9.07.1998 р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua>

⁶ Никитинский В. И. Контракт в трудовом праве / В. И. Никитинский // Советское государство и право. – М.: Наука, 1991. – № 8. – С. 52–59. – С. 53.

⁷ Трудове право України: навч. посіб. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. // П. Д. Пилипенко, В. Я Бурак, В. Я. Козак / За ред. П. Д. Пилипенка. – К.: Ін Юре, 2003. – 544 с. – С. 189–190.

⁸ Прокопенко В. І. Трудове право України: Підручник. — Х.: Фірма «Консум», 1998. – 480 с. – С. 214.

⁹ Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Тлумачний словник російської мови, 1999 р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ozhegov.com>

¹⁰ Напр.: Никитинский В. И. Контракт в трудовом праве // Советское государство и право. – М.: Наука, 1991, № 8. – С. 52–59. – С. 52; Колот А. М. Мотивація, стимулювання й оцінка персоналу: навч. посіб. – К.: КНЕУ, 1998. – 224 с. – С. 153.

¹¹ Юридична майстерня «Помічник». – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pomichnyk.com>

¹² Пахтусова В. Опыт введения контрактного найма работников предприятий и организаций / В. Пахтусова, Т. Капацина // Экономика Украины. – 1994. – № 4. – С. 72–75. – С. 73.

¹³ Проект Трудового кодексу № 2902 від 22.04.2013 р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://w1.c1.rada.gov.ua>

¹⁴ Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.consultant.ru>

¹⁵ Рекомендація Міжнародної організації праці щодо припинення трудових відносин з ініціативи роботодавця від 22.06.1982 № 166. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua>

Резюме

Яковенко О. А. Тенденції правового регулювання контракту як особливого виду трудового договору.

Статтю присвячено аналізу проблем та перспектив існування контракту. Контракт, будучи особливим різновидом трудового договору, має для сторін як позитивні, так і негативні моменти. З огляду на це розглянуто різні підходи щодо визначення правової природи контракту, а також проблемні аспекти його впровадження в національну правову систему. Визначено ознаки, якими характеризується контракт, та проаналізовано основні з них. Досліджено позицію законодавця щодо місця контракту в умовах реформування трудового законодавства. Сформульовано на основі цього висновки та пропозиції щодо звуження сфери застосування контракту.

Ключові слова: контракт, трудовий договір, ознаки контракту, Проект Трудового кодексу, перспективи застосування контракту.

Резюме

Яковенко А. А. Тенденции правового регулирования контракта как особенного вида трудового договора.

Статья посвящена анализу проблем и перспектив существования контракта. Контракт, будучи особенной разновидностью трудового договора, имеет для сторон как позитивные, так и негативные моменты. Учитывая это, рассмотрены разные подходы относительно определения правовой природы контракта, а также проблемные аспекты его внедрения в национальную правовую систему. Определены признаки, характеризующие контракт, и проанализированы основные из них. Исследована позиция законодателя относительно места контракта в условиях реформирования трудового законодательства. Сформулированы на основе этого выводы и предложения относительно сужения области применения контракта.

Ключевые слова: контракт, трудовой договор, признаки контракта, Проект Трудового кодекса, перспективы использования контракта.

Summary

Yakovenko O. Tendencies of the legal regulation of contract as a special type of labour contract.

Article is devoted to the analysis of problems and prospects of existence of the contract. The contract, being a special kind of the labor contract, has for the parties both positive, and negative moments. Considering it, different approaches concerning definition of

the legal nature of the contract, and also problem aspects of its introduction in national legal system are considered. Signs by which the contract is characterized are defined and the main of them are analyzed. It is investigated a position of the legislator concerning a place of contract in the conditions of reforming of the labor legislation. Conclusions and offers concerning narrowing of a sphere of the contract are formulated on the basis of it.

Key words: contract, labor contract, signs of contract, Draft of the Labor code, prospects of the using of contract.

Отримано 10.04.2014

УДК 342.924

Т. В. ЯЦЕНКО

*Тетяна Василівна Яценко, студентка IV курсу
Київського національного університету імені Тараса
Шевченка*

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО ЗАКРІПЛЕННЯ ПОНЯТТЯ «АДМІНІСТРАТИВНИЙ АКТ»

Органи публічної адміністрації є спеціально створеними та уповноваженими реалізовувати функції держави у сфері виконавчої влади. На сьогодні необхідно розробити детальне правове регулювання всіх сфер діяльності органів публічної адміністрації, особливо в тій частині, що стосується їх взаємодії із громадянами та юридичними особами (так звані зовнішні форми діяльності), з метою унеможливлення зловживань означеними органами наданими їм повноваженнями. Це пояснюється, зокрема, і необхідністю подолання негативних тенденцій зниження якісних показників діяльності відповідних суб'єктів, затягування процесу прийняття індивідуальних адміністративних рішень, необґрунтованих відмов у наданні дозволів, ліцензій тощо.

Актуальність цього дослідження полягає у необхідності визначення сучасних і принципово важливих напрямів правового регулювання процедури розгляду адміністративних справ органами публічної адміністрації.

Метою дослідження є визначення істотних ознак адміністративного акта та можливих шляхів їх закріплення в українському законодавстві, огляд наявних у науковій літературі поглядів на визначення поняття адміністративного акта, порівняння його із дефініцією, запропонованою у проекті Адміністративно-процедурного кодексу України (його друга редакція), та із аналогічними поняттями, закріпленими у відповідних законах європейських держав. Необхідність визначення змісту поняття адміністративного акта полягає у чіткому розмежуванні з іншими актами органів публічної адміністрації. Особливе значення індивідуальних адміністративних актів полягає у тому, що вони стосуються реалізації прав та інтересів фізичних та/або юридичних осіб у публічно-правовій сфері. У зв'язку із цим також постає проблема розмежування понять нормативного, адміністративного та управлінського акта.

У зв'язку із окресленою метою були поставлені такі завдання:

- визначити істотні ознаки адміністративного акта шляхом дослідження дефініцій, викладених у законодавстві європейських країн, запропонованих вітчизняними та зарубіжними науковцями;
- запропонувати шляхи закріплення найважливіших суттєвих ознак адміністративного акта у вітчизняному законодавстві.

Дослідженням адміністративних процедур та проблем запровадження адміністративних актів присвячено праці відомих вітчизняних вчених і дослідників: В. Б. Авер'янова, І. Б. Коліушка, В. П. Тимошука, М. М. Тищенко, Р. О. Куйбіди, А. М. Школика та зарубіжних науковців, зокрема: Д. Дж. Галлігана, Ж. Зіллера, В. Кюгеля, Б. М. Лазарева, О. Люхтерграндта та інших.

На сьогоднішній день ми можемо узагальнити визначення адміністративного акта через перелік основних його ознак. Зокрема, до таких можна віднести:

- 1) спрямований на реалізацію прав фізичних, юридичних осіб, колективних утворень (наприклад, отримання ліцензій, дозволів тощо);
- 2) приймається адміністративним органом на підставі повноважень, визначених у статусному законі;
- 3) приймається в межах компетенції;
- 4) в окремих випадках – приймається у межах дискреційних повноважень;
- 5) відповідає встановленим у законі вимогам форми і змісту;
- 6) приймається відповідно до процедурних стандартів (у передбачених законом випадках – із обов'язковим залученням громадян до прийняття рішень);
- 7) приймається у розумний строк;
- 8) має бути належним чином мотивованим;
- 9) оприлюднений у встановлений (передбачений) спосіб;
- 10) підлягає контролю з боку судового органу або іншого незалежного органу.

У Резолюції (77) 31 Комітету Міністрів Ради Європи під поняттям «адміністративний акт» розуміють «захід і прийняте рішення»¹. Таке розуміння є узагальненим, а тому потребує тлумачення. «Захід» фактично охоплюється цілу низку дій органу публічної адміністрації із розгляду та вирішення індивідуальної адміністративної справи, а також усні чи конклюдентні дії уповноважених осіб.

Заслугує на увагу визначення поняття, яке було наведено в окремій думці судді Конституційного Суду України М. Д. Савенка: ««Акт» (лат. *actus* – дія; *actum* – документ) означає дію, вчинок, а також документ, виданий (прийнятий) уповноваженим на це органом державної влади, органом місцевого самоврядування, їх посадовими особами»². Це визначення може стати досить чітким орієнтиром для розуміння такого поняття адміністративного акта з точки зору форм його проявів.

Нормативним є акт, у якому вміщене певне правило поведінки (правова норма). Зокрема, Б. М. Лазарев зазначає, що «залежно від зафіксованого в акті припису виділяють нормативні та індивідуальні»³. Проте з об'єктивної точки зору видання значної кількості інструкцій, правил, регламентів тощо потребує необхідного рівня володіння специфікою певного питання. Фактично у такому випадку органи виконавчої влади перебирають на себе частину законодавчих повноважень. Варто зазначити, що наведені вище приклади нормативних актів та ті, якими визначається компетенція відповідних органів, носять більш технічний регуляторний характер і не виходять за межі окреслених у законах правил (це і є, по суті, проявом «підзаконності»); спрямовані на формування загальних орієнтирів (цілей, завдань, політики) діяльності державних органів у відповідних галузях народного господарства. Таким чином, під нормативним актом ми розумітимемо акт, у якому вміщено загальнообов'язкове правило поведінки – норма.

