ВІСНИК

КИЇВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА

ISSN 1728-2195

ЮРИДИЧНІ НАУКИ 74-76/2007

Засновано 1958 року

Пропонуються результати наукових досліджень з питань адміністративного, екологічного, цивільного, кримінального, фінансового права. Окремі статті присвячуються питанням теорії держави та права, конституційного, банківського права, нотаріату.

Для науковців, практиків, студентів.

The results of scientific research of administrative, ecological, civil, criminal and financial law questions are proposed to the reader's attention. Some articles are devoted to some questions of state theory and law, constitutional, bank law and notary.

The issue is intended for scientists, practicing lawyers and students.

ВІДПОВІДАЛЬНИЙ РЕДАКТОР	**І.С. Гриценко, канд. іст. наук, доц.**
РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ	**Р.А. Майданик, д-р юрид. наук, проф. (заст. відп. ред.); О.В. Клепікова, канд. юрид. наук, доц. (відп. секр.); Г.І. Балюк, д-р юрид. наук, проф.; О.М. Вінник, д-р юрид. наук, доц.; Н.В. Пришва, д-р юрид. наук, доц.; О.В. Дзера, д-р юрид. наук, проф.; О.О. Шевченко, д-р юрид. наук, проф.; В.О. Глушков, д-р юрид. наук, проф.; І.А. Безклубий, д-р юрид. наук, доц.; Ю.Д. Притика, д-р юрид. наук, доц.; Т.В. Боднар, д-р юрид. наук, проф.; О.В. Зайчук, д-р юрид. наук, проф.; А.Т. Комзюк, д-р юрид. наук, проф.; О.А. Кузнєцова, канд. психол. наук.**
Адреса редколегії	**02017, Київ-17, вул. Володимирська, 60, юридичний факультет ☎ (38044) 239 31 67**
Затверджено	**Вченою радою юридичного факультету 26.11.07 (протокол № 4)**
Атестовано	**Вищою атестаційною комісією України. Постанова Президії ВАК України № 1-05/7 від 09.06.99**
Зареєстровано	**Міністерством інформації України. Свідоцтво про державну реєстрацію КІ № 251 від 31.10.97**
Засновник та видавець	**Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет". Свідоцтво внесено до Державного реєстру ДК № 1103 від 31.10.02**
Адреса видавця	**01601, Київ-601, б-р Т.Шевченка, 14, кімн. 43 ☎ (38044) 239 31 72, 239 32 22; факс 239 31 28**

© Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет", 2007

ЗМІСТ

ВИПУСК 74

Балюк Г.
Проблеми удосконалення юридичної відповідальності за екологічні правопорушення в контексті сталого розвитку України....7

Краснова Ю.
Правове регулювання екологічно небезпечної діяльності на транспорті....10

Гриценко І.
Кодифікація адміністративного права: історія та перспективи....15

Котюк І.
Загальна характеристика тактичних прийомів, заснованих на методах психологічного впливу....17

Тищенко О.
Перспективи запровадження загальнообов'язкової накопичувальної системи пенсійного страхування в Україні....22

Совгиря О.
Історія становлення поняття "парламентська опозиція" у політико-правовій думці....23

Рябоконь Є.
Особливості спадкування підприємства як єдиного майнового комплексу....28

Безсмертна Н.
Власність подружжя: проблеми правового регулювання та практики застосування....32

Малишев Б.
Судова правотворчість у Стародавньому Римі та Середньовічній Англії: порівняльний аналіз....37

Ковтонюк А.
Юридичний позитивізм: історія та сучасність....40

Бондарєва М.
Англосаксонський нотаріат: особливості організації та функціонування....43

Пономаренко Г.
Пожежна безпека як елемент внутрішньої безпеки держави: поняття та система заходів забезпечення....47

Клепікова О.
Загальна характеристика торговельного мореплавства як виду господарської діяльності....50

CONTENTS

ISSUE 74

Balyuk G.
The problems of improving juridical responsibility for violation of the rights in ecology in the context of constant development of Ukraine 7

Krasnova Yu.
The legal rules of ecological dangerous activities on transport sphere 10

Grytsenco I.
Codification of administrative law: history and prospects 15

Kotyuk I.
General reference of tactical technique based on the methods of psychological influence 17

Tyshchenko O.
The prospects of introduction of compulsory pension insurance saving system 22

Sovgyria O.
The history of formation of the conception of "parliamentary opposition" in a political and legal thought 23

Ryabokon E.
The peculiarities of inheritance of an enterprise as the only property complex 28

Bezsmertna N.
The property of a married couple: the problems of legal regulation and practical use 32

Malyshev B.
Court law in Ancient Rome and England of Middle Ages: comparative analysis 37

Kovtonyuk A.
Juridical positivism: history and the present day 40

Bondareva M.
Anglo – Saxon notary system: the peculiarities of organization and functioning 43

Ponomarenko G.
Fire safety as an element of country's internal security: the conception and the system of means of guarantee 47

Klepikova O.
General characterists of trade navigation as a type of economic activities 50

ЗМІСТ

ВИПУСК 75

Притика Ю.
Особливості визначення правового статусу суб'єктів третейського розгляду 55

Безклубий І., Кошиль Ю.
Causa правочину в римському праві 59

Гриценко І.
Від адміністративного припису до індивідуального акта управління:
деякі питання розвитку адміністративно-правової термінології 64

Мяловицька Н.
Проблеми децентралізації державної влади у Франції 66

Кодинець А.
Правова охорона засобів індивідуалізації у дореволюційній Росії 69

Якимчук Н.
Право комунальної власності на кошти місцевих бюджетів 73

Дітріх О.
Поняття та зміст психічного насильства в кримінальному праві України:
проблеми визначення 77

Краснова Ю.
Проблеми систематизації правових норм про компенсацію шкоди
за екологічним законодавством України 80

Павленко М.
Правова характеристика банківського контролю в Україні 86

Пономаренко Г.
Способи підтримання законності управління
у сфері забезпечення внутрішньої безпеки держави 92

Шмигова О.
Поняття та юридичні ознаки права рекреаційного природокористування 95

Ткаченко В.
Класифікація форм співучасті у злочині як кримінально-правова проблема 102

Котенко Т.
Становлення та розвиток місцевого самоврядування
м. Києва (IX–XIX ст.ст.) 103

Клепікова О.
Окремі питання визначення транспортних засобів об'єктами майнових відносин
у сфері господарювання 108

CONTENTS

ISSUE 75

Prytyka Y.
Law status special features definitions of subjects of arbitration 55

Bezklubiy I., Koshyl Y.
Cause of justice in Rome Law 59

Grytsenco I.
From administrative regulation to individual management act:
some questions of law administrative terminology development 64

Myalovytska N.
Decentralization problems of France State power 66

Kodynets A.
Legal protection of individualization means in Russia before revolution 69

Yakymchuk N.
Legal regime of state institution property for money of local budget 73

Ditrikh O.
Concept and content of psychical violence in Ukrainian criminal law:
problems of definition 77

Krasnova M.
The problems of the order of law standards about the compensation
of loss according to ecological legislation 80

Pavlenko M.
Legal reference of bank control in Ukraine 86

Ponomarenko G.
Methods of supporting legality of management in the sphere
of providing internal state security 92

Shmygova O.
Conception and juridical features of recreation of nature using 95

Tkachenko V.
Classification of form complicity in crime as the law – criminal problems 102

Kotenko T.
Formation and development of local self – government institution 103

Klepikova O.
The essentials of means of transports as the objects of property relations in
economic activities 108

ЗМІСТ

ВИПУСК 76

Безклубий І.
Зобов'язання з деліктів у Стародавньому Римі 115

Гриценко І.
Право скарги та його закріплення в адміністративному законодавстві
УРСР у 20-х роках XX століття 118

Отраднова О.
Реалізація принципу справедливості у цивільно-правових зобов'язаннях
із завдання недоговірної шкоди 120

Безсмертна Н.
Виконавчий напис як один із способів захисту суб'єктивних цивільних прав 123

Позняк Е.
Оцінка впливу на довкілля і участь громадськості в ній
у формі громадської екологічної експертизи:
міжнародно-правові та національно-правові аспекти 126

Кодинець А.
Історія становлення та розвитку правової охорони засобів індивідуалізації
учасників цивільного обороту, товарів і послуг 129

Крижанівська Т.
Предмет незаконного виготовлення, підробки, використання
або збуту незаконно виготовлених, одержаних чи підроблених марок акцизного збору,
контрольних марок чи голографічних захисних елементів (ст. 216 КК України) 134

Паламарчук Л.
Використання спеціальних знань при розслідуванні порушень авторського права
щодо незаконного відтворення та розповсюдження комп'ютерних програм 138

Пономаренко Г.
До питання про категорійний апарат державної служби 140

Ткаченко В.
Форма співучасті як кримінально-правове поняття 144

Котенко Т.
Особливості поширення магдебурзького права у слов'янських народів 146

Клепікова О.
Правовий статус учасників процесу морського перевезення вантажів 150

CONTENTS

ISSUE 76

Bezklubiy I.
Commitments from delicts in Ancient Rome 115

Grytsenco I.
The right of complaint and it's fixation in the administrative legislation
of USCR in 20s of XXth century 118

Otradnova O.
Realization of the justice's principle in civil commitments from the task
of the un- contractual damage 120

Bezsmertna N.
An executive inscription as one of the protecting ways of subjective civil rights 123

Poznyak E.
The appraisal of the influence on environment and public's participance
in it like as in form of public ecological examination:
international legal and national – legal aspects 126

Kodynets A.
The history of developing and creation of the legal protection
of means of participants' individualization in civil convert, goods and services 129

Kryzhanivska T.
The subject of illegal manufacture, forgery, usage and wholesaling of excise –
mark collection, control marks or golographical protecting elements (art.216 CC of Ukraine) 134

Palamarchyk L.
The usage of the specific knowledge attached to the investigation of author's right's injury,
attached to the illegal copies and dissemination of computer programs 138

Ponomarenko G.
According to the question about the category apparatus of the state service 140

Tkachenko V.
The form of complicity as a criminal – right conception 144

Kotenko T.
The peculiarity of widespread of the Magdeburg's law in slovanian nationalities 146

Klepikova O.
Legal status of members of shipping load process 150

Г. Балюк, д-р юрид. наук

ПРОБЛЕМИ УДОСКОНАЛЕННЯ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЕКОЛОГІЧНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ В КОНТЕКСТІ СТАЛОГО РОЗВИТКУ УКРАЇНИ

Розглядаються проблеми юридичної відповідальності, зокрема еколого-правової за екологічні правопорушення та вносяться пропозиції щодо її удосконалення в контексті сталого розвитку України.

The author of the article considers the problems of legal liability, namely ecological one for ecological violations and makes proposals as to its improvement in the terms of a stables development of Ukraine.

Позитивні зміни, які відбулися і продовжують відбуватися в світі, пов'язані з демократизацією світового співтовариства та деідеологізацією міждержавних і міжнародних відносин, поява можливості нових підходів до вирішення гуманітарних питань і проблем, пов'язаних із збереженням середовища перебування людини, дозволили відмовитися від конфронтації і розпочати взаємовигідне співробітництво з питань захисту навколишнього природного середовища та здоров'я людей в умовах технічної, технологічної та біотехнологічної революцій.

Зокрема, в 1992 р. в Ріо-де-Женейро, Бразилія відбулась одна з найбільш представницьких зустрічей світових лідерів по проблемах охорони довкілля. У зустрічі брали участь 179 держав світу. На зазначеному форумі було прийнято документ на 700 сторінках, який охоплював на той час всі аспекти сталого розвитку і, який отримав назву "Порядок денний на XXI століття".

У преамбулі до "Порядку денного на XXI століття", схваленого на конференції в Ріо-де-Женейро, наголошується, що "людство переживає вирішальний момент своєї історії. Світ зіткнувся з проблемою посилення злиднів, голоду, хвороб, неграмотності і тривалої деградації екологічних систем, від яких залежить наш добробут. Нерівність між багатими і бідними зберігається і єдиний спосіб забезпечити екологічне майбутнє – це розв'язання проблем довкілля та екологічного розвитку у комплексі й узгодженим чином... Жодна країна не може досягти такого майбуття поодинці, але ми можемо його осягнути спільними зусиллями в рамках всесвітньої співпраці з метою сталого розвитку".

Базуючись на основних ідеях і принципах, які задекларовані на конференції ООН з питань навколишнього середовища і розвитку (Ріо-де-Женейро, 1992), Україна вважає для себе одним із найважливіших завдань перехід до сталого розвитку, при якому забезпечується збалансоване вирішення соціально-економічних проблем, збереження сприятливого стану довкілля і природно-ресурсного потенціалу з метою задоволення життєвих потреб нинішнього і майбутнього поколінь. При цьому сталий розвиток розглядається як процес гармонізації продуктивних сил, забезпечення задоволення потреб всіх членів суспільства за умови збереження й поетапного відтворення цілісності природного середовища, створення можливості для рівноваги між його потенціалом і вимогами людей усіх поколінь. Основою сталого розвитку є паритетність відносин у тріаді "людина-господарська діяльність-природа", що забезпечує перехід до такого способу взаємодії природи і суспільства, який характеризується як епоха ноосфери.

Концепція сталого розвитку України базується на таких основних принципах, як:

- забезпечення гармонізації співіснування людини і природи;
- невід'ємності захисту навколишнього середовища у процесі розвитку суспільства;
- відповідальності держави за погіршення стану навколишнього середовища;
- нарощування національного потенціалу країни для забезпечення сталого розвитку;
- здійснення заходів щодо екологізації господарської діяльності, усунення причин забруднення, а не їх наслідків;
- проведення оцінки екологічних наслідків усіх видів діяльності, які можуть негативно вплинути на навколишнє природне середовище.

Основне завдання сталого розвитку України полягає у забезпеченні динамічного соціально-економічного зростання, збереженні навколишнього природного середовища і раціональному використанні природно-ресурсного потенціалу з метою задоволення потреб нинішнього і майбутнього поколінь [4].

Важлива роль у вирішенні вищезазначених завдань належить такому правовому інституту як юридична відповідальність. Традиційно українська наука приділяє досить значиму увагу питанням юридичної відповідальності.

Можна говорити, що інститут юридичної відповідальності в Україні на сьогодні є досить розвиненим. У ряді випадків спостерігаються новації, цікаві рішення. Законодавець використовує різноманітні прийоми юридичної техніки, передбачено широкий набір різноманітних за своєю природою санкцій. В законодавстві також детально регулюються питання дисциплінарної, адміністративної, цивільно-правової, кримінальної відповідальності. Правоохоронні та природоохоронні органи також розробляють і втілюють рекомендації, які стосуються реалізації норм щодо відповідальності.

Отже, можна впевнено стверджувати те, що в умовах формування сучасної правової держави в Україні юридичній відповідальності належить провідне місце серед інших видів соціальної відповідальності: політичної, моральної, релігійної тощо. Така ситуація пояснюється тим, що застосування заходів юридичного впливу за правопорушення найефективніше забезпечує захист прав і свобод людини і громадянина, захищає їх від свавілля держави, посадових осіб, кримінальних структур. Про це свідчить історія розвитку нашої держави. Зокрема, за радянських часів повністю ігнорувалася релігійна відповідальність, принижувалась юридична відповідальність і гіпертрофовано застосовувалась моральна відповідальність. В умовах приниження ролі юридичної відповідальності правилом стала ситуація, коли допускалася невмотивованість дій і прийняття рішень з боку держави [7]. Оскільки на сьогодні тенденції в цій сфері явно позитивно змінюється, на нашу думку, юридична відповідальність за правопорушення, зокрема екологічні правопорушення повинна стати важливим засобом впливу до правопорушників, зайнявши належне місце серед інших видів соціальної відповідальності.

Ефективність застосування юридичної відповідальності за екологічні правопорушення залежить від багатьох факторів: від рівня правосвідомості, стану екологічного виховання, рівня правової зокрема, еколого-правової культури, упорядкованості законодавства в цій сфері, а також від стану вивчення умов і причин екологічних правопорушень та ряду інших обставин. На превеликий жаль, ці питання залишаються поки що поза увагою учених галузі екологічного права України. При цьому не можна не згадати, що теоретичні основи юри-

© Балюк Г., 2007

дичної відповідальності в загальній теорії права були предметом дослідження в наукових працях ряду видатних як вітчизняних так і зарубіжних учених. Серед них в першу чергу слід назвати роботи С.С. Алєксєєва, О.Е. Лейста, Є.В. Назаренко, М.І. Козюбри, В.П. Сальникова, М.І. Матузова, О.В. Малько та інших. Крім того, теорія юридичної відповідальності за екологічні правопорушення досліджувалась в роботах В.І. Андрейцева, О.І. Бобильова, С.О. Боголюбова, М.М. Брінчука, О.Л. Дубовик, О.С. Колбасова, В.Л. Мунтяна, Б.Г. Розовського, Ю.С. Шемчушенко та інших.

Однак, слід визнати, що в сучасних умовах все ж таки відсутнє як теоретичне обґрунтування концепції юридичної відповідальності за екологічні правопорушення, як одного з найважливіших інститутів екологічного права України, так і всебічне дослідження цього правового явища, його теоретичний аналіз і напрацювання науково-обґрунтованих рекомендацій по застосуванню різноманітних несприятливих наслідків до екологічних правопорушників.

Справедливо буде водночас зазначити, що в останнє десятиріччя дослідження теоретичних проблем юридичної відповідальності за екологічні правопорушення набуло певного відображення в науці екологічного права України. Проте цілий ряд зазначених проблем до цього часу залишаються недослідженими, або ж досліджені фрагментарно і є об'єктом постійних дискусій. Зокрема, визнаючи сукупність правових норм, які встановлюють юридичну відповідальність за екологічні правопорушення, самостійним правовим інститутом екологічного права, багато учених не виділяють еколого-правову відповідальність в самостійний вид юридичної відповідальності. Зважаючи на цю обставину, на нашу думку, дослідження екологічної відповідальності, як правового інституту екологічного права, могло б сприяти визначенню сутності екологічного права як галузі в системі права України, а також додатковому обґрунтуванню її самостійності.

Досить суттєвими обставинами, які диктують необхідність всебічного і глибокого аналізу юридичної відповідальності за екологічні правопорушення, є кардинальні зміни, які відбулися в законодавстві України, або інакше – перегляд цього законодавства. Зазначимо, що лише за останні п'ять років, прийнято такі нові кодифіковані законодавчі акти, як Кримінальний кодекс України, Цивільний кодекс України, Цивільний процесуальний кодекс України, Кодекс адміністративного судочинства України та ряд інших, в яких йдеться про юридичну відповідальність за екологічні правопорушення та порядок її застосування. Можна стверджувати, що їх прийняття викликане об'єктивними соціально-економічними та політичними умовами, що сталися і продовжують формуватися в Україні. При цьому звертає на себе увагу і той беззаперечний факт, що їх прийняття продиктоване і численними порушеннями права власності на природні об'єкти (ресурси), нераціональним використанням природних ресурсів, посиленням забруднення навколишнього середовища і порушенням конституційного права громадян на безпечне для життя та здоров'я довкілля (ст. 50 Конституції України). Між тим, ст. 66 Конституції України закріплює обов'язок кожного не заподіювати шкоди природі. Вищезазначені закони саме і уточнюють склади екологічних правопорушень, за які настає той чи інший вид юридичної відповідальності. А такі правові акти, як ЦПК України, КПК України, Кодекс про адміністративне судочинство України, Господарсько-процесуальний кодекс України визначають процесуальний порядок притягнення винних до відповідного виду юридичної відповідальності. Все це, на нашу думку, вимагає наукового узагальнення, аналізу практики застосування нового законодавства щодо юридичної відповідальності за екологічні правопорушення в сучасних умовах державотворення в Україні.

Звертаємо увагу на те, що юридична відповідальність за екологічні правопорушення характеризується наявністю спеціальних еколого-правових заходів впливу до правопорушників екологічних вимог. Зважаючи на це в науковій літературі існує декілька поглядів щодо взаємодії юридичної відповідальності за екологічні правопорушення з еколого-правовою відповідальністю за екологічні правопорушення. Так, в період становлення екологічного права як самостійної галузі права провідні учені в цій сфері визнавали і правовий інститут юридичної відповідальності за екологічні правопорушення, який лише по-різному іменувався, і наявність еколого-правової відповідальності за екологічні правопорушення. Зокрема, Петров В.В. вважав, що еколого-правова відповідальність – це комплексний міжгалузевий інститут екологічного права, оскільки він охоплює норми різноманітних галузей права, якому притаманна внутрішня єдність [4]. На аналогічних позиціях щодо місця екологічної відповідальності в системі юридичної відповідальності стояли і інші вчені природоресурсового, екологічного і навіть аграрного права [5].

Друга група учених розглядала еколого-правову відповідальність в вузькому розумінні, як таку, що існує поряд з адміністративною, кримінальною, цивільною, дисциплінарною, матеріальною відповідальністю за екологічні правопорушення. Така класифікація основних видів юридичної відповідальності проводилася лише за галузевими санкціями. Еколого-правова відповідальність наступала в зв'язку з застосуванням спеціальних еколого-правових заходів відповідальності, які більшою мірою передбачались в самому екологічному законодавстві. При цьому еколого-правова відповідальність також визнавалась правовим інститутом, який представляє собою сукупність юридичних норм, що закріплюють види, засоби і порядок застосування державою і її органами примусових засобів [2].

Третя група учених стоїть на позиції існування традиційних видів юридичної відповідальності в галузі охорони довкілля, раціонального природокористування та забезпечення екобезпеки і не виділяє еколого-правову відповідальність. В одних випадках така позиція не аргументується, [1] а в інших обґрунтовується відсутністю самостійної галузі екологічного права, але при цьому авторами пропонується підручник з цієї дисципліни [6].

На нашу думку, на сьогодні немає підстав заперечувати факт існування самостійного виду юридичної відповідальності за екологічні правопорушення, який включає в себе наступні види: конституційну, адміністративну, кримінальну, цивільну, дисциплінарну, матеріальну, еколого-правову. Сукупність правових норм, що регулюють юридичну відповідальність за екологічні правопорушення, становлять правовий інститут екологічного права. При цьому під еколого-правовою відповідальністю слід розуміти обов'язок осіб зазнавати несприятливі наслідки еколого-правового характеру у випадку порушення ними вимог екологічного законодавства, які передбачені в санкціях правових норм, що застосовуються в визначеному процедурному порядку. Цьому виду юридичної відповідальності за екологічні правопорушення притаманні певні особливості і свої ознаки: 1) еколого-правова відповідальність – це самостійний вид юридичної відповідальності за екологічні правопорушення; 2) еколого-правова відповідальність це обовязок правопорушника зазнавати несприятливих для нього наслідків; 3) несприятливі для правопоруш-

ника наслідки носять еколого-правовий характер, тобто виражаються в позбавленні права спеціального природокористування та інше; 4) несприятливі наслідки встановлюються в санкціях правових норм, які містяться, як правило, в екологічному законодавстві; 5) еколого-правова відповідальність покладається в певному процедурному порядку, спеціально уповноваженими органами в сфері охорони навколишнього природного середовища, природокористування та забезпечення екологічної безпеки.

Крім того, еколого-правовій відповідальності притаманна певна специфіка, яка проявляється в наступному:

- всі екологічні правопорушення вчиняються в сфері навколишнього середовища;
- об'єктом посягання є компонент навколишнього середовища, який тісно з ним пов'язаний;
- екологічне правопорушення, як правило, двооб'єктне: навколишнє середовище і здоров'я людини.

Усунення причин і умов, що сприяють екологічним правопорушенням, на нашу думку – головна ціль юридичної відповідальності, вирішення якої повинно здійснюватися шляхом реалізації системного підходу.

Вище викладене дозволяє автору статті привернути увагу представників юридичної науки, перш за все науки екологічного права, на необхідність вирішення в сучасних умовах державотворення в Україні наступних завдань: розкриття змісту поняття "юридична відповідальність за екологічні правопорушення" і його особливостей; розробка системи принципів юридичної відповідальності за екологічні правопорушення і виявлення їх змісту; формування поняття, виявлення сутності, аналізу складу і ознак екологічного правопорушення, за яке настає юридична відповідальність; здійснення класифікації екологічних правопорушень, за які настає юридична відповідальність; аналіз системи органів, які застосовують заходи юридичної відповідальності за екологічні правопорушення; аналіз основних санкцій юридичної відповідальності за екологічні правопорушення; виявлення процесуальних особливостей застосування заходів юридичної відповідальності за екологічні правопорушення; виявлення особливостей застосування юридичної відповідальності в екологічній сфері в умовах переходу України до усталеного розвитку і ринкової економіки; оцінка стану національного законодавства в сфері охорони довкілля, виявлення недоліків і прогалин в правовому регулюванні; підготовка наукових рекомендацій щодо підвищення ефективності правового регулювання, що стосується юридичної відповідальності в сфері охорони довкілля, природокористування та забезпечення екологічної безпеки.

1. *Боголюбов С.А.* Экологическое право России: – М.: Норма, 1998. – С. 208–235. 2. *Ерофеев Б.В.* Экологическое право: Учебник для вузов. – М: Высшая школа, 1999. – С. 162–163. 3. *Назарук М.М.* Основи екології та соціології. – Львів: "Афіша", 1999. – С. 236–238. 4. *Петров В.В.* Экологическое право России. – М.: БЕК, 1996. – С. 271. 5. *Разгельдеев Н.Т.* Ответственность по советскому природоохранительному праву. – Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1986; Аграрное право: Учебник для вузов / Под ред. Г.Е. Быстрова, М.И. Козыря. – М.: Юрист. 1998. – С. 400–408. 6. Экологическое право России: Учебник / Под ред. В.Д. Ермакова, А.А. Сухарева. – М., 1997. – С. 407. 7. Юридическая ответственность за экологические правонарушения: Монография / Под ред. А.И. Бобылева, Н.А. Духно. – М.: Юрид. институт МИИТа, 2001. – С. 3.

Надійшла до редколегії 21.06.06

Ю. Краснова, асп.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЕКОЛОГІЧНО НЕБЕЗПЕЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ НА ТРАНСПОРТІ

Розглядаються проблеми правового регулювання екологічно небезпечної діяльності на транспорті за законодавством України

The problems of Ukrainian legal rules about the ecological dangerous activities on transport sphere are reviewed

Сучасний стан розвитку екологічних правовідносин відзначається значним поглибленням та розширенням правових зв'язків суб'єктів, у діяльності яких використовуються різні види екологічно небезпечних джерел, що характеризуються підвищеним екологічним ризиком. Це зумовлює необхідність розкриття специфіки тієї чи іншої так званої екологічно небезпечної діяльності, що на ньому базується, розроблення системи протидій екологічній небезпеці, що ними створюється та до аналізу державно-правового механізму гарантування екологічної безпеки у відповідній сфері.

Екологічне законодавство та його складова система нормативно-правового регулювання в галузі екологічної безпеки не надає визначення поняття екологічно небезпечної діяльності, хоча і містить значну кількість нормативних актів, які регламентують процеси здійснення такої діяльності. Це створює необхідність гармонізації окремих положень екологічного законодавства із міжнародними, європейськими принципами, еколого-правовими вимогами і нормами.

Міжнародне законодавство та законодавство Європейського Союзу пов'язує екологічно небезпечну діяльність з поводженням з небезпечними речовинами або їх сумішами. Так, відповідно до Конвенції ООН про транскордонний вплив промислових аварій від 17 березня 1992 року [5] небезпечна діяльність визначається як будь-яка діяльність, у процесі якої одна чи більше небезпечних речовин наявні або можуть бути в рівних кількостях чи перевищують граничні кількості, визначені цією конвенцією і здатні призвести внаслідок аварії до транскордонного впливу.

Науковці екологічного права часто торкаються питань ефективності правового регулювання здійснення окремих видів екологічно небезпечної діяльності. Окремі питання в цій сфері досліджувалися Андрейцевим В.І., Балюк Г.І., Барбашовою Н.В., Бондарем Л.О., Ковальчук Т.Г., Малишевою Н.Р., Фроловим М.О., іншими вітчизняними та зарубіжними вченими.

Представники школи екологічно права Київського національного університету імені Тараса Шевченка пішли шляхом, запропонованим зазначеною вище Конвенцією. Так, В.І. Андрейцев правильно вважає, що "наявність небезпечних речовин у суб'єктів господарювання в визначених нормативно-правовим порядком дозах на рівні порогових мас, або таких, що їх перевищують, є юридичною підставою вважати зазначену діяльність екологічно небезпечною, що має високу вірогідність настання екологічного ризику для необмеженого кола осіб, які попадають у сферу їх небезпечної дії на стан довкілля…" [1, С. 52–60].

На відміну від названої позиції Л.О. Бондар пропонує розглядати екологічно небезпечну діяльність як одну або більше дій у певній царині, які справляють або можуть справити негативний вплив на довкілля, внаслідок чинників екологічного ризику, що такі дії супроводжують. В той-же час, на його думку, екологічно небезпечна діяльність може бути небезпечною не лише через використання небезпечних речовин чи їх сумішей,

© Краснова Ю., 2007

але й внаслідок використання небезпечних живих організмів, внаслідок небезпеки самої діяльності людини через втручання в природні перебіги або винищення живих організмів, застосування небезпечних пристроїв і агрегатів [2, С. 12, 36].

Отже, тим чи іншим чином, але позиція кожного із представлених науковцями підходів пов'язана з визначенням екологічно небезпечної діяльності через наявність у процесі її здійснення небезпечних речовин або їх сумішей та через суспільне використання їх небезпечних хімічних, біологічних та фізичних факторів впливу на навколишнє середовище.

Відповідно до такого підходу, значне місце в системі видів екологічно небезпечної діяльності посідає транспорт. Національне законодавство визначає транспорт як сукупність механічних засобів перевезень, виробничо-технологічного комплексу, організацій і підприємств, призначених для забезпечення потреб суспільного виробництва і населення країни в перевезеннях у внутрішньому та міжнародному сполученнях і надання інших транспортних послуг усім споживачам, які здійснюються на автомобільному, залізничному, повітряному, морському, річковому, міському електротранспорті та трубопровідному транспорті [12].

Закон України "Про охорону навколишнього природного середовища" від 25 червня 1991 року встановлює вимоги екологічної безпеки транспортних та інших пересувних засобів і установок, які повинні виконуватися підприємствами, установами, організаціями, що здійснюють: 1) проектування; 2) виробництво; 3) експлуатацію, 4) обслуговування автомобілів, літаків, суден, інших пересувних засобів, установок і 5) виробництво і постачання пального. У межах виконання таких обов'язків суб'єкти, що здійснюють діяльність на транспорті зобов'язані: по-перше, розробляти і здійснювати комплекс заходів щодо зниження токсичності та знешкодження шкідливих речовин, що містяться у викидах та скидах транспортних засобів; по-друге, переходити на менш токсичні види енергії й пального; по-третє, додержуватися режиму експлуатації транспортних засобів; по-четверте, здійснювати інші заходи, спрямовані на запобігання і зменшення викидів та скидів у навколишнє природне середовище забруднюючих речовин; по-п'яте, додержуватися встановлених рівнів фізичних впливів (ч.1 ст. 56 цього Закону). Водночас, керівники транспортних організацій та власники транспортних засобів несуть відповідальність за додержання нормативів гранично допустимих викидів та скидів забруднюючих речовин і гранично допустимих рівнів фізичних впливів на навколишнє природне середовище, встановлених для відповідного типу транспорту (ст. 33 Закону) [9].

Законом України "Про охорону атмосферного повітря" від 16 жовтня 1992 року (в редакції закону від 21 червня 2001 р.) встановлені вимоги щодо нормативів вмісту забруднюючих речовин у відпрацьованих газах та впливу фізичних факторів пересувних джерел; визначені спеціальні заходи щодо відвернення і зменшення забруднення атмосферного повітря викидами транспортних та інших пересувних засобів і установок та впливу їх фізичних факторів, зокрема, переведення транспортних та інших пересувних засобів і установок на менш токсичні види палива; раціональне планування та забудова населених пунктів з дотриманням нормативно визначеної відстані до транспортних шляхів (встановлення санітарно-захисних зон); поліпшення стану утримання транспортних шляхів і вуличного покриття і т. ін. [10].

Закон України "Про транспорт" також встановлює єдині для всіх типів транспорту вимоги щодо охорони навколишнього природного середовища від шкідливого впливу транспорту при використанні земель спеціальної категорії та лісових смуг навколо магістральних доріг, безпеки при перевезенні вантажів, організації роботи транспорту у надзвичайних умовах тощо. Більш детально дані положення розкриваються в Законах України "Про трубопровідний транспорт" від 15 травня 1996 року [15]; "Про залізничний транспорт" від 4 липня 1996 року [16]; "Про автомобільний транспорт" від 5 квітня 2001 року (в редакції Закону від 23 лютого 2006 року) [19]; Повітряним кодексом України від 4 травня 1993 року [11] та Кодексом торгівельного мореплавства України від 9 грудня 1994 року [7].

Природоресурсним законодавством України вимагається встановлення санітарно-захисних зон навколо земель транспорту, встановлення спеціальних екологічних вимог до охорони водних ресурсів, які можуть використовуватися для потреб річкового та морського транспорту, засобів захисту атмосферного повітря від впливу на нього пересувних джерел. Так, Земельним кодексом України від 25 жовтня 2001 року визначається спеціальна категорія земель для цих потреб, особливостями режиму якої є встановлення зон зі специфічними умовами її використання з метою зменшення негативного впливу транспорту на інші категорії земель (глава 13, ст. 67 – 74 Кодексу) [4]. Крім того, рядом статтей даного Кодексу встановлені вимоги щодо охорони земель від забруднення небезпечними речовинами (ст. 167 Кодексу), здійснення стандартизації і нормування в галузі охорони земель та відтворення родючості забруднених ґрунтів (ст. 165 Кодексу) тощо.

Водний кодекс України від 6 червня 1995 року встановлює єдині для всіх типів морського і річкового транспорту вимоги щодо користування водними об'єктами для потреб водного транспорту (ст. 67 Кодексу); з метою охорони поверхневих водних об'єктів від забруднення і засмічення та збереження водності вздовж річок, морів і навколо озер, водосховищ та інших водойм в межах водоохоронних зон, що складають землі водного фонду, виділяються земельні ділянки під прибережні захисні смуги тощо (ст. 88 – 90 Кодексу) [3].

Однак, постановою Кабінету Міністрів України від 27 липня 1995 року № 554 "Про затвердження Переліку видів діяльності та об'єктів, що становлять підвищену екологічну небезпеку", до таких видів діяльності та об'єктів в транспортній галузі віднесено лише машинобудування, автозаправні станції (п.4 постанови); будівництво аеропортів, залізничних вузлів і вокзалів, автовокзалів, річкових і морських портів, залізничних і автомобільних магістралей, метрополітенів (п. 16 постанови).

Постанова Верховної Ради України "Про Основні напрями державної політики України у галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки" від 5 березня 1998 року № 188 [20], в свою чергу, визнає транспортну галузь лише як джерело хімічного забруднення довкілля, зокрема, до якої відносить: рухомі засоби (автомобілі, тепловози, морські та річкові судна), що використовують як пальне різні види нафтопродуктів, а також стаціонарні об'єкти матеріально-технічного забезпечення (склади пально-мастильних матеріалів, зливні води після миття автомобілів та їх агрегатів, пари різних шкідливих речовин, кислот, матеріалів, які використовуються в технологічних процесах ремонту автомобілів і т.і., залишаючи поза увагою фізичні впливи.

В межах даного питання без належної уваги вище зазначених нормативних актів залишився такий вид екологічно небезпечної діяльності в транспортній галузі як здійснення перевезень транспортними засобами

небезпечних вантажів, які згідно із Законом України "Про перевезення небезпечних вантажів" від 6 квітня 2000 року [17], являють собою речовини, матеріали, вироби, відходи виробничої та іншої діяльності, які внаслідок притаманних їх властивостей за наявності певних факторів можуть під час перевезення спричинити вибух, пожежу, пошкодження технічних засобів, пристроїв, споруд та інших об'єктів, заподіяти матеріальні збитки та шкоду довкіллю, а також призвести до загибелі, травмування, отруєння людей, тварин і які за міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, або за результатами випробувань в установленому порядку залежно від ступеня їх впливу на довкілля або людину віднесено до одного з класів небезпечних речовин.

Стаття 19 даного Закону встановлює вимоги до транспортних засобів, якими перевозяться небезпечні вантажі. Відповідно до цих умов, транспортні засоби повинні відповідати вимогам державних стандартів, безпеки, охорони праці та екології, а також у встановлених законодавством випадках мати відповідне маркування і свідоцтво про допущення до перевезення небезпечних вантажів [17].

З огляду на видове різноманіття транспорту (залізничний, автомобільний, повітряний, водний, трубопровідний тощо) та присутності на ньому екологічного ризику, екологічно небезпечна діяльність в транспортній галузі вважається обмеженою сферою господарювання, що проявляється у встановленні спеціальних правил поведінки та заходів щодо її здійснення.

Екологічно небезпечна діяльність в транспортній галузі є спеціальною сферою правового регулювання, на яку розповсюджується система міжгалузевих нормативно-правових актів, що встановлюють засоби забезпечення екологічних вимог. До цих засобів можна віднести такі:

• **нормування та стандартизація в галузі забезпечення екологічної безпеки на транспорті.** Відповідно до ст. 31 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" від 25 червня 1991 року, метою екологічної стандартизації та екологічного нормування визначено встановлення комплексу обов'язкових норм, правил, вимог щодо охорони навколишнього природного середовища, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки. Таке ж положення міститься у статті 4 Закону України "Про охорону атмосферного повітря" від 16 жовтня 1992 року (в редакції Закону від 21 червня 2001 р.), згідно з якою екологічна стандартизація і нормування у галузі охорони атмосферного повітря проводиться з метою встановлення комплексу обов'язкових норм, правил, вимог, щодо охорони атмосферного повітря від забруднення, шкідливого впливу фізичних і біологічних факторів та забезпечення екологічної безпеки.

Законодавством встановлена заборона (стаття 56 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища", стаття 19 Закону України "Про охорону атмосферного повітря") щодо виробництва і експлуатації транспортних та інших пересувних засобів і установок, у викидах і скидах яких вміст забруднюючих речовин перевищує встановлені нормативи, а також встановлена відповідальність керівників транспортних організацій та власників транспортних засобів за додержанням гранично допустимих викидів та скидів забруднюючих речовин і гранично допустимих впливів на навколишнє природне середовище, встановлених для відповідного типу транспорту.

Відповідно до Повітряного кодексу України від 4 травня 1993 року, що важливими засобами правової охорони повітряного простору від впливу авіації є додержання авіаційних правил, до яких, зокрема, належать стандарти і норми у галузі охорони навколишнього природного середовища (п. 4 ч. 2 ст. 7), а також запровадження сертифікації різних типів цивільних повітряних суден, їх розробку, виробництво і експлуатацію (статті 5, 16–21).

Закон України "Про автомобільний транспорт" передбачає необхідність проведення стандартизації та оцінки відповідності на автомобільному транспорті, які забезпечують, зокрема, безпеку об'єктів з урахуванням ризику виникнення природних і техногенних катастроф, а також інших надзвичайних ситуацій (ч.1 ст. 8) та сертифікації, з метою запобігання використанню транспортних засобів, надання робіт, послуг небезпечних для життя, здоров'я людини та довкілля (ч. 2 ст. 8).

• **екологічна експертиза проектів та екологічно небезпечних видів діяльності на транспорті.** Відповідно до розділу VI Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" та Закону України "Про екологічну експертизу" від 9 лютого 1995 року [13], вагомим заходом забезпечення екологічної (та її складової транспортної) безпеки є проведення екологічної експертизи проектів законодавчих та інших нормативно-правових актів, передпроектних, проектних матеріалів, документації по впровадженню нової техніки, в тому числі транспортної, технологій, матеріалів, речовин, продукції, реалізація яких може призвести до порушення екологічних нормативів, негативного впливу на стан навколишнього природного середовища. Так, ст. 15 Закону України "Про трубопровідний транспорт" від 15 травня 1996 передбачена обов'язковість екологічної експертизи проектів розміщення, будівництва нових і реконструкції діючих об'єктів трубопровідного транспорту, а також під час їх експлуатації (ст. 15 Закону).

• **екологічне страхування на транспорті.** За вимогами статті 49 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища", в Україні здійснюється добровільне і обов'язкове державне та інші види страхування громадян та їх майна, майна і доходів підприємств, установ і організацій на випадок шкоди, заподіяної внаслідок забруднення навколишнього природного середовища та погіршення якості природних ресурсів. Відповідно до статті 7 Закону України "Про страхування" в редакції від 4 жовтня 2001 року [14], до видів обов'язкового страхування, які розповсюджуються і на транспортну галузь належать, зокрема, страхування цивільної відповідальності суб'єктів господарювання за шкоду, яку може бути заподіяно пожежами та аваріями на об'єктах підвищеної небезпеки, включаючи пожежовибухонебезпечні об'єкти та об'єкти, господарська діяльність на яких може призвести до аварій екологічного та санітарно-епідеміологічного характеру, а також страхування відповідальності експортера та особи, яка відповідає за утилізацію (видалення) небезпечних відходів, щодо відшкодування шкоди, яку може бути заподіяно здоров'ю людини, власності та навколишньому природному середовищу під час транскордонного перевезення та утилізації (видалення) небезпечних відходів тощо.

Обов'язкове страхування, в тому числі страхування відповідальності за шкоду, заподіяну навколишньому природному середовищу та життю і здоров'ю людей регулюється також і транспортним законодавством, зокрема: статтею 103 Повітряного кодексу України; статтями 239-276 Кодексу торговельного мореплавства України; статтею 12 Закону України "Про автомобільний транспорт" і т. ін.

• **ліцензування екологічно небезпечної діяльності на транспорті.** Ліцензування в транспортній галузі відіграє важливу роль, оскільки регулює відносини щодо використання природних ресурсів для цих потреб, зокрема,

для здійснення відведення викидів та скидів забруднюючих речовин у навколишнє природне середовище пересувними джерелами. Загальні вимоги до здійснення ліцензування в сфері транспорту зазначені в статті 3 Закону України "Про транспорт", відповідно до якої ліцензування окремих видів діяльності в галузі транспорту здійснюється, зокрема, з метою охорони навколишнього природного середовища від впливу транспорту. Спеціальні вимоги щодо ліцензування видів діяльності, які становлять небезпеку для довкілля встановлені і нормами природоресурсного законодавства. Так, наприклад, відповідно до ст. 49 Водного кодексу України від 6 червня 1995 року, спеціальне водокористування здійснюється на підставі дозволу, в якому обов'язково визначаються ліміти забору, використання води та скидання забруднюючих речовин, а також зазначається термін дії такого дозволу. Обов'язковому ліцензуванню підлягає також діяльність, пов'язана з використанням атмосферного повітря. Відповідно до статті 11 Закону України "Про охорону атмосферного повітря", лише після отримання належного дозволу, суб'єкти господарської діяльності отримують право здійснювати викиди забруднюючих речовин в атмосферне повітря (але норма розповсюджується лише на стаціонарні джерела).

• **державний облік та моніторинг об'єктів, що шкідливо впливають на стан навколишнього природного середовища на транспорті.** Відповідно до ст. 24 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища", об'єкти, що шкідливо впливають або можуть вплинути на стан навколишнього природного середовища, види та кількість шкідливих речовин, що потрапляють у навколишнє природне середовище, види й розміри шкідливих фізичних та біологічних впливів на нього підлягають державному обліку.

Підприємства, установи та організації, в тому числі в транспортній галузі, повинні проводити первинний облік у галузі охорони навколишнього природного середовища і безоплатно подавати відповідну інформацію органам, що ведуть державний облік у цій галузі.

Відповідно до ст. 22 вищезазначеного Закону та постанови Кабінету Міністрів України від 30 березня 1998 року "Про затвердження Положення про державну систему моніторингу довкілля", з метою забезпечення збору, обробки, збереження та аналізу інформації про стан навколишнього природного середовища, прогнозування його змін та розробки науково обґрунтованих рекомендацій для прийняття ефективних управлінських рішень в Україні створюється система державного моніторингу навколишнього природного середовища. Спостереження за станом навколишнього природного середовища, рівнем його забруднення здійснюється спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади з питань екології та природних ресурсів, іншими спеціально уповноваженими державними органами, а також підприємствами, установами та організаціями, діяльність яких призводить або може призвести до погіршення стану навколишнього природного середовища.

Зазначені підприємства, установи та організації зобов'язані безоплатно передавати відповідним державним органам аналітичні матеріали власних спостережень. До цього переліку суб'єктів відносяться і транспортні підприємства.

Відповідно до Закону України "Про трубопровідний транспорт" на трубопровідному транспорті обов'язково повинен здійснюватися моніторинг поставок токсичних хімічних продуктів, зріджених вуглеводневих газів та широкої фракції легких вуглеводнів (ст. 17 Закону) тощо.

• **інформування про стан навколишнього природного середовища, в тому числі при здійсненні екологічно небезпечної діяльності на транспорті.** Відповідно до ст. 25 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" одним із видів інформації про стан навколишнього природного середовища, яка повинна обов'язково подаватися спеціальним органам державної влади є інформація про джерела, фактори, матеріали, речовини, продукцію, енергію, фізичні фактори (шум, вібрацію, електромагнітне випромінювання, вібрацію), які впливають або можуть вплинути на стан навколишнього природного середовища та здоров'я людей. Такий вид інформації стосується і екологічно небезпечної діяльності на транспорті. Частина 1 ст. 25-1 Закону встановлює обов'язок підприємств, установ та організацій (в тому числі і транспортної галузі), діяльність яких може негативно вплинути або впливає на стан навколишнього природного середовища, життя і здоров'я людей систематично інформувати населення через засоби масової інформації про стан навколишнього природного середовища, динаміку його змін, джерела забруднення, розміщення відходів чи іншої зміни навколишнього природного середовища і характер впливу екологічних факторів на здоров'я людей; негайно інформувати про надзвичайні екологічні ситуації; передавати інформацію, отриману в результаті проведення моніторингу довкілля, каналами інформаційних зв'язків органам, уповноваженим приймати рішення щодо отриманої інформації; забезпечувати вільний доступ до екологічної інформації, яка не становить державної таємниці і міститься у списках, реєстрах, архівах та інших джерелах.

Відповідно до Закону України "Про трубопровідний транспорт" передбачене обов'язкове інформування населення у випадках виникнення умов надзвичайного стану, особливо внаслідок аварій на об'єктах трубопровідного транспорту (ст. 18 Закону).

Кодекс торговельного мореплавства України встановлює, що у тих випадках, коли майно, що затонуло в морі, створює загрозу життю або здоров'ю людей чи забрудненню навколишнього природного середовища, власник зобов'язаний негайно повідомити про те, що сталося, найближчий порт і на вимогу останнього відалити або знищити це майно у встановлений портом термін. Порт повинен повідомити про це Державну інспекцію охорони Чорного та Азовського морів Міністерства охорони навколишнього природного середовища України (ст. 123).

• **економічний механізм забезпечення екологічної безпеки на транспорті.** Сутність економічного механізму, який забезпечує охорону навколишнього природного середовища та життя і здоров'я людей, полягає у застосуванні методів соціально-економічного впливу на юридичних та фізичних осіб, діяльність яких здійснює негативний влив на довкілля, з метою змусити їх виконувати вимоги законодавства про охорону навколишнього природного середовища. Вагоме місце в системі економічного механізму забезпечення екологічної безпеки посідає правове регулювання зборів за спеціальне використання природних ресурсів (стаття 43 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища"); зборів за забруднення навколишнього природного середовища (стаття 44) та зборів за погіршення якості природних ресурсів (стаття 45). Зокрема, відповідно до постанови Кабінету Міністрів України від 1 березня 1999 року № 303 "Про затвердження порядку встановлення нормативів збору за забруднення навколишнього природного середовища і стягнення цього збору", збір за забруднення навколишнього природного середовища справляється за викиди в атмосферне повітря забруднюючих речовин, в тому числі й пересувними джерелами забруднення, за

скиди забруднюючих речовин безпосередньо у водні об'єкти та розміщення відходів (п. 2).

Крім того, здійснюється стимулювання раціонального використання природних ресурсів, охорони навколишнього природного середовища, зокрема, шляхом надання пільг при оподаткуванні підприємств, установ, організацій і громадян (в тому числі і в галузі транспорту) в разі реалізації ними заходів щодо раціонального використання природних ресурсів та охорони навколишнього природного середовища, при переході на маловідходні, ресурсо- та енергозберігаючі технології, організації виробництва і впровадження очисного обладнання і устаткування для утилізації та знешкодження відходів, а також приладів контролю за станом навколишнього природного середовища та джерелами викидів і скидів забруднюючих речовин, виконанні інших заходів, спрямованих на поліпшення охорони навколишнього природного середовища (п. а ч. 1 ст. 48 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища").

• **декларування безпеки об'єктів підвищеної небезпеки на транспорті.** У випадку, якщо екологічно небезпечна діяльність на транспорті пов'язана з використанням, виготовленням, переробкою, зберіганням або транспортуванням однієї або кілька небезпечних речовин чи категорій речовин у кількості, що дорівнює або перевищує нормативно встановлені порогові маси, що є реальною загрозою виникнення надзвичайної ситуації техногенного та природного характеру, транспорт підпадає під ознаки об'єкта підвищеної небезпеки (наприклад, при транспортуванні небезпечних вантажів), а відповідно до Закону України "Про об'єкти підвищеної небезпеки" від 18 січня 2001 р. [18], суб'єкт господарської діяльності, у власності чи користуванні якого є хоча б один об'єкт підвищеної небезпеки зобов'язаний розробити *декларацію безпеки*, яка являє собою документ, що визначає комплекс заходів, що вживаються суб'єктом господарської діяльності з метою запобігання аваріям, а також забезпечення готовності до локалізації, ліквідації аварій та їх наслідків. Так, на вимоги Міжнародної конвенції щодо охорони людського життя в морі 1974 року, зміненої наступними Протоколами до неї (SOLAS-74) та Міжнародної конвенції щодо запобігання забрудненню з суден 1973 року, зміненої протоколом 1978 року до неї (MARPOL 73/78, щодо інформації про вантаж, необхідність наявності декларації про небезпечний вантаж під час його перевезення передбачені, зокрема, наказом Міністерства транспорту України від 14 грудня 1998 року № 497 "Про затвердження Положення про порядок підготовки та подання інформації про вантаж для його безпечного морського перевезення".

• **екологічний контроль в сфері екологічно небезпечної діяльності на транспорті.** Завданням екологічного контролю відповідно до статті 34 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" є забезпечення додержання вимог законодавства про охорону навколишнього природного середовища всіма державними органами, підприємствами, установами та організаціями, незалежно від форм власності і підпорядкування, в тому числі на транспорті.

• **Відповідальність за порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища при здійсненні екологічно небезпечної діяльності на транспорті.** При порушенні норм законодавства про охорону навколишнього природного середовища під час здійснення екологічно небезпечної діяльності на транспорті, настає відповідальність, передбачена статтями 68–70 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища".

Кодекс торговельного мореплавства України від 9 грудня 1994 року закріплює вимогу щодо відшкодування збитків від забруднення, в тому числі такими небезпечними речовинами, як солі важких металів, нафтою та нафтопродуктами, органічними речовинами, пестицидами, шкідливими речовинами, залежно від категорії токсичності (глава 4) та відшкодування ядерної шкоди (глава 5 Кодексу).

Кодексом України про адміністративні правопорушення, відповідальність в сфері транспорту може наставати за такі правопорушення, як: випуск в експлуатацію транспортних та інших пересувних засобів з перевищенням нормативів вмісту забруднюючих речовин у відпрацьованих газах (ст.80), експлуатація автомототранспортних та інших пересувних засобів з перевищенням нормативів вмісту забруднюючих речовин у відпрацьованих газах (ст. 81); випуск на лінію транспортних засобів, технічний стан яких не відповідає встановленим вимогам (ст. 128); порушення правил перевезення небезпечних речовин і предметів, великогабаритних та великовагових вантажів на транспорті (ст.133) [6].

Відповідно до Кримінального кодексу України від 5 квітня 2000 року[8], відповідальність в транспортній галузі може наставати за ст. 236 (порушення правил екологічної безпеки), ст. 239 (забруднення або псування земель), ст. 241 (забруднення атмосферного повітря), ст. 242 Порушення правил охорони вод, ст. 243 (забруднення моря), ст. 253 (проектування чи експлуатація споруд без систем захисту довкілля) і. т. ін.

Стаття 69 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища", статті 1187, 1188 Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 року [21], встановлюють відповідальність власників джерел підвищеної екологічної небезпеки (до яких відноситься й транспортна сфера), які зобов'язані компенсувати заподіяну шкоду громадянам та юридичним особам, якщо не доведуть, що шкода виникла внаслідок стихійних природних явищ чи навмисних дій потерпілих і т. ін.

Таким чином, виходячи з вище наведених положень, можна прийти до висновку, що екологічно небезпечна діяльність на транспорті є складною системою дій суб'єктів даних відносин, які безпосередньо пов'язані із використанням, зберіганням, переробкою або перевезенням на транспорті різного роду небезпечних речовин або їх сполук та фізичних факторів транспортних засобів, що створюють підвищену небезпеку для навколишнього природного середовища, життя і здоров'я людей, а також сукупністю державно-правових, економічних, технічних та інших заходів, спрямованих на забезпечення екологічної безпеки в даній сфері.

1. *Андрейцев В.І.* Систематизація екологічного законодавства як конструктивний процес його подальшої кодифікації // Антологія розвитку правової думки (еколого-соціальні аспекти). Наукові статті. Київський національний університет імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – Ювілейне видання. – 1996–2006. – С. 52–60. 2. *Бондар Л.О.* Правові засади здійснення екологічно небезпечної діяльності в Україні // Дис… канд. юрид. наук: 12.00.06. / Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – К., 2002. – С. 12, 36. 3. Водний кодекс України від 6 червня 1995 року // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 24. – Ст. 189. 4. Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 року // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 3–4. – Ст. 27. 5. Конвенция о трансграничном воздействии промышленных аварий от 17 марта 1992 г. / ООН. – Нью-Йорк; Женева, 1994. – Ст. 24; 50–59; 66. – 48 с. 6. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 року // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1984. – додаток до № 51. – Ст. 1122. 7. Кодекс торговельного мореплавства України від 9 грудня 1994 року (Відомості Верховної Ради України, 1995, №47, ст. 349. 8. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2000 року // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25–26. – Ст. 131. 9. Про охорону навколишнього природного середовища: Закон України від 25 червня 1991 року // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 41. – Ст. 546. 10. Про охорону атмосферного повітря: Закон України від 16 жовтня 1992 року (в редакції закону від 21 червня 2001 р.) // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 48. – Ст. 252. 11. Повітряний кодекс України від 4 травня 1993 року (Відомості

Верховної Ради України, 1993, №25, ст. 274), із змінами та доповненнями, внесеними Законами України від 21 жовтня 1997 року №590/97-ВР та від 15 грудня 1999 року №1297/XIV. 12. Про транспорт: Закон України від 10 листопада 1994 року // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 51. – Ст. 446. 13. Про екологічну експертизу: Закон України від 9 лютого 1995 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 8. – Ст. 54. 14. Про страхування: Закон України від 7 березня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 18. – Ст. 78 (зі змінами внесеними Законом України від 23 грудня 2004 року // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 6. – Ст. 138). 15. Про трубопровідний транспорт: Закон України від 15 травня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 29. – Ст. 139. 16. Про залізничний транспорт: Закон України від 4 липня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 40. – Ст. 183. 17. Про перевезення небезпечних вантажів: Закон України від 6 квітня 2000 року // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 28. – Ст. 222. 18. Про об'єкти підвищеної небезпеки: Закон України від 18 січня 2001 року // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 15. – Ст. 73. 19. Про автомобільний транспорт: Закон України від 23 лютого 2006 року // Урядовий кур'єр, 2006, 12 квітня. 20. Про Основні напрями державної політики України у галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки: постанова Верховної Ради України від 5 березня 1998 року // Правова база з питань екології та охорони природного середовища. Збірник нормативно-правових актів./ Укладач Каленик М.І. – К.: Атіка, 2001 – С. 134–135. 21. Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40 – 44. – Ст. 356.

Надійшла до редколегії 01.12.06

І. Гриценко, канд. іст. наук

КОДИФІКАЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА: ІСТОРІЯ ТА ПЕРСПЕКТИВИ

В статті обгрунтовується об'єктивна необхідність систематизації адміністративно-правових норм. В цьому контексті автором досліджуються історичні етапи кодифікації адміністративного права.

Substantiated in the article is the objective necessity of systematization of administrative and legal norms. Within this context the author studies different historical stages of codification of administrative law.

Процеси державотворення безпосередньо пов'язані з формуванням права як системи загальнообов'язкових, формально визначених норм, що походять від держави і нею охороняються. Призначенням права в суспільстві є насамперед закріплення, розвиток і охорона позитивних суспільних відносин, в тому числі тих, що формуються з приводу здійснення державної влади. Провідне місце у розвитку таких відносин належить галузям публічного права, зокрема, адміністративного права, яке регулює суспільні відносини, що формуються переважно у ході реалізації виконавчої влади. Зовнішнє вираження правові норми, в тому числі адміністративно-правові, знаходять у відповідній системі законодавства, яке постійно потребує оновлення і розвитку. Це, в свою чергу, обумовлює об'єктивну необхідність його систематизації, в процесі якої, особливо якщо вона здійснюється у формі кодифікації, можливе удосконалення існуючих норм і розробка нових, більш прогресивних. Щодо кодифікації адміністративного права ще з моменту його виникнення існували проблеми як методологічного, так і техніко-юридичного характеру.

Питання про кодифікацію адміністративного законодавства було поставлено на порядок денний ще на початку 20-х років XX століття, спочатку у РРФСР, а потім і в Україні. При цьому у РРФСР кодифікаційні роботи не завершилися прийняттям Адміністративного кодексу. Це було пов'язано, на думку деяких вчених із загальним станом науки адміністративного права того часу, зокрема, з відсутністю єдиних поглядів на предмет адміністративного права. Доказом цього була наявність різних точок зору щодо змісту проекту майбутнього кодексу. Так, Г.С. Гурвич, вважав, що до радянського Адміністративного кодексу, який він, до речі пропонував назвати Кодексом Радянського Управління, повинен війти увесь правовий матеріал, що регулює управління у всіх його галузях та сторонах [1]. О.М. Турубінер більш вузько дивився на його зміст, наголошуючи, що норми останнього повинні регулювати охорону громадського порядку та безпеки, забезпечення соціалістичної законності та діяльність НКВС та міліції [2]. Подібні погляди можна було зустріти і у працях інших авторів. Так, О.Колесніков писав, що кодекс необхідно наповнити нормами, які мають визначати діяльність органів радянської влади, спрямовану на охорону існуючого суспільного ладу за допомогою попереджувальних та частково репресивних заходів, що застосовуються у позасудовому (адміністративному) порядку [3]. У зазначені часи працювали також і автори, які категорично не погоджувалися з ідеєю звести у кодифікованому акті лише норми, які визначають організацію, компетенцію та порядок діяльності НКВС та його органів. Так, К. Архіпов з цього приводу писав, що кодифікація такої вузької сфери норм взагалі не може претендувати на назву "кодексу адміністративного права" і навряд чи була б взагалі теоретично та практично доцільною. Адміністративний кодекс, як і будь-який інший, має стосуватися діяльності цілого ряду Наркоматів [4].

Крім цього, як наголошується у літературі, однією з причин, яка завадила прийняттю кодексу, була психологічна непідготовленість працівників апарату управління до його прийняття, які вважали, що Адміністративний кодекс може обмежити їх ініціативу, зв'язати їм руки в умовах класової боротьби [5]. При цьому зазначимо, що матеріал, який був напрацьований у ході підготовчої стадії кодифікаційної роботи, не був розгублений у РРФСР, а став основою цілого ряду затверджених нормативних актів, наприклад Положення про добровільні товариства та союзи, Зведеного закону про реквізицію та конфіскацію майна, постанови ЦВК та РНК СРСР про основи дисциплінарного законодавства СРСР та союзних республік, Положення про видання місцевими виконкомами та Радами обов'язкових постанов та про накладення стягнень у адміністративному порядку [6].

Поряд з цим положення проекту Адміністративного уставу Російської Федерації (так був названий у РРФСР проект кодексу) були взяті за основу проекту Адміністративного кодексу УРСР, що певною мірою і визначило основні напрями та методи самої роботи з розроблення законопроекту.

Спочатку плани розробників Адміністративного кодексу УРСР також були досить широкими. Так, наприклад, до проекту пропонувалося помістити навіть главу, яка повинна була регламентувати діяльність адміністративних судів. Однак у процесі подальшої роботи обсяг майбутнього Адміністративного кодексу був дещо звужений, оскільки досить гучно висловлювалися наміри спрямувати майбутній законодавчий акт виключно на регулювання діяльності Народного комісаріату внутрішніх справ та його структурних підрозділів. Викладене свідчить про те, що під час підготовчої роботи з розробки законопроекту погляди вчених та практичних працівників органів державної влади, які брали у ній участь, суттєво відрізнялися. Представники російської школи адміністративного права, які у той час працювали в Україні, намагалися зазвичай зробити майбутній кодекс максимально широким за своїм змістом, вкласти у нього найбільш перспективні досягнення правової науки з метою надання сфері державного управління правово-

© Гриценко І., 2007

го та законного характеру, тоді як представники нової влади категорично не погоджувалися з такими підходами, відстоюючи позиції вузьковідомчого підходу до змісту Адміністративного кодексу. Подальші події показали, що у зазначеній науково-практичній суперечці повної перемоги не вдалося отримати жодній із сторін.

Процес роботи над зазначеним законопроектом був досить інтенсивним. Наслідком такої роботи стала підготовка вже у 1922 році примірної схеми Адміністративного кодексу УРСР, яка на початку 1923 року була розіслана іншим наркоматам та відомствам для ознайомлення. У цьому ж році схема Адміністративного кодексу була відправлена НКЮ УРСР для відзиву НКЮ РРФСР. Самі ж матеріали майбутнього кодексу розсиланню не підлягали, оскільки ще перебували на стадії внутрішньовідомчого доопрацювання. Головним розробником законопроекту було визначено Народний комісаріат внутрішніх справ УРСР.

4 серпня 1924 року проект Адміністративного кодексу УРСР вперше було внесено на розгляд Ради Народних Комісарів республіки. Після обговорення було прийнято рішення, що останній може бути розісланий у губернські та окружні адміністративні органи, зацікавленим наркоматам та відомствам для обговорення та надання зауважень. Наприкінці 1924 року проект Адміністративного кодексу УРСР був внесений у Комісію з розгляду законодавчих пропозицій ВУЦВК, яка майже два роки брала активну участь у його доопрацюванні.

У процесі роботи над проектом до комісії надійшла велика кількість питань та пропозицій щодо вдосконалення конкретних статей майбутнього закону. Усі вони необхідним чином розглядалися та вивчалися. Для розгляду найбільш важливих та специфічних питань у ряді випадків створювалися підкомісії із спеціалістів; результати їх роботи розглядалися потім у Комісії законодавчих пропозицій ВУЦВК. 24 вересня 1926 р. комісія прийняла рішення: "Запропонувати НКВС УРСР протягом 10 днів підготувати остаточну редакцію проекту кодексу и подати його на підпис голові Комісії". 22 листопада 1926 р. проект Адміністративного кодексу був розглянутий у зазначеній Комісії, в результаті роботи якої до проекту було внесено близько 100 поправок та уточнень до 94 статей.

Остаточно підготовлений проект Адміністративного кодексу УРСР був внесений у ВУЦВК, який своєю постановою від 12 жовтня 1927 р. затвердив його як кодекс та ввів у дію на усій території України з 1 лютого 1928 р. [7].

Розробники Адміністративного кодексу УРСР керувалися такими принципами: 1) запровадження революційної законності з метою зміцнення диктатури пролетаріату; 2) надання вольностей трудящим і ущемлення буржуазії; 3) визначення заходів примусу, які є не метою, а засобом і мають тенденції переходу до заходів переконання населення у необхідності добровільного виконання адміністративних приписів; 4) застосування заходів примусу при активному залученні до цього організацій трудящих (профспілки, парторганізації); 5) доведення до відома громадськості даних про заходи примусу; 6) підзвітність адміністративних органів організаціям трудящих; 7) узгодження адміністративної діяльності з інтересами національних меншин, врахування культурних та побутових особливостей місцевого населення; 8) визнання права на оскарження адміністративних розпоряджень за кожною організацією та приватною особою, а не лише за потерпілим; 9) скасування обов'язку отримувати попередній дозвіл на збори організацій трудящих; 10) явочний порядок утворення громадських організацій; 11) спрощення порядку видачі посвідчень про особу міліцією чи сільськими радами з визнанням необов'язковості їх отримання; 12) спрощення порядку реєстрації товариств та спілок селян: у сільраді або райвиконкомі, без опублікування; 13) заміна терміна "адміністративне стягнення" терміном "адміністративний вплив" і зменшення розмірів адміністративного впливу: із 300 карбованців штрафу і трьох місяців арешту до 100 карбованців і двох тижнів примусових робіт, з оголошенням громадської догани; 14) прискорення процедури оскарження, перегляду і скасування накладеного заходу адміністративного впливу і введення коротшого терміну (два місяці) на його виконання; 15) узгодження заходу адміністративного впливу з майновим становищем винного з правом його зміни в бік зменшення та ін. [8, с. 158].

Викладене вище дозволяє стверджувати, що Адміністративний кодекс УРСР 1927 р. був наповнений демократичними принципами організації державного управління, які у своїй більшості знайшли закріплення у нормативних актах сучасної Української держави, наприклад, Конституції України [9], Кодексу України про адміністративні правопорушення [10]. До таких принципів можна віднести, зокрема: принцип законності державного управління; принцип участі громадян у державному управлінні, принцип гласності управлінської діяльності, у тому числі і діяльності, пов'язаної з реалізацією адміністративної відповідальності; принцип поєднання переконання та примусу як методів державного управління. Наявність останніх у зазначеному кодексі багато у чому пояснювалася тим фактом, що кодифікація адміністративного права здійснювалася у часи НЕПу, часи, коли наука адміністративного права могла ще здійснювати свій поступовий еволюційний розвиток у відносно вільній формі, позбавленій тотального контролю з боку керівництва країни.

Аналізуючи зміст самого Адміністративного кодексу УРСР [11], необхідно зазначити, що хоча він і не містив у собі усіх норм адміністративного права, але, недивлячись на це, був досить значущим джерелом адміністративного права, оскільки об'єднав у собі норми, що визначали форми адміністративної діяльності, примусові повноваження адміністративної влади, заходи з охорони революційного порядку, порядок здійснення адміністративного нагляду у галузі промисловості та торгівлі, порядок оскарження незаконних дій адміністрації.

Отже, з викладеного стає зрозумілим, що Адміністративний кодекс містив у собі норми загального характеру, які могли бути застосовані у будь-якій сфері державного управління. Зрозуміло, що не дивлячись на такий досить широкий характер Адміністративного кодексу, останній не міг повною мірою задовольнити усі потреби державного управління, організувати його здійснення у всіх галузях. На вирішення подібних прогалин була спрямована дія інших кодифікованих нормативних актів, які, крім іншого, містили у собі і норми адміністративного права. До таких актів можна віднести, наприклад, Земельний кодекс, Ветеринарний кодекс, Кодекс законів про народну освіту УРСР тощо.

Повертаючись до Адміністративного кодексу зазначимо, що більш менш повно він діяв до кінця 30-х років. Офіційно його не було скасовано, проте надалі його практично перестали застосовувати.

Спроби створити новий Адміністративний кодекс УРСР мали місце і дещо пізніше. Так, у 1947 р. за дорученням уряду УРСР колишні НКВС і НКЮ підготували проект нового Адміністративного кодексу, який зберігав систему Кодексу 1927 р. з доповненням розділами, що регулювали відносини у діяльності міліції щодо здійснення паспортного режиму, правил дозвільної системи, порядку обліку транспортних засобів. Однак цей проект,

як зазначалося в літературі [8, с. 163], не відповідав новим вимогам і не був прийнятий.

До питання кодифікації адміністративного законодавства повернулися ще раз майже через 20 років. На цей раз підготовка проекту Адміністративного кодексу була покладена на Юридичну комісію при Раді Міністрів УРСР, створену у 1963 році. Розробка зазначеного проекту була, як відмічено у літературі [12], наступною ґрунтовною спробою кодифікації адміністративного законодавства України за часів перебування її в складі СРСР. Як і у 20-х роках, зазначена законопроектна робота характеризувалася наявністю значної кількості іноді досить протилежних поглядів на зміст Адміністративного кодексу. Так, висловлювалися думки, що кодекс має регулювати виключно питання реалізації адміністративної відповідальності. Інші автори відмовлялися від такого вузького підходу, пропонуючи охопити кодифікованим актом увесь спектр адміністративно-правових відносин, у тому числі і тих, які виникають у адміністративно-юрисдикційній сфері діяльності органів державного управління. Деталізуючи останню тезу, окремі вчені наголошували на тому, що до змісту адміністративно-правових відносин мають включатися ті, які виникають між органами державної влади, державного управління, відносини між зазначеними органами та їх посадовими особами, з громадськими організаціями і громадянами [12].

Викладене свідчить, що у 60-х роках XX ст. в адміністративно-правовій науці в УРСР існувала чітко окреслена у конкретних законопроектних діях позиція, змістом якої було намагання перебудувати організацію державного управління шляхом її поетапного законодавчого врегулювання. При цьому висувалися цілком конкретні завдання – досягнути такого рівня нормативного регулювання, за якого воно чітко визначало б порядок та умови взаємовідносин між усіма учасниками управлінських відносин, у тому числі між громадянином і суб'єктом державного управління. Але, на жаль, у 60-х роках подібні побажанням не збулися, оскільки законопроектні роботи так і не завершилися прийняттям Адміністративного кодексу.

Наведений історичний екскурс у питання кодифікації адміністративного права дозволяє зробити деякі важливі методологічні та практичні висновки.

По-перше, проведення кодифікаційної роботи сприяло виділенню адміністративного права у самостійну галузь права та його відмежуванню від інших галузей права; по-друге, наслідком такої роботи стало більш-менш чітке визначення предмета адміністративного права і, як наслідок, його методу, що стало підґрунтям наукової діяльності вчених-адміністративістів наступних поколінь; по-третє, видання Адміністративного кодексу та наступні подібні намагання спрямовувалися на приведення управлінської діяльності до одного знаменника, який би виключав наявність різних підходів до визначення правового статусу суб'єктів державного управління, форм та методів їх діяльності; по-четверте, кодифікація адміністративного законодавства мала за мету переведення взаємовідносин громадян та органів управління у площину нормативного регулювання, з встановленням чіткого переліку гарантій, спрямованих на охорону та непорушність прав, свобод та законних інтересів фізичних осіб в управлінській сфері; по-п'яте, вагоме місце у кодифікованих нормативних актах відводилося встановленню загальних процедур діяльності суб'єктів управління, тобто поряд з матеріальними нормами запроваджувалися також і процесуальні, спрямовані на підвищення ефективності, оперативності державного управління.

Однак, не дивлячись на наявність подібних позитивних моментів, кодифікацію адміністративного законодавства не можна визнати повністю вдалою, оскільки у її підґрунтя не були закладені науково обґрунтовані та апробовані практикою критерії та принципи, яких, до речі, у 20-х роках XX століття ще і не могло існувати, через нерозвиненість адміністративного права як галузі науки та законодавства. Крім того, при проведенні кодифікаційних робіт не був врахований той факт, що адміністративне законодавство є надмірно об'ємним за своїм змістом та надмірно нестабільним завдяки специфіці управлінської діяльності, що фактично і перешкодило довговічності існування Адміністративного кодексу УРСР.

Проте на сьогоднішній день питання кодифікації адміністративного законодавства все ще залишається надзвичайно актуальним, що вимагає проведення відповідних законопроектних робіт у цій сфері. При цьому напрямок кодифікаційних робіт, на нашу думку, має бути дещо змінений у порівнянні з окресленими вище спробами кодифікації. У даному випадку необхідно чітко усвідомлювати той факт, що створити єдиний і всеохоплюючий за своїм змістом Адміністративний кодекс неможливо, та і недоцільно з погляду, у першу чергу, на поліцентричність нормативної структури і високу рухомість окремих інститутів адміністративного права. У зв'язку з цим вихід у даній ситуації вбачається у поетапній кодифікації окремих підгалузей, інститутів адміністративного права. А раз так, то, як слушно наголошується у літературі, поняття так званого "Адміністративного кодексу" може використовуватись лише в інкорпоративному значенні. Тобто в значенні, яке наближається до розуміння Зводу адміністративного законодавства або своєрідного "Кодексу кодексів" [13, с. 70–71], до змісту якого можуть увійти: Адміністративно-процедурний кодекс, Кодекс України про адміністративні правопорушення, Кодекс державної служби тощо.

Тільки такий напрямок кодифікації адміністративного права, на нашу думку, є перспективним і у той же час єдино можливим як для науки адміністративного права, так і для практики державного управління, на вдосконалення якого і мають спрямовуватися норми зазначених кодифікаційних актів.

1. *Гурвич Г.С.* К составленю Административного кодекса // Власть Советов. – 1923. – № 3. – С. 26–28. 2. *Турубинер А.* Основные элементы советского административного права // Административный вестник. – 1925. – № 8. – С. 14–22. 3. *Колесников А.* Административное право РСФСР. (К вопросу о содержании Административного Кодекса) // Власть Советов. – 1923. – № 3. – С. 38–41. 4. *Архипов К.* Организация советского управления. (Первая часть "административного кодекса") // Власть Советов. – 1923. – № 3. – С. 32–37. 5. *Курицын В.М.* Из истории советского административного права // Советское государсвто и право. – 1981. – № 10. – С. 127–135. 6. *Лунёв А.Е.* Советская наука административного права за 60 лет // Советское государство и право. – 1977. – № 11. – С. 60–66. 7. *Михайленко В.П.* К истории создания первого советского Административного кодекса // Советское государство и право. – 1984. – № 12. – С. 108—112. 8. Адміністративне право України. Академічний курс: Підруч.: У двох томах: Том 1. Загальна частина / Ред. колегія: В.Б. Авер'янов (голова). – К.: Видавництво "Юридична думка", 2004. – 584 с. 9. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141. 10. Кодекс України про адміністративні правопорушення // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1984. – додаток до № 51. – Ст. 1122. 11. Збірник узаконень та розпоряджень робітничо-селянського Уряду України. – 1927. – № 63–65. 12. *Вовк Ю.* Проблема кодифікації адміністративного законодавства України: історичний досвід // Право України. – 2003. – № 12. – С. 120–122. 13. Виконавча влада і адміністративне право / За заг. ред. В.Б. Авер'янова. – К.: Видавничий Дім "Ін-Юре", 2002. – 668 с.

Надійшла до редколегії 01.12.06

І. Котюк, канд. юрид. наук

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ТАКТИЧНИХ ПРИЙОМІВ, ЗАСНОВАНИХ НА МЕТОДАХ ПСИХОЛОГІЧНОГО ВПЛИВУ

Дається загальна характеристика тактичних прийомів, заснованих на методах психологічного впливу, які використовуються у сфері судочинства.

The general characteristics of tactical devices, based on psychological influence methods, which are used in the sphere of legal procedure, is given.

Аналізу тактичних прийомів у вітчизняній науковій літературі присвячено уваги чимало в тому числі й на фундаментальному рівні [14]. При цьому давалась їх загальна характеристика, характеристика окремих з них, аналізувались проблеми їх класифікації тощо. Предметом розгляду були й методи психологічного впливу в юридичній практиці [5; 7; 15]. Водночас характеристика системи тактичних прийомів, заснованих на методах психології, залишалась поза увагою, що свідчить про актуальність розгляду цієї проблеми.

Як відомо, методи психологічного впливу у криміналістичній тактиці можуть використовуватись і безпосередньо, але як правило на їх основі розробляються тактичні прийоми, спрямовані на розв'язання конкретних завдань, які іноді поділяють на: *стратегічні*, тобто встановлення істини, виховний вплив (перевиховання); запобігання скоєнню правопорушень; *тактичні*: забезпечити вибірковість та цілеспрямованість сприйняття особою дійсності та формування необхідної для розв'язання завдань слідства психології взаємовідносин; *пізнавальні* (інформаційні); *комунікативні; управлінські тощо.*

Тактичні прийоми, засновані на методах психологічного впливу класифікують за різними підставами, зокрема:

• *за змістом*: уселяння, суміжність, схожість, наочність, контрастність, роз'єднання, повторюваність, перифраза, раптовість, легенда, вичікування, інерція [12, 65];

• *за цільовим призначенням*: адаптивні, інформаційні, спрямовані на емоційний вплив, спрямовані на створення певного уявлення, що визначають істинність свідчень [1, 84];

• *за завданнями*: що сприяють актуалізації в пам'яті сприйнятого, що спрямовані на встановлення мотивації свідчень, що сприяють виявленню винної особи, що сприяють виявленню брехні, що відвертають конфліктні ситуації та сприяють встановленню психологічного контакту [5, 68; 14, 128].

Якщо ж врахувати й інші, висловлені з цього приводу погляди, то це дає підстави для висновку, що серед тактичних прийомів, заснованих на методах психологічного впливу насамперед розрізняють: встановлення психологічного контакту; роз'яснення положень закону; звернення до громадянської совісті (свідомості) та інших позитивних якостей особи; переконання; стимулювання позитивних якостей особи; спонукання до наслідування; створення неадекватного уявлення про хід розслідування і зібрані докази; непрямий допит; мисленої реконструкції обставин злочину; словесної розвідки; демонстрації можливостей розслідування; використання стану емоційної напруги; різкої зміни стану емоційної напруги; емоційний експеримент; допуск легенди; нейтралізації особи; суспільної ізоляції.

Встановлення психологічного контакту полягає у створенні умов для позитивного, доброзичливого сприйняття однією особою іншої.

Базується на методах передачі інформації, переконання, навіювання, керованих психічних станів, прикладу, рефлексії, зараження тощо.

З цією метою використовується: демонстрація доброзичливості слідчого; проведення попередньої бесіди на постороннюю тему; звернення до логічного мислення; роз'яснення мети та завдань допиту [8].

Здійснюється шляхом уточнення даних анкетно-біографічного характеру; демонстрація обізнаності про обставини життя допитуваної особи, її потреби, інтереси; повідомлення про мету допиту; переконання в невідворотності покарання за скоєний злочин; роз'яснення значення щирого каяття та інших пом'якшуючих обставин; аналіз перспектив ситуації, що склалася; використання позитивної оцінки окремих якостей особи; роз'яснення можливостей повідомлення правдивих свідчень; переконання в необхідності надання допомоги органам розслідування; роз'яснення сутності та суспільної небезпечності скоєного злочину; надання можливості ознайомитися з документами та речовими доказами тощо.

Роз'яснення положень закону полягає у доведенні до відома особи змісту окремих положень закону, які мають або можуть мати для неї принципове значення.

Базується на методах: передачі інформації, переконання (логічного та емоціонального), постановки і варіювання мисленнєвих завдань тощо.

При цьому слідчий не тільки виконує свій процесуальний обов'язок, а й здійснює безпосередній психологічний вплив. Це відбувається в ході роз'яснення процесуальних прав і обов'язків особи, попередження про відповідальність за відмову від давання показань і завідомо неправдиві показання або роз'яснення окремих статей закону.

Попри важливість цієї процедури з правових і тактичних міркувань, слід погодитись з висновком, що "чинна процедура попередження про кримінальну відповідальність за надання завідомо неправдивих показань є неефективною. Це підтверджується опитаними лжесвідками, які повідомили, що вони зовсім не запам'ятали такого попередження і воно ніяк не вплинуло на їхнє рішення щодо надання неправдивих показань [11, 150]. Такий висновок свідчить, що даному питанню на практиці належної уваги не приділяють. Як правило проведення даного прийому проходить непереконливо, скоромовкою, без врахування культурного рівня допитуваного. Багато слідчих ставляться до цієї процедури як до формальності.

Форма попередження про можливість кримінальної відповідальності повинна обиратись залежно від особливостей особистих якостей допитуваного. Наприклад, при допиті в якості свідка особи, що є зацікавленою у справі, слідчий повинен дати зрозуміти, що показання будуть детально перевірені. При допиті свідка недостатньо розвиненого, але добросовісного, слідчий повинен пояснити, що кримінальна відповідальність настає лише при наданні завідомо неправдивих показань. Іноді доцільно нагадати особі, що вона попереджена про відповідальність за надання завідомо неправдивих показань і якщо вона надасть їх, то буде притягнута до відповідальності, а крім того, про це буде повідомлено за місцем її проживання, роботи чи навчання. Такий прийом може бути ефективний, якщо особа вже викрита в повідомленні неправдивих відомостей з приводу певних обставин.

© Котюк І., 2007

Часто незнання положень закону є фактором, що визначає позицію особи, якої вона притримується. Наприклад, допитуваний може бути впевнений, що скоєння злочину в стані сильного сп'яніння виключає відповідальність.

При роз'ясненні положень закону та ознайомленні з правовими наслідками певного вчинку слідчий повинен роз'яснити зміст статті, але при цьому він не має права давати якісь конкретні обіцянки, пов'язані з визначенням можливої міри покарання чи звільненні від відповідальності за скоєний злочин, оскільки це компетенція суду. При цьому недопустимим є обдурювання особи щодо міри покарання за скоєний злочин.

Звернення до громадянської совісті. Оскільки совість є моральними регулятором поведінки людини, то суть цього прийому полягає у спонуканні особи порівняти наскільки її фактична поведінка відповідає її морально-етичним переконанням.

Базується на методах: передачі інформації, переконання, постановки і варіювання мисленнєвих завдань, навіювання, прикладу, керованих психічних станів тощо.

Потреба застосування такого тактичного прийому зумовлена тим, що деякі особи відмовляються давати показання чи намагаються приховати факти, які мають важливе значення для слідства. Мотиви тут можуть бути різні: страх помсти, чи викриття своїх непорядних вчинків тощо. Часто трапляється так, що свідок засуджує злочин, але намагається допомогти обвинуваченому з почуття дружби чи жалю до нього. У такому випадку свідку слід роз'яснити, що замовчування чи брехня шкідливі не тільки для розслідування, але й для самого свідка.

Як засіб звернення до громадянської совісті використовується акцентування уваги на значенні боротьби зі злочинністю, економічному стані, інтересах окремих соціальних груп, соціальній небезпеці поширення злочинності або якого окремого виду злочинів тощо.

При підготовці до проведення даного прийому, необхідно попередньо визначити ціннісні орієнтири, виділити головні риси та якості особи, вплив на які сприятиме наданню нею правдивих показань.

Стимулювання позитивних якостей особи полягає у зверненні уваги особи на те, що іноді її поведінка не зовсім відповідає її фактичним позитивним якостям, а отже, принижує її. В якості форми тут як правило обирається фраза "Адже в цілому Ви хороша людина". А це ілюструється прикладами її позитивної поведінки, досягненнями, перспективами тощо.

Базується на методах передачі інформації, переконання, постановки і варіювання мисленнєвих завдань, навіювання, прикладу, керованих психічних станів тощо.

Цей тактичний прийом дає позитивні результати стосовно обвинуваченого, який не категорично заперечує факти і перебуває на межі їх визнання, але для цього йому потрібен певний поштовх [3, 131]. В якості такого поштовху можна застосувати стимулювання позитивних якостей допитуваного, які є у кожної людини. Але слідчий повинен враховувати прийнятність для допитуваного тих чи інших аргументів, способу акцентування уваги на таких якостях, що залежить від статі, віку тощо [2, 52].

Спонукання до наслідування полягає у спонуканні особи до повторення вчинку іншої особи.

Базується на методах: передачі інформації, переконання, постановки і варіювання мисленнєвих завдань, навіювання, прикладу, керованих психічних станів тощо.

Добре відомо, що коли одна з кількох осіб, що проходять у справі дає правдиві показання і якщо це стає відомим іншим, то може зумовити ланцюгову реакцію (зараження). Тобто вслід за цією особою починають давати правдиві показання й інші учасники. Отже, закликаючи дотримуватись позитивних прикладів, яким надається відповідна морально-етична чи правова оцінка, нерідко вдається спонукати людину до бажаної поведінки.

Але при застосуванні даного прийому слід створити такі умови, які б сприяли позитивному впливу та запобігали впливу небажаному. Адже відомі приклади іншої (небажаної) поведінки, яка була спровоковані поведінкою іншої особи.

Створення неадекватного уявлення про хід розслідування та зібрані у справі докази полягає у тому, особа, яка проводить розслідування, обирає такий варіант поведінки, який би сприяв тому, щоб в особи, від якої необхідно отримати показання, склалося враження, що пред'явлене їй обвинувачення чи заявлена підозра підтверджується відповідними доказами, а тому заперечувати факти немає сенсу.

Базується на методах: передачі інформації, переконання, постановки і варіювання мисленнєвих завдань, рефлексії, навіювання, прикладу, керованих психічних станів.

При застосуванні цього прийому слід бути обережним і враховувати, що в особи дійсно винної формулювання такої впевненості – природне явище, тому що вона відчуває свою вину, а тому розуміє об'єктивну можливість зібрати докази, які її підтверджують. Саме тому вона може переоцінити докази, які є в розпорядженні слідчого на даний момент, і в неї може скластися перебільшене про них враження.

"Внутрішня оцінка своєї вини чи невинності породжує оцінку не тільки ситуації в цілому, а й окремих доказів. Винний розуміє значення кожного з них, а на невинного вони ніякого враження не справляють, будуть незрозумілими [3, 144]. Отже, коли особа не винна, то у неї відчуття своєї вини саме по собі не з'явиться. При цьому вона розуміє, що про докази, які свідчать про її вину, не може бути й мови. І якщо слідчий продовжуватиме "створювати неадекватне уявлення про зібрані докази", а тим більше, якщо він робитиме це невміло, то для особи стане очевидним, що він "блефує". А при переростанні тактичного прийому у блеф, може скластися ситуація, що якась Манька Аблігація скаже – "Не бери на понт…".

Одним із способів формування помилкових уявлень про хід розслідування і зібрані у справі докази слугує запропонована А. Ратіновим [9, 194–196] тактична комбінація, що реалізується найчастіше в процесі допиту і полягає в: 1) формуванні в особи помилкового уявлення про обставини, які в дійсності могли б привести до небажаних рішень і дій. Мається на увазі приховування наявних у слідчого доказів або, навпаки, створення перебільшеного уявлення про їх обсяг, значення тощо. Причому поняття "формування" тут слід розуміти не як безпосередній вплив слідчого на психічні процеси особи, а як створення умов для формування у неї помилкового уявлення, умов, за яких таке формування стає можливим, а трапиться це чи ні – залежить від особи, вибраної нею позиції та майстерності слідчого; 2) формуванні завдань, спроба досягнення яких поставить протидіючу особу в програшне положення, наприклад, формування в особи наміру переховати викрадене майно, що б дозволило затримати її на гарячому; 3) формуванні бажаного слідчому методу розв'язання завдання та способу дій, що є типовим для рефлексивного управління; 4) формуванні помилкового уявлення про мету окремих дій слідчого; 5) створенні труднощів для правильної оцінки зацікавленими особами істинної мети слідчого; 6) формуванні у зацікавлених осіб помилкового уявлення про усвідомленість слідчим істинних цілей, які вони переслідують або про неусвідомленість ним неправдивості висловлених пояснень чи поданих доказів; 7) формуванні у підслідного наміру скористатися нікчемними засобами протидії розслідуванню.

Як видно з викладеного, перераховані варіанти завдань тактичної операції передбачають певне маневрування слідчим наявною у нього інформацією про слідчу ситуацію. З морального погляду ця інформація завжди повинна бути достовірною [6, 86].

Прийом непрямого допиту полягає у формулюванні запитання, в якому замасковано по суті два запитання, одне з яких головне, але замасковане другорядним чи нейтральним, однак відповідь на яке й буде відповіддю і на головне запитання. При цьому в допитуваного повинно складатись враження, що слідчого цікавить саме другорядне питання. Наприклад, не ставиться питання, "Чи знаєте Ви Н.? А запитують – "Коли Ви в останній раз зустрічалися з Н.?" Тобто, особі нав'язується думка, що те чи знає вона Н., чи не знає всім добре відомо, а, залишається уточнити лише деталі.

Базується на методах: передачі інформації, рефлексії, навіювання, керованих психічних станів тощо.

Прийом перерваного допиту полягає у тому, що за відсутності зізнання особи і неможливості одержати його в даний момент та за наявності певної сукупності доказів, слідчий вказує на логічну залежність між ними і в самий кульмінаційний момент доведення цієї залежності допит переривається, щоб дати можливість особі самій усвідомити безперспективність зайнятої нею позиції.

Заснований на використанні методу передачі інформації, постановки і варіювання мисленнєвих завдань, переконання, рефлексії, емоціонального експерименту, навіювання, наказу, керованих психічних станів.

При застосуванні цього прийому повинен бути чітко визначеним момент переривання допиту. Як правило це має бути зроблено тоді, коли допитуваний сприйняв передану слідчим інформацію, усвідомив її значимість для себе і от-от повинен повідомити як все склалось насправді, але все ще вагається. Саме в цей момент слідчий і переривається допит та дає можливість допитуваному прийняти остаточне рішення.

При застосуванні цього прийому майстерність слідчого полягає у вмінні відчути психічний стан допитуваного і вчасно перервати допит.

Прийом мисленої реконструкції обставин злочину полягає у тому, що слідчий сам уявляє картину скоєного злочину і розповідає про це допитуваному, чим допомагає йому згадати забуте, відтворити послідовність розвитку певних обставин. Застосування цього прийому засноване на особистому досвіді слідчого, матеріалах огляду та інших доказах.

Базується на методах: передачі інформації, переконання, постановки і варіювання мисленнєвих завдань, рефлексії, емоційного експерименту, навіювання, керованих психічних станів.

Використовуючи цей прийом потрібно бути обережним. Помилкове припущення, подане в категоричній формі може ускладнити ситуацію, тому що допитуваний може зрозуміти, що слідчий всього не знає, а його розповідь базується лише на якихось окремих відомих йому незначних обставинах. Правильність припущення, що має конструюватись особі, потрібно спочатку перевірити і проаналізувати на предмет його переконливості, пам'ятаючи при цьому, що уявлення слідчого про злочин обмежене, а його учасник знає його обставини у повному обсязі. При цьому не слід виключати й того, що підозрюваного оговорили тощо.

Прийом словесної розвідки являє собою спосіб виявлення реакції особи на певну інформацію.

Базується на методах передачі інформації, постановки і варіювання мисленнєвих завдань, навіювання, рефлексії, емоціонального експерименту, керованих психічних станів тощо.

Як правило застосовується при проведенні обшуку. Суть його в тому, що особи, у яких проводиться обшук, в ході його проведення втягуються в діалог зі слідчим. При цьому їх розпитують про розташування приміщень, надвірних будівель, їх призначення, наявність в них певних об'єктів тощо, розуміючи, при цьому, що вони як правило або ж не згадують взагалі або лише побіжно згадують ті місця, де саме заховані розшукувані об'єкти.

Слід враховувати, що коли обшук проводять в особи, у якої немає розшукуваного об'єкта, то вона, звичайно, буде серйозно переживати неприємну процедуру обшуку і відчувати себе морально травмовано, але реагувати не це показаною бравадою та іронією у неї не буде підстав. А тому бравада, іронічні зауваження та підказки, як правило свідчать, що помилки в адресаті обшуку немає, розшукуваний об'єкт тут і залишається лише його знайти.

Саме тому слідчий повинен вміти, судячи з поведінки заінтересованих осіб, розібратись у їх переживаннях та вловлювати їхні реакції, які вказують на близькість особи, що проводить обшук до розшукуваних об'єктів й на основі цього вносити в його хід необхідні корективи. З цією метою, наприклад, на думку А. Ратінова перш ніж перейти до обшуку наступних об'єктів, потрібно об'явити про наступну стадію обшуку і про свої наміри, а при цьому простежити за реакцією та поведінкою присутніх. Словесний подразник, посилює збудження і може зумовити відповідну реакцію з боку обшукуваного [10, 293].

З огляду на зазначене бажано щоб слідчий лише організовував обшук та стежив за його ходом, результатами та поведінкою обшукуваних осіб, а технічну роботу – власне пошукові дії виконували інші.

Прийом *демонстрації можливостей слідства* полягає в тому, що особі демонструють можливості слідства при розв'язанні аналогічних питань, наприклад, за допомогою спеціальних засобів чи досліджень. Це орієнтує особу на те, що у разі потреби ці можливості можуть бути використані й в даному випадку, і обставини, які вона замовчує, все одно будуть встановлені, а щиросердне визнання вини та сприяння розслідуванню може бути враховане при визначенні подальшої її долі.

Базується на методах передачі інформації, переконанні, постановки і варіювання мисленнєвих завдань, рефлексії, емоціонального експерименту, навіювання, прикладу, керованих психічних станів тощо.

Цей тактичний прийом може не тільки спонукати особу до надання правдивих показань, а й полегшує подальший психологічний контакт з нею навіть якщо перша спроба застосування цього прийому негайно видимого ефекту не дала.

Психологічний вплив демонстрації можливостей розслідування може посилюватись, наприклад, шляхом роз'яснення положень закону, коли, зокрема підкреслюють важливість зізнання як пом'ягшуючої обставини та можливість відповідальності за неправдиві показання.

Прийом підтримання належного рівня стану емоційної напруги полягає у постійному контролі за станом емоційної напруги особи та підтриманні його у вигідному для слідчого рівні шляхом її посилення або послаблення. Він загострює почуття відповідальності особи за дані показання і тим самим сприяє меті допиту.

Базується на методах передачі інформації, переконання, емоційного експерименту, навіювання, прикладу, керованих психічних станів.

Стан емоційної напруги у підозрюваного і обвинуваченого при допиті пов'язаний з внутрішнім конфліктом зумовленим боротьбою протилежних інтересів, наприклад, бажанням уникнути відповідальності та сумнівами в можливості цього. А її рівень залежить від особистих якостей особи і насамперед її темпераменту, характеру тощо.

Емоційну напругу можна посилити, роз'яснивши значення боротьби зі злочинністю, нагадавши про відповідальність за надання неправдивих показань або знизити, заспокоївши особу.

Прийом використання стану емоційної напруги має великі перспективи. В.Гончаренко з цього приводу пише: "Як відомо, при допиті широко застосовується метод передачі інформації з метою зміни емоційного стану допитуваного. Однак правильне використання його можливе лише в тих випадках, коли попередньо будуть встановлені межі збудження та гальмування. Таким чином постає питання про застосування об'єктивних методів реєстрації емоційного стану людини, що дасть можливість збільшити ефективність допиту [4, 44].

А такі можливості розширюються. Наприклад, професор Скотт Фаро та його колеги з центру функціонального відображення мозку в медичній школі університету Філадельфії відкрили новий спосіб викриття тих, хто каже неправду. У ході свого дослідження вони попросили добровольців постріляти з іграшкової рушниці, а потім брехати, стверджуючи, ніби вони цього не робили, а інші волонтери спостерігали за стрільбою і казали правду про те, що відбувалося. Під час експерименту всіх добровольців було приєднано до звичайного поліграфа, але водночас діяльність їхнього мозку в реальному часі показувало устаткування для магніторезнансного сканування. Відмінності між тими, хто брехав і хто казав правду, були очевидні. Зокрема, як виявилось, люди використовують різні ділянки мозку, коли брешуть і коли кажуть правду. Крім того, "брехунам" довелося активізувати сім ділянок мозку, а іншим – чотири. Отже, щоб брехати, мозкові доводиться докладати більше зусиль.

Різновидом тактичного прийому підтримання належного рівня стану емоційної напруги і способом його посилення є прийом *різкої зміни стану емоційної напруги*, який іноді досягається шляхом використання "Доброго слідчого і поганого слідчого". Тобто, до підозрюваного прикріплюється два слідчих. Один з них грає роль грубіяна – кричить, погрожує, стукає кулаком по столу, а інший – спокійний, симпатичний, який ніби захищає підозрюваного і робить все, щоб вгамувати свого колегу. Коли напруга досягає найвищої точки, "грубіяна", який вигукує погрози раптом десь викликають, а допит продовжує вести "симпатичний" слідчий. Він дружнім тоном заспокоює підозрюваного, пропонує йому сигарету, чай чи каву і переходить до спокійного, доброзичливого спілкування. Як наслідок така різка переміна обстановки як правило дає потрібні результати – підозрюваний починає давати необхідні показання.

Прийом емоційного експерименту полягає у тому, що особі несподівано пред'являють матеріальні об'єкти, які безпосередньо пов'язані зі скоєним злочином (його знаряддя, об'єкти тощо). Реакція особи на них, дає можливість слідчому встановити чи впливає даний об'єкт на її емоційний стан. Якщо об'єкт зумовлює емоційну напругу, то це свідчить про те, що він раніше сприймався особою яка його впізнала, а тому він зумовлює відповідну її реакцію. Якщо ж особа раніше цього об'єкта не сприймала, то особливих її реакцій на нього він не зумовлюватиме. В кінцевому підсумку результати такого експерименту дають можливість зробити певні висновки стосовно причетності та ставлення особи до скоєного.

Базується на методах: передачі інформації, переконання, постановки і варіювання мисленнєвих завдань, навіювання, прикладу, керованих психічних станів.

Допуск легенди полягає у наданні можливості особі висловити неправдиві свідчення, а потім спростуванні їх неспростовними доказами.

Базується на методах психологічних пасток, передачі інформації, навіювання, постановки і варіювання мисленнєвих завдань, прикладу, керованих психічних станів, рефлексії тощо.

Прийом *нейтралізації особи*, тобто створення таких умов, коли особа бачить і розуміє, що відбуваються якісь важливі, можливо й загрозливі для неї дії, але вона не може розкрити їх істинного змісту, оскільки не володіє необхідною інформацією, а тому й не може запобігти негативним наслідкам цих дій для себе.

Базується на методах психологічних пасток, передачі інформації, навіювання, керованих психічних станів, рефлексії тощо.

Прийом *суспільної ізоляції особи*. Хоча про цей прийом в літературі й не згадується, але на практиці він відомий. Він реалізується насамперед підкреслено офіційним зверненням – "громадянин". Відомим крайнім способом його реалізації, який переходив в приниження особи з боку не обтяжнених морально-етичними умовностями "діячів", на звернення до них "товариш" була відповідь – "тамбовський вовк тобі товариш".

Базується на методах передачі інформації, навіювання, керованих психічних станів, рефлексії.

Іноді називають й інші тактичні прийоми, наприклад, раптовість, як несподіваність дій для подолання протидії, використання слабких місць особистості, повторність тощо, які також базуються на відповідних методах психологічного впливу.

Слід враховувати й те, що названі тактичні прийоми можуть використовуватись як окремо, так і в вигляді тактичних комбінацій.

1. *Доспулов Г.Г.* Психология допроса на предварительном следствии. – М., 1976. 2. *Васильев А.Н.* Юридическая психология. – Л., 1974. 3. *Васильев А.Н., Карнеева Л.М.* Тактика допроса при расследовании преступлений. – М., 1970. 4. *Гончаренко В.Г.* Використання психоаналізаторів у судочинстві. – Вісник київ ун-ту, 1977. – № 18. 5. *Коновалова В.Е.* Психология в расследовании преступлений. – Харьков., 1978. 6. Криминалистическое обеспечение деятельности криминальной милиции и органов предварительного расследования / Под ред. Т. Аверьяновой и Р. Белкина. – М., 1997. 7. *Костицкий М.В.* Введение в юридическую психологию: методологические и теоретические проблемы. – К., 1990. 8. *Лукашевич В.Г.* Тактика общения следователя с участниками отдельных следственных действий: Учебн. пособ. – Киев, 1989. 9. *Ратинов А.А.* Теория рефлексивных игр в приложении к следственной практике // Правовая кибернетика. – М., 1970. 10. *Ратинов А.Р.* Судебная психология для следователей: Учебн. пособ. – М., 1967. 11. *Ратинов А.Р. и др.* Правовая культура и борьба с лжепоказаниями // Правовая культура и вопросы правового воспитания . – М., 1974. 12. *Салтевський М.В.* Криміналістика. Підручник; У 2 ч. Ч. 2. – Харків, 2001. 13. *Шепитько В.Ю.* Теория криминалистической тактики: Монография. – Харьков, 2002. 14. *Шепитько В.Ю.* Теоретические проблемы классификации тактических приемов в криминалистике. – Харьков, 1995. 15. Юридична психологія: Підруч. для студ. юрид. вищ. навч. зал. і фак. / В. Андросюк, Л. Казміренко, Я. Кондратьєв та ін.; За заг. ред. Я. Кондратьєва. – К., 1999.

Надійшла до редколегії 20.03.06

О. Тищенко, канд. юрид. наук

ПЕРСПЕКТИВИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ ЗАГАЛЬНООБОВ'ЯЗКОВОЇ НАКОПИЧУВАЛЬНОЇ СИСТЕМИ ПЕНСІЙНОГО СТРАХУВАННЯ В УКРАЇНІ

Аналізується правове регулювання функціонування загальнообов'язкової накопичувальної системи пенсійного страхування в Україні

The legal regulation of the obligatory pension insurance system functioning in Ukraine is analyzed

Аналізуючи процес реалізації пенсійної реформи в Україні, слід констатувати, що протягом дворічного строку після введення пенсійної реформи залишається невирішеною проблема запровадження накопичувальної системи загальнообов'язкового державного пенсійного страхування. Відповідно до Закону України "Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування" – накопичувальна система загальнообов'язкового державного пенсійного страхування є другим рівнем системи пенсійного забезпечення України, що базується на засадах накопичення коштів застрахованих осіб у Накопичувальному фонді та здійснення фінансування витрат на оплату договорів страхування довічних пенсій і одноразових виплат на умовах, передбачених законодавством [2]. Кошти акумульовані на індивідуальних накопичувальних пенсійних рахунках будуть інвестуватися в економіку держави, що дозволить отримувати інвестиційний дохід і сприятиме реальному збільшенню розмірів додаткових пенсій з накопичувальних рахунків у майбутньому. Але на думку фахівців, впровадження накопичувального рівня стане можливим лише за умови стабільного щорічного зростання внутрішнього валового продукту не менш як на два відсотки, а також, реального підвищення заробітної плати застрахованим особам [5]. Як стверджують економісти, перші вагомі результати запровадження пенсійної реформи, зокрема накопичувального рівня стануть відчутними після 2015 року, і то лише за умов отримання стабільного 8% інвестиційного доходу на накопичувальну складову пенсійної системи. Вказаний інвестиційний дохід зможе забезпечити досить відчутне економічне зростання [3]. Згідно висновку Колегії Рахункової палати України: реформування системи пенсійного забезпечення в Україні проводиться в умовах істотного пенсійного навантаження на роботодавців, невисокого розміру заробітної плати та тіньової зайнятості значної частини працездатного населення, що уповільнює удосконалення солідарної системи і ускладнює формування бюджету Пенсійного фонду України. Відсутність системності в реалізації Пенсійної реформи, підвищення розмірів пенсій, яке випереджає зростання фонду оплати праці, розбалансували бюджет Пенсійного фонду [6]. За таких умов, плановане введення накопичувальної системи пенсійного страхування у 2007 році має стати рятувальним кроком, спрямованим на поступове збільшення в майбутньому розміру пенсійних виплат, завдяки одержанню інвестиційного доходу, адже сукупний середній розмір пенсійних виплат із солідарної та накопичувальної системи прогнозується на рівні 60 відсотків середньої заробітної плати в Україні (для порівняння: зараз такі виплати складають приблизно 35%). Крім того, впровадження накопичувального рівня допоможе посилити залежність розміру пенсії від трудового вкладу особи, а відтак збільшити зацікавленість працівників та роботодавців у сплаті страхових внесків. На думку керівника проекту міжнародної технічної допомоги "Впровадження пенсійної реформи в Україні" Г. Мактаггарта, накопичувальна система перш за все націлена на захист громадян України від злиденного існування на пенсії, тобто це один з ефективних шляхів радикального підвищення рівня життя людей похилого віку. Існуюча сьогодні в Україні солідарна система не здатна забезпечити високі пенсійні виплати [5]. Як зазначено в Проекті Стратегії розвитку пенсійної системи в Україні залишаються нерозв'язаними такі питання пенсійного забезпечення: наявність заборгованості по внесках на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування підприємств, установ і організацій (1,3 млрд.грн.); відсутність належної диференціації пенсійних виплат, обумовленої страховими внесками впродовж трудової діяльності; тіньова заробітна плата та зайнятість; нерозвинутий фінансовий сектор та неналежне корпоративне управління; нестача надійних фінансових інструментів для інвестування пенсійних активів; незадовільний рівень фінансової та правової обізнаності населення у питаннях пенсійного забезпечення; недовіра до пенсійної системи тощо [6].

У даному контексті, заслуговує на увагу, досвід пенсійного реформування окремих зарубіжних країн, зокрема в частині запровадження та функціонування накопичувального загальнообов'язкового рівня пенсійного забезпечення. Серед країн Західної Європи досить успішним було введення накопичувальних систем пенсійного забезпечення у Великобританії. А саме: в Англії розмір додаткової державної пенсії залежить від суми накопичених пенсійних внесків на накопичувальному рахунку і досягає 50% зарплати перед виходом на пенсію. Держава, повсякчас, в першу чергу податковими засобами, стимулює додаткові пенсійні накопичення громадян. Зацікавленість в додатковому пенсійному забезпеченні базується насамперед на тому, що кошти, які перераховуються ними для таких накопичень не обкладаються подоходним податком. Не підлягає оподаткуванню і накопичений у пенсійних фондах інвестиційний дохід. Податок знімається тільки при виплаті пенсій. Таким чином, громадянин отримує свого роду "податковий кредит" на декілька десятиріч і, завдяки інвестуванню всієї накопиченої суми – значний додаток до пенсії [5]. У республіках колишнього Радянського Союзу показовим є запровадження накопичувальної системи в Російській Федерації та Казахстані. В Росії ця пенсія призначається тільки для громадян, яким до призначення пенсії залишилось 10 і більше років. Вводиться диференційована шкала різних вікових груп: зокрема для вікової групи від 35 до 50 років – 2% від фонду заробітної плати, до 35 років – 6%. Якщо до призначення пенсії залишилося 10 років, відкривати накопичувальний рахунок не доцільно. Тому що накопичених коштів не вистачить для укладання з страховою організацією договору страхування довічної пенсії. Законодавством передбачено обов'язок страхувальника (роботодавця) інформувати застраховану особу (працівника) щодо суми страхових внесків перерахованих до накопичувальної частини пенсії (сума внесків обліковується в спеціальній частині особового рахунку застрахованої особи). Таким чином забезпечується додатковий контроль за виконанням роботодавцем своїх зобов'язань по сплаті страхових внесків на пенсійне забезпечення працівників [5].