Під індивідуальним актом розуміють акти органів управління (органів публічної адміністрації), які з моменту їх прийняття породжують, змінюють або припиняють правовідносини між чітко окресленим колом суб'єктів⁴.

Складно погодитись із зазначеною позицією Б. М. Лазарева з огляду на наступне: під індивідуальністю зазвичай розуміють одну особу (або досить невелике коло осіб), проте широкого застосування набула практика прийняття органами публічної адміністрації таких актів, які поширюють свою дію на всіх суб'єктів, зокрема постанови та розпорядження Кабінету Міністрів України. Таким чином, такі акти Кабінету Міністрів України ми не можемо віднести ані до нормативних, ані до індивідуальних, хоча вони фактично й належать до адміністративних актів.

У зарубіжних країнах існують різні підходи до визначення поняття «адміністративний акт». Наприклад, у Франції застосовується широкий підхід до окреслення змісту такого терміна, під яким розуміють усі акти адміністрації, тобто охоплюються як індивідуальні акти публічної адміністрації, так і адміністративні договори та нормативні акти. Інший підхід викладений у німецькому Законі «Про адміністративну процедуру», відповідно до якого під адміністративним актом розуміють будь-який прояв діяльності уповноваженого органу, який стосується врегулювання індивідуального (окремого) питання у публічній сфері.

У вітчизняному законодавстві визначення такого поняття досі немає, проте певні розробки були використані у проекті Адміністративно-процедурного кодексу, де було запропоновано розуміти це поняття як рішення (правовий акт, документ, відмітка в документі) індивідуальної дії, прийняте адміністративним органом за результатами розгляду адміністративної справи відповідно до цього Кодексу, спрямоване на набуття, зміну чи припинення прав та обов'язків фізичної або юридичної особи (осіб)⁵.

Але таке визначення потребує доопрацювання. Саме тому необхідно провести чіткий аналіз якісних характеристик вищезазначеного поняття з точки зору оцінки його відповідності визначеними нами ознакам. Результат такого аналізу буде запропоновано нижче.

Д. Галліган зазначає, що всі адміністративні дії можна розподілити на дві великі групи:

1) пов'язані з формуванням політики, тобто присутній характер високого ступеня узагальнення, де визначаються тільки загальні цілі та завдання;

2) з приводу конкретної справи людини чи широкого кола осіб⁶.

Такий поділ є доречнішим, оскільки виключає такий умовний критерій поділу, як кількість суб'єктів, на яких поширює свою дію відповідний акт (з огляду на неможливість проведення чіткого розмежування за таким показником).

Б. М. Лазарев зазначає, що акт управління виникає як результат поєднання в одному документі управлінського рішення та владного волевиявлення державного управління⁷. Складно погодитися із таким твердженням на сучасному етапі розвитку державного управління. Ми вже зазначали, що відбувається трансформація розуміння діяльності органу управління, зменшення його характеристики «владності». Проте можна погодитися зі двоединою природою управлінських актів органів виконавчої влади: вони мають відповідні ознаки нормативного акта, проте за юридичною силою є нижчими за законодавчі, конкретнішими, більш спеціалізованими, спрямованими на врегулювання діяльності суб'єктів, які входять до однієї системи – органів публічної адміністрації. Тому їх можна розташувати між нормативними актами та власне адміністративними.

Суб'єктом, якого наділено повноваженнями приймати відповідні адміністративні акти, виступає орган публічної адміністрації. Також, з огляду на розвиток інституту публічної адміністрації у європейських країнах, не виключена можливість у перспективі наділення аналогічними повноваженнями окремих професіоналів – агентів публічної адміністрації. Повноваження та компетенція таких суб'єктів повинні мати чітко окреслені межі з метою забезпечення захисту прав та інтересів фізичних і юридичних осіб, обмежити втручання таких суб'єктів у сферу приватного й особистого життя, чітко регламентувати їх діяльність.

Щодо дискреційних повноважень, то такій характеристиці діяльності органів публічної адміністрації присвячено окрему Рекомендацію № R (80) 2 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо здійснення дискреційних повноважень адміністративними органами від 11 березня 1980 року. Відповідно до положень вищезазначеного акта під дискреційними повноваженнями органу розуміють такі, які надають такому органу певний ступінь свободи у прийнятті рішення, що фактично означає можливість зробити вибір між кількома рішеннями найбільш доцільного⁸.

В українському законодавстві ми також можемо знайти визначення такого явища. «Дискреційні повноваження – сукупність прав та обов'язків органів державної влади та місцевого самоврядування, осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, що надають можливість на власний розсуд визначити повністю або частково вид і зміст управлінського рішення, що приймається, або можливість вибору на власний розсуд одного з декількох варіантів управлінських рішень, передбачених проектом нормативно-правового акта»⁹, що суттєво не відрізняється від запропонованого на рівні Європейського Союзу.

Наділяючи орган публічної адміністрації такими широкими повноваженнями в окремих випадках, необхідно закріпити відповідні гарантії з метою сприяння захисту прав і свобод громадян і юридичних осіб, унеможливлення зловживання чи іншим способом неналежного використання дискреційних повноважень, адже адміністративний орган повинен не лише дотримуватися законів, а й діяти у належний спосіб¹⁰. При виконанні дискреційних повноважень органи публічної адміністрації також повинні дотримуватись цілі (цілей), для яких такі повноваження було надано. У протилежному випадку акти такого органу будуть нікчемними.

Під такою ознакою адміністративного акта, як вчинення під час реалізації публічної влади, необхідно розуміти наступне: по-перше, він є результатом діяльності органу, який згідно із законодавством наділений повноваженнями на вчинення відповідних дій. Тобто, коло суб'єктів, що реалізують функції держави, має бути чітко обмежене. Регламентації також підлягає і компетенція відповідних органів. По-друге, така діяльність є зовнішньою формою діяльності органів публічної адміністрації, тобто полягає у взаємодії таких органів із громадянами та/або юридичними особами. Така ознака надає можливість визначити інших учасників правовідносин, які виникають при прийнятті адміністративного акта – ними виступають фізичні та/або юридичні особи.

Під вимогами до форми прийнято розглядати спосіб прийняття акта (його вираження), вмотивованість прийняття акта та доведення належним чином до відома осіб, на яких він поширює свою дію.

Що ж до конкретних форм вираження адміністративних актів, то традиційними є письмова форма, усна, електронна, а також інші, передбачені законом. Найбільш перспективною є саме електронна форма адміністративних актів з огляду на зручність їх прийняття, доведення до відома, виправлення та найнижчу вартість. Проте навіть при електронній формі мають бути дотримано вимоги щодо реквізитів актів та підпису відповідальних осіб. Таким чином, можемо прирівняти за значенням письмову і електронну форму, оскільки остання, фактично, виступає модифікацією першої.

Відповідність актів процедурним стандартам є проявом вимоги до форми таких актів, а також тісно пов'язана із компетенцією адміністративних актів. Тобто, орган публічної адміністрації, приймаючи певне рішення чи вчиняючи певний захід, повинен чітко дотримуватися вищезазначеної процедури, діючи одночасно в межах своїх повноважень. Такі правила повинні отримувати своє закріплення у вигляді уніфікованих правил діяльності всіх органів публічної адміністрації на рівні спеціального закону чи кодексу. Такий рівень регулювання, знову ж таки, обумовлений специфічним значенням такого акта (створення прав та обов'язків для фізичних та/чи юридичних осіб, порушення таких правил, з огляду на їх суттєвість, може призводити до нікчемності відповідного акта (у випадку виходу за межі компетенції), оскарження або просто до необхідності виправлення).

Відповідно до положень Principles of Good Administration In the Member States of the European Union¹¹ одним із важливих принципів є право особи, яка звертається до уповноваженого органу, отримати адміністративну послугу чи розглянути справу у розумний (достатній), обґрунтований строк. А у розумінні вітчизняного Кодексу адміністративного судочинства України (ст. 3) розумний строк – найкоротший строк розгляду і вирішення адміністративної справи, достатній для надання своєчасного (без не виправданих зволікань) судового захисту порушених прав, свобод та інтересів у публічно-правових відносинах¹².

Існує також диференціація строків залежно від того, який саме вид адміністративної діяльності виконується: чи це прийняття рішення у справі, чи це розгляд скарги, чи це передача справи іншому органу за компетенцією. Запровадження аналогічної градації допоможе збільшити кількість наданих послуг, швидше й оперативніше задовольнити інтереси суспільства, а також виступить ще одним механізмом запобігання корупційним діям. Передбачається обов'язок відповідного органу, його відповідальної особи, у разі неможливості виконання покладених на неї завдань, попередити про такий факт громадянина або юридичну особу, із зазначенням можливого часу виконання або про вжиті заходи, а також пояснити причини неможливості прийняти рішення у встановлений строк та обґрунтувати всі наступні заходи.