У 1997 році розпочали пенсійну реформу в Казахстані, на підставі якої була введена тільки накопичувальна система, усі працівники повинні сплачувати що-

© Тищенко О., 2007

найменше 10% доходу до пенсійного фонду обраного на власний розсуд [9].

Також досить успішною є практика застосування в пенсійному реформуванні накопичувальної системи в Польщі та Угорщині. А саме: законодавством Польщі встановлений обов'язок участі у накопичувальній системі для всіх застрахованих осіб, що не досягли 30-річного віку, право самостійно вирішувати приймати участь у вказаній системі чи ні, встановлено для працівників віком від 30 до 49 років. Працівників, які досягли 50-річного віку до обов'язкової накопичувальної системи не залучають. Загальний розмір внеску, який спрямовується до накопичувальної системи складає – 9%. Підставою для обчислення пенсії є умовно-накопичувальні рахунки. Зараховані на ці рахунки внески індексують відповідно до зростання заробітної плати та підвищення темпів інфляції [1]. Законодавством Угорщини регламентуються добровільні засади участі у накопичувальній системі для нинішніх працівників, але вона є обов'язковою для осіб, які розпочинають трудову діяльність. Накопичувальна система забезпечує права на отримання довічних пенсій за умови наявності відповідної суми коштів на накопичувальному рахунку. Працівники сплачують 8% від заробітку, а роботодавці – 22% від фонду заробітної плати. Внески працівників-учасників накопичувальної системи – надходять до накопичувальної системи, а внески роботодавців тільки до солідарної системи [3].

Щодо України, то до особливостей регламентованої чинним законодавством накопичувальної системи варто віднести наступні:

- встановлення вікового цензу для участі в Накопичувальній системі (приймати участь у даній системі будуть зобов'язані особи, яким на день її запровадження не виповнилося: чоловікам – 40, жінкам – 35 років. Чоловіки віком від 40 до 50 років, а жінки – віком від 35 до 45 років зможуть прийняти рішення про участь у даній системі протягом року з дня її введення. Чоловіки, яким на день запровадження страхових внесків до Накопичувального фонду виповнилося 50 років, та жінки, яким на день запровадження цих внесків виповнилося 45 років, не мають права та обов'язку сплачувати страхові внески до Накопичувального фонду);
- максимальний розмір страхових внесків, що спрямовуються до Накопичувального фонду, не може перевищувати 7 відсотків суми заробітної плати (доходу) застрахованої особи;
- за рахунок коштів Накопичувального фонду, що обліковуються на накопичувальних пенсійних рахунках, здійснюються такі види пенсійних виплат: 1) довічна пенсія з установленим періодом; 2) довічна обумовлена пенсія; 3) довічна пенсія подружжя; 4) одноразова виплата (ст. 53, ст. 54 Закону "Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування" [4]. Як бачимо, в чинному законодавстві України прослідковуються підходи щодо функціонування накопичувальної системи загальнообов'язкового пенсійного страхування, які застосовуються в багатьох країнах світу і, що дуже суттєво, на практиці доведено їх ефективність.

Враховуючи все вищезазначене, варто зробити висновок, що головною позитивною рисою накопичувальної пенсійної системи є те, що вона відчутно усуває вплив фактору старіння населення, який призводить до неспроможності солідарного принципу фінансування. Для нашої держави це питання є надактуальним тому, що демографічна ситуація в Україні – одна з найскладніших у Європі. Про це засвідчують наступні цифри: якщо в середині минулого сторіччя кількість населення України віком більше 60-ти років складало 11% від загальної чисельності населення держави, то сьогодні ця чисельність майже подвоїлась і, починаючи з 2011 року, почне стрімко зростати і може досягнути 30%. Пік демографічного навантаження буде досягнуто у 30-х роках XXI сторіччя, коли на 10 осіб працездатного віку припадатиме 11 пенсіонерів (тобто один працюючий утримуватиме одного пенсіонера). Підраховано, що через 50 років у світі понад 40% усіх людей будуть пенсійного віку [7]. Крім того, запровадження накопичувальної системи пенсійного страхування сприятиме формуванню потужного джерела інвестиційних доходів для зростання національної економіки. Передбачається, що в недалекому майбутньому, починаючи з 2018 року, громадяни матимуть право кошти, накопичені на їх пенсійних рахунках, переводити з Накопичувального фонду до обраних ними недержавних пенсійних фондів. Таким чином, застраховані особи зможуть вирішувати, яка інвестиційна політика є найбільш прийнятною для інвестування їх пенсійних заощаджень.

1. *Власюк В.* Кассовый метод // Бизнес. – 2003. – № 12(531). 2. Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування в Україні: Закон України від 9.07.2003 №1058-IV // Голос України.-22 серпня. – 2003. – № 157(3157). 3. *Ткач А.* Прошу пана до…// Бизнес. – 2003. – № 32(551). 4. http://www.rada.gov.ua. 5. http://www.pension.kiev.ua. 6. http://dn.kiev.ua. 7. http://emigration.russie.ru.

Надійшла до редколегії 10.04.06

О. Совгиря, канд. юрид. наук

ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ ПОНЯТТЯ "ПАРЛАМЕНТСЬКА ОПОЗИЦІЯ" У ПОЛІТИКО-ПРАВОВІЙ ДУМЦІ

Розглянуто історію становлення поняття "парламентська опозиція" у зарубіжній та українській політико-правовій думці з метою з'ясування особливостей цього явища на різних етапах суспільно-історичного розвитку

The history of formation of definition "parliamentary opposition" in foreign and Ukrainian political and legal thoughts for determining peculiarities of this phenomenon at different stages of public and historical development is examined

Історія виникнення та розвитку поняття "парламентська опозиція" тісно пов'язана із історичним розвитком уявлень про такі поняття, як: "політична опозиція", "політична партія" та "система стримувань і противаг", оскільки парламентська опозиція є різновидом політичної опозиції і її функціонування не може відбуватися у відриві від функціонування політичних партій. В.Філатов слушно зазначає, що система розподілу влади як механізм стримувань і противаг різних органів державної влади і багатопартійна система як механізм стримувань і противаг різних партій підтримують і доповнюють один одного, захищають політичну владу від узурпації одним органом держави або однією партією [25, с. 53]. В. Бабкін відзначає, що система стримувань і противаг є важливим інструментом діяльності для опозиції [4, с. 197]. Парламентська опозиція у системі стримувань і противаг між ор-

© Совгиря О., 2007

ганами державної влади і багатопартійною системою виконує функцію своєрідної з'єднуючої ланки, та водночас є практичним "реалізатором" того механізму, який закладений у цій системі. Л. Ентін з цього приводу зазначає, що певна система противаг діє і у випадку, коли робиться все для того, щоб не допустити, аби партія, яка явно домінує у парламенті (палаті), повністю підпорядкувала собі керівні і допоміжні органи і саму процедуру роботи; думка і голос меншості обов'язково мають бути почуті і у цьому одна з характерних особливостей парламентської демократії [49, с. 80]. Вчення про систему стримувань і противаг, як відомо, започаткували та розвивали Дж. Локк, Ш. Монтеск'є, Б. Франклін та ін. Як слушно зазначає І. Варзар , вказані вчені "... вбачали в політичній опозиції офіційній владі один з елементів "системи противаг ... [10, с. 95]".

Розглянемо еволюцію поняття "парламентська опозиція" у політико-правовій думці у її взаємозв'язку із наведеними вище поняттями.

Так, видатний давньогрецький філософ Платон, як слушно зазначає Є. Темнов, рішуче відмовляється від примусу і придушення як методів підтримки установленого державою правопорядку і розумного співіснування; Платон передбачає підкорення, засноване на моральній перевазі одних над іншими. Разом із тим, він не допускає думки про безконтрольність влади, про відсутність відповідальності за дії політиків і правителів. "Коли виповнюється рік правління" будь-якого правителя потрібно поставити перед судом народу і вимагати у нього звіту [42, с. 30, 60].

Арістотель у своїй "Політиці" розглядає питання про причини політичних переворотів та, як відзначає Б. Чичерін, їх головну причину вбачає у прагненні до рівності, до повстання ж вдаються ті, хто вважає себе обділеним і вважає, що їм не віддається належне, тому, на думку Б. Чичеріна, Арістотель називає хиткими правління, засновані виключно на одному началі [47, с. 37].

Ф. Аквінський у дусі середньовічної схоластики відзначає, що підкорятися владі потрібно настільки, наскільки вона від Бога і виділяє два випадки, за наявності яких піддані можуть не підкорятися владі: 1) коли велять те, що противне повелінню Божому, бо Бог вищий властитель; 2) коли велять те, на що не поширюється влада правителя [47, с. 65].

Б.Спіноза, обстоюючи свободу кожного говорити і навчати кожного тому, що він думає, висуває важливе питання про межу, до якої ця свобода може і повинна даватися кожному без шкоди для спокою в державі й без порушення права верховної влади. Дане питання він вирішує таким чином, що оскільки кожен поступився на користь верховної влади діяти за власним рішенням, але не поступився правом міркувати і судити, за ним залишено дане право, яким він вправі користуватися без обмежень, але при цьому, не порушуючи права й авторитету верховної влади, тобто не порушуючи миру в державі [41, с. 216].

Т. Гоббс говорить не тільки про можливість, а й про доцільність окремих членів протестувати проти постанов представницьких зборів і примушувати вносити в протокол або так чи інакше засвідчувати їх незгоду. Разом із тим, Т. Гоббс повністю заперечує можливість протесту по відношенню до верховної влади (суверена), оскільки той, хто протестує, таким чином заперечує верховну владу і такий протест не може мати місця, оскільки те, що повеліває верховна влада є виправданим цим велінням, бо відповідальним за таке веління є кожний підданий [11, с. 249] (оскільки саме піддані за Т. Гоббсом обирають суверена) (примітка моя. – *О. С.*).

Натомість Дж.Локк обґрунтовує доктрину законності опору головній посадовій особі, якщо ця особа не є священною і мають місце незаконні прояви її влади [28, с. 382].

Ш.-Л. Монтеск'є, вважаючи монархічну форму правління найбільш вдалою, відзначає, що, якщо злочин образи величності не визначено, то цього вже достатньо, щоб правління виродилося у деспотизм [32, с. 323], і започатковує таким чином ідею про необхідність законодавчого визначення межі між тим, що є "образою" для влади і тим, до чого влада повинна ставитися із розумінням.

Інший мислитель – Д.Юм – закликає до обережності при застосуванні на практиці доктрини про опір владі. Він відзначав, що загальне правило вимагає підпорядкування останній; виняток же допускається лише у випадку крайньої тиранії, крайнього пригнічення [50, с. 592].

Таким чином, наведені міркування видатних представників політико-правової думки, свідчать про те, що до початку XVIII ст. немає підстав говорити про існування політико-правового обґрунтування ідеї парламентської опозиції. Разом із тим, політико-правові погляди наведених вище мислителів через розробку концепцій права на опір, меж здійснення верховної влади тощо заклали основи для виникнення та розробки концепції парламентської опозиції у зарубіжній політико-правовій думці.

Аналіз політико-правової думки з початку XVIII ст. свідчить про зародження концепції політичної, а також парламентської опозиції.

Так, І.Кант розрізняв активний опір, що може бути вчинений проти монарха, і який на думку І.Канта , заслуговує на критику, оскільки проти монарха недопустимі ні обурення, ні повстання. Разом із тим, він вважає можливим законний пасивний опір, який може виходити не від народу, а тільки від його представників у парламенті. При цьому такий опір, на думку вказаного автора, є навіть необхідним, оскільки, якщо б народ завжди поступався вимогам виконавчої влади, то це було б вірною ознакою того, що він зіпсований, його представники продажні, голова уряду діє як деспот через свого міністра, а цей сам зраджує народу [24, с. 362].

Ж.О. Ламетрі ставить питання про те, чи можна з а к о н н и м (розрядка моя. – *О. С.*) чином протидіяти такій розумній істоті як людина висловлювати і повідомляти іншим людям те, що вона думає, або в письмовій формі, або по-іншому з приводу тих або інших тверджень, якої б властивості вони не були. Разом із тим, за Ж.О. Ламетрі таке питання не повинно виникати по відношенню до членів парламенту, оскільки вони є лише адміністраторами і виконавцями волі монарха, за яким завжди лишається право остаточного вибору [27, с. 340].

П.А. Гольбах відзначав, що боротьба політичних партій є необхідною для політичного організму, оскільки він вимагає рухів і вправ для збереження сил і підтримання життєдіяльності [12, с. 367].

Уперше сутність поняття опозиційної партії сформулював англійський лорд Болінбрук у 1749 р. До завдань партій, які програли під час виборів, зазначав він, входить: по-перше, систематично критикувати діяльність уряду, вказуючи на його помилки й недоліки; по-друге, контролювати дії влади з точки зору їх відповідності до Конституції, до проголошених під час виборів обіцянок та морально-етичних принципів, прийнятих у даному суспільстві, по-третє, пропонувати альтернативне вирішення проблем, що виникають. Саме Болінбрук обґрунтував принцип, що визначає сферу лояльної діяльності опозиції. Зміст цього принципу полягає у постійному забезпеченні балансу гілок влади, контролі і критиці з боку опозиції дій уряду, внесенні пропозицій, спрямованих на реформування державно-правових інститутів [35, с. 232].

Раціонально пояснив існування партій, а також розробив і обґрунтував концепцію лояльної опозиції інший англійський вчений Е. Берк. За його вченням, існування багатопартійності допускається на принципах лояльної опозиції, завдання якої полягало в тому, щоб, змагаючись за владу, шукати способів зміцнення держави, яка існує у формі парламентської монархії, і покращення суспільних відносин, заснованих на приватній власності. Організаційно це мало бути закріплено шляхом розмежування функцій правлячої партії або Уряду з одного боку, та функцій провідної партії меншості або, офіційно, Найбільш Лояльної Опозиції Її Королівської Величності, з іншого [26, с. 144–145].

Крім того, як слушно відзначає Г.Єллінек, багато вчених присвятили свої роботи питанням того, чи існує меншість, яка за своєю природою має претензії на визнання її прав. Враховуючи ту обставину, що парламентська опозиція, як правило, хоча і не завжди, є складовою парламентської меншості, можна вважати, що ці дослідники заклали теоретичні підвалини для подальшої розробки питання стосовно місця та ролі парламентської опозиції у політичній системі суспільства. Єллінек Г. виділяє серед них, зокрема: Калхауна, Т.Х.Ара, Д.С.Мілля, Г.Спенсера, Г.С.Мена, Констана, Гізо, Токвіля, Лабуле, Дюпон-Уайта. У своїй роботі "Право меншості" Г.Єллінек зазначає, що вказані вчені виходять з того, що існують межі для волі більшості, що чисте панування більшості означає ніщо інше, як загарбання і тиранію. На питання про межі панування більшості, більшість з них відповідає положенням: право меншості йде також далеко, як і право особистості [20, с. 26]. У іншій своїй роботі – "Загальне вчення про державу" – Г.Єллінек розглядає питання про природу рішення, прийнятого парламентом як результат компромісів, пристосування до співвідношення сил окремих партій. При цьому він зазначає, що це рішення не є, однак, волею суспільства, тобто не сума воль соціальних груп – шляхом такого складання воль за загальним правилом неможливо було б вивести ніякого рішення – а єдина народна воля [19, с. 427].

Д.С.Мілль відзначав, що відповідне представництво меншості є суттєвим завданням демократії, зазначаючи при цьому, що поза цим немислима ніяка істинна демократія [30, с. 72].

Р.Моль у роботі "Енциклопедія державних наук" фактично говорить про лояльну, конструктивну опозицію, однак прямо не називаючи дане поняття. Так, він зазначає, що кожна партія повинна розумним чином прагнути до того, щоб вести уряд своїм шляхом і, відповідно, наповнити його своїми прихильниками. Тому у політично розвинутого народу скільки-небудь розумні партії не будуть намагатися ускладнити до неможливості дії уряду або виставляти вимоги, яких жоден уряд не в змозі виконати; але вони будуть прагнути до того, щоб усунути відому урядову систему, ворожу їх власним поглядам і пануючу у даний час; при цьому вони не будуть вимагати нічого такого, чого б вони самі не могли або не бажали виконати, якщо б досягли влади [31, с. 118–119].

А.Токвіль, зазначає, що перевага однієї партії над іншою виникає як результат порушення рівноваги між партіями, коли думка громадян держави перестає бути єдиною. Разом із тим, він не говорить про можливість цивілізованого співіснування партій, у період сучасний написанню його роботи, натомість зазначаючи, що партія, яка отримала перевагу, руйнує всі перешкоди, вимотує свого противника і ставить все суспільство цілком собі на службу, а переможені у відчаї від такого успіху свого противника, припиняють свою діяльність [44, с. 147]. Але на перспективу А.Токвіль говорить, що провідні діячі партії, яка лишилася за порогом влади, повинні мати право об'єднати свої сили; і ця меншість повинна мати право протиставити владі, яка буде їх ущемляти, силу морального впливу на маси [44, с. 157].

Розгляду одного з елементів механізму боротьби парламентської меншості з парламентською більшістю – парламентській обструкції, присвятив свою роботу Е.Бранденбург [8].

І.Варзар слушно відзначає, що наприкінці XIX – на початку XX століття питаннями теоретичного обґрунтування феномену політичної опозиції займалися такі відомі політологи, як: В.Парето, Р.Міхельс та М.Вебер. Цікаво, що В.Парето епізодично заговорив навіть про "опозиціологію" [10, с. 95].

Ціла низка російських, а згодом і радянських вчених присвятила свої праці питанням, що так або інакше мають відношення до становлення цілісного наукового розуміння поняття "парламентська опозиція".

Так, М.Петрашевський подає розгорнуте та досить всебічне розуміння поняття "опозиція", наводячи його класифікацію, функції, призначення. Він відзначає, що опозиція є явищем, необхідним за будь-якої форми суспільного побуту, бо вона є ніщо інше як виявлення загального закону протидії сил, за умови впливу або взаємовпливу яких здійснюється розвиток всіх форм буття в природі [37, с. 743].

М.Новосільцев у розробленому ним проекті "Державної статутної грамоти Російської імперії" закріплює повну свободу членів сейму викладати свою думку стосовно проектів, що вноситимуться у сейм монархом до їх затвердження ним [33, с. 652]. Повну свободу членів Сенату висловлювати свої думки, не піддаючись ніякий відповідальності, обстоював також К.Кавелін [23, с. 49].

Б.Чичерін у своїй роботі "Про народне представництво" приділив досить значну увагу питанню функціонування опозиції у представницькому органі. Він виділяє позитивні та негативні аспекти такого функціонування, відносячи до перших те, що, піддаючись постійній критиці, уряд завжди стоїть насторожі і намагається уникнути всіляких приводів до справедливих нарікань. Негативним же аспектом Чичерін Б.М. вважає те, що боротьба з противниками забирає значну частину сил та енергії [46, с. 138, 140].

Г.Шершеневич вважав важливим з'ясування питання про межі свавілля державної влади, а до таких меж він відносив власний світогляд монарха або членів парламенту та ступінь готовності підкорятися владі. При цьому він відзначав, що, якщо державна влада дозволить собі переступити межі того, з чим може примиритися народний світогляд, то вона повинна очікувати вираження невдоволення з боку підвладних; якщо ж страх перед впливом державної влади примушує коритися їй, то страх протидії з боку громадян примушує владу стримуватися і бути обережною. Таким чином, Г.Шерешеневич фактично говорить про можливість та невідворотність існування за певних умов політичної опозиції. Разом із тим, він не передбачає існування опозиції парламентської, об'єднуючи парламент та монарха в єдине ціле поняттям "влада", яке у нього є тим неподільним, всередині якого не можуть існувати суперечності [34, с. 42].

І.Ільїн відмічає необхідність закріплення у Проекті Основного Закону Російської Імперії депутатських імунітету та індемнітету [21, с. 23]. Разом із тим, у Тезах до доповіді про Основи державного ладу майбутньої Росії він відмічає необхідність існування особливого регулювання політичних партій, що забороняє будь-яку партію, яка мислить не від цілого (а таким цілим у нього є усвідомлення владою і народом єдності, спільної справи)

[22, с. 140]. Таким чином, І.Ільїн, не відкидаючи можливості існування партій із різними політичними поглядами, вважає за необхідне встановлення меж "коливання" таких поглядів.

Представники російського анархістського напрямку політичної думки (зокрема, М.Бакунін, О.Боровой) у своїх роботах засуджують народне представництво, парламентаризм, а також той механізм який лежить в їх основі – механізм політичних партій [5, с. 29], [7, с. 604], тим самим виступаючи і проти парламентської опозиції у тому числі. Інший представник політичної думки кінця XIX-початку XX століття – Л.Тихомиров, будучи монархістом за своїми політичними переконаннями, також критикує парламентаризм і панування партій, вважаючи їх підміною "народоправства" [43, с. 126]. Неможливість існування парламентської опозиції обумовлена і суттю фашистської держави, в якій, як відзначає М.Устрялов, держава – це партія, а партія – це вождь [45, с. 779].

За радянських часів панування марксистсько-ленінської ідеології можливість функціонування парламентської опозиції або заперечувалася взагалі, або розглядалася досить спрощено, примітивно.

Так, В.Ленін опозиційну діяльність вважав " ... грою буржуазних партій в опозицію, яку серйозно не сприймає жоден уряд ... [6, с. 202]". Ю.Мартов (Цедербаум) зводив боротьбу між політичними партіями у парламенті до боротьби у повсякденному житті, де вона набуває характеру боротьби "за копійку", за владу одних над іншими, за звільнення одних від гніту інших [29, с. 559]. Г. Александров, обґрунтовуючи ідею необхідності існування виключно однієї політичної партії, відзначає, що демократичний або антидемократичний характер суспільного життя, держави, політики, уряду, визначається не кількістю партій, а сутністю політики цієї держави, цих партій, тим – в інтересах народу або в інтересах його меншості проводиться в життя та або інша політика [1, с. 822].

В Україні, як відзначають Д.Шелест та О. Якубовський, перші теоретичні розробки з питань опозиції зроблені представниками освітньої еліти – латинопольськомовними діячами часів Відродження і Реформації. Серед них видатні постаті загальноєвропейського масштабу: філософ і вчений Юрій Дрогобич (1450–1494 рр.), поет Павло Русин із Кросна (близько 1470–1517 рр.), письменник Станіслав Оріховський (1513–1566 рр.), магістр вільних наук Лукаш з Нового міста (пр. 1542 р.) та ін. Вони твердо стояли за еволюційний розвиток опозиції, вважаючи, що соціальні конфлікти ведуть до взаємного знищення людей і культури; необхідність опозиції, вважали вони, обумовлюється тим, що всупереч твердженню богословів королівська влада виникає внаслідок угоди між людьми (суспільного договору). Правитель повинен обов'язково обиратися і залежати від волі громадян республіки. Того ж правителя, який не дослухається голосу громадян, не має при собі сенату (або має його у вигляді "нікчемного гурту людей"), який використовує республіку для своїх потреб, С. Оріховський називає тираном, що дбає лише про спільників, які уміють тримати язика за зубами [48, с. 88–89].

Важливі етапи розвитку опозиції в Україні відзначені діяльністю православних братств, творчістю письменників-протестантів. Вчені Києво-Могилянської академії довели, що риторика, ораторське мистецтво – це політична зброя як для правителів, так і для опозиції [48, с. 90].

Важливою віхою у розвитку української політико-правової думки стали праці М.Драгоманова та М. Грушевського.

Так, О.Скакун слушно зазначає, що М.Драгоманов, відмічаючи, що в основі демократії лежить воля більшості, вказував на необхідність врахування волі меншості. М.Драгоманов виходив з міркувань, що волі більшості повинні бути поставлені кордони, що повне панування більшості являло б собою гніт і тиранію. "Відмінність у думках людських" він називав природною, такою, що випливає з природи людини, яка не тільки не шкодить людям, а й слугує їм для того, щоб "доходити до правди". Він відстоював право на критику існуючих порядків, вимагав політичної амністії [39, с. 62–63].

М.Грушевський у роботі "Конституційне питання: українство в Росії", розмірковуючи стосовно основних засад державного будівництва, наголошує на необхідності представлення меншості шляхом удосконалення виборчої системи, хоча і залишає поза своєю увагою питання її діяльності у виборному органі [13, с. 14–15]. В.Журавський слушно відзначає, що М.Грушевський не оминає і проблеми відносин депутата і виборця, насамперед, з точки зору їх взаємної відповідальності, позитивно ставиться до того, що "правове звичаєве право" депутатів вимагає від них уваги до конкретних потреб кожного громадянина, з якими вони звертаються [17, с. 41]. Проте існує певна межа, якої не можна переходити, особливо тоді, коли в такій ситуації опиняється "... опозиційний депутат, змушений жертвувати своїми поглядами заради виконання "побутових" наказів своїх виборців [14, с. 5]".

Розглянемо погляди представників політико-правової думки середини та кінця XX століття стосовно ролі, місця та значення парламентської опозиції у політичній системі суспільства.

Так, М.Дюверже у праці "Політичні партії" розглядає питання опозиції як одну із функцій партії. При цьому він відзначає, що наявність організованої опозиції є сутнісною характеристикою західної демократії, а демократії східної – її відсутність. Крім того, М.Дюверже виділяє особливості функціонування опозиції за різних партійних систем. Так, за однопартійної системи справжня опозиція знаходиться поза самою партією. Вона виявляється у формі дисидентських фракцій, течій меншості, що більш або менш вільно критикують уряд на партійних зборах; ці фракції та течії можуть проявлятися і на парламентському рівні. При двопартійній системі опозиція перетворюється у справжній інститут, тоді як за багатопартійної системи не зовсім зрозумілі її кордони по відношенню до уряду. За багатопартійної системи невизначеність зростає ще й у світлі того факту, що доводиться розмежовувати опозицію зовнішню, що представлена партіями меншості, і опозицію внутрішню – між партіями самої більшості. Зупиняється М.Дюверже і на питанні виникнення опозиції, зазначаючи, що протягом історії можна було виявити чисельні сліди особливої організації опозиції. Цій ідеї відповідало – принаймні при зародженні – запровадження у Римській республіці посад трибунів плебса, наділених правом intercessio (лат. – протесту). Пізніше роль того ж порядку по відношенню до феодальних монархій середньовіччя відігравала церква. Починаючи з XVII століття опозиція більше не існувала у якості якоїсь окремої установи; місце опозиційних інститутів, що створювалися державою і спрямовувалися проти власне урядових інститутів, зайняло протистояння самих цих інститутів. Відокремлення законодавчої влади від виконавчої первісно породжено саме цією ідеєю: поряд з королем запроваджувалася асамблея, покликана його обмежувати. Але одного разу монарх зник і, оскільки досвід якобінців показав всю небезпеку концентрації повноважень у руках Зборів, було винайдено нові форми втілення опозиційної функції, як правило, у вигляді внутрішнього протистояння різних владних органів. Сучасний розвиток політичних партій разом зі зміною класичного розподілу влади перетворив і функцію опозиції, знов уособивши її в окремому органі, зовнішньому по відношенню до уряду [16, с. 497].

К.Поппер вважав такою, що відповідає принципу демократії, ситуацію, за якої особи, хоча і скоряються волі більшості, щоб уможливити роботу демократичних інститутів, але почуваються необмеженими у виборі демократичних засобів боротьби за перегляд такого рішення [36, с. 145].

Сіган Бернард Г. у "Пропонованому зразку конституції", закріплюючи у ній депутатський імунітет та індемнітет, не вважає за необхідне вводити до її змісту будь-які положення, що стосуються правового статусу парламентської меншості та опозиції [38, с. 79–98].

Ж.Зіллер розглядає врахування позицій меншості як необхідну складову європейської традиції парламентаризму [18, с. 76].

Х.Арендт, характеризуючи роль опозиційної партії в англосаксонській партійній системі, відзначає, що через те, що правління кожної партії обмежене в часі, опозиційна партія здійснює контроль, ефективність якого посилюється певністю того, що вона правитиме завтра; фактично, як відзначає вказаний автор, саме опозиція, а не символічне становище короля, оберігає єдність цілого від однопартійної диктатури [3, с. 300].

Дж.Сорос відзначає, що принципом демократії є умови, за яких кожен вільний виражати свої погляди і, в разі ефективності критичного процесу, погляд, що зрештою стає панівним, майже точно віддзеркалюватиме найкращі наміри учасників [40, с. 168]. На нашу думку, вказаний принцип є визначальним не тільки для демократії в цілому, а і для функціонування парламентської опозиції як її невід'ємної складової.

Р.А.Даль, розглядаючи співвідношення демократії та опозиції, зупиняється, зокрема, на такому аспекті як співвідношення права на опозицію із реальністю виборчого права та характером існуючого уряду. Так, він вважає, що держава, в якій загальне виборче право поєднується з абсолютно репресивним урядом, надає опозиції значно менше можливостей, ніж держава з обмеженим виборчим правом і високо толерантним урядом. Крім того, Р.А.Даль виводить залежність між функціонуванням опозиції та витратами, які повинен робити уряд на те, щоб співіснувати із нею: чим менші витрати, пов'язані з тим, що треба терпіти опозицію, тим міцніший уряд, а чим більші витрати, пов'язані із приборканням опозиції, тим міцніша опозиція [15, с. 18].

Г.Алмонд, Дж.Пауелл, К.Стромм, Р.Далтон розглядають опозицію, у тому числі парламентську, як невід'ємний елемент політичної системи суспільства, характеризуючи її місце та роль у цій системі у взаємозв'язку із функціонуванням політичних партій, уряду та інших елементів вказаної системи [2].

П.Бромхед у своїй роботі "Еволюція Британської Конституції" подає історію розвитку інституту парламентської опозиції у Великобританії, відзначає її характерні риси, детально розглядає функції "тіньового кабінету" та порядок його функціонування. Говорячи про риси офіційної опозиції у цій країні, вказаний автор в якості однієї з її найважливіших рис відзначає лояльність [9, с. 144].

Таким чином, для політико-правової думки XVIII–XX ст. є характерною активна розробка концепції парламентської опозиції та її визнання в якості невід'ємного елементу політичної системи демократичного суспільства. Разом із тим, в Україні таку тенденцію ми можемо спостерігати до входження її до складу Радянського Союзу та після проголошення незалежності. У період же її перебування у складі Радянського Союзу у політико-правовій думці відкидалася можливість обґрунтування поняття "парламентська опозиція" з точки зору її належності до демократичних інститутів політичної системи суспільства.

1. *Александров Г.Ф.* О советской демократии // Антология мировой политической мысли: В 5 т. – М., 1997. – Т. 4: Политическая мысль в России: Вторая половина XIX–XX в. 2. *Алмонд Г., Пауэлл Дж., Стромм К., Далтон Р.* Сравнительная политология сегодня: мировой обзор: Учебное пособие: Пер. з англ. – М.: Аспект Пресс, 2002. – 537 с. 3. *Арендт Х.* Джерела тоталітаризму: Пер. с англ. – К.: Дух і літера, 2002. – 539 с. 4. *Бабкін В.Д.* Державна влада і політична опозиція // Правова держава. Щорічник наукових праць. Вип. 7. – К., 1996. 5. *Бакунин М.А.* Государственность и анархия // Антология мировой политической мысли: В 5 т. – М., 1997. – Т. 4: Политическая мысль в России: Вторая половина XIX–XX в. 6. *Бойченко Г.Г.* Политическая организация США, общественные институты и их взаимодействие с государством. – Минск, 1970. 7. *Боровой А.А.* Анархизм // Антология мировой политической мысли: В 5 т. – М., 1997. – Т. 4: Политическая мысль в России: Вторая половина XIX–XX в. 8. *Бранденбургъ Э.* Парламентская обструкция. Ея исторія и значеніе: Пер. с нем. – Одесса, 1906.9. *Бромхед П.* Эволюция Британской Конституции: Пер. с англ. – М.: Юрид. лит., 1978. – 336 с. 10. *Варзар І.М.* Політологічні і історіологічні засади феномена "Політична опозиція" // Політична опозиція: теорія та історія, світовий досвід та українська практика. – К., 1996. 11. *Гоббс Т.* Левиафан, или материя, форма и власть государства церковного и гражданського // Гоббс Т. Избранные произведения: В 2 т. – М., 1964. – Т. 2. 12. *Гольбах Поль Анри* Естественная политика или беседы об истинных принципах управления // Гольбах Поль Анри Избранные произведения: В 2 т. – М., 1963. – Т. 2. 13. *Грушевський М.* Конституційне питання: українство в Росії. – Львів, 1905. 14. *Грушевський М.* Наша політика. – Львів, 1911. 15. *Даль Р.А.* Поліархія. Участь у політичному житті та опозиція: Пер. з англ. – Х.: Каравела, 2002. – 216 с. 16. *Дюверже М.* Политические партии: Пер. с франц. – М., 2000. 17. *Журавський В.* Розвиток доктрини українського парламентаризму в XIX – на початку XX ст. // Право України. – 2001. – № 5. – С. 37–41. 18. *Зіллер Ж.* Політико-адміністративні системи країн ЄС. Порівняльний аналіз: Пер. з фр. – К.: Основи, 1996. – 420 с. 19. *Еллинекъ Г.* Общее ученіе о государствь. – С- Пб. 20. *Еллинекъ Г.* Право меньшинства: Пер. с нем. – М., 1906. 21. *Ильин И.А.* Основы государственного устройства. Проект Основного Закона Российской Империи. – М., 1996. 22. *Ильин И.А.* Тезисы к докладу об основах государственного строя будущей России // Ильин И.А. Основы государственного устройства. Проект Основного Закона России. – М., 1996. 23. *Кавелин К.Д.* "Чем нам быть?" Ответ редактору газеты "Русский мир" в двух письмах. Письмо второе. // Антология мировой политической мысли: В 5 т. – М., 1997. – Т. 4: Политическая мысль в России: Вторая половина XIX–XX в. 24. *Кант И.* Метафизика нравов в двух частях. 1797 // Кант И. Критика практического разума. – С-Пб, 1995. 25. *Колдаев В.М.* Политическая система общества: Учебное пособие. – М., 2000. 26. *Колодій А.Ф.* Політичний спектр посткомуністичних держав і проблема формування лояльної опозиції (приклад України) // Політична опозиція: теорія та історія, світовий досвід та українська практика. – К., 1996. 27. *Ламетри Ж.О.* Опыт о свободе высказывания мнений // Ламетри Ж.О. Сочинения. – М., 1986. 28. *Локк Дж.* Два тракта о правлении. Кн. 2. // Локк Дж. Сочинения: В 3 т.: Пер. с англ. и лат. – М., 1988. – Т. 3. 29. *Мартов (Цедербаум) Ю.О.* Политические партии в России // Антология мировой политической мысли: В 5 т. – М., 1997. – Т. 4: Политическая мысль в России: Вторая половина XIX–XX в. 30. *Милль Дж.* Стюарт Представительное правление: Пер с англ. – С-Пб., 1897. 31. *Моль Р.* Энциклопедія государственныхъ наукъ. – С-Пб-М., 1868. 32. *Монтескье Ш.-Л.* О духе законов // Монтескье Ш.-Л. Избранные произведения. – М., 1955. 33. *Новосильцев Н.Н.* Государственная уставная граммота Российской Империи // Антология мировой политической мысли: В 5 т. – М., 1997. – Т. 3: Политическая мысль России: X – первая половина XIX в. 34. *Общее* ученіе о правь и государствь. Лекціи Г.Ф. Шершеневича. – М., 1911. 35. *Опозиція* // Політологічний енциклопедичний словник: Навчальний посібник для студентів вищ. навч. закладів. – К., 1997. 36. *Поппер К.* Відкрите суспільство та його вороги: Пер. з англ.: В 2 т. – К., 1994. – Т. 1: У полоні Платонових чар. 37. *Петрашевский М.В.* Карманный словарь иностранных слов, вошедших в состав русского языка. Выпуск второй (1846) // Антология мировой политической мысли: В 5 т. – М., 1997. – Т. 3: Политическая мысль России: X – первая половина XIX в. 38. *Сіган Бернард Г.* Створення Конституції для народу чи республіки, які здобули свободу: Пер. з англ. – К.: Інститут демократії імені Пилипа Орлика, 1993. – 126 с. 39. *Скакун О.Ф.* М. П. Драгоманов как политический мыслитель. – Х., 1993. 40. *Сорос Джордж* Утвердження демократії: Пер. з англ. – К.: Основи, 1994. – 224 с. 41. *Спіноза Бенедикт* Теологічно-політичний трактат: Пер. з лат. – К., 2003. 42. *Темнов Е.И.* Платон: философия государства, права, политики // Платон Государство. Законы. Политика. – М., 1998. 43. *Тихомиров Л. А.* Критика демократии. – М., 1997. 44. *Токвиль Алексис де* Демократия в Америке: Пер. с франц. – М., 2000. 45. *Устрялов Н.В.* Итальянский фашизм // Антология мировой политической мысли: В 5 т. – М., 1997. – Т. 4: Политическая мысль в России: Вторая половина XIX–XX в. 46. *Чичерин Б.Н.* О народном представительстве // Антология мировой политической мысли: В 5 т. – М., 1997. – Т. 4: Политическая мысль в России: Вторая половина XIX–XX в. 47. *Чичерин Б.Н.* Политические мыслители древнего и нового мира. – С-Пб., 1999. 48. *Шелест Д.С., Якубовський О.П.* Політична опозиція в Україні: традиції і сучасність // Політична опозиція: теорія та історія, світовий досвід та українська практика. – К., 1996. 49. *Энтин Л.М.* Разделение властей: опыт современных государств. – М., 1995. 50. *Юм Д.* Трактат о человеческой природе, или попытка применить основанный на опыте метод рассуждения к моральным предметам. Трактат о человеческой природе. Книга третья. О морали // Юм Д. Сочинения: В 2 т.: Пер. с англ. – М., 1996. – Т. 1.

Надійшла до редакції 09.03.06

Є. Рябоконь, канд. юрид. наук

ОСОБЛИВОСТІ СПАДКУВАННЯ ПІДПРИЄМСТВА ЯК ЄДИНОГО МАЙНОВОГО КОМПЛЕКСУ

Дана стаття присвячена розгляду та аналізу основних проблем чинного спадкового законодавства з питань інституту спадкування підприємств.

This article is devoted to examination and analysis of basic problems of current succession legislature concerning the provision of inheritance of the enterprises.

У зв'язку з постійним пожвавленням цивільного обороту, що особливо спостерігається протягом останніх кількох років, збільшується коло майна, що може перебувати у власності фізичних осіб, і, відповідно, переходити у спадщину. При цьому мова йде не лише про кількісне збільшення об'єктів спадкового наступництва, але й про істотне ускладнення різноманітних юридичних процедур, пов'язаних з його оформленням, що викликано як новизною таких об'єктів, так і в деяких випадках невиправданою лаконічністю нормативної бази.

Проблеми, що виникають в процесі успадкування підприємств, імовірно, через складність їх дослідження та відсутність належного законодавства, не є предметом великої наукової уваги і розглядаються переважно в сукупності інших питань спадкування, зокрема, питань обсягу спадкового наступництва [11, с. 42–43; 12, с. 51–52].

Тому *метою* даної статті є аналіз сучасного стану правовідносин щодо спадкування підприємств, аналіз вітчизняного законодавства з використанням порівняльного методу дослідження, формування висновків і пропозицій, спрямованих на створення більш ефективного правового регулювання цих відносин.

Питання про спадкування підприємств є відносно новим у вітчизняній правовій науці, оскільки до прийняття Цивільного кодексу (ЦК) України [21] ні в законодавстві, ні в літературі не було єдиного погляду про те, чи може підприємство виступати не лише суб'єктом, але й об'єктом цивільних відносин і, таким чином, переходити у спадщину. Думки тих авторів, які стверджували про можливість успадкування підприємств, розділилися: деякі з них стверджували про те, що у спадщину переходить підприємство як таке, другі наполягали на тому, що об'єктом спадкування виступає майно підприємства, треті обстоювали позицію про те, що успадковується сукупність прав щодо управління підприємством (корпоративних прав) [17, с. 213–218; 18, с. 23–27].

З прийняттям нового ЦК України інститут підприємства розглядається як єдиний майновий комплекс – засіб для здійснення підприємницької діяльності і регулюється ст. 191, що вміщена у главі 13 "Речі. Майно". Суб'єктом права при цьому залишається юридична особа, а поняття "підприємство" покликане сприяти забезпеченню діяльності юридичної особи, обслуговувати її потреби, індивідуалізовувати її.

Отже, ЦК остаточно відмовився від концепції підприємства як суб'єкта цивільних правовідносин, що була панівною у 90-х роках минулого століття, наблизивши його таким чином до розуміння західної правової доктрини, де дане поняття має економічне значення і розглядається як сукупність матеріальних та нематеріальних активів та пасивів, пов'язаних із здійсненням підприємницької діяльності (бізнес).

Разом з тим слід зауважити, що в деяких інших нормативних актах підприємство розглядається одночасно і як об'єкт, і як суб'єкт права (наприклад, абзац другий ч. 1 ст. 3 і абзац другий ч. 1 ст. 28 Закону України "Про власність" від 7 лютого 1991 р. [8]). Закон "Про оренду державного та комунального майна" в редакції від 14 березня 1995 р. [5] виділяє такий об'єкт правовідносин-предмет договору оренди як цілісний майновий комплекс підприємства.

Натомість Господарський кодекс (ГК) України [9] розглядає підприємство винятково як суб'єкта правовідносин – юридичну особу. Згідно ст. 62 ГК України підприємство – самостійним суб'єкт господарювання, створений компетентним органом державної влади або органом місцевого самоврядування, або іншими суб'єктами для задоволення суспільних та особистих потреб шляхом систематичного здійснення виробничої, науково-дослідної, торговельної, іншої господарської діяльності в порядку, передбаченому цим Кодексом та іншими законами. Розуміння підприємства як суб'єкта, а не об'єкта правовідносин випливає з Закону "Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців" від 15 травня 2003 р. [7].

Проте наведена подвійність у підходах до розуміння поняття "підприємство" не торкається відносин спадкування, основним джерелом правового регулювання яких є ЦК України. Оскільки в ЦК України підприємство вважається майном – об'єктом правовідносин, воно автоматично включається до складу об'єктів спадкування.

Згідно ч. 2 ст. 191 ЦК України до складу підприємства як єдиного майнового комплексу входять усі види майна, призначені для його діяльності, включаючи земельні ділянки, будівлі, споруди, устаткування, інвентар, сировину, продукцію, права вимоги, борги, а також право на торговельну марку або інше позначення та інші права. Інший склад майна може бути встановлений договором або законом.

Не складно помітити, що в даній нормі поняття "майно" застосовується як комплексна категорія, що включає як речові права та обов'язки (право власності як абсолютне речове право, речові права на чуже майно, обмеження речових прав), права та обов'язки, що виникають із зобов'язань (права вимоги та борги за зобов'язаннями), а також права та обов'язки в сфері інтелектуальної власності.

За визначенням А. Грібанова підприємство слід відмежовувати від звичайної сукупності майна, оскільки "при сукупності майна об'єктами цивільно-правових відносин виступають самі речі та майнові права; якщо мова йде про підприємство, то об'єктом прав є підприємницька діяльність, що здійснюється за допомогою даних речей, прав та інших матеріальних цінностей" [10, с. 66].

Крім того, будучи учасником комерційного обороту, підприємство в процесі реалізації товарів, виконання робіт, надання послуг створює у споживачів своєї продукції, контрагентів та широкого загалу певне більшменш стійке уявлення про якість, добросовісність, точність своєї роботи, що в сукупності складає ділову репутацію підприємства. В процесі здійснення своєї діяльності підприємство використовує передбачені законом засоби індивідуалізації (торговельні марки, комерційні (фірмові) найменування, географічні зазначення), що також мають вагоме значення для визначення елементів майнового комплексу підприємства. Таким чином, вважаємо, що до складу підприємства включаєть-

© Рябоконь Є., 2007

ся не лише "майно", навіть в найширшому розумінні ст. 190 ЦК, але й нематеріальні активи.

Зрозуміло, що далеко не завжди такі нематеріальні активи можна відобразити у бухгалтерському балансі підприємства, проте вони відіграють велику роль саме у відносинах спадкування підприємства, адже їх вартість має бути врахована при визначенні оцінки підприємства, що має бути проведена до видачі свідоцтва про право на спадщину на це майно з метою нарахування податку з доходів та визначення розміру державного мита.

Згідно ч. 3 ст. 191 ЦК України підприємство як єдиний майновий комплекс є нерухомістю. З цією нормою пов'язується ціла низка важливих правових наслідків.

По-перше, оскільки підприємство вважається нерухомим майном слід застосовувати норми, що визначають момент виникнення права власності на дане майно. Як відомо, ЦК України пов'язує виникнення права власності на нерухомість з її державною реєстрацією. Норми спадкового права не є винятком. Згідно ч. 2 ст. 1299 ЦК України право власності на нерухоме майно виникає у спадкоємця з моменту державної реєстрації цього майна. З цього випливає, що спадкоємець стане правонаступником майнового комплексу підприємства не раніше, ніж буде здійснена реєстрація свідоцтва про право на спадщину на підприємство.

Очевидно, що подібне регулювання даного питання породжує цілу сукупність проблем. Передусім даною нормою встановлюється виняток з правила про зворотну юридичну силу акту прийняття спадщини, за яким незалежно від того, коли спадкоємці прийняли спадщини, вони вважаються носіями прав та обов'язків, що входять до її складу з часу її відкриття, тобто з дня смерті спадкодавця або з того дня, коли він оголошений померлим (ч. 5 ст. 1268 ЦК України). Існування цього правила має своєю метою, по-перше, юридично не допустити наявності розриву між моментами відкриття і прийняття спадщини; по-друге, уніфікувати час (момент), з якого спадкоємці вважаться наступниками в тих правах та обов'язках, носієм яких був померлий спадкодавець.

Отже, норма ч. 2 ст. 1299, що пов'язує виникнення права власності на нерухомість (підприємство) з моментом його державної реєстрації, є спеціальною щодо ч. 5 ст. 1268 ЦК України, а тому юридично підприємство не має свого власника (засновника) від дня відкриття спадщини до дня державної реєстрації права на нього. Цілком зрозуміло, що подібна ситуація не може влаштовувати ані державу в особі її органів, адже ставиться під сумнів можливість оподаткування такого підприємства, знижується його виробнича потужність або воно взагалі зупиняється, ані спадкоємців, які не можуть бути впевненими в доцільності прийняття у спадщину підприємства через значний проміжок часу після смерті спадкодавця (більше шести місяців), коли може змінитися кон'юнктура ринку, ані інших заінтересованих осіб.

Формально із змісту наведеної норми випливає, що спадкоємець, до якого перейшло майно підприємства, не набуває тих прав (активів), які виникли у складі підприємства, рівно як і не несе відповідальності за борги (пасив) підприємства, що виникли у проміжку між моментами відкриття спадщини і державною реєстрацією прав. Водночас цілком очевидно, що в будь-якому випадку спадкоємець як новий суб'єкт прав на єдиний комплекс підприємства набуває права на підприємство в цілому, незважаючи на те, в який час – до або після відкриття спадщини відбулися зміни у складі майна останнього. Відтак, оскільки зазначена норма жодним чином не вплине на обсяг успадкованого майна, тобто не застосовуватиметься, слід визнати її недоречною .

Існування норми, що аналізується, є виправданим тільки за умови, що у законодавстві є розвиненим інститут виконавця (адміністратора) заповіту або особи, що здійснює управління спадковим майном. В такому разі є підстави стверджувати про мінімізацію майнових втрат для спадкоємців та держави. В умовах вітчизняного законодавства, коли виконавець заповіту та управитель призначаються надзвичайно рідко (проблеми правового статусу останнього будуть викладені нижче), запровадження даної норми автору статті уявляється неефективним і передчасним.

На підставі викладеного вважаємо за необхідне змінити редакцію норм ч. 5 ст. 1268 та ст. 1299 ЦК України, передбачивши, що *правило про зворотну юридичну силу акту прийняття спадщини поширюється і на випадки входження до її складу нерухомого майна, яке вимагає державної реєстрації*.

Слід зауважити, що до складу підприємства, як було зазначено вище, входить ціла сукупність матеріальних і нематеріальних активів та пасивів, а не лише права власності, відтак застосування ч. 2 ст. 1299 ЦК України на перший погляд є неприйнятним. Підприємство не є об'єктом права власності: засновникові підприємства належить сукупність прав, пов'язаних з управлінням підприємством (корпоративних прав). Однак в такому випадку втрачається саме значення поширення на підприємство правового режиму нерухомості у ч. 3 ст. 191 ЦК. Дана норма є універсальною і не передбачає винятків. Висновок про доцільність поширення на підприємство правила про державну реєстрацію права власності на нерухомість підтверджується і тим, що згідно ч. 4 ст. 191 ЦК України підприємство або його частина можуть бути об'єктом купівлі-продажу, застави, оренди та інших правочинів. Усі згадані правочини укладаються за правилами про купівлю-продаж, заставу тощо нерухомого майна. Оскільки іншого механізму державної реєстрації прав на підприємство, крім реєстрації прав власності на нього як різновиду нерухомості закон не передбачає, незастосування ч. 2 ст. 1299 ЦК призвело б до визнання того, що права спадкоємців на підприємство взагалі не підлягають визнанню і підтвердженню державою, що не узгоджується з інтересами спадкоємців, заінтересованих у стабільності їхнього правового положення.

Другим важливим наслідком віднесення підприємства до числа об'єктів нерухомості виступає автоматичне поширення на нього норм, що регулюють порядок оформлення свідоцтва про право на спадщину та процедуру його державної реєстрації.

Аналіз вітчизняного законодавства з цього питання – Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України від 3 березня 2004 р. [15] та Закону України "Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень" від 1 липня 2004 р. [20] – переконливо доводить майже повну відсутність нормативного регулювання цього питання. Норма ЦК як акту вищої юридичної сили про поширення на підприємства правового режиму нерухомості не одержала в цих актах логічного продовження.

Інструкція, що є основним нормативним актом, який визначає процедурні питання щодо оформлення нотаріусом права на спадщину спадкоємцям, не містить жодної норми, яка б вказувала на особливості оформлення права на спадщину на підприємство. Водночас одержання свідоцтва спадкоємцями підприємства як різновиду нерухомості є не просто доцільним, а необхідним, оскільки воно, будучи зареєстрованим, визнається правовстановлюючим документом (ч. 1. ст. 1297 ЦК України).

Сучасна практика видачі свідоцтв про право на спадщину свідчить про те, що нотаріуси в переважній бі-

льшості випадків оформляються свідоцтва на окремі види майна, що входять до складу підприємства як єдиного майнового комплексу (земельні ділянки, будівлі, споруди, інше майно). Однак оскільки ЦК визнає об'єктом правовідносин саме підприємство як цілісний комплекс – об'єкт нерухомості, таку практику навряд чи слід визнати вдалою.

Виходячи із змісту норм Інструкції про те, що якщо у складі спадщини є нерухоме майно, свідоцтво на нього оформляється окремо (абзаци другий, третій пункту 206), свідоцтво про право на спадщину на підприємство також має видаватися у формі окремого документу. Це сприятиме спадкоємцям у зручнішому оформленні прав на підприємство в органах державної реєстрації прав на нерухоме майно.

Велике значення для визначення етапів нотаріального оформлення спадкування підприємств має зарубіжний правотворчий досвід. Російська Федерації (РФ), частину третю Цивільного кодексу (ЦК) якої було прийнято у 2001 році [22], і до цього моменту вже почала розробляти і вдосконалювати механізм нотаріального провадження у спадкових справах про правонаступництво спадкоємцями підприємств.

Крім загальних документів, що підтверджують факт і місце відкриття спадщини, підставу спадкування, прийняття спадщини, належність майна спадкодавцеві тощо за законодавством РФ спадкоємці мають надати нотаріусу: 1) акт інвентаризації, де визначається поточний склад майна підприємства; 2) бухгалтерський баланс; 3) висновок незалежного аудитора про склад та оцінку майнових та немайнових активів та пасивів підприємства. При цьому висновок незалежного аудитора розглядається як основний документ, що береться до уваги при розрахунку податку на спадщину. Аудитор надає свій висновок після отримання довідки про інвентаризацію та бухгалтерської звітності, враховує зміст цих документів в процесі його підготовки, проте не пов'язаний їх результатами. Викликано це тим, що у довідці аудитора про склад та вартість майна підприємства має бути вирахувана реальна ринкова вартість цього об'єкту, в той час як акти інвентаризації та бухгалтерської звітності враховують балансову вартість майна. Тому у випадках неспівпадіння відомостей щодо складу підприємства та його оцінки в зазначених документах перевага надається відомостям, що містяться в аудиторському висновку [1, с. 69].

Згідно абзацу третього пункту 3 ст. 5 Закону РФ "Про податок з майна, що переходить в порядку спадкування або дарування" [2] оцінка спадкового майна має здійснюватись експертами (спеціалістами-оцінщиками). При оцінці складу підприємства з суми активів вираховуються пасиви підприємства. Федеральний закон "Про оціночну діяльність в Російській Федерації" від 29 липня 1998 р. [19] розуміє ринкову вартість як "найбільш імовірну ціну, за якою даний об'єкт оцінки може бути відчужений на відкритому ринку в умовах конкуренції, коли сторони угоди діють розумно, маючи усю необхідну інформацію, а на вартості угоди не відображаються які-небудь надзвичайні обставини".

Слід відзначити, що за змістом Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України нотаріус не зобов'язаний вимагати від спадкоємців висновок незалежного експерта про склад спадкового майна та його оцінку. Водночас вимогу про обов'язковість оцінки майна у разі його оподаткування міститься у ч. 9 ст. 7 Закону України "Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні" від 12 липня 2001 р. [6] Крім того, при успадкуванні нерухомого майна нотаріусу подається витяг з Реєстру прав власності на таке майно – абзац четвертий п. 216 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України. Проте на даний час, оскільки реєстру як такого ще не створено нотаріусу подається довідка-характеристика БТІ відповідно до Інструкції про порядок проведення технічної інвентаризації об'єктів нерухомого майна, затвердженої наказом Державного комітету будівництва, архітектури та житлової політики України від 24 травня 2001 р. [14], де визначається фактична площа будівель та споруд, здійснюється оцінка їх технічного стану та встановлюється їх вартість (пункт 1.2 Інструкції). Дана Інструкція не містить норм, які б визначали особливості оцінки підприємств як цілісних об'єктів нерухомості. Тому її норми застосовуються лише щодо інвентаризації та оцінки окремих видів нерухомого майна, що може входити до складу успадковуваного підприємства – будівель та споруд.

Аналогічний висновок щодо практичної неможливості державної реєстрації прав на підприємство як єдиний об'єкт можна зробити і з аналізу Закону України "Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень", згідно ч. 2 ст. 2 якого його дія не поширюється на державну реєстрацію прав на об'єкти цивільних прав, на які іншими законами поширено режим нерухомої речі. Водночас спеціального закону, який би визначав процедуру державної реєстрації прав на підприємство як об'єкт цивільних прав не існує. Це не дозволяє спадкоємцям належним чином оформити свої спадкові права навіть після того, як буде утвореного відповідний єдиний реєстр прав на нерухоме майно, адже Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України вимагає, щоб вони подали нотаріусу витяг з Реєстру прав власності на нерухоме майно. Дана норма Інструкції є імперативною, поширюється на усі об'єкти нерухомості і винятків стосовно підприємств не передбачає.

Відсутність у законодавстві України спеціальних норм, які б стосувалися визначення критеріїв та порядку оцінки підприємства як майнового комплексу – об'єкта спадкування не узгоджується з нормою ЦК України, який поширює на підприємство правовий режим нерухомості саме для того, щоб підкреслити, що законодавець визнає підприємство єдиним та цілісним об'єктом правовідносин. Усе майно, немайнові активи та борги, що входять до складу підприємства, безпосередньо і утворюють цей цілісний об'єкт.

Віддаючи належне чіткішій процедурі оформлення спадкових прав на підприємство, що міститься у законодавстві Росії, слід підкреслити, що і вона не є позбавленою істотних вад, адже змушує спадкоємців подавати для оформлення свідоцтва про право на спадщину і акт інвентаризації БТІ, і бухгалтерський баланс, і висновок незалежного аудитора. Оскільки усі ці документи мають на меті здійсненні опису та оцінки майна підприємства, вони певним чином дублюють один одного, що призводить до невиправданих ускладнень та додаткових витрат при здійсненні спадкових прав. Крім того, одержання спадкоємцями свідоцтва про право на спадщину не завжди звільняє їх від необхідності здійснювати окрему реєстрацію окремих видів майна (прав), що входять до його складу. Так, згідно Закону РФ "Про товарні знаки, знаки обслуговування та найменування місць походження товарів" від 23 червня 1992 р. [3] перехід виключних прав на використання товарного знаку реєструється в патентному відомстві і без такої реєстрації є недійсним.

Доцільно, щоб спадкоємці подавали єдиний документ, з якого було видно про склад та оцінку майна підприємства, але за умови, що у ньому відображено не лише майно підприємства, але й інші активи, а також обов'язкового пасиви підприємства з визначенням бор-

гів підприємства, що відображалося б на його оцінці. Безумовно, оцінка підприємства є набагато складнішою, ніж оцінка інших видів майна, тому її здійснення потребує спеціальних знань.

Варто зауважити, що оскільки склад спадщини визначається на момент її відкриття (ст. 1218 ЦК України) інвентаризація та оцінка підприємства мають здійснюватися на момент смерті спадкодавця, що відображається у свідоцтві про право на спадщину. Проте норма ч. 2 ст. 1299 ЦК України, як вже наголошувалося, пов'язує появу прав власності на нерухоме майно у спадкоємців з державною реєстрацією цього майна. В будь-якому випадку інвентаризація майна підприємства здійснюватиметься до видачі свідоцтва про право на спадщину, і тим більше до його державної реєстрації. Тому у свідоцтві a priori не може вказуватися майно, що входитиме до складу підприємства на момент державної реєстрації прав на нього, адже про склад, кількість і вартість цього майна можна лише здогадуватись. Підприємство не можна ототожнювати з іншими видами майна, адже підприємство, будучи визнаним об'єктом правовідносин, виступає також і різновидом юридичної особи – суб'єктом правовідносин. Склад майна підприємства не є стабільним і постійно змінюється. З моменту відкриття спадщини і до моменту реєстрації права на спадщину підприємство може набути майно на праві власності, можуть з'явитися права вимоги за укладеними договорами, або, навпаки, може зрости кількість боргів підприємства, в залежності від зміни кон'юнктури ринку майно, закріплене за підприємством, може збільшитися або зменшитися у вартості тощо. З викладеного випливає, що незважаючи на наявність у ст. 1299 прив'язки факту виникнення у спадкоємців права власності на підприємство до моменту державної реєстрації права на спадщину, склад майна підприємства визначається свідоцтвом про право на спадщину, заснованим на акті інвентаризації, який відбувся раніше. Тому не виключено, що у зареєстрованому свідоцтві зазначатиметься майно, яке більше не входить до поняття єдиного майнового комплексу підприємства, або, навпаки, у свідоцтві не перераховуватимуться об'єкти (права), які увійшли до складу майна підприємства у проміжку між здійсненням інвентаризації та державною реєстрацією свідоцтва про право на спадщину.

На наш погляд, за умови зміни редакції ч. 2 ст. 1299 ЦК України, про що йшлося вище, *увесь склад спадщини, в тому числі і майно, що включається до єдиного комплексу підприємства, має визначатись на момент її відкриття*, що сприятиме стабільності та одноманітності в правовому регулюванні спадкових відносин. Віднесення ж до складу спадкової маси додаткових активів або пасивів підприємства, що виникли вже після відкриття спадщини, є недоцільним, оскільки до складу спадщини входять лише права та обов'язки, які належали самому спадкодавцеві, а не ті, які з'явилися після його смерті і поява яких викликана знаходженням спадщини в обороті. Майно, що увійшло до складу підприємства після відкриття спадщини, також має належати суб'єкту прав на підприємство, проте вже не як спадкоємцеві, а як власнику.

Слід наголосити, що *на підприємство законом поширюється режим нерухомого майна незалежно від того, чи входить до складу майна підприємства нерухомість* у власному розумінні (земельна ділянка, будівлі та споруди). Тому на спадкоємців розповсюджується дія усіх правил та процедур, викликаних особливостями спадкування нерухомості, навіть і тоді, коли до складу підприємства включаються тільки рухомі речі або майнові права. Ця теза є усталеною у правозастосовчій практиці Росії [16, с. 56], а також поділяється і вітчизняними науковцями [13, с. 324].

Якщо до оформлення свідоцтва про право на спадщину будівлі та споруди, що входять до складу підприємства, були знесені, знищені, зруйновані або перебувають в аварійному стані в результаті пожежі, паводку, іншого стихійного лиха або інших причин з урахуванням норми ст. 1218 ЦК України про включення до складу спадщини майна в тому вигляді, в якому воно існувало на момент її відкриття, у свідоцтві про право на спадщину має зазначатися підприємство, а не сума страхового відшкодування або грошової компенсації.

Разом з тим згідно пункту 4 ч. 1 ст. 346 ЦК України знищення майна є підставою для припинення права власності, а тому спадкоємці, одержавши свідоцтво про право на спадщину, мають звернутися до органів БТІ із заявою про зняття об'єкта з технічного огляду у зв'язку з його фізичним знищенням. Прийняття органами БТІ такого рішення буде підставою для внесення відповідного запису органом, що здійснює державну реєстрацію речових прав на нерухомість.

В інших випадках, коли сталося не повне знищення, а пошкодження будівель та споруд, які включаються до майнового комплексу підприємства, спадкоємець як правонаступник майна підприємства має здійснити перереєстрацію такого майна. Він має представити БТІ документи, які підтверджують зміни у складі майна підприємства (наприклад, рішення компетентних органів про визнання будівлі такою, що перебуває в аварійному стані, довідку органів пожежного нагляду).

В будь-якому випадку, навіть у разі повного знищення будівель та споруд підприємства, мова йде не про припинення підприємства як об'єкта спадкування в цілому, а про зміну, хоча б й істотну, складу майна підприємства. Торговельна марка, фірмове найменування, права вимоги за зобов'язаннями та інші активи залишаються у складі майна підприємства і переходять до його спадкоємців.

Спадкове наступництво у складі прав на майно підприємства може мати наслідки, пов'язані з тим, що підприємство є не лише об'єктом, але й суб'єктом правовідносин – юридичною особою. Зокрема, одним з таких наслідків може виступати перереєстрація підприємства, наприклад, у зв'язку із зміною його назви (ч. 14 ст. 58 ГК України), оскільки відповідно до ч. 1 ст. 2 Закону України "Про господарські товариства" від 19 вересня 1991 р. [4] найменування повних і командитних товариств повинно містити прізвища учасників товариства.

Крім того, зміна засновника підприємства потребує внесення відповідних змін і до установчих документів юридичної особи. Закон України "Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців" для реєстрації змін до установчих документів юридичної особи вимагає, крім інших документів, обов'язкове подання нотаріально посвідченої копії рішення засновників (учасників) юридичної особи або уповноваженого ними органу, яким затверджено зміни до установчих документів (абзац третій ч. 1 ст. 29) Проте цей документ може бути поданий лише у разі, коли після смерті спадкодавця залишився ще бодай один засновник або якщо існує виконавець заповіту або особа, яка управляє спадковим майном, наділена правом представляти інтереси спадкоємців до їх явки. В протилежному випадку доцільно подавати тільки документ, зазначений у ч. 3 ст. 29 цього Закону – "нотаріально посвідчений документ про передання права засновника (учасника) іншій особі", яким виступатиме свідоцтво про право на спадщину.

Зазначеними в цій статті питаннями не вичерпуються проблеми спадкування підприємств. Крім того, важ-

ливими є проблеми, пов'язані з охороною та управлінням підприємством з моменту відкриття спадщини до моменту з'явлення спадкоємців, співвідношення вартості підприємства з вартістю іншого спадкового майна, особливості поділу майна підприємства тощо.

Проведене дослідження дає підстави сформулювати наступні *висновки*:

• Істотною особливістю підприємства як об'єкту спадкового правонаступництва і відмінністю від інших видів спадщини є надзвичайно широкий склад майна, що переходить до спадкоємців. Оскільки підприємство у новому цивільному законодавстві розглядається як об'єкт, а не суб'єкт правовідносин, тобто як засіб здійснення господарської (підприємницької) діяльності, успадкування підприємства має наслідком переходу до спадкоємців не лише прав та обов'язків щодо речей, які обслуговують діяльність підприємства, але й інших матеріальних та нематеріальних активів та пасивів, обумовлених перманентним знаходженням майна підприємства в цивільному обороті.

• Оскільки ЦК України поширює на підприємство правовий режим нерухомості, на відносини щодо успадкування підприємства мають бути розповсюдженими усі норми, які застосовуються при спадкуванні нерухомого майна, зокрема: а) нотаріуси мають оформляти свідоцтва про право на спадщину на підприємство, а не на окремі види майна, які входять до складу майнового комплексу підприємства; б) права на майно підприємства, яке перейшло у спадщину, мають реєструватися відповідно до Закону України "Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень".

Законом на підприємство поширюється режим нерухомого майна незалежно від того, чи входить до складу майна підприємства нерухомість у власному розумінні (земельна ділянка, будівлі та споруди). Тому на спадкоємців розповсюджується дія усіх правил та процедур, викликаних особливостями спадкування нерухомості, навіть і тоді, коли до складу підприємства включаються тільки рухомі речі або майнові права.

• Норма ч. 2 ст. 1299 ЦК України, що пов'язує виникнення права власності на нерухомість (підприємство) з моментом його державної реєстрації, є спеціальною щодо ч. 5 ст. 1268 ЦК України, а тому юридично підприємство не має свого власника (засновника) від дня відкриття спадщини до дня державної реєстрації права на нього. З метою виправлення зазначеного недоліку доцільно змінити редакцію норм ч. 5 ст. 1268 та ст. 1299 ЦК України, передбачивши, що правило про зворотну юридичну силу акту прийняття спадщини поширюється і на випадки входження до її складу нерухомого майна, яке вимагає державної реєстрації.

• Увесь склад спадщини, в тому числі і майно, що включається до єдиного комплексу підприємства, має визначатись на момент її відкриття, що сприятиме стабільності та одноманітності в правовому регулюванні спадкових відносин. Віднесення ж до складу спадкової маси додаткових активів або пасивів підприємства, що виникли вже після відкриття спадщини, є недоцільним, оскільки до складу спадщини входять лише права та обов'язки, які належали самому спадкодавцеві, а не ті, які з'явилися після його смерті і поява яких викликана знаходженням спадщини в обороті. Майно, що увійшло до складу підприємства після відкриття спадщини, також має належати суб'єкту прав на підприємство, проте вже не як спадкоємцеві, а як власнику.

1. *Бегичев А.В.* Оформление наследственных прав на предприятие // Бюллетень Министерства юстиции Российской Федерации. – 2002. – № 5. – С. 69. 2. Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. – 1992. – № 12. – Ст. 593. 3. Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. – 1992. – № 42. – Ст. 2322. 4. Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 49. – С. 682. 5. Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 15. – Ст. 99. 6. Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 47. – Ст. 251. 7. Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 31–32. – Ст. 263. 8. Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 20. – Ст. 249. 9. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18. – Ст. 144. 10. *Грибанов А.* Понятие предприятия в российском гражданском праве // Хозяйство и право. – М., 2003. – № 5. – С. 66. 11. *Заіка Ю.О.* Спадкове право України: Навчальний посібник. – К.: Істина, 2006. – С. 42–43. 12. *Заіка Ю.О.* Становлення і розвиток спадкового права в Україні. Монографія. – К.: НАВСУ, 2004. – с. 51–52. 13. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / За відповід. ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової, В.В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Т. І. – С. 324. 14. Офіційний вісник України. – 2001. – № 28. – Ст. 1290. 15. Офіційний вісник України. – 2004. – № 15. 16. Порядок государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним // Нотариус. – 2002. – № 1. – С. 56. 17. *Рябоконь Є.О.* Спадкове правовідношення в цивільному праві. – К.: Віпол, 2002. – С. 213–218. 18. *Рябоконь Є., Турлуковський Я.* Проблеми і перспективи регулювання спадкових відносин після смерті засновника приватного підприємства // Підприємництво, господарство і право. – 2004. – № 3. – С. 23–27. 19. Собрание законодательства Российской Федерации. – 1998. – № 31. – Ст. 3813. 20. Урядовий кур'єр. – 4 серпня 2004 року. – № 145. 21. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Голос України. – 2003. – № 47–48. 22. Часть третья Гражданского кодекса Российской Федерации // Парламентская газета. – 28.11.2001 г.

Надійшла до редколегії 22.09.06

Н. Безсмертна, канд. юрид. наук

ВЛАСНІСТЬ ПОДРУЖЖЯ: ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТА ПРАКТИКИ ЗАСТОСУВАННЯ

Розглядається та аналізується законодавство України про нотаріат, що визначає особливості здійснення права власності подружжя

The peculiarities of implementation of property of spose specified by notarial legislation of Ukraine are considered and analyzed here

Конституція України гарантує кожному громадянину право на отримання кваліфікованої допомоги (ст. 59). Поряд з іншими правовими інститутами реалізацію цього конституційного права громадян забезпечує нотаріат, предмет діяльності якого обмежений рамками безспірної цивільної юрисдикції.

Відповідно до ст. 1 Закону України "Про нотаріат" нотаріат в Україні – це система органів і посадових осіб, на які покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняти інші нотаріальні дії, передбачені цим Законом, з метою надання їм юридичної вірогідності.

Нотаріат є інститутом, який забезпечує охорону та захист прав, законних інтересів фізичних та юридичних осіб за допомогою здійснення нотаріальних дій від імені держави. Діяльність нотаріату має спільне з діяльністю інших органів цивільної юрисдикції. Поряд з цим нотаріальна форма охорони та захисту відрізняється від інших форм [2, с. 95]. Особливість нотаріальної форми полягає в тому, що вона, як правило, попереджує порушення права. Як зазначає В. Аргунов, нотаріус офо-

© Безсмертна Н., 2007

рмлює волю суб'єктів угоди, суд та інші правоохоронні органи вирішують спори учасників правовідносин, які склалися в результаті угоди [1, с. 95].

Серед проваджень, що вчиняє нотаріус значну частку становлять провадження щодо нотаріального посвідчення правочинів, предметом яких є майно подружжя. Суттєве оновлення сімейного, цивільного законодавства України, яке зумовлено введенням в дію нових Сімейного та Цивільного кодексів, виявило в нотаріальній практиці деякі питання, що стосуються спільної власності подружжя, недостатньо урегульованими на законодавчому рівні.

Важлива увага інституту права власності подружжя завжди приділялася як в радянській, так і в сучасній юридичній літературі.

На теоретичному рівні проблемні питання цього інституту висвітлювалися вітчизняними вченими – правниками: О. Дзерою, І. Спасібо – Фадєєвою, І. Жилінковою та ін. Окремі аспекти здійснення права власності подружжя в нотаріальному процесі досліджувалися такими вітчизняними науковцями та практиками як: \С. Фурсою, Є. Фурсою, Л. Драгнєвіч, А. Єрух та ін.

Метою цієї статті є висвітлення актуальних практичних аспектів здійснення права власності подружжя в нотаріальному процесі.

Майнові відносини між подружжям врегульовані на сьогодні переважно Сімейним кодексом України, введеним в дію 1 січня 2004 р. (з наступними змінами). У окремих випадках можливе також субсидіарне застосування норм цивільного законодавства, що визначають, наприклад, умови дійсності правочинів, які укладаються між подружжям.

Сімейним кодексом встановлено принцип спільності придбаного в період шлюбу майна (за винятками, прямо встановленими законом). Згідно ст. 60 цього Кодексу встановлюється, що майно, набуте подружжям за час шлюбу, належить дружині та чоловікові на праві спільної сумісної власності незалежно від того, що один з них не мав з поважної причини самостійного заробітку (доходу). Отже, режим спільності не поширюється на майно, придбане до шлюбу або після його припинення. Принцип спільності майна подружжя закріплювався ще в Сімейному кодексі УРСР 1926 р. Тому є підстави говорити про те, що цей принцип є випробуваний практичним досвідом і, з огляду на це, найбільш сприйнятним для регулювання подібних відносин. Варто зазначити, що в новому СК хоча і збережено презумпцію спільності майна, але закладено дещо інший підхід до співвідношення спільної та роздільної власності подружжя. Сімейним кодексом України право спільної сумісної власності поширюється також на майно жінки та чоловіка, які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою.

Цінність суб'єктивних прав полягає в їх реальності, тобто можливості реального здійснення повноважень, які випливають із змісту того чи іншого конкретного суб'єктивного права. Будь-яке суб'єктивне право без можливості його здійснення стає фікцією. У кожному разі, коли реалізація права складна, передбачається правовий механізм його здійснення.

Зміст суб'єктивного права власності подружжя становлять правомочності володіння, користування та розпорядження. Дані правомочності лише юридично закріплюють можливість вчиняти певні дії, тому їх необхідно відмежовувати від конкретних дій, за допомогою яких вони реалізуються. Щоб стати реальністю, суб'єктивне право повинно бути виражене у активній, цілеспрямованій діяльності особи, а це залежить від тих можливостей, які у своєму внутрішньому змісті вказують на вибір певного числа варіантів дій, що й дозволяють їх носію досягти відповідних цілей.

Різниця між змістом суб'єктивного права і його здійсненням полягає перш за все у тому, що перше включає в себе лише можливу поведінку уповноваженої особи, тоді як здійснення права є зміст реальних, конкретних дій, пов'язаних із перетворенням цієї можливості в дійсність. Звідси випливає висновок, що співвідношення між поведінкою, яка утворює зміст суб'єктивного права, і поведінкою, яка становить зміст здійснення права, можна представити як співвідношення між можливістю і дійсністю. Проте, деякі автори ототожнюють суб'єктивне право і його здійснення. Так, Ц.Я. Ямпольська стверджує, що "суб'єктивне право – це належне даній особі реально існуюче право, до реалізації якого можна приступити негайно, чи яке уже знаходиться в стані реалізації" [9, с. 159]. На нашу думку із даною позицією не можна повністю погодитися, оскільки фактична поведінка виступає реалізованими можливостями, які складають зміст суб'єктивного права. Без здійснення реальних дій уповноважена особа не досягне певного реального блага та цінностей, і тим самим не зможе задовольнити свої потреби та інтереси.

Як відомо сімейним законодавством передбачається особливий порядок здійснення права власності подружжя, оскільки вступ в шлюб спричиняє для чоловіка і жінки виникнення у них відповідних додаткових майнових обов'язків. У юридичній літературі висловлюється також думка про те, розповсюдження режиму спільності майна та спеціальний порядок розпорядження таким майном зумовлює виникнення у власника добровільних обмежень щодо здіснення права власності в силу деяких юридичних фактів [3, с. 198], в нашому випадку вступ в шлюб.

Що стосується поняття майна як об'єкта спільної сумісної власності подружжя, то виходячи із аналізу ст. 61 Сімейного кодексу України, ним зокрема можуть бути:

- будь-які речі, за винятком тих, що виключені з цивільного обігу;
- заробітна плата, пенсія, стипендія, інші доходи, одержані одним із подружжя і внесені до сімейного бюджету або внесені на його особистий рахунок у банківську (кредитну) установу;
- гроші, інше майно, в тому числі гонорар, виграш, які були одержані за договором, який укладено одним із подружжя в інтересах сім'ї;
- речі для професійних занять, придбані за час шлюбу для одного з подружжя.

Разом з тим, незалежно від наявності шлюбу, кожен з подружжя може мати майно, яке належить на праві власності йому особисто. Сімейний кодекс таке майно називає особистою приватною власністю подружжя (гл. 7 СК України). У літературі цей термін визнають невдалим, оскільки в даному випадку Кодекс суперечить Конституції України, яка, як відомо, "не закріплює такого поняття як особиста приватна власність [5, с. 2]. Сімейний кодекс визначає, яке майно є роздільним і може належати кожному з подружжя:

майно, набуте одним із подружжя до шлюбу;

майно, набуте одним із подружжя за час шлюбу, але на підставі договору дарування або в порядку спадкування;

майно, набуте одним із подружжя за час шлюбу, але за кошти, які належали такому подружжю особисто.

Особистою приватною власністю дружини, чоловіка може бути й інше майно, визначене ст. 57 СК.

Сімейний кодекс виділяє ще один вид майна, яке придбане за спільні кошти та кошти, що належали одному з подружжя (ч. 7 ст. 57 СК). Відповідно до норм СК у частці, яка відповідає внеску одного з подружжя, майно

належить йому на праві власності, в іншій частці – майно належить подружжю на праві спільної сумісної власності.

Відповідно до вимог ст. 63 СК України дружина та чоловік мають рівні права на володіння, користування і розпорядження майном, що належить їм на праві спільної сумісної власності, якщо інше не встановлено домовленістю між ними. Вважаємо, що дана норма є основоположною при здійсненні подружжям права спільної власності. Особливості здійснення права власності подружжя зазначаються також в інших статтях Сімейного кодексу.

Згідно ст. 65 СК подружжя розпоряджаються майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності за взаємною згодою. Більш того, при укладенні договорів одним із подружжя вважається, що він діє за згодою другого з подружжя. Законодавець у наведеній нормі передбачив так звану презумпцію згоди одного з подружжя на укладення другим з подружжя договорів щодо відчуження спільного майна. Однак не можна не погодитися із твердженням, що встановивши таку презумпцію, законодавець не передбачив правових наслідків укладення угод одним з подружжя без згоди другого з подружжя, а також не встановив критеріїв, які слугували б підставою для висновку, щоб не вважати, що той з подружжя, який є учасником угоди, діяв за згодою другого з подружжя, і якими доказами має підтверджуватися відсутність такої згоди. Не знайшло це питання однозначного вирішення ні в юридичній літературі, ні в судовій практиці [8, с. 456]. Законом надається право дружині або чоловіку на звернення до суду з позовом про визнання договору недійсним, як такого, що укладений другим із подружжя без її, його згоди, якщо цей договір виходить за межі дрібного побутового. Вперше сімейне законодавство закріплює поняття дрібного побутового правочину, але не дає його визначення. Застосовуючи статтю 31 Цивільного кодексу можна зазначити, що дрібним побутовим правочином, який укладається одним із подружжя, є правочин, якщо він задовольняє побутові потреби подружжя та стосується предмета, який має невисоку вартість.

Для укладення одним із подружжя договорів, які потребують нотаріального посвідчення і (або) державної реєстрації, а також договорів стосовно цінного майна, згода другого з подружжя має бути подана письмово. На питання, яке саме майно слід відносити до цінного, ні Сімейний, ні Цивільний кодекси України не дають чіткої відповіді та не містять визначення критеріїв цінності майна. На думку А. Єрух, члена Комісії з аналізу, методології та прогнозування нотаріальної практики Української нотаріальної палати, нотаріус змушений самостійно орієнтуватися у ситуації, беручи до уваги не лише реальну вартість майна, але, мабуть, і матеріальний стан сім'ї, подружжя, якому таке майно належить [4, с. 8].

Згода на укладення договору, який потребує нотаріального посвідчення і (або) державної реєстрації, має бути нотаріально засвідчена (ч.4 ст. 65ЦК). Аналіз ст. 65 СК дає підстави зробити висновок, що така згода подружжя викладається на окремому документі (заяві), а справжність підпису нотаріально засвідчено. Правильність зробленого висновку підтверджується п. 44 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України від 3.03.2004 р. (далі – Інструкція), в якому зазначається, що "...справжність підпису на заяві другого з подружжя про згоду на укладення такої повинна бути засвідчена в нотаріальному порядку". Якщо в заяві другого з подружжя про згоду на відчуження спільного майна вказано, кому персонально (прізвище, ім'я, по батькові фізичної особи, найменування юридичної особи) він погоджується продати, подарувати, заставити тощо спільно набуте майно, чи вказано ціну продажу, інші умови укладення угоди, нотаріус при її посвідченні зобов'язаний перевірити додержання умов, зазначених у такій заяві. Недодержання умов, викладених у заяві, позбавляє її юридичної сили.

У тому разі, якщо з поданих нотаріусу документів неможливо встановити час і підстави набуття майна, що є предметом угоди, а чоловік чи дружина особи, на ім'я якої це майно зареєстровано, ухиляється від надання письмової згоди на його відчуження, то особа, на ім'я якої майно зареєстровано, може в порядку статті 84 Закону України "Про нотаріат" передати заяву своєму чоловікові чи дружині з пропозицією з'явитися до нотаріуса для визначення частки чоловіка (дружини) у цьому майні. Якщо він (вона) не з'явиться до нотаріуса у визначений строк і протягом місяця після одержання заяви не надішле своїх заперечень, нотаріус може посвідчити договір від імені чоловіка чи дружини, за ким відповідно до правовстановлювального документа лічиться це майно, без згоди другого із подружжя, якщо інше не встановлено договором між подружжям. Запропонований Інструкцію порядок у юридичній літературі викликає суттєві заперечення, оскільки такі дії нотаріуса виходять за межі наданих йому законом повноважень [7, с. 238]. Дійсно, якщо законом передбачена умова – наявність згоди іншого із подружжя на відчуження майна, що належить на праві сумісної власності, то за відсутності такої згоди нотаріус не може вчиняти юридичну дію. Але як бути в протилежному випадку, адже не з'явлення третьої особи до нотаріуса, позбавляє права особи на вільне розпорядження своєю часткою у майні. Порадити заявнику у таких випадках звертатися до суду для визначення у спільному майні його частки можливо, але це не завжди практично, оскільки значно затягнеться у часі вчинення відповідного правочину.

Аналіз норми ст. 65 СК дає можливість зробити висновок про те, що згода другого подружжя повинна вимагатися нотаріусом при посвідченні лише *договорів*, які укладаються одним із подружжя стосовно майна, що є об'єктом права спільної власності. Оскільки договором є дво- чи багатосторонні правочини, то нотаріус не повинен вимагати такої згоди при укладенні одним із подружжя односторонніх правочинів, наприклад, при видачі довіреностей.

Крім цього, дія ст.65 СК повинна розповсюджуватися на договори, які спрямовані на *розпорядження* майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності. Наукою цивільного права право розпорядження визнається як можливість власника визначати юридичну чи фактичну долю майна шляхом укладення різноманітних правочинів. Розпорядитися річчю можна її знищити, оскільки знищення за юридичною природою – це односторонній правочин, відповідно до якого власник назавжди припиняє своє право власності на певну річ. З огляду на це, ст. 65 СК не може застосовуватися, коли мова йде про право подружжя на користування майном, що є об'єктом їх власності.

У нотаріальній практиці непоодинокими є випадки, коли правочин щодо розпорядження об'єктом права спільної сумісної власності подружжя укладається через представника. За таких умов нотаріус перевіряє лише повноваження представника, діючи згідно норм Інструкції і позбавлений можливості встановити факт перебування відчужувача майна, який діє через представника, у шлюбі. У подібних випадках нотаріус не має підстав вимагати від відчужувача майна письмової згоди другого з подружжя, якщо навіть відчужував фактично перебуває у шлюбі, на укладення правочину, який потребує обов'язкового нотаріального посвідчення.

Проблемним питанням, що виникло в нотаріальній практиці, і зумовлене саме ст. 65 СК, є те, чи поширюється вказана норма на випадки придбання майна одним із подружжя? Іншими словами, чи потрібно при посвідченні договорів щодо придбання майна згоди дружини (чоловіка) набувача за договором. Дати відповідь на це питання можна лише, зробивши аналіз відповідних норм СК та ЦК. Згідно ст. 177 ЦК до об'єктів цивільних прав відносяться речі, гроші, цінні папери, *інше майно* (виділено мною Б.Н.). Таким чином, відповідно до цивільного законодавства гроші – це один із різновидів майна. Стаття 65 СК об'єктом права спільної сумісної власності визначає майно. З огляду на це, можна зробити висновок, що дія вказаної норми розповсюджується і на випадки розпорядження спільними грошовими коштами подружжя. Оскільки, придбання майна, по суті, є розпорядженням грошовими коштами, тому, вказана норма повинна поширюватися і на випадки придбання майна одним із подружжя.

Правочин щодо розпорядження майном, що подається для нотаріального посвідчення, може бути посвідчений нотаріусом без згоди другого з подружжя у разі, якщо з, договору, укладеного між подружжям, акта цивільного стану про укладення шлюбу та інших документів випливає, що зазначене майно є особистою приватною власністю одного з подружжя.

Про перевірку цих обставин нотаріус робить відмітку на примірнику правочину, що залишається в справах державної нотаріальної контори (приватного нотаріуса), з посиланням на реквізити відповідних документів, якщо ці документи не приєднуються до примірника такого правочину.

Правочини щодо розпорядження майном можуть бути посвідчені без згоди другого з подружжя також у випадках коли останній не проживає за місцезнаходженням майна і місце проживання його невідоме. На підтвердження цієї обставини подається копія рішення суду, що набрало законної сили, про визнання другого з подружжя безвісно відсутнім. На нашу думку, така позиція Інструкції є дещо не зовсім вірною. Адже безвісна відсутність громадянина не зумовлює виникнення у іншого подружжя права власності на все майно. За даних умов інший подружжя повинен мати лише право на виділення своєї частки із спільного майна в нотаріальному чи судовому порядку.

Подружжя як суб'єкт майнових відносин здійснює право спільної власності також через укладення між собою усіх договорів, які не заборонені законом, щодо майна, що є їхньою особистою приватною власністю, та к і щодо майна, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя. (ст. 64 СК). На практиці коло правочинів між подружжям не досить широке. Однак, оскільки між подружжям відповідно до закону можуть укладатися будь-які договори, то важливим є питання про форму таких договорів, на яке сімейне законодавство відповіді не дає. У літературі висловлюється думка про необхідність поширення на майнові угоди між подружжям положень цивільного законодавства [8, с. 461].

Відповідно до ч. 2 ст. 64 СК подружжя має право відчужити на користь другого з подружжя свою частку у праві спільної сумісної власності шляхом укладення певного договору, який може бути укладений без виділу цієї частки. Практична реалізація цієї норми в нотаріальному процесі може мати два варіанти.

Перший варіант. Для нотаріального посвідчення такого договору нотаріусу подаються ті ж документи, як і для звичайних договорів відчуження нерухомого майна, передбачені Інструкцією. Але на відміну від інших договорів відчуження нерухомого майна, цей договір буде невід'ємною частиною правовстановлюючого документу на нерухоме майно, частина якого відчужується, про що зазначається нотаріусом в тексті договору відчуження частки та, на нашу думку, необхідно зробити відмітку на правовстановлюючому документі про відчуження одним подружжя своєї частки на користь іншого.

Другий варіант. Документи ті ж, як і в першому варіанті, але посвідчений договір відчуження частки нерухомого майна, яке є спільною сумісною власністю буде ще одним правовстановлюючим документом на нерухоме майно. Відповідно, БТІ повинно зареєструвати право власності дружини на підставі двох правовстановлюючих документів. Дії нотаріуса ті ж, як і при посвідченні договорів відчуження частки нерухомого майна, тобто, із здійсненням відмітки на правовстановлюючому документі про відчуження частки, але з обов'язковим зазначенням сторін договору та статті 64 Сімейного кодексу України.

Крім цього, в тексті договору про відчуження частки нерухомого майна, яке є спільною сумісною власністю, повинно бути посилання на статтю 64 Сімейного кодексу України.

Ще хотілося б звернути увагу на одну проблему, яка виникає в нотаріальному процесі при здійсненні права власності подружжя, це на можливість укладення договорів з розпорядження спільним майном одним з подружжя, на якого виданий правовстановлюючий документ, у разі смерті іншого. Для нотаріального посвідчення договору відчужувач подає нотаріусу документи, передбачені Інструкцією, та свідоцтво про смерть, видану органом РАЦСу. На підставі поданих документів нотаріус вчиняє нотаріальне провадження щодо посвідчення такого договору. За даних умов відбувається ситуація, коли один із подружжя розпоряджається часткою померлого у спільному майні. Подібна ситуація виникає через те, що нотаріальне право передбачає видачу свідоцтва про право власності на частку у спільному майні подружжя у випадках, коли обоє подружжя є живими, або коли один із подружжя помер, але за заявою іншого з подружжя. Відповідно до п. 241 Інструкції у разі смерті одного з подружжя свідоцтво про право власності на частку в їх спільному майні видається нотаріусом на підставі письмової заяви другого з подружжя з наступним повідомленням спадкоємців померлого, які прийняли спадщину. Таке свідоцтво може бути видане на половину спільного майна. У повідомленні, що надсилається спадкоємцям померлого, які прийняли спадщину, зазначається склад спільного майна подружжя, на частку якого другий з подружжя, що є живим, просить видати свідоцтво про право власності, а також роз'яснюється право звернення до суду у випадку оспорювання спадкоємцями майнових вимог того з подружжя, що залишився живим. Таким чином, реалізувати своє право на отримання свідоцтва про право власності на частку у спільному майні подружжя може лише за життя, після смерті право на отримання свідоцтва має подружжя, який є живим.

Ситуація може ускладнитися тим, що на частку у спільному майні померлого подружжя можуть претендувати спадкоємці. Але нотаріус за даних умов позбавлений можливості дізнатися про цей факт. Виходом із даної ситуації може бути, наприклад, встановлення в Інструкції обов'язку нотаріусу звертатися до Єдиного реєстру заповітів та спадкових справ, Положення про який затверджено наказом Міністерства юстиції України від 17.10.2000 року для перевірки відсутності заповіту на таку частку або передбачити норму, згідно якої подружжя не має права розпоряджатися спільним майном у разі смерті іншого протягом 6 місяців з моменту від-

криття спадщини. Внесення таких змін в більшій мірі сприятиме захисту майнових інтересів спадкоємців померлого подружжя.

Особливості здійснення права власності подружжя на роздільне майно передбачено ст. 59 Сімейного кодексу України. Той з подружжя, хто є власником майна, визначає режим володіння та користування ним. Це означає, що він здійснює будь-які фактичні та юридичні дії щодо реалізації правомочностей володіння та користування: управляє майном, несе тягар утримання такого майна. Здійснюючи правомочності володіння та користування, власник зобов'язаний враховувати інтереси сім'ї, насамперед дітей. При розпорядженні своїм майном дружина або чоловік зобов'язані враховувати інтереси дитини, інших членів сім'ї, які відповідно до закону мають право користування ним (ст. 59 СК). З 1 січня 2006 р. набув чинності Закон України "Про основи соціального захисту бездомних громадян і безпритульних дітей", ч. 4 ст. 12 якого встановлюється, що для здійснення будь-яких правочинів стосовно нерухомого майна, право власності на яке або право користування яким мають діти, потрібна попередня згода органів опіки та піклування. Право дітей на користування жилим приміщенням власника передбачено Законом України "Про охорону дитинства". Так відповідно до ч. 2 та ч. 3 ст. 18 Закону діти – члени сім'ї наймача або власника жилого приміщення мають право користуватися займаним приміщенням нарівні з власником або наймачем. Право користування жилим будинком власника членами сім'ї передбачається також ст. 156 Житлового кодексу УРСР, згідно якої члени сім'ї власника жилого будинку (квартири), які проживають разом з ним у будинку (квартирі), що йому належить, користуються жилим приміщенням нарівні з власником будинку (квартирою), якщо при їх вселенні не було іншої угоди про порядок користування цим приміщенням. За згодою власника будинку (квартири) член його сім'ї вправі вселяти в займане ним жиле приміщення інших членів сім'ї, якщо вони постійно проживають разом з власником і ведуть з ним спільне господарство. При цьому законодавець не визначає ні строку спільного проживання, ні умов ведення спільного домашнього господарства.

Право користування жилим приміщенням зберігається за даними особами і у випадках припинення сімейних відносин із власником жилого приміщення. Але за відсутності згоди про безоплатне користування помешканням колишній член сім'ї повинен вносити плату за користування помешканням і за комунальні послуги. Звичайно, що дані обставини обмежують власника при здійсненні ним права власності на належне йому жиле приміщення. Відповідно до ч. 1 ст. 405 Цивільного кодексу право користування членами сім'ї власника житла належить до речових прав, а саме сервітутних (особистий сервітут). Наукою цивільного права речове права розглядається як одне з істотних обтяжень права власності. Його сутність полягає в тому, що суб'єкт даного права має змогу користуватися чужою річчю.

Стаття 401 Цк України встановлено, що сервітут може бути встановлений щодо нерухомого майна для задоволення потреб інших осіб, які не можуть бути задоволені іншим способом. Тобто, якщо є можливість задовольнити потребу у користуванні майном в будь-якій іншій правовій формі (наприклад, укласти договір оренди) сервітут встановлюватися не може. Для особистого сервітуту, який встановлюється на користь певної, конкретно визначеної особи, діє інше правило, – сервітут встановлюється в силу спеціального положення закону (ст. 405 ЦК України), хоч би і була можливість задовольнити потребу суб'єкта сервітуту в інший спосіб. Зокрема, наявність у члена сім'ї власника житла іншої можливості задоволення своїх потреб у житлі не може бути підставою для припинення права члена сім'ї на користування цим житлом, за винятком випадків, передбачених ч. 2 ст. 405 ЦК України. Член сім'ї власника житла втрачає право на користування цим житлом у разі відсутності члена сім'ї без поважних причин понад один рік, якщо інше не встановлено домовленістю між ним і власником житла або законом. Стосовно членів сім'ї – дітей, які не проживають та/або не зареєстровані, (тобто зняті з обліку за місцем проживання власника житла і отримали довідку про це) без поважних причин понад один рік, дія особистого сервітут не припиняється. Щодо них діє норма Сімейного кодексу, яка встановлює, що дитина належить до сім'ї своїх батьків і тоді, коли спільно з ними не проживає (ч. 2 ст. 3). Крім того, кодексом встановлено, що дитина, над якою встановлено опіку або піклування, та дитина, яка залишилася без піклування батьків і проживає у дитячому закладі або закладі охорони здоров'я, має право на збереження права користування житлом, у якому вона раніше проживала (ст. 247, ст. 248 СК).

На даний час при укладанні одним із подружжя правочинів з нерухомим роздільним майном, нотаріус не має можливості перевірити наявність або відсутність сервітуту на таке майно, з огляду на це у літературі пропонується прискорити створення дієвої системи реєстрації речових прав та запровадження реєстру фізичних осіб, оскільки це надало б можливість перевірки наявності дітей у осіб, які вчиняють правочини щодо нерухомого майна, яким мають право користуватися діти [6 с. 9]. На нашу думку, до створення таких заходів для надання нотаріусу інформації про право користування дітьми нерухомим майном власника, повинна бути довідка про склад сім'ї, яка видається ЖЕКом при відчуженні квартири, а стосовно приватних будинків, то таким документом може бути будинкова книга.

Варто зазначити те, що діюче законодавство не зобов'язує нотаріуса здійснювати контроль за додержанням батьками або особами, які їх замінюють, майнових та житлових прав дітей. Такий контроль при відчуженні жилих приміщень та купівлі нового житла зобов'язані здійснювати органи опіки та піклування. Поряд із цим, відповідно до ст. 5 Закону України "Про нотаріат" нотаріус зобов'язаний сприяти громадянам, підприємствам і організаціям у здійсненні їх прав та захисті законних інтересів, роз'яснювати права і обов'язки, попереджати про наслідки вчинюваних нотаріальних дій для того, щоб юридична необізнаність не могла бути використана їм на шкоду. Це означає, що нотаріус зобов'язаний попередити одного із подружжя, який звернувся з проханням про посвідчення договору відчуження нерухомого майна, яке є його особистою приватною власністю, і не додав до пакету необхідних документів, які необхідні нотаріусу для вчинення нотаріального провадження, рішення органу опіки та піклування про те, що такий правочин на підставі ст. 224 ЦК є нікчемним. Правовими наслідками визнання правочину недійсним ст. 216 ЦК визнає двосторонню реституцію, тобто кожна із сторін зобов'язана повернути другій стороні у натурі все, що вона одержала на виконання цього правочину, а в разі неможливості такого повернення, – відшкодувати вартість того, що одержано, за цінами, які існують на момент відшкодування. Крім того, якщо стороні або третій особі завдано збитків та моральної шкоди, то вони підлягають відшкодуванню винною стороною.

Підсумовуючи все вищевикладене слід відмітити, що:

• оновлення сімейного, цивільного законодавства України, виявило в нотаріальній практиці деякі питання,

що стосуються спільної власності подружжя, недостатньо урегульованими на законодавчому рівні;

• здійснення права власності подружжя в нотаріальному процесі має свої особливості;

• межі здійснення права власності подружжя, в основному, визначаються нормативними актами, проте можливі і добровільні обмеження, які нотаріус зобов'язаний враховувати при посвідченні правочинів, які подружжя укладає між собою, чи з третіми особами;

• на часі постає питання вдосконалення процесуально-правового забезпечення здійснення права власності подружжя в нотаріальному процесі.

1. *Аргунов В.* Каким быть нотариату в России? // Вестник МГУ: Серия: Право. – 1994. – № 2. 2. *Грошева О.* Нотаріальна і судова форма захисту суб'єктивних прав // Право України. – 2006. – № 1. 3. *Дзера О.* Розвиток права власності громадян в Україні. – К., 1996. 4. *Єрух А.* Окремі питання щодо укладення право чинів із спільним майном подружжя // Нотаріат. – 2004. – № 5. 5. *Жилінкова І.* Правовий режим нерухомого роздільного майна подружжя // Нотаріат. – 2004. – № 12. 6. *Кара В.* Право користування житлом дітьми – членами сім'ї власника житла // Мала енциклопедія нотаріуса – 2006. – № 1(25). 7. *Фурса С.Я.* Нотаріальний процес: Теоретичні основи. – К., 2002. 8. Цивільне право України: Підручник / В. Боброва, А С. Довгерт та ін.; за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової. – К., 2004. 9. *Ямпольская Ц.* О субъективных правах советских граждан и их гарантиях // Вопросы советского государственного права. – М.: Изд-во Академии наук СССР, 1959.

Надійшла до редколегії 17.05.06

Б. Малишев, канд. юрид. наук

СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ У СТАРОДАВНЬОМУ РИМІ ТА СЕРЕДНЬОВІЧНІЙ АНГЛІЇ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ

В статті доводиться, що судову правотворчість (і судовий прецедент як одну з форм судової правотворчості) потрібно розуміти як одну з головних рушійних сил при переході права на новий ступінь свого розвитку.

The article proves that judicial lawmaking (and judicial precedent as one of the form of judicial lawmaking) is one of the main causes of law's transition to the next stage of its development.

Однією з аксіом порівняльного правознавства вже давно стало твердження про те, що відмінності правових систем континентальної Європи від правових систем англо-американського типу обумовлюється тим, що правові системи континентальної Європи є ніби продовженням логічно побудованого та кодифікованого римського права, а правові системи англо-американського типу базуються на судовому прецеденті, який був непритаманний римському праву.

Вказуючи на те, що всі правові системи континентальної Європи зазнали свого часу визначального за своїм характером впливу з боку римського права та перейняли його принципи, поняття і традиції, мало хто з дослідників вказує на прецедентний характер деяких важливих джерел самого римського права. Між тим, при зверненні до праць, які досліджують джерела римського права стає очевидним факт, що багато в чому саме завдяки судовій правотворчості римське право стало являти собою настільки бездоганно розроблену та надзвичайно ефективну систему юридичних норм. Нижче ми спробуємо з'ясувати роль судової правотворчості у розвитку римського права.

Історія римського права традиційно поділяється на наступні етапи. У перший період розробляється так зване цивільне квіритське право, в якому зберігалися риси первісного ладу, відчувалися елементи релігійного характеру, а його інститути були достатньо примітивними. Право відрізнялось своїм замкнутим національним характером та жорстким формалізмом. Другий період характеризується виникненням преторського права, з якого згодом виділяється так зване "загальнонародне право" (ius gentium), яке регулювало відносини римських громадян з чужинцями, а також відносини, що виникали між чужинцями, які мешкали на території римської держави. Третій період в історії розвитку римського права характеризується, перш за все, кодифікацією римського права, здійсненої за часів імператора Юстиніана.

Процес набуття законом статусу джерела римського права закінчується дуже рано – з часів видання Законів XII таблиць. Але згодом стає зрозумілим, що положення Законів XII таблиць навіть з урахуванням внесених до них доповнень, а також інших законів, прийнятих народними зборами, не в змозі забезпечити нормальне врегулювання відносин, що виникали у зв'язку з розвитком торгівельного обігу та включенням до складу населення римської держави нових народів. Почалися випадки, коли "виникали такі відносини, щодо яких ius civile не містило жодної норми" [12, с. 93]. Оскільки на той час прийняття нових законів являло собою довгу та складну процедуру, новими та важливими джерелами римського права стають едикти судових магістратів, тобто магістратів, до компетенції яких входило керівництво судовою діяльністю.

Оскільки основні повноваження з керівництва правосуддям зосередились в руках преторів, то коли говорять про судову правотворчість як джерело права у Стародавньому Римі, перш за все мають на увазі преторські едикти.

Посада претора була заснована у IV ст. до н.е. [5, с. 34], але з часом головним призначенням преторів стало керівництво відправленням правосуддя у цивільних справах [7, с. 41]. У 242 р. до н.е. з'являється друга преторська посада, з цього моменту один з преторів (praetor urbanus) керує правосуддям, яке стосується римських громадян, а до компетенції щойно створеного іншого (praetor peregrinus) входять обов'язки щодо керівництва правосуддям стосовно спорів, однією із сторін яких є не громадянин Риму. З часом число преторів збільшується – з'являються намісники претора у провінціях, так звані пропретори.

Всі нововведення преторів до існуючого правового поля закріплювалися у виданих ними едиктах і набули назву "преторське право" (ius praetorium). Разом з тим, сукупність норм, що з'явилися внаслідок практики преторів, їх намісників (пропреторів), а також курульних едилів та квесторів, отримали загальну назву ius honorarium [12, с. 94]. Термін "преторське право" застосовується в якості синоніму терміну "ius honorarium" (право, що створене судовими магістратами), але безсумнівним є той факт, що ius honorarium є ширшим за змістом [2, с. 166].

Внаслідок діяльності претора перегринів у структурі римського права створилася ще одна підсистема юридичних норм, що отримала назву ius gentium, головним призначенням якої було регулювання відносин, в яких учасниками виступали громадяни та чужинці (перегрини), а також чужинці між собою. Норми ius gentium вважалися більш універсальними, гнучкими та диспозитивними, оскільки складалися, в основному, із відпрацьованих практикою загальних звичаїв міжнародного торгіве-

© Малишев Б., 2007

льного обігу. Поступово ius gentium, шляхом закріплення його положень у звичаях, законах, преторських едиктах, почало входити у відносини між римськими громадянами, витиснувши суто римські правові інститути [12, с. 98].

Розглянемо тепер безпосередньо едикт судового претора. Едикт видавався на рік, тобто на строк перебування на посаді магістрату певної особи. Характерною рисою преторського едикту було співіснування в ньому матеріального та процесуального права: в едикті претор визначав ті процесуальні засоби, які він мав намір використовувати, в першу чергу нові позовні формули, але разом з тим побічно вказувалися ті матеріальні вимоги, які він буде визнавати, тобто своєю обіцянкою приймати нові види позовів претор фактично створював нове матеріальне право [2, с. 116]. Такі дії претора являли собою головний шлях, яким римське право поступово, але дуже гнучко та ефективно пристосовувалося до нових обставин життя римського суспільства. Спочатку претори не були позбавлені права протягом свого строку перебування на посаді видавати додатки до вже оголошеного едикту. Більше того, за наявності виключних обставин претори могли відступати від положень оголошеного едикту. Проте згодом у зв'язку із зловживаннями преторами своєю владою був прийнятий закон Корнелія (lex Cornelia), яким встановлювалось, що претор не міг відступати від свого едикту протягом перебування на посаді. Вказаний закон посилив юридичне значення та авторитет едиктів, що підтверджується, зокрема, тим, що після набрання чинності lex Cornelia Цицерон називає едикт "законом на рік" (lex annua) [12, с. 94].

Укладаючи свої едикти, судові магістрати не могли не враховувати досвід своїх попередників, тому згодом стало загальновживаною практикою перенесення щойно обраними магістратами основних і найбільш актуальних положень едикту попередника до свого едикту. Таким чином в едикті поступово з'явилася частина, яка практично без змін переходила з одного едикту до наступного. Така частина отримала назву edictum translaticium, а, ті положення, які судовий магістрат додавав згідно вимог часу до свого едикту за своєю ініціативою, отримали назву edictum novum. З часом edictum novum перестала зустрічатися в текстах едиктів, а edictum translaticium почала являти собою основне ядро едиктів, яке практично не змінювалось, а навпаки, постійно повторювалось в едиктах, і положення, які входили до вказаного ядра регулювали всю сферу приватного права та судового процесу [8, с. 43].

Значення ролі претора підвищилось з прийняттям сенатом lex Aebutia, який дозволив сторонам спору обирати між двома видами судового провадження: між старим – legis actio та новим, що отримав назву per formulas. При розгляді справи відповідно до нової форми судового провадження претор складав письмову формулу, що містила вказівки для судді щодо того, яким чином потрібно вирішувати даний спір. Головна перевага нового виду судового провадження полягала у тому, що сторони під час обгрунтування своєї позиції вже не були зв'язані шаблонами legis actiones, а могли надавати претору докази своєї правоти у зручній для себе формі, не турбуючись про те, чи захищені їх права у даному спорі нормами ius civile, адже магістрати могли включати у формулу вимоги, які не були передбачені ius civile [3, с. 234].

Розглянемо структуру важливих для нас частин формули, яка складалася претором і була обов'язковою для судді при розгляді конкретної справи. Intentio була найголовнішою частиною формули, в ній викладається те питання, яке позивач ставить на розгляд судді. Існувало декілька видів intentio. Головною класифікацією є поділ інтенцій на два види: intentio in ius conceptae (у випадку, коли позивач посилався на норми ius civile) та intentio in factum conceptae (цей вид інтенцій претор застосовував у тих випадках, коли вимоги позивача не могли бути обгрунтовані ius civile, але претор, тим не менш, вважав, що буде справедливим надати позивачеві захист). Отримавши інтенцію, що відносилась до першого виду, суддя повинен був перевірити, чи містить ius civile норми, що підтверджують вимоги позивача. Коли претор застосовував інтенцію другого виду, то обов'язково наводив ті докази та факти, якими позивач обгрунтовував свої вимоги, разом з тим претор наказував судді надати захист позивачу, якщо в ході in iudicio підтвердяться вказані докази та факти. Intentio in factum conceptae були одним з найголовнішим засобом створення преторського права та ius honorarium взагалі [14, с. 228].