У розумінні Рекомендації № R (80) 2 Комітету Міністрів Ради Європи державам членам щодо здійснення дискреційних повноважень адміністративними органами від 11 березня 1980 р.¹³ затягування розгляду справи є проявом свавілля органу. Також варто звернути увагу й на те, що недотримання строків розгляду справи може призводити або до оскарження рішення органу, або до можливості суб'єкта вважати що рішення адміністративним органом прийнятим на його користь (наприклад у випадках дозвільних проваджень).

Таким чином, акт має прийматися у встановлений у законодавстві розумний строк, оскільки спрямований насамперед на реалізацію прав громадян та юридичних осіб.

Адміністративного акт має бути мотивований та обґрунтований. Такі характеристики передбачені в контексті встановлення вимог до адміністративних актів, що стосуються прав та інтересів великого кола осіб. Проте, на нашу думку, обґрунтованість рішення (дії) органу публічної адміністрації має мати місце у будь-якому випадку.

Під мотивованістю можна розуміти як зазначення основних фактичних і правових підстав, існування яких стало передумовою прийняття рішення відповідним органом¹⁴, або чітко роз'яснюватися позиція органу у разі якщо було повністю або частково не враховано інтереси учасника, чи відмовлено у його запереченнях та заявах¹⁵. Звичайно, наведення кожного разу у повному обсязі мотивації відповідного органу публічної адміністрації з посиланням на фактичні підстави індивідуальної адміністративної справи, а також із посиланням на чинне законодавство призводитиме до затягування прийняття рішення, уповільнюватиме роботу відповідних осіб. Тому необхідно передбачити низку винятків: випадків, коли мотивованість відповідного рішення не наводиться. Наприклад, якщо видання відповідного акта є звичайною (постійною) практикою адміністративного органу, здійснюється за прямою вказівкою закону, коли такий акт видається за клопотанням однієї особи і жодним чином не впливає на права інших осіб.

Така ознака адміністративного акта, як його обґрунтованість, має бути однією із умов чинності відповідного акта. Вона тісно пов'язана з вимогами щодо форми адміністративних актів, розглянутих нами вище.

Що ж до такої ознаки, як гарантованість участі осіб при прийнятті рішення, то ми не повинні розуміти таку ознаку занадто широко. Звичайно, якщо процедура розгляду індивідуальної адміністративної справи є достатньо тривалою і потребує вивчення значного обсягу матеріалу, у особи має бути можливість надати пояснення, оскільки саме громадянин або юридична особа, а не уповноважений державою орган, більш обізнаний у змісті відповідної справи і, з метою заощадження часу діяльності уповноважених осіб органу публічної адміністрації, повинен взяти участь при прийнятті рішення, яке у майбутньому впливатиме на його права та обов'язки. Варто зазначити, що участь громадян при прийнятті відповідних рішень має бути їх правом, а не обов'язком. У тому ж випадку, коли адміністративним рішенням буде здійснено втручання у права та обов'язки значної кількості суб'єктів, процедура розгляду справи взагалі має бути організована публічно, з метою забезпечення саме доступності розгляду відповідної справи особам, на яких таке рішення матиме відповідний вплив. Недотримання такої гарантії не має призводити до визнання акта нікчемним, проте створює підстави для оскарження відповідного рішення (дії) органу публічної адміністрації.

Що ж до такої характеристики адміністративного акта, як його оприлюднення у встановленому законом порядку, то потрібно наголосити на особливій важливості такого положення. Саме із моментом належного повідомлення суб'єкта, щодо якого було прийнято індивідуальний адміністративний акт, пов'язують і момент набрання останнім законної сили. Варто виходити із наступного: спосіб повідомлення особи про результати розгляду її адміністративної справи найкраще встановлювати у договірному порядку, враховуючи досягнення науково-технічного прогресу, виходячи із поняття доступності та зручності відповідних засобів зв'язку. Прийняття індивідуальне рішення не обов'язково має доводитись до відома шляхом роз'яснення в особистому порядку змісту відповідного рішення. Достатнім є надсилання поштою (чи іншим, попередньо домовленим способом) відповідного повідомлення. Що ж до адміністративних актів, то тут повідомлення обов'язково має бути здійснене публічно, шляхом опублікування у встановленому в законодавстві джерелі – засобі масової інформації або з використанням засобів телекомунікації. Проте з розвитком інтернет-технологій не потрібно відкидати можливість у майбутньому вирішення вищезокресленого питання шляхом надсилання колективних повідомлень, розміщення відповідної інформації на web-порталах тощо.

Ознака оскаржуваності адміністративного акта (як характеристики реалізації контрольних функцій уповноваженими органами) є однією із гарантій захисту прав та інтересів громадян. Фактично на даний момент існують наступні основні способи оскарження адміністративних актів: внутрішньоадміністративний (шляхом оскарження прийнятого акта, відмови від прийняття до вищестоячого органу чи посадової особи у межах системи органів публічної адміністрації), оскарження відповідних дій до спеціалізованих установ, що не входять до системи судових органів, та власне судове оскарження.

Вище ми звертали увагу на запропоноване у проекті Адміністративно-процедурного кодексу поняття адміністративного акта. Зараз ми можемо проаналізувати його на відповідність окресленим нами ознакам. Таке визначення не охоплює своїм змістом таке багатоаспектне явище, як адміністративний акт. По-перше, не були враховані такі форми прояву адміністративного акта, як власне дія органу публічної адміністрації, що значно звужує сферу застосування відповідних положень законодавства. По-друге, не зазначено про те, що відповідне рішення (заходи) має бути вмотивованим, якщо інше не передбачене законом, створений за гарантованою можливістю у передбачених у законах випадках щодо суб'єктів, щодо яких приймається відповідний індивідуальний адміністративний акт, оприлюднений або доведений до відома таких суб'єктів у порядку, який передбачений у законі чи обумовлений договором сторін, а також такий, що може бути оскаржений у порядку внутрішньоадміністративного оскарження або до суду.

Подальші наукові дослідження мають бути спрямовані саме на визначення змістовних характеристик поняття «адміністративний акт», дослідження його місця серед інших актів законодавства та актів адміністрації.

Отже, за результатами проведених досліджень пропонуємо внести наступні зміни до вітчизняного законодавства:

1) прийняти спеціальний закон «Про адміністративну процедуру», в якому має бути закріплено поняття адміністративного акта, процедура розгляду індивідуальної адміністративної справи та прийняття рішення, а також правила їх виконання й оскарження;

2) визначити поняття «адміністративний акт» як захід або акт адміністративного органу (органу публічної адміністрації), спрямований на реалізацію прав фізичних та/або юридичних осіб, що приймається за результатами розгляду індивідуальної справи у процесі здійснення публічних (а також у порядку реалізації дискреційних) повноважень із взаємодії з фізичними та юридичними особами, вмотивований та обґрунтований належним чином (якщо інше не передбачене законом), прийнятий у розумний строк, відповідно до закріплених у законодавстві процедурних стандартів і вимог до діяльності органів публічної адміністрації, доведений до суб'єктів, на яких поширює свою дію у порядку та формах, передбачених законом або договором сторін, та який може бути оскаржений у порядку внутрішньоадміністративного оскарження або до суду;

3) перелічені істотні ознаки адміністративного акта мають отримати закріплення на законодавчому рівні не лише шляхом переліку при визначенні поняття «адміністративний акт», а й входити до норм, якими буде здійснюватися регулювання процедури розгляду адміністративної справи та прийняття рішення.

¹ Резолюція (77) 31 Комітету міністрів Ради Європи державам членам про захист особи відносно актів адміністративних органів від 28 вересня 1977 р. // Адміністративна процедура та адміністративні послуги. Зарубіжний досвід та пропозиції для України / [автор-упорядник В. П. Тимошук]. – К.: Факт, 2003. – С. 469–479.

² Рекомендація № R (87) 16 Комітету міністрів Ради Європи державам членам щодо адміністративних процедур, які зачіпають велику кількість осіб, від 17 вересня 1987 р. // Адміністративна процедура та адміністративні послуги. Зарубіжний досвід та пропозиції для України / [Автор-упорядник В. П. Тимошук]. – К.: Факт, 2003. – С. 480–493.

³ Управленческие процедуры / Лазарев Б. М. – М., 1988. – 271 с. – С. 33.

⁴ Там само. – С. 33.

⁵ Проект Адміністративно-процедурного кодексу України, реєстраційний номер Верховної Ради 11472 від 03.12.2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=44893

⁶ Галлиган Д., Полянський В. В., Старілов Ю. Н. Административное право: история развития и основные современные концепции / Д. Галлиган, В. В. Полянский, Ю. Н. Стариков. – М., 2002. – 410 с. – С. 33.

⁷ Управленческие процедуры / Лазарев Б. М. – М., 1988. – 271 с. – С. 199.

⁸ Там само. – С. 470.