Після інтенції розташовувалася condemnatio, яка надавала судді повноваження або притягнути відповідача до відповідальності, якщо intentio буде доведено в ході судового процесу, або звільнити відповідача від відповідальності, якщо intentio не буде доведено. Суддя, отримавши від претора формулу повинен винести рішення на користь позивача, якщо буде доведено наявність вказаних в інтенції умов, які тягнуть за собою condemnation. Однак в інтенції не вказуються зазначені умови: intentio in ius concepta вказує лише на ту групу норм цивільного права, де суддя має знайти підстави для задоволення позову; intentio in factum concepta – лише в загальних рисах вказує на ті факти, наявність яких тягнуть за собою condemnatio. Завдання судді полягало у тому, щоб знайти ті норми цивільного або преторського права, які підтверджують або не підтверджують претензії позивача, викладені в інтенції. Але іноді ставалося так, що зазначені умови, що їх містила інтенція, не були визнані ius civile такими, що звільняють відповідача від відповідальності, однак претор вважав, що саме за наявності таких умов притягнення відповідача до відповідальності буде несправедливим. В таких випадках у формулі претор робив спеціальне застереження, в якому йшла мова про певний факт чи обставину, у разі доведення існування якої, відповідач не міг бути притягнутий судом до відповідальності, незважаючи навіть на те, що інтенцію буде доведено. Таке застереження називалося exceptio. Отже, претор, у випадку створення ним actio in factum надавав позивачеві право обгрунтовувати свої вимоги умовами, що не були передбачені ius civile, а у випадку exceptio надавав певному факту значення обставини, що звільняє відповідача від відповідальності, хоча ius civile не визнавало такий певний факт у якості підстави відмови позивачу у його вимогах.

Таким чином, незважаючи на те, що магістрат повинен був керуватися в своїй діяльності законами, що їх приймали народні збори, інтерпретаціями права відомими юристами, а також старим правом (ius civile), він, завдяки своїй владі (imperium), міг діяти на свій розсуд та встановлювати в едикті правила, якими він мав керуватися під час виконання своїх обов'язків. Цей факт приводив до того, що у формі едикту видавалися положення, що "підтримували та доповнювали ius civile", а також сприяли кращому застосуванню норм ius civile [2, с. 165]. Однак нерідко едикти містили положення, що не узгоджувались з ius civile та мали на меті внесення до нього змін. Суддя, отримавши від магістрата інструкцію, яка протирічить ius civile, все одно не мав права відступати від вказівок магістрату.

Оскільки завжди залишалось в силі правило, що магістрати не можуть відміняти ius civile, то з часом закріпилася практика, згідно якій ius civile та ius honorarium

знаходяться на одному рівні, але коли між ними виникало протиріччя, то діють норми ius honorarium [8, с. 45]. Щодо співвідношення юридичної сили ius honorarium та ius civile Папініан казав, що преторське право запроваджено для підтримки, доповнення та коректування ius civile [11, с. 11].

Поступово норми ius honorarium почали зустрічатися у всіх інститутах цивільного права, переплітаючись з ним та утворюючи нові правила поведінки. Внаслідок чого у римському праві виник "дуалізм правових систем" [12, с. 94], який являв собою факт наявності в рамках одного інституту двох систем норм різного походження та різної юридичної природи (ius civile та ius honorarium). Тим не менш, необхідно зауважити, що едикт так і не набув значення закону. Тобто, коли ius civile, наприклад, визнавало боржником особу, яка стала такою внаслідок шахрайства з боку кредитора, то претор не казав, що не визнає цю особу боржником, а заявляв exceptionem dabo, тобто "зроблю для такої-то особи виняток" [10, с. 57].

В епоху імператорів едикти як прогресивне джерело права повільно почали втрачати своє значення. Приблизно в 130 р. за наказом імператора Адріана юрист Сальвій Юліан зібрав та здійснив редагування найвагоміших положень всіх едиктів міських преторів та, як додаток, едиктів курульних едилів, під назвою Вічного Едикту (edictum perpetuum), який був ухвалений сенатом. Edictum perpetuum виступав тепер як обов'язкова вказівка магістратам, які мали дотримуватися його тексту. Зміни до Вічного Едикту мав право вносити лише імператор. Вічний Едикт зберігав велике значення аж до реформ Юстиніана [2, с. 116], і на підставі аналізу його тексту Ульпіаном, Павлом та іншими видатними римськими юристами були написані численні тлумачення преторського права. Багато положень, що містив edictum perpetuum, без жодних змін перейшли до загальновідомого зводу кодифікованих Юстиніаном актів, що отримав пізніше назву Corpus Iuris Civilis [7, с. 80].

Під час діяльності судових магістратів римське право характеризувалося розквітом, розвиваються найважливіші його інститути, що охороняли приватну власність та стимулювали товарно-грошові відносини [5, с. 11]. Ius honorarium поширювалося на всю сферу цивільного права, як матеріального, так і процесуального. Воно не повинно було ані підміняти цивільне право, ані протиставлятися йому, але його завданням було сприяти розвитку цивільного права таким чином, щоб воно відповідало потребам часу.

За своїм практичним значенням ius honoraruim неминуче перевершувало ius civile, оскільки було більш сучасним, простим та розвинутим [2, с. 165]. Право, яке створили претори, поклало початок нового права, саме того права, що згодом стало основою так званого "класичного" римського права. Преторське право було мало схожим на ius civile, оскільки було позбавлено зайвого формалізму, було гнучким, відстоювало ідеї рівності та справедливості [13, с. 9].

Після того, як посади судових магістратів були скасовані, ius honorarium фактично існувало у edictum perpetuum та численних творах класиків юридичної думки Стародавнього Риму, які коментували норми ius honorarium.

На цьому етапі роль права судових едиктів не зменшилась, оскільки твори класиків вважались повноцінним джерелом права. Під час проведення кодифікаційних робіт саме завдяки цим творам норми ius honorarium були зібрані у Digesta. Потрібно відзначити, що Дігести є найважливішою частиною збірника законів Юстиніана [7, с. 79] та являють собою найбільш повну та вагому його частину (біля 60% всього тексту) і зіграли велику роль у рецепції римського права в Західній Європі [5, с. 76]. Дослідники також вказують на те, що викладання права в університетах зразка XII–XV ст.ст. зводилось в основному до вивчення Дігест [4, с. 131, 133].

Грунтуючись на вищевикладеному, можна з впевненістю сказати, що найважливіші інститути правових систем країн континентальної Європи, які традиційно відносять до романо-германської правової сім'ї, у значній мірі мають своїми коріннями судову правотворчість преторів. Тому абсолютно правий С. Алєксєєв, вказуючи на той факт, що феномен англійського прецедентного права ще недостатньо оцінений, адже в деякій мірі можна сказати, що історичні різновиди прецеденту (у випадку з римським правом прецедентний характер мала діяльність судових магістратів) являють собою головні етапи на шляху світового правового прогресу, оскільки римське приватне право, яке є історичною першоосновою світової правової культури, у своєму первісному вигляді було правовою системою, що створювалась, в основному, під час розгляду конкретних юридичних справ, тобто, по суті, в прецедентному порядку [1, с. 287].

Отже, має рацію думка, що англійське право в деяких аспектах є ближчим до римського, ніж право країн, які відносяться до романо-германської правової сім'ї, і еволюція англійського права в своїх основних рисах відтворює розвиток римського права [6, с. 29].

Конкретизуючи останню тезу про схожість розвитку англійського і римського права слід звернути увагу на паралельні шляхи історичного розвитку цих систем юридичних норм, незважаючи на те, що їх розділяє проміжок майже у тисячу років. Ідеї про можливість такого порівняння виказували різні вчені: від П. Віноградова [15, с. 125, 127]) до О. Косарєва та інших сучасних вчених [9, с. 48–54; 16, с. 282; 17, p. 134; 18, p. 159; 19, p. 6].

Узагальнюючи висловлені вказаними вченими думки, спробуємо надати їм структурного та послідовного вигляду. Отже, на наш погляд, схожість еволюції римського та права Англії проявляється у наступних тезах. 1. У вирішальній ролі процесуального образу мислення (норми матеріального права з'являються пізніше і є додатками до процесуального права). 2. В однакових характеристиках змісту правових приписів первісної системи юридичних норм (квіритське право і загальне право були жорстко формалізованими, мали прості інститути, вузьку сферу дії, були зв'язані із звичаями). 3. В однаковому психологічному відношенні населення та професійних юристів до квіритського права та загального права: у Римі квірітське право вважалося священним, а в Англії загальне право користувалося особливою повагою та вважалося суто англійським та національним правом. 4. У повільному характері розвитку первісних систем юридичних норм (консервативність, притаманна квіритському і загальному праву, заважала їх модифікації та пристосуванню до нових умов, тому регулювання нових відносин відбувалось шляхом виникнення нових форм права: преторського права та права справедливості). 5. У ролі претора та лорда-канцлера у розвитку права (обидва шляхом відносно вільного дотримання положень старого права долали його обмеженість та формалізм, що призвело до створення нових, більш прогресивних систем юридичних норм: преторського права у Римі та права справедливості в Англії.). 6. У дуалізмі систем норм права, при якому вищу силу мали нові системи норм права – преторське право та право справедливості. 7. У поступовому зближенні систем юридичних норм: стара форма набуває нового змісту, починає пристосовуватися до регулювання нових відносин. Формальне зникнення дуалізму систем

норм у Римі пов'язується з кодифікацією Юстиніана, а в Англії вирішальне значення відіграло злиття у 1873–1875 р.р. судів загального права та Суду канцлера.

Підводячи підсумок вищезазначеному, необхідно вказати, що римське право та англійське прецедентне право (яке за своїм змістом та суб'єктом правотворчості поділялося на загальне право та право справедливості) є тими своєрідними центрами зародження західної традиції права, завдяки яким ми сьогодні можемо стверджувати про існування двох домінуючих у світовому масштабі типів правових сімей: англо-американську правову сім'ю (або сім'ю загального права) та романо-германську правову сім'ю (або континентальну правову сім'ю).

При цьому є загальновідомим, що англійське прецедентне право розвивалося поступово, шляхом накопичення досвіду вирішення реальних спорів. В той же час континентальне право виникло завдяки рецепції римського права, яка призвела до виразу права в абстрактних та лаконічних формулюваннях кодексів.

Однак, як видно з вищевикладеного, в основі як римського права (а відтак – в основі романо-германського типу правової сім'ї), так і в основі англо-американського типу правової сім'ї знаходиться судова правотворчість.

Виходячи з цього слід зазначити, що судову правотворчість (і судовий прецедент як одну з форм судової правотворчості) потрібно розуміти як одну з головних рушійних сил при переході права на новий ступінь свого розвитку.

1. *Алексеев С.С.* Право: Азбука. Теория. Философия. Опыт комплексного исследования. – М.: "Статут", 1999. 2. *Бартошек М.* Римское право (понятия, термины, определения). – М.: "Юридическая литература", 1989. 3. *Белогрудъ Н.Е.* Римское право. Источники, история, институции. – К.: Изданіе книжныхъ магазиновъ И.А. Розова, 1897. 4. *Берман Г. Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования. – М.: "Изд-во МГУ", 1994. 5. *Галанза П.Н.* Государство и право Древнего Рима. – М., "Изд-во МГУ", 1963. 6. *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. – М.: "Международные отношения", 1997. 7. *Катрич В.М.* Держава і право Стародавнього Рима. – К., "Вид-во КДУ", 1972. 8. *Кіпп Т.* Исторія источниковъ римскаго права. – Спб.: 1908. 9. *Косарев А.И.* Англосаксонская и романо-германская формы буржуазного права. – Калинин: Издательство Калининского гос. университета, 1977. 10. *Лоський К.* Історія і система римського приватного права. Т.1. Історія джерел римського права. – Київ-Відень, 1921. 11. *Маккензи*. Римское право сравнительно съ законами уголовными, гражданскими и судопроизводствомъ во Франціи, Англіи, Шотландіи. – М.: 1875. 12. *Покровскій І.А.* Исторія римскаго права. – Петроградъ: Право, 1918. 13. *Синайскій В.И.* Исторія источниковъ римскаго права.- Варшава, 1911. 14. *Хвостовъ В.М.* Исторія римскаго права. – М.: Изданіе Т-ва И.Д. Сытина, 1910. 15. *Черниловский З.М.* История и теория права в трудах П.Г. Виноградова // Труды ВЮЗИ. – 1977. – Т.54. 16. *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х т.т. – Том I. Основы: Пер. с нем. – М.: Международные отношения, 2000. 17. *Kiralfy A.K.R.* The English Legal System. – L.: Sweet and Maxwell, 1990. 18. *Tudsbery F.* Equity and the Common Law // The Law Quaterly Review. – 1913. – Vol. XXIX. – №114. 19. *Walker R., Ward R.* English Legal System. – L.: Butterworths, 1994.

Надійшла до редколегії 20.10.06

А. Ковтонюк, асп.

ЮРИДИЧНИЙ ПОЗИТИВІЗМ: ІСТОРІЯ ТА СУЧАСНІСТЬ

Предметом дослідження статті є виникнення і розвиток юридичного позитивізму, його вплив на розвиток наукової думки. Відстежується критика юридичного позитивізму видатними науковцями різних часів та епох. Дане дослідження має на меті показати не лише негативні сторони юридичного позитивізму, але і виявити у цій течії той позитив, який зробив значний вплив на формування правової ідеології.

The main idea of the article is the research of the appearance and the development of the legal positivism it's influence on the development of the scientific thought. There is analysis of the criticism of legal positivism by the famous scientist in this article. The Aim of the research is not just to check the negative sides of the legal positivism, but to notise the positive moments, which were usuful for creating legal ideology.

Дослідженням теорії юридичного позитивізму займалась досить велика кількість вчених на протязі тривалого часу. Оскільки юридичний позитивізм майже не знайшов прихильників серед наукових діячів, які працювали за часів Радянського Союзу, він був підданий нищівній критиці. Література 60-х років, яка дає опис юридичного позитивізму має досить схожий критичний характер. На даний час дослідження юридичного позитивізму під новим кутом зору є досить актуальним питанням, оскільки позитивізм ніс в собі не лише негатив, як це пропагувалось в радянській науковій думці, а й мав досить вагомий позитивний вплив на формування правової ідеології в XX столітті.

На початку свого становлення метою юридичного позитивізму, майже так само як і філософського позитивізму, були лише емпіричні дослідження. Однією з його рис був догматичний підхід до вивчення діючого тобто позитивного права. Усе дослідження і групування правового матеріалу базувалось лише на формально-логічному його опрацюванні та узагальненні. Досвід того часу не робив жодних соціально-економічних обґрунтувань його суті, причин виникнення і розвитку, жодної узагальненої оцінки. Право є те, що записано в законі і нічого більше. Закон же є вільне виявлення волі держави. При цьому держава розглядалась як певна вільна особистість, що існує самостійно і безвідносно до класової структури суспільства. Норми, що вивчалися – "норми права, розглядались як такі що, не підлягали критиці в силу їх встановлення державою" [4].

Більш того, правові норми, розглядались як апріорні витоки суспільного життя, перетворювались в його першооснову, а право в цілому тлумачилось в якості творця суспільства. Такий погляд Ф. Енгельс назвав юридичним світосприйняттям, що являє собою "теологічний світогляд, якому надали світського характеру. Місце догми, божественного права зайняло право людини, місце церкви зайняла держава. Економічні і суспільні відносини, які раніше, будучи санкціонованими церквою, вважались створенням церкви і догми, уявлялись тепер основаними на праві і створеними державою" [2].

Юридичне світосприйняття було класичним світосприйняттям суспільства в той період, коли воно розвивалось на основі вільного підприємництва і конкуренції, коли його ідеалом була автономна особистість, а право пов'язувалось ним з індивідуальними товаровласниками і будувалось на засадах формальної демократії і формальної рівності. Але з часом існуючі форми права перестали відповідати новим потребам суспільства.

Вперше офіційно нормативний підхід до вивчення права був встановлений на І-й Всесоюзній нараді наукових і практичних працівників юридичних установ і вузів у 1938 році. Не дивлячись на те, що юридичний позитивізм в XX столітті був суттєво потіснений соціологічними природноправовими теоріями, все ж формалізм продовжував займати значне місце в правознавстві, особливо в галузевих дисциплінах. Найбільш впливовим крилом юридичного неопозитивізму є нормативізм, чи "чиста" теорія права Г. Кельзена (1881–1973). Основна його праця – "Чиста теорія права".

© Ковтонюк А., 2007

"Чистота" юридичної науки, за Кельзеном, означає, по-перше виключення з неї ідеологічних і аксіологічних аспектів. Протиставляючи науку ідеології, Г. Кельзен вважає, що теорія права повинна бути вільною по відношенню до будь-якої ідеології, тільки в цьому випадку вона може бути наукою у власному розумінні слова. Сутність, цінність і справедливість права – все це, на погляд Г. Кельзена "метафізичні" питання, займаючись якими, наука втрачає свою об'єктивність і перетворюється в ідеологію як суб'єктивне і тому ніби завжди не правильне, ілюзорне відображення правової дійсності через призму тих чи інших класових інтересів. "Чисте" вчення про право, заявляє він, безпартійне, надкласове.

Чисте вчення про право є теорія позитивного права: позитивного права взагалі, а не якогось конкретного правопорядку. Це загальне вчення про право, а не інтерпретація окремих національних чи міжнародних норм. Але воно дає інтерпретації.

Будучи теорією, право прагне лише одного: пізнати свій предмет. Воно намагається відповісти на запитання, що є право і як воно є, а не на запитання, як воно повинно бути і створюватись. Воно є правознавство, а не спроба права.

Це вчення про право називається "чистим" тому, що воно займається одним лише правом і "очищує" предмет який пізнається від всього, що не є правом в суворому значенні. Іншими словами, воно намагається звільнити правознавство від всіх чужих йому елементів. Таким є основний принцип його методики. І він здається самоочевидним. Однак навіть поверхневого погляду на традиційне правознавство, що склалося в XIX–XX ст. достатньо, щоб впевнитися в тому, наскільки мало воно відповідало вимогам чистоти. Юриспруденція розширилась за рахунок психології і соціології, етики і політичної теорії. Таке розширення можна пояснити тим, що ці науки мають справу з предметами, які, безперечно тісно пов'язані з правом. І якщо чисте вчення про право бажає відмежувати пізнання права від суміжних дисциплін, то зовсім не тому, що воно не помічає чи навіть заперечує цей зв'язок, а тому що, воно хоче уникнути методологічного синкретизму, який затьмарює правознавство і стирає межі, призначені йому його природою [1].

Г. Кельзен різко протиставляє науку про те що існує (буття) (Sein) наукам про належне (Sollen). Перші, писав він, оперують за допомогою закону причинності, пов'язують підпорядкованість явища як причину і наслідок. Сюди відносяться науки про природу і в певній мірі соціологія, історія, психологія, етнологія. Друга група наук, в яку входять етика і юриспруденція, вивчає нормативний порядок людських відносин, який належить не до сфери існуючого, а до сфери належного. Зв'язок між підпорядкованими явищами в нормативному порядку утворюється на основі категорії формально-логічної повинності незалежно від соціального буття. Тим самим Г. Кельзен зводив право до "чистих", формально-логічних нормативних повинностей, відриваючи їх від фактичного змісту [3].

Загальним джерелом єдності і вагомості норм права виступає основна норма, що утворюється людським пізнанням. Вона не являється ні синтезом соціальної бази права (як, наприклад, норма соціальної солідарності Л. Дюгі), ні нормою природного права. Функція основної норми, стверджував Г. Кельзен, не аксіологічна чи етико-політична і не соціологічна, а пізнавально-теоретична. Як передумова єдності і вагомості всіх норм даної системи, основна норма являється трансцендентально-логічною категорією пізнання.

Зовнішня дія, яка за своїм об'єктивним значенням складає правовий (чи протиправний) акт, – це завжди подія, яка протікає в просторі і часі і яка чуттєво сприймається, тобто природне явище, визначене законом причинності. Однак це явище як таке, як елемент природи, не є предметом специфічного юридичного пізнання і взагалі не відноситься до права. Конкретна дія отримує свою специфічно юридичну суть, своє власне правове значення, в силу існування деякої норми, яка за змістом співвідноситься з цією дією, наділяючи її правовим значенням, так що акт може тлумачитися згідно з цією нормою. Норма функціонує в якості схеми тлумачення. Іншими словами: судження, згідно якого здійснений у просторі і часі акт людської поведінки є правовий чи (протиправний) акт, що представляє собою результат деякого специфічного – а саме нормативного тлумачення. Але в думці, згідно з якою цей акт являє собою звичайну подію, виражається лише певне, відмінне від нормативного, а саме казуальне тлумачення. Норма, що надає акту значення правового (чи протиправного) акта, сама створюється за допомогою правового акта, який в свою чергу отримує правове значення від іншої норми. Інакше кажучи, зміст реальних подій узгоджується зі змістом деякої норми, яка визнається дійсною.

Пізнання права направлено на пізнання тих норм, які мають характер норм права і надають певним діям характер правових чи протиправних актів. Адже право, яке складає предмет цього пізнання, являє собою нормативний порядок людської поведінки, тобто систему регулюючих людську поведінку норм. "Поняття" норма, означає, що дещо повинно бути чи здійснюватися і, особливо, що людина повинна діяти (вести себе) певним чином. Такою є суть певних людських актів, які направлені на поведінку інших.

"Норма" – це зміст акта, який наказує чи дозволяє і, особливо, уповноважує певну поведінку. Потрібно мати на увазі, що норма як специфічна суть акта, направлена на поведінку інших, – це не те ж саме що і акт волі, зміст якого вона складає. Адже норма є обов'язок того як має бути, а акт волі, зміст якого вона складає, – буття. Тому те, що відбувається, коли ми маємо справу з таким актом, слід описати так: одна людина виявляє волю (хоче), щоб інша людина була зобов'язана діяти певним чином.

Слід відмітити, що норма може бути змістом не лише акта волі, але також і акта мислення в якості ідеї. Ми можемо уявити собі норму, яка, не будучи суттю акта волі, існує лише в нашому мисленні. Тоді це не встановлена, не позитивна норма. Інакше кажучи, норма не обов'язково повинна бути встановленою, вона може бути допущеною лише в думках.

За допомогою основної норми, згідно теорії Г. Кельзена, право досягає єдності, не застосовуючи метаправові джерела і утворює ступеневий (ієрархічний) порядок, в якому нижчі норми витікають з вищих. Вища ступінь права – конституція – черпає свою обов'язковість безпосередньо в основній нормі. Далі в нижчій ступені йдуть закони і "загальні" норми (укази і розпорядження, що мають силу закону). Нищу ступінь утворюють так звані індивідуальні норми, що створюються судом і органами управління по відношенню до окремих правових ситуацій. Фактично Г. Кельзен не робить різниці між правотворчістю і правозастосуванням: "Створення загальних норм є застосуванням конституції, – пише він, – подібно тому як застосування загальних норм через суд і органи управління являється створенням індивідуальних норм". В свою чергу, правопорядок – це "система загальних і індивідуальних норм, пов'язаних одна з одною в силу того, що створення кожної належної до даної системи норми здійснюється через іншу норму цієї ж системи і в кінцевому рахунку визначається засобами основної норми" [1].

В нормативізмі знайшла своє логічне завершення юридична теорія держави. Соціологічне поняття держави Г. Кельзен відкинув як несуттєву фікцію. Держава, вважав він, являє собою систему відносин владарювання і підлеглості, тобто відносин, в яких воля одних виступає в якості мотиву для поведінки інших. Сутність цих відносин полягає в тому, що вони утворюють врегульовану, впорядковану, нормативну систему примусу. Думці про владарювання, за Г. Кельзеном, передує уявлення про те, що одні повинні (обов'язок в нормативно-логічному значенні) наказувати, а інші – підкорятися. В цій якості відносини владарювання і підкорення, політичні відносини відносяться не до сфери існуючого, а до сфери того, як повинно бути. Але те ж саме, стверджував Г. Кельзен, являє собою і право. Звідси випливає, резюмував він, держава як нормативний, примусовий порядок суспільних відносин владарювання і підпорядкування ідентично праву. Держава є відносно централізований правопорядок. Для того щоб виразити єдність держави, їй надається властивість юридичної особи. В результаті, згідно його теорії, держава є відтворення, персоніфікація правопорядку.

Вірно відзначаючи неможливість пояснити власні відносини психікою індивіда, Г. Кельзен, однак, шукає обґрунтування цих відносин не в економіці, не в матеріальних відносинах, а в їх формі – юридичних відносинах. В кінцевому рахунку він замінив політичні відносини правовими. Говорити про державу як самостійне явище поряд з правом – означає, заявляє він, впадати в наївний дуалізм. Тому теорію держави він зводить до теорії державного права, чи "вчення про визначений в якості держави правовий порядок" [3].

З формально-юридичних позицій Г. Кельзен розглядає важливу ознаку держави – суверенітет. Останній за Г. Кельзеном, не можна вважати об'єктивною якістю фактичної політичної дійсності. Він стверджував, що суверенітет з точки зору юридичної науки являється ніби лише категорією пізнання, що виконує роль логічної передумови нормативного порядку. Чи є щось, що відповідає цьому поняттю в існуючому світі (тобто в фактичній дійсності), юридична наука не може вирішити. В будь-якому разі, на його думку, суверенітет не є визначенням реальної політичної влади, оскільки не має ніякого порівняння між владою великих і владою малих держав.

Для будь-якої природноправової теорії центральним питанням є питання про розподіл природного і діючого права. "Так звана природноправова теорія, – пише Кельзен, – являє собою один із різновидів правових вчень, які можуть бути названими ідеалістичними. На противагу реалістичній теорії права, вони визнають існування поряд і над правом, обумовлені реальними чи позитивними людськими діями (звичай чи правотворчість), ідеального, правильного чи справедливого права... Згідно з такими поглядами, позитивне право можна лише тоді і настільки вважати діючим, коли і наскільки воно відповідає ідеальному праву... Для ідеалістичних концепцій в теорії права, однією з різновиду яких являється доктрина природного права, характерним є дуалізм двох правопорядків, ідеального і реального, і як реалістична теорія права визнає одне лише позитивне право, не вбачаючи витоків його дії у нормативному порядку, що стоїть над ним і обмежується лише його описом і вивченням його структури.

На відміну від природного права, позитивне право формується відповідними державними органами за допомогою відповідної процедури на певний час і з певним змістом. Якщо зобов'язуюча сила природного права не забезпечується ніякими реальними санкціями, то за нормами позитивного права стоїть державний апарат примусу. Прихильники природного права вважають, що норми цього права, оскільки вони діють безпосередньо, настільки ж очевидні, і не потребують доказування, як наприклад, закони логіки. Вони не вважають необхідним для їх реалізації застосування примусу чи загрози примусу. Між іншим прихильники правового позитивізму розглядають діюче право в основному як примусову систему і не вимагають, щоб той, кому адресовані правові норми, усвідомлював їх правильність і справедливість. Відповідно, якщо природне право являє собою вільний від примусу порядок, то позитивне право виступає у вигляді примусових норм. Орган, що здійснює примус, – держава – є найважливішим гарантом їх перетворення в життя; більше того, позитивна правова норма, як неодноразово вказували на це прихильники позитивного права, діє настільки, наскільки за нею стоїть примусова сила.

Прийняття чи відхилення оціночного методу нерідко призводить до повного протиставлення позицій прихильників природного права і прихильників правового позитивізму. Перші, наприклад, схильні вважати природноправові принципи трансцендентними, недоступними для позитивного права, і розглядати науку, що займається діючим правом, просто як складову частину етики. Проте позитивізм, заперечуючи правовий характер природного права, прагне виключити його з сфери юриспруденції і перенести його в область моралі; він не признає вищі правові принципи і вимоги справедливості, що начебто полягають в ньому необхідною складовою частиною діючого права.

Отже, якщо прихильники природноправової концепції не піддають сумніву правовий характер діючого права і вважають його лише вихідним від іншої системи норм, що має головуюче значення, то позитивізм взагалі оспорює правовий характер природного права, тобто намагається заперечує його здійснення в правовій практиці. Очевидно, природне право як самостійна система норм могло б претендувати на практичне застосування лише в тому випадку, якщо б ці норми були певним чином обумовлені і їх дієвість була б підтверджена. І хоча його прихильники взагалі оголошують зайвими такі докази в силу самого собою зрозумілого характеру природного права, схожі спроби постійно застосовувались.

Консервативний зміст, яким було наповнене "відроджене" природне право, обумовило його зближення з позитивним правом.

Ряд юристів – прихильників природного права висловили думку, що хоча кінцевий зміст права полягає в людській природі, все ж не можна залишати його соціологічну основу і техніко-юридичну форму. Що ж стосується нових конструкцій прихильників позитивізму, то в них можна виявити природноправові елементи.

Мова йде навіть не про необхідність поєднання двох нормативних систем – природного і позитивного права. Наприклад, вчений Хейде відкидає тезис про непримиримое протиріччя між природним і позитивним правом і вбачає основним завданням сучасної юридичної науки якраз в тому, щоб синтезувати їх. В основу цього синтезу повинна бути покладена ідея специфічного поєднання між здійсненням норм моралі, з однієї сторони, і досяганням політичних цілей з іншої. Таким чином, всяка правова норма для того, щоб дійсно бути правом, повинна бути обов'зковою не лише в політичному, а і в моральному плані. Інакше кажучи, природне право може отримати реальність, лише проявившись в позитивному праві, але свою обов'язкову силу воно черпає в моральних устоях, незалежно від позитивного права. З цього в свою чергу випливає, що поняття права складається в однаковій мірі з позитивного і природного

права, що всяка правова норма в однаковій мірі містить елементи як того, так і іншого права. У випадку відсутності хоча б одного з цих елементів ми не можемо говорити про право. Так, не можна вважати правом наказ законодавця, який хоча і має правову форму, але за змістом являється неправомірним.

Точка зору Хейде навряд чи може зустріти підтримку у прихильників правового позитивізму. Запропонована їм концепція виявляється безпорадною, коли потрібно відповісти на запитання про те, яким є критерій, за допомогою якого можна вирішити, чи являється наказ законодавця "неправомірним" чи "несправедливим"? Якщо погодитись з Хейде, що таким критерієм служить мораль, то тоді доведеться пов'язати обов'язковість позитивного права з факторами, що знаходяться поза рамками права і не піддаються обліку за допомогою правових засобів. Іншими словами, це нове повернення до вихідної позиції природного права.

Теорія єдності двох нормативних систем також розглядалась такими юристами, як Гірке, Мейтленд і Еріх. Вони однаково підкреслювали, що позитивне право склалось на основі звичаєвого права, а оскільки останнє має свої корені в природній правосвідомості то природне право, по суті, слід розглядати як присутнє в праві позитивному. Дехто з авторів, наприклад Станка, вважають, що юрист нерідко попадає в таку ситуацію, коли йому потрібно орієнтуватись в правовому "вакуумі". В таких випадках він звертається до іманентних правових принципів, що стоять над позитивним правом і якими являються філософські основи права, хоча з суворо позитивістської точки зору для юриста подібні принципи являються трансцендентними. Так само Ларенц вбачає в природному праві іманентну основу будь-якого історично діючого права, в зв'язку з чим він вважає помилковим протиставлення позитивного і природного права [5].

Ще одна риса, що характеризує сучасну позитивіську теорію права, – рух в сторону інтеграції різноманітних напрямків, які зовсім недавно вважались ворожими. Головна причина цієї ворожнечі полягала, безперечно, у надмірній односторонності поглядів і підкреслено негативному відношенні до інших точок зору; при цьому було відсутнє достатнє розуміння чужих точок зору чи допускалось їх свідоме перекручування. Сьогодні погляди науковців поступово зближуються, чому, очевидно сприяє і та обставина, що багато основних положень різноманітних систем в області філософії права сьогодні вже не можуть бути збережені в своєму початковому вигляді. На даний час вже неможлива жорстка позиція протиставлення один одному окремих провідних напрямків. Зрозуміло, що зараз передчасно говорити про повне подолання протиріч і створення якоїсь єдиної філософії права. Однак можна без перебільшень стверджувати, що тенденція до взаємопроникнення різних правових течій і зближення їх позицій проявляється все чіткіше. Нерідко та чи інша школа права враховує не лише найновіші досягнення природних і суспільних наук, але і успіхи інших напрямків в області теорії права.

1. *Кельзен Г.* Чистое учение о праве. К конгрессу международной ассоциации правовой и социальной философии. – Т., 1987. 2. *Маркс К., Енгельс Ф.* Сочинения, т. 21. 3. *Нерсесянц В.С.* История политических и правовых учений. – М., 1988. 4. *Пяткина С.А.* Юридический позитивизм в России. Автореферат кандидатской диссертации. – Л., 1965. 5. *Туманов В.А.* Критика современной буржуазной теории права. – М., 1969.

Надійшла до редколегії 29.09.06

М. Бондарєва, канд. юрид. наук

АНГЛОСАКСОНСЬКИЙ НОТАРІАТ: ОСОБЛИВОСТІ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ФУНКЦІОНУВАННЯ

Розглянуто та проаналізовано особливості організації інституції нотаріату за законодавством Сполучених Штатів Америки.

The legal adjustment of notary institution according to legislation by United States of America is considered and analyzed here.

Сучасні тенденції світової інтеграції країн, що належать до різних правових систем, диктують необхідність дослідження концептуальних засад організації різних правових інституції таких країн. Основною метою таких розробок вбачається наближення таких інституції з наступним потенційним їх об'єднанням в єдині організаційні утворення. Зазначені тенденції в повній мірі реалізуються в галузі функціонування нотаріатів латинського та англосаксонського типів [3, с. 8], що зумовлює необхідність вивчення особливостей організації аналогічних інституцій в різних країнах світу та методів їх правового врегулювання. В даному дослідженні пропонується розглянути зазначену проблему з позицій досвіду, напрацьованого в Сполучених Штатах Америки та Великобританії – країнах, системи нотаріальних органів в яких є типовими представниками нотаріатів англосаксонського типу, проаналізувати особливості їх організації та функціонування.

Основними ознаками, за якими може бути охарактеризований англосаксонський нотаріат є: специфіка нормативного оформлення інституції нотаріату у відповідній країні; розуміння дефініції "нотаріус", перелік вимог, що висуваються до претендентів на посаду нотаріуса, процедура допуску до професії; характеристика порядків вчинення нотаріальних дій, як загального, так і спеціального; компетенція нотаріальних органів.

Базисними факторами, що визначають особливості організації нотаріату в США, є відсутність його як єдиної спеціалізованої державної інституції [2, с. 76], та виконання обов'язків, специфічних в країнах континентальної системи права для нотаріусів, уповноваженими державою посадовими особами, діяльність яких пов'язана з юридичною практикою, або не пов'язана з нею. Відсутність федерального законодавства з врегулювання нотаріальної діяльності пояснює серйозні відмінності при визначенні правового статусу нотаріуса, переліку нотаріальних дій, які можуть ним вчинятися, інших особливостей організації та вчинення нотаріальної діяльності у різних штатах. Правові аспекти організації та функціонування нотаріату в цій країна знаходять відображення в модельному законодавстві [5] – Модельному законі США "Про нотаріат" та Уніфікованому законі США "Про нотаріальні дії" та в законодавствах окремих штатів.

Схожими є правові засади нормативного оформлення нотаріальної діяльності у Великобританії. Відсутність спеціального нормативно-правого акту, який би врегульовував діяльність нотаріату в цій країні дозволяє говорити про базування досліджуваної інституції на правових звичаях, головним чином, торгівельного права, судових прецедентах та статутах, що містять положення про порядок вчинення окремих нотаріальних дій [10, с. 15].

Що стосується змістовного наповнення термінологічного формулювання "нотаріус", та в як в США, так і у

© Бондарєва М., 2007

Великобританії особа, на яку покладено обов'язок вчиняти нотаріальні дії, формалізується як "публічний нотаріус" або "нотаріус". Так, за американським законодавством нотаріус – це будь-яка особа, уповноважена державою на вчинення нотаріальних дій, яка реалізує свою компетенцію або в якості основного виду діяльності, або одночасно з іншими видами ділової активності. В першому випадку, нотаріус, як правило, здійснює свою діяльність як найманий працівник, і спрямована вона на обслуговування відповідного підприємства чи установи. Проте, нотаріус, навіть в такому випадку, залишається незалежним в усіх питаннях професійної діяльності та зберігає право вчиняти нотаріальні дії, не пов'язані з обслуговуванням свого роботодавця, у вільний від виконання своїх основних обов'язків час. Окрім нотаріусів повноваженнями по вчиненню нотаріальних дій законодавствами окремих штатів наділяються і певні посадові особи, які можуть бути умовно поділені на дві групи: особи, компетенція яких визначена законом і не потребує додаткового підтвердження, та особи, право вчиняти нотаріальні дії яких має підтверджуватися в кожному конкретному випадку локальними нормативними актами. До першої з зазначених груп посадовців відносяться судді, офіцери дійсних військових формувань США, офіцери іноземних військових формувань, посадові особи консульських установ іноземної держави на території США. Відповідно до параграфа 1044-А глави 10 "Збройні сили" Зводу Законів США нотаріальні дії вчиняються також військовими прокурорами, всіма адвокатами у цивільних справах, що мають відповідну ліцензію на здійснення адвокатської практики, начальниками особового складу, в тому числі, із складу запасу, які в даний час не несуть службу та інші члени воєнізованих формувань, які відповідно до інструкцій або внутрішніх правил мають повноваження вчиняти нотаріальні дії. Вищезазначені особи при вчиненні нотаріальних дій користуються правами та несуть обов'язки, визначені для нотаріусів. До другої групи осіб, що мають право вчиняти нотаріальні дії тільки за наявності спеціального дозволу на це, відноситься, наприклад. начальник федеральної тюрми.

Що стосується правового статусу нотаріуса, то в США він є доволі специфічним через застереження про неможливість надання нотаріусом консультацій правового характеру, складання проектів угод, вчинення інших форм діяльності, здійснення яких визнається парафією професійних юристів [6].

На відміну від США, в яких нотаріальну діяльність можуть здійснювати особи, основний вид професійної активності не пов'язаний з юриспруденцією, нотаріусами в Англії визнаються особи, які пройшли спеціальні процедури допуску до цієї професії та професійна компетенція і обізнаність яких підтверджена свідоцтвом на право здійснення діяльності солісітора або свідоцтвом на здійснення нотаріальної практики, обидва з яких видаються Судом Архієпископа Кентерберійського (голови суду Повноважень, державного органу, до компетенції якого віднесені повноваження щодо допуску до нотаріальної діяльності).

Перелік вимог до претендентів на посаду нотаріуса у Великобританії залежить від класу нотаріуса, на який претендує особа. В Англії та Уельсі і функціонують три класи нотаріусів: загальні нотаріуси, або, як їх ще називають "нотаріуси-писарі", територіальною компетенцією яких охоплюються всі частини Англії та Уельсу, окружні нотаріуси, які є практикуючими солісіторами та згідно з розділом 4 Акту про Державних нотаріусів 1833 року [10, с. 23] діють в межах визначеної території – нотаріального округу, а також церковні нотаріуси, які здійснюють свою діяльність при судах. Таким чином, бажаючі обійняти посаду загального нотаріуса мають пройти обов'язкове п'ятирічне стажування в якості секретаря нотаріуса, скласти кваліфікаційний іспит, принести присягу – аффідевіт, до того ж заручитися поручительством не менше ніж двох нотаріусів, які підтвердять кваліфікованість, компетентність та чесність кандидата. Претенденти на посаду нотаріуса –писаря додатково мають володіти двома іноземними мовами та окрім основного п'ятирічного стажування пройти додаткове стажування в зарубіжній нотаріальній конторі. Наявність вищої юридичної освіти у загальних нотаріусів не вимагається, хоча треба відмітити, що відсутність її, з одного боку, компенсується тривалим стажуванням, а з іншого, видача свідоцтва особі, яка не має такої освіти, на практиці є доволі проблематичним.

Окружні нотаріуси, як вже відмічалося, є практикуючими адвокатами, тому стажування вони можуть не проходити, а кваліфікаційний іспит такі особи складають виключно з правових та процесуальних аспектів нотаріальної практики. Проте свідоцтво про право на заняття нотаріальною діяльністю їм видається тільки на підставі заяви мешканців відповідного нотаріального округу, якою підтверджується недостатність існуючої кількості вже практикуючих в цьому окрузі нотаріусів.

Нотаріуси третього класу – церковні нотаріуси – призначаються зі складу архіваріусів церковних судів, які за посадою є солісіторами, і не підпорядковуються положенням згадуваного Акту про державних нотаріусів 1833 року, оскільки вони звільнені від обов'язку одержувати свідоцтво про право на заняття нотаріальною діяльністю згідно з Актом про Церковні Ліцензії 1533 року [7, с. 101].

До осіб, які претендують на зайняття посади нотаріуса в США, відповідно до параграфу 3-1 Модельного закону США "Про нотаріат" висуваються наступні загальні вимоги:

- особа має бути віком не молодше 18 років (у штатах Аляска та Небраска мінімальний вік претендента становить 19 років);
- на момент призначення на посаду особа повинна постійно проживати в даному штаті (це правило не стосується нотаріусів – військовослужбовців, які можуть здійснювати повноваження за межами штату місця постійного проживання), або, не будучи резидентом цього штату часто перебувати на його території;
- особа повинна бути громадянином США;
- вміти читати та говорити англійською мовою;
- прослухати курс лекцій та успішно скласти письмовий іспит з метою визначення рівня професійних знань;
- надати комплект відбитків пальців для перевірки на предмет притягнення до кримінальної відповідальності.

Законодавствами окремих штатів можуть встановлюватись додаткові вимоги до претендентів на посаду нотаріуса. Так, особа, яка бажає отримати дозвіл на вчинення нотаріальних дій в штаті Вашингтон повинна надати рекомендації щонайменше трьох осіб старше 18 років, які постійно проживають в даному штаті і не є родичами претендента. Законодавствами штату Пенсільванія та штату Міссурі дозволяється обіймати посаду нотаріуса лише особі, яка має виборче право в даному штаті. Відповідно до Урядового кодексу штату Каліфорнія (параграф 8200-8205) встановлено, що, з 01 липня 2005 року, кожен кандидат перед затвердженням його на посаду нотаріуса повинен пройти 6-годинний курс лекцій, програма курсу яких перевіряється та затверджується Державним Секретарем відповідного штату.

Разом з тим, законодавствами штатів можуть встановлюватися і обмеження щодо заняття нотаріальною діяльністю для певних категорій осіб. Так, в штаті Пен-

сільванія не може бути призначена на посаду нотаріуса будь-яка особа, яка обіймає посаду та отримує заробітну плату в органах законодавчої, виконавчої, судової влади США, за виключенням посадових осіб органів місцевого управління, посадових осіб мирового суду і членів конгресу.

Право на зайняття нотаріальною діяльністю оформлюється відповідним дозволом, що видається в штатах Каліфорнія, Пенсільванія, Невада, Колорадо, державним секретарем штату, в штаті Юта – віцегубернатором штату, в штаті Вашингтон – директором ліцензійної палати. Вказаний дозвіл видається на визначений строк (тривалість якого становить від двох до десяти років в різних штатах), без врахування обставини квотування чисельності нотаріусів та дозволяє вчиняти нотаріальні дії в межах відповідного штату. Підставами для відмови у видачі дозволу визнаються повідомлення претендентом на посаду неправдивої інформації; не повідомлення фактів, що мають істотне значення; винесення щодо претендента обвинувального вироку суду; знаходження претендента у статусі відповідача у цивільній справі; скасування, призупинення або обмеження дії дозволу на заняття нотаріальною діяльністю, виданого на території будь-якого штату або держави, якщо встановлено, що заявник протягом попереднього призначення порушував обов'язки нотаріуса незалежно від того, чи було його притягнуто до відповідальності будь-якого виду [1].

Момент набрання чинності дозволом на заняття нотаріальною діяльністю пов'язується із складенням особою присяги та укладенням з банківською установою договору гарантії. Так, відповідно до параграфу 3-3 Модельного закону США "Про нотаріат" нотаріус повинен оформити гарантію терміном на 4 роки починаючи від дати видачі дозволу на заняття нотаріальною діяльністю. Розміри гарантії в різних штатах коливаються від 5 000 доларів США в штатах Індіана та Іллінойс, до 7 500 доларів США у Флориді, Канзасі, та 10 000 доларів США у Мічигані і Міссурі.

Як і в США, британські нотаріуси повинні страхувати свою професійну діяльність на весь період чинності свідоцтва про право на заняття нотаріальною діяльністю або свідоцтва солісітора шляхом укладення договорів страхування на суму не менше 100 тисяч фунтів стерлінгів [8, с. 96].

Переходячи до такої визначальної ознаки, яка характеризує англосаксонський нотаріат, як предметна компетенція нотаріальних органів відповідних країн, слід відмітити, що в цьому аспекті між нотаріатами США та Британії існує багато спільного. Але, в той час, як діяльність британських нотаріусів спрямована, перш за все, на обслуговування міжнародних приватноправових відносин [10, с.21], діяльність американських нотаріусів не має такої очевидної спрямованості.

Аналіз модельного законодавства США дозволяє виснувати, що до компетенції нотаріусів Модельним законом США "Про нотаріат" віднесені такі нотаріальні дії, вчинення яких не потребує наявності спеціальних юридичних знань та особливої кваліфікації нотаріуса: вчинення анноледжменту – підписання документу з метою надання йому юридичної сили, юрату – засвідчення факту прийняття письмових свідчень під присягою, афірматіву, посвідчення юридичних фактів, засвідчення вірності копії документів, вчинення протестів платіжних документів.

Згідно з параграфом 1 Уніфікованого закону США "Про нотаріальні дії" анноледжмент є заявою особи про особисте укладення даного документу з метою, зазначеною в даному документі, а у випадках представництва – підтвердження факту наявності у заявника повноважень на укладання даного документу від імені фізичної або юридичної особи. Відповідно до параграфу 2-1 Модельного закону США "Про нотаріат" анноледжментом визнається нотаріальне підтвердження факту пред'явлення до нотаріального посвідчення документу, підписаного заявником власноручно, вільно та з метою досягнення правових наслідків, зазначених в цьому документі.

При вчиненні анноледжменту достовірність та законність документу нотаріусом не перевіряється, а зобов'язальні відносини для заявника не породжуються. Разом з тим, заявник підтверджує, що він має право підписувати даний документ, в тому числі на підставі довіреності.

Юрат одержав нормативного оформлення у параграфі 2-7 Модельного закону США "Про нотаріат" і передбачає особисте підписання заявником у присутності нотаріуса документу, справжність якого та відповідності дійсній волі заявника перевірена. Обов'язковою складовою юрату є засвідчення нотаріусом факту письмових свідчень заявника про справжність документу та відповідність його дійсній волі заявника (аффідевіту, клятви), які відбираються нотаріусом перед вчиненням посвідчувального напису на юраті.

Аффірматив передбачає засвідчення нотаріусом при вчиненні цієї нотаріальної дії факту усвідомлення заявником юридичних наслідків за повідомлення ним неправдивої інформації. До тексту аффірмативу включаються термінологічні конструкції "я підтверджую" та "усвідомлюю відповідальність за повідомлення неправдивої інформації", і він /текст/ проголошується нотаріусом усно, або його зачитує вголос заявник. Аффірматив може бути вчинено як окрему нотаріальну дію, але найчастіше він відбирається при вчиненні юрату, при цьому заявник повинен особисто підписати аффідевіт (письмовий документ, в якому викладається інформація, повідомлена під присягою).

Ще однією групою нотаріальних дій, віднесених до компетенції нотаріусів за законодавством США, є посвідчення юридичних фактів. Параграф 2-20 Модельного закону США "Про нотаріат" визначає посвідчення фактів як перевірку нотаріусом записів цивільного стану або інших державних реєстраційних записів з метою посвідчення певних фактів, що мають юридичне значення для особи: дати народження або смерті, прізвища та ім'я батьків, родичів по висхідній або низхідній лінії, дати укладення або розірвання шлюбу, прізвище та ім'я чоловіка або дружини.

Засвідчення вірності копії документів визнається за законодавством США нотаріальною дією з певними застереженнями та не у всіх штатах. Законодавством штату Каліфорнія, наприклад, передбачено, що нотаріус має право засвідчувати справжність лише копій довіреності (параграф 4307 Спадкового кодексу) та засвідчувати справжність витягів з журналу реєстрації вчинюваних нотаріальних дій. Засвідчення вірності копій свідоцтв про народження, смерть, укладення шлюбу тощо віднесено до компетенції місцевих посадових осіб Реєстраційного органу штату, округу або осіб, яким було делеговано такі повноваження.

Звертаючись до питання предметної компетенції британського нотаріату та зважаючи на очевидну його спрямованість на обслуговування зовнішнього цивільного обороту, зауважимо про віднесення до повноважень нотаріусів у Великобританії:

- складання проектів та посвідчення правочинів, в тому числі заповітів, засвідчення юридичних фактів для наступної їх дії як в Великобританії, так і за кордоном;

• посвідчення справжності копій документів та підпису особи на документі з метою надання їм доказового значення;

• ведення протоколів вчинених нотаріальних дій (реєстрів), які містять оригінали всіх посвідчених та засвідчених документів;

• видача автентичних копій посвідчених та засвідчених документів;

• прийняття присяг та заяв для подальшого їх використання в судових процесах в Британії та за межами країни;

• вчинення протестів векселів;

• вчинення морських протестів тощо [9, с. 56].

Аналізуючи компетенцію британських нотаріусів не можна обійти увагою таку особливість функціонування нотаріату в цій країні як залежність територіальної та предметної компетенції нотаріусів від класів або типів нотаріусів, про які вже відмічалося вище. Так, нотаріуси-писарі не обмежуються рамками територіальності в своїй діяльності, щодо них не встановлюються нотаріальні округи і тому вони можуть на прохання клієнта виїжджати за межі країни для вчинення нотаріальних дій, що, слід відмітити, потребує обізнаності в праві країни, до якої нотаріус виїжджає, та національної мови цієї країни. В світлі зазначеного британський нотаріат характеризується не тільки такою ознакою, як класовість, але йому притаманна також спеціалізація нотаріусів за видами діяльності або за країнами, за законодавством і на мові якої здатний діяти даний нотаріус. Такий підхід не характерний для нотаріату США, в яких нотаріуси мають діяти в межах відповідної території діяльності – округу – з неможливістю спеціалізуватися на певних видах дільності.

Специфіка професійної діяльності британського нотаріуса в повній мірі реалізується при вчиненні такої нотаріальної дії як посвідчення документів, призначених для дії за кордоном. В зв'язку з тим, що кожна країна має власні особливості посвідчення юридичних актів, призначених для дії за кордоном (наприклад, текст правочину, призначеного для дії в США, майже завжди має бути засвідчений підписами двох свідків, а в Канаді – письмовою заявою одного свідка), від британських нотаріусів вимагається знання не тільки двох іноземних мов, але і внутрішнього права відповідної країни, для дії в якій призначений документ.

Компетенцією британського нотаріуса також охоплюється засвідчення вірності копії документу. Нотаріально засвідчені копії документів розглядаються судами та державними органами як в самій Великобританії, так і за її межами, як оригінали документів.

Як і законодавством США, британським законодавством до переліку нотаріальних дій віднесено прийняття аффідевітів – письмових показань під присягою. Поняттям аффідевіту охоплюється також приведення під присягу та прийняття заяв.

Британські нотаріуси мають право також вчиняти протести векселів в неакцепті, посвідчувати несплату векселя, а також готувати акти про оплату.

Нотаріальний процес, поряд з іншими видами юридичних процесів, підпорядкований певним правилам, дотримання яких є обов'язковим і необхідним при його вчиненні. Аналізуючи загальний порядок вчинення нотаріальних дій в країнах англосаксонського нотаріату, можна зауважити на очевидну схожість таких порядків в США та Великобританії, і, з певним ступенем застереження, в країнах латинського нотаріату.

Діяльність британських нотаріусів щодо вчинення нотаріальних проваджень підпорядковується таким правилам як заборона безпідставної відмови у вчиненні нотаріальної дії; необхідність справедливої, адекватної оплати праці нотаріуса та відсутність обов'язку діяти безкоштовно; неупередженість нотаріуса та заборона діяти у власних інтересах; неможливість делегування своїх повноважень іншій особі; необхідність діяти сумлінно та добросовісно в межах власної територіальної та предметної компетенції тощо.

Вчинення нотаріальних дій за американським законодавством також здійснюється у відповідності з певними загальними правилами. Так, нотаріальні дії вчиняються нотаріусом за місцезнаходженням його робочого місця. Виїзд нотаріуса за межі контори допускається на вимогу заявника за наявності поважних на це причин – неможливості з'явитися особисто до нотаріуса у зв'язку зі станом здоров'я, обмеженням права пересування тощо.

При вчиненні кожної нотаріальної дії нотаріус встановлює особу заявника, що у відповідності з положеннями Модельного закону США "Про нотаріат" здійснюється на підставі чинного документу, виданого спеціально уповноваженим державним органом, який містить фото особи, її особистий підпис та зазначення її фізичних даних. Допускається встановлення особи на підставі паспорту або на підставі показань одного незаінтересованого "свідка, що заслуговує на довіру", який знайомий із заявником та відомий нотаріусу. Встановлення особи не потребує пред'явлення жодного документа за умови, що заявник особисто відомий нотаріусу.

Підставами для відмови у вчиненні нотаріальних дій є обізнаність нотаріуса про невідповідність такої дії вимогам закону; перевищення кількості нотаріальних дій, за вчиненням яких звернулася особа, кількості нотаріальних дій, які може вчинити нотаріус протягом робочого дня; якщо особа звернулася за вчиненням електронної нотаріальної дії до нотаріуса, який не має на це права.

Відповідно до параграфу 5-1 (Б) Модельного закону США "Про нотаріат" нотаріус не має права вчиняти нотаріальну дію якщо особа, підпис якої підлягає нотаріальному посвідченню, особисто не присутня при вчиненні нотаріальної дії; не відома особисто нотаріусу або її особу не встановлено на підставі достатніх даних; якщо у нотаріуса є сумнів, що заявник розуміє та усвідомлює зміст та наслідки вчинюваної нотаріальної дії; якщо нотаріус вважає, що дана особа діє не за власною волею (під примусом, погрозою, у зв'язку із тяжким збігом обставин тощо). Параграф 5-2 зазначеного закону забороняє нотаріусу вчиняти нотаріальну дію якщо нотаріус є стороною в правочині або його ім'я зазначено в документі, що підлягає нотаріальному посвідченню; якщо нотаріус в результаті вчинення цієї дії отримує комісійну або іншу винагороду в будь-якій формі, грошовий еквівалент якої перевищує максимальний розмір оплати, встановлений законом за вчинення такої нотаріальної дії; якщо нотаріус знаходиться в будь-якому ступені споріднення з заявником, спільно проживає з ним або в якості адвоката надавав консультації та складав проект угоди, що підлягає нотаріальному посвідченню.

За відмову у вчиненні нотаріальної дії з причин расової приналежності, статі, сексуальної орієнтації, релігійних переконань, походження, стану здоров'я або похилого віку, а також на підставі того, що заявник не є клієнтом або не є замовником роботодавця нотаріуса останній несе юридичну відповідальність.

Розмір плати за вчинення нотаріальної дії визначається за домовленістю між нотаріусом та заявником, але при цьому максимальний розмір такої оплати встановлюється окремо для кожного виду нотаріальної дії уповноваженою особою відповідного штату, зазвичай – Державним секретарем штату [4]. Але при цьому законодавством передбачається право нотаріуса звільнити заявника від оплати вчинюваної нотаріальної дії із благодійних або гуманітарних міркувань.

Проаналізовані особливості організації нотаріату та нотаріальної діяльності в двох країнах – США та Великобританії – дозволяють говорити про певну їх специфічність та своєрідність, проте безсумнівною видається подібність принципів організації досліджуваної інституції в цих країнах, схожість їх функцій та спрямованість компетенції нотаріусів, подібність процедур допуску до заняття нотаріальною діяльністю. В світі сказаного та з урахуванням інтернаціоналізації цивільного обігу та глобального зближення країн – представниць різних правових сімей, різних типів нотаріальної організації, вкрай необхідним видається необхідність подальшого дослідження нотаріатів різних країн з метою запозичення позитивного досвіду у вітчизняний нотаріат та визначення можливих шляхів розвитку українського законодавства в цій сфері. Підсумовуючи сказане, відмітимо, що англоамериканський варіант розвитку нотаріату не може бути виключений із списку альтернатив при визначені можливого шляху реформування національної системи нотаріальних органів. Оскільки це дозволить зробити нотаріат більш професійним, конкурентноздатним та набути йому гідне місце в правовій системі України.

1. *Бігун В.* Отримання допуску до юридичної практики в США// Юридичний журнал. – 2002. – № 3. 2. *Бондарева М.* Особливості організації системи нотаріальних органів в країнах латинського нотаріату// Право України. – 2006. – № 2. – С. 76–78. 3. *Гончар И.* Будет наука для нотариусов // Юридическая практика. – 2005. – 11 жовтня. – С. 8. 4. *Коровин Е.* Богатенький нотариат, или Внебрачный сын закона // Нотариальный вестник. – 2002. – № 5. – С. 31. 5. *Кравченко Т.* К вопросу о модельном законотворчестве // Юриспруденція: теорія і практика. – 2005.- – № 11. 6. *Мілорава М.* Нотаріат та нотаріальна діяльність у Сполучених Штатах Америки // Юриспруденція: теорія і практика. – 2005. – № 7. 7. Jowitt's Dictionary of English Law (second ed.), 1977. – p. 1069. 8. Halsbury's Laws of England (4-th ed.). – Vol. 34. – p. 201. 9. *Martin Silverman.* He Work of English Notary. Bulletin of the ASN Annual Conference, 2001. 10. *R. Brooke,* Brooke's Notary: Notarial Office and Practice in England and Overseas. – 10-th ed. – London, Stevens&Sons.-1988.

Надійшла до редколегії 15.05.06

Г. Пономаренко, канд. пед. наук

ПОЖЕЖНА БЕЗПЕКА ЯК ЕЛЕМЕНТ ВНУТРІШНЬОЇ БЕЗПЕКИ ДЕРЖАВИ: ПОНЯТТЯ ТА СИСТЕМА ЗАХОДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Досліджуються поняття та система заходів забезпечення внутрішньої безпеки держави.
The concept and national security measures are examined in the article.

Становлення в Україні демократичної правової держави вимагає не тільки належного законодавчого врегулювання прав і свобод людини і громадянина, але і створення реальних можливостей для їх практичної реалізації. Саме в цій площині лежить проблема забезпечення громадської безпеки, різновидом якої є безпека пожежна, що безпосередньо впливає на стан захищеності прав і свобод громадян. У зв'язку з цим науково-теоретичне осмислення проблем забезпечення пожежної безпеки в наш час важливе як з теоретичної, так і з практичної точок зору.

Варто зазначити, що різні проблемні питань у цій сфері були предметом досліджень А.В. Антонова, В.А Доманського, В.В. Колеснікова, В.О. Коновалова, І.Г. Куца, В.К. Окняна, В.Г. Палюха, В.П. Тихого, Л.А. Ушакова та інших науковців, які зробили значний внесок у розробку методологічних, організаційних, технічних та правових засад забезпечення пожежної безпеки. Разом з тим, недивлячись на інтенсивність та широкий спектр досліджень, присвячених різним аспектам зазначеної діяльності, у сфері забезпечення пожежної безпеки залишається багато невирішених проблем, що обумовлює актуальність обраного напрямку наукового пошуку. Метою цієї статті є уточнення поняття та змісту діяльності щодо забезпечення пожежної безпеки в державі, для чого необхідно сформулювати визначення понять "пожежна безпека" та "забезпечення пожежної безпеки"; попередньо визначити та проаналізувати заходи щодо забезпечення пожежної безпеки; надати пропозиції щодо удосконалення нормативно-правових актів із зазначених питань.

Не можна визнати нормальним той факт, що у Законі України "Про пожежну безпеку" [1] відсутнє саме визначення поняття пожежної безпеки, те ж саме стосується і підзаконних нормативно-правових актів, які регулюють правовідносини у цій сфері. У ст.2 згаданого Закону, яка так і називається –"Забезпечення пожежної безпеки", лише зазначено, що "забезпечення пожежної безпеки є складовою частиною виробничої та іншої діяльності посадових осіб, працівників підприємств, установ, організацій та підприємців". У цій статті законодавець лише визначає коло осіб, які відповідають за забезпечення пожежної безпеки (посадові особи, працівники підприємств, установ, організацій та підприємців, органи архітектури, замовники, забудовники, проектні та будівельні організації, квартиронаймачі і їх власники) у певних сферах життєдіяльності чи об'єктах (підприємствах, установах та організаціях, населених пунктах, будівлях, спорудах, жилих приміщеннях державного, громадського житлового фонду, фонду житлово-будівельних кооперативів).

В науковій літературі пропонуються різні визначення цього поняття. Так, В.К. Окнян визначає пожежну безпеку як практику виконання вимог нормативних документів, які регулюють діяльність людини щодо безпечного використання в суспільстві пожежонебезпечних речовин і матеріалів [2, с. 10]. На думку І.Г. Куца, пожежна безпека – "це стан захищеності від пожеж особи, майна, всього суспільства і держави" [3, с. 52]. Б.Є. Касимов під пожежною безпекою розуміє "систему соціально-економічних і організаційно-правових заходів, спрямованих на охорону власності, захист життя, здоров'я і майна громадян, народногосподарського комплексу, пам'яток історії і культури, а також навколишнього середовища і природних багатств від пожеж і пов'язаних з ними небезпек [4, с. 35]. В.В. Колесніков під пожежною безпекою пропонує розуміти "сукупність урегульованих нормативно-правовими актами суспільних відносин, спрямованих на попередження можливості виникнення пожежі, запобігання можливості впливу небезпечних факторів пожежі на людей і матеріальні цінності, а також на створення умов, які сприяють гасінню пожеж" [5, с. 23]. В.А. Доманський крім поняття пожежної безпеки, під якою він розуміє "стан захищеності людини, матеріальних цінностей, об'єктів, суспільства і держави від пожеж", і яку він відносить до складових національної безпеки держави [6, с. 116], з чим ми повністю погоджуємося, запропонував цілу низку інших термінів у цій сфері, серед яких: "безпека", "техногенна безпека", "природна безпека", "пожежна охорона", "вимоги пожe-

© Пономаренко Г., 2007

жної безпеки", "примусовий захід", "експертиза з питань пожежної безпеки", "пожежно-рятувальна служба", "оперативно-тактичні дії підрозділів пожежно-рятувальної служби", "розслідування пожежі", "пожежно-технічна експертиза" та інші [6, с. 115–123].

Підкреслюючи наукову та практичну значущість наведених визначень поняття пожежної безпеки, варто все ж зазначити, що вони не охоплюють всіх аспектів цієї проблеми, тобто є неповними. Крім того, деякі із запропонованих авторами визначень у цій сфері уже мали відповідне нормативне закріплення [6, с. 115–123]. Поняття пожежної безпеки вміщає у собі багато аспектів, а саме: соціальний, економічний, правовий, технічний, медичний, екологічний та інші, тому завжди буде існувати загроза його неоднозначного тлумачення. В науковій літературі багато написано про економічні та технічні проблемам пожежної безпеки, правові (матеріальні та процесуальні) проблеми попередження, виявлення, розслідування правопорушень, які призвели до виникнення пожежі. Проте поняття пожежної безпеки як складової частини (напрямку, виду) забезпечення національної безпеки у науковій літературі не розглядалось, наслідком чого є невіднесення пожеж та їх наслідків до реальних і потенційних загроз національній безпеці України, про що мова йтиме пізніше.

На нашу думку, пожежну безпеку необхідно визначити як вид (напрямок) національної безпеки, яка полягає у захищеності життя та здоров'я людей, майна та інших цінностей фізичних та юридичних осіб, національного багатства і навколишнього природного середовища, за якої забезпечуються своєчасне попередження, виявлення, припинення і нейтралізація пожеж та їх наслідків.

Що стосується поняття забезпечення пожежної безпеки, то його нормативне визначення також відсутнє. Більше того, незважаючи на те, що в науковій літературі воно досить часто вживається, вчені не також пропонують його визначення. Аналіз ст.2 Закону України "Про пожежну безпеку", яка так і називається "Забезпечення пожежної безпеки", дозволяє зробити висновок, що під забезпеченням останньої законодавець розуміє лише обов'язки певних суб'єктів щодо дотримання нормативних вимог у цій сфері (посадових осіб, працівників підприємств, установ, організацій та підприємців, органів архітектури, замовників, забудовників, проектних і будівельних організацій, квартиронаймачів і власників). Проте крім обов'язку дотримання вимог пожежної безпеки, її забезпечення передбачає використання правових, економічних, соціальних, технічних, кадрових, екологічних та інших заходів держави (державних та громадських органів, організацій), які спрямовані на захищеність життя та здоров'я людей, їх майна, національного багатства і навколишнього природного середовища. У зв'язку з цим забезпечення пожежної безпеки доцільно визначити як сукупність правових, економічних, технічних та інших заходів, які здійснюються державними та громадськими органами (організаціями), а також окремими особами під час виконання чи забезпечення виконання правил пожежної безпеки.

Як зазначено у Законі України "Про пожежну безпеку", її забезпечення є невід'ємною частиною державної діяльності щодо охорони життя та здоров'я людей, національного багатства і навколишнього природного середовища. Тобто, об'єктами забезпечення пожежної безпеки на законодавчому рівні визнані: життя та здоров'я людей; національне багатство; навколишнє природне середовища. Подібні об'єкти тільки вже як об'єкти національної безпеки закріплено також у ст.3 Закону України "Про основи національної безпеки України" [7]. Проте в ньому, зокрема, в ст.7 пожежі не віднесено до реальних та потенційних загроз національній безпеці України, стабільності в суспільстві, що, на нашу думку, потребує обов'язкового виправлення шляхом доповнення цієї статті такою сферою як "пожежна безпека", в якій загрозами національній безпеці України визнати "пожежі та їх наслідки", а у ст.8 цього ж Закону до основних напрямів державної політики з питань забезпечення пожежної безпеки віднести ті, що передбачені Програмою забезпечення пожежної безпеки на період до 2010 року [8].

Вважаємо, що про обґрунтованість віднесення пожеж та їх наслідків до реальних та потенційних загроз національній безпеці України, стабільності в суспільстві свідчать і статистичні дані у цій сфері, відповідно з якими щорічно у нашій країні виникає понад 50 тис. пожеж, під час яких гине понад 1,5 тис. і одержує травми майже 2 тис. чоловік [9]. Пожежі завдають великих матеріальних, екологічних та моральних збитків. Щодоби в державі виникає в середньому 144 пожежі, у вогні гине 6 та отримує травми 4 особи, знищується 31 будівля, 4 одиниці техніки. Підрозділи пожежної охорони виїжджають за сигналом тривоги в середньому 576 разів [10].

Незважаючи на те, що в нормативних актах з питань пожежної безпеки заходи щодо її забезпечення визначаються по різному, а подекуди і дублюються, їх можна об'єднати у такі групи: 1) правотворчі; 2) правозастосовчі; 3) контрольно-наглядові; 4) установчі; 5) організаційні, які застосовуються (реалізуються) під час подібних за назвою форм (видів) діяльності уповноважених суб'єктів щодо забезпечення пожежної безпеки.

Так, правотворчі заходи реалізуються під час підготовки та прийняття правових актів у сфері забезпечення пожежної безпеки. Як зазначено у ст.1 Закону України "Про пожежну безпеку", правовою основою діяльності в галузі пожежної безпеки є Конституція, цей Закон та інші закони України, постанови Верховної Ради України, укази і розпорядження Президента України, постанови та розпорядження Кабінету Міністрів України, рішення органів виконавчої влади, місцевого самоврядування, прийняті в межах їх компетенції. Однак, як відомо, правовою основою будь-яких правовідносин крім вище названих є і міжнародні договори. Крім того, у ст.41 цього ж Закону зазначено, що "якщо міжнародним договором України встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені цим Законом, то застосовуються правила міжнародного договору". У зв'язку з цим доцільно ст.1 Закону України "Про пожежну безпеку", в якій визначаються правові засади діяльності в галузі пожежної безпеки, доповнити і міжнародними договорами.

До нормативних актів, що містять вимоги пожежної безпеки, необхідно віднести й ті, у найменуванні яких хоча й немає прямої вказівки на вимоги, що належать до пожежної безпеки, але які включають вимоги, спрямовані на попередження або запобігання пожежам.

Крім нормативних актів, які містять вимоги щодо дотримання правил пожежної безпеки, необхідно назвати і ті, що визначають: систему державних та громадських органів як суб'єктів забезпечення пожежної безпеки, їх структуру, завдання, функції та повноваження; порядок здійснення державного пожежного нагляду та контролю; порядок ліцензування діяльності щодо надання послуг і виконання робіт протипожежного призначення, сертифікації та контролю продукції на відповідність вимогам пожежної безпеки; процедуру обліку та гасіння пожеж; порядок проходження служби в органах державної пожежної охорони; відповідальність за порушення вимог пожежної безпеки.

Правозастосовчі заходи у цій сфері пов'язані із безпосередньою реалізацією норм нормативних актів у сфері пожежної безпеки. Доцільно виділити дві форми

такої реалізації: 1) активну, тобто здійснення дій, які передбачені відповідними нормативно-правовими актами у цій сфері. Наприклад, відповідно до ст.5 Закону України "Про пожежну безпеку", власники підприємств, установ та організацій або уповноважені ними органи зобов'язані: розробляти комплексні заходи щодо забезпечення пожежної безпеки; розробляти і затверджувати положення, інструкції, інші нормативні акти, що діють у межах підприємства, установи та організації, здійснювати постійний контроль за їх додержанням; організовувати навчання працівників правил пожежної безпеки та пропаганду заходів щодо їх забезпечення; створювати у разі потреби відповідно до встановленого порядку підрозділи пожежної охорони та необхідну для їх функціонування матеріально-технічну базу; подавати на вимогу державної пожежної охорони відомості та документи про стан пожежної безпеки об'єктів і продукції, що ними виробляється; здійснювати заходи щодо впровадження автоматичних засобів виявлення та гасіння пожеж і використання для цієї мети виробничої автоматики; своєчасно інформувати пожежну охорону про несправність пожежної техніки, систем протипожежного захисту, водопостачання, а також про закриття доріг і проїздів на своїй території; проводити службове розслідування випадків пожеж; 2) пасивну, яка полягає в утриманні певного суб'єкта від дій, за які встановлюється юридична відповідальність, тобто непорушенні заборонних норм, узгодженні своєї поведінки зі змістом норм права, які встановлюють юридичну відповідальність у цій сфері. Так, відповідно до ст.35 Закону України "Про пожежну безпеку" за порушення встановлених законодавством вимог пожежної безпеки, створення перешкод для діяльності посадових осіб органів державного пожежного нагляду, невиконання їх приписів винні в цьому посадові особи, інші працівники підприємств, установ, організацій та громадяни притягаються до відповідальності згідно з чинним законодавством. За порушення встановлених законодавством вимог пожежної безпеки, невиконання приписів посадових осіб органів державного пожежного нагляду підприємства, установи та організації можуть притягатися у судовому порядку до сплати штрафу.

З наведеного видно, що законодавець передбачає юридичну відповідальність (зокрема, адміністративну) фізичних та юридичних осіб, з чим ми цілком погоджуємося. Додамо лише, що до адміністративної відповідальності за порушення правил пожежної безпеки юридичні особи мають притягуватись у тому випадку, коли неможливо індивідуалізувати відповідальність фізичних осіб.

Контрольно-наглядові заходи здійснюються під час спостереження і перевірки відповідності виконання і додержання підконтрольними суб'єктами правових норм у сфері пожежної безпеки. Юридичним результатом контрольно-наглядової діяльності є контрольно-правовий акт (рішення, постанова, подання, застереження, ухвала, повідомлення та ін.), який містить розпорядження констатуючого порядку та правоохоронні розпорядження про усунення виявлених правопорушень. Контрольно-наглядові заходи за станом пожежної безпеки в населених пунктах і на об'єктах незалежно від форм власності здійснюється відповідно до чинного законодавства органами пожежної охорони. Відповідно до ст.7 Закону України "Про пожежну безпеку" контроль за виконанням правил пожежної безпеки під час проектування, технічного переоснащення, будівництва, реконструкції та експлуатації об'єктів іноземних фірм та спільних підприємств регулюється чинним законодавством або умовами, передбаченими договорами сторін, якщо вони не суперечать чинному законодавству. На об'єктах приватної власності органи державного пожежного нагляду контролюють лише умови безпеки людей на випадок пожежі, а також вирішення питань пожежної безпеки, що стосуються прав та інтересів інших юридичних осіб і громадян.

Органи державного пожежного нагляду здійснюють контроль за додержанням вимог актів законодавства з питань пожежної безпеки керівниками центральних органів виконавчої влади, структурних підрозділів Ради Міністрів Автономної Республіки Крим, місцевих органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, керівниками та іншими посадовими особами підприємств, установ та організацій, а також громадянами, проводять згідно з чинним законодавством перевірки і дізнання за повідомленнями та заявами про злочини, пов'язані з пожежами та порушеннями правил пожежної безпеки.

Посадові особи органів державного пожежного нагляду є державними інспекторами з пожежного нагляду, які наділені відповідними контрольно-наглядовими повноваженнями.

Контроль за виконанням вимог пожежної безпеки на об'єктах Міністерства оборони України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації Держприкордонслужби України та Державного департаменту України з питань виконання покарань здійснюється їх службами пожежної безпеки. Контроль за виконанням правил пожежної безпеки в лісах, на підземних об'єктах, у шахтах, розрізах і кар'єрах, рудниках, копальнях, при будівництві тунелів і гідротехнічних споруд, у разі проведення вибухових робіт, облаштування та експлуатації газового господарства, у рухомому складі залізничного, морського, річкового, повітряного і автомототранспорту, морських і річкових спорудах, що знаходяться на плаву, на нафто-, газо- і продуктопроводах здійснюється згідно із чинним законодавством відповідними органами та службами органів виконавчої влади, до сфери управління яких належать зазначені об'єкти, споруди або лісовий фонд. Контроль за введенням в експлуатацію та експлуатацією електроустановок здійснюється в порядку, встановленому МНС і Мінпаливенерго (п.п.1-7-1.11 Інструкції з організації роботи органів державного пожежного нагляду) [11].

Необхідно відзначити, що контрольно-наглядові заходи безпосередньо пов'язані із правоохоронними, які спрямовані на охорону та захист суб'єктів правовідносин у цій сфері та притягнення винних до відповідальності. Тобто їх основним завданням є боротьба із правопорушеннями у сфері пожежної безпеки. Контрольно-наглядові заходи, так би мовити, передують правоохоронним і спрямовані в першу чергу на виявлення правопорушень у сфері пожежної безпеки.

Правоустановчі заходи у сфері забезпечення пожежної безпеки здійснюються під час дозвільної діяльності органів державного пожежного нагляду, оскільки за загальним правилом "введення в експлуатацію нових і реконструйованих виробничих, жилих та інших об'єктів, впровадження нових технологій, передача у виробництво зразків нових пожежонебезпечних машин, механізмів, устаткування та продукції, оренда будь-яких приміщень без дозволу органів державного пожежного нагляду забороняються" (ст.10 Закону України "Про пожежну безпеку"). Відповідно до ст.11 цього ж Закону, господарська діяльність, пов'язана з наданням послуг і виконанням робіт протипожежного призначення, провадиться на підставі ліцензій, що видаються в порядку, встановленому законодавством. Така господарська діяльність включає: проектування, монтаж, технічне обслуговування засобів протипожежного захисту та систем опалення, оцінку протипожежного стану об'єктів;

проведення випробувань на пожежну небезпеку речовин, матеріалів, будівельних конструкцій, виробів і обладнання, а також пожежної техніки, пожежно-технічного озброєння, продукції протипожежного призначення на відповідність установленим вимогам. Суб'єкт господарювання може отримати ліцензію на всі види робіт та послуг за переліком або на його частину залежно від здатності дотримання ліцензійних умов. Усі види пожежної техніки та протипожежного устаткування, що застосовуються для запобігання пожежам та для їх гасіння, повинні мати сертифікат відповідності.

Організаційні заходи у сфері забезпечення пожежної безпеки пов'язані із суто організаційною роботою, яка не потребує чіткого юридичного оформлення, не пов'язана із здійсненням юридично значущих дій, що спричиняють правові наслідки. Проте це не означає, що організаційні заходи зовсім не регулюється правом. Вони є підзаконними, здійснюється в рамках чинного законодавства і у межах компетенції того чи іншого органу. Правом регулюється лише загальна процедура здійснення організаційних заходів. До організаційних заходів у сфері забезпечення пожежної безпеки ми відносимо: аналітичну роботу; планування; проведення інструктажів, нарад, зборів трудового колективу, інших подібних масових заходів, які мають внутрішньо-організаційне спрямування; діловодство; забезпечення управління пожежною безпекою (правове, інформаційне, кадрове, матеріально-технічне, фінансове); масово-роз'яснювальну роботу щодо дотримання правил пожежної безпеки.

На завершення зазначимо, що лише комплексне та науково обґрунтоване використання усіх наведених заходів забезпечення пожежної безпеки дозволить досягти головної її мети – захищеності життя та здоров'я людей, їх майна, національного багатства і навколишнього природного середовища. Отже, зміст забезпечення пожежної безпеки складають правотворчі, правозастосовчі, контрольно-наглядові, правоустановчі та організаційні заходи, які водночас є формами (видами) діяльності загальних та спеціальних суб'єктів у цій сфері, компетенція та повноваження яких мають стати предметом окремого розгляду.

1. Про пожежну безпеку: Закон України від 17 грудня 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 5. – Ст. 21. 2. *Окнян В.К.* Кримінально-правова відповідальність за порушення правил пожежної безпеки: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Київський нац. ун-т ім. Т.Шевченка. – К., 1997 – 21 с. 3. *Куц І.Г.* Боротьба з пожежами в житловому секторі (кримінально-правовий та кримінологічний аспекти): Дис. канд.. юрид. наук: 12.00.08 – К.:НАВСУ, 2003. – 209 с. 4. *Касымов Б.Е.* Организационные и правовые основы пожарной безопасности. – Ташкент: "Мехнат", 1990. – 230 с. 5. *Колесніков В.В.* Розслідування злочинів, пов'язаних з пожежами): Дис. канд.. юрид. наук: 12.00.09 – Х.: НУВС, 2004. – 185 с. 6. *Доманський В.А.* Державне управління пожежною безпекою України (організаційно-правовий аналіз за матеріалами діяльності Державного департаменту пожежної безпеки): Дис. канд.. юрид. наук: 12.00.07 – Х.:НАВСУ, 2004. – 201 с. 7. Про основи національної безпеки України: Закон України від 19 червня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 39. – Ст. 351. 8. Про затвердження Програми забезпечення пожежної безпеки на період до 2010 року: Постанова Кабінету Міністрів України від 1 липня 2002 р. № 870. 9. Боротьба із пожежами / Статистичні дані Державного департаменту пожежної безпеки МНС за 2006 р.. – К.: Державний департаменту пожежної безпеки МНС, 2006. – 34 с. 10. Про стан забезпечення пожежної безпеки та заходи щодо її поліпшення: Постанова Кабінету Міністрів України від 21 жовтня 1999 р. № 1943. 11. Про затвердження Інструкції з організації роботи органів державного пожежного нагляду: Наказ МНС від 6 лютого 2006 р. № 59.

Надійшла до редколегії 15.05.06

О. Клепікова, канд. юрид. наук

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ТОРГОВЕЛЬНОГО МОРЕПЛАВСТВА ЯК ВИДУ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Досліджуються історія виникнення торговельного мореплавства та становлення законодавства про торговельне мореплавство, окремі питання визначення торговельного мореплавства як виду господарської діяльності.

The history of the development trade navigation is studied. The formation of legistation on trade navigation. The essentials of defenitions of trade navigation as a type of economic activities.

Актуальність питання правового регулювання торговельного мореплавства доведена низкою наукових досліджень та публікацій, які з'являються останнім часом в юридичній літературі.

Теоретична основа дослідження представлена дисертаціями, статтями, підручниками науковців радянського періоду – Савичева Г.П., Тарасова М.О., Маковського О.Л., Самойловича П.Д., Єгорова К.Ф., Джавада Ю.Х., Жудро О.К., та, українських вчених – Вакулович Е.В., Стрельцової Є.Д., Шемякіна О.Н., Короткого Т.Р., Брильова О.А., інших.

Метою цього дослідження є узагальнення результатів проведених теоретичних досліджень з питань правового регулювання торговельного мореплавства. Відповідно до вказаної мети пропонується історико-правова думка про торговельне мореплавство, визначення мореплавства та його видів, обґрунтування правової природи торговельного мореплавства як виду господарської діяльності. Для вивчення історії становлення законодавства про торговельне мореплавство використовується історичний метод дослідження, для викладення іншого матеріалу – формально-логічний метод.

Історія виникнення торговельного мореплавства та становлення законодавства про торговельне мореплавства представлена в юридичній літературі неоднозначно: в одних дослідженнях аналізується досвід капіталістичних країн, в інших – Радянського Союзу, у публікаціях українських вчених йдеться про історію розвитку морського права України. Вищезазначене, на думку автора, є підставою для узагальнення історії виникнення торговельного мореплавства та становлення законодавства про торговельне мореплавства, а також для визначення історичних періодів становлення й розвитку враховуючи їх особливості. Отже, історія виникнення торговельного мореплавства та становлення законодавства про торговельне мореплавства, може бути представлена як: історико-правова думка про торговельне мореплавство капіталістичних країн, за радянських часів та безпосередньо України.

Законодавство про торговельне мореплавство капіталістичних країн пройшло багатовіковий розвиток. Норми морського торгового права складалися спочатку у формі морських звичаїв рабовласницьких держав, [3] розташованих у середземноморському басейні й отримали назву "Родоське морське в право". В подальшому поширення мали збірники морських звичаїв: Таблиці Амальфі (X-XI ст.), Морський Консулат (XIV ст.), Роль д'Олерон (XII-XIV ст.), Закони Вісбі (XIV ст.), Морське керівництво (початок XVII ст.), Ганза

© Клепікова О., 2007

(початок XIV ст.), що мали вплив на подальший розвиток та становлення морського законодавства.

Розвиток морського права був пов'язаний, перш за все, з розвитком промисловості і торгівлі. Саме розвиток промисловості, суднобудування, винахід компаса, удосконалення вітрильного флоту обумовили вихід судів на широкі простори Атлантичного, Індійського і Тихого океанів, відкриття морських шляхів до Індії та Америки.

Період із середини XVII до кінця XVIII в. характеризують закони про мореплавство та колоніальні монополії. Вони спрямовувалися на усунення конкуренції між націями й стосувалися введення тарифів і певних заборон. Однією з могутніх морських держав того часу була Англія, яка й одержала перевагу в торгівлі і мануфактурі. У 1651 р. Кромвелем було опубліковано "Навігаційний акт", який наголосив про колоніальне панування Англії у торговельному мореплавстві.

У 1681 р. був виданий "Морський ордонанс", яким закріплювалися положення щодо зміцнення колоніальних позицій Франції й інтересів купців. В подальшому французька буржуазія виступила на захист капіталістичних відносин і колоніальних інтересів, і, намагалася "Навігаційним актом" (1793 р.) забезпечити перевагу в торговому мореплаванні. У 1807 р. за часів Наполеону було прийнято Торговий кодекс, який у другій книзі закріпив норми морського права, які певною мірою відтворювали "Морський ордонанс" 1681 р. Цей перший торговий кодекс буржуазного суспільства, що зробив вплив на морське право континентальних країн Європи, діє у Франції до сьогодення. Однак, норми, що не відповідали інтересам монополій і банків було змінено шляхом прийняття Закону про морське перевезення вантажів від 2 квітня 1936 р.

Отже, XVIII століття було століттям торгівлі, мореплавства й флоту.

У Німеччині розвиток капіталістичних відносин призвів до видання Торгового укладення 1867 р. (морському праву було присвячено норми п'ятої книги). Це укладення було розроблено на основі норм морського права колишніх "вільних міст" Гамбургу і Любека і схвалено на конференції представників торгівлі і судновласників у 1857 р. Проте, внаслідок реалізації німецькою буржуазією планів щодо колоніального розширення і створення великого флоту було розроблено й прийнято у 1897 р. нове Торгове укладення. Морському торговому праву присвячена четверта книга цього укладення. Подальші зміни в нього були внесені законами 1908 і 1913 р.

Англія до другої світової війни мала перевагу в торговельному мореплавстві. Однак, в умовах розпаду колоніальної системи, Англія поступилася США свої позиції у мореплавстві. Однак, не зважаючи на це, англійське морське право суттєво вплинуло на морське право США, і саме це дає підстав вести мову у подальшому про систему англо-американського морського права, що має своєрідні риси. Англійське морське право склалося з двох основних джерел:

• Statute Law – акти і закони про торговельне мореплавство, об'єднані у 1854 р. Актом про торговельне судноплавство. У 1894 р. цей Акт було змінено новим Актом про торговельне мореплавство, який містив головним чином норми адміністративно-організаційного характеру.

• Common Law – тобто право, що походить з прецедентів (попередніх судових рішень по аналогічних справах), які мають обов'язкову силу.

В якості судових прецедентів використовувалися не лише рішення судів загальної юрисдикції й верховного суду, але і рішення спеціального суду по морських справах – суду адміралтейства. Суд адміралтейства вже у XIV ст. одержав право на здійснення королівських функцій правосуддя по всіх справах, пов'язаних з морем. Відповідно до закону 1925 р. адміралтейський суд – відділення Верховного суду. Скарги на рішення суду адміралтейства розглядаються в Палаті лордів.

у період імперіалізму вирішальне значення у сфері торговельного мореплавства здобувають капіталістичні монополії (фінансові концерни, суднобудівні підприємства, страхові компанії). Для захисту інтересів капіталістичних монополій 01 серпня 1924 р. в Англії було прийнято закон про морське перевезення вантажів, а в 1909 р. – закон про морське страхування.

Аналогічні закони про перевезення були прийняті в Австралії (1924 р.), Канаді (1936 р.), Індії (1925 г), Бельгії (1928р.), Голландії (1926р.), Норвегії, Швеції, Данії і Фінляндії в 1938 р., Франції і США в 1936 р., Німеччині (1937р.) і Японії (1958р.).

Морське право США, як вже нами зазначалося, розвивалося під впливом англійського права і було засновано на судових прецедентах. У 1893 р. було видано Акт, що уточнював питання відповідальності морського перевізника, а у 1936 р. – закон про морське перевезення вантажів (визначалися межі відповідальності судновласників) і акт про торговельне мореплавство.

В Італії в 1942 р. було прийнято Кодекс про судноплавство, який включав норми не тільки морського, а й річкового права.

Загострення боротьби між конкурентами-претендентами на світове панування (Німеччина, Японія, США), вимоги банків і вантажовласників, підтримані англійськими домініонами щодо відповідальності перевізників призвели до прийняття єдиних правил щодо морських перевезень по коносаменту. На конференції в Гаазі в 1921 р. було розроблено "Гаазькі правила" щодо перевезень по коносаментах. У 1922 р. на Брюссельській конференції ці правила були прийняті. 25 серпня 1924 р. була прийнята Конвенція щодо об'єднання деяких правил, що відносяться до перевезень за коносаментом. Саме цю Конвенцію називають основою законодавства ряду країн з питань торговельного мореплавства [6].

За часів Радянського Союзу розробка окремих нормативних документів з питань торговельного мореплавання здійснювалася НКПС СРСР із наступним представленням законопроектів у СНК СРСР.

Становлення морського законодавства за радянських часів відбувалося з урахуванням фактичних обставин, за яких працював радянський морський флот. В міжнародному сполученні більшість перевезень на той час виконували судна, що плавали під іноземним прапором, з якими радянському морському флоту приходилося конкурувати у вкрай тяжких умовах. Тому, радянське морське законодавство не повинне було ставити вітчизняний морський флот в умови, гірші, ніж ті, в яких працюють іноземні судна. У зв'язку з цим радянські морські закони не повинні були різко відрізнятися від загальноприйнятих в інших країнах правових норм, що регулюють відносини щодо морських перевезень.

У 1926 р. були прийняті Положення про морські перевезення і Постанова про обмеження відповідальності судновласників. У тому ж році видана постанова СНК СРСР про визнання СРСР двох міжнародних конвенцій 1910 р., що стосуються морського права: про об'єднання деяких правил щодо надання допомоги і рятування на морі і щодо зіткнення суден.

У 1928 р. наказом НКПС СРСР було прийнято та доведено до керівництва портів Збірник законів і розпоряджень по торговому мореплавству і портам. Знаменним етапом у розвитку загальносоюзного морського

законодавства стало прийняття в 1929 р. Кодексу торгового мореплавання СРСР (далі – КТМ СРСР).

Кодекс торгового мореплавання СРСР 1929 р. являв собою звід окремих, що раніше діяли нормативних актів. До Кодексу було включено і нові норми, які заповнили деякі прогалини в радянському морському законодавстві. При розробці КТМ приймалися до уваги морські закони інших країн, міжнародні угоди і морські звичаї, однак в тій частині, яка відповідала інтересам і особливостям системи радянського мореплавства. Перші зміни були внесені до Кодексу постановою ЦИК і СНК СРСР від 23 листопада 1930 р. як результат націоналізації деяких категорій приватних суден. Зміна радянського морського права після кодифікації відбувалася у подальшому шляхом видання нормативних актів, що діють паралельно з Кодексом, в особливості щодо питань планування роботи флоту.

У 1968 р. було введено в дію новий КТМ СРСР. Він охопив правовим регулюванням досить широке коло відносин специфічного характеру, що виникають у сфері торговельного мореплавства. У той же час багато відносин в цій сфері продовжували регулюватися окремими нормативними документами, виданими як до прийняття КТМ СРСР 1968 р., так і після його прийняття [1].

З проголошенням незалежності України питання щодо розвитку законодавства про торговельне мореплавства набуло своєї значимості в аспекті висвітлення етапів його становлення крізь історію України.

Пам'ятники права Київської держави X століття, що дійшли до нас, – договори з Візантією – свідчать про те, Київська Русь і Візантія підтримували морські зв'язки. Норми морського права було включено до договорів 912 і 948 рр. Причому вони відображали не тільки високий рівень торговельного мореплавства, але і правової думки того часу. В цих договорах містилися норми про надання допомоги суднам, що терплять лиха, про захист життя мореплавців і їх майна тощо. Значний інтерес у зв'язку з цим також представляють положення договору 1649р. між Військом Запорізьким і турецьким султаном. За цим договором запорізькі купці мали право відвідувати всі порти Туреччини, плавати через Чорноморські протоки в порти Середземномор'я, а також користатися низкою пільг і привілеїв. У XVII столітті центром морської торгівлі був порт Хортица, куди приходили іноземні судна з різних країн [4].

Розвиток морського права України у подальшому у складі Російської імперії відбувався в рамках цієї імперії, а потім Радянського Союзу. Після проголошення Акта про незалежність України 24 серпня 1991 р. почався розвиток національного законодавства про торговельне мореплавство. Значною подією на цьому шляху стало прийняття 10 листопада 1994 р. Закону України "Про транспорт" і 23 травня 1995 р. Кодексу торговельного мореплавства України (далі – КТМУ) [7].

КТМУ у своїй назві та статті 1 використовує категорію "торговельне мореплавство", правова сутність якої з'ясовується через категорію "мореплавство".

Визначення терміну "мореплавство" пов'язується, перш за все, з його походженням від двох слів "море" і "плавання". Відповідно до цього, мореплавство можна визначити як діяльність, пов'язану із "плаванням у морі". Оскільки плавання у морі здійснюють судна (спеціальної категорії – "морські"), то звичайним є розуміння їх використання у зв'язку з цим. Отже, мореплавством прийнято називати діяльність, пов'язану з використанням суден у морі.

Поряд з терміном "мореплавство" застосовуються також категорії "судноплавство", "моревикористання". Ототожнення цих термінів хоча і допускається, проте, за своєю сутністю вони є різними. Якщо говорити про "судноплавство", то воно не завжди може бути морським, наприклад річковим. А "моревикористання" пов'язується не тільки з використанням у морі суден, а й з використанням ресурсів моря тощо.

У зв'язку з тим, що мореплавство може здійснюватися з різною метою, різними способами та різними суб'єктами, питання про системи, форми та види мореплавства потребує узагальнення.

1. Організація мореплавства зумовлена визначенням на практиці двох систем судноплавства – лінійного та трампового.

Трамповим (так званим нерегулярним) визначається судноплавство за умов, коли судно виконує рейси на перемінних напрямках. При лінійному (так званому регулярному) судноплавстві рух суден здійснюється між визначеними портами за встановленим розкладом або з певною періодичністю рейсів. Для сьогодення характерним є трампова система експлуатації морського транспорту. Проте законодавством не виключається можливість використання морських суден за лінійною системою судноплавства.

Про лінейне судноплавство зазначається в "Інструкції про порядок реєстрації ліній закордонного плавання", затвердженої Наказом Міністерства транспорту України № 276 від 31.05.2000р. [8].

Судноплавною лінією є морське регулярне сполучення, яке виконується за розкладом (або визначена кількість суднозаходів до порту за конкретний час) конкретними суднами (або типом суден) за постійним напрямком (не менше ніж між двома обов'язковими портами). Лінійний рейс визначається як рух судна за напрямком та розкладом судноплавної лінії від першого до останнього оголошених обов'язкових портів. Операторами лінійних перевезень можуть бути судновласник, фрахтівник, агент закордонної судноплавної компанії або агент закордонного фрахтівника суден для лінійних перевезень.

Загальними ознаками лінії закордонного плавання є:

- встановлення обов'язкових і факультативних іноземних та українських портів заходу;
- встановлення періодичності заходу закріплених суден в українські порти;
- закріплення для роботи на лінії типів суден;
- реєстрація лінії Державним департаментом морського і річкового транспорту за поданням начальника морського порту.

При виконанні лінійного рейсу судно повинно обов'язково заходити до одного з обов'язкових або факультативних українських та іноземних портів заходу, які зазначені в розкладі руху судна.

Реєстрація ліній закордонного плавання здійснюється Державним департаментом морського і річкового транспорту на підставі документів, які надаються оператором лінійних перевезень за умов здійснення суднами, які будуть працювати на цій лінії, не менше трьох суднозаходів протягом календарного року до українського порту заходу на судноплавній лінії, що планується до реєстрації.

Для реєстрації лінії закордонного плавання оператор лінійних перевезень подає до Укрморрічфлоту такі документи:

- подання начальника кожного обов'язкового торговельного порту заходу України про необхідність реєстрації лінії закордонного плавання;
- заяву оператора лінійних перевезень про реєстрацію лінії закордонного плавання, погоджену з підприємствами, які надають знижки до лоцманського збору відповідно до наказу Міністерства транспорту від 27.06.96 N 214 "Про

затвердження зборів і плат за послуги, що надаються суднам у морських торговельних портах України".

До заяви додаються такі документи: техніко-економічні розрахунки, обґрунтування оператора лінійних перевезень щодо можливостей роботи судноплавної лінії, погоджені з начальником кожного українського обов'язкового порту заходу лінійних суден; довідка начальника кожного обов'язкового порту України про здійснені суднозаходи та перевезення вантажів суднами оператора лінійних перевезень.

Документи з питання реєстрації лінії закордонного плавання подаються в оригіналах і розглядаються Державним департаментом морського і річкового транспорту у 10-денний термін з дня одержання. Якщо надані документи підтверджують усі ознаки лінії закордонного плавання, то Державний департамент морського і річкового транспорту видає кожному українському порту обов'язкового заходу підтвердження про реєстрацію лінії закордонного плавання. У підтвердженні обов'язково зазначаються такі дані: перелік обов'язкових та факультативних портів судноплавної лінії, види вантажів, назва судна або судна-субституту, назва судноплавної компанії, найменування морського агента, місто реєстрації агента на території України, дата, номер реєстрації лінії закордонного плавання Державним департаментом морського і річкового транспорту, назва лінії, мінімальна кількість суднозаходів до конкретного порту щомісячно при виконанні лінійних рейсів.

Термін дії підтвердження – один рік з дня його видачі. Дія підтвердження може бути припинена Державним департаментом морського і річкового транспорту раніше визначеного терміну у випадках невиконання вимог Кодексу торговельного мореплавства України, втрати лінією ознак лінії закордонного плавання за ініціативою начальника обов'язкового порту заходу судноплавної лінії. У випадках припинення дії підтвердження Державний департамент морського і річкового транспорту інформує про це в письмовій формі в десятиденний термін оператора лінійних перевезень та начальника кожного порту заходу судноплавної лінії на території України.

Контроль за роботою портів та операторів лінійних перевезень здійснює Державний департамент морського і річкового транспорту.[9]

З метою контролю роботи лінії оператор лінійних перевезень щоквартально надає до Державного департаменту морського і річкового транспорту розклад руху суден на лінії (періодичність заходу до обов'язкових (факультативних) українських портів заходу), погоджений з начальниками українських портів заходу судноплавної лінії. Оператор лінійних перевезень до 15-го числа наступного місяця після закінчення кожного півріччя надсилає до Державного департаменту морського і річкового транспорту інформацію про виконання графіка заходу суден до українських портів заходу судноплавної лінії.

2. Здійснення мореплавства пов'язується з використанням суден задля морських перевезень у каботажному та міжнародному сполученні.

Каботажним визначається мореплавство, яке здійснюються між портами України суднами, що плавають під Державним прапором України, а також суднами, що плавають під іноземним прапором за умови одержання на це дозволу Міністерства транспорту України (ст. 131 КТМУ). Мореплавство між портами України та іноземними портами визначається міжнародним і може здійснюватися як суднами, що плавають під державним прапором України, так і за умови взаємності суднами, що плавають під іноземним прапором (ст. 132 КТМУ). Аналогічні критерії розмежування каботажного мореплавства і мореплавства у міжнародному сполученні наводяться в юридичній літературі.[2]

3. Мореплавство може здійснюватися з різною метою та мати свою предметну ознаку.

Традиційно прийнято визначати такі види мореплавства, як торговельне, риболовне та військове.[5] На відміну від торговельного мореплавства, риболовним є мореплавство, яке пов'язане з використанням судна для рибного або іншого морського промислу. Військовим є мореплавство, що здійснюється, як правило для державних потреб і пов'язане з несенням військової служби.

Застосування КТМУ є однозначним щодо торговельного і риболовного мореплавства, проте щодо військового мореплавства існують застереження:

- правила КТМУ, за винятком передбачених у ньому випадків, не поширюються на судна, що плавають під військово-морським прапором України;
- для морських військових перевезень правила КТМУ застосовуються в частині, не передбаченій спеціальним законодавством.

Отже, не зважаючи на те, що основним нормативним актом на морському транспорті є КТМУ, сфера дії останнього не розповсюджується лише на торговельне мореплавство, хоча всі класичні інститути морського права приурочені саме до торговельного мореплавства.

Визначення торговельного мореплавства наведено у ст. 1 КТМУ, відповідно до якої: під торговельним мореплавством розуміється діяльність, пов'язана з використанням суден для перевезення вантажів, пасажирів, багажу та пошти, рибних та інших морських промислів, розвідки та видобування корисних копалин, виконання буксирних, криголамних і рятувальних операцій, прокладання кабелю, також для інших господарських, наукових і культурних цілей.

Відповідно до наведеного визначення:

- торговельне мореплавство є різновидом мореплавства;
- існує невизначеність щодо всіх видів діяльності, які відносяться до торговельного мореплавства, оскільки перелік, наведений у ст. 1 КТМУ є невичерпаним;
- визначення цілей, задля яких має здійснюватися торговельне мореплавство – господарські, наукові, культурні.

Термін "торговельне мореплавство" традиційно використовується у законодавчій практиці, зокрема, у Проекті укладення про торговельне мореплавство 1909 р., КТМ СРСР 1929 р., КТУ СРСР 1968 р. За цей час значною мірою відбулося поширення і деталізація видів діяльності, які відносяться до торговельного мореплавства. І навіть сьогодні цей перелік надає можливість відносити до торговельного мореплавства інші види діяльності, крім тих, які визначено у ст. 1 КТМУ.

Торговельне мореплавство як вид господарської діяльності, на нашу думку, характеризують наступні ознаки:

- торговельне мореплавство є діяльністю, що спрямована на виконання робіт (наприклад, видобування корисних копалин, прокладання кабелю) та/або надання послуг (наприклад, перевезення вантажів, виконання буксирних операцій);
- торговельне мореплавство є діяльністю, яка виконується на професійних засадах суб'єктами господарювання (про це свідчить ліцензування певних її видів);
- торговельне мореплавство є діяльністю, яка носить вартісний характер, тобто має цінову визначеність (результати цієї діяльності реалізуються за плату);
- поєднання публічних і приватних інтересів.

Згідно зі ст. ст. 260, 261 Господарського кодексу України [10] сукупність усіх виробничих одиниць, які здійснюють переважно однакові або подібні види виробничої діяльно-

сті, складає галузь. Транспорт за своїм функціональним призначенням є галуззю матеріального виробництва. Торговельне мореплавство, на нашу думку, є складовою зазначеної галузі матеріального виробництва.

В залежності від мети, способу організації і здійснення торговельне мореплавство, як вид господарської діяльності, може носити характер комерційного або некомерційного торгівельного мореплавства.

Визначальною ознакою *комерційного торгівельного мореплавства* є мета здійснення. Комерційне торговельне мореплавство здійснюється суб'єктами господарювання з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку.

Основні умови здійснення комерційного торговельного мореплавства необхідно визначати відповідно до ст. 43 ГКУ:

- Суб'єкти господарювання мають право без обмежень самостійно здійснювати будь-яку комерційну діяльність у сфері торговельного мореплавства, яку не заборонено законом.
- Особливості здійснення окремих видів комерційної діяльності у сфері торговельного мореплавства встановлюються законодавством (це зокрема стосується розвідки та видобування корисних копалин, здійснення рибного та іншого морського промислу).
- Перелік видів діяльності у сфері торговельного мореплавства, що підлягають ліцензуванню (наприклад, перевезення вантажів, пасажирів), а також перелік видів діяльності, підприємництво в яких забороняється, встановлюються виключно законом.
- Здійснення комерційної діяльності у сфері торговельного мореплавства забороняється органам державної влади та органам місцевого самоврядування.

Некомерційне торговельне мореплавство здійснюється суб'єктами господарювання, однак, на відміну від комерційного, спрямовано на досягнення економічних і соціальних результатів без мети одержання прибутку.

Некомерційне торговельне мореплавство згідно зі ст. 52 ГКУ здійснюється суб'єктами господарювання державного або комунального секторів економіки, а також іншими суб'єктами господарювання стосовно видів діяльності, впровадження яких з метою одержання прибутку заборонено законодавством України (наприклад, перевезення зброї для оборонних цілей уповноваженим на це підприємством державної форми власності).

Отже, торговельне мореплавство, як вид господарської діяльності, спрямовується на виконання робіт та/або надання послуг у сфері торговельного мореплавства. Залежно від мети здійснення, торговельне мореплавство може носити характер господарської комерційної або некомерційної діяльності.

1. *Александрова К.И.* Комментарий к КТМ СССР. – М., 1973. – С. 3–10. 2. *Волынец Ф.С.* Перевозки грузов в малом каботаже и вопросы права. – М., 1954. 3. *Вышнепольский С.А., Бурмистов М.М., Забелин В.Г.* Фрахтование морских судов. – М., 1964. – С. 55–56. 4. *Демиденко В.В., Шемякин А.Н., Балобанов А.О. и др.* Морское право Украины: Учеб. пособие. – О., 1996. – С. 7–8. 5. *Жудро А.К., Джавад Ю.Х.* Морское право. – М., 1974. – С. 3–20. 6. *Шмигельский Г.Л., Ясиновский В.А.* Основы советского морского права. – М., 1963. – С. 14–17. 7. Кодекс торговельного мореплавства України від 23.05.1995 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 47. – Ст. 349. 8. Наказ Міністерства транспорту України від 31.05.2000 р. № 276 "Про затвердження Інструкції про порядок реєстрації ліній закордонного плавання" (в редакції Наказу Мінтрансзв'язку України від 06.10.2004 р. № 884) // Офіційний Вісник України. – 2004. – № 43. – Ст. 2846. 9. Постанова Кабінету Міністрів України від 30.03.2000 р. № 584 "Про утворення Державного департаменту морського і річкового транспорту" // Офіційний Вісник України. – 2000. – № 13. – Ст. 530. 10. Господарський кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18–22. – Ст. 144.

Надійшла до редколегії 01.12.06

Ю. Притика, д-р юрид. наук, доц.

ОСОБЛИВОСТІ ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ СУБ'ЄКТІВ ТРЕТЕЙСЬКОГО РОЗГЛЯДУ

Розглядаються особливості визначення правового статусу суб'єктів третейського розгляду та проблеми співвідношення понять учасників та суб'єктів третейського розгляду.

Peculiarities of the legal status definition of subjects of arbitration proceeding and issues concerning the correlation of the definitions such as participants and subjects of the arbitration proceeding are considered.

Впровадження механізмів реалізації законодавчих положень якими визначено основні засади третейського судочинства в Україні, зумовлює детальне дослідження низки проблемних питань в цій сфері. Зокрема, одним із основних є питання визначення правового статусу суб'єктів третейського розгляду. Адже, розглядаючи питання суб'єктів третейського розгляду необхідним видається з'ясування правової природи участі останніх та коло тих правовідносин, які виникають в процесі розгляду спорів в третейському суді. Передусім, розглядаючи порушену проблематику, варто відзначити, що у вітчизняній науці дослідженню проблеми третейських правовідносин уваги практично не приділялось, але це не свідчить про відсутність необхідності проведення ґрунтовного наукового аналізу окреслених питань, як з позицій розвитку наукових підходів до розуміння правової природи третейського розгляду, так і з огляду на необхідність удосконалення чинного законодавства. Предмет відповідного наукового дослідження безумовно повинен базуватися на більш детальному дослідженні не лише позицій вітчизняної науки та практики, а й враховувати надбання зарубіжного досвіту. Проведений науково-практичний аналіз проблематики третейських правовідносин, дозволяє визначити основні теоретико – практичні моменти відповідного соціально-правового явища, визначити квінтесенцію виявлених понять, проаналізувати діалектику класифікаційного поділу та інше. Неодмінно варто відзначити важливість наукових доробок російської правової науки третейського судочинства.