⁹ Про затвердження Методології проведення антикорупційної експертизи Наказ Міністерства юстиції України від 23.06.2010 № 1380/5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v1380323-10>

¹⁰ Рекомендація № R (80) 2 Комітету міністрів Ради Європи державам членам щодо здійснення дискреційних повноважень адміністративними органами від 11 березня 1980 р. // Адміністративна процедура та адміністративні послуги. Зарубіжний досвід та пропозиції для України / [Автор-упорядник В. П. Тимошук]. – К.: Факт, 2003. – С. 469–479. – С. 470.

¹¹ Principles of Good Administration In the Member States of the European Union, 2005 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.statskontoret.se/upload/Publikationer/2005/200504.pdf>

¹² Кодекс адміністративного судочинства України: за станом на 19 березня 2014 р. / Голос України. – 23.08.2005. – № 158.

¹³ Рекомендація № R (80) 2 Комітету міністрів Ради Європи державам членам щодо здійснення дискреційних повноважень адміністративними органами від 11 березня 1980 р. // Адміністративна процедура та адміністративні послуги. Зарубіжний досвід та пропозиції для України / [Автор-упорядник В. П. Тимошук]. – К.: Факт, 2003. – С. 469–479. – С. 476.

¹⁴ Закон про адміністративну процедуру ФРН; текст станом на 5 травня 2004 р. Адміністративні процедури і адміністративне судочинство : зб. Матеріалів Німецького фонду між нар. Співробітництва. – К., 2006 – С. 34–84.

¹⁵ Загальний закон про адміністративну процедуру Австрії, редакція 1991 р. / [пер. неофіційний] // Адміністративна процедура та адміністративні послуги. Зарубіжний досвід та пропозиції для України / [Автор-упорядник В. П. Тимошук]. – К.: Факт, 2003. – С. 352–388. – С. 372.

Резюме

Яценко Т. В. Актуальні проблеми законодавчого закріплення поняття «адміністративний акт».

У статті наводяться результати дослідження щодо визначення істотних ознак адміністративного акта та можливих шляхів їх закріплення в українському законодавстві, які є результатом узагальнення наявних у науковій літературі поглядів щодо визначення поняття «адміністративного акта», практики закріплення такого поняття у законодавстві країн Європейського Союзу та низки Рекомендацій Комітету Міністрів Ради Європи, що стосуються сфери діяльності органів публічної адміністрації. У статті розмежовуються поняття нормативного, адміністративного та управлінського актів, запропоновано визначення сучасних і принципово важливих напрямів правового регулювання процедури розгляду адміністративних справ органами публічної адміністрації та прийняття індивідуальних рішень. Через аналіз узагальнених ознак адміністративного акта зроблено спробу запропонувати авторське визначення даного поняття.

Ключові слова: адміністративний акт, адміністративне законодавство, ознаки адміністративного акта, адміністративна процедура, адміністративна реформа.

Резюме

Яценко Т. В. Актуальные проблемы законодательного закрепления понятия «административный акт».

В статье приводятся результаты исследования по определению существенных признаков административного акта и возможных путей их закрепления в украинском законодательстве, которые являются результатом обобщения имеющихся в научной литературе взглядов относительно определения понятия «административный акт», практики закрепления такого понятия в законодательстве стран Европейского Союза и ряда Рекомендаций Комитета Министров совета Европы, касающиеся

ся сферы деятельности органов публичной администрации. В статье разграничиваются понятия нормативного, административного и управленческого актов, предложено определение современных и принципиально важных направлений правового регулирования процедуры рассмотрения административных дел органами публичной администрации и принятия индивидуальных решений. Через анализ обобщенных признаков административного акта сделана попытка предложить авторское определение данного понятия.

Ключевые слова: административный акт, административное законодательство, признаки административного акта, административная процедура, административная реформа.

Summary

Yashchenko T. Actual problems of legislative fixation of «administrative act».

This article presents the results of a study devoted to determination of the essential features of an administrative act and their possible fixation in the Ukrainian legislation, based on review and synthesis of available in scientific literature views as to the definition of an administrative act, practice of it's fixing in the law of the European Union member-states and a number of recommendations of the Committee of Ministers of Council of Europe concerning the scope of public administration activity. The article delineated the notions of a normative, administrative and managerial acts, proposed a definition of modern and fundamentally important approaches for development of legal regulation regarding administrative procedures for public administration activity and individual decision – making, based on the analysis of the generalized signs of an administrative act was made an attempt to suggest the author's definition of this concept.

Key words: administrative act, administrative law, features of administrative act, administrative procedures, administrative reform.

Отримано 11.04.2014

О. І. ОСТАПЕНКО

Олексій Іванович Остапенко, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри адміністративного та інформаційного права Научально-наукового Інституту права та психології Національного університету «Львівська політехніка»

**АКТУАЛЬНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ ПРОБЛЕМ ЗАХИСТУ ЗАКОННИХ
ІНТЕРЕСІВ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ У СФЕРІ ВЛАСНОСТІ
ЗАСОБАМИ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА***

Становлення України як соціальної, правової, демократичної держави вимагає формування нових підходів щодо використання засобів адміністративного права з метою захисту правових можливостей громадян.

Проголошений курс держави на зміцнення соціальної спрямованості управлінської діяльності, розширення спектру правових можливостей громадян, на які спрямовується реалізація засобів адміністративно-правового захисту, посилює актуальність теми наукової роботи І. О. Личенко.

Успішна реалізація ефективних перетворень щодо посилення захисту законних інтересів громадян України у сфері власності можлива лише за умови об'єднання зусиль теоретиків і практиків, активізації взаємодії людини, територіальної громади, держави на цьому шляху.

Актуалізація проблеми адміністративно-правового захисту законних інтересів громадян України у сфері власності пов'язана з процесом формування правової основи громадянського суспільства, необхідністю у зв'язку з цим оптимізації адміністративно-правового захисту законних інтересів громадян у сфері власності, визначення основних напрямів та перспектив удосконалення правового регулювання адміністративної відповідальності за посягання на правові можливості особи щодо володіння, користування та розпорядження майном.

З огляду на це, актуальність монографії І. О. Личенко не викликає сумніву. Монографія Личенко Ірини Олександрівни «Захист законних інтересів громадян України у сфері власності: адміністративно-правове дослідження» є одним з перших за останні роки науковим дослідженням проблем захисту законних інтересів громадян України у сфері власності засобами адміністративного права.

Проводячи аналіз основних аспектів адміністративно-правового захисту законних інтересів громадян України у сфері власності, автор здійснила комплексний аналіз основних підходів щодо визначення сутності законних інтересів громадян у сфері власності та дослідження адміністративно-правових засобів даного захисту. Здійснена ґрунтовна характеристика особливостей правового статусу, специфіки функціонування суб'єктів адміністративно-правового захисту законних інтересів громадян у сфері власності. У роботі викладено шляхи оптимізації адміністративно-правового захисту законних інтересів громадян у сфері власності в Україні, визначено основні напрями та перспективи удосконалення правового регулювання адміністративної відповідальності за посягання на правові можливості особи щодо володіння, користування та розпорядження майном.

Автор виконала основне завдання дослідження, яке полягало в тому, щоб вийти за рамки виключно теоретичного аналізу суспільних відносин у сфері адміністративно-правового захисту законних інтересів громадян України у сфері власності, здійснити оцінку існуючих проблем правового регулювання у цій сфері, запропонувати власні шляхи їх подолання.

Автор цілком справедливо зазначає, що законні інтереси громадян у сфері власності тісно пов'язані з суб'єктивним правом щодо володіння, користування та розпорядження майном, існують як його першооснова, розширюють коло можливої поведінки особи з приводу матеріальних благ. Юридичне гарантування законних інтересів громадян у сфері власності здійснюється завдяки закріпленню у нормативно-правових актах певних правових можливостей, зокрема можливості звертатися за захистом до державних органів та органів місцевого самоврядування. Діяльність даних органів пов'язана не лише з усуненням обставин, які

© О. І. Остапенко, 2014

* Рецензія на кн.: Личенко І. О. Захист законних інтересів громадян України у сфері власності: адміністративно-правове дослідження: монографія / І. О. Личенко. – Львів: ЛьвДУВС, 2014. – 416 с.

перешкоджають особі користуватися майновими благами, а й діяльністю щодо збереження вже існуючих можливостей щодо володіння, користування та розпорядження майном та підтримання умов їх реалізації.

Монографія є результатом тривалої творчої роботи, основні положення якої одержані на підставі особистих досліджень і висновків автора. Деякі положення, що раніше аналізувалися в літературі, розглядаються в роботі по-новому, враховуючи сучасний рівень правових знань про адміністративно-правовий захист законних інтересів громадян України у сфері власності.

Доцільно відзначити вміння І. О. Личенко логічно мислити, організовувати дослідницьку роботу, сформованість умінь та навичок роботи з науковою літературою та проведення наукових досліджень, робити висновки з отриманих результатів.

Розмірковуючи над проблемами адміністративно-правового захисту законних інтересів громадян України у сфері власності, І. О. Личенко спиралася на значний бібліографічний апарат, використовувала широкий арсенал сучасних методів дослідження, провела аналіз існуючих наукових позицій щодо теоретичного визначення поняття законних інтересів громадян, адміністративно-правових засобів захисту законних інтересів, узагальнила теоретичні напрацювання щодо визначення особливостей правового статусу, специфіки функціонування суб'єктів даного захисту, необхідності оптимізації адміністративно-правового захисту законних інтересів громадян у сфері власності в Україні, удосконалення правового регулювання адміністративної відповідальності за посягання на правові можливості особи щодо володіння, користування та розпорядження майном тощо.

Робота є довершеним науковим дослідженням, свідчить про самостійність, здатність критично осмислювати наукові позиції і надзвичайну оригінальність мислення автора.

В цілому монографія І. О. Личенко є значним кроком у напрямі дослідження проблем захисту законних інтересів громадян України у сфері власності засобами адміністративного права і може бути відмічена як гідний вклад в сучасну теорію адміністративного права.

Монографія виконана на належному науковому рівні, відповідає змістовним та формальним вимогам та може бути рекомендована для друку.

А. М. КОЛОДІЙ

Анатолій Миколайович Колодій, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України

НАУКОВЕ ПІДҐРУНТЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРОЦЕСУ В УКРАЇНІ*

Стрімкий розвиток суспільних відносин на сучасному етапі державотворення в Україні вимагає об'єктивного наукового підходу до оцінки сутності, стану та напрямів розвитку законності та правопорядку як режимів, що забезпечують будь-якій правовій і демократичній державі ефективний прогресивний розвиток. Як відомо, правопорядок складається на основі роботи складного механізму, а одним із його проявів є правомірне поведінка, як результат виконання конституції та законів шляхом реалізації суб'єктивних прав та юридичних обов'язків. Відповідно Конституція України та система чинного законодавства потребує нового теоретико-методологічного опрацювання в контексті проблем розуміння сутності права взагалі та джерел права зокрема, проведення комплексних теоретичних досліджень сутності, змісту та тенденцій розвитку правової реформи в Україні. Як відомо, важливою передумовою розвитку правової системи є стабільність Конституції та розвиток її положень у чинній системі законодавства. Однак, попри ту увагу, яку приділяють теоретики права та конституціоналісти проблемам конституційності та конституціоналізації, загальне поняття останньої залишається до цього часу дискусійним у юридичній науці, а більшість авторів обмежуються фрагментарними дослідженнями її окремих аспектів. Головний недолік багатьох досліджень проблем конституціоналізації полягає в тому, що даний феномен не розглядається як цілісне правове явище. Відсутність ґрунтовних теоретичних розробок взагалі, негативно позначається на виробленні та впровадженні реалізації чинної конституції України та законодавства України.

У монографії «Теорія і практика конституціоналізації вітчизняного законодавства» наголошується, що сутність конституціоналізації галузевого законодавства проявляється в тому, що конституція закріплює нормативну модель та юридичну конструкцію найважливіших суспільних відносин, тим самим визначає системні, структурні, функціональні та ін. зв'язки між різними галузями права завдяки яким забезпечується гармонізації національного законодавства, стабільність та ефективність їх розвитку, одноманітності практики розгляду та вирішення уповноваженими органами юридичних справ.

Метою даного дослідження є визначення основних засад та особливостей конституціоналізації галузевого законодавства в Україні.

© А. М. Колодій, 2014

* Рецензія на кн.: Теорія і практика конституціоналізації вітчизняного законодавства: Монографія / Наук. ред. академік НАН України Ю. С. Шемшученко; відп. ред. Пархоменко Н. М. – К.: Вид-во «Юридична думка», 2013. – 308 с.

У результаті дослідження авторами здійснено: аналіз теоретичних та практичних аспектів конституціоналізації вітчизняного галузевого законодавства; визначення основних положень окремих галузей законодавства України на предмет їх відповідності Конституції України; аналітичні матеріали щодо сучасного стану відповідності галузевого законодавства Конституції України для органів державної влади, в т. ч. і Конституційного Суду України.

Зроблено висновок про те, що важливим чинником конституціоналізації галузевого законодавства є вплив європейського та міжнародного права, який здійснюється шляхом закріплення в нормах конституції засад європейської інтеграції, формування органами конституційної юстиції ustalеної практики застосування норм права ЄС у національній правовій системі, а також впровадження відповідних засад у галузеве законодавство. Ці процеси потребують: визначення місця правових актів ЄС в ієрархії нормативно-правових актів України; визначення змісту поправок: стосовно можливої участі в ЄС; стосовно порядку внесення змін до Конституції України, що походять від зобов'язань, які випливають із членства або асоціації з ЄС; визначення питання щодо імовірного делегування (часткового обмеження) суверенітету; визначення суб'єктів конституціоналізації, повноваження яких також зазнають трансформації в контексті євроінтеграції: Конституційний Суд України (щодо взаємодії з Судом ЄС та тлумачення нормативно-правових актів України стосовно їх відповідності актам ЄС); Верховна Рада України (щодо врахування у законотворчому процесі необхідності відповідності законів України правовим актам ЄС); Кабінет Міністрів України (щодо урядових процедур з виконання актів ЄС).

Відповідно було виокремлено способи, за допомогою яких здійснюється наближення та приведення у відповідність національного конституційного та галузевого законодавства України до правових стандартів ЄС, зокрема: є адаптація, уніфікація, апроксимація та імплементація.

Основні напрями реформування законодавства мають включати: чіткіше закріплення в ньому пріоритету норм міжнародного права щодо норм національного права; створення механізму дії норм міжнародного права; удосконалення юридичної техніки застосування міжнародно-правових норм з використанням досвіду держав-членів Європейського Союзу у сфері загальної рецепції європейського права та практики його застосування у їх внутрішньому праві. При цьому, слід зазначити, що основними засадами зазначеного процесу мають бути такі: добровільність та самостійність України у визначенні напрямів, етапності, поступовості та глибини врахування міжнародних стандартів та європейських цінностей у національному законодавстві; пріоритетність загальноприйнятих принципів міжнародного права і європейських цінностей щодо національного законодавства; визнання міжнародних правових актів, належним чином ратифікованих, частиною національного законодавства, що дає можливість розширювати межі національного законодавства, збагачувати його за рахунок норм і принципів міжнародного права, які зазначені у міжнародних договорах.

Насамперед, удосконалення потребує Конституція України. Відповідно метою сучасного конституційного процесу є підготовка модернізації країни і суспільства через конституювання відповідних положень в Основному Законі України.

Заслуговує на увагу та має практичне значення, запропоновані авторами аналітичні матеріали, які були надіслані до Конституційної Асамблеї, Комітету з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності Верховної Ради України, Комісії з питань конституційного ладу та порядку прийняття і введення в дію змін до Конституції України Конституційної Асамблеї, Комітету з питань аграрної політики та земельних відносин Верховної Ради України, Комітету з питань соціальної політики та праці Верховної Ради України, Комітету з питань правової політики Верховної Ради України, Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ для використання у правотворчій та правореалізаційній роботі.

Монографія «Теорія і практика конституціоналізації вітчизняного законодавства» виконана на високому теоретичному рівні. Практичне значення одержаних результатів полягає у можливості їх використання як у науково-дослідній діяльності для подальшої загальнотеоретичної розробки проблем конституційності, конституціоналізації правової реформи в Україні, попередження та усунення неточностей, прогалин і колізій у законодавстві України, а також у процесі правозастосування.

Новий партнер КУП НАНУ – Вища школа в Сладковічово (Словаччина)

4 січня 2014 р. ректор Київського університету права НАН України, професор Юрій Бошицький на запрошення словацьких колег з робочим візитом відвідав Вищу школу в м. Сладковічово (Словаччина).

Під час переговорів, в яких брали участь власник Вищої школи Джалал Гасімов, ректор Мірослав Даніс та керівник районної адміністрації Старе Місто м. Кошице, пріматор, магістр Кароль Тілл, були визначені питання нових векторів співробітництва між вузами. Перш за все, це проведення спільних наукових досліджень з різних галузей міжнародного права; створення спільної наукової лабораторії в сфері міжнародного права, права інтелектуальної власності та міжнародних економічних відносин; спільної організації та проведення циклу занять з тематики відносин ЄС–Україна, під назвою Єврошколи; створення на базі Київського університету права НАН України Інформаційного центру ЄС, а також у Вищій школі в м. Сладковічово Інформаційного центру України, з метою надання сприяння науковим дослідженням та викладання в галузі європейської інтеграції; створення на базі Київського університету права НАН України Центру словацької мови і культури, а також у Вищій школі в м. Сладковічово Центру української мови і культури, з метою популяризації мови і культури двох країн, а також зміцнення розвитку міжнародних відносин; спільне створення програми стажування для викладачів двох вузів, а також спільні освітні програми; проведення майстер-класів, лекцій, семінарів викладачами Вищої школи у м. Сладковічово в Київському університеті права та участь у міжнародних конференціях, семінарах, симпозіумах, конгресах, виставках Київського університету права НАН України та Вищої школи у м. Сладковічово, а також спільне видання публікацій.

У результаті переговорів було також підписано Меморандум про співпрацю між Київським університетом права НАН України та Вищою школою в м. Сладковічово (Словаччина), що є новим етапом розвитку співробітництва.