Так, в російський науковій літературі запропоновано декілька критеріїв поділу відносин, що виникають в третейському розгляді. Аналізуючи правову природу та класифікацію правовідносин в сфері вирішення спорів за допомогою приватно-правових способів, С. Курочкін, в залежності від міри дозволеної учасникам поведінки всі відносини, що виникають під час передачі справи до третейського суду, поділяє на дві групи: третейські процесуальні правовідносини та організаційно-функціональні [8, с. 96]. Інший російський дослідник О. Скворцов, на відміну від С. Курочкіна, розмежовуючи правовідносини, що виникають в ході третейського розгляду поділяє останні на три групи: 1) правовідносини між третейським судом та сторонами по справі; 2) правовідносини, що виникають між самими суб'єктами спору, переданого на розгляд третейського суду; 3) правовідносини, що виникають між компетентним державним судом та учасниками третейського розгляду [14, с. 280–285]. Звичайно, наведені приклади свідчать про наявність різних позицій щодо визначення правовідносин в сфері третейського розгляду, при цьому семантика класифікаційного поділу обумовлена визначенням різних критеріїв останнього, що і дозволяє виокремити різні за морфологічними ознаками види правовідносин, проте, як виявляється, незалежно від критеріїв класифікаційного поділу, основне змістовне навантаження правовідносин в сфері третейського розгляду не змінюється. Таким чином, необхідно одночасно, розглядати відповідні групи правовідносин в їх певній діалектичній єдності, що зумовлює системне розуміння інституту третейського способу вирішення приватно-правових спорів.

На нашу думку, правовідносини, що виникають як при укладенні третейської угоди, так і в третейському процесі в залежності від їх змісту можна поділити на чотири групи: третейські зобов'язальні правовідносини; третейські процесуальні правовідносини; третейські організаційні правовідносини; цивільно-процесуальні та господарсько-процесуальні та правовідносини, що виникають в зв'язку з примусовим виконанням рішення третейського суду.

Першу групу складають правовідносини, що виникають між рівними суб'єктами з приводу укладення угоди про передачу спору на розгляд третейського суду. За своєю природою ці відносини є матеріальними (цивільно-правовими) та характеризуються великим ступенем диспозитивності. Їх суб'єктами є виключно сторони третейської угоди. Таким чином, зобов'язальні третейські правовідносини можна визначити як систему врегульованих нормами третейського законодавства відносин матеріального характеру, що виникають між рівноправними суб'єктами з приводу укладення, виконанням, дійсністю третейської угоди.

Другу групу складають відносини, що виникають під час розгляду та вирішення справи третейським судом. Ці відносини виникають між судом та учасниками третейського розгляду та мають процесуальний характер.

Третю групу відносин складають відносини, що виникають між рівними суб'єктами та засновані на координації, пов'язані з організацією діяльності третейського суду, формуванням третейського суду, погодженням кандидатур та вибором арбітрів, визначенням їх гонорару і таке інше. Ці відносини виконують службову роль щодо третейського розгляду. Останні за своєю природою є регулятивними і в більшості випадків носять процедурний характер. До цих відносин, зокрема, належать відносини, пов'язані з формуванням третейського суду, вибором третейських суддів, визначенням процесуальних правил розгляду справи, відносини, пов'язані з укладенням третейського контракту.

Суб'єктами третейських організаційних правовідносин є сторони третейської угоди, третейські судді, особи, які залучаються для адміністрування третейського суду (секретарі, голови постійно діючих третейських судів).

Четверта група правовідносин, виникає під час оспорювання рішення третейського суду, вжиттям запобіжних заходів, виконанню рішення третейського суду. Ці відносини регулюються нормами цивільного процесуального, господарського процесуального права або законодавства про виконавче провадження.

Особливого значення для визначення суб'єктів третейського провадження мають саме третейські процесуальні правовідносини. Дослідження правової природи, суб'єктного складу, специфіки виникнення дає можливість виділити особливості третейських процесуальних відносин. По-перше, процесуальні відносини складаються між нерівними суб'єктами в процесі здійснення третейським судом юрисдикційної діяльності та мають відносно владний характер. По-друге, третейські про-

© Притика Ю., 2007

цесуальні відносини виникають між суб'єктами, одним з яких обов'язково повинен бути третейський суд. По третє, ці відносини юридично оформлюють діяльність уповноваженого та зобов'язаного суб'єктів третейського розгляду та існують в третейській процесуальній формі. По-четверте, третейські правовідносини знаходяться у постійній взаємодії та розвитку.

Таким чином, третейські процесуальні правовідносини являють собою врегульовані третейським законодавством відносини між третейським судом та учасниками третейського розгляду з приводу вирішення конкретного спору.

Існування процесуальних правовідносин обумовлено тим, що для реалізації матеріальних охоронних правовідносин необхідним видається наявність кола процесуальних норм. Так, на загальнотеоретичному рівні О.Г. Лук'янова визначає процесуальне правовідношення як правовий взаємозв'язок суб'єктів процесуального права, що виник на підставі норм процесуального права (зв'язок суб'єктивного права та юридичного обов'язку), взяти у поєднанні з їх фактичною поведінкою [17, с. 204]. Варто відзначити, що третейські правовідносини процесуального характеру виникають не лише в силу наявності норм, а й також внаслідок поєднання норм права, юридичних фактів та правосуб'єктності, оскільки, як відзначає Н.А. Чєчіна, що лише необхідність або можливість вчинення певних дій пов'язують норми процесуального права з наявністю чи відсутністю матеріально-правових відносин, а не виникнення процесуальних відносин [18, с. 52].

Оскільки будь-яке правовідношення завжди існує як відношення між конкретними особами, не можна не звернути уваги на питання, що пов'язано з правовим становищем суб'єктів третейських процесуальних правовідносин.

Насамперед, слід звернути увагу, що як відзначав В.Н. Протасов, одним із суб'єктів охоронних правовідносин є завжди компетентний (зазвичай державний) орган [13, с. 73]. Виникнення, розвиток, зміна та припинення будь-яких третейських процесуальних правовідносин обумовлено здійсненням третейським судом процесуальних дій, які є обов'язковим елементом юридичного складу. Відносини, що виникають в процесі розгляду справи в третейському суді між окремими її учасниками (крім третейського суду), або взагалі носять неправовий характер, або за своїм змістом є матеріально-правовими. Як відзначає С. Курочкін, учасники процесуальної діяльності не мають по відношенню один до одного процесуальних прав та обов'язків [8, с. 97], відповідне твердження неодноразово висували і інші науковці, які займаються проблемами процесуальних правовідносин (А.Ф. Клєйнман, А.Ф. Козлов та ін.) Н.А. Чєчіна відзначала, що всі процесуальні права та обов'язки, носіями яких є учасники процесуальної діяльності, кореспондують, в свою чергу, лише правам та обов'язкам суду [18, с. 56].

Вище наведені наукові позиції надають можливість стверджувати, що третейський суд є основним та обов'язковим суб'єктом третейських процесуальних відносин. Проте в процесуальній науці відповідна позиція не є виключно єдиною. Прибічники існування процесуальних відносин визнають існування правових зв'язків процесуального характеру між окремими суб'єктами без обов'язкової участі такого суб'єкта як суд. Тим більше, деякі сучасні автори навіть висувають точку зору відносно існування істотно нової групи процесуальних правовідносин не публічно – правового, а договірного характеру [16, с. 17]. Сторонами такого договірного процесуального правовідношення є сторони процесу. Звісно, що відповідна позиція не є безумовною.

Сучасним доктринальним підходам щодо розуміння правової природи взаємовідносин між третейськими судами та особами, які звертаються до третейського суду для вирішення цивільно-правового спору, характерне діаметральне різноманіття. Одна з теорій, за допомогою якої пояснюється правова природа відповідних правовідносин, полягає в тому, що такі відносини розглядаються через призму відносин щодо надання послуг сторонам спору. Так, В.Н. Ануров зазначає, що третейський суддя, з одного боку, "діє як кредитор по відношенню до сторін, на яких покладається обов'язок щодо виплати останньому гонорару або надання забезпечення, а з іншого – як боржник, який зобов'язаний провести третейський розгляд та прийняти рішення третейського суду" [2, с. 112]. Хоча автор попередньо робить застереження відносно умовності застосування матеріально-правових термінів відповідного інституту цивільного права [2, с. 109], проте з точки зору сутності підходу відносини між третейськими суддями та сторонами кваліфікуються саме як цивільно-правові. Таку позицію займає і професор І.С. Зикін. Останній прямо стверджує, що "арбітри є особами, які надають відповідні послуги" [5, с. 89].

Відповідні підходи базуються на "договірній теорії" третейської угоди. В свою чергу, одним із практичних наслідків реалізації договірної теорії відносно правовідносин, що виникають між третейським судом та сторонами спору є поширення на відповідні відносини договірних зобов'язань, порушення яких забезпечується нормами цивільного законодавства.

Відповідний підхід знаходить свій вияв і практиці третейського розгляду. Так, наприклад, Сибірський центр конфліктології позиціонує власну діяльність на ринку надання послуг для крупного бізнесу та щодо надання послуг для малого бізнесу, в тому числі і надання послуг по третейському розгляду [1, с. 100]. Проте існують всі підстави спростування відповідних тверджень, з огляду на які третейський розгляд сприймається в якості комерційного надання послуг. В сучасній юридичній літературі відповідний підхід зазнає значної критики [4, с. 475; 10, с. 41–42].

Отже, оспорюючи відповідну позицію, О. Скворцов, висуває тезу – "якщо виходячи з того, що взаємовідносини між сторонами третейського розгляду та третейським судом носять договірний характер, то виникає питання: чи можливе розірвання такого договору? Або – можливою є відмова від договору внаслідок неякісного надання послуг? Чи можуть бути застосовані по відношенню до третейського суду заходи майнового характеру, включаючи стягнення збитків та застосування неустойки? Який орган повинен вирішувати подібного роду спори? Державний суд? Звісно, що відповідей на ці питання знайти неможливо" [14, с. 283].

Важливо відзначити, що не дивлячись на відсутність відповідних вказівок законодавця, діяльність третейських судів не може розглядатися як комерційна діяльність. Діяльність третейських судів – це перш за все діяльність по захисту цивільних прав. Третейські суди мають за мету – забезпечення належної реалізації цивільних правовідносин; їх діяльність, так само як і діяльність, наприклад, адвокатів, не обумовлена комерційним інтересом, тобто інтересам отримання прибутку. Щодо грошових коштів, які отримують третейські судді, то останні варто розглядати як винагороду за працю, а не як прибуток, отриманий від здійснення комерційної діяльності. При цьому, що не менш важливо, виплата гонорарів третейським суддям постійно діючих третей-

ських судів гарантується юридичною особою – при якій створено відповідний третейський орган [10, с. 7] і не залежно від того чи сплачений сторонами третейський збір. Таким чином, відносини по сплаті третейського збору (включаючи і суми, які призначені на виплату гонорарів суддям) не можуть розглядатися як виконання зобов'язань надання послуг, які виникають між сторонами та третейськими суддями.

В практичному плані вище викладені судження видаються важливими з точки зору оподаткування. В практиці податкових органів мали місце випадки спроби розглядати діяльність третейських судів як діяльність по оплатному наданню послуг. При цьому податкові органи виходили з того, що підприємницька діяльність щодо оплатного надання послуг підлягає оподаткуванню податком на додану вартість з третейських зборів, що стягуються за розгляд справи третейським судом. Подібна позиція має своє відображення і в теоретичних дослідженнях провідних юристів. Так, В.М. Ануров висував твердження, з огляду на яке "система зв'язків між учасниками арбітражного розгляду наштовхує на думку щодо публічно-правового характеру договору (в цивільно-правовому розумінні цього питання), стороною якого виступає постійно діючий арбітражний інститут" [3, с. 75–76].

Досить лояльною видається позиція Є.Ю. Новікова, який намагається пом'якшити кваліфікацію правовідносин між третейським судом (третейськими суддями) та сторонами спору, стверджуючи, що останні являють собою "цивільне квазідоговірне зобов'язання, правове регулювання якого полягає в застосуванні за аналогією ряду норм деяких інститутів цивільного права (надання послуг, доручення) на основі системного тлумачення даних норм з урахуванням правових норм що регулюють відносини судового захисту суб'єктивного права" [9, с. 317]. З практичного боку, відповідна позиція не знайшла підтримки в третейській та арбітражній практиці.

В свою чергу, теоретичного обґрунтування зазначена вище позиція отримала в статтях Є.А. Скородумова, який доводить, що третейський розгляд не можна інтерпретувати через призму договору платного надання послуг, оскільки платне надання послуг є підприємницькою діяльністю, якій в свою чергу повинні бути притаманні такі ознаки як самостійність, можливість здійснювати діяльність на власний ризик, спрямування на систематичне отримання прибутку від користування майном, продажу товарів, робіт або надання послуг особами, зареєстрованими в установленому законом порядку [15, с. 91–107]. Звісно, що діяльність третейських судів не відповідає наведеним ознакам і не може бути інтерпретована як підприємницька діяльність взагалі або діяльність по наданню платних послуг зокрема. Відповідної позиції притримується і І.В. Поганцев, який зазначає про те, що "арбітри (третейські судді), здійснюючи судову діяльність і третейському суді, не укладають і не можуть укладати будь-які договори з юридичними особами – організаторами постійно діючих третейських судів або сторонами спору, в протилежному випадку арбітри (третейські судді) були б залежними" [10, с. 42].

Справедливим видається твердження професора Р.Ф. Калістратової про те, що "розглядати юридичну діяльність третейського суду в якості такої що приносить прибуток, є істотно неправильним, третейський збір – аналог мита, а не прибутку. Цивільно-правові правила договору про надання послуг також не можна застосовувати до відповідних відносин. Суми, одержувані третейськими суддями, підлягають обкладанню податками по правилам, що регулюють відносини оподаткування доходів фізичних осіб, а не організацій" [6, с. 130]. По суті аналогічної позиції притримується і професор Є.А. Суханов, який говорить про те, що третейський суд є "органом судового захисту цивільних прав ... а не надає нам "юридичні послуги" і тим більше не веде "підприємницьку діяльність" [7, с. 7].

Одним з аспектів взаємовідносин третейського суду з учасниками третейського процесу полягає в тому, що третейський суд є "зв'язаним певного роду обов'язками" [14, с. 287]. В доктрині сформувалася концепція ex officio, згідно якої третейський суд з цілого кола питань зобов'язаний в силу свого становища незалежно від прохання учасників процесу вчинити певні дії, юридичного значення. Наприклад, ex officio третейський суд, перш ніж перейти до розгляду спору по суті матеріальних правовідносин, зобов'язаний вирішити питання щодо власної компетенції розгляду відповідного спору. У той час, переважну більшість процесуальних дій третейський суд зобов'язаний виконувати лише за наявності відповідного клопотання зацікавленої сторони.

Вище викладені науково-практичні позиції дозволяють відзначити спеціальний статус третейського суду, як правозахисного органу, що є відмінним від поняття державного суду в силу приватноправової природи інституту третейського розгляду, та як певного посередника при вирішенні спорів, при цьому безумовно варто погодитись з тими викладеними позиціями щодо особливостей інтерпретації діяльності третейського суду через призму зобов'язальних правовідносин, адже власне третейському розгляду та участі третейських суддів властиве діалектичне поєднання певних приватноправових та публічно правових засад, що відрізняє останній від загальної моделі зобов'язань та захисту цивільних прав.

Аналізуючи певні аспекти правової природи відносин третейського розгляду вище, дещо фрагментарно вже піднімалися питання відносно суб'єктного складу окресленого кола правовідносин, що виникають при процедурі третейського розгляду приватно-правових спорів. Безумовно, що існування правовідносин не можливо без визначення суб'єктного складу останніх. Так, як вже і зазначалося вище, суб'єктами третейських правовідносин є особи, які наділені процесуальними правами та обов'язками, можуть вступати з третейським судом у відносини, що регулюються нормами третейського процесуального права [8, с. 98].

Традиційно суб'єктів третейських процесуальних відносини поділяють на три групи [18, с. 59–60]:

- особи, які захищають в процесі свої суб'єктивні права (сторони, треті особи), тобто суб'єкти спірних матеріально-правових відносин;
- особи, що беруть участь у процесі з метою захисту суспільних та державних інтересів: прокурор, органи державного управління та місцевого самоврядування. Суб'єктами третейських процесуальних відносин ці особи не можуть бути, оскільки законодавство не передбачає їх участі в процесі розгляду справи судом. Ці суб'єкти не можуть укладати арбітражну угоду в силу обмеженості їх компетенції;
- особи, які залучаються в процес для сприяння здійсненню правосуддя, але останні не захищають в суді ні суб'єктивних прав, ні суспільного інтересу (свідки, експерти, перекладачі).

Відповідно до статті 34 Закону України "Про третейські суди" учасниками третейського розгляду є сторони та їх представники. Питання щодо участі третіх осіб та їх процесуальні права у третейському розгляді вирішуються третейським судом відповідно до регламенту третейського суду або угоди сторін у третейському суді для вирішення конкретного спору. Третя особа бере участь у третейському розгляді добровільно.

Таким чином, у третейському розгляді можуть брати участь третейські судді, сторони і треті особи. Третейські судді і сторони є обов'язковими суб'єктами третейського процесу: без них третейський розгляд неможливий. Для вступу третіх осіб потрібна письмова як їх згода, так і згода обох сторін.

Однією з основних проблем сьогодення третейського розгляду як в рамках вітчизняної так і зарубіжної практики, залишається проблема участі держави та інших публічно-правових утворень в якості сторін третейського розгляду. П. Сандерс відзначає, що національне законодавство більшості країн світу в цілому не забороняє державним утворення бути суб'єктами третейських процесуальних правовідносин, проте є і виключення з цього правила. Наприклад, у Франції, держава та публічно-правові утворення (etablissements publics) за загальним правилом не можуть укладати арбітражні угоди, хоча деякі з них наділені таким правом спеціальним законом [20, с. 187]. Ці норми застосовуються лише по відношенню до внутрішнього третейського розгляду, участь тих самих суб'єктів в розгляді справи міжнародним комерційним арбітражем встановлена заборона не обмежує. Стаття 1676 (2) ЦПК Бельгії забороняє юридичним особам публічного права укладати арбітражні угоди, але відповідна заборона поширюється лише на "внутрішній" арбітраж.

Говорячи про наявність відповідних заборон у вітчизняному законодавстві, слід відзначити принципову позицію вітчизняного законодавця яка полягає у прямій забороні розгляду спорів в третейському суді, в яких однією із сторін є орган державної влади, орган місцевого самоврядування, державна установа чи організація, казенне підприємство (ст. 6 Закону України "Про третейські суди"). Виключення спорів пов'язаних з участю у справі органів державної влади та інших представницьких органів публічного права, підтверджується також визначених ст. 6 Закону України "Про третейські суди" виключенням спорів, що пов'язанні з реалізацією державно-владних функцій – справ у спорах про визнання недійсними нормативно-правових актів; справ у спорах, що виникають при укладенні, зміні, розірванні та виконанні господарських договорів, пов'язаних із задоволенням державних потреб; справ, пов'язаних з державною таємницею.

Третейське законодавство Російської Федерації, на відміну від українського законодавства, прямо не визначає відповідної заборони, обмежуючись лише визначенням вимог щодо укладення третейської угоди. Проте практика третейського розгляду пішла таким чином, що Російська Федерація, суб'єкти Російської Федерації, муніципальні утворення, виступаючи в якості суб'єктів цивільно-правових відносин, не можуть бути стороною третейського розгляду (у "внутрішніх" третейських судах). В російській судовій практиці цей підхід послідовно реалізується і стає підставою для того, що правоздатність публічних утворень на участь в третейському розгляді обмежена. В той час, як зазначає С. Курочкін, участь держави в розгляді справ міжнародним комерційним арбітражем не обмежується [8, с. 99].

Таким чином, в якості загальносвітової тенденції можна розглядати поступове розширення правоздатності публічно-правових утворень на участь в міжнародному комерційному арбітражі, та послідовне звуження їх правоздатності на участь у внутрішньому третейському розгляді.

При аналізі суб'єктів третейських процесуальних відносини необхідно також враховувати і існуючи науково-практичні позиції щодо участі в третейському розгляді третіх осіб [11, с. 273; 16, с. 62], оскільки в процесі розгляду та вирішення справи в третейському суді може виникнути загроза порушення їх прав та законних інтересів. З приводу порушеного питання варто відзначити, що третейські суди не наділені повноваженнями щодо залучення до участі у справі як третіх осіб без самостійних вимог, так і третіх осіб, які заявляють самостійні вимоги на предмет спору, без їх згоди, оскільки вони наділені лише правом розглядати лише спори сторін третейської угоди, яка є свідченням прямого волевиявлення спрямованого на прагнення передати спір на вирішення третейського суду. Не дивлячись на те, що законодавчої заборони на участь третіх осіб у процесі немає, а навпаки відповідна можливість передбачена ст. 34 Закону України "Про третейські суди", за умови дотримання принципу добровільності вступу останніх, залучення третіх осіб до участі у справі розгляд якої вже почався видається не доцільним, у зв'язку з обмеженістю їх правового статусу, що потребує диференціального підходу до вирішення питання про участь цієї категорії суб'єктів в рамках конкретного процесу. Слід зазначити, що правовий статус третіх осіб як можливих учасників третейського розгляду істотно звужений, що виявляється в обсязі наданих їм прав та обов'язків, обмеженням можливості істотного впливу на перебіг процесу.

На завершення розгляду порушеного питання варто відзначити, що складності, які виникають у зв'язку з участю третіх осіб в третейському розгляді, відмічаються зарубіжними вченими в якості істотного недоліку третейської форми захисту порушених та оспорюваних прав [19, с. 382].

При визначенні суб'єктного складу учасників третейських процесуальних правовідносини, не викликає сумнівів і допустимість у третейському розгляді множинності осіб як на стороні позивача, так і на стороні відповідача (наприклад, співвласники). При цьому питання заміни неналежної сторони повинно вирішуватись третейським судом аналогічно питанню залучення третіх осіб.

Крім осіб, що беруть участь у справі, як вже зазначалося вище, участь у третейському розгляді можуть приймати також особи, які сприяють розгляду та вирішенню справи. Вони не мають і не повинні мати у справі жодної юридичної заінтересованості і сприяють встановленню дійсних обставин справи, дослідженню доказів, утвердженню інших принципів процесуального права. До них належать свідки, експерти, перекладачі, особи, які мають письмові та речові докази. Критеріями відмінності осіб, що беруть участь у справі, від інших є наявність юридичної заінтересованості в результаті справи, більш активна роль у ході третейського розгляду, більш широкі повноваження.

Відкритим на сьогодні в науці залишається питання про те, чи є учасниками третейського розгляду такі особи, як секретар третейського суду, голова третейського суду, що призначає в деяких випадках третейських суддів, державні суди, що у передбачених законом випадках вправі втручатися в третейський розгляд. Адже з одного боку їх статус абсолютно не визначений, а з іншого – вони, без сумніву, впливають на процес і результат третейського розгляду.

На наш погляд включати до складу учасників третейського розгляду, як свідків, експертів, перекладачів, осіб, які мають письмові та речові докази, так і секретаря третейського суду, голову третейського суду, а також інших осіб які певним чином впливають на третейське вирішення спору не варто, найбільш доцільно було віднести відповідну категорію осіб до такого поняття як суб'єкти третейського розгляду, адже хоча закон не оперує зазначеним поняттям, проте останнє найбільш повно відображає квінтесенцію суб'єктного складу третейських процесуальних правовідносин.

Саме поняттям суб'єктів третейського розгляду, можна найбільш повно охарактеризувати визначене коло осіб, при цьому не порушуючи приписи законодавця який прямо визначає закритий перелік осіб, які визнаються учасниками третейського розгляду, тобто – це сторони та їх представники, а також треті особи за умови правомірності їх участі у справі. При цьому варто відзначити, що поняття суб'єктів варто розглядати більш ширше за поняття учасників третейського розгляду у співвідношенні як окреме і ціле, оскільки виключення учасників зі складу суб'єктів третейського розгляду позбавить правовідносини, що виникають при третейському вирішенні спору, їх сутнісного наповнення, тобто однієї з центральних фігур суб'єктного складу – сторін спору.

Таким чином, варто відзначити, що до складу суб'єктів третейського розгляду входять: а) третейський суд (третейський склад), як суб'єкт, що є відмінним від поняття учасника третейського розгляду, з притаманним йому специфічним правовим становищем, обумовленим виконанням функцій посередництва при вирішенні приватноправового спору між сторонами третейського розгляду та функціями забезпечення організації ведення третейського розгляду; б) особи, що безпосередньо беруть участь у процесі захисту своїх суб'єктивних прав, тобто учасники третейського розгляду (сторони, або їх представники, треті особи); в) особи, що залучаються до третейського розгляду, з метою сприяння його здійсненню та досягненню високого рівня всебічності та ефективності розгляду (свідки, експерти, перекладачі), сюди можна також віднести і тих осіб які впливають на третейський розгляд чи іншим чином сприяють його розвитку, але при цьому не втручаючись у безпосереднє вирішення спору (секретар, голова суду, державні суди, у передбачених законом випадках).

Підводячи підсумки варто зазначити, що питання складу суб'єктів третейських правовідносин, що виникають в процесі розгляду справи по суті, є одним з центральним в третейському судочинстві, адже від правильності визначення статусу осіб, які вступають у відносини що пов'язані з третейським вирішенням спору, залежить ідентифікація третейської процедури, правильність застосування положень законодавства та забезпечення ефективності третейського розгляду, в тому числі і можливість уникнення перешкод у визнанні та виконанні рішень третейського суду. Загальна характеристика суб'єктного складу третейських правовідносин, дозволяє лише визначити основні детермінанті складові суб'єктів третейського розгляду, з огляду на що, останні потребують більш детального науково-практичного аналізу.

1. *Авдыев М.А.* Сибирский центр конфликтологии // Конфликтология – теория и практика. – 2004. – № 1(2). 2. *Ануров В.Н.* Перемена лиц в третейском соглашении // Третейский суд. – 2003. – № 3(27). 3. *Ануров В.Н.* Юридическая природа международного коммерческого арбитража. Вопросы теории и практики. – М., 2000. 4. Гражданский процесс. Учебник. 3-е изд., перерраб. и доп. / Под ред. В.А. Мусина, Н.А. Чечиной, Д.М. Чечота. – М., 2000. 5. *Зыкин И.С.* Статус арбитра в международном коммерческом арбитраже // Третейский суд. – 2003. – № 1(25). – С. 89. 6. *Каллистратова Р.Ф.* Государственный арбитраж. – М., 1973. 7. Комментарий к Федеральному закону "О третейских судах Российской Федерации" / Отв. ред. А.Л. Маковский, Е.А. Суханов. – М.: "Статут", 2003. 8. *Курочкин С.А.* Правоотношения, возникающие в процессе разбирательства дела в третейском суде // Третейский суд. – 2004. – № 2(32). 9. *Новиков Е.Ю.* К вопросу о правовой природе третейского разбирательства. – М., 2002. 10. *Поганцев И.В.* Постатейный научно-практический комментарий к Федеральному закону "О третейских судах в Российской Федерации" // Третейский суд. – 2003. – № (26). 11. *Попов М.А.* Множественность лиц в третейском разбирательстве // Актуальные проблемы гражданского процесса. – СПб., 2002. 12. Постановление Президиума Высшего Арбитражного суда РФ 3 3515/00 от 10.04.2001 року. 13. *Протасов В.Н.* Основы общеправовой процессуальной теории. – М., 1991. 14. *Скворцов О.Ю.* Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. – М.: Волтерс Клувер, 2005. 15. *Скородумов Е.А.* О некоторых вопросах, связанных с уплатой налогов при осуществлении деятельности по рассмотрению споров третейскими судами // Третейский суд при Санкт-Петербургской торгово-промышленной палате/ Под ред. проф. В.А. Мусина. – СПб., 2001. 16. *Тарасов В.Н.* Третейский процесс. – СПб., 2002. 17. Теория процессуального права. – 2-е изд., перераб. / Под ред. Лукьянова Е.Г. – М.: Норма, 2004. 18. *Чечина Н.А., Чечот Д.М.* Гражданская процессуальная форма, процессуальные нормы и производства // Юридическая процессуальная форма: теория и практика / Под ред. П.Е. Недбайло и В.М. Горшенева. – М., 1976. 19. *Fouchard, Gaillard, Goldman* On International Commercial Arbitration. – N.Y.,1999. 20. *Sanders P.* Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice. – Hague, 1999.

Надійшла до редколегії 01.02.07

І. Безклубий, д-р юрид. наук, Ю. Кошиль, асп.

CAUSA ПРАВОЧИНУ В РИМСЬКОМУ ПРАВІ

У статті розглянуто передумови виникнення та розвитку поняття каузи правочину у римському праві, досліджено особливості його застосування та значення; проаналізовано властивості каузи, які зумовили рецепцію даного правого інституту у правопорядки інших держав та його адаптація до сучасних умов

This article goes over preconditions of birth and evolution of causa of transaction in Roman law. The article contains a profound research of peculiarities of use and importance of causa of transaction and a detailed analysis of properties of causa that caused the reception of this legal institute into the legal systems of other states and its evolution nowadays

Законодавче закріплення у вітчизняному цивільному праві принципів автономії волі та свободи договору значно розширило сферу застосування абстрактних та непоіменованих договорів. Все частіше для задоволення потреб обороту використовуються складні договірні конструкції, об'єднані єдиною правовою метою. Для ефективного правового регулювання даних нетипових договірних форм важливе значення має теорія каузи правочину. Теорія каузи правочину виникла і розвинулася у римському праві. Внаслідок рецепції у правопорядки багатьох держав та пристосування до потреб обороту іноді складно визначити характерні ознаки й особливості, притаманні каузі у її первинному значенні, а саме у римському праві. Проте це є необхідним для побудови чіткої доктринальної основи застосування каузи у відповідності з вимогами чинного законодавства та потребами обороту.

Дослідженню каузи в тій чи іншій мірі приділяли увагу в своїх роботах М. Агарков, Д. Гримм, О. Кривцов, В. Хвостов, І. Новицький, І. Покровський, О. Підопригора, Ф. Савіньї, О. Харитонов та інші науковці.

З аналізу літератури, яка стосується каузи правочину, можна зробити висновок, що в різні часи та у правопорядках різних країн в це поняття вкладався неоднаковий зміст. З метою визначення поняття каузи правочину, його особливостей та перспектив застосування в сучасному цивільному праві необхідно вивчити передумови появи цього інституту, значення, яке йому надавалося, фактори, які зумовили його розвиток у праві Стародавнього Риму і рецепцію у право інших держав. Метою запропонованого дослідження є розробка певних аспектів виникнення та розвитку поняття каузи в римському праві, а також аналіз юридичних ознак цього елементу цивільного правочину.

© Безклубий І., Кошиль Ю., 2007

Загально визнано, що вивчення права Стародавнього Риму неможливо без врахування історичних особливостей, які зумовили ті чи інші зміни у праві чи, навіть, викликали до життя появу нових правових інститутів.

Внаслідок історичних закономірностей Римська держава опинилася в центрі військових, політичних, соціальних та економічних процесів свого часу. Величезний товарообіг, перетинання інтересів різних народів, необхідність постійного вирішення спорів та вироблення єдиних норм для регулювання багатоманітних відносин – все це стало передумовою появи унікального феномену – римського права. Під впливом об'єктивних закономірностей римське право вбирає в себе звичаї міжнародного обороту і стає правом універсальним, всесвітнім, здатним однаково задовольнити потреби осіб різних національностей [14, с. 309]. Разом з тим, необхідно підкреслити, що такого високого рівня розвитку, який вивів право на догматичні щаблі, було досягнуто римськими юристами завдяки поєднання культури звичаєвого права, вузько національного (jus civile), права народів (jus gentium) та преторського права (jus honorarium).

Римське право розробило стрункі та досконалі правові норми, зокрема, норми договірного права, якими регулювалися всі правовідносини. За точністю та досконалістю формулювань, які стали результатом тривалого аналізу і відбору преторської практики, поєднання і синтезу міжнародних звичаїв, договірне право Стародавнього Риму досі не має собі рівних [12, с. 281]. Римське право розробило розгалужену систему договорів (контрактів, пактів, квазіконтрактів), основні поняття та елементи якої згодом були у загальному вигляді рецепійовані у правові системи багатьох держав і до цього часу залишаються взірцем для розбудови правових понять та інститутів цивільного права.

Оскільки це виходить за межі дослідження, в даній статті за основу береться традиційний для науки цивільного права поділ римського права на три основні історичні етапи: 1) період докласичної юриспруденції, яка в основному співпадає з епохою республіки; 2) період класичної юриспруденції, яка почалася в епоху принципата та завершилася у III ст. нашої ери; 3) період постклассичної юриспруденції, який закінчився кодифікацію Юстиніана у першій половині VI ст. нашої ери [8, с. 94].

Договірне право кожного з цих періодів мало свої відмінності. Внаслідок особливостей римського суспільства (незначна чисельність, відносна ізольованість, пріоритетне становище римських громадян, особлива система цінностей, в якій на першому місці знаходилася честь воїна тощо), першими набули поширення односторонні формальні контракти (nexum та stipulatio), які були самостійними підставами вимоги кредитора.

Відомий ще Законам XII таблиць nexum був суворо формальним контрактом, укладався в публічному місці (форумі) в присутності п'яти свідків і особи з вагами (negotium per aes et libram). При цьому продавець проголошував чітко визначену і відому всім формулу, запроваджену традиціями звичаєвого права.

Спочатку формалізм при укладенні nexum мав практичне значення та був об'єктивно зумовлений, оскільки в обмін на товар продавцю у присутності свідків зважували певну кількість металевих зливків, які відігравали роль грошей, а сувора форма контракту забезпечувала необхідний захист його на той час нестабільного юридичного змісту [14, с. 298]. В подальшому свідки та ваги перетворилися на умовність, елемент форми: покупець під час укладення контракту торкався вагів монеткою, а саму обумовлену грошову суму передавав пізніше чи раніше.

На зміну nexum прийшов інший односторонній формальний контракт – стипуляція (stipulatio), який також дозволяв кредитору задовольнити свою вимогу незалежно від будь-яких обставин, які викликали до життя дану вимогу (causa) і не були виражені у стипуляційній формі [9, с. 113]. Стипуляція, як і nexum, набуває сили з моменту виголошення латиною обов'язкової формули: Centrum dare spondes? Spondeo. – Зобов'язуєшся сплатити сто? Зобов'язуюсь. Таке проголошення не супроводжувалося ніякими жестами, обрядами чи записами. Боржник та кредитор мали знаходитись в одному публічному місці та не повинні були мати фізичних вад (слухових чи мовних) [18, с. 119–122].

Дослідники зазначають, що завдяки своїм гнучкості, універсальності та практичності стипуляція відігравала важливу роль у римському праві в цілому [13, с. 111–114]. За її допомогою надавалася юридична сила найрізноманітнішим зобов'язанням: сплатити гроші, передати річ, виконати іншу дію, не пов'язану зі сплатою грошей чи передачею речі [18, с. 120].

Отже, на певному етапі суворо формальні абстрактні контракти повністю задовольняли потреби обороту. Проте у подальшому римське суспільство ставало більш відкритим, честь воїна та дотримання слова перестали займати в ній головне місце, що викликало численні зловживання з боку недобросовісних кредиторів: обов'язкова формула проголошувалася, стипуляція набувала чинності, боржник ставав зобов'язаним, але грошова сума не передавалася. Крім того, достатньо часто в обороті мали місце два пов'язані між собою зобов'язання, тобто, коли обов'язок боржника в дійсності був зумовлений зустрічним обов'язком кредитора [1, с. 75–76, 2, с. 205]. В такому разі мова вже не йшла про нічим не обумовлене зобов'язання сплатити певну суму. Тут мали місце два зобов'язання, поєднані спільною правовою метою (каузою), які можна порівняти із взаємообумовленим наданням.

Стипуляція досі вважається класичним прикладом формального договору, але її сувора урочиста форма з часом ставала більш вільною, змінювалася під впливом права Греції та східних правових інститутів. Зазнали змін коло суб'єктів стипуляції (ними могли бути й перегріни), змінювалися традиційні зобов'язальні формулювання (dabis; dabo; promittis; promitto), вони могли виголошуватися іншими, крім латинської, мовами [13, с. 113].

Крім того, на прикладі стипуляції можна наочно прослідкувати зміни, які торкалися самої сутності стипуляції, а саме зміни, пов'язані із значенням каузи для стипуляції зокрема та для римського договірного права в цілому. Як вже зазначалося, стипуляція у своєму первинному прояві породжувала суворе зобов'язання, яке залежало тільки від тих слів (verba), які були проголошені, підстава платежу (кауза) значення не мала. Тому навіть якщо боржник дав обіцянку (promissio), а кредитор не передав гроші, зобов'язання все одно було дійсним, і боржник мав платити за позовом із стипуляції. Він міг лише в подальшому вимагати сплачене шляхом пред'явлення позову про безпідставне збагачення (condictio sine causa), але це робилося вже в межах іншого юридичного процесу, спочатку він повинен був все ж таки сплатити борг, тому що ніяке заперечення з посиланням на підставу платежу (ex causa) не приймалося [12, с. 309].

Надалі таке становище було визнане несправедливим, і претор став давати боржнику можливість захищатися проти позову із стипуляції з посиланням на навмисний обман з боку кредитора (exceptio doli, exceptio non numeratae pecuniae). При цьому боржнику потрібно було довести відсутність підстави платежу (causa), тобто, неотримання грошей від кредитора.

За часів Юстиніана становище ще більше змінюється: у разі пред'явлення exceptio вже відповідач несе

тягар доведення (onus probandi), вже він повинен довести наявність підстави платежу (causa), тобто, що гроші були ним дійсно передані [13, с. 114]. Більш того, у посткласичний період боржник міг вимагати визнання стипуляції недійсною також шляхом пред'явлення спеціального позову (querela non numeratae pecuniae). В цей період стипуляція супроводжувалася укладанням письмового документу, тому вказаний позов фактично мав характер позову про визнання документу недійсним внаслідок його безгрошевості [14, с. 309]. Отже, результатом розвитку стипуляції стала можливість пред'явлення excertio чи querela проти вимоги кредитора, і вже він змушений був доводити наявність каузи.

Можливість протиставити стипуляційному позову заперечення з посиланням на підставу платежу (ex causa), з одного боку, підірвала значення стипуляції як абстрактного правочину, з іншого змінило значення каузи у римському праві. За словами дослідників, ясна та чиста юридична фігура класичної стипуляції за часів Юстиніана в багатьох відношеннях розмивається та знецінюється [14, с. 309, 312].

Зрозуміло, що не існує зобов'язань без правової підстави, мети. Будь-які абстрактні контракти (nexum або стипуляція) мали свою каузу. І якщо на початковому етапі розвитку зовнішній вираз каузи не мав юридичного значення, то в подальшому вона починає використовуватися для правового регулювання величезного різноманіття формальних абстрактних контрактів. Більш того, кауза стає правовим інструментом задоволення потреби захисту еквівалентності надання сторін формально незалежних односторонніх контрактів, наповнюється юридичним змістом.

Після з'ясування об'єктивних причин, які зумовили виникнення каузи у римському праві, логічно перейти до визначення того змісту, який вкладався у це поняття римськими юристами.

Загальновідомою особливістю римського права є його казуїстичність. Дослідники визнають, що римське право не виробило загального поняття правочину [6, с. 87]. Терміни, якими воно оперувало (negotium, actus, actum, gestum), не мали того значення, яке вкладає в поняття правочину сучасна наука цивільного права. Це жодним чином не заперечує того факту, що поняття правочину було започатковано саме у римському праві. Незважаючи на відсутність єдиного визначення каузи, саме римські юристи починають розробку теорій каузи правочину.

В літературі зазначається, що кауза правочину – часто вживаний термін, багатозначні юридичні значення якого часто перекриваються [13, с. 221]. При цьому поняття каузи притаманне не лише римському зобов'язальному праву, воно зустрічається також у речовому праві [7, с. 142]. На підставі аналізу літератури можна визначити основні значення каузи у римському праві [5, с. 62]:

• Суб'єктивний мотив, який спонукає до певної поведінки [19, с. 139] (наприклад, страх, metus causa), перш за все – до вступу в юридичний процес; невірний мотив (falsa causa) не впливає на його силу; він може відповідати праву (iusta causa), або бути недозволеним (iniusta causa, illicita causa), або лише аморальним (turpis causa). Іноді causa в цьому розумінні має те ж значення, що й намір (animus) [11, с. 166–167, 15, с. 274, 16, с. 260–263]; до цього значення близьке значення каузи як відносин сторін, які призвели до укладення правочину [14, с. 309].

• Соціально-економічна мета (ціль, призначення), заради якої сторони приступають до юридичних дій (causa contrahendi); передача речі (causa traditionis), рух платіжної вимоги (causa cedendi), надання кредиту (causa credendi), встановлення приданого (causa dotis constituendae), відпущення раба на свободу (causa manumissionis), безвідплатне збагачення іншої особи (causa donandi, donationis), виконання раніше взятого на себе зобов'язання (causa solvendi), очікуване виконання зобов'язання іншою стороною і таке інше. Очевидно, що для кожного зобов'язання у боржника є важливі підстави (causa debendi). В цьому значенні causa часто визначає найменування зобов'язання й відповідного позову, наприклад, mandatum, actio mandatumi.

• Правова підстава юридичної дії як пов'язаної з якимось відшкодуванням (causa onerosa), або без нього (causa lucrative), наприклад, володіння (causa possessionis) або зобов'язання (causa obligationis), якщо така causa відсутня, можна добиватися зворотного виконання (condictio); більш віддалена підстава (causa remota), яка слугувала передумовою попереднього зобов'язання, не впливає на силу даного зобов'язання; у судовій справі розрізняють causa antecedens (перед латисконтестацією) та causa superveniens (після неї); іноді мова йде про підставу законної міри (доручення), наприклад, causa legati

• Правове відношення, наприклад, спадкове, causa hereditaria.

• Правовий стан, ситуація наприклад, покупця (causa emptoris); постійна якість службового земельного наділу (perpetua causa servitutis)

• Юридична справа, тяжба, про свободу (causa liberalis) і тому подібне; кримінальна справа (causa criminalis), особливо та, яка стосується позбавлення життя (causa capitalis), на відміну від процесу, який веде до грошового штрафу (causa pecuniaria); тяжба з державою (causa fiscalis); тяжба про власність у післякласичному праві називалася causa principalis на відміну від тяжби про володіння, causa momentaria.

• Сутність, поняття, яке стосується компетенції магістратів (causa iuris honorarii), заповіту (causa testamenti) та інше.

• Юридичний характер в цілому, включаючи приналежності, приріст, плоди, що повинно враховуватися судом (causa rei).

Таким чином, спроби дати єдине визначення каузи (causa) у римському праві призводять лише до її загального розуміння як певної причини, привода до чогось [4, с. 62].

Отже, поняття каузи правочину виникло і розвинулося у римському праві. Але важливим і неоднозначним залишається питання про значення даного поняття у римському праві. Чи відповідало воно тому значенню, яке вкладається у нього сьогодні, чи римська кауза була лише початковою стадією, і розвинулася вже пізніше, у праві інших держав, в періоди більш високого юридичного розвитку.

У цивілістичній науці по різному оцінюється рівень розвитку поняття каузи у римському праві. На думку одних авторів, теорія каузи в цілому була сформована саме в Стародавньому Римі, і потім була лише сприйнята національними системами приватного права. Такої думки дотримуються, зокрема, Лібе, Ф. Савінь'ї, О. Кривцов , Д. Гримм, В. Хвостов. Інші вчені визнають, що аналіз римських юристів не йшов так далеко, поняття каузи було сформульовано лише у XVII столітті.

Розвиток ідеї каузи правочину у римському праві на думку Є. Годеме відбувався дуже повільно, що пояснюється нетиповим для казуїстичного римського права абстрактним характером цього поняття, яке може бути чітко виділено лише в епоху більш високого юридичного розвитку [5, с. 126–128]. На думку автора, у римському праві дана ідея ще не з'явилася. З чотирьох груп відомих на той час договорів у трьох (усних, письмових, реальних) вона взагалі не могла скластися. В четвертій групі, кон-

сенсуальних контрактах, вона хоча і могла з'явитися, але аналіз юристів в ті часи не заходив так далеко.

Форма для усних (verbis) і письмових (litteris) договорів обумовлює дійсність зобов'язань без будь-якого відношення до економічної підстави. Зобов'язання тут виникає шляхом виголошення слів (verba) або внесення записів у прибутково-видаткову книгу (codex). За допомогою цих двох урочистих способів зобов'язання виникає незалежно від будь-якої економічної підстави, слово чи запис у даних договорах є causa civilis, цивільною підставою [5, с. 127].

В тому випадку, коли одна особа дала обіцянку повернути гроші, а інша не передала їх їй, зобов'язання не визнавалося таким, що не має підстави у сучасному розумінні. У разі пред'явлення позову про повернення неотриманих грошей перша особа могла протиставити йому два преторські засоби захисту: посилання на навмисний обман з боку кредитора або зворотне виконання (exceptio doli або condictio відповідно). Зобов'язання виникло, але його виконання було б несправедливим, тому особі надавалося право паралізувати його або погасити спеціальним способом. Вказані преторські засоби захисту наближали дані зобов'язання до сучасної ідеї каузи, але не досягали її рівня: зобов'язання виникало вже внаслідок проголошення встановленої формули, не дивлячись на відсутність економічної підстави, а можливість заперечення проти позову пов'язувалася з доведенням певних обставин [5, с. 127].

Передача речі при укладенні реального контракту також не була підставою у сучасному значенні. У римському розумінні передача речі є певною матеріальною урочистістю, яка доповнює безсилля чистої та простої угоди, відіграє в реальних контрактах роль causa civilis, як слово чи запис в усних чи письмових договорах відповідно. Вона не кваліфікується римськими юристами в якості передачі цінності, необхідної для збалансування пасиву боржника, який з'явився внаслідок виникнення боргу. Цим автор пояснює той факт, що, наближаючись до сучасної ідеї каузальності, римське право не дійшло до неї [5, с. 127–128].

Ніщо не заважало виникненню теорії правової підстави при аналізі консенсуальних контрактів. При римській продажі підставою зобов'язання продавця є його право вимоги до покупця і навпаки, але римські юристи зупинилися в аналізі і не робили цього. Відсутність зобов'язання при неможливості виконання на одній стороні пояснювалося відсутністю предмета. Отже, на думку Є. Годеме, взаємозв'язок зобов'язань залишався без обґрунтування [5, с. 126–128].

Таким чином, дослідник робить висновок, що римське право створило передумови для виникнення теорії каузи правочину, але сама теорія, через свій абстрактний характер, повністю сформувалася і розвинулася набагато пізніше.

На відміну від Є. Годеме , Ф.К. Савіньї, проаналізувавши тексти Ульпіана, доходить висновку про те, що каузальна теорія сформувалася ще у Стародавньому Римі. Кауза не мала значення для формальних контрактів, дійсність яких пов'язувалася лише з формою, а не із змістом. Інші контракти, на думку дослідника, поділялися на два класи: позовні (contractus) та позбавлені позовного захисту (nuda pacta). Каузою (causa), за допомогою якої правочин переходив з розряду пактів у клас контрактів та отримував позовний захист, могли бути річ (res) або домовленість сторін (consensus). Таким чином, re contracta obligatio – це договір, який укладається шляхом передач речі, в обмін на яку інша сторона зобов'язується передати еквівалент. Consensu contracta obligation – це договір, який укладений та отримує позовний захист внаслідок свого змісту, самого факту досягнення згоди, без будь-якого зв'язку із зовнішньою каузою. Це свідчить про розуміння всіма їхніх юридичного характеру та наслідків [17, с. 490–492, с. 502–508, 523–529].

Для обґрунтування думки про використання у римському праві каузи правочину у його сучасному значенні дослідником використовується аргумент про захист так званих непозовних контрактів. Сутність позовних контрактів полягає в особливій формі виразу волі. Природа цих контрактів краще всього характеризується суворою формальністю. На відміну від формальних, сутність та дійсність неформальних контрактів полягає не у їх формі, а у змісті. З непозовними контрактами пов'язується також поняття про повну дійсність (позовна властивість), але в них вона не є зрозумілою, а приходить зовні. Таке зовнішнє доповнення, підкріплення, якого потребують непозовні контракти, й отримало назву кауза (causa) [17, с. 488–489]. Отже, визнається, що наявність каузи правочину є умовою дійсності непозовних контрактів.

В. Хвостов дотримувався близьких із Ф.К. Савінь'ї поглядів на значення каузи для дійсності неформальних контрактів. При цьому він використовував термін "кауза майнового надання". Під терміном "надання" розуміються правочини, за допомогою яких здійснюється безпосередній перехід якогось права із складу одного майна до складу іншого. Кожне надання здійснюється особою задля досягнення певної мети (цілі). При цьому найважливіше значення мають ті цілі, які є безпосередніми та головними цілями надання; вони визначають юридичний характер, який надання має отримати для набувача [18, с. 171]. Саме ці цілі називаються каузою майнового надання. У римському праві в якості самостійних видів виділялися кауза безоплатного надання і декілька видів каузи оплатного надання.

Значення каузи майнового надання в римському праві полягало у наступному. Існували правочини, у склад яких обов'язково входить визначена кауза, і вони неможливі при іншій каузі [18, с. 173]. Дійсність таких правочинів залежала від досягнення відповідних кауз надання. Інші (абстрактні) правочини могли укладатися для різноманітних цілей, тому їх дійсність не залежала від досягнення цілей. Але недосягнення таких цілей дозволяло боржнику захищатися за допомогою ексцепцій та кондикцій (exceptio doli та condictio). Отже, кауза у римському праві була притаманна й абстрактним контрактам та впливала на дійсність усіх контрактів.

На думку Д. Гримма римська юриспруденція оперує поняттям кауза стосовно тих правочинів, які з точки зору даної особи в обмін на досягнення визначеної мети передбачають певні майнові жертви або взяття особою на себе певних зобов'язань. Той об'єктивний результат, який має бути досягнутий за допомогою цих майнових жертв, і становить каузу правочину [6, с. 102]. Таким чином, кауза правочину являє собою його нормальний об'єктивний результат, який досягається незалежно від різноманітних суб'єктивних цілей, які можуть переслідувати сторони, укладаючи правочин. Такий об'єктивний результат, на думку римських юристів, може полягати або в набутті права на отримання еквіваленту в обмін на власні майнові жертви (credendi causa), або у погашенні існуючого зобов'язання особи (solvendi causa), або у наданні іншій особі безоплатної вигоди (donandi causa) [6, с. 102]. Проте наведені категорії випадків не вичерпують всі можливі у житті об'єктивні цілі, досягнення яких особа визначає метою укладення правочину. Зокрема, якщо особа передає іншій певну річ для того, щоб у подальшому вона слугувала

приданим для її нареченої, то правочин укладений dotis constituendae causa; якщо для вступу у спадщину особа виконує певну умову, викладену у заповіті, то правочин укладений conditionis implendae causa [6, с. 102].

Концепція Д. Гримма дозволяє перейти до єдиного розуміння каузи правочину як його цілі. Проте дослідник зауважував на необхідності чітко розрізняти каузу як об'єктивну мету правочину, та суб'єктивні цілі (мотиви), які спонукають особу укладати правочин задля досягнення цієї мети [6, с. 102–103].

У римському праві категорія каузи використовувалася майже так само, як і в сучасних правопорядках. Абстрактність стипуляції А. Кривцов не розглядає як нерозвиненість юридичної думки, коли ідея каузи ще чітко не сформувалася. Абстрактна стипуляція, як і інші договірні зобов'язання, свідчить про визнання каузальності відносин, оскільки дійсність стипуляції залежить від її підстави. Відділення стипуляції від її каузи відбувається у формі перекладення тягаря доведення наявності каузи на боржника (а в подальшому на кредитора [14, с. 108]), якому надаються відповідні ексцепції та кондикції (exceptio doli та condictio відповідно). Стипуляція, в яку пряму включена вказівка на її каузу, а також інші контракти (позовні та непозовні) визнаються звичайними каузальними контрактами, в яких умовою примусового здійснення кредитором свого права є роз'яснення ним питання про еквівалент [9, с. 110–131].

На нашу думку, з таким підходом варто погодитись. Кауза у римському праві набула свого значення та виконувала важливі функції, які притаманні їй сьогодні.

В літературі відсутня єдина думка щодо питання про значення каузи для дійсності формальних контрактів (наприклад, стипуляції). За класичною формулою для дійсності формальних контрактів значення має лише їх форма. З цього приводу заслуговує на увагу позиція Лібе, згідно якої хоча абстрактна стипуляція сама по собі є підставою позову, для своєї практичної реалізації вона повинна бути доповнена зовнішньою каузою. При цьому кауза розуміється як певний юридичний елемент, який пов'язує претензію кредитора з матеріальними юридичними відносинами та є необхідним для перетворення претензії кредитора в його майно [17, с. 523–524].

Кауза в цьому розумінні полягає в одному з трьох розрядів дій, до яких зводяться всі майнові набуття: donare, solvere, credere. Відповідно, дійсність стипуляції, на думку Лібе, залежить від наявності donandi causa, solvendi causa, credendi causa. Перший вид каузи передбачає, що майно передається з метою набуття права вимоги до боржника. Як правило, мова йде про односторонній договір, наприклад, кауза в договір позики. Solvendi causa зазначає, що майно надається з метою виконання певного обов'язку. Наприклад, передача речі продавцем на виконання договору купівлі-продажу. Credendi causa існує за умови безвідплатності, наприклад, у випадках передачі речі за договором дарування.

З викладеного вище можна зробити наступні висновки.

Не дивлячись на відсутність єдиного визначення, теорія каузи правочину виникла, сформувалася та використовувалася вже у римському праві. Поняття каузи у римському праві з'явилося у зв'язку з наявністю великої кількості абстрактних формальних договорів, які потребували регулювання та правового забезпечення у відповідності з принципами справедливості. Це призвело до виникнення двох основних сучасних теорій (матеріально-правова та процесуально-правова теорія – *розрядка наша – І.Б., Ю.К.*), які мають на меті розробку правових наслідків, що випливають з підстав правочину.

Визнання і подальший розвиток поняття каузи правочину були зумовлені потребою в захисті взаємообумовлених зобов'язань сторін формально самостійних абстрактних контрактів та недостатня урегульованість правовими нормами наслідків невиконання чи порушення зобов'язань сторін за договором.

Крім того, догматичне формування каузи використовувалося в римському праві для визначення кола контрактів, які заборонені законом. Підставою недійсності подібних контрактів визнавалася незаконна кауза (iniusta causa і turpis causa) або помилка (falsa causa). Мала вона також значення для дійсності каузальних контрактів.

Внаслідок рецепції римського права теорія каузи правочину отримала друге життя у праві європейських держав. Безперервне, протягом століть вивчення римського права, залишків римської юридичної літератури, висловлювань римських юристів сформувало єдине юридичне мислення цих країн [14, с. 309]. Саме єдині витоки зумовили одночасно розробку вчень про каузу правочину у німецькому, французькому, італійському цивільному праві. Її актуальність зайвий раз підтверджується наявністю подібних до каузи конструкцій в англо-саксонській системі права, яка не знала рецепції римського права (доктрина зустрічного задоволення, consideration) [3, с. 66–92, 10, с. 64–69].

Саме тому вивчення доктринальних положень про каузу у римському праві дозволить краще зрозуміти її особливості, закономірності розвитку та перспективи застосування в сучасних умовах. Подальшого дослідження потребують особливості розвитку поняття каузи правочину у вітчизняній цивілістиці, співвідношення каузи з принципами автономії волі і свободи договору тощо.

1. *Агарков М.М.* Обязательство по советскому гражданскому праву. – М., 1940. 2. *Агарков М.М.* Основы банкового права: Курс лекций. Издание 2-е. Учение о ценных бумагах : Научное исследование. Издание 2-е– М., 1994. 3. *Ансон В.* Договорное право. – М., 1984. 4. *Бартошек М.* Римское право: понятия, термины, определения. – М., 1989. 5. *Годеме Е.* Общая теория обязательств. – М : Изд – во Министерства юстиции СССР, 1948. 6. *Гримм Д.Д.* Лекции по догме римского права. Издание пятое, исправленное и дополненное. – Петроград, 1916. 7. *Дождев Д.В.* Римское частное право : Учебник для ВУЗов / Под общ. ред. проф. В. С.Нерсесянца. – 2-е издание, измененное и дополненное. – М., 2003. 8. *Иоффе О.С.* Из истории цивилистической мысли // В сб. Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву. – М., 2000. 9. *Кривцов А.С.* Абстрактные и материальные обязательства в римском и современном гражданском праве. – Юрьев, 1898. 10. *Мозолин В.П., Фарнсворт Е.А.* Договорное право в США и СССР (история и общие концепции). – М., 1988. – С. 64–69. 11. *Новицкий И.Б.* Основы римского гражданского права. – М., 1972. 12. *Підопригора О.А.* Римське приватне право : Підручник для студентів юрид. спец. вищих навч. закладів: Видання 3-є, перероблене та доповнене. – К., 2001. 13. *Пиляева В.В.* Римское частное право. – СПБ., 2002. 14. *Покровский И.А.* История римского права. – Петроград, 1918. 15. Римское частное право (Перетерский И.С., Новицкий И.Б., Флейшиц Г.А. и др.). – М., 1948. 16. Римское частное право: Учебник / Под редакцией И.Б. Новицкого и И.С. Петеретерского. – М., 1996. 17. *Савиньи Ф.К.* Обязательственное право. – М., 1976. 18. *Хвостов В.М.* История римского права : Пособие к лекциям, четвертое издание, исправленное и дополненное. – М., 1908. 19. *Черниловский З.М.* Лекции по римскому частному праву. – М., 1991.

Надійшла до редколегії 01.02.07

І. Гриценко, канд. іст. наук

ВІД АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРИПИСУ ДО ІНДИВІДУАЛЬНОГО АКТА УПРАВЛІННЯ: ДЕЯКІ ПИТАННЯ РОЗВИТКУ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОЇ ТЕРМІНОЛОГІЇ

В статті висвітлюються питання становлення інституту індивідуального акта управління. Визначаються особливості виникнення та розвитку зазначеної правової категорії.

The article deals with the problem of establishment of the institution of the individual act of governance. Special atteution is paid to the emergeuce and development of the given legal categori.

Адміністративне право України як наука та галузь законодавства охоплює значну кількість правових інститутів, особливості яких по відношенню до правових інститутів інших галузей права надають йому певної специфіки, завдяки якій воно і займає провідне місце у правовій системі України. Одним з таких правових інститутів є інститут індивідуального акта управління або, як його почали називати останнім часом, адміністративного акта [1, с.61]. Принципова значущість зазначеного інституту пояснюється кількома факторами. Так, з одного боку, індивідуальний акт управління є різновидом правових форм управління. З іншого – найбільш поширеним способом реалізації повноважень суб'єктів публічного управління, без видання якого не може бути вирішена жодна більш-менш важлива справа в сфері публічного управління.

Отже, подібні висновки і пояснюють постійну увагу авторів до питання дослідження правових форм управління, зокрема, інституту індивідуального акта управління. Тою або іншою мірою значення, особливості, види, порядок прийняття індивідуальних актів управління у різні часи вивчалися такими вченими як Л.Апт, Р.Васильєв, К.Соляннік, В.Стефанюк, В.Тимощук, Ю.Тихоміров та ін. Аналіз праць зазначених авторів свідчить, що їх головні зусилля були спрямовані на дослідження сучасного стану правового регулювання та сучасних позицій науковців щодо таких актів, у зв'язку з чим питання становлення та розвитку цієї форми управління та термінології, що використовувалася у її межах, залишилися поза їх увагою.

Таким чином, завданням даної статті є аналіз наукових розробок щодо індивідуального акта управління, встановлення особливостей виникнення та розвитку зазначеної правової категорії.

Аналіз наукових джерел адміністративно-правової думки свідчить про те, що інститут індивідуального акта управління та його зміст у своєму історичному розвитку піддавався постійним змінам, що і пояснює існування чималої кількості точок зору щодо зазначеної проблематики та кількості термінів, за допомогою яких визначалися акти правозастосування.

Дослідження наукових праць перших вітчизняних вчених-поліцеїстів, результати наукової діяльності яких, до речі, пізніше утворили базу для трансформації поліцейського права у адміністративне, показує, що вони у своїх доробках ще не використовували ні термін "індивідуальний акт управління", ні термін "адміністративний акт", однак вживали при цьому інші подібні поняття. Так, розмірковуючи над особливостями поліцейської діяльності, І.Андреєвський зазначав, що усі розпорядження та адміністративні приписи поліцейських установ мають доповнювати існуючі закони, але при цьому видаватися у межах останніх, спрямовуючись на їх застосування [2, с. 6, 13]. Подібна позиція, на жаль, не дає нам чіткої відповіді на питання щодо правової сутності зазначених актів або, інакше кажучи, не дозволяє однозначно віднести їх ні до нормативних актів, ні до актів індивідуальної дії. Однак, подальше ознайомлення із змістом "Поліцейського права" дозволяє припустити, що І.Андреєвський все-таки розмежовував нормативні та індивідуальні акти. Найбільш яскраво це проявилося у роздумах щодо джерел поліцейського права, куди вчений поряд і з поліцейськими законами відніс також адміністративні розпорядження і циркуляри [2, с. 23]. Зазначене дозволяє зробити висновок, що, на відміну від нормативного характеру розпоряджень, адміністративні приписи подібними властивостями не наділялися, а раз так, то і були нічим іншим як актами правозастосування.

Подальший розвиток адміністративно-правових вчень, представлений, наприклад, працями М. Шпилевського, свідчить, що останній частіш за все вів мову про нормативні акти управління, яким, як і І.Андреєвський, надавав назву адміністративних розпоряджень, у зв'язку з чим розглядав їх як джерела поліцейського права. "Поліцейське право розвивається не стільки шляхом законодавства, скільки шляхом адміністративної практики, яка проявляється у неосяжній масі адміністративних розпоряджень" [3, с. 87].

Значна увага правовим актам, що видавалися суб'єктами управлінської (поліцейської) діяльності, була відведена у праці М. Куплеванського "Административная юстиция в Западной Европе. І. Административная юстиция во Франции", оскільки одне з головних завдань адміністративних судів полягало у перевірці законності актів управління, що, звичайно, покладало на автора обов'язок розкрити зміст та особливості таких актів. Виконуючи поставлене завдання, автор, на відміну від своїх попередників і сучасників, досить чітко наголосив на принциповій різниці нормативних та індивідуальних актів управління, зробивши проміжний висновок про те, що контрольні повноваження адміністративних судів мають поширюватися лише на так звані акти індивідуального характеру [3, с. 161].

При цьому М. Куплеванський, так само як і І. Андреєвський та М.Шпилевський, нормативні акти називав адміністративними розпорядженнями, тоді як друга категорія актів управління отримала у нього назву адміністративного акта індивідуального характеру [3, с. 161].

Аналізуючи праці зазначених авторів, відмітимо, що вони не зупинялися окремо на нормативних та індивідуальних актах управління, розглядаючи останні у межах аналізу інших правових інститутів поліцейського (адміністративного) права.

Одним з перших авторів, який змінив існуючий стан речей щодо вивчення правових актів управління, був І.Тарасов, особливістю наукових праць якого був той факт, що питання розпорядчої влади органів поліцейської діяльності були розглянуті ним у межах окремої глави, одним з самостійних параграфів якої був параграф, присвячений адміністративним (поліцейським) розпорядженням та приписам.

Говорячи про розпорядження, вчений надав їм нормативного характеру, що наближало останні до законів. Однак, на відміну від законодавчих актів, розпорядження видавалися вищими органами виконавчої влади та приводилися у дію управліннями та посадовими особами, які, з метою виконання розпоряджень, користували-

© Гриценко І., 2007

ся правом давати приписи або накази як підпорядкованим їм посадовим особам, так і безпосередньо громадянам. Отже, засобом реалізації нормативних установлень І.Тарасов бачив індивідуальні акти управління – приписи, які, за його словами, завжди мали конкретне значення [4, с. 63–64].

Зазначена вище термінологія стосовно правових актів управління зберегла своє місце і у працях інших авторів, творча діяльність яких проходила наприкінці XIX століття, однак це стосувалося, перш за все, нормативних актів, тоді як про акти правозастосування спеціальних розмов все ще не велося. Адміністративні розпорядження, як і раніше, продовжували залишатися формою нормотворчості суб'єктів управлінської діяльності, відносилися до джерел поліцейського (адміністративного) права [3, с. 372; 3, с. 398–399; 5, с. 9].

Разом з тим у зазначений період почали з'являтися і інші погляди щодо назв правових актів управління, підтвердженням чому є творча спадщина В.Гессена. На думку вченого, висловлену у його перших працях, розпорядча влада адміністрації втілювалася, по-перше, у праві видання обов'язкових постанов і, по-друге, у праві пред'явлення окремих вимог або розпоряджень. Надаючи пояснення зазначеним термінам, вчений під обов'язковою постановою розумів загальне правило, яке встановлювалося у порядку управління і таке, що регулювало невизначене число передбачених або однорідних відносин. У свою чергу, розпорядження тлумачилося ним як адміністративний акт, який регулював передбаченим у законі способом ті або інші *конкретні* (виділено нами – І.Г.) відносини [6, с. 48].

Практичну незмінність своєї позиції щодо зазначеної проблематики В.Гессен продемонстрував і у своїх наступних працях, хоча, правда, деякі зміни все-таки мали місце. Так, називаючи нормативні встановлення урядової влади обов'язковими постановами, вчений погоджувався разом з тим, що подібні правові акти, за пропозицією М.Коркунова, можна називати і указами. Що ж стосується актів індивідуальної дії, то як і раніше, для нього вони існували у формі конкретних велінь або розпоряджень, завдання яких полягало у нормуванні того або іншого індивідуального або конкретного випадку [7, с. 28–29].

Отже, на початку XX століття у адміністративно-правовій літературі або, як ще вона називалася на той час, літературі з поліцейського права почали з'являтися тенденції щодо зміни існуючої у XIX столітті термінології, за допомогою якої визначалися правові акти управління. Термін "адміністративне розпорядження" почав поступово втрачати свій нормативний характер, набуваючи індивідуального, правозастосовного значення. Крім іншого це свідчило і про те, що у науці адміністративного (поліцейського) права на той час ще не існувало єдиних загальновизнаних термінів для визначення правових актів управління.

Певні зміни у вживанні адміністративно-правової термінології зазначеного порядку спостерігалися і у працях інших авторів, хоча вони і не були ще так яскраво виражені, як у наукових доробках В.Гессена. Як приклад у даному випадку можна навести положення "Підручника адміністративного права (Поліцейського права. Права внутрішнього управління)", автором якого був В.Івановський. Він, як і переважна більшість його попередників, продовжував називати нормативні акти адміністративних органів розпорядженнями. Поряд з цим для групування актів індивідуального характеру він використовував термін "виконавче розпорядження", говорячи про те, що таке розпорядження є адміністративним розпорядженням у вузькому розумінні цього слова [8, с. 146; 9, с. 126].

Такий погляд на зазначену термінологію майже повністю був підтриманий і М.Белявським [10, с. 33–35].

Новацією ж у вживанні термінів для окреслення правових актів управління як нормативного, так і індивідуального характеру стала наукова позиція О. Євтихієва, висловлена ним у монографії "Законна сила актів адміністрації", відповідно до якої вчений з урахуванням теорії розподілу влади запропонував усі правові акти розділити на три основні групи: 1) законодавчі акти; 2) адміністративні акти; 3) судові акти.

Продовжуючи розмову про адміністративні акти, дослідження особливостей яких і становило предмет його монографії, О.Євтихієв запропонував у змісті адміністративних актів виділити дві основні категорії (елементи). Відповідно до цього правознавець виділив такі групи адміністративних актів: по-перше, адміністративні акти із абстрактним змістом або, як він їх ще називав, адміністративні розпорядження чи обов'язкові постанови і, по-друге, індивідуальні адміністративні акти або розпорядчі акти, які мали за мету впливати на конкретні обставини [11, с. 40–45].

Подальший розвиток адміністративно-правової думки пов'язувався насамперед із науковою діяльністю А. Єлістратова, який у своїх працях приділив значну увагу також дослідженню особливостей та видів актів управління (публічно-правових актів), під якими він розумів будь-який державний акт, що відносився до компетенції адміністративних установ [12, с. 158].

З урахуванням властивостей юридичних функцій, які виконувалися актами управління, А.Єлістратов розділяв останні на нормативні, адміністративні та юрисдикційні акти. При цьому для позначення нормативних актів, які виходили від адміністративних установ, він пропонував використовувати термін "указ", а для найменування юрисдикційних актів зазначених установ – поняття "судово-адміністративний акт". Що ж стосується актів, які мали своїм завданням встановлення, зміну або припинення конкретних юридичних відносин або станів, то вчений їх називав адміністративними актами, які, на його думку, займали головне місце у юридичній діяльності адміністративних установ [12, с. 159, 181; 13, с. 82, 88].

Досить близькою до поглядів А.Єлістратова на індивідуальні акти управління була позиція В. Кобалевського, який з цього приводу писав: "Повертаючись до вчення сучасної юридичної літератури про *адміністративний акт*, необхідно відмітити, що цим терміном частіш за все називають акти індивідуальні та конкретні, у протилежність актам нормативним, тобто указам. Найменування індивідуальних актів адміністрації терміном адміністративний акт у власному розумінні слова – не викликає заперечень, якби воно не наштовхувало на помилкову думку про те, що указ актом адміністративним не є ..., чому і не може бути, на нашу думку, використаний для характеристики індивідуальних актів адміністрації. Останні можуть бути названі терміном "адміністративне розпорядження" [14, с. 135].

Однак, на відміну від В.Кобалевського, його сучасник О.Євтихієв, творча діяльність якого також проходила вже за радянських часів, наполягав на раніше озвученій думці, що акти, які виходять від суб'єктів управління, мають називатися адміністративними актами, розпадаючись при цьому на нормативні адміністративні акти та індивідуальні адміністративні акти [15, с. 171–177].

Отже, викладене свідчить про те, що і за часів становлення радянської адміністративно-правової думки у науці адміністративного права ще не спостерігалося єдності поглядів вчених на об'єднуючу назву індивідуальних актів управління, підтвердженням чому і було використання різних понять для позначення зазначеного

правового інституту. При цьому відмітимо, що А. Єлістратов та О.Євтихієв у своїх розмовах про індивідуальні акти управління спиралися на праці німецьких вчених, які, починаючи з XIX століття і до теперішнього часу, продовжують позначати групу індивідуальних актів управління терміном "адміністративний акт" [16, с. 188].

Об'єднуючим фактором, у плані подальшого використання терміна "адміністративний акт", мав стати прийнятий у 1927 році Адміністративний кодекс УРСР [17], який чітко встановив, що під зазначеним терміном розуміються 1) інструкції та циркуляри і 2) обов'язкові постанови, тобто акти загального, нормативного характеру. Однак, така чітка позиція законодавця не призвела до автоматичної відмови вчених від розуміння індивідуального характеру "адміністративного акта". Так, наприклад, професор В.Кобалевський у своєму останньому підручнику з адміністративного права, який був виданий у 1929 році, продовжував використовувати зазначений термін як синонім терміна "індивідуальний акт адміністрації" [18, с. 170].

Наступний етап розвитку радянської адміністративно-правової думки, який за відомих причин у повномасштабному вигляді розпочався лише після Великої Вітчизняної війни, вніс певні зміни у теорію адміністративного права, що торкнулися також і інституту адміністративного права, про який ми ведемо мову. Перше, що привертає увагу, це зміна його назви. Відтепер він починає існувати під назвою "акти радянського державного управління", під якими, до речі, вчені розуміють юридичні форми (укази, постанови, рішення, розпорядження, накази, інструкції) виконавчо-розпорядчої діяльності органів радянської держави, які здійснюють повноваження у межах своєї компетенції, на підставі та на виконання законів та в установленому порядку [19, с. 106–107]. Вживання подібної термінології почало призводити до одночасного використання в адміністративно-правовій літературі як "старого" терміна "адміністративний акт", так і "нового" – "індивідуальний акт управління". При цьому відмітимо, що одні радянські вчені-адміністративісти взагалі відмовлялися від використання терміна "адміністративний акт" [20, с. 88], а інші – використовували його як синонім терміна "індивідуальний акт управління" [19, с. 116]. Поряд з цим існувала також і інша позиція, її відстоювали І.Євтихієв та В.Власов, відповідно до якої адміністративний акт розглядався як припис нормативного характеру [21, с. 76].

Подальший розвиток науки адміністративного права свідчить, що вчені так і не виробили єдиного підходу до назви актів застосування норм адміністративного права і продовжували називати останні або індивідуальними актами управління, або додаючи до цього терміна у дужках термін "адміністративний акт". При цьому єдине, що об'єднувало усіх авторів, було те, що "адміністративному акту" вже не надавали нормативного характеру.

Якщо ж перейти від аналізу історичної літератури з адміністративного права до сучасної української, то не важко буде зрозуміти, що навіть до сьогоднішнього дня наука адміністративного права так і не виробила єдиного підходу щодо назви актів застосування норм адміністративного права. На сьогоднішній день найбільш поширеним терміном залишається "індивідуальний акт управління", поряд з яким іноді вживаються і інші, наприклад, ненормативний (індивідуальний) правовий акт державного управління [22, с. 231].

Що ж стосується нашої позиції, то варто зазначити, що використання різних правових термінів для визначення одного і того ж правового явища є неприпустимим, оскільки це позбавляє науку адміністративного права єдності, свідчить про недостатній рівень її понятійного апарату, вносить плутанину у вживання адміністративно-правової термінології. Тому доцільно, на нашу думку, перейти до вживання єдиного терміна, за допомогою якого визначалися б акти застосування норм адміністративного права, – "адміністративний акт".

1. Адміністративна процедура та адміністративні послуги. Зарубіжний досвід і пропозиції для України / Автор-упорядник В.П. Тимощук. – К., 2003. – 496 с. 2. *Андреевский И.Е.* Полицейское право. Т.1. – СПб, 1874. – 648 с. 3. Антологія української юридичної думки. В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шсмшученко (голова) таін. Том 5: Поліцейське та адміністративне право / Упорядники: Ю.І. Римаренко, В.Б. Авер'янов, І.Б. Усенко; відп. редактори Ю.І. Римаренко, В.Б. Авер'янов. – К.: Видавничий Дім "Юридична книга", 2003. – 600 с. 4. *Тарасов И.Т.* Учебник науки полицейского права. Вып. 1 и 2: Учебник, 1891. – 633 с. 5. *Берендтс Э.Н.* Опыт системы административного права. Том 1. Обзор истории административного права и истории его литературы. Вып. 1. – Ярославль, 1898. – 246 с. 6. *Гессен В.М.* Административное право. – СПб., 1902. – 240 с. 7. *Гессен В.М.* Лекции по полицейскому праву. – Издание студентов 1907-1908. – СПб., 1908. – 196 с. 8. *Ивановский В.В.* Учебник административного права (Полицейское право. Право внутреннего управления). – Изд. 2-е, исправленное и дополненное. – Казань, 1907. – 546 с. 9. *Ивановский В.В.* Учебник административного права (Полицейское право. Право внутреннего управления). – Изд. 4-е, исправленное и дополненное. – К., 1911. – 506 с. 10. *Белявский Н.Н.* Полицейское право (административное право): Конспект лекций. – Изд. 3-е, дополненное. – СПб, 1915. – 409 с. 11. *Евтихиев А.Ф.* Законная сила актов администрации: Монография. – Люблин, 1911. – 287 с. 12. *Елистратов А.И.* Основные начала административного права. – М., 1914. – 333 с. 13. *Елистратов А.И.* Очерк административного права. – М., 1922. – 236 с. 14. *Кобалевский В.* Очерки советского административного права. – Х., 1924. – 258 с. 15. *Евтихиев А.Ф.* Основы советского административного права. – Х., 1925. – 331 с. 16. Hartmut Maurer Allgemeines Verwaltungsrecht. 15. Auflage. Verlag C.H- Beck, München, 2004. – 853 s. 17. Адміністративний кодекс УРСР // Збірник узаконень та розпоряджень робітничо-селянського Уряду України. – 1927. – № 63–65. 18. *Ковалевський В.* Советское административное право. – Х., 1929. – 417 с. 19. *Студеникин С.С.* Советское административное право. – М., 1949. – 308 с. 20. *Петров Г.И.* Сущность советского административного права. – Л., 1959. – 184 с. 21. *Евтихиев И.И., Власов В.А.* Административное право СССР. – М., 1946. – 431 с. 22. *Колпаков В.К.* Адміністративне право України: Підручник. – К., 1999. – 736 с.

Надійшла до редколегії 01.02.07

Н. Мяловицька, канд. юрид. наук

ПРОБЛЕМИ ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЇ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ У ФРАНЦІЇ

У статті розглядаються теоретичні проблеми децентралізації державної влади у Франції та особливості утворення в адміністративно-територіальній структурі країни нової ланки – регіону.

The article deals with the problems of decentralization of the state power in France and peculiarities of forming a new link in the administrative and territorial structure of the country, which is called a region.

Протягом останніх двох десятиліть в країнах Європи відбулося багато разючих змін як на національному, так і на наднаціональному рівні. Глибина і масштаби цих змін очевидні, однак їх сутність і перспективи неоднозначні. Увагу правознавців зокрема привертають пошуки шляхів удосконалення форм держави, які здійснюються нині навіть у країнах, що мають багатовіковий досвід державного будівництва. У цьому зв'язку великий інтерес викликає реформування адміністративно-територіальної структури Франції з метою децентралізації системи державної влади.

Розглядуваній проблематиці приділялася значна увага у наукових працях багатьох зарубіжних та вітчизняних вчених. Зокрема, різні аспекти цієї тематики до-

© Мяловицька Н., 2007

сліджували українські правознавці В.Б.Авер'янов, А.О.Овчаренко, В.Ф.Погорілко, М.О.Пухтинський, А.О.Селіванов, О.Ф.Фрицький, В.М. Шаповал, Ю.С. Шемшученко, а також російські вчені С.А.Авак'ян, І.О.Алебастрова, В.С.Маклаков та ін., однак результати втілення в життя проведених останнім часом у Франції конституційно-правових реформ ще не знайшли глибокого вивчення і узагальнення.

Подальший поглиблений аналіз цієї проблеми і є метою даної статті.

Франція, що існує як самостійна держава з IX ст., належить до однієї із найскладніших за державним устроєм країн Європи.

Прихід до влади французької буржуазії в кінці XVIII століття після багатовікового панування феодальної роздрібленості супроводжувався бурхливими революційними подіями, які завдали відчутних ударів феодальному ладові і відкрили епоху утвердження нових суспільних відносин. Знаменита французька Декларація прав людини й громадянина 1789 року не лише поклала початок конституційній історії Франції, а й багато в чому визначила і сучасний стан інституту прав людини в інших країнах світу. Однак шлях до утвердження демократичних ідей у цій країні був нелегким і тривалим. Після революції 1789 року Франція випробувала практично усі можливі форми правління. Народжена революцією Республіка незабаром перетворилася у "першу імперію" Наполеона, на зміну реставрованій монархії Бурбонів прийшла конституційна монархія, нетривалу "другу республіку" замінила "друга імперія", а її у свою чергу замінила "третя республіка". Після Другої світової війни ще проголошувались "четверта" і "п'ята" республіки.

Такий перебіг подій не сприяв стабільності конституційного законодавства, і не випадково Франція займає перше місце в Європі за кількістю прийнятих конституцій. Нова і новітня історія Франції принесла їй 16 конституцій, близько 20 напівконституційних режимів та режимів де-факто [4, с. 404].

Лише протягом останнього десятиріччя XVIII ст. було прийнято 4 французьких конституції, кожна з яких істотно змінювала державний устрій і форму правління, а кінцевим результатом усіх революційних перетворень стало проголошення Франції імперією на чолі з Наполеоном I [6, с. 148].

Нині у Франції діє Конституція від 4 жовтня 1958 року, яка закріпила політичний режим, що одержав назву П'ятої Республіки. І хоч після прийняття конституції до 36 її статей були внесені зміни і доповнення, вони не порушили її стабільності. Як справедливо відзначає Ж.-П. Жакке, республіканські і парламентські традиції Конституції 1958 р. не ставились під сумнів під час внесення в неї наступних конституційних змін і поправок [3, с. 253]. Це можна пояснити особливістю французької моделі конституції, яка полягає в тому, що в ній йдеться переважно про державну структуру, без якогось послідовного звернення до суспільного ладу. Про цю її особливість автори збірника законодавчих актів Франції висловилися образно так: "Якби у майбутнього історика опинився один єдиний документ, що розповідає про сучасну Францію, – її діюча нині Конституція, то він даремно намагався б скільки-небудь певно встановити, яка економічна система країни, які пануючі форми власності, класова структура тощо. Інша справа – державні інституційні структури. Вони проявилися б досить чітко, так само, як і було б неважко визначити демократичний загалом характер політичного режиму" [8, с. 14].

За чинною Конституцією Французька Республіка являє собою унітарну державу з давньою традицією сильної центральної влади, яка в П'ятій Республіці поєднується з деконцентрацією та децентралізацією, тобто перенесенням частини тягаря державного управління на периферійні державні органи та розширенням повноважень місцевого самоуправління. Адміністративно-територіальна структура країни є досить ускладненою. Традиційно її складовими частинами є комуна, кантон, округ, департамент, регіон. З цих п'яти утворень два – кантон і округ – фактично не є органами загальної адміністрації, а виступають як територіальні межі діяльності деяких адміністративних органів, зокрема військових, судових, освітянських тощо. Кантони використовуються також як виборчі округи під час проведення виборів до генеральних департаментів.

Комуни (громади) є головною базовою адміністративно-територіальною одиницею. Великі міста мають також статус громад, але із ширшими повноваженнями. Всього в країні нараховується близько 36 тисяч комун. Кожна з них об'єднує від 100 (у селах) до 1 мільйона (у містах) чоловік. Кількість населення у кожній із них коливається від 100 чоловік у селах до 1 мільйона і більше – у містах. В комуні обирається рада в кількості 9-69 чоловік строком на 6 років. Рада із своїх членів таємним голосуванням обирає на 6 років мера та його заступників. Мер одночасно (за посадою) є представником державної влади в комуні. Інших призначуваних урядом чиновників у комуні немає. Кожна комуна має свій статут, який розробляється на основі типового статуту, затвердженого у 1984 р. Комунальна рада може бути достроково розпущена декретом Президента, прийнятим на засіданні Ради міністрів. Для розпуску ради існує лише одна підстава: нездатність керувати комуною. Декрет може бути оскаржений у адміністративному суді.

Наступною адміністративно-територіальною одиницею вищої ланки є департамент. Всього у Франції нараховується 100 департаментів, в тому числі 4 заморських. У департаментах обирається на 6 років генеральна (департаментська) рада. Вона відає багатьма питаннями соціально-економічного й культурного життя на своїй території, але її повноваження порівняно з комунальною радою значно ширші. Крім того, рада департаменту покликана координувати діяльність органів самоврядування комун. Рада обновлюється наполовину через кожні 3 роки. Виконавчим органом ради з 1982 року є не призначуваний префект (пізніше він став іменуватися комісаром республіки, але за звичкою його часто продовжують називати префектом), а обраний радою її голова, який здійснює адміністративний нагляд за діяльністю органів самоуправління департаменту і контролює місцеві служби міністерств.

Найбільшою ланкою адміністративно-територіального поділу Франції є регіон. Нині уся територія Франції поділена на 22 регіони, кожний з яких об'єднує від 3 до 5 департаментів і має свої органи самоуправління і державного управління. Органами самоуправління регіону є регіональна рада, що обирається прямими виборами на 6 років, її голова та бюро, що обираються радою, а також сформовані радою комітети. Державне управління здійснює регіональний префект найбільшого в регіоні департаменту.

Утворення регіонів, як одного з головних шляхів децентралізації влади, було започатковане ще в 60-х роках минулого століття, однак юридично цей процес завершився у 80-х роках після проведення реформи місцевого управління і самоврядування. Заходи, запроваджені з 1981 р. (так звані закони Деферра), ставили за мету три завдання:

- наблизити громадян до центрів прийняття рішень;
- підвищити відповідальність виборних органів та надати їм нові повноваження;

• сприяти розвиткові ініціативи та місцях [7, с. 350].

Розпочата цього року у Франції політика децентралізації спиралася на такі принципи:

• відсутність підпорядкування однієї громади іншій;

• збережена різноманітність існуючих структур місцевого врядування;

• фінансова компенсація за передачу повноважень [7, с. 350].

Законом від 2 березня 1982 р. "Про права і свободи комун, департаментів і регіонів" регіон одержав статус територіального колективу [4, с. 409]. Цим же законом запроваджено контроль законності актів місцевих громад та їхніх органів. Виконання цього контролю покладається на префектів під керівництвом уряду [7, с. 351].

Нові кроки на шляху до децентралізованої держави були зроблені у перші роки нового століття. Так, 17 березня 2003 року на спільному засіданні обох палат у Версалі парламент Франції прийняв конституційний закон про децентралізований устрій Республіки, у якому, зокрема, передбачена можливість проведення експериментів та створення територіальних громад зі спеціальним статусом, використання форм прямої місцевої демократії, гарантування фінансової самостійності місцевих громад разом із введенням у дію відповідних механізмів вирівнювання.

У подальшому на розвиток основних положень цього закону ухвалюються такі органічні закони:

• 29 липня 2004 р. про власні ресурси місцевих громад та граничну межу, нижче якої рівень фінансової самостійності місцевих громад не може опускатися;

• 13 серпня 2004 р. про місцеві свободи й повноваження, що їх держава передає місцевим громадам та ін. [7, с. 354].

Отже, реформа, що дістала назву "Акт II децентралізації" головним призначенням регіону визначила забезпечення економічного, соціального, культурного і наукового розвитку, розвитку охорони здоров'я і вжиття необхідних заходів для розбудови та збереження самобутності кожного регіону. Регіонам вперше надано право вступати у відносини з аналогічними адміністративно-територіальними одиницями сусідніх держав.

Крім адміністративно-територіальних одиниць метрополії, до складу Франції входять заморські території, а також два утворення, що мають особливий статус. Конституція країни (ст.72) ставить їх в один ряд з комунами і департаментами як місцеві самоврядні колективи [4, с. 427].

Водночас у ст.74 Конституції підкреслюється: "Заморські території мають свою особливу організацію, що враховує їхні власні інтереси у поєднанні з інтересами Республіки. Ця організація визначається і змінюється законом після консультації із зацікавленим представницьким органом" [4, с. 427].

Саме керуючись положенням цієї статті Конституції, під час реформи децентралізації чотири заморські департаменти у 1982 р. одержали статус регіону, тобто відповідні територіальні одиниці мають тепер статус департаментів і регіонів одночасно [1, с. 113].

Отже, можна вважати, що заморським територіям надається статус автономії вищого рівня порівняно з іншими органами місцевого самоврядування. Їхні конкретні повноваження визначаються спеціальними законами.

Особливий статус за формою політичної автономії, законодавчо закріплений у 1990 році, має острів Корсика, який є невід'ємною частиною метрополії. Цей статус значною мірою обумовлений складним історичним минулим острова, населення якого з найдавніших часів десятки разів перебувало під пануванням різних чужоземних держав. У середні віки Корсика перебувала під владою папи Римського, а також італійських міст Піза та Генуя. З 1768 р. над островом встановила своє панування Франція, з того часу розвиток Корсики відбувався на основі посилення зв'язків з цією країною. Зміцненню цих зв'язків сприяла зокрема спільна боротьба проти окупації острова фашистською Італією у 1942–1943 рр. Повстання корсиканців було складовою частиною загальнофранцузького руху опору. Хоча сучасні корсиканці являють собою народність, яка близька за походженням до італійців, але їхня культура і побут формувалися під значним впливом французів.

На Корсиці є парламент (Збори) з обмеженою компетенцією та обраний ним колегіальний орган – рада. Однак функції виконавчої влади здійснює одноособово обраний цією радою її голова. Крім того, при парламенті утворюються ще три ради з правом дорадчого голосу: економічна, соціальна, культурна [5, с. 337].

Особливий статус має також Нова Каледонія – колишня колонія Франції, розташована на південно-західній частині Тихого океану в Меланезії. Нині вона є асоційованою з Францією державою. У Новій Каледонії діє обраний парламент, який формує уряд. Однак питання економічної допомоги цій території, оборони, зовнішньої політики розглядає і вирішує французький парламент. Деякі акти управлінських структур Нової Каледонії підпадають під контроль Конституційної ради Франції, що визначається органічним законом [1, с. 113].

Населення Нової Каледонії вирізняється досить великою строкатістю проживаючих у ній національних та етнічних груп, що створює певні труднощі в організації влади та управління соціально-економічним і культурним життям всередині держави. Усіх жителів островів можна поділити на 3 основних групи.

Першу групу складають аборигени – меланезійці острова Нова Каледонія та меланезійці архіпелагу Луайоте. Їх чисельність складає понад 43% всього населення заморської території.

Друга група – французи (понад 32%), які займають панівне становище в державі. До них приєднуються метиси, що народилися внаслідок шлюбних та позашлюбних зв'язків французьких колоністів з меланезійськими жінками.

До третьої групи належать іммігранти з країн Азії та Океанії, а також з країн Карибського басейну та Північної Африки.

Офіційною мовою у Новій Каледонії є французька. Меланезійці розмовляють своєю рідною мовою, досить поширеними серед них є також французька мова і бічламар – мова-гібрид, що утворилася шляхом вживання англійських, французьких та меланезійських мов [2, с. 727–728].

Підсумовуючи викладене, можна зробити такі висновки:

• Децентралізація системи державної влади у Франції сприяла реалізації різних форм народовладдя на загальнодержавному, регіональному та місцевому рівнях через широку самостійність суб'єктів територіальної автономії та розширення повноважень органів місцевого самоврядування.

• Особливість процесу децентралізації державної влади у Франції, як і в інших країнах Західної Європи, полягає в тому, що він супроводжується утворенням нового територіального об'єднання – регіону, якому центральна влада надає широкі повноваження.

• Здійснивши реформу децентралізації державної влади, Франція вступила у XXI століття зі стабільною Конституцією і займає одне із провідних місць у світовому співтоваристві. Проте і в цій країні владні структури мають бути готові до адекватного реагування на мо-

жливі виклики і випробування, що їх породжують світові глобалізаційні процеси.

1. *Алебастрова И.А.* Конституционное право зарубежных стран. – М., 2004. 2. *Брук С.И.* Население мира: Этнодемографический справочник. – М., 1986. 3. *Жакке Ж.-П.* Конституционное право и политические институты: Учеб. пособие / Пер. с франц. – М., 2002. 4. Конституции государств Европы. В 3 т. – Т. 3. – М., 2001. 5. Конституційне право зарубіжних країн: Навч. посібник / За заг. ред. В.О. Ріяки. – К., 2006. 6. *Омельченко О.А.* Всеобщая история государства и права: Учебник в 2 т. Т. 2. – М., 1998. 7. Проблеми децентралізації: національний та міжнародний досвід. Збірник матеріалів та документів. / Наук. редактор М. Пухтинський. – К., 2006. 8. Французская Республика. Конституция и законодательные акты / Под ред. В.А. Туманова. – М., 1989.

Надійшла до редколегії 30.01.07

А. Кодинець, канд. юрид. наук

ПРАВОВА ОХОРОНА ЗАСОБІВ ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЇ У ДОРЕВОЛЮЦІЙНІЙ РОСІЇ

Стаття присвячена дослідженню історичного генезису засобів індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг у вітчизняній правовій системі

The article devoted to the investigation of historical genesis means of individualization participant of civil circulation, goods and services in the national legal system

У межах права інтелектуальної власності поряд з творами літератури, науки, мистецтва та об'єктами патентних прав в останній час сформувалась ще одна група охоронюваних результатів – засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг. До неї належать комерційні найменування, торговельні марки та географічні зазначення. На дані об'єкти поширюється правовий режим інтелектуальної власності, проте, наявність особливого функціонального призначення та специфіки конструкції суб'єктивного права зумовлюють особливу охорону засобів індивідуалізації самостійну стосовно об'єктів авторського та патентного прав.

В умовах розвитку економічних відносин, технологічної сфери та зростання загального рівня інформатизації суспільства можна прогнозувати розширення кола охоронюваних цивільним законодавством ідентифікуючих позначень за рахунок включення нових видових елементів (доменних імен та комерційних позначень). Зазначені тенденції поступово знаходять своє втілення не лише на доктринальному рівні [2], але і у новітніх спробах кодифікації цивільно-правових норм у сфері інтелектуальної власності [11].

Дослідження системи правової охорони засобів індивідуалізації та аналіз перспектив її подальшого розвитку неможливе без врахування існуючого досвіду та вітчизняних традицій правозастосування у сфері регламентації відносин по використанню комерційних найменувань, торговельних марок та географічних зазначень. З огляду на фрагментарне та подекуди суперечливе наукове висвітлення ряду питань розвитку законодавства у галузі засобів індивідуалізації, підвищується значення спеціальних досліджень, присвячених проблематиці їх історичного генезису у вітчизняній правовій системі.

Метою даної статті є розгляд основних закономірностей становлення та розвитку національного системи правової охорони засобів індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг, що дає можливість визначити тенденції та окреслити перспективи законодавчого регулювання відносин у сфері їх використання.

Дослідженню питань виникнення та розвитку охорони засобів індивідуалізації сприяли роботи відомих вчених у галузі цивільного права та права інтелектуальної власності, зокрема В.О.Калятіна, О.М.Мельник, О.О.Піленка, О.П.Сергєєва, В.В.Розенберга та інших науковців.

Історичний розвиток правової охорони засобів індивідуалізації на території сучасної України відбувався у загальному контексті генезису ідентифікуючих позначень країн Європи, проте, можна відмітити вплив ряду факторів економіко-політичного характеру, які зумовили особливості їх правової охорони. Враховуючи, що впродовж усієї своєї історії Україна перебувала під владою іноземних держав (Речі Посполитої, а пізніше Російської імперії), то дослідження розвитку національної системи охорони засобів індивідуалізації буде здійснюватися у межах розгляду основних етапів правової регламентації відносин по їх використанню законодавством зазначених держав.

Як і в інших країнах першими засобами індивідуалізації, накладання яких увійшло у загальну практику були знаки власності – позначення, які фіксували належність таврованої речі певній особі. У цьому аспекті клейма вже у період Київської Русі одержують правову регламентацію. У Руській Правді міститься докладний перелік покарань за псування "знамені" – сімейного знака власності, яким позначалися бортні дерева і межі земельних та лісових угідь [12].

Наступним етапом у розвитку засобів індивідуалізації стало виникнення знаків авторства, які використовували ремісники для позначення виготовленої продукції.

Порівняно з європейськими державами зародження та розвиток цехових організацій на території сучасної України, яка входила до складу Речі Посполитої відбувався значно пізніше, приблизно з XV–XVI ст. Перші ремісничі організації подібні до цехів виникли у Київські Русі в 11–12 ст., але остаточне їх поширення відбулося лише після надання українським містам магдебурзького права. Так, право на об'єднання у цехи було надано київським ремісникам лише 1597 р. згідно привілею польського короля Сигізмунда III [4, с. 262]. В Україні, переважна частина населення якої займалася аграрним виробництвом розвиток ремесел та збільшення цехового виробництва відбувався достатньо повільно. Якщо у середині XVI ст. в Києві було зареєстровано лише 71 ремісник при загальній чисельності населення 12–14 тис., то у 1742 р. у київських цехах нараховувалося близько двох тисяч працівників, а через 20 років їх число перевищило 4 тис. [5, с. 67]. Кожна цехова організація у своїй діяльності керувалася власним статутом та позначала вироблену продукцію спеціальним єдиним для всіх її членів цеховим знаком.

Слід підкреслити, що у вітчизняній та зарубіжній юриспруденції активно дискутується питання визначення моменту надання торговельній марці законодавчої охорони. Ряд науковців за основу беруть Новоторговий Статут Олексія Михайловича 1667 р. [7, с. 6]. Деякі автори також згадують указ Єлизавети Петрівни 1774 р. про обов'язкове таврування товарів особливими фабричними та заводськими марками [6]. Але домінуючою є позиція віднесення до таких документів закону 1830 р., який, як зазначає О.П.Сергєєв, зобов'язував власників суконних, капелюшних, паперових та інших фабрик мати свої клейма [13, с. 51]. При цьому, оскільки йде мова про обов'язкове маркування продукції, навряд чи можна зазначений закон 1830 р. вважати пер-

© Кодинець А., 2007

шим у сфері правової охорони торговельних марок. Останнім притаманна добровільність таврування, тому, принаймні, з цих позицій існуюча домінуюча точка зору видається сумнівною.

Отже, можна припустити, що першим документом, який встановлював право, а не обов'язок позначати вироблену продукцію особливою торговельною маркою був закон 1896 р. Але тоді видається невірною позиція авторів, які небезпідставно заявляють, що в Росії закон про товарів знаки був прийнятий раніше відповідних зарубіжних аналогів, де правова охорона була надана торговельним маркам у II половині XIX ст. [10, с. 56].

Враховуючи достатню принциповість вірного розв'язання даного питання та широкий діапазон, а інколи і суперечність наукових поглядів з цього приводу, доцільно на ньому зупинитися детальніше, розглянувши на підставі історичних джерел основні етапи становлення дореволюційного законодавства про охорону торговельних марок.

Постанови про накладення товарних клейм на російські вироби зустрічаються у законодавстві уже в другій половині XVII ст., але спочатку таке таврування було обумовлено винятково фіскальними мотивами. За скаргами виробників на "проїзди і проволочки" при сплаті мита з різних товарів, цар Олексій Михайлович, глянувшись на "усенародне челобиття", видав Новоторговий Статут, обнародуваний 22 квітня 1667 р., у силу якого російські товари повинні доставлятися до митниць для сплати мита. При цьому, на товари накладалися клейма в посвідчення сплати належного з них мита, а потім направлялися для продажу.

Як видно Новоторговий Статут є прикладом правового регулювання обов'язкового таврування виготовленої продукції, а тому він, безумовно, не має нічого спільного з цивільно-правовою охороною торговельних марок.

З метою розвитку промисловості царський уряд надавав заохочення особам, які засновували виробництво нових товарів чи здійснювали впровадження новітніх технологій у формі привілеїв. Однією з головних переваг, дарованих привілеєм було звільнення виробників товарів від сплати мита протягом декількох років, з часу заснування фабрики чи заводу. Так, перший привілей, який згадується в Повному Зібранні російських законів, датований 1654 р. був виданий на безмитну торгівлю товарами у місті Полотськ [9, с. 139]. Цими пільгами нерідко зловживали, коли, наприклад, термін привілею неплатежу мита закінчився, але власники фабрик, упевнені в неспроможності тодішнього адміністративно – фіскального нагляду контролювати їх виконання, продовжували не доставляти в митницю свої вироби та вільно їх продавали.

Практика видачі привілеїв набула масового характеру у кінці 30-х рр. XVIII ст., тому 1743 р. Камер Колегія звернулася в Сенат з поданням про встановлення обов'язкового митного маркування всіх товарів російського виробництва. Сенат, розглянувши питання про стягування мита з російських товарів, враховуючи, що мито із зазначених предметів не стягується, наказав і надалі митних стягнень з російських товарів не брати, а Мануфактур Колегії підтвердити указом, щоб на всіх фабриках бархати шовкові матерії на посвідчення того, що вони відрізняються від іноземних товарів позначати російськими літерами місто виготовлення та фабрику виробника [8, с. 24].

Таким чином, указ від 13 березня 1744 р. вперше забезпечив правову охорону індивідуальних торговельних клейм, які накладалися на полотняну продукцію російськими виробниками. Аргументація Сенату свідчить, що клейма, якими тарувалися російські матерії виконували лише інформаційну функцію, вказуючи на джерело їх походження – конкретного російського виробника. Їх накладання стосувалося лише продукції текстильної промисловості та носило обов'язковий характер. Тому указ 1744 р. також не є законодавчим актом у сфері цивільно-правої охорони торговельних марок. Незважаючи на фіскальні мотиви його прийняття, даний правовий акт слід вважати першою спробою нормативної регламентації використання індивідуальних торгових клейм у Російській імперії.

Уперше змінюється позиція царського уряду на таврування як на фіскальний захід та надається клейму значення товарного знака в указі Катерини II від 16 січня 1783 р. Передумовою його прийняття стало прагнення влади стимулювати розвиток вітчизняного виробництва дорогих матерій шляхом встановленням заборони на ввіз більш дешевої аналогічної закордонної продукції. З метою недопущення контрабанди було вирішено позначати російські коштовні парчі особливими знаками їх виробників. У силу цих мотивів було наказано, щоб різного роду парчі із золотом та сріблом мали особливий штамп, яким потрібно позначати по кінцях матерії, щоб по ньому можна було довідатися, що ці товари російського виробництва [8, с. 34].

Указ містив ряд новел: у ньому вперше вказується порядок подання заявки та особи, на яких покладені обов'язки по нагляду за дотриманням законоположень про клейма. Кожний власник зобов'язаний був подати свій штамп у Губернське правління за місцем знаходження фабрики. У кінці указу сказано, що на інших матеріях позначеннях таких клейм залежить від волі виробника. Тобто, вводиться принцип факультативного (добровільного) таврування.

Таким чином, вперше за виробниками текстильної промисловості було закріплено право, а не обов'язок маркувати свої вироби спеціальним ідентифікуючим позначенням. Поступово фабричне клеймо набуває рис товарного знаку, а правове регулювання переходить із публічної у приватну площину.

Разом з тим, у законодавстві спостерігається повернення до принципу обов'язковості таврування. Указом Сенату 4 лютого 1815 р. було підтверджено усім фабрикантам беззастережне накладення клейм на їх вироби, для засвідчення їх вітчизняного походження. У разі їх відсутності нетаврований товар вважався іноземним, що ввезений з порушенням митних правил.

Обумовлені в указах заходи не знаходили підтримки у середовищі комерсантів, що проявлялося у збільшенні кількості правопорушень у даній сфері незважаючи на посилення відповідальності за не таврування продукції. Крім того, внаслідок розвитку промисловості та скасуванні раніше встановлених митних пільг відпала потреба у позначенні російських товарів клеймом для їх відмежування від іноземних виробів. Враховуючи ці обставини було вирішено замінити малоефективну систему покарань більш дієвими заходами преференційного характеру особам, які таврують свою продукцію. Виходячи з зазначених мотивів був прийняти новий указ 5 лютого 1830 року про фабричні клейма.

Головною особливістю нового правового акту стала заміна правила про обов'язковість клеймування та надання кожній особі, яка займається виробництвом права таврувати свої вироби. Водночас, заборонялося накладати стягнення за нетаврування продукції. У подальшому текст указу був включений до Статуту про фабричну та заводську промисловість 1857 р., ст. 74 якого також закріпила принцип добровільності у використанні торгових клейм. Таврування чи нетаврування російських різного роду фабричних і мануфактурних виробів, надається на волю кожного виробника [14].

Підробка чужого клейма згідно указу визнавалася шахрайством, але таврований чужим позначенням товар передавався у власність тому фабриканту, чиє клеймо було використано. Це положення свідчить про заміну кримінально-правових заходів цивільно-правовим захистом прав потерпілої особи.

В юридичній науці тривалий час домінує позиція, що указ 1830 р. був "першим Законом, що встановлював цивільно-правову охорону товарних знаків", за яким "власники певних виробництв (суконних, шляпних, паперових та інших фабрик) зобов'язані були мати спеціальні клейма, якими вони мали позначати свої вироби" [6, с. 6; 9, с. 46]. Якщо перша частина даної тези не викликає заперечень, то вказівка на обов'язковість таврування виробів суперечить буквальному змісту указу 1830 р., який чітко передбачає можливість факультативного таврування фабричної продукції російських виробників.

Указ містив окремі вимоги до оформлення клейм та порядку їх накладання на певні різновиди товарів, але, водночас, надавав всім виробникам право позначати виготовлені вироби оригінальними індивідуальними фабричними клеймами. Таким чином, указ 1830 р. є першим законодавчим актом, спрямованим на правову охорону товарних знаків у Російській імперії, що закріплює принцип факультативності таврування будь-якої номенклатури товарів.

26 лютого 1896 р. у Росії був прийнятий Закон "Про товарні знаки (фабричні і торгові марки і клейма)". Як відзначали російські цивілісти при його створенні були враховані положення Паризької конвенції 1883р., тому його прийняття було однією з передумов можливого приєднання Російської імперії до Паризького Союзу [9, с. 232]. Незважаючи на те, що остання подія так і не відбулася, Закон 1896 р. можна вважати зразком тогочасної правової регламентації об'єктів інтелектуальної власності. Про високий рівень юридичної техніки закону 1896 р. свідчить і та обставина, що окремі його положення були використані більшовицьким урядом при розробці на поч. 20- х років власних нормативних актів у даній сфері.

Закон вперше закріпив легальну дефініцію поняття товарного знака. Товарними знаками визнавалися різного роду знаки, які виставляються промисловцями і торговцями на товарах, для розрізнення їх від товарів інших промисловців та торговців. Як і раніше закріплювався принцип факультативності клейм – виставляння товарних знаків надається на волю промисловців і торговців за винятком таких знаків, відносно яких існують особливі встановлені законом правила [1, с. 8–9]. Обов'язкове поставлення знаків здійснювалося по мотивах фіскального, поліцейського чи санітарного характеру для виробів із золота та срібла, на ремісничій та книговидавничій продукції.

Зростання значення товарних знаків як засобу добросовісної конкуренції у середовищі підприємців зумовило необхідність їх правої охорони не лише національному, але і на міжнародному рівні. Ще до прийняття Паризької конвенції 1883 р. Росія уклала ряд двосторонніх договорів у даній сфері. Перша угода була підписана з урядом Франції 15 серпня 1845 р. у подальшому подібні договори укладалися з Великобританією (13 лютого 1859), Італією (30 грудня 1863), Сполученими Штатами (26 жовтня 1864 р.), Німеччиною (4 серпня 1873 р.), Австро-Угорщиною (1 березня 1874 р.), Румунією (5 січня 1877 р.) та Іспанією (11 березня 1877 р.). Так, в угоді з Великобританією вказувалося, що випуск до продажу чи в оборот виробів, позначених підробленими російськими чи англійськими фабричними клеймами, в якій би країні вони не були підроблені буде вважатися оманливим діянням забороненим в межах обох держав [8, с. 70–73].

Наступним кроком у розвитку правової охорони торговельної марки стало підписання багатосторонніх конвенцій у даній сфері – Паризької конвенція про промислову власність 1883 р. та Мадридської угоди про міжнародну реєстрацію знаків 1891 р. Незважаючи на переваги, передбачені конвенціями Російська імперія до них не приєдналася, хоча втілювала їх положення при розробці національного законодавства у сфері охорони інтелектуальної власності.

Проведений аналіз історичних джерел засвідчує, що правова охорона торговельним маркам у Російській Імперії була надана раніше її забезпечення іноземними державами. Ознаки приватно-правового регулювання відносин у сфері використання торговельних марок містив указ Катерини II 1783 р., який вперше закріпив принцип добровільності таврування індивідуальними марками певної категорії товарів. Поширення права таврування на всю продукцію відбулося указом 1830 р., який слід вважати першим повноцінним правовим актом про охорону торговельних марок на території сучасної України. Слід також наголосити про створення ще до прийняття Паризької конвенції 1883 р. правових підстав охорони торговельних марок російських товаровиробників на міжнародному рівні завдяки укладанню Російським урядом ряду двосторонніх угод.

На відміну від торговельної марки у Росії право на фірму не одержало законодавчого регулювання. Проте, як відзначали дослідники, інститут фірми був відомий російському праву і це поняття зустрічалося у ряді нормативних актів. Відомий цивіліст минулого Г.Ф. Шершеневич з цього приводу писав, що російське законодавство містить положення тільки щодо фірми товариства. Недолік закону заповнюється звичаєвим правом, що безсумнівно визнає інтереси, поєднані з фірмою такими, що підлягають юридичному захисту і тим створює право на фірму [16, с. 345].

Так, у примітці до ст. 60 Торгового статуту, і ст. 1200–I201 Статуту про покарання йшла мова про "купців, що здійснюють торгівлю купецькими домами під фірмою". Статті 220–221 Статуту цивільного судочинства вказували, що позови до компаній і товариств пред'являються за місцем перебування їх правління чи фірми [13, с. 49].

Статут про векселі у п. 4 ст. 3 відносив до числа реквізитів векселя "позначення прізвища чи фірми особи, якій видається вексель". Вказівка на фірмове найменування містилася і в інших статтях, які хоча не вживали самого слова "фірма", але зміст цих законодавчих постанов не залишаєте сумніву в тому, що мова йде саме про фірму. Зокрема, ст. 62 Торгового статуту зазначала: "повне товариство складається з двох чи багатьох товаришів, що домовились торгувати під спільною назвою всіх". Ст. 71 того ж статуту – командитне товариство "називається торговим домом, під ім'ям товаришів." Стаття 2148 Законів цивільних (т. X ч. 1 Зводу законів Російської Імперії) визначала, що кожна акціонерна компанія має бути "заснована під певним найменуванням, запозиченим від предмета чи характеру її підприємства".

За відсутності спеціального правового регулювання використання фірмових найменувань цивільно-правовий захист права на фірму у дореволюційній Росії міг здійснюватися лише на підставі ст. 684 т. X Зібрання Законів, яка передбачала право власника вимагати усунення порушення своїх прав і охоронюваних інтересів та на одержання при доведенні факту збитків відповідне відшкодування. Разом з тим, як відзначали дослідники застосування цієї статті на практиці пов'язувалося з певними труднощами [15, с. 77]. Для її реалізації необхідно було довести розмір збитків, завданих фір-

моволодільцю внаслідок незаконного використання його фірмового найменування, а оскільки порушення права на фірму досить часто проявлялося у неотриманні частини доходу, то довести дійсний розмір збитків на практиці було досить складно.

У 80-х роках XIX ст., з розвитком торгово-промислового життя у Росії, стала гостро відчуватися відсутність законодавчого регулювання багатьох інститутів. Було поставлене питання про створення торгового уложення, але разом з тим, у зв'язку з тривалістю часу, що вимагався для його створення, виникла потреба у прийнятті ряду окремих законів і правил, які б регулювали окремі інститути торгового права. У числі таких проектів був створений у 1889 р. проект "Положення про торговий запис і про фірми" [3, с. 24–30].

Проект 1889 р. зобов'язував власника будь-якого торгового підприємства заявити установі, що веде торговий запис про фірму, під якою він буде торгувати та підписуватися, а також надати зразок свого підпису фірмою. Проект визначав фірму як "назву, під якою одноособовий хазяїн торгового підприємства, чи товариство здійснює торгівлю і яким хазяїн чи представники товариства підписуються". Ст.44 містила право купця, що створює підприємство, перетворити у фірму своє прізвище з приєднанням до неї, для відмінності від фірм однофамільців, додаткове позначення своєї особи чи торгівлі.

Як багато російських законопроектів, Положення про торговий запис із невідомих причин незважаючи на усвідомлену необхідність у правовому регулюванні інституту фірми не став законом.

Ще гостріша ситуація склалася з правовою охороною зазначення походження товару, яке у законодавстві Російської імперії не отримало самостійного правового регулювання. Його правова охорона забезпечувалася загальними положеннями законодавства про фабричні та торгові клейма. Вже перший російський указ 1744 р., що стосувався таврування матерій індивідуальними клеймами містив обов'язок "*вытыкать по всякой штуки на обоихъ концахъ литеры Россійскія, чьей именно фабрики и въ которомъ городъ дъланы*" [8, с. 24]. Указ Катерини II 1783 р. також передбачав позначення дорогих матерій особливим штемпелем, "*дабы по оному узнать можно было, что тъ товары суть рукодълія Россійскаго и на чьей именно фабрикъ сдъланы*" [8, с. 33]. Обов'язкові вимоги до змісту фабричного клейма містив указ 1830 р. На ньому повинно було значено ім'я та прізвище фабриканта, принаймні початковими літерами та місце знаходження фабрики.

Закон 1896 р. про товарні знаки був побудований за іншим принципом: він не передбачав вимоги до оформлення знаку, але встановлював заборону на розміщення на ньому за відомо неправдивих написів, чи таких, що мають на меті введення покупця в оману. Крім того, промисловцям надавалось право виключного використання товарного знаку без проходження процедури реєстрації, якщо він складався лише з імені та прізвища власника підприємства чи найменування фірми і місця знаходження підприємства (ст. 5). У разі, якщо такий знак буде відтворений оригінальним способом, то він підлягав реєстрації відповідно до загальної, передбаченої Законом процедури. Дане законодавче положення, на наш погляд, свідчить про нормативне розмежування поняття "товарний знак" та "зазначення походження товару" вже у дореволюційному законодавстві.

Отже, аналіз нормативних джерел XVIII–XIX ст. про таврування продукції вказує, що охорона зазначень походження товару здійснювалася через систему правового регулювання товарних знаків шляхом позначення у формі торгових та фабричних клейм місця виготовлення продукції на виробах російських промисловців. Але вже російській Закон 1896 р. через систему диференціації процедурного оформлення виникнення виключних прав на товарні знаки та позначення місцезнаходження виробника, створив нормативні передумови для законодавчого виокремлення зазначення походження як самостійного правоохоронного об'єкту.

Підводячи підсумок дослідження розвитку засобів індивідуалізації у дореволюційному законодавстві слід зазначити, що аналіз його нормативних положень свідчить про високий рівень охорони засобів індивідуалізації.

Найбільш повна правова охорона у порівнянні з іншими елементами системи засобів індивідуалізації була забезпечена торговельним маркам. Вже указ 1744 р. містив приписи обов'язкового клеймування російських виробів індивідуальними фабричними клеймами. Підґрунтя для розвитку правової охорони торговельних марок було закладено указом 1783 р., в якому вперше принцип обов'язковості використання фабричних знаків трансформувався у право російських виробників матерій позначати свою продукцію спеціальними індивідуальними торговельними марками. Поширення права на використання товарних знаків для маркування будь-якої категорії товарів у Російській Імперії було здійснене раніше прийняття відповідних зарубіжних законів указом 1830р. Остаточне законодавче закріплення цього поняття та приведення російського законодавства до міжнародних стандартів було нормативно оформлене законом 1896 р.

Про високий ступінь регламентації відносин у сфері торговельних марок дореволюційного періоду свідчить також їх міжнародно-правова охорона на рівні двосторонніх угод, укладених Російською Імперією з високорозвинутими зарубіжними країнами (Великобританією, Італією, Сполученими Штатами, Німеччиною, Австро-Угорщиною тощо).

Правова охорона фірмових найменувань у дореволюційному законодавстві забезпечувалася комплексом нормативних положень різних правових джерел. Незважаючи на розробку Положення про торговий запис і про фірми 1889 р. консолідований спеціальний закон у сфері їх правової регламентації не був прийнятий. Охорона зазначення походження товару здійснювалася через систему юридичного забезпечення фабричних та торгових клейм. Але нормативні передумови його самостійного законодавчого регулювання були закладені законом 1896 р.

1. *Аглицкий А., Мицкевич В.* Защита промышленной собственности. Товарные знаки. Популярное разъяснение существующего закона. Спб., 1910. – 82 с. 2. *Городов О.О.* Право на средство индивидуализации: товарные знаки, знаки обслуживания, наименования мест происхождения товаров, фирменные наименования, коммерческие обозначения. – М.: Волтерс Клувер, 2006 – 448 с. 3. *Данилова Е.Н.* Фирма и название предприятия. Спб. 1915 – 39 с. 4. История Киева. В 3 томах, четырех книгах. Т. 1. К.: "Наукова думка", 1982 – 407 с. 5. История Киева. В 3 томах, четырех книгах. Т. 2. К.: "Наукова думка", 1982 – 463 с. 6. Мабуть, йде мова про указ Єлизавети 1744 р., оскільки 1774 р. на російському імператорському престолі перебувала Катерина II. 7. *Мельник О.М.* Правова охорона знаків для товарів і послуг в Україні: цивільно-правовий аспект. Ірпінь, 2001. – 135 с. 8. *Неболин А.Г.* Законодательство о фабричных и торговых клеймах в России и заграницей. Материалы собранные А.Г. Неболиным. Спб. 1886. 9. *Пиленко А.А.* Право изобретателя. – М.: "Статут", 2001. – 688 с. (Классика российской цивилистики). 10. Право інтелектуальної власності. Підручник для студентів вищих навч. закладів / За ред. О.А. Підопригори, О.Д. Святоцького. – К.: "Ін Юре", 2002 – 624 с. 11. Проект Гражданского кодекса Российской Федерации. Часть четвертая. // http://www.law.copyright.ru/lawprojects-1649.html#pl 225. 12. Российское законодательство X–XX вв.: в 9 т. Под общ. ред. О.И. Чистякова. Т. 1. Законодательство Древней Руси. – М.: Юрид. лит., 1984. 13. *Сергеев А.П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. Учебник. 2-е изд. – М.: Проспект, 2001. – 752 с. 14. Устав о фабричной и заводьской промышленности 1857 г. // Уставы торговой, фабричной и заводской промышленности и ремесленный с разъяснениями. Спб. 1872. 15. *Шершеневич Г.Ф.* Учебник торгового права. / Вступ. ст. Е.А. Суханова. – М.: "Спарк", 1994. – 335 с. 16. *Шершеневич Г.Ф.* Курс гражданского права. – Тула: Автограф, 2001. – 719 с.

Надійшла до редколегії 30.01.07

Н. Якимчук, канд. юрид. наук

ПРАВО КОМУНАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ НА КОШТИ МІСЦЕВИХ БЮДЖЕТІВ

В даній статті досліджується становлення та сучасний стан власності на кошти місцевих бюджетів. Доведено, що право комунальної власності є автономним від права державної власності на бюджетні кошти. Суб'єктом права власності є територіальна громада. Територіальну громаду як власника коштів місцевих бюджетів представляють органи місцевого самоврядування, розпорядники бюджетних коштів, а також в галузі фінансового контролю державні фінансово-контрольні органи, які здійснюють свою діяльність на підставі бюджетної компетенції

The article examines ownership on local budgets funds formation and modern status. The autonomy of the right of municipal ownership from the right of ownership on budgets funds is proved. The subject of the right of ownership is territorial community. Territorial community as owner of the local budgets funds is represented by local self-government bodies, managers of budgets funds, and in the branch of the financial control also state finance controlling bodies, which carries out their activities on the basis of the budgetary competence

Місцеві бюджети є невід'ємним вагомим елементом бюджетної системи. Відповідно до статті 142 Конституції України доходи місцевих бюджетів є матеріальною та фінансовою основою місцевого самоврядування. Розбудова незалежної української держави на сучасному етапі розвитку вимагає зростання ролі місцевих фінансів у вирішенні проблем економічного розвитку України, збалансування бюджетів усіх рівнів. На місцеве самоврядування покладається вирішення все більшого кола проблем як місцевого, так і державного значення, що вимагає забезпечення постійно зростаючих видатків місцевого самоврядування відповідними доходами. Це викликає потребу чіткого закріплення за місцевими бюджетами доходів, за рахунок яких органи місцевого самоврядування здійснюють власні повноваження, а також повноваження делеговані державою.

Основою самостійності та розмежованості бюджетів в межах бюджетної системи України є право власності на бюджетні кошти держави та територіальних громад. Немає сумніву в тому, що реформування системи власності в Україні, до складу якої входять державна та комунальна форми власності, безпосередньо впливає на їх правовий режим та на організацію управління об'єктами даної власності.

Закріплений в законодавстві принцип самостійності бюджетів має не лише організаційний, а й майновий характер, а бюджетна система України сполучає бюджетні фонди коштів, що перебувають в різних формах власності. Відповідно до ст. 5 Бюджетного кодексу України бюджетами місцевого самоврядування визнаються бюджети територіальних громад сіл, селищ, міст та їх об'єднань. Право власності територіальних громад на кошти бюджетів місцевого самоврядування є похідним від права територіальної громади на бюджет, на одержання власних доходів до даних бюджетів. Однак, бюджетні права територіальних громад є декларативними, якщо не закріплено на належному рівні та не захищено їх право власності на кошти місцевих бюджетів.

Питання сутності місцевих бюджетів та бюджетних прав територіальних утворень (громад) досліджували в радянські часи такі вчені як вчені-юристи як Л.К.Воронова [3], О.Н.Горбунова [4], В.С.Мартемьянов [14], Є.А.Ровинський [26]. Серед вчених економістів слід згадати таких як С.М.Кузєцов [13], П.М.Озєров [18], С.О.Котляревський [11]. Серед українських вчених, які досліджують питання місцевих бюджетних фондів коштів та форми власності, в якій вони перебувають, слід згадати юристів В.Блажевича [1], П.Мельника [15], Л.Музику [17], І.Салія [28], серед вчених економістів слід зазначити В.В.Моісєєнкова [16], О.П.Кириленко [7], І.Романківа [27]. Дослідження в даній сфері здійснювали такі російські вчені юристи, як М.О.Благовєщенська, Н.В.Барахтян, С.Б.Дрьомова, Н.М.Жадобіна, М.В. Карасьова, Т.Ф.Колкнєва, Т.В.Конюхова, О.В.Швердин, інші.

Метою статті є аналіз становлення сучасного стану правового забезпечення права власності на кошти місцевих бюджетів.

Право власності на кошти місцевих бюджетів, а також погляди законодавця щодо їх суті, суб'єкта власності та форми власності, в якій вони перебувають, пройшли тривалий процес трансформації. Даний процес не завершився і у наш час.

Відповідно до прийнятого в 1990 р. Закону України "Про власність" власність в Україні виступала в трьох формах: приватній, колективній та державній. З прийняттям вказаного Закону раніше загальна соціалістична власність була трансформована на державну, яка включала в себе дві форми власності: загальнодержавну та комунальну [20; ст.2 ч.4]. До об'єктів комунальної власності кошти місцевих бюджетів були віднесені відповідно до Закону України "Про власність" 1990 р. (ст. 35). Однак, відповідно до Конституції України 1978 р. зі змінами, внесеними в 1991 році, до комунальної власності місцевих рад віналежали лише "підприємства (об'єднання), організації та установи" [9; ст. 126]. Суб'єктами власності, відповідно до ст. 3 Закону України "Про власність", визнавались лише "народ України, громадяни, юридичні особи та держава". Отже, комунальна власність поряд з загальнодержавною складала частину єдиної державної форми власності, а комунальна власність на кошти місцевих бюджетів не розглядалась як автономна від державної, тобто як самостійна. В зв'язку з цим виникало багато правових колізій у тих випадках, коли в законах протипоставляли державну та комунальну форми власності. До таких можна віднести закони України, прийняті в 1992 році, зокрема "Про оренду державного та комунального майна" [23] та "Про передачу об'єктів права державної та комунальної власності" [24], інші. Таким чином законодавець сам поступово формував думку про самостійність комунальної форми власності, хоча як складової державної.

В зв'язку з розмежуванням загальнодержавної та комунальної власності на бюджетні кошти був прийнятий Закон України "Про бюджетну систему України" 1991 р. Відповідно до нього, розгляд проекту бюджету, внесення змін до нього, затвердження місцевого бюджету, контроль за виконанням бюджету, за цільовим, економним використанням бюджетних коштів, затвердження звіту про виконання бюджету входило до відання місцевих рад [19; ст.7] – тобто розглядались як елемент їх бюджетної компетенції. Але, місцеві бюджети входили до вищестоящих, а ті – до Державного бюджету України. Таким чином, вони не були автономними. Однак, у ст. 4 вказаного Закону було закріплено принцип самостійності бюджетів: "самостійність бюджетів забезпечується наявністю власних доходних джерел і правом визначення напрямів їх використання відповідно до законодавства України". У статті 36 Закону України "Про бюджетну систему" окрім того зазначалось, що

© Якимчук Н., 2007

держава та її адміністративно-територіальні одиниці не відповідають за зобов'язаннями один одного, а у ст. 23 було закріплено, що бюджетна система України "відокремлена від фінансів суб'єктів господарювання щодо спати їх боргів і зобов'язань". Дані положення законодавства заклали основу автономії місцевих бюджетів, яка з часом одержала більший розвиток.

Однак, відповідно до ст. 3 Закону України "Про власність" держава все ще визнавалась єдиним суб'єктом загальнодержавної та комунальної власності, адміністративно-територіальні одиниці саме як окремі частини держави визнавались суб'єктами права комунальної власності на кошти місцевих бюджетів [20; ст. 31]. Така позиція вимагала перегляду, адже, виникала ситуація при якій, по-перше, держава не несла зобов'язань сама щодо себе, а, по-друге, територіальні громади практично були відмежовані від фінансових ресурсів місцевих бюджетів, якими розпоряджались місцеві ради як законні представники адміністративно-територіальної одиниці (як частини держави). Адміністративно-територіальними одиницями, що виступали суб'єктами комунальної власності відповідно до ч.2 ст.35 Закону України "Про власність" визнавались області, райони, інші адміністративно-територіальні одиниці.

Аналогічний припис містився в ст.7 Закону України "Про місцеві Ради народних депутатів та регіональне самоврядування" 1991 р. (що втратив чинність), де зазначалось, що суб'єктами права комунальної власності є адміністративно-територіальні одиниці в особі сільських, селищних, міських, районних, обласних Рад народних депутатів.

Отже, до прийняття Конституції України 1996 року, суб'єктом комунальної власності на кошти місцевих бюджетів визнавалась не частина народу України, яка проживала на території визначеної адміністративно-територіальної одиниці, а сама адміністративно-територіальна одиниця як елемент держави.

В зв'язку з прийняттям Конституційного договору 1995 р., а пізніше на його заміну Конституції України 1996 р., відбулась трансформація підходу до системи форм власності та кола її суб'єктів. В Конституційному договорі вперше було розмежовано як автономні загальнодержавну (державну) та комунальну форми власності, зокрема в ст.5 зазначалось, що "власність в Україні є загальнодержавною, комунальною, колективною і приватною". В Конституції України 1996 р. (КУ), відсутній виключний перелік форм власності за суб'єктною ознакою, а також відсутній перелік об'єктів, що можуть перебувати лише в приватній або лише в публічній власності, з чого випливає, що і держава, і територіальні громади можуть виступати власниками багатьох об'єктів власності, але в межах, визначених законом. У ст. 13 Конституції України визначені лише об'єкти власності народу України і те, що від імені Українського народу права власника здійснюють органи державної влади та органи місцевого самоврядування в межах, визначених Конституцією України. Проте, поряд з приватною формою власності, такі форми власності як державна та комунальна неодноразово згадуються (ст.41, 85, 116, 143 КУ). В якості ж суб'єктів права власності виступають держава (ст.14, 47 КУ) і територіальна громада (ст.142 КУ), від імені яких виступають, відповідно, органи держави та органи місцевого самоврядування (ст.19 КУ). Отже, органи держави та органи місцевого самоврядування здійснюють представництво за законом не лише Українського народу як власника, а і представляють, відповідно, державу та територіальні громади. В Конституції 1996 р. також визначається, що "держава забезпечує захист усіх суб'єктів права власності" (ст.13 КУ), а також закріплено принцип, згідно з яким "усі суб'єкти права власності рівні перед законом" (ст.13 КУ).

Отже, починаючи з 1995 року комунальна та державна власність розглядаються як самостійні, автономні форми власності.

В Цивільному кодексі України 2003 р. в свою чергу було закріплено принципи, що гарантують дану автономію, згідно з якими "держава не відповідає за зобов'язаннями АРК і територіальних громад", "Автономна Республіка Крим не відповідає за зобов'язаннями держави і територіальних громад", "Територіальна громада не відповідає за зобов'язаннями держави, Автономної Республіки Крим та інших територіальних громад" [29; ст. 176].

Даний принцип в бюджетному законодавстві закріплений як принцип самостійності – один із принципів бюджетної системи. Він закріплений в ст.7 Бюджетного кодексу України де встановлено: "Державний бюджет України та місцеві бюджети є самостійними. Держава коштами державного бюджету не несе відповідальності за бюджетні зобов'язання органів влади Автономної Республіки Крим та органів місцевого самоврядування. Органи влади Автономної Республіки Крим та органи місцевого самоврядування коштами відповідних бюджетів не несуть відповідальності за бюджетні зобов'язання одне одного, а також за бюджетні зобов'язання держави. Самостійність бюджетів забезпечується закріпленням за ними відповідних джерел доходів, правом відповідних органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим та органів місцевого самоврядування на визначення напрямів використання коштів відповідно до законодавства України, правом Верховної Ради Автономної Республіки Крим та відповідних рад самостійно і незалежно одне від одного розглядати та затверджувати відповідні бюджети".

В Конституції України однак не визначено суб'єкта власності коштів Державного бюджету України. Зазначено в ст. 95 Конституції України лише, що "бюджетна система України будується на засадах справедливого і неупередженого розподілу суспільного багатства між громадянами і територіальними громадами", а також, що "виключно законом України про Державний бюджет України визначаються будь-які видатки держави на загальнодержавні потреби, розмір і цільове спрямування цих видатків". При цьому в ст. 142 Конституції України чітко визначено, що власниками доходів місцевих бюджетів є територіальні громади сіл, селищ, міст, районів у містах, а також зазначено, що матеріальною і фінансовою основою місцевого самоврядування є рухоме і нерухоме майно, доходи місцевих бюджетів, інші кошти.

В ст.9 Європейської Хартії місцевого самоврядування власником місцевих фінансових ресурсів визнаються не територіальні громади, а органи місцевого самоврядування [5]. Дане положення суперечить Конституції України, а саме статі 142, де сказано, що власником доходів місцевих бюджетів є саме територіальні громади. На думку Л.Музики саме органи місцевого самоврядування мають визнаватись суб'єктами права власності на кошти місцевих бюджетів, оскільки "вся історія самоврядування протягом багатьох віків доводить, що державні та місцеві справи спроможні на місцях здійснювати відповідні органи, які працюють на відміну від громади постійно, кваліфіковано і повинні нести відповідальність за свою діяльність, що не властиво територіальній громаді" [17; С. 116–119]. На нашу думку, таке твердження є дискусійнім, оскільки органи місцевого самоврядування є різні, ради можуть бути розпущені, що призведе до того, що буде відсутнім власник, визначаючи місцеві ради власниками за аналогією і Верховну раду України доведеться визнавати власницею коштів Державного

бюджету України. Тобто, такий підхід є помилковим. Щодо цього слушною є точка зору К.Ф. Шеремета про те, що "справжня природа місцевого самоврядування полягає в тому, що воно є, с одного боку, аналогом центрального уряду, а с другого боку – формою народовладдя, яка забезпечує реалізацію прав громадян на місцеве самоврядування, а місцевому населенню – можливість перетворення своєї волі в публічну владу" [30; С. 49]. Саме територіальна громада як частина народу України, яка проживає на визначеній території має визначатись суб'єктом права власності на кошти місцевих бюджетів, а не сама адміністративно-територіальна одиниця чи органи, що представляють територіальну громаду. З цього приводу слушно зауважує М.Краснов, що провідними суб'єктами місцевого самоврядування є не органи влади та управління, а саме такі місцеві спільноти, як територіальні колективи, громади, комуни тощо, оскільки саме цим аспектом "висвітлюється серцевина філософії самоврядування" [12; С. 7].

В Законі України "Про місцеве самоврядування" 1997 р., що був прийнятий на підставі Конституції України, суб'єктом права комунальної власності також визначено територіальну громаду. У статті 16 вказаного закону бюджетні кошти віднесені до об'єктів комунальної власності, а також закріплене положення про те, що місцеві бюджети є самостійними і не включаються до Державного бюджету України.

Відповідно до ст. 35 Закону України "Про власність" 1990 р. у комунальній власності перебуває також майно (а в тому числі і бюджетні кошти) передане у власність області, району чи іншої адміністративно-територіальної одиниці іншими суб'єктами права власності. Однак, виходячи з положень ч. 2 ст. 143 Конституції України та ч. 4 ст. 60 Закону "Про місцеве самоврядування в Україні", комунальна власність створюється на рівні села, селища та міста. Таким чином, кошти районних та обласних бюджетів не є комунальною власністю територіальних громад міст, селищ, сіл. Водночас їх не можна визнати і державною власністю, оскільки вони формуються із коштів Державного бюджету України та з коштів, залучених на договірних засадах з місцевих бюджетів (ч. 2 ст. 143 Конституції України). Однак, оскільки Законом України "Про власність" вони визнані комунальною власністю, можна вважати їх власністю об'єднаних територіальних громад. Однак, питання стосовно належності коштів зазначених бюджетів до комунальної форми власності потребує належного законодавчого вирішення.

У ст.1 Закону України "Про місцеве самоврядування" зазначається, що право комунальної власності здійснюється як безпосередньо територіальними громадами, так і через уповноважені ними органи місцевого самоврядування. Відповідно до ст. 74 Конституції України "референдум не допускається щодо законопроектів з питань податків, бюджету та амністії", тобто безпосередньо територіальна громада не може здійснювати право комунальної власності щодо бюджетного фонду коштів через визначення шляхів його наповнення та затвердження доходів та видатків бюджету. Так, від імені територіальної громади та в її інтересах відповідно до ст.1 та ст.60 ч.5 Закону України "Про місцеве самоврядування" покликані здійснювати правомочності щодо володіння, користування та розпорядження об'єктами права комунальної власності органи місцевого самоврядування. У статті 172 Цивільного кодексу України 2001 р. також зазначено, що територіальні громади набувають і здійснюють цивільні права і обов'язки через органи місцевого самоврядування у межах їхньої компетенції, встановленої законом.

З метою реалізації правомочностей власників органи держави і органи місцевого самоврядування наділяються спеціальною компетенцією, в тому числі й бюджетною компетенцією. Повноваження державних органів та органів місцевого самоврядування в галузі фінансів є спеціальними і виключними, оскільки вони чітко закріплені в Конституції України та деталізовані в законодавстві. В бюджетному праві чітко окреслені дані повноваження та їх гарантії, які в сукупності визначаються як бюджетна компетенція органів держави та органів місцевого самоврядування, а права держави та територіальних громад щодо бюджетних коштів як об'єкта їх власності отримали назву "бюджетні права".

Органи місцевого самоврядування виступатимуть в бюджетних правовідносинах владними, а в цивільних – уповноваженими представниками за законом вказаних власників в межах компетенції, встановленої законом. *Представництво,* тобто такі відносини, за яких угоду укладено представником від імені іншої особи, яку він представляє, створює для останньої відповідні права та обов'язки. Представництво виникає на підставі договору, закону, акту органу юридичної особи та з інших підстав, встановлених актами цивільного законодавства. Обов'язкове представництво (представництво за законом) встановлюється законом. Такими законними представниками територіальної громади як власника є місцева рада, виконком, інші органи місцевого самоврядування. Однак, органи місцевого самоврядування здійснюють функції представництва територіальної громади як власника коштів місцевих бюджетів на підставі бюджетної компетенції, закріпленої за ними в бюджетному законодавстві, а не на підставі цивільного законодавства. У бюджетних правовідносинах вони виступають суб'єктами бюджетних прав, в якості головних та нижчестоящих розпорядників бюджетних коштів, а також в якості суб'єктів бюджетного контролю.

Однак, у Цивільному кодексі зазначається також, що "у випадках і в порядку, встановлених законом, іншими нормативно-правовими актами, від імені держави, Автономної Республіки Крим, територіальних громад за спеціальними дорученнями можуть виступати фізичні та юридичні особи, органи державної влади, органи влади Автономної Республіки Крим та органи місцевого самоврядування". Так, такі фізичні особи та юридичні особи, що не є органами місцевого самоврядування, в цивільних правовідносинах виступатимуть представниками за дорученням або на підставі договору. В бюджетних же правовідносинах, комунальні установи та інші уповноважені юридичні особи виступають суб'єктами спеціальної, визначеної законодавством бюджетної компетенції та в спеціальному статусі, який вони набувають у визначеному законом порядку. Зокрема, такими суб'єктами є одержувачі бюджетних кошів, які отримують бюджетні асигнування з місцевих бюджетів (ст.21, 118 БКУ) та беруть бюджетні зобов'язання (ст. 51 БКУ). Дані суб'єкти можуть також виступати в статусі замовників робіт та послуг для потреб місцевого самоврядування, а також виконавцями комунального замовлення [21; Ст. 1]. Однак, їх статус також є публічним, чітко визначеним в бюджетному праві.

М.В.Карасьова також вважає, що "фінансове право регулює передусім відносини власності держави і муніципальних утворень на майно у вигляді грошових засобів, що утворює казну РФ, суб'єктів РФ та муніципальних утворень" [6; С. 7]. При цьому зазначає, що "нормами цивільного права закріплюється право державної та муніципальної власності на вищезазначені ресурси, а безпосереднє регулювання володіння, користування

та розпорядження державною казною здійснюється у відповідності з нормами фінансового права".

При здійсненні трансфертів факт переміщення коштів з одного бюджету до іншого не змінює форму власності в якій вони перебувають. Встановлюється лише залежно від виду трансферту спеціальний режим використання даних коштів, переміщення яких здійснюється на підставі затвердженого бюджетного призначення міжбюджетного трансферту [2; ст.76 ч. 2]. Не зважаючи на те, що для бюджетів, до яких спрямовані дані трансферти вони є доходами, дані доходи не їх власними, дані кошти не надходять у власність суб'єктів права власності на кошти даного бюджету, оскільки: 1) трансферти здійснюються за рахунок коштів, що вже надійшли як об'єкт власності до визначеного бюджету за рахунок власних закріплених за бюджетом доходів (з загального фонду бюджету) або за рахунок спеціального фонду бюджету [22; п.17]; 2) виділяються кошти на підставі затвердженого призначення міжбюджетного трансферту; 3) контроль за цільовим використанням коштів переміщених шляхом міжбюджетного трансферту здійснюється органами, наділеними повноваженнями по бюджетного контролю за використанням коштів як бюджету, з якого виділяються, так і бюджету до якого виділено кошти. Наприклад, Рахункова палата України, яка наділена повноваженнями по здійсненню контролю за цільовим використанням саме коштів Державного бюджету України, здійснює контроль за використанням коштів переміщених з Державного бюджету України до місцевого бюджету в порядку трансферту [2; ст. 26]; 4) якщо обсяг коштів, переміщених в порядку міжбюджетного регулювання в такій формі трансферту як субвенції, не використані розпорядником бюджетних коштів за призначенням в повній мірі, Державне казначейство України перераховує суму не використаних коштів в останній робочий день бюджетного періоду до бюджету, з якого вони були виділені [22; п. 25, 31].

Отже, в своїй основі право на бюджет є майновим, однак таким, реалізація якого регулюється бюджетним законодавством. Однак чи захищене дане право? Хоч в законодавстві і визначається, що територіальну громаду, як власника, представляють органи місцевого самоврядування, є орган держави та його територіальні відділення, які також на сьогодні наділені компетенцією розпорядження рахунком, на якому акумулюються кошти місцевих бюджетів, а саме – Державне казначейство України. У зв'язку з цим, а також враховуючи те, що даний орган по суті є представником державного інтересу не раз висловлюватись думки про необхідність створення поряд з комунальною міліцію, комунальних (регіональних) казначейств, як органів місцевого самоврядування. В будь-якому разі, місцевий інтерес має бути захищений, а для цього мають бути чітко визначені в законодавстві гарантії автономності коштів місцевого бюджету. Чи можна говорити про право власності, якщо ставиться під сумнів те, чи є власністю територіальної громади кошти місцевого бюджету, одержані в результаті перевиконання дохідної його частини? При перевиконанні Держаного бюджету України не ставиться під сумнів теза про те, що при цьому кошти не змінюють свого власника і залишаються в державній формі власності, в яку вони перейшли, наприклад, в результаті сплати податків і передачі їх з об'єктів приватної власності платника податку до об'єктів права державної власності. Відповідно ж до ст.78 Бюджетного кодексу України "факт перевиконання доходної частини загального фонду місцевого бюджету визнається за підсумками першого півріччя та наступних звітних періодів поточного бюджетного періоду на підставі офіційних висновків місцевого фінансового органу за умови перевищення доходів загального фонду місцевого бюджету (без урахування міжбюджетних трансфертів), врахованих у розписі місцевого бюджету на відповідний період, не менше ніж на 5 відсотків. Сума коштів на яку перевиконано місцевий бюджет може бути використана на місцеві потреби лише в разі внесення змін до рішення про місцевий бюджет". Різниця між залишком коштів загального фонду бюджету та оборотною касовою готівкою на кінець бюджетного періоду складає вільний залишок бюджетних коштів, який не підлягає вилученню й використовується на проведення видатків згідно з рішенням відповідної ради (ст.14-1 ч.4 БКУ). Практика показує, що якщо не внесено зміни до рішення про місцевий бюджет або якщо не визначено в дохідній частині бюджету на наступний рік дані суми коштів в якості вільного залишку коштів, то ці кошти не вважаються власністю територіальної громади. Зміни не вносяться як правило через те, що місцеві фінансові органи невчасно подають відповідну інформацію радам, а також не подають проекти внесення змін до рішення про місцевий бюджет. Територіальні органи Державного казначейства України складають та подають відповідним місцевим фінансовим органам баланси квартальні звіти про виконання місцевих бюджетів та інші фінансові звіти за правилами та формами, встановленими Державним казначейством України за погодженням з Міністерством фінансів України та Рахунковою палатою (ст.80 БКУ), окрім того, органи стягнення (Державна податкова адміністрація та державні виконавці) надають місцевим фінансовим органам щомісячні звіти (ст. 80 та 59 БКУ). На нашу думку, за радою слід законодавчо закріпити право запиту інформації про стан виконання рішення про місцевий бюджет у Державного казначейства України та його територіальних відділень та право самій ініціювати внесення змін до рішення про місцевий бюджет, яке, наприклад, згідно з рішенням Конституційного суду України має Верховна Рада України [25].

Отже, на сьогодні чітко розмежовано державну та комунальну форми власності. На праві комунальної власності кошти (доходи) закріплено за територіальними громадами села, селища, міста. Однак, існує потреба чіткого законодавчого закріплення за територіальними громадами районів та областей на праві комунальної власності грошових коштів відповідно районних та обласних бюджетів. Територіальні громади володіють коштами місцевих бюджетів відповідно до принципів автономності та самостійності. Публічні власники (держава, АРК, об'єднана територіальна громада району, області, територіальні громади міст, сіл, селищ) не відповідають за зобов'язаннями один одного. Хоч засади права комунальної власності на бюджетні кошти і визначені в цивільному праві, його реалізація здійснюється в публічному порядку, публічними її представниками, а саме передусім органами місцевого самоврядування, які здійснюють представництво територіальних громад як власників на підставі закріпленої за ними бюджетної владної компетенції.

1. *Блажевич В.* Проблеми формування місцевих бюджетів та перспективи їх вирішення // Право України. – 2002. – № 5. – С. 116–120. 2. Бюджетний кодекс України від 21 червня 2001 року № 2542-III // Відомості Верховної Ради. – 2001. – № 37–38. – ст. 189. 3. Воронова Л.К. Бюджетные права Украинской ССР. Автореф. дис. ..к.ю.н. – Киев, 1963. 4. Горбунова О.Н. и др. Бюджетные права местных Советов народных депутатов. – М.: ВЮЗИ, 1987. 5. Європейська Хартія місцевого самоврядування від 15 жовтня 1985 року. Ратифікована Законом України N 452/97-ВР від 15.07.97 р. // Відомості Верховної Ради. – 1997. – N 38. – ст. 249. 6. *Карасева М.В.* Финансовое право России: новые проблемы и новые подходы // Государство и право. – 2003. – № 12. – С. 5–13. 7. *Кириленко О.П.* Місцеві бюджети в економічній системі держави. Автореф.дис… д.е.н. 08.04.01 – Київський національний університет

імені Тараса Шевченка. – Київ, 2002. 8. Конституційний договір між Верховною Радою України та Президентом України про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України // Відомості Верховної Ради (ВВР) 1995, N 18, ст. 133. 9. Конституція (Основний закон) України (20.04.78 р.) в редакції 1991 р. / Втратила чинність 28.06.96. 10. Конституція України 1996 р. // Урядовий кур'єр 1996, N129-130 від 13.07.96. 11. *Котляревский С.А.* Бюджет и местные финансы. – М.: Экономическая жизнь, 1926. 12. *Краснов М.А.* Введение в муниципальное право. – М., 1993. 13. *Кузнецов С.М.* Основные виды местного бюджета СССР, Учебное пособие. – М.: Финансы, 1987. 14. *Мартемьянов В.С.* Местные советы и их исполнительные органы как юридические лица. – М.: Юрид. лит., 1975. – 112 с. 15. *Мельник С.* Проблеми формування місцевих бюджетів // Економіка. Фінанси. Право. – 1999. – № 6. – С. 3–5. 16. *Моісєєнков В.В.* Управління формуванням та організація виконання місцевих бюджетів: Автореф. дис. ..канд..екон.наук: 08.02.03. / Інститут економіки промисловості. – Донецьк, 2000. – 16 с. 17. *Музика Л.* Чи існують реальні суб'єкти права комунальної власності? // Право України. – 2002. № 11. – С. 116–119. 18. *Озеров П.М.* и др. Местные финансы и местные бюджеты. Вып. 3. – М.: Госфиниздат, 1931. 19. Про бюджетну систему: Закон України від 5 грудня 1990 року № 512-XII // Відомості Верховної Ради. – 1991. – N 1. – ст. 1. 20. Про власність: Закон України від 7 лютого 1991 року № 697-XII // Відомості Верховної Ради. – 1991. – N 20. – ст. 249. 21. Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти: Закон України від 22 лютого 2000 року N 1490-III // Відомості Верховної Ради. – 2000. – N 20. – ст. 148. 22. Про затвердження Порядку перерахування дотації вирівнювання та субвенцій з державного бюджету місцевим бюджетам, коштів, що передаються до державного бюджету з місцевих бюджетів, а також міжбюджетних трансфертів між місцевими бюджетами: Постанова Кабінету Міністрів України від 11 квітня 2002 р. N 490. // Офіційний Вісник України. – 2002. – N 15. – ст. 807. 23. Про оренду державного та комунального майна: Закон України від 10 квітня 1992 року N 2269-XII // Відомості Верховної Ради (ВВР), 1992, N 30, ст. 416. 24. Про передачу об'єктів права державної та комунальної власності: Закон України від 03.03.98 р. № 0147 // Відомості Верховної Ради. – 1992. – № 30. – ст. 416. 25. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 93 Конституції України, частини першої статті 35 Закону України "Про бюджетну систему України" (справа про зміни до закону про бюджет) від 17.05.2001 № 5-рп/2001 // Вісник Конституційного Суду України. – 2001. – N 2 (19.06.2001). 26. *Ровинский Е.А.* и др. Бюджетные права местных Советов народных депутатов. – М.: ВЮЗИ, 1976. 27. *Романків І.Я.* Формування місцевих бюджетів // Фінанси України. – 1999. – № 9. – С. 106–110. 28. *Салій І.* Українські міста: питання власності та муніципального управління: Навчальний посібник. – К., 2001. 29. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV // Відомості Верховної Ради (ВВР), 2003, NN 40-44, ст.356. 30. *Шеремет К.Ф.* Становление правовой базы местного самоуправления в Российской Федерации // Местное самоуправление: современный российский опыт законодательного регулирования. – М., 1998.

Надійшла до редколегії 24.01.07

О. Дітріх, асп.

ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТ ПСИХІЧНОГО НАСИЛЬСТВА В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ

Досліджено проблеми психічного насильства в теорії кримінального права України. Дається загальна характеристика визначення поняття, змісту, видів психічного насильства. Розглянуті думки вчених криміналістів, які займалися вивченням даної теми

Probed problems of psychical violence in the theory of criminal law of Ukraine. General description of determination of concept, maintenance, types of psychical violence is given. Opinions of scientists of criminal lawyers which was engaged in the study of this theme are considered

В Статуті Всесвітньої організації охорони здоров'я, прийнятому 22 червня 1946 року визначено: "Здоров'я являє собою стан повного фізичного, психічного та соціального благополуччя, а не лише відсутність хвороб або фізичних дефектів" [13, с. 182]. Конституцією України у ст. 3 встановлено, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Життя і здоров'я людини знаходяться під кримінально-правовим захистом, що знайшло своє відображення в II розділі Особливої частини Кримінального кодексу України (далі – КК України). Здоров'я людини перебуває під кримінально-правовою охороною з моменту початку пологів і до настання біологічної смерті. Шкода здоров'ю людини спричинюється шляхом насильства. Чинне кримінальне законодавство встановлює відповідальність за будь-які прояви насильства. В КК України термін "насильство" міститься в багатьох статтях, які прямо або побічно передбачають різні види злочинних насильницьких дій.

Велика кількість робіт присвячена розкриттю поняття "насильство", однак єдиної думки по даному питанню немає. В теорії кримінального права є ряд проблем, загальних для всіх насильницьких злочинів, які стосуються юридичної природи цих злочинних діянь і їх кваліфікації, що свідчить про можливість і необхідність дослідження поняття та змісту насильства. В судовій і слідчій практиці часто виникають складнощі при кваліфікації злочинів із застосуванням насильства. Вони виникають при вирішенні питання про те, єдиним двооб'єктним злочином, або сукупністю двох однооб'єктних злочинів, або сукупністю двооб'єктного злочину і злочину проти особи є вчинене діяння.

Будь-яке насильство над особою спричиняє їй фізичні та моральні страждання і здійснюється всупереч її волі. В науці кримінального права ретельно досліджені різні види насильницьких дій, виокремлені основні ознаки, характерні для будь-якого насильства: а) вплив на потерпілого всупереч його волі і б) спричинення йому фізичних або моральних страждань. Всі насильницькі дії можна поділити на дві групи: фізичне і психічне насильство. Фізичне насильство – це суспільно небезпечний вплив на організм іншої людини, як на зовнішній покрив тіла людини, так і безпосередньо на його внутрішні органи [6, с. 6–7]. Психічне насильство не порушує цілісності ні зовнішніх тканин, ні внутрішніх органів, а впливає лише на психіку людини, викликає різні почуття – страху, обурення, гніву.

У КК України мова йде про два види прояву психічного насильства: погрозу і примус. Однак термін "психічне насильство" у КК України не вживається, у той час як терміни "погроза", "примус" можна зустріти безпосередньо в ряді норм. Разом з тим у кримінальному законодавстві ми не знайдемо роз'яснення цих понять, навіть у статті 40, яка має назву: "Фізичний або психічний примус" [17, с. 19].

Що стосується поняття "психічне насильство", то варто підкреслити, що питання про його зміст продовжує залишатися проблемним. У результаті неоднозначного розуміння і трактування зазначеного терміну при визначенні характера і ступеню небезпеки психічного насильства, зустрічається різна кваліфікації дій в слідчій та судовій практиці. Сьогодні у кримінально-правовій науці проблема психічного насильства є однією із недостатньо вивчених.

Якщо звернутися до доктринального тлумачення поняття "психічне насильство", то ми зустрінемо досить різноманітні визначення. Наявні нечисленні роботи з даної проблеми визнають як єдиний вид психічного насильства – погрозу [7, с. 22; 15, с. 9; 28, с. 16; 27, с. 24; 11, с. 30].

Хоча, деякі автори трактують психічне насильство більш широко. Так, С. Афіногенов вважає, що психічне

© Дітріх О., 2007

насильство включає образу, знущання, цькування й інше [1, с. 3]. О. Тер-Акопов включає в зміст психічного насильства погрозу, обман, що дорівнює стану, що утворюється в результаті психофізичного і психотехнічного впливу – станом керованої (гіпнотичної) і заміщеної (зомбованної) свідомості [26, с. 93].

Психічне насильство має вираз в погрозах спричинити фізичну, моральну, матеріальну шкоду, позбавити яких-небудь благ. За кримінальним законодавством погроза – це вид психічного насильства. Мета психічного насильства – залякування потерпілого. Отже, психічне насильство це – бажання викликати почуття страху. При психічному насильстві страждає психіка, в сукупності з душевними явищами: відчуттями, сприйняттями, уявою людини, її усвідомленням і волею. Будучи функцією головного мозку, психіка відображає об'єктивну дійсність і пов'язана з усіма сторонами і властивостями матеріального світу. Будь-яка погроза є для потерпілого об'єктивно існуючою реальністю, яка впливає на нього як зовнішнє роздратування, приводить його в певний психічний стан, який характеризується наступними ознаками:

• *даний стан викликається зовнішнім роздратуванням, яке передається у мозок;*

• в процесі збудження і гальмування реакції нервових клітин психічний стан сприймає поведінку злочинця як таку, що загрожує небезпекою;

• психічний стан, викликаний погрозою – це усвідомлювана психічна діяльність, можливість потерпілого усвідомлювати інформацію, яка надходить, і викликає в потерпілого суб'єктивне відчуття з розумінням місця, часу і власною особистістю; співставляє з цими поняттями свої відчуття, сприйняття, уявлення, емоційний стан, судження, висновки.

Залежно від особистісних та інших зовнішніх причин вплив погрози на свідомість осіб може бути більш або менш сильним, в зв'язку з чим психічний стан може бути глибоким або поверхневим, більш або менш усвідомленим. Свідомість, як відомо, є однією з найвищих форм психічної діяльності людини. Поняття психіки ширше поняття свідомості, так як поряд з усвідомленими діями можлива підсвідома та несвідома поведінка, тобто є автоматичні, інтуїтивні вчинки, які кореняться в людських інстинктах, емоціях, потягах. Для розуміння сутності психічного насильства необхідно визначити його вплив на свідомість потерпілого, так як психіка, взагалі свідома. Людина, яка зазнає психічного насильства, може здійснити і несвідомі або підсвідомі дії: відступити від направленої на неї зброї, інстинктивно нахилитися, закритися рукою. Однак не це визначає її психічний стан у мить погрози. Її свідомість здатна оцінити оточуючу обстановку, сприйняти насильство як небезпеку для себе або близьких людей – це один з основних елементів психічного стану потерпілої особи;

• психічний стан, який виник в результаті погрози, характеризується певними емоційними хвилюваннями. Джерелом емоцій в психічному стані є погроза, що застосовується до потерпілого. Будь-які хвилювання обумовлені нервовими збудженнями підкоркових центрів і фізіологічними процесами, які проходять у вегетативній нервовій системі. Вони викликають ряд змін в організмі людини: в органах дихання, травлення, серцево-судинній діяльності; помічається зміна пульсу, кров'яного тиску, приток крові до серця. Якщо психічне насильство досягло своєї мети, то воно викликає почуття страху, оскільки ситуація, в яку потрапляє потерпілий, містить в собі небезпеку. Сила і глибина цього почуття залежить від психічних властивостей особистості потерпілого, його емоційних особливостей, типу нервової системи, сильного і слабкого емоційного збудження. Почуття страху завжди носить несподіваний характер. Такий афектний страх звужує психічну діяльність людини, перш за все її увагу, і тоді потерпілий може втратити самообладання, це проявляється у безладних, некерованих діях або у втраті активності. Таким станом потерпілого і користується злочинець;

• психічне насильство спонукає до активних дій або утримує потерпілого від них;

• психічний стан має свій початок (початок застосування погрози) і кінець (кінцевий момент встановити важко, оскільки це залежить від об'єктивних причин: ступінь небезпеки самої погрози, обстановки, часу скоєння, та психічних властивостей людини). Погроза може викликати тривалий або короткочасний психічний стан. На думку вчених медиків і психологів, почуття страху, яке викликане погрозою є шкідливою, пригнічуючою емоцією, яка впливає на здоров'я людини, чим заподіює їй непоправної шкоди. Негативні емоції, такі як страх, внаслідок психічного насильства можуть породжувати різні розлади здоров'я [18, с. 53].

Наприклад, Левертова Р.О. дає таке визначення психічному насильству – це устрашіння потерпілого, тобто суспільно небезпечний примусовий вплив на його психіку, яке проявляється в погрозі спричинити якунебудь шкоду самому потерпілому або його близьким.

Щоб краще зрозуміти роль і значення психічного насильства, необхідно дати загальну характеристику різним видам погроз, які можна поділити на: I) погрози скоєння протиправних дій; II) погрози скоєння дій, не бажаних для потерпілого.

До перших відносяться погрози: а) насильством; б) спричинення матеріальної шкоди; в) шантаж; г) скоєння інших протиправних дій. До других належать: а) звільнення з роботи; б) залишення без матеріальної допомоги та ін.

За формою виразу, є погрози:

• усні – погрози, при яких злочинець, як правило, точно називає шкоду, якою він загрожує. Дана форма погрози може носити і невизначений характер, коли невідомо чи залякування буде фізичним насильством, як небезпечним, так і тим, яке є безпечним для життя і здоров'я потерпілого;

• письмові – погрози, що виражені в письмовій формі;

• за допомогою жестів – дані погрози, можуть носити як реальний, так і невизначений характер. Невизначена погроза жестами може припускати залякування насильством, яке є як безпечним, так і небезпечним для життя і здоров'я потерпілого. Тому невизначена погроза жестами не повинна розглядатись як погроза насильством, що не є небезпечним для життя і здоров'я потерпілого.

• за допомогою демонстрації зброї – погроза завжди носить визначений характер, так як змістом її є спричинення шкоди життю і здоров'ю. Тому така погроза завжди є психічним насильством. Слід відмітити, що погроза предметами, що замінюють зброю, тобто предметами, якими можна спричинити іншій особі реальну фізичну шкоду, завжди є погрозою смертю або нанесенням тяжких тілесних ушкоджень. Погроза макетами зброї є погрозою насильством в тих випадках, коли потерпілий сприймає макети як справжню зброю.

Залежно від змісту погрозу можна розглядати: як самостійний злочин, як спосіб вчинення іншого злочину.

Ю.Е. Пудовочкин, досліджуючи детально психічне насильство, поділяє його на два види:

• пов'язане з розладом здоров'я;

• не пов'язане з психічним розладом, але покликане змінити поведінку потерпілого [22, с. 77].

Більшість авторів розглядають фізичне і психічне насильство (погрози) як два самостійних способи насильницьких злочинів. При цьому відповідальність передбачається не тільки за саме насильство, а за насильство, що виступає способом здійснення іншого злочину, при якому воно перетворюється в елемент його складу, але і за погрозу його застосування.

Однак має місце й інша точка зору [16, с. 90]. Її прибічники вважають, що насильство і погрозу його застосування варто розглядати як два однорідних явища. На їхню думку, оскільки поняття "погроза" і "психічне насильство" відрізняє загальну властивість – вплив на психіку іншої людини, остільки є підстави тлумачити їх однаково [24, с. 20]. При цьому не береться до уваги, що зміст такого впливу різний.

У працях юристів дореволюційної доби погроза поділялась на неминучу (при розбої) і звичайну (при вимаганні) [21, с. 201]. В першому випадку погроза припускала стан, що неминуче переходить, на думку потерпілого, у вбивство або в насильство. Не менш небезпечна і звичайна погроза, тому що відносна свобода вибору варіанту поводження потерпілого надзвичайно мала.

Сучасна мова, визначає погрозу як залякування, обіцянку заподіяти неприємність, зло кому-небудь [20, с. 344]. Залякувати значить "погрожувати, стращати, наводити небезпеку" [10, с. 469].

У кримінальному праві різні автори в поняття "погроза" вкладають різний зміст. Одні вважають, що "погроза" – це примус [25, с. 4; 9, с. 155]. Інші мають на увазі під "погрозою" залякування, говорячи, що "під психічним насильством (погрозою застосування фізичної сили) варто розуміти протиправний вплив, спрямований на психіку іншої особи з метою придушення її опору і підпорядкування її волі, волі винного шляхом залякування застосуванням фізичної сили" [12, с. 489; 14, с. 4; 5, с. 31]. Треті представляють "погрозу" як збудження в людини почуття тривоги [24, с. 23]. Четвертими погроза сприймається як психічний вплив [23, с. 9].

Незважаючи на зовнішні розходження у визначеннях погрози, за змістовним поняттями вони майже збігаються.

Отже, виникає питання, як співвідносяться поняття "погроза" і "психічне насильство"?

Ряд вчених під психічним насильством визнають погрози різного роду. Так, Р.А. Базаров [2, с. 42], розуміючи під психічним насильством погрози, поділяє їх, у свою чергу: а) на погрозу застосування насильства і б) на інші погрози. Під погрозою застосування насильства мається на увазі залякування (словами, жестами, демонстрацією зброї, інших предметів, пристосованих для нанесення тілесних ушкоджень, або іншим способом застосування, фізичної сили до потерпілого).

Той самий зміст в поняття погрози застосування насильства вкладає і Л.Д. Гаухман, вказуючи, що "погроза застосування насильства – це залякування іншої людини застосуванням до неї фізичного насильства" [8, с. 30]. Говорячи про погрозу застосування фізичної сили, автор має на увазі протиправний вплив, спрямований на психіку іншої особи з метою придушення її опору і підпорядкування її (волі винного) шляхом залякування спричиненням фізичної сили [5, с. 34]. При цьому, як вони справедливо вважають, психічне насильство, виражене в заподіянні душевної травми, може не мати своїм наслідком, не тільки реальної, але і потенційної, фізичної шкоди [24, с. 23].

Під іншими погрозами Р.А. Базаров розуміє залякування яким-небудь з перелічених способів, використовуваних при погрозі, застосування насильства щодо потерпілого або його близьких, ушкодженням або знищенням їхнього майна [2, с. 32–33].

В.І. Сімонов, В.Г. Шуміхін звужують поняття психічного насильства до погрози застосування фізичного насильства, вважаючи, що психічне насильство за обсягом вужче поняття "погрози" і є його частиною. Наприклад, до психічного насильства у вигляді погрози застосування фізичного насильства поряд із словами, жестами, демонстрацією зброї або інших предметів, використовуваних як зброї, деякі автори відносять і саму обстановку вчинення злочину [24, с. 21]. Дослідження природи погрози застосування насильства дозволило виділити її загальні й особливі (необхідні) ознаки [14, с. 9]. Наявність загальних ознак погрози застосування насильства в поєднанні з тими або іншими особливими ознаками характеризує її суспільну небезпеку і протиправність.

До загальних ознак, які характеризують погрозу застосування насильства відносяться:

- факт залякування потерпілого застосуванням фізичного насильства;
- дійсність погрози застосування насильства.

Спеціальними ознаками визнаються:

- по-перше, реальність здійснення такої погрози;
- по-друге, момент передбачуваного здійснення погрози (негайно або в майбутньому);
- по-третє, інтенсивність погрози.

Що стосується першої спеціальної ознаки, то погроза, на думку вчених-криміналістів, повинна здаватися потерпілому як реально здійсненна, рівнозначна фізичному насильству [5, с. 36]. "Погроза повинна бути настільки дійсною і наявною, на думку потерпілого (не важливо, чи відбудеться вона насправді), щоб вона йому не залишала ніякої волі, знов-таки, на його думку" [21, с. 221].

Погроза може усвідомлюватися потерпілим, а може і не усвідомлюватися. Однак свідомістю винного повинно охоплюватися те, що потерпілим погроза сприймається як існуюча. Відповідальність за погрозу вбивством, заподіянням шкоди здоров'ю, знищенням або ушкодженням майна в зв'язку із здійсненням правосуддя або здійсненням попереднього розслідування, погроза також повинна бути реальною. Однак у КК України прямо не вказується на таку ознаку, як наявність підстави побоюватися здійснення погрози. Тут, очевидно, на формулюванні даної норми позначилася погроза знищенням або ушкодженням майна.

Що стосується другої спеціальної ознаки – часу здійснення погрози, то погроза становить велику небезпеку тоді, коли винний заявляє про свій намір здійснити її негайно. Негайне виконання погрози застосування насильства можливе при розбої (ст. 186 КК), зґвалтуванні (ст. 152 КК). Здійснення погрози в майбутньому характерно для вимагання (ст. 189 КК). Для деяких злочинів момент здійснення погрози правового значення не має.

Третя спеціальна ознака – інтенсивність психічного насильства – визначається змістом погрози (висловлення або демонстрація погроз застосування насильства, небезпечного для життя або здоров'я потерпілого).

До психічного насильства варто віднести й інші форми протиправного впливу на психіку людини. Дослідники даної проблеми відзначають, що останнім часом для досягнення бажаного результату злочинці вдаються до використання методів психіатрії і психотерапії, впливаючи на психіку потерпілого з метою керування нею [19, с. 149] за допомогою звукових високочастотних генераторів, гіпнозу, ефекту "зомбі", використовують техніки градуйованого психологічного впливу, граматичних, стилістичних і логічних засобів подачі матеріалу (погрози, особливе компонування їх), формують такий психічний

стан, при якому індивід втрачає здатність відрізняти мнимі небезпеки від реальних, усвідомлювати значення вчинених ним дій [4, с. 10, 16–17]. Ці дії представляють серйозну суспільну небезпеку. Однак законодавець і дотепер не відобразив ці питання в КК України.

У чинному законодавстві "погроза" як прояв "психічного насильства" представлена по-різному. В одних випадках вона виступає як самостійний злочин (ст. 377 КК – погроза або насильство щодо судді, народного засідателя чи присяжного, ст. 398 КК – погроза або насильство щодо захисника чи представника особи й ін.); в інших випадках вона представлена як елемент об'єктивної сторони складу злочину (ч. 2 ст. 186 КК – грабіж з погрозою застосування насильства, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я; ч. 1 ст. 187 КК – розбій з погрозою застосування насильства, небезпечного для життя чи здоров'я особи; ч.3 ст. 189 КК – вимагання під погрозою застосування насильства або знищення, або ушкодження чужого майна під погрозою поширення відомостей, що ганьблять потерпілого або його близьких, або інших відомостей, що можуть заподіяти істотну шкоду правам або законним інтересам потерпілого або його близьких і ін.)

Погроза міститься в ряді статей КК України передбачена поряд з фізичним насильством і примусом (ст. ст.186, 187, 189 КК України та ін).

Незважаючи на те, що в доктрині кримінального права насильство поділяється на фізичне і психічне, у законі, як стверджує Л.Д. Гаухман, "під терміном "насильство" мається на увазі тільки фізичне насильство. Якщо ж передбачається відповідальність за погрозу застосування насильства, то це спеціально обумовлюється в диспозиції кримінально-правової норми" [6, с. 75]. Як справедливо зауважує Б.В. Яцеленко, "формально такий прийом законодавчої техніки не відповідає вимогам термінології і термін "насильство", як більш широкий за обсягом, там де це необхідно, варто було б замінити на фізичне насильство" [29, с. 173–174]. Вважаємо, що ця пропозиція може бути реалізована тільки після належної розробки і законодавчого закріплення поняття психічного насильства, тому що кваліфікувати заподіяння фізичної шкоди людині за допомогою психічних засобів впливу за ознаками погрози не є можливим, тому що до фізичного насильства це не має ніякого відношення.

Кримінальний кодекс України передбачає кримінальну відповідальність за психічне насильство, що виражається в різних за обсягом, характером і ступенем небезпеки для життя або здоров'я погрозах. З огляду на це, вважаємо, що назріла необхідність як у роз'ясненні законодавцем змісту терміна "погроза" та інших видів психічного насильства, так і у виробленні визначення поняття "психічне насильство". Дані поняття, особливо якщо вони будуть закріплені в законі, знімуть суперечливі тлумачення насильства взагалі, і на рівні конкретних злочинів, а також дозволять краще усвідомити волю законодавця, упорядкують практику кваліфікації насильницьких злочинів.

Вірна юридична оцінка кожного злочину, поєднаного із застосуванням насильства або погрози його застосування, забезпечує законну і обґрунтовану відповідальність винних, є ефективним засобом боротьби з посяганнями із застосуванням насильства.

До правових проблем, що існують – сьогодні в теорії кримінального права слід віднести відсутність визначення на законодавчому рівні поняття і видів насильства, різновидів психічного насильства, відсутній конкретизований зміст погрози в окремих випадках. Від виду погрози і способу її вираження залежить, яка саме шкода нанесена життю і здоров'ю потерпілого, і які наслідки потягли за собою дані погрози.

1. *Афиногенов С.* Насилие и угроза в проекте нового Уголовного кодекса РФ, принятого Государственной Думой // Юридическая газета. – 1996. – №4. – С. 11–13. 2. *Базаров Р.А.* Преступность несовершеннолетних: Криминальное насилие, меры противодействия. – Екатеринбург, 1996. 3. *Базаров Р.А.* Уголовно-правовая характеристика насилия // Проблемы обеспечения личной безопасности граждан. – М., 1995. 4. *Бурковская В.А.* Уголовная ответственность за организацию объединения, посягающие на личность и права граждан: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2000. 5. *Гаухман Л.Д.* Борьба с насильственными посягательствами. – М., 1969. 6. *Гаухман Л.Д.* Насилие как средство совершения преступлений. – М., 1974. 7. *Гаухман Л.Д.* Насилие при грабеже, разбое и вымогательстве // Сов. юстиция. – 1969. – № 2. – С. 22-24. 8. *Гаухман Л.Д.* Проблемы уголовно-правовой борьбы с насильственными преступлениями в СССР. – Саратов, 1981. 9. *Гришко А.Я., Гришко Е.А., Упоров И.В.* Уголовное право. Общая часть: Учебное пособие / Под ред. Н.И. Ветрова. – М., 2001. 10. *Даль В.И.* Толковый словарь русского языка. – М., 1983. 11. *Иванова В.В.* Преступное насилие. Учебное пособие для ВУЗов. – М., 2002. 12. Комментарий к УК РСФСР. – М., 1984. 13. Конституционное (государственное) право зарубежных стран: в 4 т. Тома 1-2. Часть общая: Учебник / Отв. ред. проф. Б.А. Страшун – 3-е изд., обнов. и дораб. – М., 2000. 14. *Костров Г.К.* Уголовно-правовое значение угрозы: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1970. 15. *Костров Г.К.* Психическое насилие при разбое и грабеже // Сов. юстиция. – 1970. – №11. – С. 9–11. 16. *Кривощекова Н.В.* О криминологическом понятии "насильственная преступность" // Методологические вопросы криминологических исследований. – М., 1983. 17.Кримінальний кодекс України. Кримінально-процесуальний кодекс України. – К., 2005. 18. *Левертова Р.А.* Ответственность за психическое насилие по советскому уголовному праву. – Омск, 1978. 19. *Наумов А.В.* Российское уголовное право. Общая часть. Курс лекций. – М.,1997. 20. *Ожегов С. И.* Словарь русского языка. 14-е изд. – М., 1983. 21. *Плец М.М.* Шантаж // Журнал Министерства юстиции. Спб., – 1905. – № 5. – С. 19–21. 22. *Пудовочкин Ю.Е.* Уголовно-правовая борьба с вовлечением несовершеннолетних в совершение антиобщественных действий: проблемы квалификации и профилактики. – Ставрополь, 2000. 23. *Сердюк Л.В.* Психическое насилие как предмет уголовно-правовой оценки следователем. – Волгоград, 1981. 24. *Симонов В.И., Шумихин В.Г.* Квалификация насильственных посягательств на собственность: Учебное пособие. – М., 1993. 25. *Стерехов Н.В.* Ответственность за угрозу по советскому уголовному праву: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. – Свердловск, 1972. 26. *Тер-Акопов А.А.* О правовых аспектах психической активности и психологической безопасности человека // Гос. и право. – 1993. – № 4. – С. 88–97. 27. Уголовная ответственность за угрозу убийством, нанесением тяжких телесных повреждений или уничтожением имущества: Комментарий к новым кодексам // Сов. юстиция. –1961. – №5. – С. 24–25. 28. *Эренберг А., Стерехов Н.* Ответственность за угрозу и насилие в отношении должностных лиц и граждан, выполняющих общественный долг // Сов. юстиция. – 1971. – № 19. – С. 16–18. 29. *Яцеленко Б.В.* Противоречия уголовно-правового регулирования. – М., 1996.

Надійшла до редколегії 30.01.07.

М. Краснова, канд. юрид. наук

ПРОБЛЕМИ СИСТЕМАТИЗАЦІЇ ПРАВОВИХ НОРМ ПРО КОМПЕНСАЦІЮ ШКОДИ ЗА ЕКОЛОГІЧНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

На засадах світового та європейського досвіду розглядаються можливі форми систематизації правових норм про компенсацію шкоди в проекті спеціального екологічного закону або в розділі проекту Екологічного кодексу України.

On the basis of word and European experience possible forms of systematization of legal norms concerning harm repayment in draft of special ecological law or as an chapter of Environmental Code of Ukraine are reviewed.

Сучасні демократичні перетворення в нашій країні неминуче торкаються питань перегляду підходів до вирішення складних екологічних проблем, пов'язаних передусім з частішими проявами заподіяння шкоди природі взагалі, окремим природним компонентам чи життю і здоров'ю людини зокрема внаслідок забруд-

© Краснова М., 2007

нення довкілля господарською діяльністю, або ж унаслідок стихійних явищ, викликаних значним техногенним впливом на природу.

Такі питання мають вирішуватися у межах рішучіх кроків по пропеденню виваженої правової реформи, спрямованої на ефективну адаптацію національного законодавства до стандартів міжнародного та європейського екологічного законодавства.

Одним із ефективних засобів вирішення таких питань може стати систематизація еколого-правових норм про компенсацію шкоди у формі кодифікації в єдиному законі або ж розділі проекту Екологічного кодексу України. Кодифікація таких норм сама по собі складає відповідний фактор удосконалення правопорядку, національної екологічної політики на засадах верховенства права. У межах такої форми систематизації еколого-правових норм про компенсацію шкоди стане можливим забезпечення всебічної переробки, в тому числі виключення застарілих, таких, що не застосовуються на практиці норм, усунення внутрішніх протиріч між ними, очевидних прогалин, створення системно взаємопов'язаного, зведеного правового акту, який по суті стане більш якісним та прогресивним. Наука екологічного права покликана забезпечити дослідження таких норм, з метою всебічного аналізу з позиції їх взаємозв'язків та напрацювання доктринальних пропозицій по їх удосконаленню.

При цьому системоформуючими елементами такого кодифікованого нормативно-правового акту мають стати еколого-праві норми, що фактично визначають цілий юридичний механізм правового забезпечення компенсації шкоди. Такими правовими нормами, на нашу думку, повинні стати: а) норми, що визначають компенсацію шкоди на рівні загальноюридичних принципів охорони навколишнього природного середовища; б) норми, які виступають гарантіями реалізації та захисту екологічних прав та інтересів суб'єктів еколого-правових відносин; в) норми, у межах яких закріплені права та обов'язки таких осіб, що спрямовані на реалізацію встановлених екологічних вимог щодо забезпечення компенсації шкоди у межах відносин природокористування, охорони навколишнього природного середовища та забезпечення екологічної безпеки; г) норми, які визначають систему організаційно-правових, функціонально-процедурних, економічних та інших засобів забезпечення компенсації шкоди; д) норми, які конкретизують форми, методи та прийоми компенсації шкоди з метою досягнення мети у забезпеченні паритету суспільних екологічних та економічних інтересів тощо.

Питання кодифікації еколого-правових норм про компенсацію шкоди у межах можливої кодифікації екологічного законодавства у формі розділу проекту Екологічного кодексу України піднімалися свого часу на круглому столі "Екологічний кодекс: міфи та реальність" [17]. При цьому бралася до уваги практика деяких країн, наприклад Республіки Башкортостан, де Екологічний кодекс був прийнятий Верховною Радою Республіки ще 28 жовтня 1992 р. [3], а також законодавча ініціатива групи народних депутатів України, які в 2004 р. внесли в Парламент проект Екологічного кодексу України. У цих документах питання компенсації шкоди викладені в спеціальному розділі, присвяченому питанням юридичної відповідальності за порушення вимог законодавства та іншим заходам реагування на порушення законодавства в цій сфері.

Так, в Екологічному кодексі Республіки Башкортостан такі питання викладені як в загальних положеннях (розділ 1), так і в спеціальному розділі 14, який присвячений компенсації шкоди, заподіяної екологічним правопорушенням. Зокрема, серед основних принципів охорони навколишнього середовища відповідна роль віддана принципу раціонального використання природних ресурсів з урахуванням законів природи, потенційних можливостей навколишнього природного середовища, необхідності відтворення природних ресурсів і недопущення незворотніх наслідків для навколишнього середовища і здоров'я людини; додержання вимог екологічного законодавства, незворотність настання відповідальності за їх порушення (абз.4, 5 ст. 3 Кодексу). Такі основоположні начала адекватно опосередковані у повноваженнях органів державної влади, громадян та їх об'єднань, у гарантіях прав громадян на здорове і сприятливе навколишнє природне середовище, у засобах економічного характеру щодо формування спеціальних екологічних та страхових фондів тощо, правові норми про які містяться практично у всіх розділах Кодексу.

У спеціальному позділі, присвяченому питанням компенсації шкоди, закцентовано увагу, що така шкода стягується виключно при вчиненні екологічного правопорушення, яке визначається як винне, протиправне діяння, що порушує природоохоронне законодавство і яке заподіює шкоду а) навколишньому природному середовищу і б) здоров'ю людини (ст. 82 Кодексу). В той же у ст. 87 Кодексу визначено, що обов'язок повної компенсації шкоди несуть підприємства, установи, організації, та громадяни, які заподіяли шкоду: а) навколишньому природному середовищу; б) здоров'ю та майну громадян; в) народному господарству, такими діями як:

- забрудненням навколишнього природного середовища;
- порчею, знищенням, пошкодженням, нераціональним використанням ресурсів;
- руйнуванням природних екологічних систем і
- іншими екологічними правопорушеннями.

При цьому сам нормативно-правовий акт не дає визначення таких оціночних понять. Крім цього, в зазначеному Екологічному кодексі закріплені загальноправові принципи щодо порядку компенсації шкоди (добровільно або за рішенням суду чи арбітражного суду), способів компенсації заподіяної шкоди (грошовий – на підставі затверджених в установленому порядку такс та методик обчислення розміру збитків, а при їх відсутності – по фактичних затратах на відтворення порушеного стану навколишнього середовища з урахуванням понесених збитків, та натуральний – шляхом відновлення природного середовища за рахунок власних сил та коштів винною особою), особливостей несення такої відповідальності кількох заподіювачів шкоди чи володільців джерела підвищеної небезпеки для навколишнього середовища (ст.ст. 88, 89).

Позитивними моментами у цьому Кодексі є закріплення положень про особливості компенсації шкоди, заподіяної здоров'ю та майну громадян несприятливим впливом навколишнього природного середовища (ст.ст. 90, 91), цільове призначення сум збитків, які стягуються за рішеннями судів і компенсуються потерпілим особам для вжиття заходів по відновленню втрат у навколишньому природному середовищу або перераховуються в державний екологічний фонд, якщо природний ресурс, якому заподіяна шкода, знаходиться у загальному користуванні (ч. 2 ст. 88). Гарантією виступає закріплення можливості виступати з позовними вимогами про припинення екологічно небезпечної діяльності (ст. 92 Кодексу).

На відміну від Екологічного кодексу, який аналізувався, у проекті Екологічного кодексу України практично дублюються положення попереднього, однак, на нашу думку, питання компенсації шкоди викладені дещо тавталогічно, його розробники не відійшли від традиційних, здебільшого фетишизованих виключно до цивільно-

правових підходів її регулювання, яке не враховує новації міжнародного та європейського законодавства щодо визначення юридичної природи такої компенсації. Зокрема, керуючись положеннями цивільного законодавства та не враховуючи етимологію понять у більшості випадків зазначається про *відшкодування шкоди*, на відміну від усталених наукових підходів, що відшкодовувати можна лише *збитки, втрати*, *неодержані доходи*, які розкривають змістовну частину поняття "шкода", а шкоду відповідно слід *компенсувати* [2, с. 853–854].

Для наукового опосередкування юридичної характеристики категорії "компенсація шкоди" важливим є те, чим вона є в системі правового регулювання.

В спеціальній літературі "компенсація" розглядається як, по-перше: сукупність дій, спрямованих на зниження негативного ефекту господарської або іншої діяльності на той чи інший вид природного ресурсу та, по-друге, як складова частина природоохоронних заходів, об'єм і зміст яких планують на стадії підготовки такої господарської чи іншої діяльності (наприклад, організація риборозводного підприємства при меліорації) [12, с. 325]. Таке значення дозволяє розглядати компенсацію шкоди перш за все у регулятивних екологічних правовідносин як відповідний процес, у межах якого здійснюється ціла низка природоохоронних заходів зобов'язаними на таке суб'єктами, сфера діяльності яких пов'язана з негативними впливами на навколишнє природне середовище. Таким суб'єктом виступає й держава, особливо у сфері забезпечення екологічної безпеки від природних стихійних явищ, або у випадках заподіяння шкоди навколишньому природному середовищу, життю і здоров'ю громадян від небезпечних аварій, катастроф, що відбулися на державному чи іншому підприємстві за умови, коли само підприємство фінансово не здатне компенсувати усі заподіяні збитки і втрати.

У такому значенні, компенсація шкоди розглядається як основна ознака так званої *компенсаційної екологічної відповідальності*, в межах якої передбачається залік попередження екологічної шкоди в ринковій діяльності. На відміну від мети загальної матеріальної відповідальності, яка має справу з претензіями (заявами) постраждалої від незаконної дії особи, врівноважити матеріальний стан потерпілого, метою компенсаційної екологічної відповідальності є мінімізація заподіяння майбутньої шкоди [12, с. 324]. Застосування такої відповідальності передбачає також досягнення чотирьох результатів: а) гарантування постраждалій особі компенсацію економічної шкоди; б) збереження навколишнього середовища шляхом відшкодування шкоди винною особою; в) стимулювання відповідальної сторони здійснювати превентивні і передбачувані заходи, такі як аналіз ризику, екоаудит, системи природоохоронного управління з тим, щоб уникнути надмірних витрат; г) забезпечення принципу "забруднювач платить" [12, с. 753–754].

Відтак, компенсація шкоди, як правова категорія, забезпечує реалізацію важливих принципів охорони навколишнього природного середовища, визначених Законом України від 25 червня 1991 р. "Про охорону навколишнього природного середовища": запобіжний характер заходів щодо охорони навколишнього природного середовища; платність спеціального використання природних ресурсів для господарської діяльності; стягнення збору за забруднення навколишнього природного середовища та погіршення якості природних ресурсів, компенсації шкоди, заподіяної порушенням законодавства про охорону навколишнього природного середовища; поєднання заходів стимулювання і відповідальності у справі охорони навколишнього природного середовища (п.п. "в", "и", "і", "й" ст. 3) [4].

Такі правові ідеї відповідають й міжнародним та європейським принципам: а) превентивність заходів, спрямованих на попередження, профілактику забруднення або іншої шкоди навколишньому середовищу. Загроза шкоди навколишньому середовищу повинна бути врахована заздалегідь, при прийнятті рішень, а не згодом, при виникненні забруднення; б) застереження, суть якого полягає в тому, що недостатність наукових даних по відповідній проблемі не може бути причиною відміни чи відстрочення заходів по профілактиці забруднення навколишнього саредовища; в) компенсації шкоди навколишньому середовищу, метою реалізації якого є усунення джерел шкоди; г) відповідальності забруднювача, тобто шкода оплачується тими, хто її спричинив, "забруднювач платить" [20, с. 756].

Актуальність правового опосередкування таких принципів беззаперечна. Е сучасних умовах відома міжнародна організація Комісія міжнародного права запровадила цілу низку доповідей за програмою на тему "Міжнародна відповідальність за шкідливі наслідки діянь, не заборонених міжнародним правом" [13], за спеціальним підрозділом "Попередження транскордонної шкоди від небезпечних видів діяльності", в основу чого покладено *концепцію попередження шкоди навколишньому середовищу, людям та майну*, суть якої полягає в реалізації положень багатьох міжнародно-правових та політичних документів, які передбачають, що у випадках заподіяння шкоди компенсація здебільшого не може забезпечити відновлення положення, яке існувало до цього або до аварії, тому переважним засобом має стати саме попередження [22, с. 234–245].

Така пріоритетна стратегія характеризується певними критеріями, по-перше, діяльність, що розглядається, повинна бути не заборонена законодавством, водночас, по-друге, вона має бути пов'язана з ризиком значної транскордонної шкоди в силу своїх фізичних наслідків і здійснюватися на території чи іншим чином під юрисдикцією або контролем держави. Окрім цього, визнано недоцільним включення переліку видів діяльності, оскільки він не буде носити вичерпний характер, може швидко застарівати, вимагаючи періодичного перегляду з урахуванням швидкого розвитку технологій.

Саме з урахуванням таких положень компенсація шкоди виступає опосередкуванням у правових нормах прав та обов'язків суб'єктів еколого-правових відносин, які базуються на конституційних положеннях про юридичні можливості вимагати відшкодування шкоду у разі порушення права на безпечне для життя і здоров'я довкілля, а також зобов'язанні не заподіювати шкоду природі, культурній спадщині, відшкодовувати завдані ним збитки (ст.ст. 50, 66 Конституції України). Конкретизація таких повноважень реалізована у положеннях екологічного законодавства [4, 5, 11].

Компенсація шкоди виступає також важливою конституційною гарантією реалізації обов'язку держави забезпечувати екологічну безпеку, підтримувати екологічну рівновагу на території України, подолати наслідки Чорнобильської катастрофи, зберігати генофонд Українського народу (ст. 16 Конституції), яка в екологічному законодавстві конкретизується системою гарантій екологічних прав громадян, зокрема, компенсацією у встановленому порядку шкоди, заподіяної здоров'ю і майну громадян внаслідок порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища. Крім цього, важливе значення мають й інші гарантії, які впливають на компенсаційні економіко-стимулюючі засоби попередження та ліквідації заподіяної шкоди довкіллю: проведення широкомасштабних державних заходів щодо підтримання, відновлення і поліпшення стану на-

вколишнього природного середовища; обов'язок невичерпного кола осіб здійснювати технічні та інші заходи для запобігання шкідливому впливу господарської та іншої діяльності на навколишнє природне середовище, виконувати екологічні вимоги при плануванні, розміщенні продуктивних сил, будівництві та експлуатації народногосподарських об'єктів (ст. 10 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища"). Такі повноваження деталізуються у спеціальних законах, що врегульовують види підприємницької діяльності, які за законодавчими визначеннями підпадають під ознаки екологічно-небезпечних видів діяльності [9, 10].

На можливість кодифікації норм про компенсацію екологічної шкоди вказує й практика інших країн у цій сфері. Зокрема, в Німеччині ще з 1990 року діє Закон про відповідальність в галузі охорони навколишнього середовища [24], у Франції в межах Екологічного кодексу 2000 року міститься Книга V "Попередження забруднення, ризиків і шкоди", включена до кодексу Законом від 30 липня 2003 року [18], в Сполучених штатах Америки існує Закон про про Всебічне Регулювання, Компенсацію і Відповідальність (відомий як ЗВЕРКВ або Суперфонд) [23].

Зокрема, в Законі Німеччини про екологічну відповідальність від 10 грудня 1990 р. , в ст. 3, визначено, що шкода, що може виникати внаслідок впливу на навколишнє середовище це така шкода, яка спричиняється речовинами, вібраціями, шумами, тиском, випромінюванням, газами, парами, теплом, які поширюються в грунті, повітрі або воді. Зі змісту ст.ст. 1,2 цього Закону випливає, що така шкода може виникнути від технічних об'єктів як тих, що ще не введені в експлуатацію, та таких, що вже експлуатуються. За складом така шкода може включати смерть особи, тілесні ушкодження чи шкода здоров'ю або її майну.

Закон не встановлює інші характеристики шкоди, лише вказує, що власник такого об'єкту зобов'язаний *компенсувати* потерпілій особі шкоду, якої вона зазнала. Можна припуститись, що потерпіла особа вправі вимагати як відшкодування заподіяних майнових збитків, так і компенсувати моральну шкоду.

Крім цього, Закон окреслив коло суб'єктів обов'язкового *страхування відповідальності* перед третіми особами, це: діючі підприємства; підприємства, що знаходяться на стадії незавершеного будівництва; старі підприємства або закриті через їх зношеність або неконкурентноздатність. Така відповідальність власника (оператора) установки або підприємства є строгою, іншими словами – адсолютною, оскільки не потребує доказування вини заподіювача шкоди, а для виникнення підстав відповідальності за заподіяну шкоду достатньо самого факту заподіяння матеріальної шкоди чи шкоди життю і здоров'ю людини. Основою виникнення відповідальності є тільки наявність причинно-наслідкового зв'язку. Це означає, що заподіювач шкоди несе беззаперечну відповідальність за заподіяну шкоду, незалежно від того, було забруднення "очикуваним", відомим чи ні, "випадковим" чи "повторним" чи воно виникло внаслідок недбалих дій оператора примислової установки.

Відповідальність за цим Законом розповсюджується на такі сфери як повітря, грунти і водні ресурси. У додатку до Закону вказані граничні нормативи допустимих викидів (скидів) різних речовин у навколишнє середовище. Цікаво, що Закон містить положення про відповідальність за забруднення, заподіяне при нормальному функціонуванні підприємства при допустимих викидах, якщо вони все ж таки заподіяли фізичну або матеріальну шкоду. Гарантією компенсації шкоди по Закону виступає купівля страхового полісу, одержання відповідних гарантій від Земельних виконавчих органів або уряду ФРН, одержання гарантій спеціалізованих кредитно-фінансових інститутів [1, с. 49]

В Екологічному кодексі Франції (Code de l'Environnement), який складається з семи книг, Законом від 30 липня 2003 р. № 2003-699 про попередження технологічних і природних ризиків і відшкодування шкоди, були внесені масштабні зміни, що зформували положення Книги V "Попередження забруднень, ризиків і шкоди". Ця книга є самою крупною по об'єму і включає 8 розділів: класи установок для охорони навколишнього середовища (Розділ I), хімічні продукти і біоциди (Розділ II), генетично модифіковані організми (Розділ III), відходи (Розділ IV), особливості положень для деяких споруд і установок (Розділ V), попередження природних ризиків (Розділ VI), попередження звукових перешкод (Розділ VII), охорона умов життя (Розділ VIII). В свою чергу, Глава II Розділу V цієї Книги передбачає особливий інститут так званих "Фінансових гарантій", який пов'язаний з інститутом екологічної відповідальності за заподіяння шкоди. У межах своїх повноважень орган влади, відповідальний за видачу дозволів на експлуатацію споруд і установок, які складають ризик, та вірогідні фінансові наслідки яких з очевидністю непропорційні по відношенню до вартості капіталовкладень, встановлює необхідність упровадження фінансових гарантій. Декрети Державної Ради визначають категорії таких споруд, правила встановлення сум, що підлягають гарантії, розмір якої повинен відповідати передбачуваним наслідкам при здійсненні ризику, а також умови використання даної суми (ст. L.552-1).

В свою чергу, ці положення деталізуються принциповими, але достатньо рамковими нормами принятого Держдумою та підписаного прем'єр-міністром Декретом № 77-1133 від 21 вересня 1977 року про застосування Закону №76-663 від 19 червня 1976 року відносно класів установок для захисту навколишнього середовища (з наступними змінами від 5 січня 1996 року, Декретом №96-18). Згідно з цим документом префект має прийняти рішення про установлення фінансових гарантій протягом трьох місяців (ст.23-2). Фінансові гарантії випливають із письмового зобов'язання, виданого особі кредитною установою, страховою організацією, а для установок зберігання (складування) відходів – спеціально створеним гарантійним фондом, який підпорядковується Агенству навколишнього середовища та використання енергії.

Користувач такими установками передає префектові проект документу, який свідчить про фінансові зобов'язання, за формою, установленою спільною постановою міністра економіки і міністра екології. Префект приймає постанову, де фіксується сума гарантій і умови актуалізації цієї суми. Враховуючи, що гарантії носять терміновий характер, вони повинні бути поновлювальні протягом трьох місяців до закінчення строку (ст.23-3).

Префект за рахунок суми фінансових гарантій приймає необхідні заходи як на випадок дездіяльності користувача, нак і у випадку його ліквідації (ст.23-4).

Отже, в цілому французьке екологічне законодавство фінансові гарантії розглядає як зобов'язання щодо страхування відповідальності на випадок можливого заподіяння шкоди. В українському законодавстві передбачено здійснення добровільного і обов'язкового державного та інших видів страхування громадян та їх майна, майна і доходів підприємств, установ і організацій на випадок шкоди, заподіяної внаслідок забруднення навколишнього природного середовища та погіршення якості природних ресурсів (ч. 1 ст. 49 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища").

В той же час французьке законодавство, як і українське, не містить визначення поняття "екологічна шкода". На думку французьких вчених вона, частіш за все заподіюється в цілому всім елементам природної системи і в силу свого непрямого характеру не дозволяє автоматично зробити можливим право на відшкодування. Як наслідок предметом доктринальних спорів стало питання про те, хто ж, людина чи оточуюче її середовище є потерпілими у випадку заподіяння екологічної шкоди [6, с. 868].

Проте, норми Екологічного кодексу Франції та декретів, виданих на його основі, одержали в цій країні підкріплення у вигляді норм конституційного характеру: 1 березня 2005 року Президент Французької Республіки підписав Конституційний закон № 2005-205 про Хартію навколишнього середовища, в якій закріплені такі принципові норми:

- на умовах, визначених законом, кожна особа зобов'язана запобігати шкоду, яку вона здатна заподіяти навколишньому середовищу, а якщо не було запобігнуто шкоди – обмежувати її наслідки (ст. 3);
- на умовах, визначених законом, кожна особа повинна сприяти компенсації шкоди, яку вона спричиняє навколишньому середовищу (ст. 4) [7].

Аналогічні положення випливають зі змісту більшості міжнародних конвенцій, європейських директив, наприклад, ст.ст. 2-4 Конвенції ООН про транскордонне забруднення на великі відстані (1979), ст. 4 Базельської конвенції про контроль за транскордонним перевезенням небезпечних відходів і їх видаленням (1989), Преамбула Директиви ЄП і РЄ від 21 квітня 2004 року №2004/35/СЕ "Про екологічну відповідальність за попередження та ліквідацію заподіяної навколишньому середовищу шкоди" [19].

Міжнародне законодавство врегульовує питання компенсації шкоди за порушення екологічного законодавства шляхом прийняття спеціальних конвенцій, або ж врегульовує питання такого виду відповідальності в спеціальних розділах конвенцій, що охороняють окремі об'єкти природи. Останнім часом намітилася тенденція до прийняття спеціальних конвенцій про спеціальні види відповідальності, зокрема про цивільну відповідальність за шкоду у відповідній галузі, або прийняття спеціальних протоколів про таку відповідальність [15].

При цьому проблема багатьох визначень у сфері компенсації шкоди також належним чином не врегульована й міжнародно-правовими документами, які, зокрема не дають визначення компенсації шкоди, однак інколи застосовують оціночні її ознаки. Зокрема, Протокол про відповідальність і компенсацію за шкоду, заподіяну в результаті транскордонного перевезення небезпечних відходів та їх знищенням (2000 р.) до Базельської конвенції з цих питань вказує на те, що компенсація має забезпечити режим такого виду відповідальності як матеріальна та визначає ознаки такої компенсації, а саме: *належна та оперативна* (ст. 1), *адекватна та негайна* (п.1 ст. 15), що в цілому, на нашу думку, з урахуванням українських значень цих слів, є синонімами компенсації шкоди своєчасно та у повному обсязі.

Не дає міжнародне екологічне законодавство й визначення екологічної шкоди, однак достатньо повно, на нашу думку, встановлює обсяги такої шкоди. Так, у п. 2, п.п. "с" Протоколу про відповідальність і компенсацію за шкоду, заподіяну в результаті транскордонного перевезення небезпечних відходів та їх знищенням (2000 р.) до Базельської конвенції з цих питань шкода це: а) позбавлення життя і тілесне ушкодження; б) втрата або пошкодження майна, іншої, чим майно особи, яка несе відповідальність у відповідності до цього Протоколу; в) втрата доходу, безпосередньо пов'язаного з економічними інтересами, що випливають з будь-яким використанням навколишнього середовища, понесеного в результаті заподіяння значної шкоди навколишньому середовищу, з урахуванням накопичень і затрат; г) затрати на заходи по відновленню постраждалого навколишнього середовища, обмежені затратами на заходи, які фактично вжиті або повинні бути вжиті і; д) затрати на превентивні заходи, включаючи будь-які втрати або збитки, заподіяні таким заходам, за умови, що такі збитки є наслідком або результатом небезпечних властивостей відходів, що є об'єктом транскордонного перевезення і знищення небезпечних відходів і інших відходів, на які розповсюджується дія Конвенції.

За Конвенцією ЄС про цивільну відповідальність за шкоду, заподіяну діяльністю, небезпечною для навколишнього середовища від 21 червня 1993 р. (Лугано) *шкода* це: а) втрата життя або ушкодження здоров'я; б) втрата або пошкодження об'єктів власності; в) втрата або пошкодження природного середовища його погіршення; г) компенсація у межах запобігання будь-якій втраті або знищенню.

Протокол про цивільну відповідальність та компенсацію за шкоду, заподіяну транскордонним впливом промислових аварій на транскордонні води (2003 р.) до Конвенції з охорони і використання транскордонних водотоків і міжнародних озер (1992 р.) та до Конвенції про транскордонний вплив промислових аварій (1992 р.) визначає шкоду в ст. 2, це: а) загибель людей або тілесне пошкодження; б) втрата або пошкодження майна, іншого, ніж майно особи, яка несе відповідальність у відповідності до цього Протоколу; в) втрата доходу, який безпосередньо випливає зі збитків, забезпечених правовим захистом інтересів, пов'язаним з будь-яким використанням транскордонних вод у економічних цілях, понесену в результаті заподіяння шкоди транскордонним водам з урахуванням накопичень і затрат; г) затрати на заходи по відновленню постраждалих транскордонних вод, обмежені затратами на заходи, які фактично вжиті або повинні бути вжиті; д) затрати на заходи реагування, включаючи будь-які втрати або збитки, спричинені такими заходами в тій мірі, в якій така шкода була заподіяна в результаті транскордонного впливу промислової аварії на транскордонні води.

На рівні європейського Союзу для визначення поняття та обсягів компенсації екологічної шкоди важливо враховувати положення Директиви ЄП і РЄ від 21 квітня 2004 року №2004/35/СЕ "Про екологічну відповідальність за попередження та ліквідацію заподіяної навколишньому середовищу шкоди", яка готувалася близько десяти років. У вступній частині Директиви вказується на необхідність до запобігання і ліквідації шкоди, завданої навколишньому середовищу, яке повинно здійснюватися шляхом застосування принципу "забруднювач платить", запобігання і відновлення заподіяної навколишньому середовищу шкоди. Засадничим принципом цієї Директиви є встановлення вимоги, що особа, що здійснює права управлінця, і чия діяльність спричиняє шкоду навколишньому середовищу або реальну загрозу настання такої шкоди, повинна нести фінансову відповідальність, з метою спонукати осіб вживати превентивні заходи і застосовувати практику мінімізації ризиків заподіяння шкоди навколишньому середовищу, і таким чином зменшувати рівень їх фінансової відповідальності. Там само вказується, що шкода, завдана навколишньому середовищу включає шкоду, спричинену елементами, що переносяться повітрям, якщо вони завдають шкоди водним ресурсам, ґрунту, чи охоронюваним видам або ареалам.

У постановчий частині Директиви в п.1) шкода, завдана навколишньому середовищу (екологічна шкода) означає: а) шкода, завдана охоронюваним видам і ареалам; такою шкодою визначається будь-яка шкода, що має значний негативний вплив на досягнення чи підтримку сприятливого стану збереження таких ареалів і видів. Розмір шкоди, завданої таким впливом, повинен оцінюватися, виходячи з початкового стану і враховуючи критерії, зазначені в Додатку 1;

до шкоди, завданої охоронюваним видам і ареалам, не входить заздалегідь визначений негативний вплив, який є результатом діяльності особи, спеціально уповноваженої на це відповідними органами влади згідно з нормами ст. 6 (3) і (4) чи ст. 16 Директиви №92/43 ЕЕС чи ст. 9 Директиви №79/409/ЕЕС, чи якщо це стосується видів і ареалів, які не підлягають охороні законодавством Співтовариства і відповідним національним законодавством у сфері охорони природи;

б) шкода, завдана водним ресурсам; такою шкодою визнається будь-яка шкода, що має значний негативний вплив на екологічний, хімічний, і/або кількісний показники і/або екологічний потенціал вод, як визначено в Директиві №2000/60/ЕЕС, за винятком негативного впливу, коли повинна застосовуватися ст. 4 (7) тієї Директиви;

в) шкода, завдана землі; такою шкодою визнається будь-яке забруднення землі, що створює значну загрозу для здоров'я людини, шляхом негативного впливу прямого чи непрямого застосування в, на чи під землею речовин, препаратів, організмів чи мікроорганізмів.

В п.2) "шкода" означає негативні зміни у природних ресурсах чи погіршення корисних властивостей природного ресурсу, які можна виміряти і які можуть спричинятися прямо чи опосередковано.

Отже, дана Директива спрямована не стільки на охорону життя і здоров'я людини та її майна, скільки на охорону виключно навколишнього середовища як основи життєдіяльності, а саме біологічного різноманіття, вод і ґрунтів.

В статті 14 цієї Директиви містяться положення financial security, так званої фінансової безпеки, згідно з якими кожна країна повинна застосовувати заходи заохочення розвитку ринкових інструментів забезпечення фінансової безпеки операторів, включаючи фінансові механізми на випадок їх неплатіжездатності, з метою надання можливості використовувати різні фінансові гарантії, які забезпечуть покриття їх зобов'язань, відповідно до цієї Директиви.

Такі зобов'язання поділяються на дві групи. Перша група – це попереджувальні дії (preventive action) (ст. 5):

- коли шкода навколишньому середовищу ще не настала, але є неминуча загроза настання шкоди, оператор повинен без будь-яких затримок вжити всі необхідні попереджувальні (превентивні) заходи(п. 1);
- у будь-якому випадку кожний раз, коли неминуча загроза заподіяння шкоди навколишньому середовищу не усунена, не дивлячись на попереджувальні заходи, вжиті оператором, оператори повинні повідомити компетентні органи по всіх можливих аспектах ситуації і як можна скоріше(п. 2);
- компетентні органи можуть у будь-який час – вимагати, щоб оператор забезпечив їх інформацією про будь-які неминучі загрози заподіяння шкоди навколишньому середовищу або про підозрілі випадки такої неминучої загрози; вимагати щоб оператор вжив усі необхідні заходи; направити оператору інтрукції для належного виконання необхідних попереджувальних заходів, або безпосередньо вжити необхідні превентивні заходи.

Друга група зобов'язань – це так звані відновлювальні дії (remedial action) (ст. 6), коли шкода навколишньому середовищу заподіяна, оператор без будь-якої затримки повинен повідомити компетентні органи по всіх умісних аспектах ситуації і вжити:

Всі можливі кроки по негайному контролю, стримуванню розповсюдження, ліквідації або іншому управлінню забрудненням і/або будь-якими факторами заподіяння шкоди з метою обмеження або відвернення подальшої шкоди навколишньому середовищу і несприятливих наслідках для людського здоров'я та необхідні відновлювальні заходи повинні бути здійснені згідно зі ст. 7.

Відповідно до ст. 8 всі затрати по належному виконанню попереджувальних і відновлювальних заходів несуть оператори.

Отже, положення зазначеної Директиви ЄС доцільно було б запровадити у правову систему України, що з одного боку, наблизило б процедури входження нашої країни до європейської спільноти, з іншого – дозволить найбільш цивілізованими та ефективними засобами забезпечувати систему попереджень та ліквідації шкоди, заподіяної навколишньому середовищу.

Компенсація шкоди є важливою ознакою й традиційної юридичної відповідальності цивільно-правового характеру, яка застосовується за забрудненням навколишнього природного середовища та погіршення якості природних ресурсів, за порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища, в порядку та розмірах, встановлених законодавством України, незалежно від притягнення винних осіб до різних її видів. Таке передбачає, зокрема, ст. 68 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища". Традиційний порядок компенсації шкоди за українським законодавством – це досудовий (добровільний) на підставі претензійних вимог до винних осіб, та судовий, на підставі позовів потерпілих осіб, членів їх сім'ї, прокурора, уповноваженим на те державним органом управління та контролю, громадської організації (об'єднання) в інтересах потерпілого.

Особливостями застосування цього виду відповідальності у цій сфері є те, що шкода, заподіяна внаслідок порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища, підлягає *компенсації*, як правило, в повному обсязі без застосування норм зниження розміру стягнення та незалежно від плати за забруднення навколишнього природного середовища та погіршення якості природних ресурсів. Особи, яким завдано такої шкоди, мають право на *відшкодування* неодержаних прибутків за час, необхідний для відновлення здоров'я, якості природних ресурсів до стану, придатного для використання за цільовим призначенням. Крім цього, на осіб, що володіють джерелами підвищеної екологічної небезпеки покладається зобов'язання *компенсувати* заподіяну шкоду громадянам та юридичним особам, якщо не доведуть, що шкода виникла внаслідок стихійних природних явищ чи навмисних дій потерпілих (ст. 69 цього ж Закону).

У більшості екологічних законів такі положення дублюються, що-правда, в одних випадках зазначається про необхідність компенсації, в інших – про відшкодування, або ж в одних нормах говориться про необхідність відшкодування шкоди, в інших – про відшкодування збитків, ще в інших – про відшкодування втрат [11, 14, 16]. Тобто, в законодавчих актах немає чіткого визначення поняття шкоди, що носить екологічний характер.

В екологічному законодавстві України, зокрема в нормах основного екологічного закону, не визначаються способи компенсації екологічної шкоди. Лише шляхом наукового опосередкування можна встановити, що, зокрема, земельним та лісовим законодавством передбачено можливість застосування витратного способу.

Такі способи визначаються постановами Кабінету Міністрів України від 19 квітня 1993 р. №284 "Про відшкодування збитків власникам землі і землекористувачам"; від 5 грудня 1996 р. №1464 "Про такси для обчислення розміру шкоди, заподіяної лісовому господарству" (Примітки до Додатку №2). Водним, атмосфероохоронним, рибоохоронним та, в окремих випадках земельним законодавством, передбачено розрахунковий спосіб, який здійснюється за допомогою спеціальних методик, прийнятих Мінприроди України. Природоохоронним законодавством передбачено нормативний спосіб компенсації шкоди у випадках перевищення нормативів викидів, скидів забруднюючих речовин чи розміщення небезпечних відходів, здійснення наднормативних забруднень довкілля. Фауністичним, лісовим, природно-заповідним законодавством, законодавством про Червону книгу передбачено таксовий спосіб, який переважно забезпечується спеціальними постановами Уряду України. Способи компенсації шкоди громадянам, заподіяної негативним впливом забрудненого довкілля, екологічним законодавством не визначено, що складає певну правову проблему та необхідність застосування положень інших галузей права і законодавства.

На нашу думку, доцільним було, з урахуванням процедур адаптації та імплементації правових норм міжнародного та європейського екологічного законодавства у сфері компенсації шкоди, заподіяної навколишньому природному середовищу, а через його стан – життю, здоров'ю та майну фізичних чи юридичних осіб, систематизувати такі норми в найбільш оптимальному варіанті для України – в проекті Закону про екологічну відповідальність та компенсацію заподіяної навколишньому природному середовищу шкоди. Такий закон міг би містити кілька розділів, де одержали б закріплення такі визначення як екологічна відповідальність; екологічна шкода; компенсація екологічної шкоди; форми, способи та порядок компенсації екологічної шкоди, фінансові гарантії екологічної відповідальності та інше. Термін "екологічна відповідальність" відповідним чином відповідав би галузевій належності такого виду відповідальності, яка по своїй суті, характером державно-правових санкцій визнавалася б превентивною та цивільно-правовою, компенсаційною. Термін "екологічна шкода" враховував би наслідки правопорушення (забруднення навколишнього природного середовища; порча, знищення, пошкодження, нераціональне використання природних ресурсів; руйнування природних екологічних систем тощо), яким може заподіюватися шкода навколишньому природному середовищу, чи його компонентам, а через них – життю і здоров'ю громадян, чи їх майну. За обсягами заподіяння таку шкоду доцільно визнати майновою та в окремих випадках моральною. Компенсація запояної навколишньому природному середовищу шкоди враховувала б превентивний та ліквідаційний характер відповідних фінансових, технічних, технологічних та інших затрат, які має здійснити особа, яка заподіяла таку шкоду, або ж держава у випадках, визначених цим законом. Такий проект закону міг би згодом увійти до відповідних глав чи книг більш уніфікованого нормативно-правового акту – Екологічного кодексу України.

1. *Бажайкин А.Л.* Страхование ответственности а причинение вреда окружающей среде в Федеративной Республике Германии (Umwelthaftpflichtversicherung) // Экологическое право. – 2004. – №5. 2. *Беляков В.А.* Гражданское право: Общая и Особенная части: Учебник. – М.: АО "Центр ЮрИнфоР", 2003. 3. Ведомости Верховного Совета Правительства Республики Башкортостан. – Уфа, 1993. – № 3. – Ст.57. 4. Відомості Верховної Ради України. – 1991. – №41. – Ст. 546. 5. Водний кодекс України від 6 червня 1995 р., ст. 57 // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 24. – Ст. 189. 6. *Gilles Martin.* Le dommage ecologiq en droit interne, communautaire et compare. Rapport introductif. Ed. Economicf, 1992. – P. 8; *Michel Prieur.* Droit de l'environnement. Paris, Dalloz, 2000. – P. 868. 7. Journal Official de la Republique Francaise, 2mars 2005, texte 2. 8. Закон України від 18 березня 2004 року "Про затвердження Загальнодержавної Програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 29. – Ст. 367. 9. Закон України від 21 червня 2001 р. "Про охорону атмосферного повітря", ст. 10 / Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 48. – Ст. 252. 10. Закон України від 5 березня 1998 р. "Про відходи", п. "е". ст. 14, п.п. "є, і, л" ст. 17 / Відомості Верховної Ради України. – 1998. – №36-37. – Ст. 248. 11. Земельний кодексу України від 25 жовтня 2001 р., гл. 24 та гл. 36 / Відомості Верховної Ради України. – 2002. – №3-4. – Ст. 24. 12. Экологический энциклопедический словарь. – М.: Издательский дом "Ноосфера", 1999. 13. Ежегодник Комиссии международного права, 1998. Том I. – ООН, Нью-Йорк и Женева, 2005. 14. Кодекс України про надра від 27 липня 1994 р., ст. 67 / Відомості Верховної Ради України. – 1994. – №36. – Ст. 340. 15. Конвенція ООН про цивільну відповідальність за шкоду від забруднення нафтою (1969), Протокол про цивільні відповідальність та компенсацію за шкоду, заподіяну транскордонним впливом промислових аварій на транскордонні води до Конвенції 1992 року з охорони і використання транскордонних водотоків і міжнародних озер і до Конвенції 1992 року про транскордонний вплив промислових аварій (21.05.2003). 16. Лісовий кодекс України в ред. від 8 лютого 2006 р., ст. 107 / Урядовий кур'єр. – 2006. – № 73–74. – 18 квітня. 17. Материалы Международного "Круглого стола" на тему "Экологический кодекс Украины: мифы и реальность". – Киев, 12-13 мая 2005 г. 18. Ordonnance n°2000-914 du 18 septembre 2000 relative a la partie Legislative du code de l'environnement // JO n°219 du 21 septembre 2000 page 14792; Loi n°2003-699 du 30 juille 2003 relative a la prevertion des risques techologiques et a la reparation des dommages // JO n°175 du 17 aout 2004 page 14545. 19. Official journal of the European Union. 30.4.2004. L 143/56-143/74. 20. Право Европейского Союза: Учебник для вузов / Под ред. С.Ю.Кашкина. – М.: Юристъ, 2004. 21. Программа международного "Круглого стола" на тему: "Экологический кодекс Украины: мифы и реальность". – Киев, 12-13 мая 2005 г. 22. *Савельєва Л.В.* Итоги работы Комиссии международного права над первой частью проекта статей "Международная ответственность за вредные последствия действий, не запрещенных международным правом" // Московский журнал международного права. – 2005. – №2. 23. Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act of 1980 (CERCLA) / U.S.C. section 9607 (a). 24. Umweltrecht. Wichtige Gesetze und Verordnungen zum Schutz. Textausgabe min ausfuhrlichtm Sachverzeichnis und einer Einfuhrubg von Prof. Dr. Peter-Christoph Storm. 12., neubearbeitete und erweiterte Auflage Stand: 16. Juli 1999. – P. 885–891.

Надійшла до редколегії 19.12.06

М. Павленко, асп.

ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА БАНКІВСЬКОГО КОНТРОЛЮ В УКРАЇНІ

У даній роботі досліджується правова природа банківського контролю в Україні. Аналізуються цілі банківського контролю в Україні та проблеми їх реалізації. Зроблено висновок, що банківський контроль є видом фінансового контролю

It is work the legal nature of the banking control in Ukraine is investigated, the aims of the banking control in Ukraine and their realization are analyzed. The conclusion is, that the banking control is a kind of the financial control

Актуальність проблем, що супроводжують процес становлення банківської системи України, спонукає до вивчення даної системи як в цілому, так і окремих її елементів, в тому числі, і відносин банківського контролю. Варто відзначити, що проблема банківського контролю неодноразово ставала об'єктом дослідження багатьох вчених правознавців та економістів. Проте, вимушені констатувати той факт, що банківський контроль здебільшого розглядається науковцями крізь призму співвідношення даного поняття з поняттям "банківський нагляд". Тобто, в основу теоретичного аналізу покладено метод порівняння, що не може бути єдиним

© Павленко М., 2007

методом пізнання об'єктивної дійсності. Без сумніву, дана проблема потребує додаткового осмислення з огляду на широке використання зазначених термінів як в наукових працях, так і чинному законодавстві України та законодавстві інших держав, але, на нашу думку, більш актуальним є розкриття особливостей правової природи банківського контролю його юридичного змісту.