Ректор Юрій Бошицький запросив іноземних колег відвідати Київський університет права НАН України для ознайомлення з діяльністю нашого навчального закладу та початку реалізації питань спільної магістерської програми, дистанційної освіти, організації літніх шкіл, а також інших креативних форм спільної наукової діяльності та інших напрямків співпраці.

Команда КУП НАНУ взяла участь у Міжнародному правничому конкурсі імені Філіпа Джесопа

14–16 лютого 2014 р. відбувся Конкурс з міжнародного права імені Філіпа Джесопа. Для участі у конкурсі від Київського університету права НАН України була створена команда зі студентів у складі: Максим Щелкін, студент групи МП-42; Богдан Парнев, студент групи МП-42; Тамара Кортукова, студентка групи МП-41; Тетяна Бабцова, студентка групи МП-21; Анна Волошина, студентка групи МП-21 та наукового керівника Руслана Володимировича Алямкина.

Конкурс з міжнародного права імені Філіпа Джесопа (The Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition) було започатковано ще у 1959 році в Сполучених Штатах Америки. За півстоліття він став найпрестижнішим юридичним змаганням у світі. Конкурс проводиться International Law Students Association під егідою White&Case – однією з найбільших юридичних фірм світу. Конкурс спрямований на моделювання засідання в Міжнародному Суді ООН, який відбувається англійською мовою.

У конкурсі взяли участь юридичні вищі навчальні заклади України. Конкурс складався з двох етапів: письмового та усного. Письмовий полягав у виконанні завдань на підставі певної справи. Усний етап – участь переможців письмового туру у судових дебатах перед кваліфікованим журі. Дебати проходять у формі модельного судового засідання Міжнародного Суду ООН, в якому команди представляють Держави – Позивача (Applicant) та Відповідача (Respondent).

У даному конкурсі, команда-учасниця Київського університету права, досягла значних успіхів – потрапила у півфінал та до десятки кращих університетів.

Фінал конкурсу відбувся 16 лютого 2014 р. між командами Київського університету міжнародних відносин й Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Переможцем Конкурсу визнано команду Київського університету міжнародних відносин, яка отримала вищий показник у рейтингу за підсумками оцінювання журі у фіналі Конкурсу.

По завершенню було вручено сертифікати за участь та подарункові сертифікати. Студенти висловлюють подяку науковому керівнику, професорсько-викладацькому складу та ректорові університету.

Конкурс наукових робіт ім. В.М. Корецького серед молоді

З 10 жовтня 2013 р. по 21 лютого 2014 р. Київський університет права НАН України за підтримки Союзу юристів України та Міністерства юстиції провів для учнів 11-х класів загальноосвітніх шкіл та гімназій конкурс наукових робіт ім. В.М. Корецького на тему: «Права людини в сучасному світі: погляд молоді». Мета проведення конкурсу – підвищення заінтересованості учнів до юридичної науки та практики, а також заохочення їх до проведення власних досліджень у цій сфері; сприяння розвитку громадянського суспільства через залучення молоді до обговорення найбільш актуальних правових питань.

Відповідно до Положення про проведення конкурсу Київський університет права НАН України завершив I-ий етап конкурсу – прийом та реєстрацію документів та підвів деякі підсумки у зв'язку з цим:

- 1) кількість отриманих робіт становить понад сотню;
- 2) роботи отримані практично з усіх областей України;
- 3) тематика конкурсних робіт стосується широкого спектру правових питань у різних сферах прав людини: права дитини; право людини на шлюб; проблеми реалізації конституційних прав громадян України; конституційна скарга як інструмент захисту прав і свобод людини; сучасні проблеми евтаназії в контексті забезпечення прав людини; торгівля людьми; права неповнолітніх через призму злочинності; проблема гендерної рівності тощо;
- 4) роботи характеризуються актуальністю тем дослідження, науковим підходом, креативністю та оригінальністю викладення матеріалу (використання графічних зображень, графіків та діаграм), містять результати особистих соціологічних досліджень.

За результатами перевірки наукових робіт конкурсна комісія обрала 14 найкращих робіт, автори яких змагалися у фіналі. Роботи представили широку географію нашої держави, а саме Запорізькою, Івано-Франківською, Кіровоградською, Вінницькою, Київською, Донецькою областями.

Членами робочої комісії Київського університету права НАН України були: заступник завідувача кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства КУП НАН України, к.ю.н. Ельвіра Валентинівна Тітко; доцент кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства Університету, к.ю.н. Олена Миколаївна Поліванова; доцент кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В.М. Корецького, к.ю.н. Костянтин Олександрович Савчук.

За підсумками конкурсу комісією було зазначено, що кожна робота носила високий рівень підготовки, кожен учасник вільно володів ораторськими навиками та був гідним опонентом.

Урочиста частина вручення дипломів перших, других, третіх місць та дипломів учасника була відкрита ректором Київського університету права НАН України, заслуженим юристом України, професором *Юрієм Ладиславовичем Бошицьким* та деканом факультету міжнародних відносин, к.ю.н., доцентом *Маріною Олександрівною Дей*.

Результати фіналу:

I місце – *Маргарита Леміш* («Права людей, хворих на ВІЛ/СНІД. Законодавство та його дотримання»), Запорізький ліцей № 34;

I місце – *Ельвіра Мулюкова* («Права людини в сучасному світі погляд молоді»), Іллічавська СШ I-III ступенів Костянтинівського району Донецької області;

II місце – *Михайло Аврутіс* («Найбільшого успіху досягає той, хто володіє кращою інформацією (Б. Дізраелі)»), Токмацька загальноосвітня I-III ступенів школа № 5, Запорізька область;

II місце – *Тетяна Шуляк* («Права людини в сучасному світі: погляд молоді. Гендерна рівність чоловіків та жінок»), «Навчально-виховний комплекс: загальноосвітня школа I-II ступенів-ліцей № 7 Вінницької Міської Ради»;

III місце – *Олександра Скоробогатько* («Права та свободи людини і громадянина в сучасному світі»), Броварська спеціалізована школа I-III ступенів № 5, Київська область;

III місце – *Назар Воробець* («Права дитини в сучасному світі, погляд молоді»), загальноосвітня школа № 22, м. Івано-Франківськ.

Дипломи учасників отримали:

1. *Олександр Гавриленко* («Ювенальна юстиція – крок до справедливості»), Помічянська загальноосвітня школа I-III ступенів № 1 Добровеличківської районної державної адміністрації Кіровоградської області.

2. *Віталія Грабова* («Порушення прав людини в Україні: особистий погляд на проблему»), Комунальний заклад «Гуманітарна гімназія № 1 ім. М. І. Пирогова Вінницької міської ради».

3. *Анна Загородня* («Права людини в сучасному світі: погляд молоді»), середня школа № 120, м. Київ.

4. *Олександр Макаров* («Основи міжнародно-правового захисту прав людини та їх реалізація в різних державах світу»), Боярська ЗОШ I-III ст. № 1, Київська область.

5. *Богдан Корячко* («Еволюція уявлень про права людини в історії людства та сучасність»), НВК «Знам'янська ЗШ I-III ступенів № 2–ліцей», Кіровоградська обл.

Всі учні були нагороджені дипломами учасника конкурсу та подарунками від Київського університету права НАН України.

Адміністрація Київського університету права НАН України висловлює подяку всім учням за участь у конкурсі та їх керівникам за відмінну підготовку.

VII Всеукраїнські Шевченківські читання

28–29 березня в м. Харків на базі Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого студентами, під патронатом керівництва вузу, було організовано та проведено VII Всеукраїнські Шевченківські читання, мета яких – об'єднання суспільства, вшанування пам'яті Т. Г. Шевченка та консолідація творчого потенціалу молоді.

У заході взяли участь студенти Львівського національного університету імені Івана Франка, Київського університету права НАН України, Національного авіаційного університету, Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна, Харківського національного медичного університету, Харківського національного педагогічного університету імені Г. С. Сковороди та Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.

Присутніх привітав доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, проректор із навчальної роботи Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, завідувач кафедри конституційного права України Ю. Г. Барабаш: *«Творчість великого Кобзаря стає дороговказом для нас сьогодні. Шевченківські дні не відзначено в календарі як національні свята, але такими вони є насправді в серці і душі кожного українця. Тарас Шевченко – геніальний поет України, мислитель, пророк її визволення, один з найвищих злетів її духу. Слово правди і любові Т. Шевченко утвердив подвигом свого життя. Нехай у ці березневі дні широко, могутньо, повнокровно звучить Шевченкове слово».*

Весь формат заходу було спрямовано на реалізацію творчого потенціалу – студенти декламували авторські вірші, виконували пісні під акомпанемент гітари, ділились власними есе, короткими новелами визначальними темами яких стали життя і творчість Т. Г. Шевченка, його роль в українській історії та культурі, а також роздуми про сучасні реалії нашої країни та суспільства. Без жодних обмежень кожен учасник мав змогу висловити власну громадянську позицію щодо останніх доленосних подій в Україні.