Таким чином, насамперед з'ясуємо правову сутність поняття "банківський контроль", а потім вирішимо проблему співвідношення понять "банківський нагляд" і "банківський контроль".

Загальновідомим є лінгвістичне походження слова "контроль", яке перекладається з французької "сопігоіе" як "перевірка", а від старофранцузького "contre-role" – "список, що має дублікат для перевірки" – перевірка виконання законів, рішень тощо [54, с. 789].

Огляд наукової літератури, в якій досліджується поняття банківського контролю, дає підстави стверджувати про різні погляди вчених на його зміст. Зокрема, такі вчені як Карасьова В.М., Савченко Л.А. вважають банківський контроль (нагляд) специфічним видом фінансового контролю [52, с. 529]. Проте, вивчаючи наукові праці Карасьової В.М. можна дійти висновку про еволюцію поглядів останньої, яка ставила під сумнів фінансово-правовий характер відносин щодо управління банківською системою з боку центрального банку [22, с. 18–19]. Як зазначає автор, в процесі такого управління грошові фонди не утворюються, більше того, управлінська діяльність центробанку жодним чином не пов'язана з покриттям державних витрат в ході реалізації функцій держави, відтак ототожнювати зазначені відносини з фінансово-правовими немає підстав.

Аналізуючи проблеми фінансового права, певні сумніви висловлює і Кучерявенко М., відмічаючи наступне: "У систему ж фінансового права ввійдуть норми публічного характеру, що регулюють банківську діяльність. Однак і з ними, мабуть, не все абсолютно однозначно, оскільки не можна не брати до уваги адміністративно-правовий аспект регулювання статусу Національного банку України в рамках адміністративно-правового статусу керування фінансами. Тому, ведучи мову про склад фінансового права, необхідно виділяти сукупність норм, що охоплюють публічне регулювання відносин, пов'язаних з рухом державних коштів при здійсненні вказаної діяльності" [32, с. 35–37].

Схожої точки зору притримуються і науковці, які проводячи класифікацію методів правого регулювання відносин комерційних банків з центробанком, дійшли висновку про адміністративно-правовий характер правовідносин банківського контролю. Серед прихильників трактування даного питання крізь призму адміністративного права слід відзначити Ефимову Л.Г., Качан О.О., Кротюк В.Л., Кузнєцов Н.Г. та інші [17 с. 5; 23 с. 8; 28, с. 45; 31 с. 23].

Не можемо погодитися з позицією Кротюка В.Л., який вважає недоцільним використовувати поняття "контроль" і пропонує вживати поняття "нагляд", апелюючи при цьому до законодавства ЄС [28, с. 176]. Не зупиняючись на аналізі зазначеної тези все ж зауважимо, що в законодавстві ЄС широко використовується поняття банківський контроль, як приклад можна назвати Директиву Ради 92/121/ЄЕС від 18.12.1992 р. "Про моніторинг і контроль великих ризиків кредитних інститутів" [14]. Окрім того, і вітчизняний законодавець визначаючи у статті 1 Закону України "Про Національний банк України" поняття банківського нагляду закріпив в якості його складового елемента – систему контролю.

Повертаючись до дискусії про правову природу банківського контролю, варто відзначити і підхід до даної проблеми українських правотворців, зокрема, у частині першій статті 66 Закону України "Про банки і банківську діяльність" нагляд Національного банку України за діяльністю банків включається до адміністративної форми регулювання банківської діяльності [18]. Проте, якщо дотримуватися логіки законодавця (п.3 ч.1 ст.66), то застосування фінансових санкцій також є засобом адміністративного регулювання. На нашу думку, здійснюючи класифікацію форм регулювання банківської діяльності, було проігноровано логічний закон щодо поділу поняття, який вимагає проводити поділ за однією і тією ж підставою, члени поділу повинні взаємно виключати один одного, бути найближчими видами поняття, що підлягає поділу. З огляду на це, вважаємо за необхідне внести зміни до пункту І частини 1 статті 66 Закону України "Про банки і банківську діяльність" та викласти його назву в наступній редакції: "Фінансово-адміністративне регулювання".

Необхідно мати на увазі, що існує і третя точка зору, а саме: Піскотін М.І., Гавальд К., Стуфлє Ж., Карманова Є. В., які обґрунтовують самостійність банківського права як галузі права, *а* отже з цих позицій банківський контроль є частиною банківського права [9; 41].

Розбіжності у теоретичному розумінні поняття "банківський контроль" зобов'язує відшукати критерії, які б дали змогу встановити галузеву належність даного поняття. На нашу думку, вирішення означеного вище питання повинно відбуватися через дослідження особливостей предмету і методу правовідносин банківського контролю.

Враховуючи домінування імперативних норм в процесі здійснення центробанком контрольних функцій у відносинах з банківськими установами, безспірним буде висновок про включення зазначених правовідносин до сфери публічного права. Крім того, структурі методу правового регулювання банківського контролю притаманні інші особливості. Зокрема, наявність безпосереднього зв'язку методу банківського контролю з головними напрямами державної фінансової політики.

Зазначимо, що наведений вище висновок ґрунтується на відповідних положеннях Конституції України та Закону України "Про Національний банк України". Так, згідно частини 2 статті 99 Конституції України та частини 1 статті 6 Закону України "Про Національний банк України", основною функцією Національного банку України є забезпечення стабільності грошової одиниці, а реалізація центробанком даного завдання, у відповідності до частини 2 статті 6 та частини 1 статті 55 вищезазначеного нормативного акту, здійснюється через банківський нагляд, метою якого є дотримання безпеки та фінансової стабільності банківської системи.

Деякі вчені економісти визначають банківський нагляд як систему, якою користується уряд, з метою гарантування стабільності фінансового сектора національної економіки, його безпеки та здоров'я [33, с. 29].

Важливою особливістю банківського контролю є делегування державою частини контрольних повноважень недержавним організаціям – внутрішньому банківському аудиту, а також недержавним аудиторським компаніям, які здійснюють зовнішній аудит фінансової діяльності банківської установи. Варто акцентувати увагу на тому, що представники теорії фінансового права розглядають делегування контрольних повноважень недержавним організаціям як одну з особливостей методу фінансового права, що відрізняє його від інших методів правового регулювання, які використовуються в публічно-правових галузях [45, с. 38].

Резюмуючи наведену вище характеристику методу банківського контролю можемо зробити висновок про його належність до галузі фінансового права.

З'ясуємо тепер, чи охоплюються відносини банківського контролю предметом фінансового права, чи все ж таки вони знаходяться у сфері впливу предмета адміністративного права. Відповідь на поставлене питання є важливим з огляду на визначальне значення предмета правового регулювання як критерію системи права [12, с. 241].

Розглядаючи предмет банківського контролю через відповідну категорію фінансового права, слід відмітити одностайність науковців у визнанні грошового змісту фінансових відносин, в яких простежується публічний інтерес держави. Однак, що стосується складових цих відносин (державні фінанси; фінанси органів місцевого самоврядування; фінансів за рахунок яких задовольняються суспільні інтереси; фінанси недержавних підприємств) – класики фінансового права не дійшли згоди. Так, науковці, які займають консервативні позиції, стверджують про незмінність предмету фінансового права, зокрема, на думку Пацурківського П.С., "...основоположним системоутворюючим фактором продовжує залишатися предмет правового регулювання. Його справжня суспільна природа не змінилися – це розподільчі і перерозподільні відносини в сфері публічних фінансів. Відступлення від цих істин під будь-яким приводом призводить не до вдосконалення фінансового права в цілому і його системи зокрема, а до всіляких деформацій фінансового права, котрі, як навчає вітчизняний і закордонний досвід, досить небезпечні" (переклад наш. – *П.М.)* [40, с.И1]. Інша точка зору домінує в поглядах юристів, які обстоюють самостійність банківського, податкового права і роблять висновок про звуження предмету фінансового права [25; 50]. І нарешті, досить численна когорта провідних вчених в галузі фінансового права доводить необхідність розширення предмету фінансового права з огляду на ринкові перетворення, що відбуваються в суспільстві [1, с. 90; 30, с. 110–111; 35, с. 65].

Співставлення вищезазначених теоретичних підходів з предметом нашого дослідження спонукає до висновку, що визнання фінансово-правової природи банківського контролю є можливим тільки в разі визнання предмету фінансового права в "розширеній редакції".

Безспірність фінансової природи банківського контролю не викликала сумніву в часи існування СРСР, оскільки починаючи з 1932 року і до 1988 року в країні діяла державна монополія на банківські грошові операції, був відсутній фінансово-комерційний бізнес, не існувало ринку цінних паперів [27, с. 39]. Однак з моменту появи дворівневої структури банківської системи, яка передбачає існування центробанку з одного боку та комерційних банків з іншого, держава втратила монополію на банківські гроші. Відтак, якщо брати критерій "публічні фінанси" як основу обґрунтування правової природи банківського контролю, то можна прийти до висновку про подвійну природу зазначених відносин: адміністративну та фінансову, оскільки рух публічних фінансів є тільки одним із елементів банківської системи. Це, насамперед, стосується загальнообов'язкових платежів юридичних та фізичних осіб (податки, збори, мито), які формують державний дохід. Як відомо, згідно Закону України "Про платіжні системи і переказ коштів в Україні", посередником у процесі обігу вищевказаних грошових коштів виступають банківські установи [19].

Слід зазначити, що Кучерявенко М.П. у підручнику "Фінансове право", використовуючи подібні аргументи, наголошує на досить умовному зв'язку функції банківського нагляду з предметом фінансово-правового регулювання, формування, розподілом і використанням державних грошових коштів [8, с. 305]. Доречно буде зауважити, що ставлячи під сумнів фінансову природу контролюючих функцій центробанку, Кучерявенко М.П. спростовує свій попередній висновок про фінансово-правовий характер повноважень Національного банку України по здійсненню банківського регулювання і нагляду [8, с. 296–297]. Крім того, суперечливість у поглядах науковця підкріплюється його ж позицією щодо необхідності широкого підходу до змісту фінансового контролю, оскільки на його думку, фінансовий контроль охоплює також повноваження, не пов'язані з переміщенням грошових коштів, тобто фінансовий контроль за фінансовою дисципліною [8, с. 53–54].

На нашу думку, реалії сучасного життя свідчать про те, що об'єктом фінансового контролю є діяльність комерційних банків, оскільки в процесі її здійснення, банки як фінансові посередники втягують у свою діяльність не тільки суб'єктів підприємницької діяльності, але і державу, яка вимушена використовувати фінансово-правові норми для регулювати зазначених відносин. Ні в кого не викликає сумнівів та обставина, що стабільне функціонування банківської системи є запорукою стабільності національної грошової одиниці, а отже і нормального функціонування фінансової системи держави.

Заслуговує на увагу обґрунтування фінансово-правової природи банківської діяльності молодим науковцем – Очкуренко С.В, який підкреслював публічне значення (публічний інтерес) коштів акумульованих кредитними установами, і наголошував на тому, що держава дозволяє комерційним банкам використовувати залучені чужі кошти, насамперед, в інтересах всього суспільства [39, с. 56].

З огляду на викладене вище, варто погодитися з думкою відомої російської вченої Грачової О.Ю., яка аналізуючи тенденції розвитку державного фінансового контролю, стверджувала про його ускладнення у зв'язку з тим, що фінансова діяльність держави в умовах ринкової економіки охоплює сферу недержавних комерційних організацій, підприємств різних форм власності, іноземних інвесторів з метою підтримання законності і правопорядку у сфері фінансів [11, с. 111–112].

Даючи відповідь на окремі питання банківського контролю, можемо прийти до висновку про наявність у цих правовідносинах публічного інтересу держави направленого на забезпечення стабільності фінансової системи. Відтак, правомірним буде включення банківського контролю до предмету фінансового права.

Крім того, відзначимо, що консерватизм у ставленні науковців до необхідності розширення предмету фінансового права провокує процес поглинання фінансово-правових відносин іншими галузями права. З цього приводу, відомий теоретик фінансового права Бекерська Д.А. зазначає: "Вченим юристам-фінансистам необхідно наполегливіше відстоювати позиції збереження норм фінансового права за галуззю, що регулює фінансову діяльність держави. Підставою для цього є прийнятий в Україні Господарський кодекс України, в якому фінансова діяльність в державі навіть не згадується, а все зводиться до господарської діяльності" (переклад наш. – *М.П.)* [5, с. 2–3]. Власну позицію по даному питанню висловила і Пришва Н.Ю., яка наголошує на недопустимості втручання інших галузей законодавства у сферу фінансових правовідносин, оскільки це може призвести до численних проблем у правозастосовчій практиці [43, с. 51].

Повертаючись до дискусії про правову природу банківського контролю, погодимося з тим, що в деяких випадках твердження про його адміністративно-правовий зміст є цілком прийнятним з огляду на комплексний характер банківського права. Підтримуючи думку Орлюк О.П. про те, що банківське право не є ні підгалуззю, ні

основною галуззю права, оскільки це комплексне утворення, яке має свій специфічний правовий режим (однак не видовий) [38, с. 27], можна робити припущення про подвійну правову природу банківського контролю, який крім фінансово-правових норм містить і норми адміністративного права. Даний висновок спонукає нас до встановлення чітких ознак "адміністративного" та "фінансового" змісту у правовідносинах банківського контролю.

Як вже було сказано, найефективнішим критерієм для розмежування норм адміністративного та фінансового права є метод і предмет правового регулювання. Оскільки метод фінансового права нами вже було досліджено, то необхідно детальніше зупинитися на предметі адміністративного права. Так, Битяк Ю.П. дає наступне визначення: "Предмет адміністративного права становлять суспільні відносини, які виникають з метою реалізації і захисту прав громадян, створення нормальних умов для функціонування громадянського суспільства й держави. Такі відносини пов'язані з: 1) діяльністю органів виконавчої влади; 2) внутрішньо організаційною діяльністю інших державних органів, підприємств, установ, організацій; 3) управлінською діяльністю органів місцевого самоврядування; 4) здійсненням іншими недержавними суб'єктами делегованих повноважень органів виконавчої влади; 5) здійсненням правосуддя у формі адміністративного судочинства" [2, с. 25–26].

Отже, з наведеного вище можна побачити, що науковець, визначаючи предмет адміністративного права пов'язує його з функціями державного управління. Варто відмітити, що на перший погляд у відносинах банківського контролю відсутні елементи державного управління, оскільки буквальне тлумачення Закону України "Про банки і банківську діяльність" та Закону України "Про Національний банк України" спонукає до висновку, що банківський контроль є частиною функції банківського регулювання.

З цього приводу дослідник банківського контролю Казакбієва Л.Т. зазначила, що і управління, і регулювання як функції державно-управлінської діяльності є однопорядковими і реалізуються в рамках діяльності виконавчої гілки державної влади. Як в управлінській, так і в регулюючій діяльності спільним є можливість, і здатність організовувати [21, с. 66].

Вважаємо слушною думку про відсутність глобальних розбіжностей у поняттях "управління" та "регулювання", проте суттєвим недоліком вищезазначеної дефініції є обмеження функцій державного регулювання та управління межами виконавчої влади, оскільки, як нам відомо, носіями управлінських повноважень можуть бути і інші суб'єкти, в тому числі і центробанк.

Аналізуючи сутність контрольної діяльності більшість науковців визначають її як невід'ємну функцію управління, яка є заключною стадією управлінського процесу [6, с. 9–19; 12, с. 8–12; 13, с. 3–6; 24, с. 6–7]. Визнані фахівці у сфері дослідження проблем управлінської діяльності держави – Горшєнєв В.М. та Шахов І.Б., розглядають контрольно-наглядову діяльність, з одного боку, як специфічну правову форму управлінської діяльності органів держави, а з другого – як "організаційно-юридичний засіб забезпечення законності в управлінській діяльності" [10, с. 52–57].

Дослідження фінансово-правових відносин свідчить про те, що вони як і адміністративно-правові, за своїм змістом є управлінськими. З цієї позиції, є всі підстави включати до фінансових відносин і відносини, що виникають в банківській діяльності. Однак, щоб бути послідовними, зазначимо, що управлінські відносини по здійсненню банківського контролю набувають фінансового змісту тільки після реєстрації та отримання ліцензії кредитною установою, оскільки, тільки після виконання цих умов банк отримує право залучати та використовувати кошти фізичних та юридичних осіб.

В контексті викладеного звернемо увагу на правову конструкцію статті 66 Закону України "Про банки і банківську діяльність", в якій законодавець розмежував функції банківського ліцензування та нагляду. На нашу думку, підставою для такого поділу є відмінний юридичний зміст цих відносин. Зокрема, з'ясовуючи особливості ліцензування слід звернути увагу на те, що з одного боку це – метод державного регулювання господарської діяльності, а з іншого боку це – форма і засіб здійснення контролю держави за дотриманням суб'єктами господарювання вимог законодавства в процесі здійснення підприємницької діяльності.

Дослідження доктринальних поглядів на банківське ліцензування свідчить про віднесення зазначеної функції до особливої форми фінансового контролю – вступного банківського контролю [39, с. 134; 45, с. 221–222]. Гадаємо, що цей підхід є хибним через невідповідність змісту правовідносин ліцензування комерційних банків фінансовим правовідносинам.

У юридичній літературі ліцензія (лат. licentia-свобода, право) визначається як спеціальний дозвіл, який видається компетентним державним органом або уповноваженою ним особою на здійснення певних дій чи діяльності у визначених сферах, або на використання певних прав, що належать іншій особі [54, с. 512]. Головною метою ліцензування банківської діяльності є запобігання участі у банківській діяльності фахівців з недостатніми професійними навичками, засновників з незадовільним фінансовим станом та попередження проникнення в банківську сферу кримінального капіталу та кримінальних структур [33, с. 40; 37, с. 166].

Аналізуючи відносини, що виникають в процесі створення банку, можна зробити висновок, що ліцензування є адміністративним регулятором за допомогою якого держава "відсіює" претендентів на здійснення банківської діяльності у зв'язку з невідповідністю останніх нормативним вимогам.

Таким чином, до моменту отримання банківською установою ліцензії відсутній об'єкт фінансово-правового регулювання, оскільки, не здійснюється банківська діяльність. Відтак не може йти мова про фінансовий зміст банківського контролю на цьому етапі. З цього приводу, відомий український правознавець фінансист Воронова Л.К., зазначає, що фінансовий контроль, щодо фінансів господарюючих суб'єктів, виникає після їх державної реєстрації та ліцензування [7, с. 22]. Однак, в подальшому, на стадії контролю за дотриманням ліцензійних умов, зазначені правовідносини трансформуються у фінансово-правові, оскільки факт реєстрації та ліцензування кредитної установи є правотворюючим юридичним фактом, що, з одного боку, наділяє контролюючими повноваженнями центробанк, натомість, кореспондуючими обов'язками банку є дотримання ліцензійних умов.

Отже, інститут ліцензування є додатковим доказом комплексного характеру банківських правовідносин, дослідження яких вимагає використовувати системний підхід та уникати невиправданої категоричності при визначенні правової природи цих відносин. Ігнорування наведеного правила призводить до помилкових висновків. В якості прикладу, можна навести позиції деяких науковців, зокрема Агафонової Н.В. та Древаль Л.Н., які розмежовуючи фінансові та адміністративні відносини у сфері банківської діяльності, стверджують про те, що фінансово-правовими нормами регламентується діяльність фінансових установ: в емісійній справі, у сфері

валютних операцій, а адміністративно-правовими нормами регулюється здійснення контролю та нагляду за законністю діяльності нижчестоящих суб'єктів [1, с. 44–45; 15, с. 2–4].Проте, якщо дотримуватися вищезазначеної логіки, то стає незрозумілим як фінансова діяльність кредитних установ може нормально функціонувати без фінансового контролю, який уособлює "зворотний зв'язок", що є засобом попередження, виявлення та усунення порушень у фінансовій сфері?

Узагальнюючи проведене дослідження, можемо зробити висновок про фінансово-правовий зміст банківського контролю, об'єктом якого є правовідносини, що складаються в процесі залучення та розміщення грошових фондів коштів фізичних та юридичних осіб, незалежно від їх форм власності.

Важливе значення для дослідження правової природи банківського контролю є з'ясування його цілей. У контексті викладеного, слід погодитися з Савченко Л.А., яка розкриває специфіку фінансово-контрольних правовідносин через їх цільову спрямованість [46, с. 252].

Поняття "ціль" в юридичній літературі вживається в різноманітних значеннях і може встановлюватися для визначення цілей окремого закону чи певного правового інституту. Від правильного встановлення цілей залежить ефективне застосування положень нормативного акту, оскільки ціль визначає правові засоби її досягнення [34, с. 100–109].

Необхідно мати на увазі, що банківське законодавство містить визначення "мети" банківського нагляду, що, на думку автора, тотожне поняттю цілі. Тому надалі будемо використовувати зазначені поняття як синоніми. Законодавче закріплення мети банківського нагляду свідчить про його надзвичайну важливість для держави та суспільства.

Дослідивши основоположні законодавчі акти, які регулюють банківські правовідносини, зокрема, Закон України "Про Національний банк України", Закон України "Про банки і банківську діяльність" можемо зробити висновок про певні відмінності у визначені цілей. Так, диспозиція частини 1 статті 55 Закону України "Про Національний банк України" зазначає, що головною метою банківського регулювання і нагляду є: безпека та фінансова стабільність банківської системи, захист інтересів вкладників і кредиторів. Аналогічне за змістом визначення закріплене у частині 1 статті 67 Закону України "Про банки і банківську діяльність", проте зазначена норма не включає в себе словосполучення "фінансова стабільність" як це передбачено у попередньому нормативному акті. Крім того, дещо звужена мета в частині захисту інтересів вкладників і кредиторів банку, оскільки об'єктом їх захисту є лише кошти, що знаходяться на банківських рахунках. На нашу думку, розбіжності у нормативних визначеннях мети банківського нагляду свідчить про наявність проблем правотворчості в Україні [26, с. 121–124].

Вважаємо, що при з'ясуванні цілей банківського контролю в якості базового визначення необхідно використовувати частину 1 статті 55 Закону України "Про Національний банк України". Аналіз цієї дефініції підтверджує спрямованість банківського контролю на захист системного інтересу – фінансової стабільності банківської системи.

Як показує світовий досвід, діяльність органів банківського контролю не зводиться до запобігання краху окремо взятого банку [16, с. 187]. Фінансова неспроможність окремо взятої банківської установи є цілком нормальним явищем і, насамперед, в країнах, в яких відбувається становлення кредитної системи. Так, в Україні станом на березень 2006 р. ліквідується 20 банківських установ, або 10,6% від загальної кількості в державному реєстрі банків. З них 15 ліквідуються згідно рішення НБУ, чотири – по рішенню господарських судів і один – по рішенню зборів акціонерів [53, с. 13].

Цікаву думку з цього приводу висловлює російський дослідник банківського права – Тосунян Г.А., який схвалює політику центробанку спрямовану на відсіювання з кредитного ринку сумнівних банків, проте наголошує на необхідності врахування інтересів вкладників у цьому процесі [4].

Вважаємо, що дана теза підтверджується сучасними реаліями. Зокрема, загальновідомим є той факт, що в Україні більшість українських банків не функціонують як повноцінні і самостійні бізнес одиниці. Як правило, біля банків існують цілі мережі господарських структур, які створили банк, або ж виникли на його базі, а самі банки частіше за все виконують функцію розрахункових центрів, що обслуговують та оптимізують фінансові потоки подібних "конгломератів" [48, с. 9]. Правові наслідки такої "банківської діяльності" можна проілюструвати на прикладі банкрутства ВАТ "АКБ "Гарант", який за даними НБУ станом на 01 січня 2005 року займав 155-е місце серед українських банків. Серед причин фінансового краху даної кредитної установи центробанк виділяв операції з високим ризиком, які проводилися екс керівництвом фінустанови, а також понадлімітне кредитування афілійованих осіб і придбання векселів у фіктивних фірм. Знаковим є те, що перебуваючи в передкризовому стані, ВАТ "АКБ "Гарант" провів рекламну акцію по залученню вкладів (депозитів) населення, згідно умов якої, вкладникам гарантувалася виплата 22% річних, хоча середня ставка по депозитах в українських банках була нижче 18%.

Отже, підтримуючи думку Тосуняна Г.А., дозволимо собі повторитися, що домінуючою метою банківського контролю є "системний інтерес", а саме – належне функціонування банківської системи держави, що покладає обов'язок на регулятора витісняти з кредитного ринку сумнівних гравців, діяльність яких підриває довіру населення до фінансової системи держави.

Разом з тим, реалії сьогодення вимагають зваженого підходу центробанку у відносинах з системоутворюючими банками, фінансовий крах яких провокує не тільки фінансову нестабільність в окремо взятій державі, але й тягне за собою регіональну чи світову банківські кризи. Історія банківської діяльності містить численні приклади цього: крах західнонімецького банку "Банкхаус Херштатт" в 1977 р.; крах італійського банку "Банко Амброзіано" в 1982 р.; крах британського банку "Банк міжнародного кредиту і торгівлі" в 1991р.; крах британського банку "Берінгінс банк" в 1995р. [16, с. 148–153]. З іншого боку банкрутство великих банків стало каталізатором міжнародного співробітництва у цій сфері, а також посприяло вдосконаленню методів банківського нагляду.

З наведеного вище вбачається, що цілі банківського контролю віддзеркалюють суспільний інтерес. Окремі вчені відносять такий суспільний інтерес до різновиду публічного інтересу, який регулюється публічними галузями права внаслідок визнання його державою [35, с. 33]. Проте у випадку з банківським контролем можемо відстежити сплав приватних та публічних інтересів у сфері фінансового права, що вимагає не тільки юридичного переосмислення, але й філософського. Відомий радянський юрист-фінансист Ровінський Ю.А., досліджуючи проблеми розвитку фінансового права в капіталістичних країнах, відзначав посилення впливу держави на кредитну-грошову сферу. При цьому науковець підкреслював, що ціллю такої діяльності є вплив на

господарські процеси з тим, щоб досягнути стабільності економічного розвитку [44, с. 27].

Для реалізації цієї мета держава в особі центробанку встановлює загальні "правила гри" суб'єктам банківської діяльності. До повноважень регулятора належать: визначення нормативів власного капіталу та ліквідності, обмеження банківської діяльності, пов'язані з ризиками тощо.

Як бачимо, спрямованість контролюючих функцій центробанку на забезпечення фінансової стабільності банківської системи є пріоритетною ціллю в регулюванні банківської діяльності. Разом з тим, виходячи з диспозиції частини 1 статті 55 Закону України "Про Національний банк України", головною метою банківського нагляду є також і захист інтересів вкладників, кредиторів. Тут виникає питання, чи не дискримінує держава учасників приватноправових відносин? Адже акцентуючи увагу на інтересах одних суб'єктів зобов'язальних відносин держава "забуває" про їх контрагентів – комерційні банки. Однак, на нашу думку, процитована норма в черговий раз підтверджує особливу соціально-правову природу комерційного банку, який виконує не стільки комерційні як публічні функції [50, с. 2–6].

Окремі вчені обґрунтовують необхідність захисту інтересів вкладників відсутністю інформації в останніх для визначення розмірів ризиків у діяльності банків [33, с. 30]. Дане твердження має не тільки теоретичне, але і практичне підґрунтя, адже рядовому вкладнику досить складно спрогнозувати можливі проблеми у банківській установі. Обґрунтувати сказане можна на прикладі кризи АКБ "Інтерконтинентбанк", жертвами якої стали не тільки рядові вкладники, але й провідні вітчизняні економісти, працівники прокуратури, співробітники місцевого представництва Всесвітнього банку і професіональні інвестори [49, с. 9].

Використаний нами приклад свідчить про відсутність чіткої процедури розкриття інформації щодо діяльності банківських установ. Нормативні акти НБУ, в яких викладені вимоги по складанню фінансової звітності комерційними банками, далекі від досконалості. Зокрема, у відповідності до постанови правління НБУ № 598 від 07.12.2004 року "Про порядок складання і опублікування фінансової звітності банків України" [42], банки публікують в офіційних друкованих виданнях лише загальні відомості про результати своєї діяльності. При цьому достовірність таких звітів досить часто викликає сумніви. Тож у рядового вкладника відсутня можливість проаналізувати ці відомості та передбачити перспективи розвитку банківської установи, якій були довірені кошти.

Для виправлення існуючого становища центробанк вживає заходів в напрямку розширення переліку обов'язкових показників у складі фінансової звітності, що підлягають опублікуванню. Тенденція до об'єктивного висвітлення інформації про фінансову діяльність банківських установ простежується не тільки у вітчизняній, але й у світовій банківській системі. Свідченням цьому є нова редакція "Угоди про капітал", або як її називають банкіри та наглядовці – Базель II, що була прийнята Комітетом банківського нагляду у 2004р. [29, с. 2–5]. Дана угода доповнює облікові стандарти щодо звітності і вимагає від банків розкриття інформації кількісного (статей звітності, показників і коефіцієнтів) та якісного (інформацію про корпоративну структуру банку, цілі управління різними портфелями, практику ризик-менеджменту тощо) характеру.

Таким чином, ступінь інформованості рядового вкладника (кредитора) про реальне фінансове становище банківської установи дає підстави оцінювати ефективність банківської системи і банківського нагляду.

Констатуючи спрямованість банківського нагляду на захист інтересів вкладників можна дійти висновку про тотожність цілей банківського нагляду і системи страхування депозитів. Як вже зазначалося, банкрутство банківських установ є цілком нормальним явищем для будь-якої банківської системи. Відтак принципове значення для держави та вкладників є наявність фінансових ресурсів для відшкодування вкладникам коштів у разі неможливості виконання банками вимог щодо повернення вкладів. З цією метою був прийнятий Закон України "Про Фонд гарантування вкладів фізичних осіб" [20, с. 30]. Згідно визначення Нечай А.А., цей Фонд є новим публічним фондом соціального призначення, кошти якого належать державі [35, с. 79].

Однак, щоб бути послідовним зазначимо, що використання механізмів закріплених у Законі України "Про Фонд гарантування вкладів фізичних осіб" відбувається вже після порушення інтересів вкладників. Так, згідно статті 30 процитованого Закону, вкладники набувають право на одержання гарантованої суми відшкодування коштів за вкладами за рахунок коштів Фонду в грошовій одиниці України з дня недоступності вкладів, тобто з дня призначення ліквідатора банку. Тобто, особливістю системи страхування депозитів є направленість на соціальний захист "малих" вкладників від ризиків, захист банківської системи від фінансової кризи та сприяння створенню і мобілізації заощаджень [36, с. 17–21].

Між тим, цілі банківського нагляду сформульовані в частини 1 статті 55 Закону України "Про Національний банк України" по своїй суті мають превентивний характер та охоплюють всі категорії кредиторів банківських установ як фізичних, так і юридичних осіб.

Проведений аналіз дозволяє зробити висновок, що: банківський нагляд (контроль) є провідником економіко-правових інтересів держави у сфері банківської діяльності. Водночас цілі банківського нагляду є прикладом симбіозу суспільного і приватного інтересу, а саме: забезпечення стабільного функціонування банківської системи та захист інтересів вкладників, кредиторів банків. Превентивний характер цілей банківського контролю покладає на його виконавців обов'язок запобігати правопорушенням у банківській діяльності через загрозу масштабної кризи всієї системи.

1. *Агафонова Н.В.* Правовий режим акредитиву як форми безготівкових розрахунків / Дис...канд.. юрид. наук: 12.00.07/ Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка – К., 2002 – 192 с. 2. Адміністративне право України: Підручник / Ю.П. Битяк, В.М. Гаращук, О.В. Дяченко та ін.; За ред. Ю.П. Битяка. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 544 с. 3. *Ашмарина Е.М.* Структура финансового права РФ на современном этапе / Государство и право, 2004. – № 9 – С. 89–96. 4. Банкирі требуют самостоятельности // Деловой журнал "Банковское обозрение", 2005 – № 3 [http://bo.bdc.ru/2005/3/event. shmtl (13.01.2006)]. 5. *Беккерская Д.А.* Финансовое право в XXI веке: основные проблеми и пути развития // Финансовое право, 2005. – № 1. – С. 2–3. 6. *Беляев В.П.* Контроль как форма юридической деятельности и гарантая законности – Право и политика, 2004. – № 2. – С. 9–19. 7. *Воронова Л.К.* Фінансове право України: Підручник – К.: Прецедент; Моя книга, 2006. – 448 с. 8. *Воронова Л.К., Кучерявенко Н.П.* Финансовое право: Учебное пособие для студентов юридических вузов и факультетов – Харьков: Легас, 2003. – 360 с. 9. *Гавальда К., Стуфле Ж.* Банковское право: учреждения, счета, операции, услуги. – М., 1996. – С. 7. 10. *Горшенев В.М., Шахов И.Б* Право как средство социального управлення – М.: Наука, 1988. – С. 52–57. 11. *Грачева Е.Ю.* Развитие государственного финансового контроля в Российской Федерации как тенденція формирования социального государства // Международная научно практическая конференція "Финансовое право в условиях рынка в XXI веке" посвященная юбилею кафедры финансового права и бухгалтерского учета МГЮА – М., 2005. – с. 111–112. 12. *Грачева Е.Ю.* Финансовая деятельность и финансовый контроль в системе социального управлення - Финансовое право, 2003. – № 2-0.8-12. 13. *Грачева Е.Ю.* Правовая форма финансового контроля – Финансовое право – 2003 – № 3 – С. 3–6. 14. Директива Ради 92/121/ЄЕС від 18.12.1992 р. "Про моніторинг і контроль великих ризиків кредитних інститутів".15. *Древаль Л.Н.* К вопросу о предмете, методе и системе финансового права – Финансовое право – №2. – 2005 – С. 2–4. 16. *Ерыілева Н.Ю.* Международное банковское право: Учеб. пособие – М.: Дело, 2004. – 480 с. 16. *Ефимова Л.Г.* Банковское право.

Учебное и практическое, пособие – М.: Издательство БЕК – 1994 – 360 с. 17. Закон України "Про банки і банківську діяльність" №2121 -III від 07.12.2000 року // Відомості Верховної Ради України, 2001, № 5-6 (09.02.2001) ст.30. 18. Закон України "Про платіжні системи і переказ коштів в Україні" №2346-111 від 05.04. 2001року // Відомості Верховної Ради України 2001 – №29/ (20.07.2001) ст.137. 19. Закон України "Про фонд гарантування вкладів фізичних осіб" №2740-111 від 20 вересня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України – №5 – С. 30. 20. *Казакбиева Л.Т.* Банковский надзор как финансово-правовая категория/ Финансовое право-2004 – № 5 – С. 65–68. 21. *Карасева М.В.* Финансовое правоотношение – М., Норма, 2001. – С. 33. 22. *Качан О.О.* Банківське право: Навч. посіб. – К.: Школа, 2004. – 320 с. 23. *Клещенко Ю.Г., Савченко М.М.* Место и роль института государственного контроля в общей системе российского финансового права – Финансовое право, 2003. – № 4 – С. 6–7. 24. *Козырин А.Н.* Соотношение частного и публичного в финансовом праве// Журнал российского права. – 2003. – № 1. – С. 142. 25. *Коростей В.* Проблеми правотворчості в Україні – Право України – 2004 – № 3 – С. 121–124. 26. *Костюченко О.А.* Банківське право: Банківська система. Національний банк. Комерційні банки. Розрахунки і кредитування. Ринок цінних паперів. Національне валютне законодавство. Банківські системи зарубіжних країн. Інститут банківської таємниці: Підручник. – 3-тє вид. – К.: Видавництво А.С.К., 2003. – 928 с. 27. *Кротюк В.Л.* Правовий статус Національного банку України: Дис... канд. юрид. Наук: 12.00.07/ НАН України; Інститут держави і права ім. Корецького – К., 1999. – 201 с. 28. *Кротюк В., Куценко О.* Базель II: нова концептуальна редакція Базельської угоди про капітал – Вісник НБУ-№3-2006-0.2-5. 29. *Крохина Ю.А* Финансовое право современной России: итоги формирования й перспективы развития // Международная научно практическая конференция "Финансовое право в условиях рынка в XXI веке" посвященная юбилею кафедры финансового права и бухгалтерского учета МГЮА – М., 2005. – с. 110-111. 30. *Кузнєцов Н.Г., Барашен М.М., Дружинин Д.Н., Рукавишников И.В.* Банковское право: Учебное пособие/ Рост. гос. экон. Универ. – Ростов н/Д., 2000 – 248 с. 31. *Кучерявенко М.* До питання про систему фінансового права / Право України, 2003 – № 4. – С. 35–37. 32. *Любунь О.С., Раєвський К.Є.* Банківський нагляд: Підручник. – К.: Центр навчальної літератури, 2005. – 416 с. 33. *Мусаткина А.А.* Цели финансовой ответственности как разновидность целей финансово-правовой политики – Право й политика, 2004. – № 12. – С. 100–109. 34. *Нечай А.А.* Проблеми правового регулювання публічних фінансів та публічних видатків: Монографія. – Вид. 2-ге, стереотипне. – Чернівці: Рута, 2006. – 264 с. 35. *Огієнко В., Раєвська Т.* Досвід захисту вкладів у Болгарії. – Вісник НБУ. – № 4. – 2006. – С. 17–21. 36. *Орлюк О.П.* Банківське право: Навч. посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – 376 с. 37. *Орлюк О.П.* Теоретичні питання банківського права і банківського законодавства. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 104 с. 38. *Очкуренко С.В.* Правовое регулирование отношений, возникающих в процесе кредитной деятельности коммерческих банков: Дис...канд..юрид.наук: 12.00.07 / Киевский национальнъій ун-т им. Тараса Шевченко, 2000. – 260 л. 39. *Пацурківський П.С.* Системообразующие факторы в финансовом праве // Международная научно практическая конференция "Финансовое право в условиях рынка в XXI веке" посвященная юбилею кафедры финансового права й бухгалтерского учета МГЮА – М., 2005. – с. 111. 40. *Пискотин М.И.* Об учебном курсе "Основы банковского права РФ" // Государство и право. – 1996. – №1. – С. 107–108. 41. Постанова Правління Національного банку України № 598 від 07.12.2004 року "Про порядок складання і опублікування фінансової звітності банків України" // Офіційний вісник України, 2004, № 52 (14.01.05) (частини 1) ст.3456. 42. *Пришва Н.Ю.* Фінансово-правове регулювання відносин зі справляння обов'язкових платежів: актуальні питання // Право України – 2004. – № 5 – С. 51. 43. *Ровинский Е.А.* Вопросы советского финансового права – М., 1971. – 182 с. 44. *Рукавишникова И.В.* К вопросу об особенностях метода финансового права/ Государство и право. – 2004. – №4. – С. 36–41. 45. *Савченко Л.А.* Правові проблеми фінансового контролю в Україні: Дис... д-ра юрид. наук: 12.00.07/ Академія держ. Податкової служби України. – Ірпінь, 2002. – 455 с. 46. *Скакун О.Ф.* Теорія держави і права: Підручник / Пер з рос. – Харків: Консум, 2001. – 656 с. 47. *Сколотяный Ю.* За честь мундира – Зеркало недели, 2006. – № 11 (590). – С. 9. 48. *Сколотяный Ю.* Как Мазаю уследить за всеми своими зайцами – Зеркало недели, 2006 – № 13 (592). – С. 9. 49. Состояние научных исследований правовых основ банковской системы РФ й перспективы их развития – Финансовое право. – № 6. – 2003. – С. 2. 50. *Тосунян Г.А., Викулин А.Ю., Змалян А.М.* Банковское право Российской Федерации. Общая часть: Учеб/ Под ред. Б.П. Топорнина. – М.: Юристь, 1999. – 448 с. 51. Финансовое право Российской Федерации: Ученик / Ответ. ред. М.В. Карасева – М.: Юристь, 2004. – 576 с. 52. *Хлыстюк Е.* НБУ ополчился на банкротов-Деловая столица. – 2006. – № 14/256 – С. 13. 53. Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: "Укр. енцикл.", 2001. – Т.3. – 789 с.

Надійшла до редколегії 19.12.06

Г. Пономаренко, канд. пед. наук, доц.

СПОСОБИ ПІДТРИМАННЯ ЗАКОННОСТІ УПРАВЛІННЯ У СФЕРІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВНУТРІШНЬОЇ БЕЗПЕКИ ДЕРЖАВИ

Досліджуються способи підтримання законності управління у сфері забезпечення внутрішньої безпеки держави.
Ways of legal streghtening of national security measures are examined in the article.

Управління внутрішньою безпекою як один із напрямків діяльності адміністративно-політичного апарату Української держави ґрунтується на загальних принципах, методах та формах управління у сфері адміністративно-політичної діяльності, є одним із його видів. Цим обумовлено не тільки характеристики управлінської діяльності у зазначеній сфері, але і вимоги, принципи та засоби забезпечення її законності.

Питання забезпечення законності в державному управлінні досліджували В.Б. Авер'янов, О.Ф. Андрійко, Ю.П. Битяк, А.С. Васильєв, В.М. Гаращук, А.Т. Комзюк, В.К. Колпаков, Р.С. Мельник, Н.Р. Нижник, В.Ф. Опришко, В.В. Цвєтков та ін. Разом з тим у вітчизняній юридичній літературі проблеми законності управління у сфері забезпечення внутрішньої безпеки висвітлені ще недостатньо, що обумовлює актуальність обраного напрямку наукового пошуку. Крім того, у науковій літературі не склалося єдиної думки щодо сутності самого поняття "законність", способів (засобів) її забезпечення та системи органів (суб'єктів), які її забезпечують, з'ясування яких дозволить визначити особливості забезпечення законності управління у сфері внутрішньої безпеки держави. Вирішенню цих та інших проблемних питань у сфері забезпечення внутрішньої безпеки держави і присвячену цю статтю.

В тлумачних словниках законність визначається як "загальноприйняте, усталене правило співжиття, норма поведінки, що охороняється законами" [1, с. 67] або як "виключне надбання правової держави, яке виражається в режимі панування закону у взаємовідносинах особистості та держави, громадянина та посадової особи (органу держави)" [2, с. 41]. Слід зазначити, що законодавчого визначення поняття законності не існує, теж саме стосується і поняття закону. У науковій літературі під законністю здебільшого розуміють "неухильне виконання законів та відповідних їм інших нормативних актів органами держави, посадовими особами, громадянами та громадськими організаціями" [3, с. 157], а під законом "нормативно-правовий акт представницького вищого органу державної влади (або безпосередньо народу), який регулює найважливіші питання суспільного життя, установлює права і обов'язки громадян, має вищу юридичну чинність і приймається з дотриманням особливої законодавчої процедури" [4, с. 316].

Як зазначає, О.Ф. Скакун, "термін "законність" є похідним від терміна "закон" і, будучи комплексним поняттям, охоплює всі сторони життя права – від його ролі в створенні закону до реалізації його норм в юридичній практиці. Законність відображає правовий характер організації суспільно-політичного життя, органічний зв'язок права і влади, права і держави, права і суспільства" [4, с. 446]. Погоджуючись в цілому з таким розумінням законності, не можемо приєднатися до такої думки, що "законність є похідним від терміна "закон", що значно звужує розуміння її сутності. На нашу думку, законність це не лише дотримання (виконання) вимог зако-

© Пономаренко Г., 2007

нів, а й інших законодавчих та підзаконних нормативно-правових актів.

У науковій літературі приводиться різний перелік ознак законності. Так, наприклад, Ю.П. Битяк до таких ознак відносить наявність: певних економічних умов; розвинутої політичної системи; механізму соціального захисту населення; науково обґрунтованої системи норм права, що відповідає вимогам часу і доступна для розуміння усіма суб'єктами державного управління; механізму примусу, який чітко працює в межах закону; високу правову культуру громадян і апарату виконавчої влади, яка, в свою чергу, є наслідком загального рівня освіти і культури суспільства [5, с. 216–217]. О.Ф. Скакун, зазначає, що "законність характеризується поєднанням двох ознак: зовнішньої (формальної) – обов'язком виконувати розпорядження законів і підзаконних правових актів державними органами, посадовими особами, громадянами і різними об'єднаннями; внутрішньої (сутнісної) – наявністю науково обґрунтованих і відповідних праву законів; якістю законів [4, с. 446].

Аналіз наукової літератури в якій аналізувались проблеми законності діяльності державних органів надав змогу зробити висновок, що законність, залежно від мети та завдань того чи іншого дослідження розглядалась з різних аспектів, зокрема як: принцип, метод, режим, гарантія чи вимога [6-11 та ін.], що підкреслює багатосторонність цієї категорії.

На нашу думку, законність передбачає такий стан взаємовідносин між спеціальними суб'єктами забезпечення внутрішньої безпеки в державі та фізичними (юридичними) особами при якому їх діяльність як зовнішня, так і внутрішньо-організаційна відповідає вимогам законів, інших законодавчих та підзаконних актів. У зв'язку з чим, вважаємо доцільним виділити два аспекти забезпечення законності у досліджуваній нами сфері: 1) забезпечення законності під час зовнішньо-адміністративної діяльності спеціальних суб'єктів забезпечення внутрішньої безпеки в державі, тобто дотримання вимог нормативно-правових актів у відносинах із фізичними та юридичними особами, які не перебувають з ними у службовій підлеглості (під час публічних відносин); 2) забезпечення законності під час їх внутрішньо-організаційної діяльності, зокрема під час державно-службових відносин, у відносинах типу "керівник-підлеглий" (встановлення режиму робочого часу, надання відпусток, накладення дисциплінарних стягнень тощо).

Забезпечення законності як під час зовнішньо-адміністративної, так і внутрішньо-організаційної діяльності спеціальних суб'єктів забезпечення внутрішньої безпеки відрізняється як за її засобами, так і за суб'єктним складом. Так, забезпечення законності під час зовнішньо-адміністративної діяльності спеціальних суб'єктів здійснюється за допомогою таких адміністративно-правових засобів як: контроль, нагляд та право на звернення. Для забезпечення законності внутрішньо-організаційної діяльності спеціальних суб'єктів забезпечення внутрішньої безпеки більш характерним є такий засіб як внутрівідомчий контроль, який здійснюється як спеціально створеними у структурі цих органів контрольними підрозділи, наприклад внутрішньої безпеки, так і керівниками усіх рівнів.

Переважна більшість адміністративістів до способів забезпечення законності в державному управлінні відносять: контроль, нагляд та право на звернення, з чим ми цілком погоджуємось. Так, Ю.П. Битяк зазначає, що "законність і дисципліна в державному управлінні забезпечуються трьома основними способами – проведенням контролю, здійсненням нагляду та за допомогою звернень громадян" [5, с. 217]. Розглянемо ці способи детальніше.

Контроль є одним з найпоширеніших і дієвих способів забезпечення законності. Його сутність полягає в тому, що суб'єкт контролю здійснює облік і перевірку того, як контрольований об'єкт виконує покладені на нього завдання і реалізує свої функції шляхом втручання в оперативну діяльність останнього, давання йому обов'язкових для виконання вказівок, припинення, зміни чи скасування актів управління, вжиття заходів примусу, у тому числі і шляхом притягнення до відповідальності. На нашу думку, з'ясувати сутність контролю як одного із способів забезпечення законності діяльності спеціальних суб'єктів у сфері внутрішньої безпеки в державі допоможе його класифікація. Ми пропонуємо таку класифікацію видів контролю як способу забезпечення законності діяльності спеціальних суб'єктів забезпечення внутрішньої безпеки в державі:

Залежно від контролюючих суб'єктів: парламентський; президентський; урядовий; спеціалізований; відомчий; муніципальний (представницький); судовий; громадський. Так, суб'єктами парламентського контролю є Верховна Рада України як колегіальний орган, її парламентські комітети та спеціальні комісії, окремі депутати. Відповідно до ст.8 Закону України "Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави", Верховна Рада України, реалізуючи установчі й законодавчі функції здійснює парламентський контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави, зокрема: визначає основи національної безпеки, забезпечення громадського правопорядку; при затвердженні Державного бюджету України визначає розмір витрат на забезпечення державної безпеки України і громадського порядку із зазначенням конкретного спрямування бюджетних асигнувань; визначає правовий режим державного кордону України тощо [12]. У цьому ж Законі визначені контрольні повноваження й інших суб'єктів, а саме: Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини; Президента України; Ради національної безпеки і оборони України; Кабінету Міністрів України; центральних та місцевих органів виконавчої влади; органів місцевого самоврядування; органів прокуратури України та судових органів; громадян України та громадських організації, утворюваних відповідно до Конституції України для здійснення та захисту прав і свобод громадян та задоволення їхніх політичних, економічних, соціальних, культурних інтересів; засобів масової інформації.

Звичайно основним критерієм розмежування між цими видами контролю (парламентським, президентським, урядовим, спеціалізованим, відомчим, муніципальним (представницьким), судовим, громадським) є суб'єкт його здійснення, однак визначені нами вище види контролю мають й інші особливості. Так, до особливостей парламентського, президентського та урядового контролю необхідно віднести те, що вони реалізуються в основному під час нормотворчої роботи, тобто розробки і прийняття обов'язкових для виконання загальнодержавних нормативно-правових актів з питань забезпечення внутрішньої безпеки. Особливість спеціалізованого контролю полягає у тому, що його об'єктом є певна сфера діяльності (дотримання правил пожежної безпеки, санітарно-епідеміологічних правил, правил використання енергоресурсів тощо) – з одного боку, та здійснення цього виду контролю спеціалізованими органами – з другого. До особливостей *відомчого* контролю ми відносимо такі: здійснюється органами (підрозділами, посадовими особами), які входять до організаційно-штатної структури органу який перевіряється; оперативність такого контролю; виступає як складова частина організаційної роботи, невід'ємний елемент

керівництва діяльністю підконтрольних органів. Особливість муніципального (представницького) контролю полягає у тому, що: представницькі органи наділені широким колом делегованих їм державою повноважень і питань, вирішення яких покладено на них; вони мають виключну компетенцію на встановлення відповідно до законодавства правил з питань благоустрою території населеного пункту, забезпечення в ньому чистоти і порядку, торгівлі на ринках, додержання тиші в громадських місцях. Основна особливість судового контролю як засобу забезпечення законності діяльності досліджуваної нами групи органів полягає у тому, що він має юрисдикційний та періодичний характер, так як здійснюється не постійно, а лише під час розгляду та вирішення окремих спорів. Особливістю громадського контролю є те, що його суб'єкти, як правило, не мають права втручатися в оперативну діяльність досліджуваної нами групи органів, а їх рішення мають здебільшого рекомендаційний характер і носить профілактичне спрямування.

Залежно від спрямованості (організаційного зв'язку між контролюючим суб'єктом і підконтрольним об'єктом): зовнішній контроль який здійснюється органами, що не входять до організаційно-штатної структури підконтрольного суб'єкта; внутрівідомчий який здійснюється у середині певного відомства.

За обсягом: загальний коли перевіряються усі напрямки діяльності спеціальних суб'єктів забезпечення внутрішньої безпеки в державі (такий контроль, як правило здійснюється під час комплексних перевірок); спеціальний, під час якого перевіряється один або декілька напрямків їх діяльності, і який у зв'язку з цим може бути фінансовим, внутрішньогосподарським та ін.

Усі інші критерії класифікації видів контролю, які пропонуються в науковій літературі, а саме: 1) залежно від управлінської стадії, на якій здійснюється контроль; 2) залежно від його форми; 3) за відкритістю (гласністю); 4) напрямками втручання в оперативну діяльність підконтрольної структури; 5) ступеня втручання в оперативну діяльність підконтрольного органу; 6) часу його проведення [13, с. 525–526; 14, с. 195] мають, на нашу думку, здебільшого теоретичне ніж практичне значення.

Іншим способом забезпечення законності діяльності спеціальних суб'єктів, які виконують завдання із забезпечення внутрішньої безпеки в державі є нагляд. У тлумачних словниках нагляд здебільшого визначається як "спостереження з метою перевірки" [15, с. 144]. На нашу думку, нагляд як засіб забезпечення законності необхідно розглядати у широкому та вузькому значенні. У широкому, як діяльність яка здійснюється будь-яким суб'єктом; у вузькому – лише органами прокуратури. Як зазначає Ю.П. Битяк, "контроль слід відрізняти від близького до нього виду державної діяльності – нагляду, хоча у них є деякі однакові риси, їх поєднують єдина мета – забезпечення законності і дисципліни в державному управлінні, форми здійснення роботи – перевірки, витребування звітів, пояснень та ін., обов'язковість вказівок. Але контроль на відміну від нагляду проводиться повсякденно і безперервно широким колом органів. Нагляд же здійснює єдиний державний орган – прокуратура" [5, с. 221–222]. З наведеного видно, що вчений розглядає нагляд у вузькому значенні. Такий підхід ми вважаємо найбільш обґрунтованим, так як він унеможливлює термінологічну плутанину під час використання категорій нагляду та контролю. Так, наприклад, деякі органи визначені як органи нагляду (органи державного санітарно-епідеміологічного нагляду, органи ветеринарно-санітарного нагляду, органи державного портового нагляду, органи пожежного нагляду, органи державного енергетичного нагляду та багато інших, яких є більше тридцяти в Україні), але вони фактично здійснюють контроль а не нагляд.

На нашу думку, поняття контролю є ширшим від нагляду, так як під час його здійснення перевіряється не лише систематичність виконання певної діяльності, а й контролюючим органам надане право втручатися в оперативну діяльність підконтрольних об'єктів у формі видання обов'язкових для виконання вказівок, застосування примусових заходів, притягнення до відповідальності тощо. У свою чергу, завданням нагляду є лише виявлення та попередження правопорушень, органи прокуратури не мають права втручатися в оперативну діяльність, застосовувати примусові заходи, притягати до відповідальності, однак це не означає їх меншу значущість у забезпеченні законності.

Прокуратура, здійснюючи нагляд, лише ставить питання про усунення виявлених нею порушень законодавства. Прокурор приносить протест, вносить припис або подання про усунення порушень закону або виносить постанову про дисциплінарне провадження, провадження в справі про адміністративне правопорушення або про порушення кримінальної справи відносно винних осіб, але самостійно ніяких конкретних дій по ліквідації (припиненню) протиправної ситуації не здійснює. Конкретні дії щодо наведення порядку здійснюють компетентні посадові особи – сама особа, винна у вчиненні правопорушення, або вища посадова особа, яка має право втручатися в оперативну діяльність підконтрольного їй об'єкта [5, с. 222]. Однак в деяких випадках окремі акти прокурорського реагування, зокрема припис (ст.22 Закону України "Про прокуратуру") підлягають негайному виконанню, але і у цьому випадку прокурор не може притягти винну особу до відповідальності за невиконання припису. Тут, на нашу думку, нагляд співпадає за змістом з деякими владно-розпорядчими повноваженнями начальників воєнізованих правоохоронних органів, наприклад, ОВС, які під час виявлення правопорушення також не можуть правопорушника самостійно притягнути до дисциплінарної відповідальності, однак зобов'язані про факт порушення дисципліни доповісти керівнику правопорушника. Тобто у цьому випадку також можна говорити про наглядові повноваження, однак у їх широкому значенні.

Іншим ефективним способом забезпечення законності діяльності спеціальних суб'єктів із забезпечення внутрішньої безпеки в державі є реалізація права фізичних та юридичних осіб на звернення, що передбачено ст.40 Основного закону України відповідно до якої "усі мають право направляти індивідуальні чи колективні письмові звернення або особисто звертатися до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів, які зобов'язані розглянути звернення і дати обґрунтовану відповідь у встановлений законом строк. Крім того, одному із видів звернень, а саме скарзі присвячено окрему статтю Конституції в якій зазначено, що кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб (ст.55).

Слід зазначити, що не всі звернення громадян можна віднести до заходів, які забезпечують законність діяльності досліджуваної нами групи органів. Тільки скарги і заяви про порушення чинного законодавства та недоліки в роботі тих чи інших органів та їх працівників слугують підставою для проведення контрольно-наглядових дій з метою усунення порушень і недоліків, які були в них описані. На відміну від пропозицій, які також є різновидом звернень громадян, і в яких висловлюються порада, рекомендація, у заявах та скаргах йдеться про порушення

чинного законодавства чи певні недоліки, про поновлення прав і захист законних інтересів.

В Конституції закріплено обов'язок органів державної влади та їх посадових осіб щодо розгляду звернень та надання обґрунтованої відповіді на них у встановлений строк (ст.40). З чого можна зробити висновок, що право на звернення кореспондується з обов'язком відповідних органів (посадових осіб) щодо їх розгляду.

Заяви та скарги мають подвійне значення, з одного боку вони є способом захисту прав, свобод і законних інтересів фізичних осіб та прав і законних інтересів юридичних осіб у сфері внутрішньої безпеки, з другого – сигналізують про існуючі недоліки в роботі спеціальних суб'єктів забезпечення внутрішньої безпеки в державі, є підґрунтям для застосування інших способів забезпечення законності, зокрема контролю та нагляду. Отже, захищаючи свої законні права і свободи у сфері внутрішньої безпеки, громадяни тим самим звертають увагу компетентних органів на порушення законодавчих та інших нормативних актів у цій сфері.

На завершення зазначимо, що значення забезпечення законності в діяльності досліджуваної нами групи спеціальних суб'єктів полягає в: попередженні та припиненні порушень прав, свобод і законних інтересів фізичних осіб та прав і законних інтересів юридичних осіб, які є учасниками правовідносин у сфері внутрішньої безпеки; притягненні винних осіб до відповідальності; своєчасному, повному і достовірному інформуванні населення про діяльність спеціальних суб'єктів забезпечення внутрішньої безпеки держави; вихованні учасників правовідносин в сфері забезпечення внутрішньої безпеки держави у дусі суворого додержання існуючих правил (вимог).

1. Новий тлумачний словник з української мови. У чотирьох томах. / Уклад. В.Яременко. – Том 2. – К.: "Аконіт", 1998. – 910 с. 2. Русско-украинский словарь терминов по теории государства и права / Под общ. ред. Н.И. Панова. – Харьков: Рубикон, 1993. – 164 с. 3. *Бахрах Д.Н.* Административное право: Учебник. Общая часть. – М.: Издательство БЕК, 1993. – 724 с. 4. *Скакун О.Ф.* Теорія держави і права: Підручник / Пер. з рос. – Харків: Консум, 2001. – 656 с. 5. Адміністративне право України: Підручник для юрид. вузів і фак. / За ред. Ю.П. Битяка. – Харків: Право, 2000. – 520 с. 6. *Ремнев В.* Социалистическая законность в государственном управлении. – М.: Наука, 1979. – 301 с. 7. *Лазарев В.В.* Законность: форма или метод. – М.: Изд-во "Знание", 1992. – 154 с. 8. *Кудрявцев В.Н.* Законность: содержание и современное состояние. – М.: Юрист, 1988. – 320 с. 9. *Бахрах Н.Д.* Вопросы законности в государственном управлении // Правоведение. – 1992. – № 3. – С. 9–12. 10. *Мельник Р.С.* Забезпечення законності застосування заходів адміністративного примусу, не пов'язаних з відповідальністю: Дис… канд. юрид. наук. – Харків, 1999. – 211 с. 11. *Стародубцев А.А.* Організаційно-правові питання діяльності інспекцій з особового складу щодо зміцнення законності і дисципліни в органах внутрішніх справ. Дис. … канд. юрид.наук. – Х., 1999. – 176 с. 12. Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави: Закон України від 19 червня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 46. – Ст. 366. 13. *Колпаков В.К., Кузьменко О.В.* Адміністративне право України: Підручник. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 544 с. 14. *Гаращук В.М.* Теоретико-правові проблеми контролю та нагляду у державному управлінні: Дис. д-ра юрид. наук. – Х.: Національна юридична академія України ім. Я. Мудрого, 2003. – 413 с. 15. *Ожегов С.А.* Словарь русского языка. – М.: Рус. Яз., 1984. – 816 с.

Надійшла до редколегії 30.01.07

О. Шмигова, асп.

ПОНЯТТЯ ТА ЮРИДИЧНІ ОЗНАКИ ПРАВА РЕКРЕАЦІЙНОГО ПРИРОДОКОРИСТУВАННЯ

Присвячено комплексному порівняльно-правовому дослідженню права рекреаційного природокористування за законодавством України та зарубіжних країн. Запропоновано погляд автора на класифікацію цього права, шляхи удосконалення українського законодавства у цій сфері, визначено зміст відповідних правовідносин.

The article is devoted to the comparative law research of right on outdoor recreation in Ukrainian and foreign legislation. Author's opinion on classification of right on outdoor recreation, contents of proper legal relations, own recommendations to improvement of Ukrainian legislation in this sphere have been proposed.

Право рекреаційного природокористування вже неодноразово виступало об'єктом досліджень, про що свідчать праці вчених у галузі екологічного права – В. Андрейцева, А. Бобкової, О. Бондара, М. Васильєвої, С. Імашева, Н. Русановської, О. Ткаченко. Однак, відповідні наукові пошуки стосувалися лише окремих його аспектів в залежності від напряму дослідження, яке, як правило, спиралося на відповідні доробки у цій сфері представників природничих наук, і зокрема географії. Тому на сьогодні серед представників екологічного права ще й досі не має усталеного розуміння поняття і ознак рекреаційного природокористування саме як правової категорії, що й визначає актуальність проведення комплексного дослідження такого права, зокрема, у його суб'єктивному і об'єктивному розумінні, структурних елементів правовідносин, у межах яких воно реалізується. Саме це й визначає мету і завдання цієї статті.

Необхідність проведення такого дослідження обумовлено також практичними нормотворчими завданнями, визначеними у ч. 3 ст. 52 Земельного кодексу України [10] (далі – ЗК України), якою передбачена необхідність прийняття закону про порядок використання земель рекреаційного призначення, Постановою Верховної Ради України "Про державну програму розвитку законодавства України до 2002 року" [16], якою передбачено прийняття Закону України "Про рекреаційні зони". У сучасних умовах на доктринальному рівні також пропонується прийняття Рекреаційного кодексу України або Основ рекреаційного законодавства України [2, с. 386]. У зв'язку з цим, дане дослідження має також своєю метою вироблення практичних нормотворчих пропозицій з питань права рекреаційного природокористування.

Наукові дослідження представників природничих наук та науки екологічного права дозволяють виокремити два підходи до розуміння рекреаційного природокористування, коли воно розглядається як: 1) *організація масового використання* природних ресурсів з метою задоволення рекреаційних потреб суспільства; 2) *індивідуальне використання* людиною природних ресурсів з метою задоволення власних рекреаційних потреб.

Перший підхід був домінуючим за радянських часів, коли такі категорії як "природні рекреаційні ресурси" (далі – ПРР) та відповідно "рекреаційне природокористування" розглядалися лише у рамках організації рекреаційного господарства. Зокрема, основоположники рекреаційної географії вважали, що рекреаційні ресурси позбавлені смислу при розгляді з позицій інтересів окремого відпочиваючого чи груп відпочиваючих [3, с. 5], а Нудельман М.С. визначав рекреаційне природокористування як організацію використання природних багатств з метою задоволення рекреаційних потреб людини [13, с. 4].

Аналогічні погляди домінували і у галузі екологічного права. Так, Івашев С.М. розглядав право рекреаційного природокористування як сукупну діяльність по формуванню і використанню рекреаційного середовища, підкреслюючи, що об'єкти природи виступають у якості рекреаційних ресурсів тоді, коли вони розглядаються з

© Шмигова О., 2007

позицій організаторів відпочинку [11, с. 56]. Таких поглядів дотримується і Бондар Л.О., який вважає, що хоча відпочивати можна теоретично будь-де, проте рекреаційне право встановлює особливий правовий режим саме для рекреаційних комплексів, що відповідним чином впорядковані й організовані – спеціально призначені для відпочинку населення [6, с. 311]. Отже, з правової точки зору це означає, що у відповідних дослідженнях увага приділялася фактично лише праву спеціального рекреаційного природокористування в межах рекреаційних зон.

Лише нещодавно представники як географічної, так і юридичної наук почали дотримуватися другого підходу, розглядаючи ПРР і відповідно рекреаційне природокористування з позицій інтересів окремого відпочиваючого. Так, вчений-географ В.Н. Кислий вважає, що ПРР, задовольняючи суспільні рекреаційні потреби, виступають об'єктом індивідуального споживання і, відповідно, процес рекреаційного споживання не може ототожнюватися із виробничим процесом рекреаційного господарства [12, с. 147]. Яковенко І.М., критикуючи визначення рекреаційного природокористування, запропоноване Нудельманом М.С., зазначає, що автор акцентує увагу на організаційному, управлінському аспекті поняття, що не зовсім правомірно, оскільки процес використання природних ресурсів у рекреаційних цілях часто носить неорганізований, стихійний характер і, відповідно не управляється [20, с. 20].

Подібні погляди на право рекреаційного природокористування останнім часом почали висловлювати і представники науки екологічного права. Чи не вперше на науковому рівні суб'єктивне право загального рекреаційного природокористування було досліджено Русановською Н.О., яка розглядає його як природне, абсолютне, немайнове право, зміст якого випливає зі змісту прав громадян, визначених у Конституції та Законі України "Про охорону навколишнього природного середовища", і яке виявляється у можливості громадян використовувати корисні властивості рекреаційних ресурсів як місця існування людини для підтримки та підвищення своїх життєвих сил [19, с. 102]. Васильєва М.В. зазначає, що суб'єктивне право загального рекреаційного природокористування є найбільш розповсюдженою складовою права загального природокористування [7]. Про загальне використання ПРР за межами рекреаційних зон при здійсненні зеленого туризму відзначає Бондар Л.О. [6, с. 325]

До певної міри ці два підходи були об'єднанні Бобковою А.Г., яка досліджуючи правове забезпечення рекреаційної діяльності, виділила такі види права користування ПРР як: 1) право користування територіями та ресурсами рекреаційного фонду, яке може бути лише спеціальним і розповсюджується лише на території та ресурси, рекреаційна цінність яких підтверджена в установленому порядку і вони придатні для господарського використання; 2) право природокористування у рекреаційних цілях, яке може бути як загальним, так і спеціальним, і розповсюджується на будь-яку територію, відносно якої відсутня заборона такого використання [5, с. 197–202].

Існування різних підходів до розуміння права рекреаційного природокористування серед представників науки екологічного права спонукає до з'ясування його правової природи за допомогою застосування порівняльно-правового методу дослідження українського законодавства та законодавства зарубіжних країн, аналіз відповідних норм якого також дозволяє виокремити аналогічні підходи до його врегулювання. А саме:

- врегулювання права загального рекреаційного природокористування за межами рекреаційних зон, що відповідає підходу науковців, які розглядають рекреаційне природокористування як індивідуальне використання людиною природних ресурсів з метою задоволення власних рекреаційних потреб;
- врегулювання права загального і спеціального рекреаційного природокористування в межах рекреаційних зон, що відповідає підходу науковців, які розглядають рекреаційне природокористування як організацію масового використання природних ресурсів з метою задоволення рекреаційних потреб суспільства.

При дослідженні першого підходу, дотримуючись позиції М. Васильєвої, будемо виходити з того, що право загального рекреаційного природокористування є найбільш розповсюдженою складовою права загального природокористування, тому для них характерні однакові юридичні ознаки. В Україні ці ознаки визначені у ч. 2 ст. 38 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" [17], якою гарантоване право загального природокористування. До цих ознак відносяться: 1) задоволення життєво необхідних потреб, що характеризує дане право як природне право людини; 2) безоплатність; 3) бездозвільний характер; 4) відсутність потреби у закріплені природних ресурсів за окремими особами.

Деталізацію цього права і його обмежень стосовно окремих видів природних ресурсів знаходимо у природоресурсних кодексах.

У ЗК України право загального рекреаційного землекористування як складова частина права загального землекористування не знайшло відображення. Так, лише у ст. 83 ЗК України виділяються землі загального користування в межах населених пунктів, деякі з яких можуть використовуватися у рекреаційних цілях (зокрема, парки, пляжі). Проте, за межами населених пунктів ЗК України такі землі не виділяє і відповідно не зрозуміло: чи можна реалізовувати право загального рекреаційного землекористування за межами населених пунктів і якщо так, то які існують обмеження цього права. Ця проблема набуває дедалі більшої актуальності з двох причин. По-перше, у зв'язку із розвитком в Україні сільського зеленого туризму, який, зокрема, передбачає реалізацію права загального рекреаційного природокористування за межами населених пунктів. По-друге, запровадження приватної власності на землю потребує узгодження публічних інтересів, які виявляються у реалізації такого права, і приватних інтересів осіб, у власності яких перебувають земельні ділянки, що потенційно можуть використовуватися при реалізації цього права.

У ст. 66 Лісового кодексу України [15] (далі – ЛК України) закріплено право загального рекреаційного лісокористування як складова частина права загального користування лісовими ресурсами. Це право гарантується в лісах державної та комунальної власності і включає в себе можливості вільно перебувати, безоплатно без видачі спеціального дозволу збирати для власного споживання дикорослі трав'яні рослини, квіти, ягоди, горіхи, гриби тощо. Проте ЛК України, з урахуванням запровадження приватної власності на ліси, встановлює обмеження цього права в лісах приватної власності, вказуючи на необхідність отримання при цьому згоди власника. Одночасно на громадян покладено обов'язки виконувати вимоги пожежної безпеки в лісах, користуватися лісовими ресурсами способами і в обсягах, що не завдають шкоди відтворенню цих ресурсів, не погіршують санітарного стану лісів.

У ст. 47 Водного кодексу України [8] (далі – ВК України) закріплено право загального рекреаційного водокористування як складова частина права загального водокористування, яке включає в себе можливості купання, плавання на човнах, любительське і спортивне

рибальство. При цьому, на відміну від ЛК України, у ВК України залишаються не визначеними питання реалізації цього права стосовно водних об'єктів приватної власності (відповідно до ч. 2 ст. 59 ЗК України загальною площею до 3 гектарів).

Порівняльно-правовий аналіз законодавства зарубіжних країн дозволяє виокремити дві моделі законодавчого врегулювання права загального рекреаційного природокористування за межами рекреаційних зон. У першій моделі це право не розповсюджується на визначені природні об'єкти (зокрема, культивовані землі), а у другій – гарантовано лише на визначених природних об'єктах (ліси, прибережна смуга або визначені стежки).

Перша модель, характерна для правових систем скандінавських країн (Норвегії, Фінляндії, Швеції), а також Ісландії, грунтується на звичаєвому праві кожного відпочивати на природі. Тривала традиція існування цього права у цих країнах створила своєрідну презумпцію – люди вільно використовують його там, де воно не заборонено або не обмежено. Аналогічна модель правового регулювання була імплементована і в інших європейських країнах. Як зазначають науковці з Шотландії, така модель дозволяє уникнути дорогого процесу нанесення на карти і інформування громадян про категорії земель на які розповсюджується це право [21].

Це право знайшло свою детальну регламентацію у Законі Норвегії "Про рекреацію на природі" № 16 від 28 червня 1957 р. [25] та у розділі III Закону Ісландії "Про збереження природи" № 44 від 22 березня 1999 р. [24]

У обох нормативно-правових актах правове врегулювання здійснення цього права відрізняється в залежності від того реалізується воно на культивованих або некультивованих землях: як правило, на культивованих землях це право певним чином обмежується. При цьому відповідно до ст. 1^a Закону Норвегії "Про рекреацію на природі" до категорії культивованих або еквівалентних їм земель належать: земельні ділянки фермерських господарств, земельні ділянки біля будинків, оброблені поля, сіножатні луки, культивовані пасовиська, молоді плантації і подібні до них території, а також території, що використовуються для промислових або інших спеціальних цілей, де доступ осіб може завдати шкоди власнику або користувачу. До категорії некультивованих земель відносяться необроблені земельні ділянки.

У відповідності з цими нормативно-правовими актами право рекреаційного природокористування включає в себе:

• Право доступу та проходу по землі, зокрема, подорожування пішки, на велосипеді, на коні, на лижах, немоторизованих санях, а також зупинки на відпочинок. При цьому на землях, що віднесені до категорії культивованих, здійснення цього права певним чином обмежується: у Норвегії це право може бути реалізовано лише коли земля вкрита льодом або снігом, за умови, що це не завдасть шкоди власнику або користувачу, і у будь-якому випадку не може бути реалізовано в період з 30 квітня по 14 жовтня, а також на земельних ділянках фермерських господарств, земельних ділянках біля будинків, огороджених садах або інших територіях, огороджених для спеціальних цілей; у Ісландії це право може бути реалізовано лише за умови отримання дозволу власника землі або інших осіб, які мають спеціальні права на землю.

• Право купатися і право плавати на човнах, умови реалізації яких визначені у водному законодавстві.

• Право влаштовувати пікнік або встановлювати намети. На землях, що віднесені до категорії некультивованих, здійснення цього права, як правило, не обмежується, проте вимагає отримання дозволу, якщо: у Норвегії – намети встановлюються на термін більший ніж 2 доби (це правило не розповсюджується на гірські території); у Ісландії – намети встановлюються на термін більший ніж 1 доба або якщо встановлюється більше ніж 3 намети. Що стосується культивованих земель, то це право як у Норвегії, так і в Ісландії може бути реалізовано лише за умови отримання дозволу власника землі або інших осіб, які мають спеціальні права на землю. Існують також й інші обмеження щодо здійснення цього права: у Норвегії – це заборона встановлення наметів на відстані ближче ніж 150 метрів до будинку місцевого жителя, а також, якщо це може завдати суттєвої шкоди відтворюваному лісу; у Ісландії – це можливість власника землі або інших осіб, які мають спеціальні права на землю, обмежити або заборонити встановлення наметів, якщо існує суттєва небезпека заподіяння шкоди навколишньому природному середовищу. При цьому особи, які встановили намети, повинні дотримуватися гігієнічних вимог і вимог безпеки в межах їх наметового табору.

• Право проводити масові і спортивні заходи на природі, що включає в себе можливість проведення лижних змагань, змагань з орієнтації на місцевості, бігу по пересіченій місцевості, а також подібних заходів. У Норвегії для здійснення цього права необхідним є отримання згоди власника або користувача відповідної земельної ділянки. При цьому траси для лижних змагань, бігу по пересіченій місцевості і подібних заходів повинні бути розбиті так, щоб максимально запобігти завдання шкоди лісовідновленню.

• Право збирати ягоди, гриби, трави тощо. У Ісландії це право може реалізовуватися на землях державної і общинної власності, а на землях приватної власності для здійснення цього права необхідним є отримання дозволу власника землі або інших осіб, які мають спеціальні права на землю, крім випадків негайного споживання.

Друга модель законодавчого врегулювання права загального рекреаційного природокористування за межами рекреаційних зон характерна для Англії і Уельсу, де це право гарантоване лише на визначених природних об'єктах (зокрема, гори, визначені стежки). Так, Законом Великобританії "Про права доступу у сільській місцевості" 2000 р. [28] було законодавчо закріплено право кожного на піший доступ і рекреаційне природокористування в межах земель, що позначені на відповідній карті як "доступні землі" і включають три категорії земель: 1) землі, позначені на карті як відкрита сільська місцевість, що складається повністю або частково з гір, пагорбів, болотистої місцевості, степу (відповідні органи можуть віднести до категорії відкритої сільської місцевості також землі в межах прибережної смуги); 2) зареєстровані землі загального користування; 3) землі приватної власності, стосовно яких власники надали громадянам право загального користування. Крім того, у Додатку 1 до цього Закону міститься перелік земель, що не можуть визнаватися землями, доступними для загального природокористування. До них, зокрема, віднесені землі, зайняті забудовою, включаючи 20 метрову земельну ділянку навколо будинків, землі, зайняті посівами або садами, землі транспорту, оборони тощо. Як зазначають науковці з Шотландії, вибір такої моделі правового регулювання здійснення права загального рекреаційного природокористування збільшує витрати і можливості прояву бюрократизму [21].

Як можна побачити, вище проаналізовані законодавчі акти регулюють фактично лише право загального рекреаційного землекористування, інші ж складові права загального рекреаційного природокористування (лісо- та водокористування), як і в Україні, у переважній

більшості країн світу регулюються у спеціальних природоресурсних (лісових, водних) кодексах і законах.

Так, лісові закони більшості країн Європи гарантують вільний доступ громадян до лісів для задоволення своїх рекреаційних потреб, проте, це право зазвичай супроводжується деякими обмеженнями або заборонами, а також обов'язком не завдавати шкоди природі. У таких країнах як Австрія, Великобританія, Естонія, Польща, Словенія, Турція, Угорщина, Франція і Чехія, як і в Україні, такий доступ гарантований лише до лісів публічної власності, в той час як доступ до лісів приватної власності вимагає отримання дозволу власника. При цьому для прогулянок, верхової їзди, пікніків, як правило, не вимагається отримання такого дозволу, він є необхідним, зокрема, для встановлення наметів, проведення організованих масових і спортивних заходів, екскурсій. Компетентні державні органи можуть також встановлювати заборону на доступ до лісів, якщо ці ліси відтворюються і дерева не досягли певної висоти (у Австрії – 3 м, у Польщі – 4 м, у Румунії – 5 м) [23].

Право на загальне рекреаційне водокористування у законодавстві зарубіжних країн закріплюється двома способами: стосовно внутрішніх водних об'єктів таких як річки, озера, водосховища, канали – у водних кодексах або законах, стосовно морських вод – у спеціальних законодавчих актах про комплексне управління прибережними зонами. При цьому загальне рекреаційне водокористування пов'язане із доступом до узбережжя, який за загальним правилом є вільним, проте у багатьох країнах для цього не існує правового підгрунтя, а у деяких країнах фактичний доступ до узбережжя є неможливим у зв'язку з безперервною мережею об'єктів приватної власності, таких як готелі, що де-факто призводить до приватизації узбережжя. Приватні пляжі все ще є перешкодою для вільного доступу у Лівані, на Мальті, в Єгипті та США. У зв'язку з цим гармонізувати підходи до законодавчого врегулювання права загального рекреаційного водокористування на міжнародному рівні покликаний Модельний закон про стале управління прибережними зонами, згідно з статтями 23 і 45 якого з метою реалізації принципу необмеженого доступу громадян до пляжів і узбережжя, такий доступ має бути забезпечений, якщо це необхідно за допомогою покладення на власників прибережної смуги зобов'язання надавати право проходу до узбережжя, або, у разі необхідності, відчуження землі необхідної для доступу до узбережжя [27].

Другий підхід до законодавчого врегулювання права рекреаційного природокористування представлений нормами, що регулюють здійснення права загального і права спеціального рекреаційного природокористування в межах рекреаційних зон. При дослідженні права спеціального рекреаційного природокористування, дотримуючись позиції Л. Бондара, будемо виходити з того, що це право реалізується, як правило, організаторами рекреаційної зони [6, с. 316], і йому притаманні ознаки права спеціального природокористування, визначенні у ч. 3 ст. 38 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища". До цих ознак відносяться: 1) спеціальний суб'єкт, що використовує природні ресурси, як правило, з метою отримання прибутку; 2) дозвільний характер; 3) платність; 4) закріплення природних ресурсів за окремими користувачами.

Системний аналіз законодавчих дефініцій "рекреаційні зони" та "землі рекреаційного призначення" у тому значенні, в якому вони визначаються у ст. 63 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" та у ст. 50 ЗК України, вказує на те, що поняття "рекреаційні зони" охоплює поняття "землі рекреаційного призначення", враховуючи їх однакове цільове призначення: для організації відпочинку населення, туризму та проведення спортивних заходів. Виходячи із цього, можна стверджувати, що у главі 9 ЗК України закладені основи правового режиму рекреаційних зон.

Відповідно до ст. 51 ЗК України більшість земель, що віднесені до категорії земель рекреаційного призначення, є земельними ділянками, зайнятими територіями об'єктів стаціонарної рекреації. Проте, необхідно зазначити, що доступ на території багатьох рекреаційних закладів дозволений лише особам, що відпочивають у цих закладах, і таким чином право загального рекреаційного природокористування інших осіб в межах цих територій обмежується. У ч. 1 ст. 52 ЗК України також передбачено, що землі рекреаційного призначення можуть перебувати у приватній власності, проте залишається невирішеним питання щодо можливості реалізації права загального рекреаційного природокористування на таких землях, враховуючи їх цільове призначення – організацію реалізації такого права. Крім того, не виключені випадки, коли рекреаційна установа припинить свою діяльність. І тоді постає питання, чи буде втрачено при цьому правовий режим її земель як земель рекреаційного призначення? За існування такого підходу до визначення земель рекреаційного призначення, а отже і рекреаційних зон, на нашу думку, також не повною мірою забезпечується охорона біологічного і ландшафтного різноманіття, краси ландшафтів, охорона незабудованих територій, адже саме вони є основним об'єктом, на який спрямована реалізація права загального рекреаційного природокористування, а не відповідна рекреаційна інфраструктура, яка іноді наносить непоправну шкоду безпосередньому об'єкту рекреаційного природокористування. Певні ж обмеження щодо забудови рекреаційних зон у формі вимоги максимальної інтеграції нових забудов, зокрема, до природного середовища, визначені у ст. 4 Закону України "Про туризм" [18], а також заборони зміни природного ландшафту, визначені у ст. 63 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища", нажаль незавжди виконуються на практиці, що проявляється у таких негативних наслідках як забудова зелених зон, парків, прибережної смуги морів, річок, озер.

У ст. 18 ЛК України серед видів довгострокового тимчасового користування лісами, заснованого на договорі строкового платного використання лісових ділянок виокремлюється їх використання для культурно-оздоровчих, рекреаційних, спортивних та туристичних потреб. А у ст. 67 користування для цих потреб виділяється серед видів спеціального використання лісових ресурсів, яке у свою чергу деталізується у ст. 74, де зазначається, що таке користування повинно здійснюватися з урахуванням вимог щодо збереження лісового середовища і природних ландшафтів з додержанням правил архітектурного планування приміських зон і санітарних вимог, а також з проведенням робіт щодо благоустрою лісів, що використовуються для відпочинку. Відповідно до п. 7 ст. 37 ЛК більш детальне правове регулювання такого користування передбачається здійснити на рівні спеціального нормативно-правового акту, який поки що не розроблено.

Право спеціального рекреаційного водокористування передбачено ч. 4 ст. 59 ЗК України, а також ч. 3 ст. 85 ВК України, відповідно до яких громадянам та юридичним особам органами виконавчої влади або органами місцевого самоврядування із земель водного фонду можуть передаватися на умовах оренди земельні ділянки прибережних захисних смуг, смуг відведення і берегових смуг водних шляхів, а також водосховища,

інші водойми, болота та острови, зокрема, й для рекреаційних цілей. При цьому ст. 47 ВК України передбачає можливість обмеження права загального рекреаційного водокористування, або навіть заборону його реалізації, в межах водного об'єкта, що орендується. Крім того, українським законодавством лишаються не врегульованими питання правомірності стягнення плати за прохід і використання огороджених орендованих пляжів, що фактично обмежує право громадян на загальне рекреаційне водокористування і суперечить такому важливому його принципу як безоплатність.

На відміну від України у деяких зарубіжних країнах існують спеціальні нормативно-правові акти присвячені врегулюванню права загального та спеціального рекреаційного природокористування в межах рекреаційних зон. Така модель, характерна для США та Австралії, базується на державному плануванні і організаційному забезпеченні масового використання ПРР шляхом створення національних і місцевих рекреаційних територій. Прикладами спеціальних законодавчих актів, що визначають правовий режим рекреаційних територій є, зокрема, відповідні розділи Зведеного кодексу США, якими визначено правовий режим 38 Національних рекреаційних територій [26], а також Закон Австралії "Про управління рекреаційними територіями" 1988 р. [22]

У цих законодавчих актах визначається перелік рекреаційних територій загальнодержавного значення, а також закріплюються положення про: порядок створення рекреаційних територій; систему державних органів управління рекреаційними територіями, їх повноваження; порядок прийняття і перегляду плану управління рекреаційною територією; зонування рекреаційної території; порядок набуття і умови реалізації права спеціального рекреаційного природокористування; умови реалізації права загального рекреаційного природокористування; плату за реалізацію права спеціального рекреаційного природокористування, а у деяких випадках і за реалізацію права загального рекреаційного природокористування; відповідальність за порушення законодавчих вимог.

Прикладом врегулювання правового режиму використання рекреаційних зон місцевого значення на теренах СНД є Тимчасове положення про порядок рекреаційного природокористування у Приморському краї, затверджене постановою Думи Приморського краю від 26 лютого 1998 р. № 18 [9]. Цим нормативним актом визначені правовідносини між органами державної влади, що реалізують повноваження по розпорядженню ПРР шляхом надання їх у користування, та суб'єктами права спеціального рекреаційного природокористування, зокрема: – порядок набуття права спеціального рекреаційного природокористування шляхом ліцензування; – права і обов'язки суб'єктів права спеціального рекреаційного природокористування; – контроль за дотриманням умов спеціального рекреаційного природокористування.

Правове врегулювання права загального і спеціального рекреаційного лісокористування в межах рекреаційних зон у законодавстві зарубіжних країн представлено, зокрема, у Наказі Міністерства природних ресурсів Російської Федерації "Про затвердження порядку користування ділянками лісового фонду для культурно-оздоровчих, туристичних і спортивних цілей" від 31 серпня 2005 р. № 240 [14]. Відповідно до п. 10 цього Наказу користування ділянками лісового фонду на праві спеціального рекреаційного лісокористування не повинно перешкоджати реалізації права громадян на загальне рекреаційне природокористування. При цьому право спеціального рекреаційного лісокористування включає в себе користування для: 1) культурно-оздоровчих цілей, що уявляє собою організацію відпочинку в межах лісових масивів, в рамках якого можливе створення пішохідних, велосипедних, лижних, кінних маршрутів, проведення культурно-масових заходів; 2) туристичних цілей, що включає в себе організацію пізнавальних та екологічних екскурсій, створення туристичних маршрутів; 3) спортивних цілей, що уявляє собою проведення спортивних заходів або змагань по окремим видам спорту, організацію учбово-тренувальних зборів.

Інші норми цього Наказу присвячені правовідносинам між органами державної влади, що від імені народу Російської Федерації реалізують повноваження по розпорядженню лісами шляхом надання їх у користування, та суб'єктами права спеціального рекреаційного лісокористування. Зокрема, зазначається, що надання ділянок лісового фонду у короткострокове користування (до 1 року) здійснюється за результатами лісових аукціонів, а у оренду (до 99 років) – за результатами лісових конкурсів. При цьому у випадку надання ділянки лісового фонду в оренду на строк більше ніж 5 років орендар повинен протягом року надати орендодавцю проект організації використання цієї ділянки, який підлягає державній екологічній експертизі. При визначені розмірів ділянок лісового фонду враховуються нормативи антропогенного навантаження на лісові екосистеми. Декілька пунктів цього Наказу присвячені питанням обмеження забудови ділянок лісового фонду, згідно з якими: – дозволяється розміщення лише тимчасових рекреаційних споруд на нелісових землях лісового фонду; – забороняється розміщення об'єктів капітального будівництва, у тому числі дачного.

Гармонізувати підходи до законодавчого врегулювання права загального і спеціального рекреаційного водокористування в межах рекреаційних зон на міжнародному рівні покликаний Модельний закон про стале управління прибережними зонами [27], у ст. 47 якого передбачено, що на територіях, де право на використання пляжів належить на умовах концесії місцевим органам влади або приватним особам, умови договору концесії повинні гарантувати кожному право проходу на пляж уздовж моря без обмежень і безоплатне використання необхідної для цього території.

Отже, проведений порівняльно-правовий аналіз права рекреаційного природокористування вказує на його комплексний характер і необхідність на законодавчому рівні поєднання обох наукових підходів до його розуміння у зв'язку з існуванням різних об'єктивних передумов, що детермінують необхідність такого регулювання.

• Об'єктивні передумови, що викликають необхідність нормативно-правового регулювання права загального рекреаційного природокористування за межами рекреаційних зон, можна пояснити з тієї позиції, що інтерес у здійсненні користування природою в рекреаційних цілях тривалий час існує у якості неусвідомленої природної потреби людства і тільки по мірі входження суспільства у період існування приватної власності на природні ресурси набуває характеру усвідомленої, вольової, соціальної потреби, яка й утворює юридично значимий інтерес у зв'язку з виникненням неможливості безперешкодно задовольнити свої екологічні потреби або порушення такого інтересу. Таким чином, врегулювання права загального рекреаційного природокористування за межами рекреаційних зон має за мету законодавче закріплення і гарантування такого права кожній людині в умовах існування приватної власності на природні ресурси і необхідності у зв'язку з цим узгодження відповідних публічних і приватних інтересів шляхом визначення обмежень щодо здійснення такого права, а також заборон щодо встановлення власником не пе-

редбачених законодавством обмежень щодо здійснення такого права.

• Об'єктивні передумови, що викликають необхідність нормативно-правового регулювання права загального та права спеціального рекреаційного природокористування в межах рекреаційних зон, полягають у необхідності: організації масової реалізації права загального рекреаційного природокористування на територіях, що користуються значним попитом, шляхом надання відповідних послуг і одночасно гарантування такого права в межах природних об'єктів, що використовуються на праві спеціального рекреаційного природокористування, із забороною встановлення обмежень такого права, не передбачених законодавством; регулювання антропогенного навантаження; обмеження забудови рекреаційних зон суб'єктами права спеціального рекреаційного природокористування.

Наявність різних об'єктивних передумов визначає й існування різного роду правовідносин, в межах яких реалізується право рекреаційного природокористування.

• При реалізації права загального рекреаційного природокористування за межами рекреаційних зон виникають правовідносини між суб'єктами такого права (далі – рекреантами) і власниками природних об'єктів, в межах яких потенційно може бути реалізовано це право. Зміст цих правовідносин становить врегульований правом комплекс прав та обов'язків, який можна розкрити таким чином.

Права рекреантів: – право загального рекреаційного землекористування, що включає в себе можливості подорожувати пішки, на велосипеді, на коні, на лижах, санях, інших немоторизованих відпочинкових видах транспорту, збирати ягоди, гриби, інші рослини, зупинятися на відпочинок, зокрема, для влаштування пікніку або встановлення наметів, а також проводити масові і спортивні заходи, зокрема, лижні змагання, змагання з орієнтації на місцевості, бігу по пересіченій місцевості; – право загального лісокористування, що включає в себе ті ж самі можливості, що і землекористування, які, проте, реалізуються в межах лісів; – право загального водокористування, що включає в себе можливості купання, рибальства, катання на човнах, інших відпочинкових видах водного транспорту.

Обов'язки рекреантів: – отримувати у визначених випадках дозвіл власника на рекреаційне природокористування, зокрема, отримання такого дозволу вимагається стосовно реалізації цього права на культивованих землях, в лісах приватної власності, для реалізації таких можливостей як встановлення наметів, проведення масових і спортивних заходів; – не завдавати шкоди навколишньому природному середовищу, дотримуватися гігієнічних вимог і вимог безпеки; – не завдавати шкоди власнику природного об'єкта, в межах якого здійснюється рекреаційне природокористування.

Права власників природних об'єктів, що потенційно можуть бути використанні рекреантами: – обмежувати або забороняти здійснення права рекреаційного природокористування у випадках, передбачених законодавством (зокрема, у випадку існування суттєвої небезпеки заподіяння шкоди навколишньому природному середовищу); – видворяти осіб, які завдають шкоду навколишньому природному середовищу або порушують законні інтереси власника.

Обов'язки власників природних об'єктів, що потенційно можуть бути використанні рекреантами: – не встановлювати огорожі або знаки з повідомленням про заборону здійснення права загального рекреаційного природокористування; – іншим чином не заважати доступу рекреантів, якщо він дозволений законодавством.

• При реалізації права загального та права спеціального рекреаційного природокористування в межах рекреаційних зон виникають два види правовідносин: 1) правовідносини, що складаються між суб'єктами права загального рекреаційного природокористування (рекреантами) та суб'єктами права спеціального рекреаційного природокористування; 2) правовідносини, що складаються між відповідними органами державної влади або місцевого самоврядування та суб'єктами права спеціального рекреаційного природокористування.

Для першого виду правовідносин характерним є преюдиціальне значення права загального рекреаційного природокористування як природного права людини при наданні у користування суб'єктам господарювання природних об'єктів для реалізації права спеціального рекреаційного природокористування і відповідно незаконність обмеження цього права, крім випадків передбачених законодавством. Зміст таких правовідносин в цілому співпадає зі змістом правовідносин, що виникають при реалізації права загального рекреаційного природокористування за межами рекреаційних зон. Суб'єкти права спеціального рекреаційного природокористування мають також можливість справляти плату за послуги надані рекреантам, однак не за саму реалізацію ними права загального рекреаційного природокористування.

До складу другого виду правовідносин входять правовідносини, що виникають: при наданні природного об'єкта чи його частини у спеціальне рекреаційне природокористування; здійсненні проектування і планування реалізації спеціального рекреаційного природокористування; здійсненні платежів за спеціальне рекреаційне природокористування; здійсненні контролю за дотриманням умов реалізації спеціального рекреаційного природокористування.

Таким чином, право рекреаційного природокористування є інтегрованим і диференційованим поняттям, яке може бути класифіковане за наступними ознаками.

1. За підставами виникнення.

• Право загального рекреаційного природокористування – природне, немайнове право людини, яке включає в себе можливості використовувати природні ресурси для задоволення власних рекреаційних потреб. Суб'єктами цього права є фізичні особи, які набувають його від народження. Об'єктами цього права є будь-які природні ресурси в межах територій, відносно яких відсутня заборона такого використання, включаючи рекреаційні зони.

• Право спеціального рекреаційного природокористування – право суб'єктів господарювання використовувати природні ресурси для організації масової реалізації права загального рекреаційного природокористування з метою отримання прибутку від надання відповідних послуг. Суб'єктами цього права є суб'єкти господарювання, які набувають його у встановленому законодавством порядку. Об'єктами цього права є рекреаційні зони, так як саме вони згідно із законодавчим визначенням призначені для організації відпочинку населення.

2. За об'єктами: – право рекреаційного землекористування; – право рекреаційного лісокористування; – право рекреаційного водокористування.

3. За цільовим призначенням право спеціального рекреаційного природокористування здійснюється для:

• культурно-оздоровчих цілей, що уявляє собою організацію відпочинку, в рамках якого можливе створення пішохідних, велосипедних, лижних, кінних маршрутів, проведення культурно-масових заходів;

• туристичних цілей, що включає в себе організацію пізнавальних та екологічних екскурсій, створення туристичних маршрутів;

• спортивних цілей, що уявляє собою проведення спортивних заходів або змагань по окремим видам спорту, організацію учбово-тренувальних зборів.

4. За ознакою можливості надання у користування відповідного природного об'єкта декільком суб'єктам права спеціального рекреаційного природокористування:

• відокремлене природокористування, при якому надання права спеціального рекреаційного природокористування супроводжується закріпленням певного природного об'єкта чи його частини лише за одним суб'єктом (зокрема, на умовах оренди);

• невідокремлене природокористування, при якому надання права спеціального рекреаційного природокористування супроводжується лише встановленням територіальних обмежень на здійснення цього права (наприклад, при організації екскурсій і туристичних походів).

Отже, право рекреаційного природокористування у суб'єктивному розумінні – це можливість конкретних суб'єктів використовувати природні об'єкти та природні ресурси для задоволення власних рекреаційних потреб у випадку загального рекреаційного природокористування або для організації масового задоволення рекреаційних потреб інших осіб та власних майнових у випадку спеціального рекреаційного природокористування.

У об'єктивному розумінні право рекреаційного природокористування, на нашу думку, доцільно розглядати з позицій Андрейцева В.І. та Бобкової А.Г., які визначають його як міжгалузевий інститут в рамках рекреаційного права, яке в свою чергу вважається підгалуззю екологічного права [1, с. 24; 4, с. 20–22].

Отже, право рекреаційного природокористування у об'єктивному розумінні – це сукупність правових норм, які регулюють суспільні відносини по використанню природних ресурсів з метою задоволення рекреаційних потреб на праві загального та спеціального рекреаційного природокористування.

Проведене порівняльно-правове дослідження дозволяє також виробити наступні пропозиції щодо удосконалення законодавчого врегулювання права рекреаційного природокористування в Україні.

1. Стосовно права загального рекреаційного природокористування за межами рекреаційних зон з метою узгодження відповідних публічних і приватних інтересів необхідно визначити у відповідних природоресурсних кодексах:

• право загального рекреаційного землекористування; з урахуванням об'єктивних передумов, що виявляються у існуванні в Україні звичаю вільної реалізації цього права там, де воно не заборонено або не обмежено, найбільш прийнятною для імплементації в українське законодавство є перша модель законодавчого врегулювання цього права, тобто його розповсюдження на будь-яку територію, відносно якої відсутня заборона такого використання з одночасним визначенням територій, на які воно не розповсюджується;

• можливі підстави обмеження власником права загального рекреаційного природокористування, а також форми реалізації такого права, які вимагають отримання відповідного дозволу власника;

• заборони встановлення власником не передбачених законодавством обмежень і заборон щодо здійснення права загального рекреаційного природокористування.

2. Стосовно права загального та права спеціального рекреаційного природокористування в межах рекреаційних зон необхідно визначити:

• преюдиціальне значення права загального рекреаційного природокористування як природного права людини при наданні у користування суб'єктам господарювання природних об'єктів для реалізації права спеціального рекреаційного природокористування і відповідно незаконність обмеження цього права (зокрема шляхом справляння плати за його реалізацію), крім випадків передбачених законодавством;

• порядок набуття і умови реалізації права спеціального рекреаційного природокористування;

• чіткі обмеження щодо забудови рекреаційних зон суб'єктами права спеціального рекреаційного природокористування.

1. *Андрейцев В.І.* Екологічне право: Курс лекцій в схемах. Загальна частина. – К., 1996. 2. *Андрейцев В.І.* Земельне право і законодавство суверенної України: Актуальні проблеми практичної теорії. – К., 2005. 3. *Баграова Л.А., Багров Н.В., Преображенский В.С.* Рекреационные ресурсы (подходы к анализу понятия) // Известия АН СССР. Серия географическая. – 1977. – № 2. 4. *Бобкова А.Г.* До питання про формування рекреаційного права // Правничий часопис Донецького університету. – 1997. – № 1. 5. *Бобкова А.Г.* Правовое обеспечение рекреационной деятельности: Дис. … д-ра юрид. наук. – К., 2001. 6. *Бондар Л.О.* Правове регулювання використання природних рекреаційних ресурсів// Природоресурсове право України: Навч. посіб. / За ред. І.І. Каракаша. – К., 2005. 7. *Васильева М.И.* Право на благоприятную окружающую среду как элемент правового статуса личности // Экологическое право. – 2005. – № 1. 8. Водний кодекс України від 6 червня 1995 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 24. – Ст. 189. 9. Временное положение о порядке рекреационного природопользования в Приморском крае: Постановление Думы Приморского края от 26 февраля 1998 г. № 18 // http://www.registr.bcpi.ru 10. Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 3-4. – Ст. 27. 11. *Имашев С.М.* Право рекреационного природопользования (некоторые аспекты теории): Дис. … канд. юрид. наук. – Алма-Ата, 1991. 12. *Кислый В.Н.* К вопросу о содержании понятия "природные рекреационные ресурсы" //Комплексные проблемы туризма и отдыха. Человек – природа – отдых. Матер. Всес. конф., Ялта, 1987. – М., 1987. 13. *Нудельман М.С.* Социально-экономические проблемы рекреационного природопользования. – К., 1987. 14. Об утверждении Порядка пользования участками лесного фонда для культурно-оздоровительных, туристических и спортивных целей: Приказ Министерства природных ресурсов Российской Федерации от 31 августа 2005 г. № 240 // Информационно-правовой портал КАДИС. 15. Про внесення змін до Лісового кодексу України: Закон України від 8 лютого 2006 р. № 3404-IV // http://www.rada.gov.ua 16. Про Державну програму розвитку законодавства України до 2002 року: Постанова Верховної Ради України від 15 липня 1999 р. // Офіційний вісник України. – 1999. – № 29. – стор. 35. 17. Про охорону навколишнього природного середовища: Закон України від 25 червня 1991 р. № 1264-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 41. – Ст. 546. 18. Про туризм: Закон України від 15 вересня 1995 р. № 324/95-ВР // Відомості Верховної Ради. – 1995. – № 31. – Ст. 241. 19. *Русановська Н.О.* Сутнісні ознаки та місце права рекреаційного природокористування в системі екологічних прав громадян // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – Юридичні науки. – 2005. – № 63–64. 20. *Яковенко И.М.* Теоретико-методологические основы рекреационного природопользования (общественно-географическое исследование): Дис. … д-ра географ. наук. – К., 2004. 21. Access legislation the case for change // http://www.snh.org.uk/pdfs/access/sr-spcfc.pdf 22. Australia Recreation areas management act of 1988 // http://faolex.fao.org 23. Forest Legislation in Europe: How 23 countries approach the obligation to reforest, public access and use of non-wood forest products / http://www.unece.org/trade/timber/docs/dp/dp-37.pdf 24. Nature Conservation Act of the Ministry for Environment of the Iceland № 44 dated March 22, 1999 // http://faolex.fao.org 25. Outdoor Recreation Act of Norway № 16 dated June 28, 1957 // http://odin.dep.no/md/engelsk/regelverk/lover/022005-990514/dok-bn.html 26. Outdoor Recreation in American life // http://www.srs.fs.usda.gov/pubs/ja/ja_betz002.pdf 27. Prieur M., Ghezali M. National legislations and proposals for the guidelines relating to integrated planning and management of the Mediterranean coastal zones // http://www.pap-thecoastcentre.org/pdfs/National_Legislations_ICAM.pdf 28. United Kingdom Countryside and Rights of Way Act dated November 30, 2000 // http://www.parliament.uk

Надійшла до редколегії 22.12.06

УДК 343.237 (477)

В. Ткаченко, асп.

КЛАСИФІКАЦІЯ ФОРМ СПІВУЧАСТІ У ЗЛОЧИНІ ЯК КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ПРОБЛЕМА

Стаття містить короткий огляд найхарактерніших підходів до розв'язання проблеми класифікації форм співучасті. Досліджено поняття "класифікації" і "систематизації".

The article contains the short review of the most characteristic approaches to the decision of problem of classification of forms of compliciti. Probed concept of "classification" and "systematization".

Найбільш складним і водночас найбільш заплутаним питанням у межах інституту співучасті було й залишається питання про форми співучасті у злочині. Значні труднощі виникають у зв'язку з класифікацією форм співучасті, а також відмежування однієї форми від іншої. Треба сказати, що майже всі криміналісти, які займалися проблемою інституту співучасті, питанню класифікації її форми так чи інакше приділяли увагу. Воно неодноразово розглядалося у монографіях А.Н.Трайніна, М.І.Ковальова, П.І.Гришаєва, Г.А.Крігера, Б.С.Утьовського, із сучасних – А.П.Козлова, Л.Д. Гаухмана, С.В.Афіногенова та інших. Однак, на жаль, компромісу при розгляді даної проблеми так і не було досягнуто. Це пояснюється, перш за все, відсутністю єдності у поглядах науковців на зміст співучасті, її форми, критерії їх класифікації.

Зважаючи на актуальність проблеми класифікації форм співучасті у даній статті здійснено короткий огляд найхарактерніших підходів до її розв'язання у сучасній науці вітчизняного кримінального права.

Класифікація форм співучасті у злочині у вітчизняній теорії кримінального права здійснювалася за різними критеріями, в основі яких були закладені як суб'єктивні, так і об'єктивні характеристики співучасті у злочині і навпаки. Ще на початку 40-х років минулого століття А.Н.Трайнін у своїй книзі "Вчення про співучасть" запропонував таку класифікацію форм співучасті: проста, кваліфікована попередньою змовою учасників і співучасть особливого роду, тобто співучасть у злочинному об'єднанні (організації, банді, зграї, блоці, змові) [15, с. 79]. Пізніше він доповнив дану класифікацію четвертою формою – організованою групою [16, с. 25]. Критерієм для виділення цих форм автор визначав характер і ступінь суб'єктивного зв'язку співучасників, тобто за основу ним брався суб'єктивний критерій класифікації. У підручнику із Загальної частини кримінального права 1948 року видання розглядаються наступні форми співучасті, що виділяються явно за суб'єктивним критерієм: 1) співучасть без попередньої змови; 2) співучасть за попередньою змовою; 3) злочинна організація [17, с. 414–415].

Аналогічний поділ, в основу якого закладені суб'єктивні критерії – змова, ступінь суб'єктивного зв'язку і організованості, проводиться й іншими науковцями. Зокрема, В.Г.Смірнов і М.Д.Шаргородський виділяли такі форми співучасті: просту співучасть, співучасть за наявності одностороннього суб'єктивного зв'язку, а також співучасть за наявності багатосторонньої (взаємної) згоди [13, с. 547]. Пізніше М.Д.Шаргородський виділив такі форми співучасті, як співвиконавство, просту співучасть і злочинну організацію [19, с. 97].

Прибічниками суб'єктивного критерію класифікації форм співучасті були також П.І. Гришаєв і Г.А.Крігер. За критерієм ступеню узгодженості дій співучасників ними виділялись співучасть без попереднього зговору, за попереднім зговором, організована група, а також співучасть особливого роду – злочинна організація [5, с. 63].

На основі суб'єктивного критерію А.А.Піонтковський пропонував виділяти лише дві форми співучасті: співучасть без попередньої змови і співучасть за попередньою змовою, різновидами останньої ним визначена проста співучасть за попередньою змовою, організована група і злочинна організація чи банда [11, с. 565].

Дана класифікація відрізняється від класифікації П.І. Гришаєва і Г.А. Крігера лише тим, що якщо в ній група і організація розглядаються лише як різновиди однієї форми, то у класифікації вказаних авторів вони представлені як окремі форми співучасті.

Ще одним прибічником суб'єктивного критерію є Я.Л.Алієв. На думку автора, в основі класифікації повинен бути покладений ступінь суб'єктивного зв'язку співучасників. На основі цього критерію автор виділяє: 1) співучасть без попередньої змови; 2) співучасть за попередньою змовою; різновидами останньої ним розглядаються: а) проста співучасть за попередньою змовою, б) організована група, в) злочинне товариство [1, с. 12].

Як бачимо, наведені класифікації форм співучасті враховують лише суб'єктивні моменти, що характеризують співучасть, повністю ігноруючи моменти об'єктивні.

Водночас у теорії кримінального права зустрічаються й інші точки зору стосовно критеріїв класифікації, які беруть за основу поділу виключно об'єктивний критерій. Так, П.Ф.Тельнов брав за основу класифікації спосіб взаємодії між співучасниками [14, с. 112]. Характер взаємодії між співучасниками при вчиненні злочину став основою для класифікації у М.І.Ковальова. Він пропонував зупинитися на двох формах співучасті: 1) співвиконавстві і 2) співучасті у власному розумінні слова, тобто співучасті з розподілом ролей [6, с. 119-120].

Аналогічну позицію стосовно критеріїв класифікації форм співучасті займав В.С.Прохоров, який вказував: "Форма співучасті виражає не характер зв'язку між особами, не її структуру, а специфічні риси структури спільної діяльності суб'єктивно пов'язаних осіб, тобто не зв'язок між особами, а зв'язок між діями" [8, с. 602–603]. За схемою В.С.Прохорова, спільна злочинна діяльність може виражатися в трьох формах: простій (співвиконавство), складній (співучасть з розподілом ролей) і злочинній організації [8, с. 602–603].

Одним із прибічників такої класифікації форм співучасті у даний час є Л.Д.Гаухман. Він проводить класифікацію за характером об'єктивного зв'язку між співучасниками, тобто за характером об'єднання і способом взаємодії між ними. Цей критерій дозволяє виділити три наступні форми: 1) просту співучасть (співвиконавство); 2) складну співучасть; 3) злочинне товариство [4, с. 6–7].

На нашу думку, основним недоліком вищевикладених класифікацій є повне ігнорування тієї обставини, що форма є відображенням її змісту, а зміст становить єдність об'єктивних і суб'єктивних її ознак. З огляду на це особливої уваги заслуговують позиції тих вчених, які у класифікації форм співучасті намагаються позбутися недоліку її однобічності і так чи інакше врахували вираження співучасті як з суб'єктивної сторони, так і із сторони об'єктивної.

Так, на думку професора А.В.Наумова, і в теорії, і на практиці існує дві підстави для поділу співучасті у злочині на форми – характер виконання співучасниками

© Ткаченко В., 2007

об'єктивної сторони вчиненого злочину та наявність чи відсутність між співучасниками попередньої змови на вчинення злочину. За першою підставою він виділяє: просту співучасть (співучасть без розподілу ролей чи співвиконавство і складну співучасть (співучасть з розподілом ролей чи співучасть у власному розумінні слова); за другою – співучасть без попередньої змови (вчинення злочину групою осіб), співучасть за попередньою змовою (вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою, вчинення злочину організованою групою, вчинення злочину злочинною організацією [9, с. 299].

Подібний варіант поділу форм співучасті за суб'єктивними і об'єктивними ознаками запропонував М.І.Бажанов. За об'єктивними ознаками, тобто за тією роллю, яку виконує співучасник у злочині ним виділяються, проста співучасть (співвиконавство, співвинність), складна співучасть (співучасть у власному розумінні слова, з розподілом ролей). За суб'єктивними ознаками, тобто за стійкістю суб'єктивних зв'язків, стійкістю умислу виділяються співучасть без попереднього зговору, за попереднім зговором, злочинна організація [7, с. 202–203]. На відміну від А.В.Наумова, автор певним чином уточнив об'єктивний критерій класифікації форм співучасті.

Таку ж позицію поділяє і А.Н.Миколенко, який за роллю, яку виконують співучасники виділяє просту і складну форми співучасті; при виділенні суб'єктивного критерію він вказує на стійкість суб'єктивних зв'язків і за цим критерієм виділяє вчинення злочину без попередньої змови групою осіб, вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб, вчинення злочину організованою групою, вчинення злочину злочинною організацією [18, с. 133]. А.В.Савченко теж виділяє форми співучасті за об'єктивними і суб'єктивними критеріями. Об'єктивним критерієм їх поділу він розглядає спосіб взаємозв'язку співучасників; за ним виділяються проста і складна форми співучасті. За критерієм стійкості суб'єктивних зв'язків, стійкістю умислу він розрізняє групу осіб, групу осіб, яка вчиняє злочин за попередньою змовою, організовану групу, злочинну організацію [12, с. 131].

Підсумовуючи вищевикладене, належить вказати, що наведені підходи до класифікації форм співучасті не є прийнятними, оскільки у них не витримано загальних засад класифікації об'єктів.

Для розуміння суті класифікації відправним є поняття "клас", яке визначається у одному із його значень, у важливому контексті даного дослідження, як "сукупність предметів, явищ, що мають спільні ознаки, однакові якості" [10, с. 257]. Суть класифікації полягає у розподілові предметів, явищ або понять на певні групи (групування) за спільними ознаками, властивостями [10, с. 258].

За правилами формальної логіки поділ понять відповідних їх об'єктів здійснюється: 1) за однією певною підставою; 2) члени поділу повинні вичерпувати обсяг вихідного поняття, тобто їх сукупність повинна бути рівною цьому обсязі [3, с. 233–234].

Якщо виходити хоча б з цих двох правил, то можна помітити, що у наведених класифікаціях відбувається порушення, оскільки у них за основу поділу береться два критерії – дві різні підстави. Має місце порушення першого логічного правила класифікації.

Тут швидше йдеться про систематизацію форм співучасті. Поняття систематизації стосується діяльності по вирішенню завдання впорядкування і опису певної сукупності об'єктів, що утворюють деяку сферу діяльності. Принципи систематизації можуть бути різними – починаючи від впорядкування об'єктів за зовнішньою ознакою і закінчуючи створенням природної системи об'єктів, тобто такої, яка базується на об'єктивному законі (наприклад, періодична система у хімії...). Систематизація спрямована на типологію, зокрема, на виділення у об'єктах стійких характеристик: ознак і властивостей, функцій і зв'язків [2, с. 470]. Як бачимо на відміну від класифікації, процес систематизації є процесом впорядкування певної сукупності предметів, явищ, а класифікація – процесом поділу певної сукупності об'єктів на частини.

Отже, головними причинами суперечностей у позиціях авторів є, серед інших: 1) неточне тлумачення поняття форми співучасті, внаслідок чого до уваги при проведенні класифікації форм співучасті береться лише суб'єктивна чи об'єктивна сторони співучасті; 2) порушення логічних засад класифікації форм співучасті, коли за основу береться одразу два критерії.

У цілому, як вбачається із огляду літератури, класифікація форм співучасті залишається проблемою сучасного кримінального права, від вирішення якої значною мірою залежатиме рівень законодавчого забезпечення протидії проявам групової злочинності засобами кримінального права.

1. *Алиев Я.Л.* Формы соучастия в действующем уголовном законодательстве. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Санкт-Петербург, 1996. 2. Большая советская энциклопедия. – М., 1976. 3. *Войшвилло Е.К., Дегтярев М.Г.* Логика: Учебник для вузов. – М., 1998. 4. *Гаухман Л.Д.* Соучастие в преступлении по советскому уголовному праву (опыт сравнительного правоведения): лекция / Акад.МВДСССР. – М., 1990. 5. *Гришаев П.И. и Кригер Г.А.* Соучастие по уголовному праву. – М., 1959. 6. *Ковалев М.И.* Соучастие в преступлении. Виды соучастников и формы участия в преступной деятельности. – Свердловск, 1962. Вып. 3. 7. Кримінальне право України. Загальна частина. Підручник для студ. вищих навчальних закладів / Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Київ-Харків: Юрінком Інтер. – Право, 2001. 8. Курс советского уголовного права: Часть общая. – Л., 1968. – Т. 1. 9. *Наумов А.В.* Российское уголовное право. Общая часть: Курс лекций. – М., 1996. 10. Новий тлумачний словник української мови. У 4-х томах.– К., 1999. – Т. 2. 11. *Пионтковський А.А.* Учение о преступлении по советскому уголовному праву. – М., 1961. 12. *Савченко А.В.* Сучасне кримінальне право України: Курс лекцій / А.В. Савченко, В.В. Кузнецов, О.Ф. Штанько. – К., 2005. 13. *Смирнов В.Г., Шаргородський М.Д.* Основные вопросы развития уголовного законодательства // 40 лет советского права. – Л., 1957. – Т. 2. 14. *Тельнов П.Ф.* Ответственность за соучастие в преступлении. – М., 1974. 15. *Трайнин А.Н.* Учение о соучастии. – М., 1941. 16. *Трайнин А.Н.* Некоторые вопросы учения о соучастии // "Социалистическая законность", 1957. – № 2. 17. Уголовное право. Общая часть. – М., 1948. 18. Уголовное право Украины. Общая и Особенная части: Учебник / Отв. редактор заслуженный деятель науки и техники Украины, доктор юридических наук, профессор Е.Л. Стрельцов. – Х.: ООО "Одиссей". – 2006. 19. *Шаргородский М.Д.* Некоторые вопросы учения о соучастии // Правоведение. – 1960. – №1.

Надійшла до редколегії 22.12.06

Т. Котенко, ас.

СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ М. КИЄВА (IX–XIX СТ.СТ.)

В статті розглянуті основні етапи історичного розвитку інституту самоврядування м. Києва IX-XIX ст.ст. Визначені роль та значення магдебурзького права, як одного з основних етапів у формуванні місцевого самоврядування

The article cals with the main stages of historic development of the institute of self-government in Kyiv IX-XIX centuries. The role and signifacand og Magdeburg law as one of the main stages in the formation of local self-government are determined

В останній час в науці та державі широко дискутуються проблеми самоврядування, інтерес до яких викликаний політичними, економічними та соціальними процесами, які відбуваються сьогодні в Україні.

© Котенко Т., 2007

Сучасні процеси реформування державних структур та пошук ефективних шляхів формування інститутів місцевого самоврядування на сучасному етапі, викликають необхідність подальшого дослідження історичного досвіду самоврядування в Україні.

Активне обговорення даного питання політиками, практиками, вченими свідчить про наявність різноманітних поглядів на роль та місце органів самоврядування в системі органів влади України. Тим не меньш,відсутні спеціальні,системні дослідження становлення та розвитку місцевого самоврядування м. Києва (IX–XIX ст.).

Актуальність дослідження становлення та розвитку місцевого самоврядування міста Києва зумовлено необхідністю вирішення таких наукових та практичних завдань: по-перше, всебічно вивчити проблеми місцевого самоврядування, які мають багате історичне підґрунтя; по-друге, спираючись на історичні надбання самоврядування, намагатися знайти оптимальне вирішення сучасних проблем розбудови системи самоврядування незалежної України, акцентуючи увагу на співвідношенні законодавчих, виконавчих органів та органів самоврядування та ефективного функціонування апарату органів самоврядування.

Мета цього дослідження – розглянути основні етапи історичного розвитку інституту самоврядування міста Києва IX–XIУ ст. та визначити роль та значення магдебурзького права у формуванні місцевого самоврядування.

Історія становлення та розвитку міського самоврядування доводить динамічну природу цієї державно-правової інституції.

Дослідники процесу становлення місцевого самоврядування у місті Києві зазначають, що витоки самоврядування Києва беруть початок у праслов'янській давнині, задовго до утворення Давньоруської держави[1]. Перші достовірні згадки про народні зібрання у східних слов'ян відносяться до середини VI ст. н.е. (за свідченнями візантійських істориків Прокопія, Менендра, Маврикія та інших) [2]. З утворенням ранньофеодальної держави – Київська Русь – складалися і розвивалися різні форми самоврядування [3]. Так, органом місцевого, селянського самоврядування, як і в додержавний період, залишається вервь, яка первісно була родовою одиницею, що об'єднувала групу родичів, які вели спільне господарство, а з розпадом родового ладу громадські зв'язки у верві поступово перетворюється на територіальну організацію. В містах ці функції здійснювали міські громади, кожна з яких мала у своїй корпоративній власності майно та землі. Для управління місцевими справами городяни обирали посадовців. Але найважливіші питання міського життя розглядалися та вирішувалися на міських вічах, тобто зборах вільних, дорослих жителів міста. Починаючи з другої половини X ст., можна говорити про формування міської громади "у городку Кия" [4]. Перша згадка про Київське віче датується 983 роком і міститься у "Повісті минулих літ".

Слід зазначити, що віче не було постійно діючим органом, та нерідко скликалось у зв'язку із надзвичайними обставинами: під час облоги міста та перед початком військових походів віче збирається для вирішення питання щодо укладання миру, для контролю за діяльністю князівської адміністрації, для запрошення чи вигнання князя та іншої міської адміністрації, купців, "старців градських" або міських низів. Скликалося віче за ініціативою князя, коли виникала потреба порадитись з народом. Так, 987 р. "созва Володимир бояри своя і старци градские", які вирішили направити в інші країни посланців для ознайомлення з різними релігіями. Є літописні свідчення про скликання віче з ініціативи народу \"голотьби"\, що підкреслює його значення як справжньої форми народовладдя.

Це підтверджують драматичні події 1068 року, коли на Русь напала орда половців, і київський князь Ізяслав Ярославович разом з братами Святославом і Всеволодом зазнали від неї поразки. Повернувшись до Києва з поля бою, городяни, що були в ополченні, скликали віче на Подільському тору і почали вимагати від князя зброю і коней, щоб продовжили війну з ворогом\"дай, княже, оружье и кони, и еще бьемся с ними"\. Коли князь відмовив, учасники віче вчинили повстання, внаслідок чого Ізяславу довелось тікати за кордон. А віче посадило на престол полоцького князя Всеслава. Так, вперше київська громада вирішила справу посідання князівського стола.

У часи удільної роздробленості, що настала у 40-х роках XII ст., жоден князь не міг сісти на київський престол без згоди київської громади. Саме обрання чи скинення князів було головною ознакою вільного міста у XII–XIII ст.ст[5].

Скликання народних зборів у Києві відбувалось через глашатаїв \"бирючей"\. Участь у вічових зборах розумілась у Київський Русі як право, яке належало представникам всіх класів: князю, боярам, дружині, тисяцькому, посаднику, купцям, "лучшим людям","старцам градским", а також"меньшим","худим","черним", смердам. Вимагалось щоб учасник віча був дорослим, вільний і не був під батьківською опікою, або в приватній залежності. Участь в народному зібранні не була обов'язковою, відомі випадки, коли на віче, що скликалось князем, ніхто не йшов.

Віче, як форма прямого народовладдя, не відрізнялось складною процедурою. За заведеним порядком той, хто скликав віче, оголошував предмет обговорення. Якщо пропозиції ініціаторів віче не викликали суперечок то питання розглядалось швидко, в інших випадках питання всебічно обговорювалось і потім приймалось рішення, шляхом голосування. Нав'язати волю вічу було важко. Відомо як на віче у 1146 р. у Києві його учасники легко вирішили питання щодо організації походу після виступів послів князя Ізяслава. Але хтось з присутніх висловився за вбивство князя Ігоря до початку походу і таке рішення було прийняте, незважаючи на протести й переконання князя Володимира, митрополита і двох тисяцьких. Відомі випадки, коли віче переростало у повстання в зв'язку з тим, що рішення, прийняті на них не задовольняли вимоги міських низів. Так почалося повстання в Києві у 1068 році, коли не була задовільнена вимога купців щодо зменшення поборів та утисків.

Таким чином, літописні дані, характеризують Віче в Київський Русі як верховний демократичний орган влади, який вирішував проблеми соціально-економічного та політичного життя держави.

Однак, треба зазначити, що згодом міська демократія починає обмежуватися. На віче всім заправляють "лучшие мужи", торгово-реміснича верхівка Києва, а також бояри і княжі дружинники. І хоча формально у міських зборах брали участь всі вільні чоловіки, громадяни Києва, в житті все зводилося до зібрання міської ради, представників панівної верхівки. На жаль, тенденція до концентрації влади у певного кола осіб, що обумовлює обмежений характер демократії, мабуть є такою ж традиційною на теренах української державності, як і місцеве самоврядування.

Навала Батия була найбільш трагічною подією в житті Давньої Русі Завойований Київ золотоординські хани передають у власність то одному то іншому князю, всіма силами намагаючись затримати відродження міста. У другій половині XIУ ст., після визволення українсь-

ких земель від монголо-татарського ярма, почався багаторічний процес інкорпорації Подніпров'я і Поділля до складу Великого князівства Литовського. Під контроль литовських князів перейшла Волинь, а згодом й Київщина, Полісся та Сіверщина.

Громадський устрій Русі було майже зруйновано монголо-татарською навалою, але давньоруські громади ще продовжують своє існування.

Важливе значення для подальшого розвитку місцевого самоврядування мало магдебурзьке право, яке починає поширюватися на українські міста з XIУ століття.

Щоб оживити економіку міста та схилити на свою сторону міську верхівку, великий князь литовський Олександр Казимирович у 1494 році надав місту Києву магдебурзьке право.

Магдебурзьке право поширилося спочатку на міста Східної Німеччини, а згодом – разом з німецькою колонізацією – на Східну Прусію, Сілезію, Чехію, Угорщину, а далі на Польщу, Литву. З Польщі та Литви Магдебурзьке право прийшло до України та Білорусії.

В Польщі Магдебурзьке право визнавали насамперед німецькі поселенці і громадяни, які запрошувались для того, щоб підняти господарство і культуру краю до рівня, який тоді там був ще невідомий. Але вони приходили тільки тоді, коли їм гарантувалось право вільних громадян, згідно з яким вони жили в Німеччині, і яке мало назву Магдебурзьке право.

Після переходу українських земель під владу Польщі і Литви почалось розповсюдження Магдебурзького права в Україні.

Вивчення питання про магдебурзьке право в Україні є цікавим і непростим. Аналіз стану наукового дослідження самоврядування Києва свідчить, що система міського самоврядування Києва не була предметом окремого історико-правового дослідження. Щодо причин поширення, значення і ролі Магдебурзького права в Україні то можна сказати, що багато українських вчених XIX ст. таких як М. Грушевський [6], М. Владимирський-Буданов [7], Р. Лащенко [8], М.Костомаров, Ф. Леонтович, В. Антонович [9] та інші вважали, що це іноземне, привнесене зовні право, не мало жодного "ґрунту" в містах України та лише перешкоджало природному розвитку вічового устрою давньоруських міст на основі звичаєвого права. Лише М.Довнар-Запольський [10] заперечував *думку* про негативне значення даного права і зазначав, що історики перебільшують негативні сторони та вважав, що Магдебурзьке право впливало на більш швидке економічне зростання міст, та рсприяло їх розвитку.

В радянський період можна зустріти суперечливу, а то і категорично негативну оцінку Магдебурзького права на Україні. Зокрема, підкреслювалося, що "Магдебурзьке право і надалі насильницьки нав'язувалося на українських землях під владою польських і литовських феодалів", а саме явище розглядалося дещо однобічно, з точки зору "політичного, економічного і культурно-ідеологічного загарбання", відповідно, Польською та Литовською феодальними державами.

Безумовно, отримання правових норм, хай навіть ліберальних і демократичних, але, якщо вони іншого (чужого) походження – це процес болісний і суперечливий. Адже йдеться про певну зміну етнічного стереотипу поведінки, тобто, узвичаєних норм і традицій власного самоуправління. Та цей процес і реакція на нього, був би однозначно негативним, якби українська державність в цей період не переживала складного процесу часткової втрати свого суверенітету. Оскільки, добре відомо, що саме завдяки литовській експансії, значна територія українських земель набагато раніше звільнилася від ординського панування, ніж це сталося в Росії. Отже, можливо, що саме через Магдебурзьке право значна частина українських міст "європеїдувалася". Таким чином, ні про яку насильницьку політику нав'язування українським містам Магдебурзького права не йшлося, бо у Литовсько-Руській державі дотримувалися правил поведінки і політики, згідно з якими литовські князі старого не рушили, нового не заводили. Звичайно, за тієї умови, якщо те "нове" було неприйнятним громадянами.

Але треба зазначити, що прийшовши в Україну з Польщі, Магдебурзьке право не мало тут свого "чистого" вигляду. Крім того магдебурзьке право на Правобережній і Лівобережній Україні дуже різнилося. І навіть, як зазначав проф. Ткач А.П., "на Україні не було й двох міст, які користувалися б однаковою мірою магдебурзьким чи хелмінським правом"[11].

Першими українськими містами, що одержали Магдебурзьке право були Володимир-Волинський (1324), Санок (1339), Львів (1352) Кам'янець-Подільський (1374), Луцьк (1432), Житомир (1444), Київ (1494-1497) та інші. Спочатку воно стосувалось лише німецької та польської людності, але згодом воно було поширене на все населення міста.

Характеризуючи правовий статус міст у відповідності з магдебурзьким правом, вчені-дослідники поділяють їх на дві категорії, або групи. До першої відносять лише Львів, Кам'янець і Київ – міста з повним магдебурзьким правом, де формувались міські представницькі органи влади – Рада (орган законодавчої і адміністративної влади) і лава (орган судочинства). Ці органи зі своїми службами складали міський магістрат на чолі якого був війт, тому такі міста називались ще магістратськими. Всі інші належали до категорії міст з неповним німецьким правом – так звані ратушні міста.

Українським містам Магдебурзьке право надавалося привілеями та грамотами, якими верховна влада надавала або дарувала місту право на самоуправління. У різні часи українським містам їх надавали польські королі, великі князі литовські, надалі з середини XУII ст. підтверджували українські гетьмани та російські царі.

В історії Магдебурзького права України існує непорозуміння щодо дати запровадження Магдебурзького права в Києві. Детальний аналіз архівних матеріалів провів Р.Делімарський в своїй праці "Запровадження Магдебурзького права в Києві"[12]. Жалуваної грамоти на Магдебурзьке право Києву не збереглося. Відомо лише досить точно, що право це було надано Великим князем Литовським Олександром, в період між 26 липня 1492 року, коли Олександр був обраний великим князем, і 14 травня 1499 року, коли ним була видана грамота про воєводські прибутки в Києві, яка звертається до "войту места Киевского, бурмистром и радцом" і де прямо вказується про надане місту німецьке право.

Система феодального права була така, що кожне надане право вважалося особливим привілеєм, "ласкою" короля або іншого державця. Саме тому його потрібно було підтверджувати кожний раз, як відбувалася якась значна подія, яка могла вплинути на підтверджені привілеєм права, а також в разі зміни верховного правителя – великого князя або короля. Так, в період з запровадження Магдебурзького права в Києві до початку визвольної війни в 1648 році ми маємо більше 17 грамот від литовських і польських властителів – грамоти 1499 року, 1500 року, 1503 року, 1514 року, 1516 року, 1530 року, 1544 року, 1565 року, 1570 року, 1576 року, 1588 року, 1615 року, 1618 року, 1619 року, 1627 року, 1634 року, 1645 року[13].

Так, привілеєм 1503 року Київ був звільнений від останніх елементів судового підпорядкування воєводі, а привілей Сигізмунда І від 29 березня 1514 року надавав

Києву повне Магдебурзьке право усім міщанам православної та католицької віри. І виключає їх з-під дії "прав польських й литовських й русских, которые были праву нимецькому майорскому"[14] перепоною. Цією ж грамотою Києву було надано право на дві річні ярмарки.

В січні 1516 р Сигізмунд І знову затверджує повне Магдебурзьке право за Києвом, звільняє міщан від влади воєвод та замкових урядників і підпорядковує їх виключно війтівському суду. Протягом XVI – перш. пол. XVII ст. вже польські королі і надалі підтверджували Магдебурзьке право Києву.

Отже за Магдебурзьким правом місто Київ звільнялося від влади воєводи; київське міщанство переводилось в окремий суспільний стан і мало свої органи самоврядування та власний суд. Магдебурзьке право встановлювало порядок і процедуру обрання міських органів влади, визначало їх повноваження і функції, основні норми цивільного і кримінального права, а також звільняло жителів міста від значної частини обов'язків.

Міськими справами Києва відав Магістрат, на чолі якого був війт, що обирався населенням міста (міщанами). Магістрат виконував адміністративні, господарські, фінансові, поліцейські і судові функції. Київський магістрат (за традицією в Києві обиралось 12 чоловік) складався з двох колегій: "ради" і "лави". Рада це представницький орган міської влади (законодавчої і адміністративної), до складу якого входили спочатку 1 бурмійстр і 5 радців (надалі райтманів, а ще пізніше ратегерів), яких обирали щороку. Крім цього до Ради входили шафарі, що доглядали за господарством, інстигатор, що дивився за прибутками міськими і податками, писар та інші урядники магістратські. Згідно з вимогами Магдебурзького права райцями могли бути: "освічені, добрі за характером особи, чоловічої статі, які мешкали в місті, мали власне помешкання, не дуже багаті, одружені, з доброю репутацією, віруючі, чесні, справедливі, не злі, не сварливі і т.д. віком до 70 років" [15].

Як головна влада міста, рада відала всіма питаннями, що стосувалися міського господарства і його управління.

Нормотворча діяльність ради реалізовувалась у її ухвалах, котрі називали вількірами за умови прийняття її радою спільно з усіма "станами і народами" (усі національні громади, що мешкали в Києві). Вількір, який зберігався у місті рік і один день, згідно вимог Магдебурзького права мав обов'язкову силу закону. Міські органи влади і посадові особи були зобов'язані у своїй діяльності дотримуватись прийнятих вількірів.

У фінансовій сфері рада розпоряджалась усім майном і видавала розпорядження. До її компетенції входили питання, пов'язані зі встановленням податків і визначенням їх розміру, сплатою боргів, зборів, міських оплат: за виробництво воску, за міську вагу, за торгівлю сіллю тощо. Зібрані кошти йшли на оплату службовців, на будівництво доріг, мостів, лазень, шкіл, адміністративних будинків, на розвиток торгівлі. Діяльність ради була спрямована також на підтримання чистоти міста. До сфери повноважень ради входив також контроль за діяльністю цехів міста, для чого рада видавала їм цехові статути, слідкувала, щоб постачали міщанам добрими за якістю, мірою, формою і вагою та за встановленою ціною, товарами" [16]. За важкі злочини карала виключенням з цехів, забороною самостійного заняття ремеслом і навіть вигнанням з міста. Рада затверджувала результати щорічних виборів керівників цехів, приймала в них присягу тощо. Крім цього, прерогативою ради було надання міського громадянства.

Рада була наділена і певними судовими повноваженнями. Вона розглядала цивільні та адміністративні справи про порушення громадського порядку і безпеки жителів міста.

Друга колегія або лава, до складу якої входили 5 членів "лави" або "лавники", "засідателі" на чолі з бурмістром, займалась кримінальним судочинством. До її компетенції як міського суду входив розгляд усіх справ, за винятком тих, які розглядала безпосередньо сама рада, у більшості випадків це були кримінальні справи. Крім цього лавники проводили попереднє слідство. За Магдебурзьким правом лавники повинні уважно вислуховувати сторони, добре розібратися у суті справи, яка розглядається, дотримуватись вимог міського права. Лава карала й милувала, володіючи правом на життя і смерть, тримала шибеницю і ката із знаряддям страти й покарань. Лавників обирали мешканці міста.

Райці і лавники обирались з усіх київських жителів, які досягли 25 років, "по разуму, способностям и достоинству" [17]. Їх вибори проводилися на підставі жалуваних грамот польських королів та судової книги Б.Гроіцького "Порядок" – "утверждено ежегодно в день средопостный в магистрате киевском публично бывает елекция, на которой вольными голосами избираются оного магистрата чиновники, яко то бурмистр, райца, медовий шафарь, лавники, пивной шафарь, инстигатор и урядники и по избрании, в силе означеннаго магдебурского права книги Порядка... все оние чиновники и урядники в Соборной церкве приводятся к присяге и по учиненню той присяги, бурмистр и райца чрез тот год содержат и управляют магистратскую зкономию и присутствуют у дел" [18]. Всі урядовці отримували грошові оклади.

На чолі магістрату стояв війт, який обирався громадою й затверджувався литовським князем ,польським королем, а згодом російським імператором. Війт був головою міської влади, мав адміністративну та судову владу в місті, отримував у користування так звані рангові землі: міський хутір з винокурним заводом і риболовне озеро. На його користь сплачувались третина всіх судових штрафів, що вносились населенням, та частина торгівельних зборів.

Всі урядники, крім писаря звались реєстровими й складали Товариство Золотої Корогви – міську кавалерію під час церемоній.

Решта міщан ділилась на окремі цехи, що мали своїх начальників – цехмистрів, які в необхідних випадках виступали як озброєна піша міліція.

Була ще міліція церемоніальна. Крім цього місто мало своє військо.

Згодом в управлінні містом відбуваються зміни. Визвольна війна, розпочата Б.Хмельницьким, відобразилася й на становищі Києва. Так, у 1652 році Київ отримав гетьманську охоронну грамоту, за якою козакам заборонялось завертати до міста і користуватися перевозом через Дніпро.

Після Переяславської ради 1654 року Київ разом з іншими українськими містами опинився під владою московського царя Олексія Михайловича й отримав відразу ж п'ять грамот, в яких підтверджувались давні права, в т.ч. безмитна торгівля, цеховий устрій міста; тимчасове часткове звільнення від податків; платня війтам та урядникам. В цей час, незважаючи на грамоти, в адміністративному устрої Києва відбулися суттєві зміни. З колишніх адміністративних органів зберігся лише магістрат, поряд з ним почали функціонувати воєводське і сотенне управління.

Петро І та його наступники кілька разів офіційно підтверджували права Києва на самоврядування, але на практиці багато чого просто не визнавалось, бо суперечило централістичним засадам російської імперії. До цього додавалось пряме втручання вищої влади та гене-

рал-губернатора у дії магістрату і війта. Так, наприклад, сталося у 1766 році при виборі нового війта Катерина II забажала щоб на цю посаду було обрано прокурора губернської канцелярії Пивоварова. Але його не було обрано і тоді за наказом імператриці, генерал-губернатор зібрав міську громаду і прилюдно пошматувавши протокол голосування у магістраті, призначив повторні вибори, після яких Пивоварова було обрано одноголосне.

Катерина II діяла цілеспрямовано та послідовно, у 1775 році вийшов указ про приєднання Києва до Малоросії і під владу малоросійського генерал-губернатора Румянцева-Задунайського. Через 10 років після введення нового міського положення у Києві (друга половина 1785 р. – лютий 1786 р.) поточними справами стала відати Київська міська дума – загальна і шестигласна, а магістрат зберіг за собою лише судову владу над міщанами та завідування ремісничими цехами.

Після смерті Катерини II, її наступник Павло I скасував багато розпоряджень своєї матері. Спочатку він повернув Києву попередній устрій, а потім указом від 16 вересня 1797 року поновив права згідно з давніми привілеями. В тому указі згадується київський війт Георгій Рибальський, який багато зробив для утвердження міського самоврядування, розвитку ремесел і торгівлі, зокрема для підвищення авторитету Контрактового ярмарку, що вперше відбувся у січні 1798 року.

Указ Павла I був останнім стосовно прав Києві, текст якого зберігся. А про останній документ – жалувану грамоту Олександра I залишилися згадки тільки в описі урочистої церемонії перенесення грамоти з магістрату до Успенського Собору на Подолі та назад 16 лютого 1802 року: "грамоту несли на оксамитовій подушці війт Рибальський та двоє депутатів. Після служби Божої грамота була урочисто прочитана, а потім під дзвони й стрільбу гармат перенесена до магістрату"[19]. На жаль, ця грамота не збереглась. Однак згодом міське самоврядування ставало лише формальною ознакою. Імперська влада зручно використала скандал, пов'язаний з розтратою магістратом 1 млн. 400 тис. карбованців. Усі члени магістрату були звільнені з посад, на їхнє особисте майно покладено заборону на три коліна вперед, їм заборонялось брати участь у виборних органах протягом 20-ти років. Микола I використав цей факт для скасування залишків самоврядування і указом від 23 грудня 1834 року Київ був позбавлений привілеїв Магдебурзького права. Управління остаточно перейшло до міської думи.

Отже, Магдебурзьке право, поширюючись на українських землях, знайшло тут родюче підґрунтя. Інститут місцевого самоврядування, запровадження якого пропонувало Магдебурзьке право, фактично, у видозміненому вигляді, вже був знайомий місцевому населенню. Можливо, саме з цим пов'язаний той факт, що на території України (на відміну від Польщі) Магдебурзьке право застосовувалося далеко не у тому, безумовному і беззмінному вигляді, у якому воно існувало в країнах Західної Європи. Потрапляючи на Україну, Магдебурзьке право суттєво зазнавало місцевих впливів, більших чи менших, в залежності від того, куди воно потрапляло. Магдебурзьке право проникло на Русь поступово та збагачувалось місцевими звичаями і традиціями.

В середні віки були закладені історичні традиції самоврядування, відбувся процес становлення та розвитку самоврядних інституцій – праобраз майбутніх органів міського самоврядування.

Історична оцінка поширення Магдебурзького права, його ролі і значення в Україні не могла, очевидно, і не може бути однозначною. На мою думку, дане право, вносячи певні риси західноєвропейського міського устрою в організацію самоврядності українських міст, стало одним із важливих чинників культурного і правового зближення України з Західною Європою, створило правову основу становлення і розвитку міського самоврядування в Україні. Хоча, населення України сприймало Магдебурзьке право скоріше як доповнення до місцевого звичаєвого права. Своєрідна ж "націоналізація" Магдебурзького права, що відбулася на українських землях, в майбутньому позначилася на кодифікації українського права, проведеній у XVIII–XIX ст.ст.

Історичне значення Магдебурзького права в контексті розвитку української державності полягає у тому, що правові, політичні та економічні явища, пов'язані із його запровадженням на території України, мають безпосереднє відношення до нашого сьогодення в якості конкретного історичного досвіду і потребують спеціального вивчення на рівні дисертаційного дослідження.

На даному етапі Україна все більше набуває рис цивілізованої європейської країни і тому, зміцнюючи власні демократичні засади, опираючись на історично обумовлену традицію, повинна вдосконалювати систему місцевого самоврядування і сприяти її реформуванню в межах задоволення економічних, соціальних, політичних, особистих та інших свобод народу.

Історичний досвід розвитку місцевого самоврядування слід врахувати в сучасній науці та практиці.

Подальші дослідження історії розвитку самоврядування полягають у вивчені інших періодів розвитку, створенні узагальнюючих праць із зазначеної проблеми потребує спеціального вивчення.

1. *Котляр М.Ф.* Історія давньоруської державності. – К., 2002. 2. *Січинський В.* Чужинці про Україну. – К., 1992. 3. *Козюра І.В., Лебединська О.Ю.* Місцеве самоврядування в Україні (становлення та еволюція). – Ужгород, 2003. 4. *Захарченко В.* Киев теперь и прежде. – Киев, 1888. 5. *Рыбаков Б.А.* Киевская Русь и русские княжества XII–XIII вв. – 2-е изд., доп. – М., 1993. 6. *Грушевський М.* Середні віки Європи. – К., 1917. 7. *Владимирский-Буданов М.Ф.* Немецкое право в Польше и Литве. – СПб., 1868. 8. *Лащенко Р.* "Лекції по історії українського права". – К., 1998. 9. *Антонович В.Б.* "Монографии по истории Западной и Юго-Западной Руси. Исследования о городах Юго-Западного края". – К., 1885. 10. *Довнар-Запольский М.* "Государственное хозяйство Великого Княжества Литовского при Ягеллонах". – К., 1901. 11. *Ткач А.П.* Історія кодифікації дореволюційного права України. – К., 1968. 12. *Делімарський Р.* Магдебурзьке право у Києві. – К., 1996. 13. Каталог документів з історії Києва XV–XIX століть / Упоряд. Г.В. Боряк; Н.М. Яковенко; відпов. ред. Ф.П. Шевченко. – К., 1982. 14. *Іванко М.* Магдебурзьке право // Україна. – 1999, № 1. 15. *Сас П.М.* Феодальные города Укрины в конце XV – 60-х г. г. XVI в. – К. 1989. 16. Довідки про міста і міщанства на Україні-Русі в XV–XVIII ст. (ч.2, т.24). 17. *Піч Р.* Магдебурзьке право в Україні // Український світ. – 1996. – № 1-3. 18. *Чунаєв О.* Розвиток міського самоврядування // Пам'ять століть. – 1999. – № 2. 19. *Каманин И.* Последние годы самоуправления Киева по Магдебургскому праву // Киевская старина. – К., 1888. – № 7-9.

Акты, относящиеся к истории Южной и Западной России, т.1.СПб., 1846, с.144-146, 173, 174.

Надійшла до редколегії 22.12.06

О. Клепікова, канд. юрид. наук

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ТРАНСПОРТНИХ ЗАСОБІВ ОБ'ЄКТАМИ МАЙНОВИХ ВІДНОСИН У СФЕРІ ГОСПОДАРЮВАННЯ

Досліджено систему транспортних засобів, сформульовано основні положення щодо визначення транспортних засобів об'єктами майнових відносин у сфері господарювання.

The system of transports is studied.The main points about the defenitions of them as the objects of property relations in economic activities are formed.

Транспортно-дорожній комплекс України являє собою систему транспортних комунікацій, що об'єднує всі сучасні види транспорту. За розміщенням та структурою вони в цілому відповідають внутрішнім і зовнішнім транспортно-економічним зв'язкам країни, але потребують істотного вдосконалення та модернізації для підвищення якості транспортних послуг, особливо у міжнародному сполученні. Економічна криза в Україні зумовила значне загострення ситуації на транспорті. Триває спад обсягів перевезень, критичного рівня досяг фінансовий стан галузі, зношується матеріально-технічна база, що призводить до зростання потреб у реконструкції, ремонті та технологічному обслуговуванні. Незадовільно вирішуються питання технічних інновацій та технологічної модернізації, не повною мірою використовуються потенційні можливості транспортно-дорожнього комплексу щодо розвитку експорту транспортних послуг. Залишаються нерозв'язаними проблеми транспортної галузі, що характеризуються невирішеністю питання щодо джерел фінансування; недосконалістю нормативно-правового забезпечення діяльності транспортного комплексу, повільним вирішенням питань уніфікації транспортного законодавства відповідно до міжнародного права.

В умовах докорінного реформування економіки України необхідна виважена державна транспортна політика, яка враховувала б особливості галузі та її роль у процесах економічних і соціальних перетворень. Завдання та положення щодо їх реалізації відносно реформування транспортного сектору економіки України визначено у "Концепції реформування транспортного сектору економіки", затвердженої Постановою КМУ від 09.11.2000 р. № 1684. [1] Одним з основних напрямів Концепції визначено удосконалення державного регулювання роботи транспорту, яке має здійснюватися шляхом розроблення нових і перегляду діючих нормативно-правових актів, які передбачають однакові підходи до регулювання відносин під час функціонування суб'єктів господарювання різних форм власності і встановлюють правові, економічні та організаційні основи діяльності транспортних підприємств, особливості їх взаємовідносин з користувачами транспортних послуг, з органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування. Пріоритетними напрямами державного регулювання за окремими видами транспорту визначено залізничний, морський, автомобільний та авіаційний транспорт.

Основним нормативно-правовим актом на транспорті є Закон України від 10.11.1994 р. "Про транспорт" [2]. Згідно зі ст. 1 зазначеного Закону, *транспорт* є однією з найважливіших галузей суспільного виробництва, покликаний задовольняти потреби населення та суспільного виробництва в перевезеннях.

Поняття "транспорт" (з лат. *transportare* – перевозити, переміщувати) має широке тлумачення: так визначається окрема галузь народного господарства, вид господарської діяльності та засоби перевезення.

Закон України від 10.11.1994 р. "Про транспорт" визначає склад залізничного, автомобільного, річкового, авіаційного, морського транспорту та інших видів транспорту (транспортні засоби, споруди, фінансові ресурси, устаткування транспорту, шляхи сполучення, а також промислові, будівельні, торговельні й постачальницькі підприємства, навчальні заклади, заклади охорони здоров'я, фізичної культури та спорту,тощо). Відносно процесу перевезення вантажів, йдеться про транспортні засоби, за допомогою яких здійснюється перевезення (рухомий склад залізничного транспорту, морські судна, річкові судна, рухомий склад автомобільного транспорту, повітряні судна) та про належність цих транспортних засобів до того чи іншого виду транспорту – залізничного, морського, автомобільного тощо. Тому, поняття "транспорт", на нашу думку, є ширшим за поняття "транспортний засіб":

- під *транспортом* слід розуміти сукупність механічних засобів, за допомогою яких зійснюються перевезення, а також увесь виробничо-технологічний комплекс, за допомогою якого надаються послуги з перевезення та інші транспортні послуги споживачам;
- під *транспортним засобом* – пристрій, що призначений для перевезення людей і (або) вантажу, а також встановленого на ньому спеціального обладнання чи механізмів (п. 10 Правил дорожнього руху України, затв. Постановою КМУ від 10.10.2001р. № 1306) [3].

Реалізація покладених на транспорт завдань відбувається шляхом становлення в Україні Єдиної транспортної системи.

Транспортні засоби, як пристрої, призначені для перевезення людей та/або вантажу, а також спеціального обладнання чи механізмів, є об'єктами майнових відносин, що виникають внаслідок організації чи безпосереднього здійснення транспортної діяльності. За своїм функціональним призначенням транспортні засоби можуть бути віднесені до таких груп:

- транспортні засоби загального користування, які використовуються для надання транспортних послуг і до яких належать автомобільні транспортні засоби, залізничний рухомий склад, морські, повітряні та річкові судна, рухомий склад міського електротранспорту;
- транспортні засоби спеціального/спеціалізованого призначення, за допомогою яких здійснюється перевезення певних категорій пасажирів/вантажів (транспортні засоби швидкої медичної допомоги, інкасації) або які використовуються для виконання робочих функцій (автокрани, буксири);
- відомчі транспортні засоби, які використовуються суб'єктами господарювання лише для власних потреб;
- промисловий транспорт, який використовується в процесі виробництва (наприклад, рухомий склад промислового залізничного транспорту, завдяки якому забезпечується системне переміщення вантажів у процесі виробництва та взаємодія із залізничним транспортом загального користування, до складу якого він не входить).

Трубопровідний транспорт представлений в Єдиній транспортній системі як технологічний комплекс (ст. 1

© Клепікова О., 2007

Закону України від15.05.1996р. "Про трубопровідний транспорт"), а шляхи сполучення загального користування відносяться до дорожнього господарства (ст. 31 Закону України від 10.11.1994 р. "Про транспорт").

Згідно зі ст. 1 Закону України від 05.04.2001р. "Про автомобільний транспорт" (в редакції від 23.02.2006 р.) [4] автомобільні транспортні засоби – це дорожні транспортні засоби, за допомогою яких здійснюються перевезення пасажирів і вантажів автомобільними дорогами чи виконання спеціальних робочих функцій. Автомобільні транспортні засоби за своїм призначенням поділяються на пасажирські, вантажні, вантажопасажирські автомобілі та причепи. Щодо окремих видів автомобільних транспортних засобів вживаються терміни, які мають спеціальне значення (автобус, таксі, маршрутні транспорті засоби тощо).

Автомобільні транспортні засоби повинні відповідати вимогам, визначеним у ст. 23 Закону України "Про автомобільний транспорт": не загрожувати безпеці осіб, які ними користуються, або іншим учасникам руху; не спричиняти нищення доріг та їх облаштування; забезпечувати достатнє поле огляду водієві, а також легке, зручне і повне користування засобами керування, гальмування, сигналізації та освітлення дороги, тощо.

До залізничних транспортних засобів загального користування відносяться локомотиви, вагони, дизель- та електропоїзди тощо. Зокрема, перевезення вантажів, пасажирів, багажу, вантажобагажу і пошти проводиться у вагонах, призначених для відповідного перевезення, які мають відповідати вимогам Правил технічної експлуатації залізниць України та санітарно-гігієничним і протиепідемічним нормам і правилам (п.8 Статуту залізниць України) [5]. Використання зілізничного рухомого складу здійснюється за умов їх сертифікації, яка проводиться в порядку, визначеному Наказом Мінтрансу України № 207 від 01.06.1998р. "Про затвердження Положення про сертифікаційну діяльність на залізничному транспорті України" [6].

До транспортних засобів належать торговельні судна – самохідні чи несамохідні плавучі споруди, які згідно зі ст. 15 КТМУ мають використовуватися:

- для перевезення вантажів, пасажирів, багажу і пошти, для рибного чи іншого морського промислу, розвідки і добування корисних копалин, рятування людей і суден, що зазнають лиха на воді, буксирування інших суден та плавучих обєктів, здійснення гідротехнічних робіт чи піднімання майна, що затонуло;
- для несення спеціальної державної служби (охорона промислів, санітарна і карантинна служба, захист від забруднення тощо);
- для наукових, навчальних і культурних цілей;
- для спорте та інших цілей.

Критерії класифікації торговельних суден визначено в "Інструкції щодо складання державної статистичної звітності про наявність торговельних суден за формою № 2-вод", затвердженої Наказом Держкомстату України від 22.02.2001р. № 102 [7].

1) За районами плавання торговельні судна поділяються:

- на річкові, призначені для судноплавства по внутрішніх водних шляхах (річках, озерах, каналах) без права виходу в море;
- морські, призначені для судноплавства у морських територіальних водах України з виходом у нейтральні та територіальні води інших країн;
- змішаного типу "ріка-море", призначені для судноплавства по внутрішніх водних шляхах (річках, озерах, каналах) з правом виходу в море.

2) За наявністю двигуна торговельні судна поділяються на:

- самохідні, які оснащені самостійною рухомою установкою (двигуном);
- несамохідні, які не мають власної рухомої установки (двигуна), та рух яких здійснюється за допомогою самохідних суден.

3) За призначенням торговельні судна поділяються на:

- транспортні, основними типами яких є пасажирські, вантажні (наливні, універсальні, навалочні, контейнеровози, рефрижираторні тощо) та вантажопасажирські судна;
- рибальські, до яких відносяться промислові та промислово-переробні судна;
- спеціального призначення, основними типами яких є рятувальні, патрульні експедиційні, бурові судна, китобази, криголами тощо;
- технічні, до яких відносяться грунтовозні та нафтозбірні судна, плавучі доки та майстерні тощо;
- службово-допоміжні (буксирні та лоцманські судна, плавучі крани, плавучі готелі та ресторани тощо).

Спеціальним видом морського судна є ядерне судно – судно, що обладнане ядерною енергетичною установкою і щодо якого запроваджується спеціальний режим використання.

В юридичній літературі залишається актуальним питання про правове значення кваліфікації плавучої споруди як судна. Зокрема, Єгоров Л.М. щодо розмежування понять "плавуча споруда" і "судно" зазначає, що на відміну від інших плавучих споруд, судно є інженерною спорудою, яка призначена для використання у мореплавстві і в ньому використовується, характеризується ознаками морехідності і наявності прапору. Підтвердженням правового статусу плавучої споруди як морського судна є його внесення до суднового реєстру. [8] На нашу думку, поняття "плавуча споруда" і "судно" не розмежовуються, а співвідносяться як загальне і спеціальне, оскільки будь-яке судно за своїм призначенням є плавучою спорудою незважаючи на те, як воно використовується. Наприклад, пасажирське морське судно, може бути використано для морських круїзів або як плавучий готель.

Згідно зі ст. 23 Кодексу торговельного мореплавства України [9] судно може бути допущене до плавання тільки після того, як буде встановлено, що воно задовольняє вимоги безпеки мореплавства, охорони людського життя і навколишнього природного середовища. Порядок здійснення контролю за відповідністю суден діючим стандартам безпеки мореплавства та запобігання забрудненню довкілля з суден шляхом їх огляду визначено "Інструкцією про огляд суден, які здійснюють плавання (експуатуються) на внутрішніх водних шляхах України", затвердженої Наказом Мінтрансу Україні від 19.04.2001 р. № 225.

До складу авіаційного транспорту входять повітряні судна. Згідно зі ст. 15 Повітряного кодексу України [10] повітряне судно – це літальний апарат, що тримається в атмосфері за рахунок його взаємодії з повітрям, відмінної від взаємодії з повітрям, відбитим від земної поверхні, і здатний маневрувати в тривимірному просторі. Повітряні судна поділяються на державні, цивільні і експериментальні.

- Повітряне судно є державним, якщо воно використовується на військовій, митній, прикордонній та міліцейській службах і зареєстровано у реєстрі державних повітряних суден.
- Повітряне судно є цивільним, якщо воно зареєстровано у державному реєстрі цивільних повітряних суден.

• Повітряне судно є експериментальним, якщо воно призначене для проведення випробувань, дослідно-конструкторських і науково-дослідних робіт. Експериментальне повітряне судно до реєстрів не заноситься.

Умови допуску повітряних суден до експлуатації визначені у ст. 27 Повітряного кодексу України.

Транспортні засоби, як об'єкти майнових відносин, характеризують наступні положення.

Транспортний засіб є особливим видом майна, яке характеризують наступні ознаки: по-перше, це є предмет матеріального світу, тобто річ щодо якої можуть виникати права та обов'язки; по-друге, це є неподільна річ, оскільки її поділ може призвести до втрати її цільового призначення.

Транспортні засоби є об'єктами права власності. Так, згідно зі ст. 178 Цивільного кодексу України (далі – ЦКУ) [11] вони можуть вільно відчужуватися або переходити від однієї особи до іншої в порядку правонаступництва чи спадкування або іншим чином, якщо вони не вилучені з цивільного обороту, або не обмежені в обороті, або не є невід'ємними від фізичної чи юридичної особи.

Транспортні засоби залежно від їх виду та призначення можуть належати до такої категорії об'єктів, перебування яких у цивільному обороті не допускатися або перебування яких допускатися за спеціальним дозволом (це стосується, наприклад, певної категорії державних військових повітряних суден).

Транспортні засоби відноситься до рухомих речей, тобто рухомого майна. Однак, згідно з ч.2 ст. 181 ЦКУ на певні види транспортних засобів може бути поширений законом режим нерухомої речі. Зокрема, згідно зі ст.1Закону України від 05.06.2003р. "Про іпотеку" правовий режим нерухомого майна поширюється на повітряні та морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об'єкти. Правове значення кваліфікації транспортного засобу як рухомої чи нерухомої речі набуває актуальності на практиці. Наприклад, посвідчення нотаріусами договорів про відчуження тих чи інших відбувається за різних умов, передбачених "Інструкцією про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України", затвердженої Наказом Мінюсту України від 03.03.2004 р. № 20/5.

Транспортні засоби як об'єкти майнових відносин у сфері господарювання – це сукупність речей, які мають вартісне визначення, виробляються чи використовуються у діяльності суб'єктів господарювання та відображаються в їх балансі або враховуються в інших передбачених законом формах обліку майна цих суб'єктів (ст. 139 Господарського кодексу України, далі – ГКУ).[12]

Згідно з п. 5.1.5, 22 "Положення (стандарту) бухгалтерського обліку 7 "Основні засоби", затвердженого Наказом Мінфіну України від 28.07.2000 р. № 181, транспортні засоби відносяться до основних засобів, інформація про які розкривається у фінансовій звітності суб'єктів господарювання і вартість яких є об'єктом амортизації.

У складі майна суб'єктів господарювання транспортні засоби можуть виступати як товар: бути об'єктом робіт, які виконуються або виробленою продукцією. Зокрема, у процесі будівництва повітряного чи морського судна, воно є об'єктом відповідних робіт. А у випадку вже виготовлених автомобілів, останні є виробленою продукцією.

Транспортні засоби можуть виступають об'єктами різних майново-господарських та організаційно-господарських зобов'язань. Транспортні засоби можуть також бути об'єктами публічних зобов'язань суб'єктів господарювання, зокрема, перевізників, які отримали статус національного перевізника. Не виключається можливість визначення транспортних засобів об'єктами господарських договорів, які укладаються за державним замовленням. Так, відповідно до Закону України від 05.02.2004 р. "Про Загальнодержавну програму створення військово-транспортного літака Ан-70 та його закупівлі за державним оборонним замовленням" забезпечується концентрація на загальнодержавному рівні фінансових, матеріально-технічних та інших ресурсів для забезпечення створення нового типу військово-транспортного літака Ан-70, організації його серійного виробництва та закупівлі за державним оборонним замовленням.

Згідно зі ст.ст. 115 ЦКУ, 86 ГКУ транспортні засоби можуть виступати вкладами учасників та засновників господарських товариств. Однак, щодо деяких суб'єктів господарювання законодавством передбачені виключення. Наприклад, транспортні засоби не можуть бути вкладами учасників або засновників до статутного фонду господарського товариства – страхової компанії, оскільки ст. 2 Закону України "Про страхування" в редакції від 04.10.2001 р. передбачено формування статутного фонду страховиків виключно в грошовій формі.

Право власності є основним речовим правом у сфері господарювання. Власник транспортного засобу на свій розсуд володіє, користується та розпоряджається ним. У сукупності тріада зазначених правомочностей визначає зміст права власності на транспортні засоби.

Право володіння транспортним засобом означає можливість фактичного перебування у власника цього транспортного засобу. Володіння транспортним засобом може бути законним (титульним) або незаконним. Якщо власник або інша особа здійснює володіння транспортним засобом на законних підставах (наприклад, на підставі договору купівлі-продажу, договору найму транспортного засобу), то таке володіння є законним (титульним). У випадку володіння транспортним засобом без законних підстав, таке володіння визнається незаконним (наприклад, володіння придбаним автомобілем, який було вкрадено у власника).

З правом володіння пов'язане право користування транспортними засобами, яке передбачає можливість вилучення їх корисних властивостей з метою задоволення потреб самого власника або інших осіб. Право користування транспортним засобом може бути законним (наприклад, якщо фізична особа користується автомобілем на підставі генерального доручення) або незаконним (наприклад, якщо державне підприємство використовує повітряне судно шляхом здавання його у фрахт іншій юридичній особі без відповідного дозволу власника). Право користування транспортним засобом може належати власнику цього транспортного засобу (наприклад, власник морського судна може використовувати його задля здійснення морських перевезень, виконання буксирних робіт тощо) або іншій особі (наприклад, відокремлений підрозділ господарської організації може використовувати переданий йому транспортний засіб для здійснення господарської діяльності на праві оперативного використання згідно зі ст. 138 ГК України). При цьому повноваження щодо використання транспортного засобу іншою, ніж власник особою, може мати певні обмеження, які встановлюються самим власником (наприклад, власник морського судна може передати його у фрахт без надання фрахтувальникові права здавати це судно у субфрахт).

На відміну від правомочностей володіння й користування, право розпорядження, як правило належить власнику транспортного засобу, який вправі визначити його юридичну чи фактичну долю (крім випадків конфіскації, примусового продажу тощо у встановленому законом порядку).

Законодавець встановлює спеціальні вимоги щодо користування і розпорядження окремими видами транспортних засобів. Наприклад, відповідно до "Інструкції про порядок передачі в оренду повітряних суден авіакомпаній та авіапідприємств державної форми власності та відкритих акціонерних товариств, всі акції яких або їх частка перебувають у державній власності, затвердженій Наказом Мінтрансу України від 10.08.2001 р. № 530, договір на передачу в оренду повітряного судна може бути укладений лише після отримання орендодавцем дозволу Державної адміністрації повітряного транспорту.

Отже, правомочності щодо володіння, користування та розпорядження розкривають зміст права власності і в своїй сукупності дозволяють визначити власника транспортного засобу.

Категорія "власник транспортного засобу" визначається згідно з п.1.10 Правил дорожнього руху наступним чином: власником транспортного засобу є фізична або юридична особа, яка володіє майновими правами на транспортний засіб та має на це відповідні документи.

На нашу думку, наведене визначення не можна назвати вдалим. По-перше, воно визначає право власності на транспортний засіб у суб'єктивному розумінні і тому має розкривати його зміст – вказувати на сукупність правомочностей щодо володіння, користування та розпорядження. По-друге, право власності на транспортний засіб може належати не тільки учасникам цивільних відносин, а й суб'єктам господарювання, тому вимагає більш поширеного визначення кола його суб'єктів. До того ж, слід врахувати особливості правового регулювання права власності на окремі види транспорту.

Так, наприклад, відповідно до ст. 20 КТМУ йдеться про судновласника або власника морського судна. Зміст цієї статті визначає судновласником юридичну або фізичну особу, яка експлуатує судно від свого імені, незалежно від того, чи є вона власником судна чи використовує на інших законних підставах; власником судна є суб'єкт права власності або особа, яка здійснює відносно закріпленого за нею судна права, до яких застосовуються правила про право власності. Яким чином співвідносяться поняття "судновласник" і "власник судна"? Судновласником може бути будь-який законний володілець судна, у тому числі власник судна. Проте, власник може і не виступати судновласником (наприклад, не використовувати судно задля перевезень), але нести визначені у зв'язку з цим обов'язки (наприклад, згідно зі ст. 304 КТМУ тільки власник судна відповідає за шкоду від забруднення, заподіяну внаслідок витоку його з судна або скиду з нього нафти або інших речовин, шкідливих для здоров'я людей або живих ресурсів моря). Отже, категорію "судновласник" характеризують такі ознаки: по-перше, це є суб'єкт господарювання, який експлуатує судно від свого імені; по-друге зазначене використання має здійснюватися лише на законних підставах. Тому, поняття "судновласник" є ширшим за поняття "власник": будь-який власник судна може бути судновласником, але не кожний судновласник є власником судна.

Аналогічно можна розглядати ст. 61 Повітряного кодексу України, в якій йдеться про надання фрахтівником (судновласником) місткості повітряного судна фрахтувальнику задля використання з метою здійснення перевезень на підставі договору чартеру. В юридичній літературі зазначається на те, що право володіння та користування судном не переходить до фрахтувальника, а тому залишається за фрахтівником. Відповідно до "Правил реєстрації цивільних повітряних суден в Україні", затверджених Наказом Державіаслужби від 31.01.2006 р. № 67, власником повітряного судна є юридична або фізична особа, право власності якої на повітряне судно підтверджене відповідними документами [13].

Право власності на транспортні засоби виникає на підставі юридичних фактів, визначених у законодавстві, що прийнято називати способами виникнення права власності. Згідно зі ст. 328 ЦК України право власності набувається на підставах, що не заборонені законом, зокрема із правочинів і вважається набутим правомірно, якщо інше прямо не випливає із закону або незаконність набуття права власності не встановлена судом. Зазначені у гл. 24 ЦК України способи набуття права власності в юридичній літературі прийнято відносити до первісних або похідних способів. У першому випадку право власності на транспортні засоби виникає вперше або незалежно від попередніх власників (наприклад, будівництво повітряного судна, його націоналізація, конфіскація тощо). У другому – право нового власника виникає на підставі права власності попереднього власника внаслідок волевиявлення останнього (наприклад, відчуження транспортного засобу за договором купівлі-продажу або шляхом дарування тощо).

Виникнення права власності на транспортні засоби водночас передбачає припинення цього права у іншого суб'єкта. Тому підстави виникнення права власності на транспортні засоби розглядаються водночас і як підстави припинення його. Перелік підстав припинення права власності наведено у ст. 346 ЦК України.

Розглянемо деякі з наведених способів набуття права власності, які є найбільш характерними для права власності на морські судна.

Будівництво нового морського судна – це тривалий процес внаслідок якого виникає нова річ тобто морське судно. При будівництві морських суден використовуються типові форми договору, розроблені Асоціацією суднобудівельників Японії, Асоціацією західноєвропейських суднобудівельників тощо [14]. Згідно зі ст. 19 КТМУ право власності на судно, що будується, регулюється законодавством держави, на території якої перебуває таке судно, якщо договором на будівництво судна не встановлено інше.

Право власності на морське судно може виникати внаслідок визнання його безхазяйною річчю у випадках, передбачених ст. 335 ЦК України: коли власник морського судна відмовився від нього (наприклад, судно, кинуте його власником внаслідок посадки на мілину); коли власник морського судна невідомий (наприклад, судно, що затонуто у межах територіальних вод України); коли власник втратив право власності на судно в силу закону (наприклад, втрата права на морське судно, що затонуло). Згідно зі ст.ст. 123-124 КТМУ у випадках, коли майно, що затонуло, ставить безпосередню загрозу безпеці судноплавства, життю чи здоров'ю людей, забрудненню навколишнього природного середовища, а власник майна, що затонуло, не піднімає його у термін, встановлений портом, порт має право вжити заходів щодо підняття майна, а при необхідності – щодо його знищення. Власник морського судна, що затонуло, якщо він має намір підняти це майно, повинен повідомити про це найближчий морський порт України протягом одного року з дня, коли майно затонуло. Якщо власник не зробить заяви або не підніме майно у встановлений строк, він втрачає право власності на це судно і це судно стає державною власністю.

Безхазяйне судно приймається на облік органом, що здійснює державну реєстрацію прав на нерухоме майно, за заявою органу місцевого самоврядування, на території якого воно розміщено, про що робиться оголошення у друкованих засобах масової інформації. Пі-

сля перебігу одного року з дня взяття на облік, безхазяйне судно, за заявою органу, уповноваженого управляти майном відповідної територіальної громади, може бути передано за рішенням суду у комунальну власність відповідно до ст. 335 ЦК України (органи, що здійснюють управління комунальним майном, не завжди мають намір стати власником безхазяйного морського судна, оскільки вони можуть не мати коштів задля підтримання цього майна або розподілу його на металобрухт). За наявністю фактичного володільця судна, суд може відмовити у переданні його у комунальну власність, і тоді це судно може перейти у власність фактичного володільця в силу набувальної давності. Набуття права власності на морське судно в силу набувальної давності передбачає добросовісне, безперервне володіння ним протягом п'яти років. До того ж, право власності на транспортні засоби в силу набувальної давності згідно зі ст. 344 ЦК України набувається за рішенням суду.

Похідні способи набуття права власності на морське судно виникають з договорів про відчуження. До таких належить договір купівлі-продажу, щодо якого на практиці розроблено відповідні проформи, які враховують специфіку того чи іншого судна, яке підлягає відчуженню, а також його характеристики – нове або таке, що вже було у користуванні тощо (наприклад типова форма NSF, яка була розроблена Асоціацією суднових брокерів Норвегії і підтримана міжнародною організацією БІМКО).

Договором про відчуження морського судна є договір лізингу судна. За договором лізингу судна власник судна (лізингодавець) зобов'язується передати фрахтувальнику (лізингоодержувачу) судно без екіпажу для використання з метою торговельного мореплавства на визначений термін, після закінчення якого до лізингоодержувача переходить право власності на судно. Лізингоодержувач зобов'язується сплатити лізингову плату, в яку включаються плата за користування судном і його вартість за договором морського лізингу. Договір лізингу повинен бути укладений у письмовій формі. Наявність і зміст договору лізингу судна можуть бути доведені виключно письмовими доказами. У договорі лізингу судна повинні бути вказані найменування сторін, мета договору, назва судна, рік побудування судна, його клас, вантажопідйомність або вантажомісткість, потужність двигунів, швидкість ходу і витрата пального, термін користування, після закінчення якого до лізингоодержувача переходить право власності на судно, розмір і термін внесення лізингової плати, місце і час передачі судна лізингоодержувачу та інші необхідні дані (ст.ст. 215-221 КТМУ).

Ще однією підставою виникнення права власності на морське судно є відмова власником від своїх прав на морське судно внаслідок абандону. Абандоном є заява страхувальника про відмову від своїх прав на застраховане судно і отримання повної страхової суми у випадках: пропажі судна безвісти; економічної недоцільності відбудування або ремонту застрахованого судна; захоплення судна, якщо захоплення триває більше двох місяців. Заява про абандон повинна бути зроблена страховику протягом шести місяців з моменту закінчення термінів (настання обставин), зазначених вище. Із закінченням шестимісячного терміну страхувальник втрачає право на абандон, але може вимагати відшкодування збитків на загальних підставах. Заява про абандон не може бути зроблена страхувальником умовно і не може бути взята назад (ст.ст. 271-273 КТМУ). Заява абандону є підставою перехода права власності на морське судно до страховика за договором морського страхування.

Припинення права власності на морське судно відбувається на загальних підставах у зв'язку з укладенням відповідних договорів, а також внаслідок відмови від права власності шляхом скоєння дій, які свідчать про відповідне волевиявлення власника. Наприклад, судно, що втратило свої властивості, може бути віднесено до категорії "майна, що затонуло" (п. 1 ст. 120 КТМУ). У зв'язку з цим власника може бути зобов'язано знищити це морське судно (п.1 ст. 123 КТМУ), тоді як порт має право за рахунок власника знищити це судно (п. 3 ст.123 КТМУ). Майно, підняте портом внаслідок того, що воно становило безпосередню загрозу безпеці судноплавства, життю і здоров'ю людей або забруднення навколишнього природного середовища, може бути витребуване його власником протягом двох років з дня, коли майно було фактично піднято. Якщо підняте майно реалізовано портом через неможливість або недоцільність його зберігання, власнику майна повертається виручена від реалізації сума за вирахуванням усіх витрат, понесених портом у зв'язку з підняттям, зберіганням і реалізацією майна (ст. 126 КТМУ). Таким чином законодавець передбачив можливість збереження за первісним власником його прав щодо власності на морське судно.

З переходом права власності на транспортний засіб відбувається процедура державної реєстрації цього транспортного засобу. Правова сутність державної реєстрації транспортного засобу полягає у наступному: по-перше, державна реєстрація не є підставою виникнення права власності на транспортний засіб; по-друге, державна реєстрація транспортного засобу відбувається внаслідок визнання права власності на цей транспортний засіб; по-третє, державна реєстрація транспортного засобу є обов'язком його власника.

Державна реєстрація транспортних засобів – це реєстрація уповноваженими у встановленому законом порядку органами державної влади транспортних засобів, що передбачає їх облік на території України.

Законодавством встановлено спеціальний порядок реєстрації автотранспорту, морських суден, повітряних суден і залізничних вагонів. Зазначимо на особливості реєстрації морських суден.

Реєстрація морського судна в Україні здійснюється відповідно до "Порядку ведення Державного суднового реєстру України і Суднової книги України", затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 26.09.1997 р. № 1069 [15] та означає внесення відомостей про нього до одного з відповідних реєстраційних документів: Державного суднового реєстру України, Суднової книги України. Реєстрацію суден в Україні здійснюють: капітани морських портів; Головна державна інспекція України з безпеки судноплавства (Держфлотінспекція України). Державний нагляд за виконанням вимог законодавства про реєстрацію та ведення обліку суден, що мають право плавання під Державним прапором України здійснює Інспекція Головного державного реєстратора флоту відповідно до "Положення про Інспекцію Головного державного реєстратора флоту", затвердженого Наказом Мінтрансу України від 20.10.1997 р. № 369.

Реєстрації в морських портах підлягають морські торговельні судна (пасажирські, наливні судна, судна, призначені для перевезень небезпечних вантажів, а також буксири незалежно від потужності головних двигунів і валової місткості, тощо). Реєстрації в Держфлотінспекції України підлягають річкові та маломірні судна. Відповідальність за повноту і точність реєстраційних даних про судно, а також за наслідки, які можуть виникнути через неподання або подання недостовірних відо-

мостей про судно, несе власник судна або особа, яка використовує судно на інших законних підставах (судновласник, фрахтувальник). За реєстрацію судна у Державному судновому реєстрі України або Судновій книзі України та будь-які подальші зміни зроблених у них записів, а також за видачу суднових документів справляються збори, порядок та розмір яких встановлюється "Положенням про збір за реєстрацію суден у Державному судновому реєстрі України і Судновій книзі України", затвердженим Наказом Мінтрансу України від 27.03.1998 р. № 93.

Реєстрація у Державному судновому реєстрі України здійснюється на підставі погодженої в Інспекції письмової заяви судновласника (із зазначенням терміну реєстрації: постійного чи тимчасового), що подається капітанові морського порту, до якої додаються такі документи: заповнена судновласником анкета Державного суднового реєстру України; копія документа, що підтверджує право власності на судно; копія обмірного свідоцтва; копія свідоцтва про придатність судна до плавання; копія пасажирського свідоцтва (для пасажирського судна); копія свідоцтва про мінімальний склад екіпажу; копія страхового полісу або іншого документа із зазначенням умов забезпечення цивільної відповідальності судновласника за шкоду від забруднення нафтою, передбачених міжнародними договорами (угодами), до яких приєдналася Україна; свідоцтво про тимчасове право на плавання під Державним прапором України, якщо воно видавалося; копія договору морської іпотеки або довідки про підтвердження відсутності заставних зобов'язань на судно; копія свідоцтва про державну реєстрацію суб'єкта підприємницької діяльності.

Судно, зафрахтоване за договором бербоут-чартеру, на підставі письмової заяви фрахтувальника може бути зареєстроване у Державному судновому реєстрі України тимчасово, на термін, що не перевищує терміну чинності такого договору, якщо на момент реєстрації судна воно не було внесене до суднового реєстру іншої держави або якщо таке судно внесене до суднового реєстру іншої держави, але запис про нього припинено, про що судновласник повинен подати відповідний сертифікат. Для реєстрації іноземного судна, отриманого судновласником України для експлуатації на умовах бербоут-чартеру, додатково до документів, зазначених вище, крім копій документів, що підтверджують право власності на судно, додаються: копія договору фрахтування; письмовий дозвіл судновласника на реєстрацію; письмовий дозвіл компетентного органу держави іноземної реєстрації судна; письмовий дозвіл заставодержателя, якщо судно заставлене.

Рішення про реєстрацію судна або про відмову у його реєстрації приймається протягом 10 днів з дня одержання заяви і необхідних документів. З моменту реєстрації судно набуває права плавання під Державним прапором України. З отриманням суднових реєстраційних документів на судно наносяться назва судна та найменування порту реєстрації.

Реєстрація у Судновій книзі України здійснюється на підставі письмової заяви судновласника (зазначається термін реєстрації: постійний чи тимчасовий), що подається до органу державної реєстрації суден, до якої додаються такі документи: копія документа, що підтверджує право власності на судно; копія свідоцтва про придатність судна до плавання (акт технічного огляду); копія договору іпотеки або довідка про відсутність заставних зобов'язань на судно; документ, що підтверджує сплату зборів за реєстрацію судна у Судновій книзі України та видачу суднових документів.

Судно, зафрахтоване за договором бербоут-чартеру, на підставі письмової заяви фрахтувальника може бути зареєстроване у Судновій книзі України тимчасово, на термін, що не перевищує терміну дії такого договору, якщо на момент реєстрації воно не було внесене до суднового реєстру іншої держави та якщо таке судно внесене до суднового реєстру іншої держави, але запис про нього припинено, про що судновласник повинен подати письмове посвідчення компетентного органу цієї держави. У разі реєстрації іноземного судна, отриманого судновласником України для експлуатації на умовах бербоут-чартеру, додатково до документів, зазначених вище, крім копій документів, що підтверджують право власності на судно, додаються: копія договору фрахтування; письмовий дозвіл судновласника на реєстрацію; письмовий дозвіл на реєстрацію компетентного органу іноземної держави реєстрації судна; письмовий дозвіл заставодержателя, якщо судно заставлене.

Після державної реєстрації у п'ятиденний термін з моменту прийняття заяви судновласникові видається судновий білет та відповідно до нього інші суднові документи, саме з цього моменту судно набуває права плавання під Державним прапором України. Зареєстрованому в Судновій книзі України судну присвоюється реєстраційний номер з літерою К (наприклад 14-К). У разі реєстрації судна, отриманого на умовах бербоут-чартеру, судновий білет видається судну незалежно від того, переходить до судновласника України право власності на судно чи судно після закінчення терміну дії договору підлягає поверненню власникові, але у судновому білеті зазначається термін дії договору фрахтування. Після того як право власності на законних підставах переходить до судновласника України, судно підлягає постійній реєстрації із заміною суднового білета.

Виключення судна з Державного суднового реєстру України чи Суднової книги України здійснюється шляхом припинення записів про його реєстрацію і вилучення суднових реєстраційних документів. Виключення може бути постійним або тимчасовим. Постійне виключення здійснюється: у разі втрати судном права плавання під Державним прапором України; у разі загибелі судна або зникнення його безвісно; у разі визнання судна непридатним для подальшої експлуатації; у разі закінчення дії договору бербоут-чартеру іноземного судна. У разі постійного виключення судна орган реєстрації у п'ятиденний термін видає свідоцтво про виключення судна з Державного суднового реєстру України чи Суднової книги України. Тимчасове виключення судна з Державного суднового реєстру України або Суднової книги України здійснюється в разі його передачі на законних підставах у тимчасове володіння чи використання іноземній державі, юридичній або фізичній особі, а також особі без громадянства, з тимчасовою заміною Державного прапора України на прапор іноземної держави, за умови, що: згідно із законодавством іншої держави дозволяється заміна прапора; судновласник згоден на тимчасову заміну прапора; заставодержатель зареєстрованих застав судна згоден на тимчасову заміну прапора. У разі тимчасового виключення судна з Державного суднового реєстру України чи Суднової книги України орган державної реєстрації видає свідоцтво про тимчасове виключення судна із Державного суднового реєстру або Суднової книги України.

Законодавство України є недосконалим щодо умов та порядку реєстрації морських суден: не визначаються умови повторної реєстрації судна; не встановлено порядок зміни місця реєстрації судна; не вказується на порядок и строки реєстрації суден, які було збудовано або які було придбано за кордоном, якщо вони прибули

в український порт і мають використовуватися в Україні. Найбільш суттєвим й актуальним, на наш погляд, є питання про запровадження в Україні практики ведення окремого реєстру суден, які експлуатуються на умовах бербоут-чартеру, це пов'язано з необхідністю встановлення спеціальних умов, строків і порядку реєстрації та забезпеченням публічності цього реєстру і зручності його використання всіма зацікавленими щодо цього судна суб'єктами. За змістом Державний судновий реєстр України та Суднова книга України мають містити не тільки відомості про судно, його власника та зобов'язальні права, як це передбачено формами ведення цих реєстрів, а й відомості про інші речові права на судно. Зокрема, главою III КТМ Російської Федерації встановлено ведення державного суднового реєстру, суднової книги і бербоут-чартерного реєстру, а також передбачається первісна реєстрація збудованого судна протягом одного місяця з дня спуску його на воду. Зазначається і на те, що у державному судновому реєстрі і судновій книзі реєструються право власності та інші речові права на судно, а також обмеження цих прав (іпотека, довірче управління тощо).

Зазначені пропозиції вимагають перегляду глави 2 КТМУ та внесення відповідних змін до "Порядку ведення Державного суднового реєстру України і Суднової книги України", затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 26.09.1997 р. № 1069.

Отже, реєстрація транспортних засобів – це встановлений законодавством порядок обліку транспортних засобів, який передбачає засвідчення даних щодо їх власників або користувачів.

1. Постанова Кабінету Міністрів України від 09.11.2000 р. № 1684 "Про затвердження Концепції реформування транспортного сектору економіки" // Офіційний Вісник України. – 2000. – № 46. – Ст. 1994. 2. Закон України від 10.11.1994 р. "Про транспорт"// Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 51. – Ст. 446. 3. Постанова Кабінету Міністрів України від 10.10.2001 р. № 1306 "Про Правила дорожнього руху України" // ОВУ. – 2001. – № 41. – Ст. 1852. 4. Закон України від 05.04. 2001 р. "Про автомобільний транспорт" (в редакції від 23.02.2006 р.) // ОВУ. – 2006. – № 13. – Ст. 858. 5. Статут залізниць України, затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 06.04.1998 р. № 457 // ОВУ. – 1998. – № 14. – Ст. 548. 6. Наказ Міністерства транспорту України від 01.06.1998 р. № 207 "Про затвердження Положення про сертифікаційну діяльність на залізничному транспорті України" // ОВУ. – 1999. – № 34. – С. 204. 7. Наказ Держкомстату України від 22.02.2001 р. № 102 "Про затвердження Інструкції щодо складання державної статистичної звітності про наявність торговельних суден за формою № 2-вод"// Офіційний вісник України. – 2001. – № 11. – Ст. 474. 8. *Егоров Л.М.* Правовое значение классификации плавучего объекта как морского судна // Морское право. – 1980. – Выпуск 252. – С. 23–43. 9. Кодекс торговельного мореплавства України від 23.05.1995 р. // ВВР. – 1995. – №47. – Ст. 349. 10. Повітряний кодекс України від 04.05.1993 р. // ВВР. – 1993. – № 25. – Ст. 274. 11. Цивільний кодекс України // ВВР. – 2003. – № 40, 41. – Ст. 356. 12. Господарський кодекс України // ВВР. – 2003. – № 18-22. – Ст. 144. 13. Наказ Державіаслужби від 31.01.2006 р. № 67 "Про затвердження Правил реєстрації цивільних повітряних суден в Україні" // Офіційний вісник України. – 2006. – № 8. – Ст. 475. 14. Юридический справочник по торговому мореплаванню / Под ред. А.С. Кокина. – М., 2002. – С. 32–34, 433–441. 15. Постанова Кабінету Міністрів України від 26.09.1997 р. № 1069 "Про затвердження Порядку ведення Державного суднового реєстру України і Суднової книги України" // ОВУ. – 1997. – № 40. – С. 24.

Надійшла до редколегії 30.12.06

І. Безклубий, д-р юрид. наук

ЗОБОВ'ЯЗАННЯ З ДЕЛІКТІВ У СТАРОДАВНЬОМУ РИМІ

Досліджуються особливості деліктних зобов'язань в системі цивільного права Риму.

The special features of delict obligations in the system of Roman Civil Law are examined.

Пріоритетом у діяльності римських юристів була велич Духу Права, спрямованого на охорону та захист національних інтересів держави, римського народу та окремого громадянина. Його мета всебічно забезпечити гармонійне поєднання різних суспільних явищ, що формували життєві традиції та устої великої імперії.

Видатний український філософ Памфіл Юркевич досліджуючи питання щодо того, якою є ідея права, наводить речення Ульпіана: *"Iuris praecepta haec sunt: honeste vivere, alterum non laedere et suum cuique"* – настанови права такі: чесно жити, не завдавати шкоди іншому й кожному віддавати належне [11, с. 458]. Тріада чеснот, що спрямовують саме право на служіння народу, структурно формує загальні правила поведінки окремих індивідів та їх об'єднань у суспільстві. Незважаючи на деякі суб'єктивні елементи, у запропонованій Ульпіаном ідеальній формулі права, було знайдено місце одному з основних інститутів цивільного права – зобов'язанню. Ця сентенція вдало розкриває суть цивільного зобов'язання, спрямованого на відновлення порушених прав.

Підставою виникнення зобов'язання може бути не лише правомірна дія (договір, односторонній правочин тощо), а й протиправна поведінка особи. Правопорушення, в наслідок якого завдано майнової шкоди, породжує деліктне зобов'язання. Саме за таких умов у цивільних правовідносинах деліктоздатна особа несе позадоговірну відповідальність.

Римські закони належним чином забезпечували правове регулювання деліктних правовідносин. Проте, як зазначав у своєму творі "Про закони" видатний філософ, оратор, політичний діяч Марк Тулій Ціцерон, якщо в часи правління Тарквінія (п'ятий цар у Римі – *розрядка наша І.Б.*) в Римі не було писаного закону про образу честі, то це зовсім не значить, що Секст Тарквіній не переступив віковічного закону, вчинивши насильство над Лукрецією, дочкою Триципітіна (традиційно вважається, що це послужило приводом до повстання і вигнання царів [10, с. 417]). Адже цей віковічний закон був розумом, який походить із природи (спонукаючи до чесних справ і відвертаючи від злочину), був розумом який починає бути законом не тільки відтоді, коли записаний, а вже тоді, коли виник. А виник він одночасно з божественною думкою. Тому, справжній і перший закон (здатний наказувати і забороняти) є прямим розумом всевишнього Юпітера [10, с. 189]. Цей наочний приклад вказує на період до християнської доби, коли суть справедливості відображав звичай.

Делікт (*delictum*) – правопорушення, тобто всупереч законові вчинення дії, що завдає шкоди окремій особі, її сім'ї або майну і тягне за собою відповідальність особи, яка вчинила її. Саме відповідальність, що випливає з делікту поклала початок розвитку зобов'язання (*obligacio*) [1, с. 104]. Дослівно *delictum* походить від лат. *de* та *licere* (дозволити), що значить недозволена, протиправна дія.

Професор О. Станоевич зазначає, що римляни для позначення поняття делікт вживали також термін *maleficium* (дослівно – злочин, злодіяння). Крім того сербський вчений наголошує на тому, що делікт є недозволеним актом [13, с. 393]. Недозволений акт, або точніше протиправний акт і шкода, що заподіяна потерпілій особі внаслідок такого акту породжують деліктне зобов'язання.

Особливості історичного становлення, розвитку та правового регулювання інституту деліктних зобов'язань відображені в таких джерелах римського права як Закони XII таблиць (451-450 рр. до н.е.), закон Аквілія (приблизно 286 р. до н.е.), закон Корнелія (Сулли) (81 р. до н.е.), едикти претора Лукулли (76 р. до н.е.), інституції Гая та Юстініана, в інших джерелах.

Загальним для всіх деліктів є те, що вони передбачають наявність протиправних дій та вини правопорушника [14, с. 200]. З огляду на це делікт розглядається, як одна з підстав для виникнення зобов'язання щодо сплати штрафних санкцій. При цьому не має жодних підстав для розуміння делікту як одностороннього правочину. Вчинення дії за одностороннім цивільним правочином відбувається за волевиявленням однієї сторони та має правомірний характер.

За твердженням іспанського романіста М. Гарсіа Гаррідо, міра відповідальності винного в делікті характеризувалася багаторазовим збільшенням оцінкової вартості заподіяної шкоди. Вона мала карний характер і не була обмежена звичайним відшкодуванням збитків, обумовлених деліктом, на відміну від сучасних норм цивільної відповідальності. Крім штрафних позовів позивач мав право на пред'явлення позовів про відшкодування речі, втраченої в результаті здійснення делікту, які акумулювалися разом з першими [2, с. 427]. Тобто, в основі виникнення і подальшого формування деліктних відносин в Римі лежить ідея помсти за завдану шкоду. Наслідком неправомірної дії є подвійний інтерес постраждалої особи, який полягав у тому, щоб покарати зловмисника та стягнути з нього заподіяну шкоду.

У Стародавньому Римі розвитку деліктних зобов'язань передувала правова конструкція, яка передбачала застосування особистої помсти (*vindicta*) потерпілого. Правовий принцип формальної рівності вперше втілюється в системі таліона (*talio*): "око за око, зуб за зуб". У тексті Законів XII таблиць міститься положення, яке передбачає настання правових наслідків у разі, "якщо заподіє тілесного ушкодження і не приміриться, то нехай і йому самому буде завдано те ж саме" [6, с. 10]. За умови адекватного пошкодження злочинця задовольняється не просто почуття помсти – відшкодування страждань та досягнення відносної рівноваги в заподіяній шкоді, але, як зазначає Д. Дождев, поновлюється загальна гармонія відносин. Не зважаючи на грубу натуралістичність, така помста випливає з критерія рівноваги, коли месник виступає зброєю загальної справедливості [4, с. 449–550]. Звичаї періоду язичництва та канонічне право християнської доби мали значний вплив на формування правових норм, що тривалий час регулювали відносини з приводу деліктних зобов'язань.

Розвиток у середньовічній Європі економічних відносин, освіти, мистецтва, культури підготував підґрунтя для сприйняття римської юридичної доктрини в цілому та поняття делікту зокрема. Діяльність юристів Риму призвела до запровадження компенсаційного механізму щодо відшкодування шкоди завданої каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я шляхом грошового еквіваленту, що визначався на підставі закону. Це правило було рецепійоване сучасними правовими системами

© Безклубий І., 2007

Європи (наприклад, § 823, § 826, § 842–844 BGB) [3, с. 239–240, с. 244; 12, ст. 1168, 1177, 1195–1208], яке узагальнено передбачає відшкодування в повному обсязі майнової шкоди, завданої неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю особистим немайновим правам фізичної або юридичної особи, а також шкоди, завданої майну фізичної або юридичної особи, тією особою, яка її завдала. Встановлення державою зобов'язальних композицій (штрафів – *розрядка наша І.Б.*) – це той цивілізований шлях по якому рухалося римське приватне право від помсти за заподіяння шкоди.

Казуїстичний характер стародавнього римського права лежить в основі деліктних правовідносин. Лише та протиправна дія, яка відповідно містилась в нормі закону або преторському праві визнавалась деліктом. Коло деліктів постійно поповнювалось, але єдиного чіткого визначення делікту не було. До деліктів відносили, наприклад, образу, заподіяння каліцтва, нанесення побоїв, а також дії, які в сучасному праві утворюють склад кримінального злочину – крадіжка, грабіж, навмисне псування чужих речей та майна та інші факти протиправної поведінки. Таким чином, така протиправна поведінка заподіювача шкоди впливала не лише на приватні інтереси потерпілої особи, але й порушувала публічні спокій та інтереси всієї спільноти.

Так само, як система римського права, в цілому, складалась з публічного (*jus publicum*) та приватного права (*jus privatum*), всі делікти поділялись на дві групи: публічні (*delicta publica*) та приватні (*delicta privata*).

Делікти, які вчинялись з метою порушення інтересів держави визнавались публічними. За вчинення публічних деліктів до казни стягувались штрафні санкції, застосовувались тілесні покарання, а в деяких випадках смертна кара. Справи з питань публічних деліктів, що посягали на громадський правопорядок, розглядались за спеціальними правилами судочинства в кримінальних судах (*quaestiones perpetuae*). Так, наприклад, положення Закону XII таблиць передбачають застосування смертної кари того, хто підбурює ворога до нападу на римську державу або її громадянина.

Приватні делікти розглядались як посягання тільки на інтереси приватних осіб; позови з таких деліктів пред'являлись потерпілою особою. Грошові штрафи, на стягнення яких були спрямовані ці позови, поступали потерпілому і стягувались в загальному порядку, встановленому для розгляду майнових спорів. В тому ж порядку розглядались і справи про ті *delicta privata*, які в найдавніші часи тягнули за собою тілесні покарання [9, с. 522].

Право Риму визнавало деліктами лише ті правопорушення, що були визначені в законі або були передбачені преторським правом. Звідси, поділ *delicta privata* на делікти *jus civile* та преторські делікти. До деліктів *jus civile* відносились: *injuria* – особиста образа, *furtum* – крадіжка, *rapina* – грабіж, *damnum injuria datum* – неправомірне пошкодження або знищення чужого майна. В подальшому в нормах преторського права знайшли своє відображення такі делікти як: *metus* – погрози, що змушують іншу особу укласти правочин, *dolus* – омана, шахрайство, що спрямовані на вчинення юридичних дій, *fraus kreditorum* – укладення боржником угод спрямованих на зменшення його майна з метою схову цього майна від здійснення стягнення на нього кредиторами.

Протиправні дії, що завдають особистої образи або посягають на тілесну недоторканість громадянина в Римі називали Інюріа (*injuria*). У залежності від ступеня тяжкості нормами законів XII таблиць встановлювалися штрафні санкції, які стягувалися з правопорушника на користь постраждалої особи. Так легка ступінь *injuria* (побої без поранень, ляпас, образливе ставлення до іншої особи тощо) передбачала сплату штрафу в розмірі 25 асів. За вчинення побиття вільної особи з наслідками середньої тяжкості поранень штраф складав до 300 асів, якщо побиттю був підданий раб, то штраф складав 150 асів, але сплачувався він патрону раба. В архаїчному Римі наслідком тяжкого ступеню *injuria* (зламана або відтята кінцівка) було застосування помсти за принципом *talio* (око за око, зуб за зуб). Дещо пізніше, за часів панування преторського права, закон передбачав, що сторони можуть досягти домовленості про інший спосіб відшкодування. Така домовленість могла бути закріплена едиктом претора, або ухвалювалася суддею (*in judicio*). Історично правовими наслідками *injuria* були: застосування приватної помсти, добровільних обов'язкових штрафів і домовленості. Слід відзначити, що за часів правління диктатора Сулли, відповідно до закону *lex Cornelia de iniuriis,* передбачено розповсюдження кримінальної відповідальності на окремі *injuria*. Пізніше вже за всіма зазначеними *injuria* законодавством надано право вибору потерпілому між запровадженням приватних способів відповідальності та покаранням, що передбачено кримінальним судочинством.

Фуртум (*furtum*) – це протиправна дія особи, спрямована на викрадення чужої речі, з метою створення для себе вигоди за рахунок її привласнення, володіння або користування. Тобто, правопорушник викравши річ скоріш за все намагається одержати певний майновий інтерес від володіння або користування чужої речі (наприклад, передача правопорушником викраденої речі в найом з метою одержання орендної плати). Цей делікт, таким чином спрямований проти майнових прав. Крадій, що не був спійманий на місці правопорушення (*furtum nec manifestum*) ніс штрафні санкції в розмірі подвійної вартості вкраденої речі. Якщо правопорушника спіймали на місці злочину (*furtum manifestum*) його можна було покарати тілесно, а за крадіжку в ночі або озброєним способом, покаранням могло бути вбивство на місці злочину.

Рапіна (від *rapio* – грабити) – це відкрите викрадення чужого майна, яке в Римі на відміну від сучасного права визнавалось цивільним правопорушенням. Цей делікт є похідним від *furtum* і як самостійне правопорушення едиктом претора Лукулли закріплюється в римському праві починаючі з 76 р. до нашої ери. Протягом року з моменту вчинення грабежу потерпіла особа мала право вимагати від грабіжника чотирьохкратного розміру вартості пограбованого. Якщо вимоги протягом року потерпілою особою не були пред'явлені, майнова відповідальність правопорушника обмежувалась розміром завданої шкоди.

Дамнум інюріа датум (*damnum injuria datum*) – це вчинена необережно протиправна дія, в наслідок якої пошкоджено або знищено чуже майно. В праві України це найбільш поширений факт, що породжує деліктне зобов'язання. В Римі цей делікт, як правило, був пов'язаний з вбивством або пораненням раба, свійських тварин, а також за знищення або пошкодження іншої речі. Відповідальність за завдану шкоду наступала за умови, що вона була завдана власнику речі необережно та безпосередньо дією, що передбачала тілесний вплив на відповідну річ. Відшкодування завданої шкоди відбувалось в розмірі найбільшої вартості речі за останній рік до моменту вчинення делікту. Якщо особа, яка вчинила *damnum injuria datum* не визнавала свою вину, сума, що підлягала відшкодуванню, за вимогою потерпілого, могла бути збільшена вдвічі.

Метус (*metus*) – це така протиправна дія, коли особа, погрожуючи, змушує іншу особу вчинити юридичний правочин, або здійснити будь-які фактичні дії. Правопо-

рушник за цим деліктом ніс майнову відповідальність, яка мала штрафний характер. Якщо позов пред'являвся протягом року від моменту вчинення правопорушення, передбачалось відшкодування в чотирьохкратному розмірі, або в розмірі одержаного збагачення, якщо вимога пред'являлась рік потому. Правочин, вчинений під впливом погрози, визнавався судом недійсним.

Долюс (*dolus*) – це делікт, що вчинений шляхом омани, хитрощів, шахрайства, про людське око. Метою такого делікту є намагання правопорушника укласти договір або вчинити юридично значимі дії вже під час дії зобов'язальних відносин. При цьому, вчинення таких дій не обов'язково може передбачати безпосередньо досягнення певного майнового інтересу. Наприклад, незаможний громадянин Риму шляхом підміни своїх фінансових документів, що підтверджують його платоспроможність, намагається встановити опіку над неповнолітньою особою.

Фраус кредиторум (*fraus kreditorum*) – це делікт, вчинений особою щодо якої ухвалено рішення суду про звернення стягнення на її майно. Суть правопорушення полягає в тому, що особа, намагаючись уникнути відповідальності вчиняє правочин з метою сховати майно, на яке за рішенням суду звертається стягнення.

Деліктна відповідальність наступала лише за умови дій особи, що завдала шкоду. Такий підхід дещо не повно відображав суть такої категорії як справедливість. Професор І. Покровський зазначив, що лише німецьким юристам вдалося вирішити цю проблему. Забороняючи будь-яке навмисне завдання шкоди поведінкою не властивої "добрим намірам", § 826 BGB дає можливість притягнути винну особу до цівільноправової відповідальності: своєю аморальною бездіяльністю він завдав шкоду і тому зобов'язаний її відшкодувати [8, с. 282]. Це правило знайшло своє відображення також у ЦК України. Так, моральна шкода, завдана каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я, може бути відшкодована одноразово або шляхом здійснення щомісячних платежів [12, ч.1 ст. 1168].

Деліктна відповідальність, на відміну від договірної, формувалася зовсім за іншим принципом. А саме за принципом кумуляції. Договірна відповідальність могла бути частковою чи солідарною, тобто кожен з боржників ніс відповідальність або винятково за свою частку, або відповідав повною мірою за заподіяну шкоду, тим самим звільняючи від цього решту співборжників. Деліктна відповідальність при вчиненні делікту кількома особами ніби помножувалась на їх число. Кожен з тих, хто заподіяв шкоду, відповідав повною мірою (наприклад, за позовом із крадіжки штраф зобов'язані оплатити в повному обсязі всі злодії, які брали участь в крадіжці) [7, с. 206].

Необхідно звернути увагу на певну особливість деліктної відповідальності. Ноксальна відповідальність та пред'явлення *actiones noxales* (ноксальних позовів) передбачали, що домовладика відповідає за шкоду, яка заподіяна його підвладним, рабом або твариною. Якщо на час пред'явлення позову раб або тварина, що завдали шкоди, змінили свого патрона, то позов адресується новому власнику.

Захист порушених прав, що випливають з деліктів, здійснювався на підставі розроблених юристами Риму спеціальних позовів. В інституціях Юстиніана ми знаходимо наступні позови, що випливають з деліктів: а) *actio persecutoriae* – позов спрямований на відшкодування завданої деліктом шкоди, б) *actio poenalis* – позов про стягнення штрафу, в) actio *mixtae* – позов, одночасно спрямований на стягнення штрафу та відшкодування збитків [5, с. 295–379]. Судова практика була змушена йти по шляху пошуку необхідного закону, що містив норму, яка регулює відповідний делікт. За преторським правом у відсутності відповідної норми в законі, застосовувався позов за аналогією.

Смерть особи, яка винна у завданні шкоди, припиняла деліктні зобов'язання. Позовна давність за деліктними зобов'язаннями складала один рік. Вважалось, що той, хто не помстився протягом року простив свого кривдника, відповідно втрачає право на захист своїх прав у суді.

Слід відзначити, що зобов'язання з деліктів формуються як відповідний цивілістичний інститут ще з часів панування звичаю. Звичаєве право квиритів закріплює загальне правило, за яким помста може бути спрямована лише на особу правопорушника. Такі високі суспільні категорії як: мораль, право, справедливість, примус у взаємозв'язку складають структуру інституту деліктних зобов'язань.

Деліктна відповідальність в Римі, виступаючи мірою державного примусу, здійснює досить важливу юридичну функцію спрямовану на захист порушених майнових інтересів особи та їх відновлення. Водночас, деліктоздатна особа, що несе тягар відшкодування заподіяної шкоди, тим самим, відповідно, зменшує власні статки у розмірі завданої шкоди. Вдало застосувавши процедурний характер деліктної відповідальності, юристам Риму вдалося скерувати дії постраждалої особи на реалізацію принципу справедливості.

Незважаючи на те, що практичне значення римського права дещо відстоїть від положень сучасного права, догматичне тлумачення делікту не втратило свого характеру, сформованого історичними умовами рецепції. Розроблений квіритами інститут деліктних зобов'язань в сучасних умовах розвитку суспільства вирішує те основне завдання, яке покладено в цілому на цивільне право, а саме розв'язання негативних наслідків, викликаних вчиненим правопорушенням.

1. *Бартошек М.* Римское право понятия, термины, определения. – М., "Юридическая литература", 1989. 2. *Гарсиа Гарридо* М.Х. Римское право: Казусы, иски, институты / Перевод с испанского; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. – М.: Статут, 2005. 3. Гражданское уложение Германии – Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz: Ввод. Закон к Гражд. уложению; Пер. с нем.: Науч. редакторы – А.Л. Маковский [и др.]. – М.: Волтерс Клувер, 2004. 4. *Дождев Д.В.* Римское частное право. Учебник для вузов. Под редакцией члена-корр. РАН, профессора В.С. Нерсесянца. – М.: Издательская группа ИНФРА М-НОРМА, 1996. 5. Институции Юстиниана. Перевод с латинского Д.Расснера. Под. ред. Л.Л. Кофанова, В.А. Томсинова. (Серия "Памятники римского права"). – М.: Зерцало, 1998. 6. Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. – М.: Зерцало, 1997. 7. *Підопригора О.А.* Основи римського приватного права: Підручник. – К.: Вища шк., 1995. 8. *Покровський И.А.* Основные проблемы гражданского права. – М.: Статут (в "Серии Классика российской цивилистики"), 1998. 9. Римское частное право: Учебник / Под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. – М.: Юрист, 1994. 10. *Ціцерон, Марк Тулій* Про державу; Про закони; Про природу богів / Пер. з лат. Володимир Литвинов. – К.: Основи, 1998. 11. *Юркевич Памфіл.* Історія філософії права; Філософія права; Філософський щоденник. – К.: Ред. журн. "Український Світ", 1999. 12. ЦК України // Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // ВВР України. – 2003. – № 40-44. – Ст. 356. 13. *Станојевић*, Обрад. Римско право – Белград, 2004. 14. *Kaser, Max*: Römisches Privatrecht: e, Studienbuch – von Max Kaser, 12 durches Aufl. mit Literaturnachtr, – München: Beck, 1981.

Надійшла до редколегії 28.03.07

І. Гриценко, канд. іст. наук

ПРАВО СКАРГИ ТА ЙОГО ЗАКРІПЛЕННЯ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УРСР У 20-Х РОКАХ ХХ СТОЛІТТЯ

В статті висвітлюються питання адміністративного оскарження. Автор звертається до закономірностей становлення інституту адміністративної скарги та особливостей закріплення права скарги в адміністративному законодавстві УРСР у 20-х роках ХХ століття.

Eleborated in the article is the question of administrative appeal. The author pays particular attention to the regularities of establishment of the institution of administrative appeal including the peculiarities of embodiment of the right of appeal in administrative legislation of the UkSSR in the 1920 s.

Боротьба з порушеннями законності та прав громадян в діяльності органів державного управління завжди визнавалася (хоча б формально) однією із основних функцій держави на будь-яких етапах її історичного розвитку. До найважливіших засобів забезпечення законності в державному управлінні в теорії адміністративного права традиційно відносились звернення громадян, зокрема, право скарги. Разом з тим, якщо питання сучасного адміністративного оскарження одержали належне висвітлення в працях адміністративістів (В.Б. Авер'янова, О.Ф. Андрійко, Ю.П. Битяка, В.М. Гаращука, І.П. Голосніченка, Є.В. Додіна, Т.О. Коломоєць, В.К. Колпакова, А.Т. Комзюка, О.В. Кузьменко та ін.), то цього не можна сказати про закономірності становлення інституту адміністративної скарги. Метою цієї статті і є спроба визначити деякі з них, а саме особливості закріплення права скарги в адміністративному законодавстві УРСР у 20-х роках ХХ століття.

Аналіз нормативних актів, виданих у різні часи, зокрема, у 20-ті роки ХХ століття, свідчить, що майже з початку запровадження на території України радянського ладу уряд УРСР намагався налагодити роботу з прийняття та розгляду звернень громадян. Першим кроком у цьому напрямку було створення при органах робітничо-селянських інспекцій Бюро Скарг та заяв (далі – Бюро Скарг), покликаних приймати скарги та заяви від усіх без винятку громадян республіки. Разом з тим необхідно відмітити, що зазначені Бюро у перші роки свого функціонування діяли хаотично, оскільки їх діяльність не отримала належної нормативно-правової підтримки. Першим нормативним актом, спрямованим на вирішення зазначених прогалин, а також організацію порядку прийняття скарг та заяв громадян, була постанова Президії ВУЦВК від 14.09.1921 р. [1]. Відповідно до зазначеної постанови було встановлено, що розгляд скарг громадян, як правило, мав здійснюватися на місцевому рівні, тобто повітовими Бюро Скарг, які таким чином визнавалися першою інстанцією у загальній системі Бюро Скарг, що діяли на території УРСР. Проте подібна побудова системи Бюро Скарг, на нашу думку, не сприяла ефективності та результативності діяльності останніх, оскільки вони не утворювались на рівні найнижчих адміністративно-територіальних одиниць, в яких жила значна кількість громадян, що робило право на скаргу практично малодосяжним для певної частини населення країни.

Наступною ієрархічною сходинкою у побудові Бюро Скарг були губернські Бюро Скарг, до яких можна було оскаржувати рішення повітових Бюро Скарг, а найвищим органом у зазначеній системі було Центральне Бюро Скарг при Народному Комісаріаті Робітничо-Селянської інспекції.

Крім системи діючих на території УРСР Бюро Скарг згадана постанова закріпила ще кілька цікавих і досить цінних правил, пов'язаних безпосередньо з порядком подання та розгляду заяв і скарг. Так, Президія ВУЦВК категорично заборонила будь-яке переслідування громадян за поданні ними звернення. Припустимим було лише судове переслідування тих осіб, заяви і скарги яких мали злісний або свідомо наклепницький характер. Ще одним позитивним моментом даної постанови можна назвати положення, відповідно до якого усі звернення громадян, що не потребували додаткових перевірок або матеріалів, мали бути вирішені у найкоротші строки, проте за відсутності конкретних термінів, відведених для прийняття за ними рішень, створювало підстави для тяганини та бюрократизму у діяльності посадових осіб Бюро Скарг. Крім цього необхідно відмітити ще одне, справді позитивне положення, закріплене у п. 5 постанови, зміст якого зводився до того, що подання обґрунтованих скарг та заяв (обґрунтованість звернення мала бути підтверджена завідуючим відділом Робітничо-Селянської інспекції або Народним Комісаром Робітничо-Селянської інспекції) зупиняло виконання рішення, на яке була подана скарга або заява, що, на нашу думку, надавало інституту звернень громадян більш-менш дієвого характеру у справі забезпечення законності в державному управління та захисті порушених прав. Останнє із зазначених положень надавало інституту права скарги певну схожість з німецьким інститутом формальної скарги, подання якої зазвичай зупиняло дію розпорядження, що оскаржувалося, аж до перегляду справи вищою адміністративною інстанцією і, разом з тим, відкривало скаржнику можливість брати участь у наданні доказів тощо [2, с. 175]. Однак, вітчизняне законодавство того часу так далеко у сприянні громадянам в захисті їх прав не зайшло.

Подальша деталізація інституту права скарги та правового положення Бюро Скарг була здійснена лише у 1924 році шляхом видання ВУЦВК та РНК УРСР постанови, якою було закріплене Положення про Бюро Скарг Робітничо-Селянської Інспекції України [3]. Зазначене положення насамперед змінило систему Бюро Скарг, ліквідувавши повітові Бюро Скарг, залишивши Бюро Скарг лише на рівні губернії та м. Харкова (Центральне Бюро Скарг). Подібний крок, як зазначалося вище, не сприяв розвитку інституту права скарги з точки зору його досяжності для населення.

Крім цього постанова містила і елементи прогресивного характеру, спрямовані на подальший розвиток зазначеного інституту. Так, передбачалося, що поряд з громадянами оскаржувати незаконні дії та рішення могли також установи та організації (подібне положення, на нашу думку, було досить важливим, оскільки розширювало коло суб'єктів, які мали право оскаржувати незаконні дії та рішення адміністративних органів. Але, на жаль, такий історичний досвід визначення суб'єктів права скарги не був використаний сучасним законодавцем. Мається на увазі те, що Закон України "Про звернення громадян" [4] не передбачив можливості подання звернень, у тому числі і скарг, для юридичних осіб, що, як наголошувалося у юридичній літературі [5, с. 130], є його суттєвим недоліком), подаючи скаргу у письмовій або в усній формі без будь-якої оплати гербовим або канцелярським збором, причому предметом оскаржен-

© Гриценко І., 2007

ня могли бути не тільки факти, які стосувалися безпосередньо самого скаржника, а й ті, які до нього не відносилися, а свідчили про недоліки в діяльності і побудові держапарату.

Говорячи про вдосконалення інституту права скарги, необхідно наголосити на тому, що видання згаданих нормативних актів свідчило про формальне намагання керівництва країни забезпечити більшу об'єктивність та повноту рішень, які приймалися Бюро Скарг за зверненнями громадян. Вирішенню подібного завдання сприяло запровадження колегіального порядку розгляду скарг. Так, було встановлено правило, відповідно до якого у Центральному Бюро Скарг справи розглядалися комісією у складі члена Колегії Народного Комісаріату Робітничо-Селянської Інспекції (він же був Головою комісії), Керуючого Центральним Бюро Скарг та голови Укрбюро Профспілок. Колегіальний порядок вирішення скарг громадян діяв також і на місцевому рівні, де у складі комісії були завідуючий відповідної губернської Робітничо-Селянської інспекції, представник Контрольної Комісії та Губпрофспілки.

Дещо пізніше зазначений склад комісій з розгляду скарг громадян на усіх рівнях був змінений і до них додатково було введено ще одного члена – представника Комісії Незаможних Селян [6]. Крім цього постановою, яка змінила структуру зазначених вище комісій, була запроваджена ще одна новація, зокрема, закріплено обов'язок центральних, губернських та окружних державних, господарських, торгових та кооперативних установ і організацій (у 1926 році перелік зобов'язаних суб'єктів був дещо змінений [7]) встановити спеціальні скриньки для скарг на бюрократизм та інші дефекти державного та громадського апарату. Такий крок, на думку керівництва країни, мав сприяти громадянам брати участь у справі покращення державного та громадського життя, наблизити діяльність існуючих Бюро Скарг до широких верств населення.

Крім подання звернень до Бюро Скарг законодавство того часу надало громадянам можливість і по відомчій лінії оскаржити дії або рішення місцевих органів влади, закріпивши це право у постанові ВУЦВК "Про порядок оскарження дій місцевих органів влади" [8]. Відповідно до цього нормативного акта громадяни могли подавати скарги на відмови місцевих органів влади у задоволенні клопотань та заяв тому органу, якому у відомчому порядку був підпорядкований останній, або ж вносити такі скарги безпосередньо до місцевого органу влади, на якого покладався обов'язок прийняти таку скаргу, видати довідку про її прийняття та у триденний строк разом з усіма необхідними матеріалами направити вищому у порядку підлеглості органу для розгляду та прийняття рішення. При цьому зазначимо, що подача скарги обмежувалася місячним строком з дня, коли особа дізналася про відмову у вирішенні її заяви або клопотання. Крім цього, на скаржника покладалися також і додаткові обов'язки, пов'язані з необхідністю підкріплення змісту скарги відповідними документами, які мали подаватися в оригіналі або шляхом надання їх завірених копій.

Згадана постанова встановлювала також і інші досить цікаві правила. Так, для забезпечення реалізації прав громадян на скаргу примітка до п. 1 постанови встановлювала правило, що в разі надходження скарг до органів, не уповноважених на їх розгляд, останні зобов'язані пересилати їх за належністю та письмово повідомляти про це скаржника.

Розгляд скарги та прийняття за його результатами відповідного рішення обмежувалося двома тижнями, після чого орган, який його прийняв, мав протягом трьох днів у письмовій формі сповістити скаржника про результати розгляду його скарги та про можливість і способи подальшого оскарження, а також надіслати копію свого рішення органу (посадовій особі), дії якого оскаржувалися.