Усі учасники намагалися всебічно розкрити особистість поета, передати своє власне сприйняття Кобзаря, його творів і громадянської позиції, показати, як український пророк вплинув на формування їх особистості.

Після роботи першого дня читань, усі охочі мали можливість відвідати оглядову автобусну екскурсію Харковом. Програму вів кандидат історичних наук, доцент кафедри конституційного права України С. Ю. Лукаш. Знаковим є те, що серед 1256 пам'ятників Тарасу Шевченку в Україні, у Харкові найкращий. Серед гостей на читаннях була символічна єдність України, адже кожен представляв Південь і Північ, Захід і Схід України на рівних.

Другий день Всеукраїнських Шевченківських читань пройшов у ще більш камерній обстановці. Молодь продовжила радувати своїми власними поетичними доробками, які було написано в період найважливіших днів сучасної історії України. У вільній формі кожен охочий мав можливість висловити репліку, подякувати організаторам. Від душі та щирого серця, без перебільшення, учасниками заходу доведено, що майбутнє України має!

Важливою особливістю єдності країни в уособлені студентів Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого є їх започаткована традиція – щоденно співати гімн України біля пам'ятника Ярославу Мудрому. Всі учасники залюбки долучились до цієї акції.

Дійсно, у період тяжких потрясінь, а особливо, коли тобі доводиться бути дійовою особою на сторінках доленосних історичних подій Батьківщини, то значення таких справжніх українських заходів, за участю молодого покоління – надзвичайно важлива!

Після участі у VII Всеукраїнських Шевченківських читаннях укріплюється патріотичний дух та стверджується національна самосвідомість. За що варто висловити слова щирої подяки організаторам – студентам Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого; ідейному наставнику – С. Ю. Лукашу; керівництву вузу, яке підтримало проведення справді Всеукраїнський патріотичний захід, а також ректору Київського університету права НАН України Ю. Л. Бошицькому, який посприяв участі у ньому.

Представники КУП НАНУ взяли участь у 7-му Київському Безпековому Форумі «Безпека на лінії розриву»

10–11 квітня 2014 р. в Києві проходив 7-ий Київський Безпековий Форум *«Безпека на лінії розриву»* (*“On the Fault Line: to be Secure In – Between”*). Понад 400 міжнародних і українських лідерів, представників політичних, ділових та громадських кіл із понад 20 країн світу обговорили глобальні безпекові тенденції та виклики в сучасних міжнародних відносинах.

Київський університет права представляли завідувач кафедри філософії та соціально-гуманітарних дисциплін, доктор історичних наук, доцент Потехін Олександр Володимирович та помічник декана факультету міжнародних відносин Шумеляк Крістіна.

Серед 40 міжнародних експертів з понад 20 країн світу, які виступили під час Форуму, були: Карл Більдт, Міністр закордонних справ Швеції; Єжи Бузек, Президент Європарламенту (2009–2012), Прем'єр-міністр Польщі (1997–2001); Колінда Грабар-Кітаровіч, Помічник Генерального секретаря НАТО з питань публічної дипломатії, Міністр закордонних справ Хорватії (2008–2011); Томаш Гудечек, Мер Праги, Чеська Республіка; Ламберто Занньєр, Генеральний секретар, ОБСЄ; Гюргі Барамідзе, Віце-спікер Парламенту

Грузії; Богдан Кліх, Міністр оборони Польщі (2007–2011); Девід Креймер, Президент Freedom House, США; Мирослав Лайчак, Заступник Прем'єр-міністра, Міністр закордонних справ, Словацька Республіка; Аркадій Мошес, Директор програм, Європейська програма східного сусідства і Росії, Фінський Інститут міжнародних відносин; Астрід Торс, Верховний комісар з питань національних меншин, ОБСЄ; Франц Теннес, Заступник голови комітету із закордонних справ Бундестагу, Німеччина; Джеймс Шерр, старший науковий співробітник, Chatham House, Великобританія; Тім Юдах, репортер, Economist, Великобританія; Раса Юкнявічене, Міністр оборони Литви (2008–2012), Теван Погосян, Депутат Парламенту Вірменії, член Парламентської Асамблеї НАТО, Вірменія.

Основними питання, які обговорювались під час форуму, стосувались актуальних проблем безпеки, а саме: нові глобальні безпекові стратегії, Кримська криза та встановлення нових глобальних правил, значення міжнародних гарантій, військові блоки та забезпечення безпеки нейтральним країнам, позиція ЄС у глобальній політичній боротьбі, міжнародні механізми захисту прав людини, російський фактор у регіональних конфліктах, роль громадянського суспільства та медіа в державотворенні.

Прем'єр-міністр України Арсеній Яценюк, відкриваючи Форум, наголосив: *«Ми категорично не сприймаємо заклики щодо федералізації України, тим більше, коли такі заклики лунають від Міністерства закордонних справ іноземної держави».*

Виконуючий обов'язки Міністра закордонних справ України Андрій Дешиця, заявив, що бачить майбутнє України в Європейському Союзі, але визнає, що для досягнення цієї мети потрібно виконати багато важкої роботи.

Голова Представництва ЄС в Україні Ян Томбінський в ході 7-го Київського Безпекового Форуму підтвердив готовність Брюсселю надати Києву всесторонню допомогу для стабілізації ситуації в країні.

Народний депутат України, Міністр закордонних справ України (2009–2010), Міністр економічного розвитку і торгівлі України (2012) Петро Порошенко наголосив, що усі питання, пов'язані з конституційними змінами та майбутнім Української держави, повинні вирішуватися виключно українським суспільством, а не іншими сторонами і за межами країни. Відповідаючи на запитання учасника КБФ щодо термінів введення безвізового режиму П. Порошенко заявив, що *«абсолютно реально, якщо ми знайдемо розуміння Європейського Союзу і задекларуємо як головну мету, до кінця 2014 року набути права безвізового подорожування».* За його словами, для цього Україні необхідно негайно прийняти ряд важливих рішень.

Щорічний міжнародний захід «Київський Безпековий Форум», започаткований Фондом Арсенія Яценюка *«Відкрий Україну»* у 2007 році, є платформою для дебатів із найактуальніших питань безпеки в Європі та Чорноморському регіоні. Метою Форуму є посилення співробітництва у сфері безпеки між Європейським Союзом та Чорноморським регіоном, підвищення рівня обізнаності про розвиток безпеки серед ключових гравців, посилення ролі незалежних та неурядових акторів у вирішенні безпекових проблем в Європі.

Захід проводиться за підтримки Фонду Віктора Пінчука, Центру інформації та документації НАТО в Україні та Королівського інституту міжнародних відносин (Великобританія) Chatham House.

Більше інформації про проект можна знайти на сторінці: <http://ksf.openukraine.org/>

У КУП НАНУ відбувся фінал Міжнародного конкурсу студентських робіт на тему: «Удосконалення системи захисту прав людини в Україні та світі»

28 квітня 2014 р. у Київському університеті права НАН України в рамках Днів науки відбувся фінал Міжнародного конкурсу студентських робіт на тему: *«Удосконалення системи захисту прав людини в Україні та світі».*

До конкурсу ретельно готувалися як студенти, так і члени журі. Робота кожного учасника конкурсу отримала відгук та рецензію, а допущені до фінальних очних змагань переможці 2-го етапу конкурсу мали підготувати виступ-презентацію та бути готовими до диспуту. Цей етап був важливим у визначенні переможців, враховувались такі моменти як самостійність, відповідність роботи заявленій темі та повнота її розкриття, логічність побудови виступу, креативність, коректність підготовленого та непідготовленого мовлення, вміння триматись та аргументувати свою думку, вміння чітко викладати стислу інформацію та вести діалог з аудиторією, чітко відповідати на поставлені питання та правильність вимови.

Журі очолила зав.кафедрою іноземних мов КУП НАНУ доц. В. І. Крепель. До складу журі також увійшли: О. М. Поліванова – к.ю.н., доцент кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства КУП НАНУ, Н. Б. Мушак – к.ю.н., доцент кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства КУП НАНУ, І. А. Батіна – старший викладач кафедри іноземних мов КУП НАНУ, В. І. Гетман – старший викладач кафедри іноземних мов КУП НАНУ та О. В. Мельниченко – викладач кафедри іноземних мов КУП НАНУ. Ірина Алімівна Батіна здійснювала модерування заключної частини конкурсу.

До трійки лідерів увійшли студенти 3-го та 4-го курсів КУП НАНУ, серед яких і було визначено переможця. Це студентка 3-го курсу факультету міжнародних відносин КУП НАНУ Інна Сусла, дослідження якої стосувалося надзвичайно цікавої і актуальної теми: *“Legal regulation of Intra – EU mobility rights provided for EU citizens and third-country nationals”*, студент 4-го курсу факультету міжнародних відносин КУП НАНУ Богдан Парнев, який вміло захищав свою роботу на тему: *“Global Human Rights Regime: strengths and weakness”* та студентка 3-го курсу факультету міжнародних відносин КУП НАНУ Катерина Озерова також з акту-

альною темою – “Improvement of EU legal basis concerning the exercise of rights of workers in the context of freedom of movement of workers”.

Всі учасники представили цікаві презентації, виступали достойно, демонструючи не лише хороший рівень володіння англійською мовою, а й прекрасні навички у галузі міжнародного права. Вшент заповнена аудиторія з цікавістю слухала доповіді та брала участь в їх обговоренні, а виступи конкурсантів були настільки переконливими та рівними, що журі не відразу змогло розподілити призові місця, і лише шляхом відкритого голосування призери були визначені наступним чином: перше місце посіла студентка 3-го курсу Інна Сусла, 2-ге та 3-є місце поділили Богдан Парнев та Катерина Озерова відповідно. Всі учасники були нагороджені дипломами та цінними призами. Також і студенти, які найбільш активно долучилися до дискусій, в якості заохочення отримали подарунки.

Члени журі побажали присутнім на Міжнародному конкурсі студентам наснаги у вивченні іноземних мов і міжнародного права, та успіхів у науковій роботі.

I Всеукраїнські змагання з конституційного правосуддя у Львові

На юридичному факультеті Львівського національного університету імені Івана Франка 25 квітня 2014 р. стартував основний етап (дебати) I Всеукраїнських студентських змагань з конституційного правосуддя. Понад 50 команд із 24 вищих навчальних закладів України подали заявку на участь у змаганнях, 36 з них – допущені до відбіркового туру.

Організатори заходу – юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка та ГО «Центр конституційних ініціатив» поставили перед учасниками завдання: підготувати проєкт конституційного подання. Попередні тури змагань засвідчили великий інтерес студентів до проблем конституційної юстиції в Україні та високий рівень знань у цій сфері. На урочистому відкритті основного етапу змагань декан юридичного факультету ЛНУ імені Івана Франка, професор А. М. Бойко привітав учасників команд і побажав їм перемоги, зробив короткий екскурс в історію львівської правничої школи та представив суддів змагань.

Згідно з правилами за результатами перевірки проєктів конституційних подань для участі в основному етапі змагань, їх усній частині – дебатах, відібрано 8 команд, а саме: «Могіляниці» (Національний університет «Києво-Могілянська академія»); «Парадигма» (Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича); «007» (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого); «Ad Astra» (Національний університет «Одеська юридична академія»); «Fatum» (Національний університет «Одеська юридична академія»); «ExProfesso» (Київський національний університет імені Тараса Шевченка); «KUL» (Київський університет права Національної академії наук України); «Memoria» (Львівський національний університет імені Івана Франка).

До команди Київського університету права НАН України увійшли студенти 3 курсу, юридичного факультету: Матат Андрій, Шипіш Галина та Морданинець Сімона. Студенти гідно представили університет на дебатах, адже увійшли до півфіналу змагань.

Співголовами оргкомітету конкурсу виступили декан юридичного факультету ЛНУ імені Івана Франка, доктор юридичних наук, професор А. М. Бойко; доктор права, заслужений юрист України, суддя Конституційного Суду України П. Б. Стецюк.

Журі конкурсу очолив доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, Постійний представник Верховної Ради України у Конституційному Суді України А. О. Селіванов. До складу журі увійшли також інші відомі практики та теоретики конституційного права, зокрема: доктор юридичних наук, суддя Конституційного Суду України І. Д. Сліденко, заслужений юрист України, доцент Л.В. Бориславський, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри конституційного права юридичного факультету ЛНУ імені Івана Франка П.Ф. Гураль.

Усі команди проявили високий рівень знань і навиків у сфері конституційного правосуддя, що відзначили члени журі. Перемогу ж у дебатах здобула команда Київського національного університету імені Тараса Шевченка «Ex Professo». Команда Київського університету права НАН України, по-суті, зайняла III місце гідно справившись із завданням у півфіналі I Всеукраїнських студентських змагань з конституційного правосуддя. Всі учасники отримали відзнаки конкурсу та цінні подарунки. Команда «KUL», яка представляла Київський університет права НАН України, висловлює слова щирої подяки фундатору заходу, Голові ГО «Центру конституційних ініціатив», кандидату юридичних наук, доценту С. В. Різнику, керівництву та студентам юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка за гостинний та теплий прийом, а також ректору КУП НАН України, професору Ю. Л. Бошицькому за підтримку команди у змаганнях.

«Круглий стіл» на тему: «Особливості екуменічного руху в сучасній Україні: стан і перспективи розвитку»

13 травня 2014 р., з нагоди Дня науки, кафедрою філософії і соціально-гуманітарних дисциплін факультету міжнародних відносин КУП НАНУ було проведено «круглий стіл» на тему: «Особливості екуменічного руху в сучасній Україні: стан і перспективи розвитку».

У заході взяли участь кандидат філософських наук, доцент Н. В. Буруковська, асистент кафедри В. П. Лебідь, а також студенти I курсу. Метою даного заходу було ознайомлення студентів в рамках вивчення курсу «Релігієзнавство» з питаннями актуальними для майбутніх юристів, а саме розвиток екуменічного руху, проблема свободи совісті, міжнародно-правове закріплення свободи совісті, правові гарантії свободи совісті та релігії в Україні, взаємодія церкви та держави.

Учасниками «круглого столу» були підготовлені наукові доповіді присвячені таким темам: *«Вплив революції Гідності на розвиток екуменічного руху в Україні»*, *«Особливості стосунків церкви і держави в Україні»*, *«Свобода совісті як одне з невід'ємних свобод людини»*, *«Міжнародне право про свободу совісті»*, *«Особливості конституційних норм України, що регулюють відносини громадян у сфері релігії та культів»*, *«Сутність відокремлення церкви від держави»*.

Під час «круглого столу» також відбулися цікаві дискусії стосовно питань взаємодії християнських церков в Україні, діяльність нетрадиційних релігійних організацій в Україні, а також обговорення законодавчих документів, що регулюють діяльність релігійних організацій в Україні.

РЕДАКЦІЙНІ ПОВІДОМЛЕННЯ

До відома авторів

Просимо вас дотримуватися правил підготовки, комплектації та оформлення рукописів для «Часопису Київського університету права». Авторські рукописи мають бути оформленими відповідно до державних стандартів і відповідати вимогам Постанови ВАК України №7-05/1 від 15.01.2003 р.: «...*приймати до друку... лише наукові статті, які мають такі необхідні елементи: постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями; аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор; виділення невиділених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття; формулювання цілей статті (постановка завдання); виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів; висновки з даного дослідження і перспективи подальших розвідок у даному напрямі*» (Бюлетень ВАК України, № 1, 2003).

1. Редакція приймає до друку статті українською або російською, або англійською мовами.

Файл з текстом наукової статті має містити:

– відомості про автора (ім'я, по батькові повністю, прізвище, вчений ступінь, вчене звання, посада, місце роботи, службовий і мобільний телефони, E-mail);

– розширене УДК статті;

– назва статті, резюме (800–1000 знаків) та ключові слова (5–7 слів або словосполучень) українською, російською та англійською мовами);

– окремим файлом надається розширена (1,5–2 сторінки: шрифт – 14 pt.; інтервал між рядками – 1,5) анотація англійською мовою.

До тексту додаються диск з рукописом (Microsoft Word) та рецензія-рекомендація.

2. Вимоги до оформлення тексту рукопису.

2.1. Папір формату А4; параметри сторінки: верхній і нижній береги – 20 мм, лівий – 30 мм, правий – 15 мм; шрифт Times New Roman – 14 pt.; інтервал між рядками – 1,5.

2.2. Посилання на джерела оформлюються як прикінцеві виноска – індексом (арабськими цифрами).

2.3. Бібліографічні описи джерел мають обов'язково містити прізвище та ініціали авторів, назви їхніх праць, місто та рік видання, видавництво, загальну кількість сторінок тощо.

2.4. Авторські примітки оформлюються наприкінці сторінок з використанням символу * як знаку виноска.

3. Обсяг авторських рукописів. Обсяг статті – до 0,5 обл. вид. арк. (до 20 тис. зн. з пробілами); наукових повідомлень, рецензій тощо – до 0,25 обл. вид. арк.

Рукописи, що не відповідають вимогам, зазначеним у п. 1–3, редакція не реєструє й не розглядає з метою публікації.

Рукописи і рецензії редакція не повертає.

Автори частково оплачують публікацію.

«Часопис Київського університету права» внесено до переліку фахових видань за спеціальністю «Юридичні науки» (постанова Президії ВАК України № 1-05/6 від 12.06.2002 р.; постанова Президії ВАК України № 1-05/3 від 14.04.2010 р.).

Приймання рукописів, квитанції на оплату:

Київський університет права НАН України
вул. Терещенківська, 2. **Тетяна Володимирівна**, тел.: 235-63-24.
E-mail: chasprava@ukr.net

Нагадуємо:

відповідальність за достовірність інформації, що міститься в статтях і повідомленнях часопису, лежить на їхніх авторах; у статтях і повідомленнях часопису висловлені погляди їхніх авторів, які не завжди збігаються з поглядами редакції; листування з читачами тільки на сторінках часопису; рукописи і рецензії авторам не повертаємо.

Редакція часопису