Крім цього громадянам, правда дещо пізніше, було надано право подавати скарги на дії місцевих органів влади безпосередньо до центральних органів управління. Таке право стало реальним з 9 червня 1926 р., коли РНК УРСР прийняла постанову [9], яка зобов'язала Народний Комісаріат Земельних Справ, Народний Комісаріат Юстиції, Народний Комісаріат Соціального Забезпечення, Народний Комісаріат Охорони Здоров'я, Народний Комісаріат Внутрішніх Справ і Народний Комісаріат Фінансів виділити завідуючих відділами або інших відповідальних осіб, які могли б безпосередньо вирішувати скарги, поклавши на них обов'язок прийому селян та робітників, які зверталися із скаргами у дану установу, а також уповноважених земельних громад (ходаків), що приїжджали у справах громад до зазначених комісаріатів.

Таким чином, викладене свідчить про намагання влади розширити перелік державних органів та посадових осіб, уповноважених вирішувати скарги громадян, що, безумовно, необхідно розцінювати як позитивний крок в історії становлення інституту права скарги.

Закріпивши право на особистий прийом, законодавець зробив також певні кроки з метою забезпечення його реалізації. Зокрема, передбачалося, що прийом скаржників мав здійснюватися щоденно у встановлені часи, за винятком святкових днів та днів відпочинку. Крім цього, встановлювалися також і більш-менш конкретні строки розгляду та вирішення звернень громадян. Так, в одноденний строк з моменту отримання письмової скарги або усної заяви особам, які звернулися до народних комісаріатів, мала бути надана вичерпна відповідь по суті питання та видані необхідні довідки або оголошено про приблизний строк вирішення скарги або заяви. Але, на нашу думку, такий дуже стислий строк зовсім не сприяв підвищенню ефективності роботи з розгляду звернень громадян, оскільки був нереальним для посадових осіб народних комісаріатів, що, як наслідок, викликало у громадян переконаність про бюрократизм у державному апараті та небажання посадових осіб оперативно вирішувати проблеми населення.

Крім цього, необхідно звернути увагу ще на один досить принциповий момент, запровадження якого мало на меті підвищення об'єктивності під час розгляду скарг громадян. Мова йде про встановлення заборони надсилати скарги громадян для проведення розслідування за їх змістом органу або посадовій особі, дії яких оскаржувалися. Подібні перевірочні заходи могли доручатися лише вищому органу (посадовій особі) або відповідній ревізійній інспекції. За невиконання або порушення цих правил щодо роботи із скаргами громадян відповідно до зазначеної постанови керівники установ та посадові особи підлягали притягненню до відповідальності.

Подальша перебудова інституту права скарги та системи Бюро Скарг була здійснена у 1927 році шляхом введення Бюро Скарг до структури Народного Комісаріату Робітничо-Селянської інспекції УРСР, Народного Комісаріату Робітничо-Селянської Інспекції АМРСР та відділів робітничо-селянської інспекції окружних виконавчих комітетів. Крім цього, з метою наближення Бюро Скарг до населення, що не було зроблено у попередні роки, зазначені установи були створені і при районних виконавчих комітетах [10].

Найбільш принциповим за своєю значущістю кроком, спрямованим також і на підвищення ефективності

інституту права скарги, було набрання чинності у 1927 році Адміністративним кодексом УРСР [11], розділ XV якого закріпив порядок оскарження дій місцевих адміністративних органів (З набранням чинності Адміністративним кодексом УРСР ряд попередніх постанов ВУЦВК, присвячених порядку подання та розгляду скарг громадян, втратив чинність). Ознайомлення зі змістом зазначеного розділу свідчить, що його положення фактично завершили побудову інституту права скарги в УРСР, додавши йому необхідної правової регламентації, хоча, правду кажучи, і не зробили його єдиним і чітко структурованим. Справа в тому, що Адміністративний кодекс УРСР поряд із оскарженням дій адміністративних органів у вищестоящі органи припускав можливість подання скарги і до органів Народного Комісаріату Робітничо-Селянської Інспекції, органів прокуратури, діяльність яких з розгляду останніх регламентувалася вже не цим Кодексом, а власними нормативними актами.

Що ж стосується безпосередньо самого Адміністративного кодексу УРСР, то він містив справді прогресивні моменти, елементи яких можна знайти навіть у сучасних нормативних актах, що закріплюють інститут права звернення. На нашу думку, найбільшою заслугою Адміністративного кодексу у зазначеному питанні було запровадження значної кількості процесуальних строків, у межах яких мали бути вчинені ті або інші дії, спрямовані на прийняття та розгляд скарг громадян. Так, по-перше, Адміністративний кодекс встановив, що скарга може бути подана у місячний строк з того дня, коли скаржнику стало офіційно відомо про дію або рішення, яке оскаржується. Хоча треба відмітити, що зазначений місячний строк не був припиняючим, оскільки за певних умов міг бути поновлений посадовою особою, уповноваженою на розгляд скарги. По-друге, для посадових осіб місцевих адміністративних органів у разі подання скарги до вищого органу через місцевий орган, встановлювався обов'язок у триденний строк з дня отримання скарги надіслати її разом з усіма матеріалами за належністю, а скаржнику видати при цьому довідку про прийняття скарги. За дотриманням зазначеного порядку мали слідкувати вищестоящі органи, порушуючи питання про притягнення до відповідальності осіб, які несвоєчасно пересилали скарги громадян. По-третє, Кодекс запровадив також і чіткі строки, протягом яких скарга мала бути розглянута та вирішена по суті. Такий строк обмежувався двома тижнями від дня отримання скарги разом з усіма необхідними матеріалами. Крім того, посадові особи, які прийняли рішення по скарзі, повинні були у триденний строк повідомити громадянина про своє рішення.

Разом з тим Адміністративний кодекс (розділ XV) мав і певні недоліки, які, безумовно, знижували ефективність та дієвість права скарги. Мова, зокрема, йде про те, що подання обґрунтованої скарги автоматично не зупиняло виконання рішення (дії), що оскаржувалося. Тільки за певних умов та на власний розсуд посадова особа, уповноважена на розгляд скарги, могла прийняти рішення про зупинення дії того або іншого розпорядження, виданого місцевими адміністративними органами. Не передбачав Адміністративний кодекс і можливості оскарження нормативних актів (обов'язкових постанов), виданих на місцевому рівні, не встановлював він і порядку оскарження рішень (дій) центральних адміністративних органів.

Отже, виходячи з викладеного, можна стверджувати, що сьогоднішній інститут права скарги (права звернення) бере свій початок у 20-х роках XX століття, коли на території УРСР почали запроваджуватися Бюро Скарг і видаватися перші нормативні акти, покликані регулювати діяльність останніх. Зміст зазначених правових актів свідчить про наявність певних тенденцій у розвитку інституту права скарги. Так, з одного боку, керівництво країни поступово вдавалося до удосконалення порядку прийому та вирішення скарг громадян, запроваджуючи певні процедурні гарантії належного функціонування даного інституту, а з іншого – не робила ці гарантії достатньо повними та достатніми, що дозволяє говорити про небажання ВУЦВК та РНК УРСР ставити під повний контроль громадськості свою діяльність та її результати.

1. О правах жалобщиков: Постановление Президиума Всеукраинского исполнительного Комитета от 14 сентября 1921 г. // Собрание узаконений и распоряжений Рабоче-крестьянского правительства Украины. – 1921. – № 17. – Ст. 526. 2. *Елистратов А.И.* Очерк административного права. – М., 1922. – 236 с. 3. Положення про Бюро Скарг Робітниче-Селянської Інспекції України: Постанова Всеукраїнського Центрального Виконавчого Комітету та Ради Народних Комісарів УРСР від 23 лютого 1924 р. // Збірник узаконень та розпоряджень Робітничо-Селянського Уряду України. – 1924. – № 6. – Ст. 55. 4. Про звернення громадян: Закон України від 02 жовтня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 47. – Ст. 257. 5. *Мельник Р.С.* Забезпечення законності застосування заходів адміністративного примусу, не пов'язаних з відповідальністю: Дис. канд. юрид. наук. – Х., 2002. – 211 с. 6. Про роботу Бюро Скарг Народного Комісаріату Робітничо-Селянської Інспекції УРСР: Постанова Всеукраїнського Центрального Виконавчого Комітету й Ради Народних Комісарів від 26 листопада 1924 р. // Збірник узаконень та розпоряджень Робітничо-Селянського Уряду України. – 1924. – № 50. – Ст. 301. 7. Про зміну ст. 3 постанови "Про роботу Бюро Скарг Народного Комісаріату Робітничо-Селянської Інспекції УРСР": Постанова Всеукраїнського Центрального Виконавчого Комітету та Ради Народних Комісарів УРСР від 23 січня 1926 р. // Збірник узаконень та розпоряджень Робітничо-Селянського Уряду України. – 1926. – № 2. – Ст. 22. 8. Про порядок оскарження дій місцевих органів влади: Постанова Всеукраїнського Центрального Виконавчого Комітету від 24 березня 1925 р. // Збірник узаконень та розпоряджень Робітничо-Селянського Уряду України. – 1925. – № 33–34. – ст. 255. 9. Про порядок розв'язування скарг, подаваних від селян і робітників до центральних установ: Постанова Ради Народних Комісарів УРСР від 19 червня 1926 р. // Збірник узаконень та розпоряджень Робітничо-Селянського Уряду України. – 1926. – № 40-41. – Ст. 279. 10. Про Бюро Скарг Робітничо-Селянської Інспекції УРСР: Постанова Всеукраїнського Центрального Виконавчого Комітету та Ради Народних Комісарів УРСР від 21 вересня 1927 р. // Збірник узаконень та розпоряджень Робітничо-Селянського Уряду України. – 1927. – № 55. – Ст. 223. 11. Адміністративний кодекс УРСР // Збірник узаконень та розпоряджень Робітничо-Селянського Уряду України. – 1927. – № 63–65. – Ст. 240.

Надійшла до редколегії 14.03.07

О. Отраднова, канд. юрид. наук

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ СПРАВЕДЛИВОСТІ У ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ ІЗ ЗАВДАННЯ НЕДОГОВІРНОЇ ШКОДИ

Присвячено дослідженню основних положень стосовно принципу справедливості в цивільному праві взагалі і у деліктних зобов'язаннях зокрема. Проаналізовано застосування принципу справедливості при виконанні деліктних зобов'язань та прийнятті судом рішень по справах про відшкодування шкоди.

Article is devoted to general thesises of principle of justice in Civil law and in law of torts in particular. A use of principle of justice in torts obligations fulfillment and court decisions in such cases were analyzed.

Як і будь-яка галузь права цивільне право будується на певних принципах, під якими розуміються "основні положення, що виражають найважливіші закономірності розвитку права, визначають його головні риси, характе-

© Отраднова О., 2007

ризуються найвищим рівнем імперативності і загальною значимістю, відбивають об'єктивну необхідність побудови і зміцнення певного суспільного ладу [5, с. 14]. С.С. Алексєєв визначає правові принципи як основні керівні засади (основні ідеї), які знаходять своє закріплення в нормах відповідної галузі права, які направляють розвиток і функціонування всієї правової системи [1, с. 16].

На законодавчому рівні правові принципи закріплюються в якості загальних засад, на яких має ґрунтуватися законодавство тієї чи іншої галузі. Серед основних загальних засад цивільного законодавства Цивільний кодекс України (ст. 3) називає принцип справедливості. До того ж частина 3 статті 509 ЦК України визначає згаданий принцип в якості загальної засади, на якій має ґрунтуватися цивільно-правове зобов'язання.

За своєю суттю принцип справедливості (як доречи і принципи добросовісності і розумності) є принципом природного права, і його закріплення на рівні закону не впливає на природно-правовий характер цього принципу. За висловом проф. А.С. Довгерта "принципи справедливості, добросовісності, розумності виконують в українському приватному праві стосовно позитивного права, договорів, звичаїв тощо інтерпретаційну, доповнюючи та виправну функції" [9, с. 13]. Природний характер даних принципів, а також їх сутність, спрямована на встановлення засад вільних, диспозитивних відносин, дозволяє стверджувати, що принципи справедливості, добросовісності та розумності переважно розраховані на їх застосування для регулювання договірних відносин. Зрозуміло також, що згадані принципи мають велике значення саме у договірному праві, оскільки саме тут діє ще й принцип свободи договору (ст. 627 ЦК України), який робить вельми значним обсяг регулювання відносин за розсудом сторін. У зв'язку з цим дослідження принципів справедливості, добросовісності, розумності переважно проводиться в рамках договірного права [2, 3].

Отже постає питання, чи можна застосовувати принципи справедливості, добросовісності, розумності при розгляді спорів, пов'язаних із відшкодуванням не договірної шкоди, оскільки деліктні зобов'язання в цивільному праві регулюються здебільшого імперативними нормами. Свобода вибору поведінки тут є значно обмеженою. Для відповіді на це питання необхідно дослідити сутність зазначених принципів та їх співвідношення із імперативністю норм деліктного права.

Принцип справедливості вперше отримав закріплення на легальному рівні в Цивільному кодексі України 2003 р. Зазначений принцип, по-перше є загальною засадою цивільного законодавства (ст. 3 ЦК), а по-друге, ст. 509 ЦК окремо визначає його як принцип зобов'язального права. Таке розташування норм Цивільного кодексу, які закріплюють даний принцип, дозволяє стверджувати, що в якості загальної засади принцип справедливості може бути застосований до будь-яких цивільних, і зокрема зобов'язальних правовідносин, в тому числі і до правовідносин, що виникають із завдання не договірної шкоди. Разом з тим, застосування зазначеного принципу до деліктних правовідносин має свою специфіку та проявляється в дещо інших положеннях, ніж у відносинах договірних.

Цивільне законодавство не надає визначення категорії "справедливість", що дозволяє відносити це поняття до оціночних категорій, які отримують своє змістовне оформлення виходячи із конкретних обставин справи. У літературі зазначається, що в силу абстрактного характеру цього принципу розкрити його зміст досить важко, і пропонується включати в нього такі елементи, як рівність суб'єктів права, свобода договору, необхідність урахування всіх істотних обставин при розгляді конкретної справи судом [4, с. 160].

Поняття "справедливість" в першу чергу виникло в людському спілкуванні не як правова, а саме як моральна категорія, результат формування уявлення людей про поняття добра і зла. Спочатку справедливими розуміли такі стосунки між людьми, які відповідали їх моральним устоям, моральним уявленням. З виникненням нових суспільних формацій категорія справедливості поступово втрачає персоніфікований підхід. В її основу закладається уява всього соціуму, або, у всякому разі, його більшості.

Аристотель поділяв справедливість на два види – природну і встановлену законом. Справедливість від природи – це та, що залишається в більшості випадків такою. Те ж, що ми самі визнаємо справедливим, стає після цього таким, ми називаємо його справедливим за законом. Природа справедливості визначалася ним як поправка до закону в тому, в чому через його загальність присутнє упущення. Добро, говорив він, "і є право і краще будь-якого, але не безумовного права, а точніше, воно краще права з погрішністю, причина якого його безумовність... Хоч добро є право, проте право не в силу закону, а як виправлення законного правосуддя. Причина цього в тому, що всякий закон складений для загального випадку, але про окремі речі неможливо сказати вірно в загальному вигляді. Тому в тих випадках, коли необхідно сказати в загальному переважно, цілком усвідомлюючи можливу погрішність. ... Отже коли закон складений для загального випадку, а відбулося щось підсудне йому, але поза загальним випадком, тоді поступити правильно означає: там де у законодавця, який склав закон без застережень, прогалина або погрішність, виправити упущення, яке визнав би сам законодавець, опинись він тут, а якщо б знав заздалегідь, то вніс би цю поправку до законодавства" [цит. за 2, с. 104–105].

В подальшому з розвитком держави і права справедливі з моральної точки зору правила знаходили своє відображення в правових нормах. Але і на сьогодні тлумачні словники визначають справедливість перш за все як категорію моралі, людських відносин.

Так Енциклопедія Блокгауза і Ефрона визначає справедливість як один з вищих принципів взаємних відносин між людьми. Позитивний елемент справедливості полягає у визнанні за кожною людиною права на безперешкодну діяльність і на користування тими благами, які вона надає. А негативний елемент справедливості втілюється у усвідомленні того, що існують межі, які обумовлені наявністю інших людей, що мають однакові права і повага до яких є необхідною умовою суспільного життя [10].

За даного підходу само по собі існування в цивільних правовідносинах зобов'язань, спрямованих на відшкодування завданої шкоди, є реалізацією принципу справедливості, оскільки основною метою таких зобов'язань є саме відновлення порушених прав, компенсація завданої шкоди.

З правової точки зору справедливість у виконанні цивільно-правових зобов'язань визначається сучасними вченими як "така поведінка кожної із сторони зобов'язання по відношенню до своїх прав і обов'язків, яка б виключала необ'єктивні (неупереджені, несправедливі) дії сторін зобов'язання стосовно одна одної, а з другого – у справедливій (об'єктивній, неупередженій, з урахуванням етичних та інших моральних аспектів) оцінці судом поведінки суб'єктів зобов'язальних правовідносин" [3, с. 119].

У Рішенні Конституційного суду України від 2.11.2004 р. за № 15-рп2004 у справі № 1-33/2004 за

конституційним поданням Верховного суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) зазначено, що "справедливість – одна із основних засад права – є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права. Зазвичай справедливість розглядають як властивість права, виражену, зокрема, в рівному юридичному масштабі поведінки й у пропорційності юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню" [6].

Щодо деліктних зобов'язань реалізація принципу справедливості тут здійснюється перш за все в разі висування потерпілим вимог про стягнення моральної шкоди. Так частина 3 статті 23 ЦК України встановлює, що при визначенні розміру відшкодування (*моральної шкоди* – О.О.) враховуються вимоги розумності та справедливості. До того ж Постанова Пленуму Верховного суду України від 31.03.1995 р. № 4 "Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди" (п. 9) встановлює, що "розмір відшкодування моральної (немайнової) шкоди суд визначає залежно від характеру та обсягу страждань (фізичних, душевних, психічних тощо), яких зазнав позивач, характеру немайнових втрат (їх тривалості, можливості відновлення тощо) та з урахуванням інших обставин. Зокрема, враховуються стан здоров'я потерпілого, тяжкість вимушених змін у його життєвих і виробничих стосунках, ступінь зниження престижу, ділової репутації, час та зусилля, необхідні для відновлення попереднього стану, добровільне – за власною ініціативою чи за зверненням потерпілого спростування інформації редакцією засобу масової інформації. При цьому суд має виходити із засад розумності, виваженості та справедливості".

Отже розмір компенсації моральної шкоди, яка вимагається потерпілим, має бути справедливим, тобто адекватним тому обсягу фізичних та моральних страждань, які зазнав потерпілий в результаті скоєного щодо нього правопорушення. Як зазначено у Методичних рекомендаціях "Відшкодування моральної шкоди", що містяться у Листі Міністерства юстиції України від 13.05.2004 р. № 35-13/797, "у будь-якому випадку розмір відшкодування повинен бути адекватним нанесеній моральній шкоді". Неадекватність вимог потерпілого є підставою для зменшення судами розміру присудженої йому компенсації моральної шкоди.

Так Судова палата в цивільних справах Верховного суду України ухвалою від 23.03.2005 р. зменшила розмір компенсації моральної шкоди, завданої гр-ну К. незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства та прокуратури в процесі порушення кримінальної справи та проведення слідчих дій, з 500 тис. грн. до 100 тис. грн. В обґрунтування такого зменшення суд послався на необхідність врахування засад розумності, виваженості та справедливості при вирішенні питання щодо розміру відшкодування моральної шкоди [7]. Так само зазначений принцип був застосований Судовою палатою в цивільних справах Верховного суду України при винесенні ухвали від 31 березня 2005 р., якою був зменшений розмір компенсації моральної шкоди, завданої гр-ке Ж. Незаконними діями прокуратури, з 1 млн. грн. до 150 тис. грн. [8].

Принцип справедливості в деліктних правовідносинах має реалізовуватися також в разі кваліфікації дій завдавача шкоди як таких, що вчинені при самозахисті, зокрема в стані необхідної оборони. ЦК України не надає визначення необхідної оборони, отже в даному випадку можна звернутися до положень ст. 36 Кримінального кодексу України, яка визначає необхідну оборону як "дії, вчинені з метою захисту охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка захищається, або іншої особи, а також суспільних інтересів та інтересів держави від суспільно небезпечного посягання шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної і достатньої в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання, якщо при цьому не було допущено перевищення меж необхідної оборони". Право особи на необхідну оборону є природним та невідчужуваним. Але воно виникає виключно за наявності для цього відповідної підстави. Такою підставою відповідно до ст. 36 КК України є вчинення потерпілим суспільно небезпечного посягання. Межі необхідної оборони характеризує співрозмірність захисту рівню посягання, тобто справедливість такого захисту.

Отже при прийнятті судом рішення про відмову у задоволенні вимог про відшкодування шкоди у зв'язку з тим, що шкода завдана у стані необхідної оборони, має бути оцінена справедливість дій завдавача шкоди, їх адекватність поведінці потерпілого. В разі кваліфікації таких дій як перевищення меж необхідної оборони, тобто як дій несправедливих, шкода підлягатиме відшкодуванню в повному обсязі. Так само принцип справедливості має враховуватися при вирішенні питання відповідальності за шкоду, завданої третій особі при здійсненні права на самозахист. Відповідно до ч. 2 ст. 1169 якщо у разі здійснення особою права на самозахист вона завдала шкоди іншій особі, ця шкода має бути відшкодована особою, яка її завдала. Якщо такої шкоди завдано способами самозахисту, які не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства, вона відшкодовується особою, яка вчинила протиправну дію.

Також неупередженим та справедливим суд має бути при вирішенні питання про відшкодування шкоди, завданої кількома особами. І якщо стосовно повнолітніх дієздатних осіб суд робить це за заявою потерпілого відповідно до ступеня вини кожного співзаподіювача (ст. 1190 ЦК України), то щодо малолітніх та неповнолітніх такі рішення приймаються судом в разі недосягнення згоди про порядок відшкодування самими неповнолітніми або батьками малолітніх осіб (ч. 1 ст. 1181, ч. 1 ст. 1182 ЦК України). Крім того, в разі якщо в момент завдання шкоди кількома малолітніми (неповнолітніми) особами, одна з них перебувала в закладі, який за законом здійснює щодо неї функції опікуна (піклувальника), цей заклад відшкодовує завдану шкоду у частці, яка визначається за рішенням суду.

При прийнятті рішення про розподіл відшкодування шкоди, завданої кількома особами, суд повинен виходити із відповідності розміру відшкодування участі кожної особи у завданні шкоди, факту можливого часткового відшкодування шкоди у добровільному порядку, віку малолітньої або неповнолітньої особи. Тобто в даному випадку рішення суду має ґрунтуватися на загальному принципі справедливості.

Отже, проводячи аналіз законодавства та судової практики, можна зробити висновок, що принцип справедливості є загальним принципом цивільного права взагалі і зобов'язального права зокрема. Даний принцип застосовується в будь-яких зобов'язальних відносинах. І хоча найбільше застосування цього принципу спостерігається в договірних відносинах, виконання зобов'язань із завдання не договірної шкоди та судові рішення в цій сфері також мають ґрунтуватися на принципі справедливості.

1. *Алексеев С.С.* Общая теория права. – М., 1982. – Т. 2. – С. 16. 2. *Бервено С.М.* Проблеми договірного права України. – К., 2006. – 392 с. 3. *Боднар Т.В.* Виконання договірних зобов'язань в цивільному праві. – К., 2005. – 272 с. 4. *Мережко А.А.* Lex mercatoria: теория и

принципы транснационального торгового права. – К., 1999. – с. 160. 5. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України. У 2 т. / за відп. ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової, В.В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Т. 1. – с. 14. 6. Рішення Конституційного суду України № 15-рп2004 // Урядовий кур'єр, 2004, 11, 17.11.2004 N 219. 7. Ухвала Верховного суду України від 23.03.2005 р. // "Рішення Верховного суду України", № 2, 2005. 8. Ухвала Верховного суду України від 31.03.2005 р. // "Вісник Верховного суду України", № 9, 2005. 9. Цивільний кодекс України. Науково-практичний коментар / за ред. Розробників проекту Цивільного кодексу України. – К., 2005. – с. 13. 10. Энциклопедия Брокгауза и Эфрона // http://dic.academic.ru/dic.nsf/brokgauz/20106

Надійшла до редколегії 06.03.07

Н. Безсмертна, канд. юрид. наук

ВИКОНАВЧИЙ НАПИС ЯК ОДИН ІЗ СПОСОБІВ ЗАХИСТУ СУБ'ЄКТИВНИХ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ

Досліджується правова природа виконавчого напису як одного із способів захисту прав та законних інтересів учасників цивільних відносин.

The legal nature of execution notation as a means of protection of civil relations participants' rights and legal interests is being analysed.

На сучасному етапі побудови громадянського суспільства в Україні особливого значення набуває конституційне положення про те, що утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (ст. 3 Конституції України). Тому одним з найголовніших завдань держави є не лише проголошення, а й захист законних прав громадян. Від створення ефективного механізму захисту соціальних, політичних економічних прав та свобод громадян багато в чому залежить поступальний рух економіки, підвищення матеріального добробуту народу.

Метою цієї статті є висвітлення проблемних питань, пов'язаних із захистом суб'єктивних цивільних прав шляхом здійснення нотаріусом виконавчого напису.

На теоретичному та практичному рівнях проблемні питання виконавчого напису у нотаріальному процесі досліджували як вчені радянського періоду, зокрема: Юдельсон К.С., Клейман А.Ф., Ейдінова Е.Б., Кабанова М.А. та ін, так вчені сучасного періоду: Аргунов В.М., Фурса С.Я., Радзієвська Л.К., Комаров В.В, Баранкова В.В., Єрух А.М., Круковес Н.В. та ін.

Традиційним у юридичній літературі визнається розмежування понять "охорона прав" і "захист прав". Правова охорона цивільних прав представляє собою сукупність приписів, які закріплені в законодавстві, і забезпечують міру дозволеної поведінки суб'єктів. Поняття "охорона права" у порівнянні із "захистом права" є більш широким, тому що воно пов'язане із застосуванням не тільки регулятивних за змістом норм, але й охоронних, тоді як захист – тільки охоронних.

У літературі під охороною розуміють засоби, які застосовуються до порушення прав і обов'язків, а під захистом – засоби, які застосовуються після правопорушення з метою відновлення порушеного права [9, с. 67] Отже, засоби правової охорони застосовуються у випадку нормального здійснення суб'єктивних прав, а правовий захист – у випадку порушення права з метою відновлення положення, яке існувало до порушення права.

Поряд із цим слід зазначити, що дискусійним у юридичній літературі є питання щодо права на захист. Так, на думку одних авторів право на захист – це самостійне суб'єктивне право, яке з'являється у особи лише в момент порушення і оспорювання прав особи [3, с. 267]. Інші вважають, що право на захист потрібно розглядати як елемент, невід'ємну ознаку самого суб'єктивного права [3, с.106]. Ми вважаємо більш вірною останню позицію, проте у будь-якому випадку право на захист є похідним від основного суб'єктивного права і не може існувати без останнього.

Захист суб'єктивних цивільних прав може здійснюватися у двох основних формах: судовій та позасудовій. Згідно зі статтями 16–19 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) захист цивільних прав та інтересів здійснюється судом, Президентом України, органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим, органами місцевого самоврядування, нотаріусом або шляхом самозахисту.

Відповідно до ст. 124 Конституції України юрисдикція суду поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі. Це фундаментальне положення означає пріоритет судової форми захисту стосовно інших, у тому числі й нотаріальної [4, с. 95]. У літературі також зазначається про те, що судовий захист є найбільш кваліфікованим способом захисту прав. Однією із важливих переваг такого захисту є значно менша можливість необ'єктивного розгляду справи [6, с. 37].

Застосування нотаріальної форми захисту цивільних прав має обмежений характер, оскільки згідно ст. 18 ЦК нотаріус здійснює захист цивільних прав шляхом вчинення виконавчого напису на борговому документі у випадках і в порядку, встановлених законом. Відповідно до ст. 87 Закону України "Про нотаріат" для стягнення грошових сум або витребування від боржника майна нотаріуси вчиняють виконавчі написи на документах, що встановлюють заборгованість. Важливо зазначити те, що така заборгованість повинна бути безспірна, оскільки нотаріальна діяльність здійснюється в сфері безспірної юрисдикції. Нотаріус не аналізує наявність чи відсутність спору між боржником і кредитором. У даному випадку відбувається стягнення заборгованості за формальними ознаками. На практиці, більшість виконавчих написів оскаржується. Можливо однією з причин цього явища є незалучення до нотаріального провадження по вчиненню виконавчого напису боржників. Особа, щодо якої вчиняється виконавчий напис, позбавлена можливості брати участь у даному нотаріальному процесі. Така особа набуває визначені права тільки після вчинення нотаріусом виконавчого напису. Особа, що звернулася за вчиненням виконавчого напису, має право брати участь у нотаріальному процесі, надавати докази і давати пояснення.

Можливість використання такого інструменту захисту прав та інтересів, як виконавчий напис нотаріуса, має важливе значення, тому що це є одним з найбільш ефективних та діючих механізмів, які дозволяють у найменші строки та найменшими витратами задовольнити законні вимоги. Стягнення за виконавчим написом, сприяє скорішому здійсненню прав кредиторів і дисциплінує боржників.

Цивільним процесуальним кодексом України передбачається така новела як наказне провадження та судовий наказ, який є результатом такого провадження. Між судовим наказом та виконавчим написом нотаріуса є багато чого спільного, проте дослідження їх правової природи виходить за межі нашого дослідження. Крім

© Безсмертна Н., 2007

цього, у юридичній літературі цьому питанню було приділено значну увагу [9;14; 15].

Історія здійснення виконавчих написів нотаріусами бере свій початок з Цивільного кодексу Франції 1804 р. (кодекс Наполеона). Стягнення безспірної заборгованості в позасудовому порядку, передбачалося у ч. 2 тому X Зводу законів Цивільних 1857 р., де зазначалося, що будь-який договір і будь-яке зобов'язання, законне вчинене, вважалося безспірним і приводилося до виконання "безпосереднім застосуванням закону без будь-якого судочинства; якщо ж виникав спір проти таких договорів та зобов'язань, то він, призупиняючи стягнення, вирішувався судовим способом, але без формального суду в остаточному варіанті..." [5, с. 192].

Розвитку вчинення виконавчих написів набуло в період існування Радянського Союзу. Порядок вчинення виконавчих написів регулювався, зокрема, в Українській РСР Положенням про державний нотаріат Української РСР, затверджене постановою УРСР від 31 серпня 1964 р. № 941 та Інструкцією про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріальними конторами Української РСР (далі Інструкція УРСР), затвердженою постановою Президії Верховного Суду Української РСР, від 22 січня 1965 р. Правомочними на вчинення виконавчих написів були нотаріальні контори і консульські установи. Відповідно до Інструкції УРСР виконавчі написи могли бути вчинені в будь-якій нотаріальній конторі, незалежно від того, де знаходився стягував або боржник, де складено документ, на якому вчинявся напис або де провадилося виконання. Спеціальним нормативним актом встановлювався перелік документів, на підставі яких нотаріальні органи мали право вчиняти виконавчі написи. В Українській РСР таким документом була постанова Ради Міністрів Української РСР від 31 серпня 1964 р. № 941 [8]. Цей перелік містив досить багато видів заборгованості, по яким можна було вчиняти виконавчі написи, крім того, кожен з цих видів (окрім стягнень за нотаріально посвідченими угодами) мав ще й підвиди. Вимоги до змісту виконавчого напису того періоду повністю співпадали із вимогами, що передбачені в Законі України "Про нотаріат". Так, як і нині, виконавчий напис вчинявся на оригіналі документа, який встановлював заборгованість, а якщо не вміщався на ньому, то на окремому аркуші, який прикріплювався до такого документа і прошивався.

Порядок та умови вчинення виконавчого напису, які існували за радянського періоду, майже повністю збережені і в сучасному нотаріаті. Згідно 282 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженої наказом Міністерства юстиції України від 3 березня 2004 р. (далі Інструкція) нотаріуси мають право вчиняти виконавчі написи на документах, що встановлюють заборгованість для стягнення грошових сум або витребування від божника майна. Таким правом наділяються і консульські установи та дипломатичні представництва (ст. 38 Закону України "Про нотаріат"; Положення про порядок вчинення нотаріальних дій в дипломатичних представництвах та консульських установах України від 27 грудня 2004 р.).

Перелік документів, по яких стягнення заборгованості проводиться в безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 29 червня 1999 р. № 1172 (далі – Перелік). Цей Перелік є вичерпним і розширеному тлумаченню не підлягає. Тому, наприклад, хоча п. 19 Правил торгівлі у розстрочку, затверджених Постановою Кабінету Міністрів України від 1 липня 1998 р., і передбачає можливість стягнення за виконавчим написом нотаріуса суми заборгованості, а також обумовленої договором пені у разі прострочення покупцем або підприємством (установою, організацією) сплати трьох чергових платежів за товари, придбані у розстрочку, але, з причини, що згаданий вид заборгованості Переліком не передбачений, у вчиненні виконавчого напису має бути відмовлено.

Не вирішеними на законодавчому рівні залишаються питання поняття виконавчого напису, можливості здійснення виконавчого напису за певними видами вимог та деякі інші питання.

Законодавче визначення поняття "виконавчий напис" на сьогодні відсутнє, в юридичній літературі щодо нього існує декілька точок зору. На думку авторів підручника "Нотаріат в Україні" за редакцією В.В. Комарова "виконавчий напис являє собою розпорядження нотаріуса про стягнення з боржника належної стягувачеві певної грошової суми або витребування майна" [7, с. 248]. Цікавою є також думка авторів коментаря до Цивільного кодексу України за редакцією Я.М. Шевченко, які аналізуючи ст. 18 ЦК зазначають, що під виконавчим написом нотаріуса слід розуміти підтвердження нотаріальним органом наявності заборгованості (грошових сум чи майна) та розпорядження про примусове стягнення з боржника на користь кредитора цієї заборгованості [13, с. 36]. Фурса С.Я., Фурса С.І. пропонують розглядати поняття "виконавчого напису" під кутом зору змісту цього поняття, при цьому зазначаючи, що правовим змістом виконавчого напису є посвідчення факту невиконання умов договору однією із сторін угоди, а процесуально-правовим – надання оригіналам документів, що встановлюють заборгованість, виконавчої сили [12, с. 224]. У юридичній літературі радянського періоду висловлювалася думка, що виконавчий напис – це форма вирішення спору між сторонами (боржником і кредитором) [1, с. 14]. Вважаємо більш правильною точку зору, авторів коментаря до ЦК України, оскільки виконавчий напис не може бути формою вирішення спору між боржником і кредитором, так як вирішення спору відноситься до юрисдикції суду, а нотаріус в такому випадку, не має права вчиняти виконавчий напис. Проте, вважаємо за доцільне запропонувати власне визначення цього поняття.

На нашу думку, виконавчий напис – це підтвердження нотаріальним органом наявності заборгованості між боржником і стягувачем та розпорядження про примусове стягнення з боржника цієї заборгованості, вчинене на документах, які підтверджують безспірні зобов'язання останнього.

Для вчинення виконавчого напису необхідна сукупність умов, за відсутності будь-якої з них вчинення виконавчого напису є не можливим. Так, при вчиненні виконавчого напису нотаріус повинен перевірити:

- чи входить дана справа до Переліку документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів;
- чи не пропущені строки, протягом яких може бути вчинений виконавчий напис;
- чи подані на обгрунтування стягнення всі документи, зазначені у Переліку.

У спеціальній літературі виділяються й інші умови (наприклад, чи немає відомостей, які свідчать про наявність спору з боржником та ін.), проте вони лише дублюють в тій чи іншій формі вищенаведені.

Виконавчий напис обов'язково вчиняється на підставі письмової заяви. Заява викладається у довільній формі, але з необхідними реквізитами, визначеними п 283 Інструкції. Подання документів на одержання виконавчого напису провадиться безпосередньо стягувачем або уповноваженим ним представником. Якщо фі-

зична особа внаслідок фізичної вади, хвороби або з інших поважних причин не може власноручно підписати заяву, за її дорученням і в її присутності та в присутності нотаріуса, заяву може підписати інша особа [11, с. 38].

Згідно п. 287 Інструкції виконавчий напис має містити: дату (рік, місяць, число) вчинення, нотаріальну контору (нотаріальний округ), прізвище, ім'я, по батькові нотаріуса, який вчиняє виконавчий напис; найменування та адресу стягувача; найменування та адресу боржника, дату й місце його народження, місце роботи (для фізичних осіб), номери рахунків у банках, кредитних установах (для юридичних осіб); строк, за який провадиться стягнення; суми, що підлягають стягненню, або предмети, які підлягають витребуванню, у тому числі пеня, штраф, проценти, якщо такі належать до стягнення; розмір плати, сума державного мита, сплачуваного стягувачем, або мита, яке підлягає стягненню з боржника; зазначення статті Закону України "Про нотаріат" та пункту Переліку документів, на підставі яких вчинено виконавчий напис; номер, під яким виконавчий напис зареєстровано в реєстрі для реєстрації нотаріальних дій; підпис нотаріуса, який вчинив виконавчий напис, печатку.

Виконавчий напис вчиняється на оригіналі документа, що встановлює заборгованість (нотаріально посвідчені угоди, опротестований вексель та ін.) Якщо виконавчий напис не вміщується на документі, що встановлює заборгованість, то він може бути продовжений чи викладений повністю на прикріпленому до документа спеціальному бланку.

Якщо за борговим документом необхідно провести стягнення по частинах, то виконавчий напис за кожним стягненням може бути зроблений на копії документа або на виписці з особового рахунку боржника; у цих випадках на оригіналі документа, що встановлює заборгованість, робиться відмітка про вчинення виконавчого напису і зазначаються за який строк і яка сума стягнута, дата і номер за реєстром нотаріальних дій.

Виконавчий напис відповідно до п.1.1. п. 1 Інструкції про проведення виконавчих дій, затвердженої наказом Міністерства юстиції України від 15.12.1999 р. є виконавчим документом, на підставі якого у примусовому порядку задовольняється вимога кредиторів. Божниками, щодо яких допускається стягнення за виконавчим написом, можуть бути як фізичні, так і юридичні особи.

У нотаріальній практиці постало питання щодо можливості вчинення виконавчого напису нотаріуса на договорах застави, предметом яких є рухоме майно. Пов'язане це зі змінами в законодавстві та неоднозначністю регулювання цього питання діючими нормативними актами. Звернення стягнення на предмет застави, якщо предметом є рухоме майно, регулюється, зокрема, Цивільним кодексом України, Законом України "Про заставу", Законом України "Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень".

Як відомо, у разі невиконання зобов'язання, забезпеченого заставою, заставодержатель набуває право звернення на предмет застави. Значення цієї підстави припинення заставних відносин визначається тим, що саме від неї фактично залежить ефективність та застосовність застави, оскільки суть застави полягає в тому, що заставодержатель у разі невиконання боржником своїх зобов'язань дістає можливість задовольнити свої вимоги за рахунок заставленого майна. Частиною 1 ст. 590 Цивільного кодексу України передбачається, що звернення стягнення на предмет застави здійснюється за рішенням суду, якщо *інше* не встановлено договором або законом. Ч. 6 ст. 20 Закону України "Про заставу" встановлено: "Звернення стягнення на заставлене майно здійснюється на підставі рішення суду або третейського суду, на підставі виконавчого напису нотаріуса, якщо інше не передбачене законом або договором застави". Нарешті, згідно ч. 1 ст. 24 Закону України "Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень" звернення стягнення на предмет забезпечувального обтяження, до якого у відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 21 цього ж закону належить застава рухомого майна згідно з параграфом 6 глави 49 Цивільного кодексу України, що виникає на підставі договору, здійснюється на підставі рішення суду в порядку, встановленому законом, або позасудовому порядку згідно з цим Законом.

Відповідно до ст. 26 вказаного Закону до позасудових способів звернення стягнення на предмет забезпечувального обтяження відносяться наступні чотири способи:

- передача рухомого майна, що є предметом забезпечувального обтяження, у власність обтяжувача в рахунок виконання забезпеченого обтяженням зобов'язання в порядку, встановленому цим Законом;
- продаж обтяжувачем предмета забезпечувального обтяження шляхом укладення договору купівлі-продажу з іншою особою-покупцем або на публічних торгах;
- відступлення обтяжувачу права задоволення забезпеченої обтяженням вимоги у разі, якщо предметом забезпечувального обтяження є право грошової вимоги;
- переказ обтяжувачу відповідної грошової суми, у тому числі в порядку договірного списання, у разі, якщо предметом забезпечувального обтяження є гроші або цінні папери.

Як бачимо з аналізу норм відповідного нормативного акту, звернення стягнення на рухоме майно за виконавчим написом нотаріуса, не передбачається, це і є "інше", про що зазначається в Законі України "Про заставу". Таким чином, з моменту набрання чинності Законом України "Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень", виконавчий напис нотаріуса на договорах застави, предметом яких є рухоме майно, нотаріус вчиняти не може. На відміну від вищевикладеного, ч. 3 ст. 33 Закону України "Про іпотеку" встановлено, що звернення стягнення на предмет іпотеки здійснюється на підставі рішення суду, виконавчого напису нотаріуса або згідно із договором про задоволення вимог іпотекодержателя.

Здійснити виконавчий напис на договорі застави, предметом якого є рухоме майно, уявляється можливим лише у тому випадку, коли сторони передбачили можливість звернення стягнення на предмет застави шляхом вчинення виконавчого напису в укладеному між ними договорі. Даний висновок ґрунтується на аналізі норм ст.ст. 6, 626 ЦК України, які закріплюють свободу договору в цивільних відносинах та надають сторонам право в договорі відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд.

Підсумовуючи все вищевикладене слід відмітити, що:

- виконавчий напис є одним із позасудових способів захисту прав та законних інтересів учасників цивільних правовідносин;
- закріпити законодавче визначення поняття "виконавчий напис" в Законі України "Про нотаріат";
- можливість використання такого інструменту захисту прав та інтересів, як виконавчий напис нотаріуса, має важливе значення, тому що це є одним з найбільш ефективних та діючих механізмів, які дозволяють у найменші строки та найменшими затратами задовольнити законні потреби;
- для створення ефективного механізму реалізації захисту суб'єктивних цивільних прав шляхом вчинення нотаріусом виконавчого напису, необхідно внести зміни до Закону України "Про забезпечення вимог кредиторів

та реєстрацію обтяжень", в якому передбачити одним із способів звернення стягнення на предмет забезпечувального обтяження звернення стягнення на підставі виконавчого напису нотаріуса та процедуру вчинення такого напису. Адже речове забезпечення вимоги може бути по-справжньому втілено тільки за наявності простого та діючого механізму реалізації застави.

1. *Волданин В.П.* Исполнительная надпись как средство правовой защиты // Советская юстиция. – 1966. – № 15. – С. 14. 2. Гражданское право. Учебник. Часть 1. / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – СПб.: ТЕИС, 1996. – С. 267. 3. *Грибанов В.П.* Пределы осуществления и защиты гражданских прав. – М., 1972. – С. 106. 4. *Грошева О.* Нотаріальна і судова форми захисту суб'єктивних прав // Право України. – 2006. – № 1. – С. 95–98. 5. *Лившиц Б.И., Осматескул К.Н.* и др. Комментарии, эксклюзивные, раритетные материалы по российскому нотариату (580 наиболее значимых книг, статей и научных исследований). – М., 2001. – С. 192. 6. *Лукашева Е.А.* Социальное государство и защита прав человека. – М., 1994. – С. 37. 7. Нотаріат в Україні: Підручник / За ред. В.В. Комарова. – К., 2006. – С. 248. 8. Нотаріат. Збірник нотаріальних актів і зразків документів для нотаріальних контор і виконкомів місцевих рад депутатів трудящих / Відпов. ред. Чорпіта О.І. – К., 1969. 9. *Свідерська М.* Порівняльна характеристика судового наказу, судового рішення та виконавчого напису нотаріуса // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 3. 10. *Первомайський О.О.* Права людини в умовах реформування правової системи України // Тези доповідей і наукових повідомлень наукової конференції "До 50 – річчя Загальної декларації прав людини". – Х.,1998. – С. 67. 11. *Фурса С.Я.* Нотаріальний процес. – К., 2002. – С. 38. 12. *Фурса С.Я. Фурса Є.І.* Нотаріат в Україні. – К., 1999. – С. 224. 13. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2 ч. / За заг. ред. Я.М. Шевченко. – К., 2004. – С. 36. 14. *Щербак С.* Сутність судового наказу // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 6. – С. 56–59. 15. *Ясинюк М.* Судовий наказ у цивільному судочинстві // Підприємництво, господарство і право. – 2004. – № 2. – С. 70–72.

Надійшла до редколегії 07.02.07

Е. Позняк, канд. юрид. наук

ОЦІНКА ВПЛИВУ НА ДОВКІЛЛЯ І УЧАСТЬ ГРОМАДСЬКОСТІ В НІЙ У ФОРМІ ГРОМАДСЬКОЇ ЕКОЛОГІЧНОЇ ЕКСПЕРТИЗИ: МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ ТА НАЦІОНАЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ

Досліджено правові питання здійснення громадської екологічної експертизи, як ефективної організаційно-правової форми участі громадськості в прийнятті екологічно значимих рішень, під час процедури оцінки впливу на навколишнє середовище в Україні. Запропоновано зміни та доповнення до чинного законодавства шляхом прийняття Закону України "Про внесення змін та доповнень до законодавства про екологічну експертизу" та Положення про громадську екологічну експертизу.

Legal issues of carrying out public ecological examination as an effective legal organizational form of participation of people in ecologically significant decisions passing during environment impact assessment in Ukraine have been investigated. Current law amendments have been offered by means of passing the Statute "On Amendments of Ecological Examination Legislation" and Regulations on Public Ecological Examination.

Правове регулювання участі громадськості у прийнятих в усьому світі процедурах оцінки впливу на навколишнє середовище (далі – ОВНС) спрямоване на забезпечення ефективності прийнятих рішень у сфері екології, на всебічне врахування громадської думки у формуванні державної екологічної політики, зрештою – на мінімізацію впливу екологічно небезпечної діяльності на життя, здоров'я людей та довкілля ще на стадії планування, проектування, розміщення і будівництва об'єктів підвищеного екологічного ризику. В умовах гармонізації національного екологічного законодавства із законодавством Європейського Союзу та окремих країн за його межами (США), а також з метою врахування положень міжнародних конвенцій ООН аналіз стану і перспектив вдосконалення правового регулювання здійснення громадської екологічної експертизи під час проведення ОВНС в Україні є вкрай актуальним.

В даній роботі за мету ставиться, насамперед, виявлення науково-теоретичних та правових підходів до здійснення громадської екологічної експертизи під час процедури ОВНС, а також внесення пропозицій щодо вдосконалення чинного законодавства, яке регулює еколого-експертні відносини у сфері здійснення ОВНС з урахуванням міжнародного досвіду.

Здійснення ОВНС та участь громадськості в ній у формі громадської екологічної експертизи неодноразово досліджувались українськими та зарубіжними вченими, зокрема В.І. Андрейцевим [1, с. 16–24; 2, с. 19–43], С.В. Калиновським [19, с. 16–25] (Україна), М.М. Брінчуком [3, с. 227–246], Т.А. Хоружою [34, с. 43–63], О.М. Черпом, В.Н. Винниченком, М.В. Хотульовою, Я.П. Молчановим, С.Ю. Дайманом [36, с. 255–276] (Російська Федерація), Ніколасом А. Робінсоном [22, с. 101–146] (США), Зігрідом Борном [14, с. 29–37] (ФРН), М. Пордю [26, с. 100–104] (Великобританія) та багатьма іншими. Вагомим внеском у дослідження теоретичних і правових проблем екологічної експертизи, участі громадськості в ній та ОВНС є доробки вчених наукової школи "Земельне, екологічне право та право екологічної безпеки" під керівництвом В.І. Андрейцева (Г.І. Балюк, Т.Г. Ковальчук, М.В. Краснової, М.О. Фролова та ін.) [23, с. 94–98]. Аналізу сучасного стану та перспектив правового регулювання здійснення громадської екологічної експертизи в нашій державі приділялась увага і автором цієї статті – на дисертаційному рівні [24].

Серед визнаних у колі науковців, членів громадських екологічних організацій та загалом – усієї зацікавленої громадськості форм участі громадськості у процедурі ОВНС найбільш ефективними визнаються громадські (публічні) слухання, відкриті засідання, збори громадян за місцем проживання, звернення до органів державного контролю у сфері екології, участь у державній екологічній експертизі, зрештою – здійснення (тобто організація та проведення) громадської екологічної експертизи.

Громадській екологічній експертизі як одній з найбільш ефективних організаційно-правових форм участі громадськості в прийнятті екологічно важливих рішень та у здійсненні державою екологічної політики під час проведення ОВНС притаманні деякі особливості, які обумовлюють вибір суб'єктами еколого-експертних правовідносин особливих шляхів здійснення досліджень. Форми участі експертних груп або окремих осіб у розгляді результатів ОВНС В.І. Андрейцев пов'язує з особливостями цієї процедури – демократизмом, участю широкого кола громадськості, яка має можливість дати свою оцінку щодо такої діяльності, участю в її обговоренні при проведенні неофіційних відкритих засідань, публічних слухань, через засоби масової інформації, підготовку письмових зауважень і пропозицій та безпосередню роботу представників громадськості в складі експертних комісій чи груп [1, с. 19].

Результати громадських обговорень, на думку російських фахівців, мають бути доступними громадськості впродовж всього періоду до прийняття рішення про діяльність, яка намічається до здійснення. Це забезпечує

© Позняк Е., 2007

можливість участі зацікавлених сторін у прийнятті остаточного рішення, зокрема, шляхом проведення громадської екологічної експертизи або надання зауважень стосовно державної екологічної експертизи [36, с. 258].

У США здійснення еколого-експертних досліджень було започатковано Законом про національну політику у сфері навколишнього середовища у 1969 р., норми якого (статті 101, 102) покладають на відповідальних осіб обов'язок підготувати Заяву про вплив на навколишнє середовище [1, с. 22, с. 101–102]. Передбачено участь громадськості під час ОВНС або процедури оцінки екологічного впливу (ОЕВ), що є досить позитивним [19, с. 18–19]. У ФРН ОВНС становить зміст екологічної експертизи, до якої згідно з параграфом 9 Закону "Про екологічну експертизу" залучається громадськість [14]. У Великобританії громадська екологічна експертиза являє собою аналог судового слухання, учасники якого мають можливість доказово обговорювати переваги і недоліки того чи іншого адміністративного рішення [26, с. 100]. В основі ОВНС "західного типу", за словами С.В. Калиновського, покладено механізм одержання зауважень, пропозицій і вимог громадськості, їх розгляду, аналізу та конструктивного врахування, що призводить до безпосереднього залучення найактивнішої та творчої частини громадськості до процесу ОВНС і до прийняття відповідних рішень стосовно долі запланованої діяльності [19, с. 23].

На міжнародному рівні правові питання проведення ОВНС визначаються у Конвенції ООН про оцінку впливу на навколишнє середовище у транскордонному контексті, ратифікованій Законом України від 19 березня 1999 р. [10], виконання якої є одним з основних завдань співробітництва у сфері охорони навколишнього природного середовища у відносинах між Україною і Європейським Союзом [21, с. 225–226]. Про можливість участі громадськості у процедурі оцінки впливу на навколишнє середовище зазначається у підпунктах 2 і 6 ст. 2 "Загальні положення" та п. 2 ст. 4 "Підготовка документації з оцінки впливу на навколишнє середовище" зазначеної конвенції.

Особливості проведення ОВНС у відношенні державних та приватних проектів, планів та програм на рівні Європейського Союзу визначені Директивою Ради 85/337/ЄЕС від 27 червня 1985 р. (зі змінами, внесеними Директивою 97/11/ЄЕС від 3 березня 1997 р.) щодо оцінки впливу деяких державних і приватних проектів на навколишнє середовище [18, с. 34–52] та Директивою 2001/42/ЄЕС Європейського Парламенту і Ради від 27 червня 2001 р. стосовно оцінки впливу деяких планів і програм на навколишнє середовище [18, с. 52–65]. У зазначених документах мають місце норми про обов'язковість участі громадськості та врахування її результатів при реалізації проектів, планів і програм, що узгоджується із основними принципами Декларації Ріо-де-Жанейро з навколишнього середовища і розвитку від 14 червня 1992 р. [30] – стосовно стійкого розвитку (принцип 4), доступу до інформації та участі громадськості у прийнятті рішень щодо навколишнього середовища, доступу до судового та адміністративного захисту (принцип 10), оцінки екологічних наслідків запланованої діяльності (принцип 17).

На здійснення різноманітних форм участі громадськості у прийнятті екологічно значимих рішень спрямовані норми Конвенції про доступ до інформації, участь громадськості в прийнятті рішень і доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля, ратифікованій Законом України від 6 липня 1999 р. [11] (Орхуської конвенції). У розділі "Загальні положення" зазначається, що кожна із сторін здійснює необхідні законодавчі, регулятивні та інші заходи, що стосуються інформації, участі громадськості та її доступу до правосуддя (п. 1 ст. 3).

На П'ятій Пан-Європейській Конференції міністрів охорони навколишнього середовища "Довкілля для Європи" 23 травня 2003 р. у м. Києві до Конвенції ООН про оцінку впливу на навколишнє середовище у транскордонному контексті було прийнято Протокол про стратегічну екологічну оцінку [31, с. 169–187]. Забезпечення участі громадськості в стратегічній екологічній оцінці є одним із завдань сторін (ст. 1), ст. 8 "Участь громадськості" зобов'язує сторони забезпечувати своєчасне доведення до відома громадськості проекту плану чи програми та екологічної доповіді, а також забезпечити можливість громадськості висловити свою думку.

У процесі становлення екологічного законодавства незалежної України законодавчі засади проведення ОВНС знайшли своє відображення у ст. 51 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" від 25 червня 1991 р. [4], статтях 8, 15, 32, 24, 35 Закону України "Про екологічну експертизу" від 9 лютого 1995 р. [7].

На підзаконному нормативно-правовому рівні наказом Мінприроди України від 8 липня 1992 р. № 59 було затверджено Положення про склад і зміст матеріалів оцінки впливу запроектованої господарської діяльності на стан оточуючого (навколишнього) середовища і природних ресурсів (ОВОС) на різних стадіях вирішення завдань будівництва нових, розширення, реконструкції, технічного переозброєння діючих промислових і інших об'єктів [27]. У пунктах 5.5 та 7.6. передбачалось врахування інтересів громадськості і окремих груп місцевого населення в числі матеріалів ОВНС.

Зазначений порядок проведення ОВНС діяв до прийняття Державних будівельних норм України (ДБН) 7.2.2 – 1 – 95 "Склад і зміст матеріалів оцінки впливів на навколишнє середовище (ОВНС) при проектуванні, будівництві підприємств, будинків і споруд. Основні положення проектування", які були затверджені наказом Держкоммістобудування України від 28 лютого 1995 р. № 37 та наказом Мінекобезпеки України від 5 квітня 1995 р. № 9 і введені в дію 1 липня 1995 р. [28]. Серед підстав проведення ОВНС зазначені ДБН у п. 2.2 передбачали дані щодо ставлення місцевої громадськості до проектованої діяльності і проблем, що потребують вирішення у зв'язку з цим. Характеристика навколишнього соціального середовища і оцінка впливів на нього згідно з п. 2.26 ДБН включала громадську думку щодо проектованої діяльності.

Закріплення конституційних засад забезпечення екологічної безпеки, охорони довкілля, екологічних прав громадян [20] та ратифікація і практичне використання норм Орхуської конвенції зумовили розробку фахівцями й обговорення з громадськістю у 2001 р. проекту Закону України "Про внесення змін та доповнень до деяких законодавчих актів України в зв'язку з ратифікацією Україною Конвенції про доступ до інформації, участь громадськості в прийнятті рішень і доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля" [29]. Запропонована авторами проекту редакція ст. 35 Закону України "Про екологічну експертизу", на нашу думку, містила прогресивне положення, а саме – закріплення серед зазначених відомостей у Заяві про екологічні наслідки діяльності "форм участі громадськості в цьому процесі, зокрема дату і місце проведення громадських слухань або відкритого засідання, строки подачі зауважень і пропозицій", що не втратило своєї актуальності й на сьогодні. Аналогічні зміни та доповнення пропонувалось внести до чинних на той час ДБН 7.2.2 – 1 – 95.

Натомість ст. 35 Закону України "Про екологічну експертизу", яка викладена у новій редакції згідно із Законом України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України" від 28 листопада 2002 р. [13], у числі відомостей, які повинна містити Заява про екологічні наслідки діяльності, лише зазначила інформування громадськості щодо запланованої діяльності, її мету і шляхи її здійснення.

Часткове врахування пропозицій вчених, практиків та представників громадськості відбулось у нині чинних Державних будівельних нормах А.2.2 – 1 – 2003 "Склад і зміст матеріалів оцінки впливів на навколишнє середовище (ОВНС) при проектуванні і будівництві підприємств, будинків і споруд. Основні положення проектування", затверджених наказом Державного комітету України з будівництва та архітектури від 15 грудня 2003 р. № 214 [35], норми якого "пронизані" положеннями про участь громадськості в ОВНС у різних організаційно-правових формах (п. 1.6), про врахування громадських інтересів (пункти 1.8 та 1.9).

Вперше дані ДБН чітко вказують на взаємозв'язок громадської екологічної експертизи з ОВНС: згідно з п. 1.10 матеріали врахування громадських інтересів повинні містити "рішення громадської експертизи (якщо вона проводилась)", а серед підстав для проведення ОВНС окрім даних щодо ставлення громадськості та інших зацікавлених сторін до планової діяльності і пов'язаних з нею проблем, що вимагають вирішення, зазначається "перелік та стислий аналіз попередніх погоджень і експертиз, включаючи і громадську (якщо вона проводилась)" (п. 2.2). Таким чином, конкретизуючи ст. 16 Закону України "Про екологічну експертизу" щодо необмеженої сфери діяльності, що потребує екологічного обґрунтування і в якій може здійснюватись громадська екологічна експертиза, цілком справедливо можна стверджувати, що із сфери діяльності, яка потребує екологічного обґрунтування, законодавчо уточнено конкретні об'єкти даного виду досліджень, а саме – матеріали ОВНС, результати здійснення якої відображені у Заяві про екологічні наслідки діяльності.

Водночас слід зауважити, що у відповідності до чинного законодавства результати громадських експертиз, зокрема екологічних, містяться не в рішеннях, а у висновках (ст. 30 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища", статті 12 і 42 Закону України "Про екологічну експертизу"). Висновок громадської екологічної експертизи пропонуємо розглядати в якості юридично значимого документа – джерела екологічної інформації, акта індивідуального припису, в якому відображена позиція громадськості стосовно можливості чи неможливості реалізації об'єкта експертизи, який подається суб'єктам, уповноваженим приймати рішення щодо експертованих об'єктів та який є рекомендаційним згідно з чинним законодавством. За характером оцінки еколого-експертним органом об'єкта експертизи висновок громадської екологічної експертизи може бути позитивним, умовно негативним із поверненням об'єкта експертизи на доопрацювання або принципово негативним [25, с. 168].

Важливою передумовою юридичного закріплення принципу обов'язковості врахування висновків громадської екологічної експертизи в господарській, інвестиційній, управлінській та іншій діяльності вважаємо викладене у статях 12 і 13 Закону України "Про об'єкти підвищеної небезпеки" від 18 січня 2001 р. [12] положення про те, що висновки громадських експертиз у разі їх наявності додаються до заяви з метою отримання дозволу на будівництво і/або реконструкцію об'єкта підвищеної небезпеки і мають бути розглянуті спеціально уповноваженими суб'єктами. Серед громадських експертиз, крім екологічних, законодавчо закріплено наступні види експертиз:

- громадська експертиза охорони здоров'я згідно з ч. 1 ст. 24 Основ законодавства про охорону здоров'я від 19 листопада 1992 р. [5];
- громадська експертиза пректів, програм і планів забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення згідно із ст. 4 Закону України "Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення" від 24 лютого 1994 р. [6];
- громадська експертиза безпеки ядерних установок та об'єктів, призначених для поводження з радіоактивними відходами згідно із статями 11 і 41 Закону України "Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку" від 8 лютого 1995 р. [9];
- громадська наукова і науково-технічна експертиза екологічних програм і проектів згідно із статями 9, 11, 25 і 32 Закону України "Про наукову і науково-технічну експертизу" від 10 лютого 1995 р. [8].

З огляду на зазначене, пропонуємо усунути недоліки ДБН А.2.2 – 1 – 2003.

На наш погляд, недоліком в частині відображення думки громадськості за результатами здійснення громадських екологічних та інших експертиз у процесі ОВНС продовжує залишатись відсутність їх висновків серед документів, які входять до Заяви про екологічні наслідки діяльності як у Законі України "Про екологічну експертизу", так і у ДБН А.2.2 – 1 – 2003. Пропонуємо доповнити ст. 35 цього Закону та розділ 4 даних ДБН і цим джерелом інформації про думку громадськості стосовно проектування та будівництва підприємств, будинків і споруд.

Вважається за доцільне передбачити у законодавстві й особливості процедури здійснення громадської екологічної експертизи під час процедури ОВНС, бо ініціатива на залучення громадськості може виходити не лише від громадськості безпосередньо, але й від замовників або органів державної влади та місцевого самоврядування. Перелічені суб'єкти правовідносин у таких випадках беруть на себе виконання деяких організаційних дій еколого-експертного процесу. Слід залишити на розсуд громадськості питання про оголошення Заяви про проведення громадської екологічної експертизи та інші загальні формальності саме організаційного процесу.

Якщо в процесі проведення ОВНС громадськістю здійснювалась громадська екологічна експертиза, то, на наш погляд, доцільно закріпити у законодавстві норму про те, що поряд із Заявою про екологічні наслідки діяльності у відношенні об'єкта підвищеної небезпеки оголошенню через засоби масової інформації підлягає і висновок громадської екологічної експертизи. З іншого боку, на практиці при оголошенні Заяви про екологічні наслідки діяльності замовник у самій Заяві передбачає залучення громадськості до участі і її обговоренні та наданні пропозицій [15, с. 4; 16, с. 11; 17, с. 14–15].

Отже, підсумовуючи викладене вище, слід зазначити, що громадська екологічна експертиза, будучи однією з найбільш дієвих організаційно-правових форм участі громадськості, може здійснюватись під час процедури ОВНС з відображенням позиції громадськості в її еколого-експертному висновку.

Усуненню прогалин у правовому регулюванні відносин щодо здійснення громадської екологічної експертизи в процесі ОВНС сприятиме розробка Закону України "Про внесення змін та доповнень до законодавства про екологічну експертизу". Підтримуємо раніше висловлені нами пропозиції про необхідність розробки та затвердження Положення про громадську екологічну експер-

тизу саме на рівні Кабінету Міністрів України, що також сприятиме реалізації екологічної політики держави у світлі концепції сталого розвитку, до якого прагне Україна. У розділі Положення стосовно процедури здійснення громадської екологічної експертизи пропонуємо передбачити особливості її організації та проведення під час процедури ОВНС в частині спрощення на розсуд громадськості (суб'єктів еколого-експертних правовідносин) цієї процедури та вирішення на свій розсуд питання про опублікування Заяви про проведення громадської екологічної експертизи.

1. *Андрейцев В.І.* Співвідношення екологічної експертизи і процедури оцінки впливу на навколишнє середовище // Екологічна експертиза: право і практика / В.І. Андрейцев, М.А. Пустовойт, С.В. Калиновський та ін.; За ред. В.І. Андрейцева, М.А. Пустовойта. – К., 1992. 2. *Андрейцев В.И.* Теоретические проблемы правового обеспечения эффективности экологической экспертизы: Автореф. дисс. … д-ра юрид. наук. – К., 1991. 3. *Бринчук М.М.* Экологическое право: Учебник. – 2 изд., перераб. и доп. – М., 2003. 4. Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 41. – Ст. 456. 5. Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 4. – Ст. 19. 6. Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 27. – Ст. 218. 7. Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 8. – Ст. 54. 8. Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 9. – Ст. 56. 9. Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 12. – Ст. 81. 10. Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 18. – Ст. 153. 11. Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 34. – Ст. 296. 12. Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 15. – Ст. 73. 13. Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 4. – Ст. 31. 14. Законы об охране окружающей среды / Редакция: Зигрид Борн, производство: Илона Ортен, перевод: Михаил Литвинович. – ФРГ, 2000. 15. Заява про екологічні наслідки діяльності при спорудженні та експлуатації нового безпечного конфайнменту / В.о. директора ДСП "Чорнобильська АЕС В.Фомін // Голос України. – 2004. – 12 лют. 16. Заява про екологічні наслідки діяльності Хмельницької АЕС після введення в експлуатацію енергоблока № 2 // Урядовий кур'єр. – 2001. – 8 лют. 17. Заява про екологічні наслідки створення суднового ходу Дунай – Чорне море на українській ділянці дельти / Замовник: Директор державного підприємства "Дельта-лоцман" В. Бездольний // Голос України. – 2004. – 20 січ. 18. Збірник нормативно-правових актів Європейського Союзу у сфері охорони навколишнього середовища. – Львів, 2004. 19. *Калиновський С.* Оцінка впливу і екологічна експертиза – сьогодні і завтра // Рідна природа. – 2000. – № 1. 20. Конституція України. Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141. 21. *Микієвич М.М., Андрусевич Н.І., Будякова Т.О.* Європейське право навколишнього середовища. Навч. посібник. – Львів, 2004. 22. *Николас А. Робинсон.* Правовое регулирование природопользования и охраны окружающей среды в США. – М., 1990. 23. *Позняк Е.В.* Внесок вчених наукової школи "Земельне, екологічне право та право екологічної безпеки" в дослідження правових проблем екологічної експертології // Наукові правничі школи Київського національного університету імені Тараса Шевченка: Матеріали Міжнародної наукової конференції (Київ, 12 жовтня 2005 р.). – К., 2006. 24. *Позняк Е.В.* Правові аспекти здійснення громадської екологічної експертизи в Україні. – Автореф. дис. … канд. юрид. наук. – К., 2005. 25. *Позняк Е.В.* Юридична природа висновку громадської екологічної експертизи в Україні // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 2004. – Вип. 59. 26. *Пордю М.* Общественная экологическая экспертиза строительства атомного реактора в г. Сизвелл: на пути к оценке влияния на окружающую среду // Право окружающей среды в СССР и Великобритании. – Под ред. Колбасова О.С. и др. – М., 1988. 27. Поточний архів Міністерства охорони навколишнього природного середовища України за 1992 р. 28. Поточний архів Міністерства охорони навколишнього природного середовища та ядерної безпеки України за 1995 р. 29. Поточний архів Міністерства екології та природних ресурсів України за 2001 р. 30. Программа дій "Порядок денний на XXI століття" / Переклад з англ.: ВГО "Україна. Порядок денний на XXI століття". – К., 2000. 31. 5-а Пан-Європейська Конференція міністрів охорони навколишнього середовища "Довкілля для Європи": Матеріали та документи. – К., 2004. 32. Сборник международных конвенций в области охраны окружающей среды / Ред. С. Кравченко. – Львов, 1999. 33. Системы оценки воздействия на окружающую среду в странах Европы и Центральной Азии / Всемирный банк. Регион Европы и Центральной Азии. Экологически и социально-устойчивое развитие / Рита Клис, Аркадий Капчеля, Андрэ Баранник. – К., 2002. 34. *Хоружая Т.О.* Методы оценки экологической опасности. – М., 1998. 35. Щодо затвердження ДБН А.2.2. – 1 – 2003 "Склад і зміст матеріалів оцінки впливів на навколишнє середовище (ОВНС) при проектуванні і будівництві підприємств, будинків і споруд. Основні положення проектування: наказ Державного комітету України з будівництва та архітектури від 15 грудня 2003 р. № 214 // Поточний архів Державного комітету України з будівництва та архітектури за 2003 р. 36. Экологическая оценка и экологическая экспертиза / О.М. Черп и др. – М., 2001.

Надійшла до редколегії 12.01.07

А. Кодинець, канд. юрид. наук

ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ЗАСОБІВ ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЇ УЧАСНИКІВ ЦИВІЛЬНОГО ОБОРОТУ, ТОВАРІВ І ПОСЛУГ

У статті досліджуються особливості виникнення та становлення правової охорони комерційних найменувань, торговельних марок та географічних зазначень, визначається момент їх історичного зародження та подальшого генезису як явищ економічної та правової дійсності

The article studies peculiarities of the formation and development of legal safeguard of commercial names, trade marks and geographic names, defining the moment of their historical origin and the following genesis as phenomena of economic and legal reality

Сучасне цивільне законодавство регулює відносини, пов'язані з використанням значної кількості об'єктів, що застосовуються учасниками цивільного обороту, для виокремлення себе та результатів своєї діяльності. Для правової охорони окремих з них використовуються норми права інтелектуальної власності та конструкція виключних прав. Так, відповідно до ст. 420 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) до об'єктів інтелектуальної власності належать, зокрема, комерційні (фірмові) найменування, торговельні марки та географічні зазначення. Наведені позначення виконують ідентифікуючи функцію та дістали у правовій науці узагальнюючу назву "засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг" [10, с.571]. На сьогоднішній день у вітчизняній та зарубіжній цивілістиці лише робляться перші кроки у напрямку наукового осмислення правової природи, місця та системи засобів індивідуалізації. Зазначена проблематика є предметом теоретичного дослідження відомих вчених: В.В.Орлової, О.О.Городова, О.П. Сергєєва, О.А.Підопригори, О.М. Мельник та інших науковців.

Проте як у межах доктрини, так і у сфері нормотворчості спостерігається не збалансоване висвітлене правового режиму та тлумачення сутності засобів індивідуалізації. Відносини у сфері використання окремих розрізняльних позначень (зокрема, торговельних марок) вже протягом тривалого часу є предметом нормативного впорядкування та наукового дослідження, стосовно інших (комерційних найменувань та географічних зазначень) – лише наразі спостерігається формування правових норм по їх застосуванню. Правовий режим деяких засобів індивідуалізації (наприклад, доменних імен) поки ще не отримав законодавчого закріплення.

Зазначені обставини свідчать про потребу у проведенні ґрунтовних досліджень не лише окремих ідентифікуючих позначень, а всієї системи засобів індивідуалізації, для правової охорони яких законодавець використав механізм права інтелектуальної власності. Проведення таких наукових розробок доцільно здійснити з розгляду основних закономірностей виникнення та розвитку правової охорони засобів індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг, що набуває ще більшої актуальності з огляду на фрагментарне та подекуди суперечливе висвітлення даного питання у вітчизняній та зарубіжній правовій науці.

© Кодинець А., 2007

Враховуючи наведене, можна окреслити мету даної статті та її практичне значення – висвітлення закономірностей становлення правової охорони комерційних найменувань, торговельних марок та географічних зазначень, визначення моменту їх історичного зародження та подальшого генезису як явищ економічної та правової дійсності, що дає можливість виявити їх природу та окреслити тенденції правової охорони засобів індивідуалізації у майбутньому.

Історія виникнення та нормативного оформлення засобів індивідуалізації учасників цивільного обороту товарів та послуг розглядається в юридичній науці неоднозначно. Дана обставина обумовлюється широким діапазоном поглядів вчених на питання черговості появи різних видів ідентифікуючих позначень та різницею у трактуванні моменту зародження окремих засобів індивідуалізації у межах значних історичних періодів [3, с. 23; 8, с. 45; 9, с.10].

Складність вирішення даного питання пояснюється, насамперед, різноманітністю засобів індивідуалізації та багатоаспектністю виконуваних ними функцій на різних історичних етапах розвитку суспільства. Інколи праобрази сучасних ідентифікуючих позначень вбачають у знаках, які повністю втратили своє значення чи суттєво його змінили.

Безумовно, засоби індивідуалізації в їх теперішньому розумінні виникли відносно недавно та протягом останніх століть зазнали суттєвої трансформації, зміст якої пов'язується з розвитком та змінами характеру економічних відносин суспільства. Тому дослідження основних закономірностей їх історичного становлення та розвитку не можливе без визначення сучасного значення засобів індивідуалізації у цивільному праві України. Можна відзначити, що термінологія у даній сфері також зазнала певних змін у зв'язку з новітніми кодифікаціями у правій системі України. Зокрема, поняття "комерційне найменування" та "торговельна марка" вперше використовуються 2003 р. у нормах ЦК та ГК України. Аналогічно й термін "географічне зазначення" до його закріплення у кодифікованих правових актах застосовувався, насамперед, на міжнародному рівні [11]. Їм передували відповідно поняття "товарний знак", "фірмове найменування" чи "фірма" та "кваліфіковане зазначення походження товару". Тому не слід обумовлювати появу сучасних засобів індивідуалізації тільки з закріпленням відповідної термінології у законодавчих актах.

Пріоритетне значення при розгляді історії виникнення засобів індивідуалізації повинно надаватися змісту об'єкта, для правової характеристики якого конструюється відповідне правове поняття. З цією метою необхідно окреслити основне економічне призначення кожного ідентифікуючого позначення, що враховується законодавцем при побудові системи його правової охорони.

Призначенням торговельної марки є вирізнення товарів чи послуг, що виробляються (надаються) однією особою від товарів (послуг), що виробляються (надаються) іншими. Набуття права інтелектуальної власності на торговельну марку засвідчується свідоцтвом, що видається на підставі реєстрації, яка носить добровільний характер (ст. 492, 494 ЦК України). Комерційне найменування застосовується для ідентифікації юридичної особи, яка є підприємницьким товариством (ст. 90 ЦК України). Географічне зазначення відповідно до ст. 501 ЦК України вказує на зв'язок особливих характеристик товару та географічного місця його походження.

Сформульовані та закріплені цивільним законодавством ознаки засобів індивідуалізації (індивідуально-диспозитивний характер торговельної марки, спеціальний суб'єктний склад у сфері комерційного найменування та якісно-індивідуалізуючий зв'язок географічного зазначення) відіграють основоположну роль у визначенні економічної та юридичної природи зазначених засобів індивідуалізації, окресленні моменту їх історичного виникнення.

Необхідно також розмежовувати поняття "засіб індивідуалізації" у юридичному та економічному аспектах. Як правова категорія конкретний засіб ідентифікації виникає у результаті отримання правової охорони на підставі правового акту, як економічна – його поява обумовлюється потребами суспільства в ідентифікації продукції чи її виробника. Переходу засобу індивідуалізації з економічної в юридичну площину передує значне поширення практики його застосування, зловживання та порушення інтересів суб'єктів, наявність обґрунтованої потреби в отриманні правового захисту з боку публічної влади. Перше, звичайно, передує останньому. Тому засіб індивідуалізації як явище економічної сфери лише зі спливом достатньо значного проміжку стає об'єктом правової охорони.

Таким чином, дослідження становлення системи правової охорони засобів індивідуалізації у цивільному праві слід почати з схематичного розгляду основних тенденцій та процесів розвитку соціально-економічних відносин суспільства, які зумовили формування групи нормативних правил про охорону розрізняльних позначень, їх подальшу консолідацію у самостійний правовий інститут та вироблення ефективних механізмів охорони засобів індивідуалізації на міжнародно-правовому рівні. Тому історичний аналіз правового регулювання відносин у сфері використання засобів індивідуалізації має здійснюватися у контексті аналізу всієї системи економічних та, насамперед, торговельних відносин у межах відповідної історичної епохи.

Найбільш повно в юридичній літературі висвітлюється питання виникнення та розвитку правової охорони торговельних марок. У спеціальній літературі обґрунтовується поява прототипів сучасних товарних знаків вже у епоху зародження рабовласницького ладу [6, с. 3]. Аргументація даної позиції здійснюється на підставі археологічних даних. Так, майже за 4000 років до н.е. майстри Ассирії та Вавилона вирізали на камінні збудованих ними споруд свої знаки [13, с. 5]. За історичними даними у XXII–XIX рр. до н.е. жителі Криту використовували спеціальні піктографічні знаки на глечиках та як відмітки каменярів на камені [4, с. 74].

Водночас, з наведеним поглядом не можна беззастережно погодитись. Необхідно відзначити, що такі позначення не виконували функції сучасних торговельних марок, а служили зовсім іншим цілям. У багатьох народів спеціальні оригінальні знаки – символи вживались для позначення належності майна його власнику [1, с. 143]. Факт проставляння таких клейм дає історикам можливість визначити момент зародження економічних відносин власності у давніх народів та класового розшарування суспільства, яке передує появі інституту держави. Пізніше, символи належності речі почали проставляти на створеній продукції. Тому поступово, разом з знаком власності тавро стає знаком авторства творця нового виробу.

Таким чином, первинно знаки посвідчували правову належність майна чи авторство виготовленої продукції. При продажу товару новий власник поряд чи замість існуючого проставляв своє ідентифікуюче позначення. У той час як, проставлення спеціальних знаків як спосіб виокремлення товару певного виробника від подібної продукції конкурентів в епоху рабовласницького ладу ще не набуло самостійного значення.

Відсутність будь-яких правил, спрямованих на правову охорону торговельних марок в античну епоху слід вбачати у причинах соціального-економічного характеру, які зумовили незначну практику використання індивідуальних товарних знаків. При первинному розподілі праці внаслідок недостатнього розвитку продуктивних сил відбувається виокремлення та розвиток окремих професій, у той час як міжпрофесійне розмежування не здійснюється. Тому не виникає конкуренція між виробниками одного виду продукції. Як наслідок, відсутня потреба у торговельній марці як засобу виокремлення продукції від товарів інших ремісників та підвищення на неї споживчого попиту.

Інша причина відсутності їх цивільно-правової охорони в епоху панування високорозвинутого римського jus privatum визначається особливостями рабовласницького ладу та проявляється у характерному для даного періоду широкому використанні малоефективної рабської праці у ремісничих професіях. Вчені-історики наголошують, що зміна ставлення до ремісництва відбувається поступово у зв'язку з розвитком рабовласницького суспільства. На первинному етапі його зародження ремісництво заохочується, заняття ремеслами вважається почесним, але вже у класичний період розвитку античної цивілізації спостерігається негативне презирливе ставлення до ремесел. Так, у класичний період грецької історії (V–IV ст. до н.е.) поруч з вільними ремісниками і громадянами все у більшій кількості працюють раби. Дана обставина погіршує матеріальний та соціальний стан вільних майстрів. Шкідливо відбивається на їх доходах та зайнятості конкуренція більш дешевої рабської праці. Поступово представники пануючого класу почали ставитися до ремісників як до осіб, що займаються презирливими рабськими професіями [4, с. 235].

Підхід до ремесел як негідного вільного громадянина заняття спостерігається і в інших народів з розвинутим рабовласницьким ладом. Зокрема, у Давньому Римі небажання рабовласників займатись господарством та ремеслами стало причиною появи інституту рабського пекулія (peculium), що передбачав наділення раба майном, необхідним для здійснення господарської діяльності, відповідальність за результати якої ніс рабовласник.

Зазначені обставини соціально-економічного характеру у сукупності пояснюють той факт, що як у ранній період розвитку античної епохи, так і в подальшому, не лише не було правової охорони індивідуальних торговельних марок, а й практика їх проставляння не набула значного поширення. Символічні позначення тієї епохи, насамперед, виступали знаками власності чи авторськими позначеннями їх творців, а не конкретного виробника товару. Тому торговельна марка як засіб індивідуалізації індивідуального характеру, що добровільно проставляється на товарах з метою їх розрізнення від продукції конкурентів у силу слаборозвинутості торговельних відносин, низької продуктивності праці та соціального не сприйняття ремісництва виникає в наступні історичні епохи. А ті, окремі приклади маркування продукції спеціальними символами ще не означає виникнення торговельної марки як явища економічної та правової дійсності в її сучасному розумінні.

Наведене, однак, не свідчить про відсутність будь-якої практики маркування продукції. У період античності виник інший вид засобів індивідуалізації – зазначення походження товару. Його появу слід пояснити загальним процесом розвитком торгівлі давніх народів та особливостями географічних місць їх розташування. Вироби та природні ресурси, яких не існувало на інших територіях становили основний предмет торгівлі. Товари для посвідчення її походження з відповідної території таврувалися спеціальним позначенням майстрів, які виступали показником якості та географічним орієнтиром їх виготовлення. Так, ще 3000 років тому індійські ремісники мали звичай ставити свої підписи на художніх творіннях перед їх відправленням до Ірану. Промисловці з Китаю збували товари із зображенням своїх клейм у райони Середземномор'я понад 2000 років тому [7, с. 171].

Наступний етап у розвитку засобів індивідуалізації пов'язаний з цеховими позначеннями та знаками купецьких гільдій Середньовіччя.

За даними вчених прославлення на товарах спеціальних знаків їх виготовлювача увійшло в практику ремісничого виробництва у XV–XVI ст. [9, с. 10]. У цей період маркування товарів регулювалося в основному правилами цехової регламентації. Тавро мало на меті вказувати на належність виробника до цехової організації ремісників і тим самим засвідчувати, що зазначений виготовлювач має право на виробництво і продаж даного виробу. Зображення, нанесене на товар, служило одночасно свідченням того, що він виготовлений ремісником з дотриманням встановлених правил та пройшов контроль цехової корпорації.

Прагнучи монополізувати промисловість цехові організації обмежували чи, навіть, переслідували діяльність позацехових ремісників, так званих, "партачей". У підтримці цього явища була зацікавлена королівська влада. Так, у привілеї польського короля Сигізмунда III від 1597 р. "Про утворення в Києві цехів і умови вступу ремісників до цеху" містився припис, щоб кожний ремісник працював лише в одному цеху [5, с. 262]. Ремісники, які не стали членами будь-якої цехової організації не платили встановлених зборів, їх діяльність суворо заборонялася. Тому таврування товарними клеймами виробленої продукції позацеховиками у період розвитку цехового виробництва, звичайно, не набуло поширення.

Добровільне таврування продукції індивідуальними оригінальними торговельними марками було несумісне з розвитком цехового виробництва.

Єдиним законним способом вийти з-під контролю цеху та самостійно здійснювати виготовлення продукції не керуючись цеховими вимогами було отримання дозволу королівської влади на виключне виробництво певної продукції у межах відповідної території, який видавався у формі привілею.

Практика видачі привілеїв пов'язана з процесом посилення абсолютизму королівської влади та занепадом цехової організації виробництва. Поодинокі їх випадки трапляються вже у XIII ст. Проте масового характеру даний процес набув у XVI–XVII ст.ст. Отримавши привілей ремісник міг не лише здійснювати виробництва продукції встановленого роду, але і позначати її особливим клеймом, відмінним від цехового.

Таврування продукції на підставі привілею носило добровільний характер, здійснювалося індивідуальним виробником, тому таким позначенням, на наш погляд, притаманні всі основні ознаки сучасних торговельних марок: приватноправовий характер, добровільність та індивідуальність маркування, використання марки у процесі масового виробництва товарів з метою їх відмежування від однорідної продукції конкурентів.

Таким чином, торговельна марка як економічна категорія остаточно сформувалася лише у кінці Середньовіччя внаслідок розкладу цехової організації ремісничого виробництва.

Подальший розвиток засобів індивідуалізації пов'язується з загальним розвитком промисловості, знищенням цехових організацій та поширенням мануфактурного та фабричного виробництва.

Бурхливий розвиток промисловості та технологічне оснащення виробництва у XVIII ст. сприяли появі на ринку великої кількості товарів різних виробників. Конкуренція виробників зумовила необхідність привернути увагу споживача до свого виробу. Тому набула поширення практика позначення виробленої продукції оригінальними знаками.

Ще більш прискорився процес індивідуалізації товарів у період індустріалізації, що розгорнулася в XIX ст. У промисловості набуває все більшого розвитку процес масового виробництва однорідних товарів. У цей час одержує небувале поширення маркування виробів. Збільшується значення торговельної марки не лише як способу ідентифікації виробленої продукції, а й засобу підвищення на неї попиту споживачів. Торгові клейма виробників, що внаслідок високої якості виготовлених товарів завоювали прихильність споживачів досить часто зазнають підробок. Виникає потреба у покаранні винних у використанні чужого фабричного чи торгового знаку. Її передумовою стало закріплення за товаровиробниками права на позначення виготовленої продукції оригінальними символічними знаками, та встановлення системи покарань за їх незаконне використання. За цих умов торговельна марка набуває правого значення та переходить з економічної категорії – позначення, застосованого для індивідуалізації продукції, в юридичну площину – об'єкта правової охорони.

В юридичній літературі по-різному визначається момент появи сучасних торговельних марок. Так, Б. Хекл та М. Шпунда пов'язують його з встановленням системи реєстрації торговельних марок. На думку вчених, лише у цьому випадку клеймо перетворюється у товарний знак [13, с. 8]. Відомий зарубіжний дослідник товарних знаків К. Веркман відзначає, що товарні знаки виникли в той період, коли стала відчуватися потреба в них, коли культурна сфера західної економіки, що базується на принципах конкуренції, уже не могла без них обходитися та вказує на 1880 р. як дату орієнтовного оформлення товарного знаку [2, с. 35, 168]. Ряд науковців обумовлюють виникнення товарного знаку у період розвитку цехових організацій Середньовіччя, а подальший розвиток в умовах капіталізму. За вихідний момент інколи береться прийняття перших законодавчих актів про охорону фабричних та (або) торгових клейм у першій третині XIX ст. [9, с. 11]. Інші дослідники визначають їх виникнення з появою відповідного терміну у правових документах у кінці XIX ст. [8, с. 43].

Як вже зазначалось, необхідно відрізняти виникнення явища в економічному та юридичному розумінні. Торговельна марка як економічний феномен виник та набув свого розвитку у період занепаду цехового виробництва та зародження мануфактурної промисловості у результаті поширення індивідуального маркування продукції на підставі привілеїв. Значно пізніше, вона переходить в юридичну площину, перетворюючись на об'єкт правової охорони.

Основний критерій, який відрізняє сучасні торговельні марки від позначень минулого полягає не лише в їх придатності для індивідуалізації продукції, адже практика проставляння на виробах певних символів їх творців сягає корінням періоду зародження рабовласницького ладу. Ним слід вважати добровільність, диспозитивність у позначенні виготовленої продукції спеціальним оригінальним знаком. Лише тавро, яке добровільно за власною ініціативою товаровиробника накладається на виготовлену продукцію з метою її відокремлення від аналогічної продукції конкурентів стає торговельною маркою. Тому першими законодавчими актами, спрямованими на забезпечення цивільно-правової охорони торговельних марок слід вважати, насамперед, ті нормативні документи, які не тільки їх захищають від незаконного використання та підробки, а закріплюють право виробника на проставляння індивідуалізуючих його продукцію позначень. Такі перші повноцінні правові акти були прийняті в другій половині XIX ст.: у Франції – в 1857р., в США – в 1881 р., у Великобританії – в 1883 р., Німеччині – в 1884 р.

Інакше здійснювався розвиток іншого засобу індивідуалізації, що застосовується для позначення юридичної особи – комерційного найменування або як його називали в минулому – фірми. Становлення та генезис фірми тісно пов'язаний з процесом виникнення юридичних осіб як носіїв даного засобу індивідуалізації. Незважаючи на те, що римськими юристами обговорювалась можливість існування організацій, які володіли відокремленим майном та могли виступати у цивільному обороті від свого імені, саме поняття "юридичної особи" було не відоме римському праву. Участь корпорацій у цивільних правовідносинах античної епохи була досить обмеженою, що проявилося у відсутності правових норм, спрямованих на регулювання їх правового статусу.

У період Середньовіччя розвиток вчення про юридичну особу також перебувало під значним впливом рецепійованого глосаторами та коментаторами римського приватного права. Поява та поширення юридичних осіб пов'язується з епохою розвитку економічних та торгових зв'язків періоду Нового часу, коли давньоримський інститут спільної власності виявився неспроможним адекватно регулювати відносини, що виникли за участю об'єднаного капіталу.

З розвитком та поширенням грамотності виникає потреба використовувати певне позначення для підпису на документах. Для цього торговці спочатку використовували своє ім'я, а при створенні об'єднання купців стали вживати у ділових відносинах особливе позначення товариства, до якого включалися імена всіх його членів чи одного з них з вказівкою на існування товариства. Цим позначенням підписувалися на всіх документах, що опосередковували цивільно-правові угоди товариства. Тому саме слово "фірми" має італійське походження та означає підпис. Можна цілком погодитись з тезою відомого російського цивіліста О.П. Сергєєва, який відзначає, що фірма як особливе найменування учасника обороту виникла внаслідок діяльності торгових товариств [10, с. 48–49].

Якщо спершу процес розвитку корпорацій здійснювався у обмеженому масштабі: всі члени разом вирішували питання спільної діяльності та несли повну відповідальність за борги об'єднання, то у подальшому бурхливий розвиток економіки призвів до знеособлення юридичної особи – появи об'єднань, члени яких несли обмежену відповідальність. Поступово на зміну повному товариству приходить новий вид юридичної особи – акціонерна компанія. Поява нових юридичних осіб позначилась на змісті фірмових найменувань – найменуванням акціонерної компанії могло бути будь-яке оригінальне позначення, навіть, безпосередньо не пов'язане з прізвищами її членів чи характером діяльності.

Тому перетворення товариства в знеособленого суб'єкта призвело до необхідності застосування для його ідентифікації особливого імені, відмінного від імені окремих учасників та назв інших товариств.

З часом, значною мірою у зв'язку із зловживаннями, що з'явилися у цій сфері виникла потреба у регулюванні відносин, пов'язаних з використанням фірми.

Тому у XIX ст. законодавства ряду держав, зокрема, німецьке (Торгове уложення 1897 р., ст. 17–37), швейцарське (Закон про зобов'язання 1881р., ст. 865–876) та

скандинавських країн (Шведський закон 1887 р. про торгові реєстри і фірми) [12, с. 176] забезпечували правове регулювання відносин, що виникають у зв'язку з набуттям та використанням фірмових найменувань, а також містили правила і вимоги до структури фірм.

Незважаючи на виникнення зазначень походження товару вже у період античності надання їм цивільно-правової охорони відбулося пізніше інших засобів індивідуалізації. Причиною достатньо пізнього закріплення за ними статусу самостійного об'єкту права стала їх близькість з торговельними марками та, як наслідок, використання єдиного правового режиму для регулювання обох засобів індивідуалізації законодавством про фабричні та торгові клейма. На клеймах вимагалося позначати найменування та місцезнаходження виробника продукції, з метою розрізнення вітчизняної продукції від іноземних аналогів шляхом обов'язкового таврування виготовлених виробів. Тому значна кількість правових актів про клейма XVIII–XIX ст.ст. одночасно забезпечували правову охорону зазначень походження товару.

Вперше зазначення походження товару як самостійний об'єкт права на міжнародному рівні розглядається Паризькою конвенцією 1883 р., яка до переліку об'єктів промислової власності відносить "зазначення про походження" (фр.- indication de provenance; анг. – indication of source), а ст. 10 передбачає можливість застосування положень про захист знаків та фірмових найменувань в разі прямого або непрямого використання неправдивих вказівок про походження продуктів.

Проте на початку XX ст. виявилося, що охорона зазначень походження від фальшивого або такого, що вводить в оману, використання є недостатньою. Крім того, виникла потреба охорони і заохочення місцевих, традиційних способів виробництва.

Перший законодавчий акт, який передбачав охорону найменування місць походження також був прийнятий у Франції 6 травня 1919 [7, с. 218]. Відповідно до цього закону, найменуванням місця походження є назва країни, району або місцевості, що служить для позначення товару, який походить із цієї країни, району або місцевості та якість і особливості якого визначаються виключно або головним чином географічним середовищем, включаючи природні умови і людські фактори. Тобто, на відміну від зазначення походження товару для правової охорони якого необхідним був лише факт справжнього виробництва товару у межах відповідної території, охорона згідно закону 1919 р. надавалася лише таким товарам, які походять з конкретного району і які зобов'язані своїми специфічними якостями місцю свого походження.

Початково поняття "найменування місця походження" стосувалося лише до позначення вин та інших алкогольних напоїв, але пізніше його було поширено на інші товари (молочні продукти, в основному сир та масло, продукти рослинного походження тощо). Враховуючи успішне функціонування системи охорони французьких найменувань місць походження подібна система також була введена в інших країнах.

Підводячи підсумок дослідження основних аспектів історичного розвитку засобів індивідуалізації можна зазначити, що з давніх часів у побуті та у процесі господарської діяльності використовувались різноманітні засоби індивідуалізації, але появу сучасних ідентифікуючих позначень (зазначення походження товару, торговельної марки та комерційного найменування) слід відносити до різних історичних епох.

Використання спеціальних символів на товарі, що свідчать про географічне місце його виготовлення увійшло у практику ще в період античності; цехові знаки Середньовіччя стали основою для розвитку сучасних колективних знаків і тільки у кінці цієї епохи під впливом розвитку мануфактурного виробництва одержало поширення індивідуальне таврування товарів торговельними марками. Комерційне найменування (фірма) як явище економічного життя виникає найпізніше – у період Нового часу внаслідок створення та діяльності торгових товариств.

Таким чином, первинний знак власності поступово у процесі історичного розвитку під впливом соціально-економічних факторів трансформувався у систему засобів індивідуалізації товару та його виробника (зазначення походження товару – цеховий знак – фабричне та торгове клеймо – фірмове найменування).

Правова охорона зазначених засобів індивідуалізації здійснювалася більш історично збалансовано, починаючи з XIX ст. Якщо фірмове найменування та товарний знак практично одночасно в середині XIX ст. отримали правове регулювання у результаті кодифікації торговельних правил та звичаїв, то підставою для розвитку системи правової охорони зазначень походження товару став їх нормативний захист на міжнародно-правовому рівні. Під впливом міжнародного законодавства на початку XX ст. були сформовані національні законодавчі акти про правову охорону зазначення походження товару та найменування місця його походження.

1. *Авдиев В.И.* История Древнего Востока. – М.: "Высшая школа", 1962. – 608 с. 2. *Веркман К.* Товарные знаки: создание, психология восприятия: Пер. с англ. – М.: Прогрес, 1986 – 518 с. 3. *Горленко С.А.* Правовая охрана наименований мест происхождения товаров. 3-е изд-е. – М., Информ. изд-й центр Роспатента, 2001. – 131 с. 4. История Древней Греции: Учебник. Под ред. В.И. Авдиева, Н.Н. Пикуса. – М.: "Высшая школа", 1962 – 502 с. 5. История Киева. В 3 томах, четырех книгах. Т. 1. – К.: "Наукова думка", 1982 – 407 с. 6. *Мельник О.М.* Правова охорона знаків для товарів і послуг в Україні: цивільно-правовий аспект. Ірпінь, 2001. – 135 с. 7. Основи інтелектуальної власності. – К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 1999. – 578 с. 8. Право інтелектуальної власності. Підручник для студентів вищих навч. закладів / За ред. О.А. Підопригори, О.Д. Святоцького. – К.: "Ін Юре", 2002 – 624 с. 9. *Свядосц Ю.И.* Правовая охрана товарных знаков в капиталистических странах. Учеб. Пособие. – М., 1969. – 189 с. 10. *Сергеев А.П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. Учебник. 2-е изд. – М.: Проспект, 2001. – 752 с. 11. Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (Соглашение TRIPS). // Андрощук Г., Крайнев П., Кавасс И. Право интеллектуальной собственности. Торговые аспекты. – К.: Ин Юре, 2000 – 164 с. 12. *Федоров А.Ф.* Торговое право. – Одесса, 1911. 13. *Хекл Б, Шпунда М.* Товарные знаки и промышленные образцы. – М.: ЦНИИПИ, 1969. – 68 с.

Надійшла до редколегії 28.02.07

Т. Крижанівська, здобувач

ПРЕДМЕТ НЕЗАКОННОГО ВИГОТОВЛЕННЯ, ПІДРОБКИ, ВИКОРИСТАННЯ АБО ЗБУТУ НЕЗАКОННО ВИГОТОВЛЕНИХ, ОДЕРЖАНИХ ЧИ ПІДРОБЛЕНИХ МАРОК АКЦИЗНОГО ЗБОРУ, КОНТРОЛЬНИХ МАРОК ЧИ ГОЛОГРАФІЧНИХ ЗАХИСНИХ ЕЛЕМЕНТІВ (СТ. 216 КК УКРАЇНИ)

Досліджується предмет незаконного виготовлення, підробки, використання або збуту незаконно виготовлених, одержаних чи підроблених марок акцизного збору, контрольних марок чи голографічних захисних елементів.

The subject matter of illegal producing, counterfeit, use and distribution of illegally produced, gained or counterfeited excise stamps, control stamps or protective holographic elements is examined.

Під предметом злочину науковці здебільшого розуміють будь-які речі матеріального світу, з певними властивостями яких закон про кримінальну відповідальність пов'язує наявність у діях особи ознак конкретного складу злочину (В.Я. Тацій), чи діючи на які особа посягає на блага, що належать суб'єктам суспільних відносин (П.С. Матишевський, В.Є. Фесенко), чи з приводу яких або у зв'язку з якими вчинюється злочин (А.В. Савченко, Н.В. Чернишова) [6].

Проте, останніми роками поняття предмета злочину багатьма вченими зводиться не лише до речей матеріального світу. П.П. Андрушко до предмету злочину відносить й "інші явища об'єктивного світу (нематеріалізовані об'єкти – інформацію, енергію), які мають зовнішнє представлення чи можуть набути його і можуть сприйматись органами відчуття людини. Головне при цьому – такі об'єкти повинні являти собою певну цінність, яка може бути виражена у грошовій оцінці їх вартості, а їх призначенням має бути задоволення певних потреб людей" [1]. П.С. Берзін до предмета злочину, окрім речей матеріального світу, відносить нематеріалізовані утворення (інтелектуальні цінності, нематеріалізовані об'єкти та ін.), безпосередньо діючи (впливаючи) на які шляхом їх незаконного вилучення, знищення, створення, зміни їх вигляду або правового режиму тощо особа посягає на цінності, що охороняються кримінальним законодавством, заподіюючи або створюючи загрозу заподіяння ним шкоди як об'єкту злочину [3].

Я приєднуюсь до позиції вчених, які під предметом злочину розуміють матеріалізовані та нематеріалізовані утворення (об'єкти, блага), безпосередньо діючи (впливаючи) на які, шляхом їх вилучення, знищення, створення, зміни їх вигляду або правового режиму тощо винна особа посягає на цінності, що охороняються кримінальним законом.

Як випливає з диспозиції ст. 216 КК, предметом даного злочину є: 1) марки акцизного збору; 2) контрольні марки для маркування упаковок примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм та баз даних; 3) голографічні захисні елементи.

Марки акцизного збору – згідно з Указом Президента України "Про запровадження марок акцизного збору на алкогольні напої та тютюнові вироби" від 18 вересня 1995 року це спеціальні знаки, якими маркуються алкогольні напої та тютюнові вироби, наявність яких на цих товарах підтверджує сплату акцизного збору, легальність їх ввезення та реалізації на території України [14]. У порядку, визначеному Положенням "Про марки акцизного збору", яке затверджене згаданим вище Указом, їх наявність (знаків) може підтверджувати також належне оформлення векселя, у разі здійснення операцій із зазначеними товарами на території України [14].

Марки акцизного збору після їх запровадження виготовлялись Київською офсетною фабрикою на звичайному папері, і підроблення таких марок для осіб, які володіли сучасною копіювальною технікою, не складало труднощів. Зараз такі марки виготовляються із спеціального паперу. Їх захист від підроблення визначається Національним банком України (Далі – НБУ) за погодженням з Державною податковою адміністрацією, Міністерством фінансів (Далі МФ) , Міністерством внутрішніх справ (Далі – МВС) та Службою безпеки України (Далі – СБУ). Зразки марок акцизного збору затверджуються ДПА України [5].

Банкнотно-монетним двором НБУ за зведеними заявками – розрахунками ДПА виготовлялися: 1) марки акцизного збору на алкогольні напої; 2) марки акцизного збору на тютюнові вироби; 3) спеціальні марки, призначені для маркування конфіскованих алкогольних напоїв та тютюнових виробів [18].

Марки акцизного збору з голографічними захисними елементами, які запроваджені з 1 липня 2003 року, виготовляються на замовлення ДПА державним спеціалізованим підприємством МФ відповідно до правил виготовлення бланків цінних паперів і документів суворого обліку, затверджених МФ, СБУ та МВС [15].

Марки акцизного збору входять до переліку бланків цінних паперів та документів суворого обліку [11]. Марки для алкогольних напоїв та тютюнових виробів, вироблених в Україні, повинні відрізнятись від імпортованих дизайном та кольором відповідно до зразків, затверджених Кабінетом Міністрів України (Далі – КМУ). Кожна марка повинна мати окремий номер та найменування виду продукції [9].

Марки повинні мати наскрізну нумерацію, яка складається з двох цифр індексу регіону України за місцезнаходженням виробника продукції, серії та окремого для кожної марки номера. Така нумерація наноситься паралельно довшій стороні марки.

Відповідно до п.п. 19-22 Правил маркування алкогольних напоїв і тютюнових виробів, затверджених постановою КМУ від 23 квітня 2003 року №567, марки наклеюються виробниками на кожну пляшку, пачку (упаковку) у такий спосіб, щоб вони розривалися під час відкупорювання (розкривання) виробів. Для прикріплення марок повинен використовуватися клей (дисперсійний, дескрин тощо), який не дає змоги зняти їх із виробів без пошкодження і змивається у разі потреби в митті пляшок для повторного їх використання [15].

Указом Президента України "Про вдосконалення контролю за виробництвом та обігом алкогольних напоїв і тютюнових виробів" від 21 квітня 2005 року передбачалося запровадження обов'язкового маркування алкогольних напоїв і тютюнових виробів контрольно-обліковими марками для ідентифікації цих виробів в автоматизованому режимі. Цим же Указом відмінено позначення марок акцизного збору голографічними захисними елементами, та доручалось забезпечити у місячний строк розроблення та затвердження зразка контрольно-облікової марки та порядку маркування алкогольних напоїв і тютюнових виробів контрольно-обліковими марками, і у тримісячний строк після за-

© Крижанівська Т., 2007

твердження зразка – початок виготовлення таких марок. Таким чином, використання контрольно-облікових марок мало розпочатись з вересня 2005 року.

Проте, згідно із змінами, внесеними на підставі Указу Президента України №1527 від 1 листопада 2005 року, статтю 1 Указу Президента України "Про вдосконалення контролю за виробництвом та обігом алкогольних напоїв і тютюнових виробів" від 21 квітня 2005 року , в якій йдеться про запровадження контрольно-облікових марок, виключено [10], стаття ж 2 даного Указу досі залишається чинною, що породжує неясність щодо марок акцизного збору, що захищені голографічними захисними елементами.

Виходячи з чинного законодавства (ч.2 ст.7 Закону України "Про акцизний збір на алкогольні напої та тютюнові вироби" від 15 вересня 1995 року), можна зробити висновок, що наявність марки акцизного збору на пляшці (упаковці) алкогольних напоїв та пачці (упаковці) тютюнових виробів є однією з умов для ввезення на митну територію України і реалізації їх споживачам. Забороняється ввезення, зберігання, транспортування, прийняття на комісію з метою продажу та реалізації на території України алкогольних напоїв та тютюнових виробів, на яких немає марок акцизного збору встановленого зразка [9].

А відповідно до п. 3 Положення про марки акцизного збору, затвердженого Указом Президента України від 18 вересня 1995 року №849, алкогольні напої та тютюнові вироби, марковані з відхиленням від визначених законодавством вимог, розглядаються як немарковані [14].

Враховуючи те, що зразки марок акцизного збору неодноразово змінювалися, і при цьому марки попереднього зразка після введення нових застосовувались протягом обмеженого часу, постає питання, чи буде злочином, передбаченим ст.216 КК України, підроблення чи інші незаконні дії з марками акцизного збору старого зразка? В даному випадку, на думку авторки слід застосувати положення ч.2 ст.4 (чинність закону про кримінальну відповідальність у часі) та ч.2. ст.5 КК України (зворотна дія закону про кримінальну відповідальність у часі). Тому, не буде злочином, передбаченим ст.216 КК України, підроблення чи інші незаконні дії з марками акцизного збору старого зразка, оскільки вони не є предметом даного злочину. Такі дії, за наявності всіх необхідних ознак, можна кваліфікувати як шахрайство (ст.190 КК України), а якщо суб'єкт злочину помилявся щодо предмету, тобто вважав їх справжніми, його дії мають кваліфікуватися як замах на підроблення чи інші незаконні дії з марками акцизного збору (ст. 216 КК України).

Контрольні марки – відповідно до ст. 2 Закону України "Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних" від 23 березня 2000 року в редакції від 10 липня 2003 року – спеціальні знаки, що засвідчують дотримання авторських і (або) суміжних прав і надають право на розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних. Контрольна марка є самоклейним знаком одноразового використання, зовнішній бік якого має спеціальний голографічний захист [23].

Контрольні марки виготовляються на замовлення Центрального органу виконавчої влади (Державного департаменту інтелектуальної власності) у сфері інтелектуальної власності в порядку, встановленому законодавством (п.3 постанови КМУ "Про затвердження положень з питань розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних від 13 жовтня 2000 року № 1555 [16]). Згідно з Порядком виробництва, зберігання, видачі контрольних марок та маркування примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних, затвердженого Постановою КМУ від 13 жовтня 2000 року в редакції від 24.03.2004 р. №369, зразки та технічний опис контрольних марок затверджуються МОН за погодженням з МВС і СБУ. Витрати, пов'язані з виробництвом контрольних марок та організацією їх видачі, здійснюються за рахунок коштів державного бюджету [12].

Розмір контрольної марки 18 х 26 міліметрів. Кожна з них має власні серію і номер. Контрольні марки мають наскрізну нумерацію. Номер кожної складається з восьми знаків – шести цифр і двох літер українського алфавіту, які розміщуються на контрольній марці послідовно. Літери в номері контрольної марки є кодовим позначенням тиражу і замінюються після виготовлення кожного мільйона контрольних марок.

На кожну контрольну марку наноситься інформація, яка ідентифікує її з відповідним примірником аудіовізуального твору, фонограми, відеограми, комп'ютерної програми, бази даних.

Контрольні марки наклеюються на всі примірники аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних перед їх розповсюдженням, прокатом, крім випадків передбачених законом [21].

На кожну упаковку примірника аудіовізуального твору, фонограми, відеограми, комп'ютерної програми, бази даних наклеюється одна контрольна марка на зворотний бік упаковки (поліграфічну вкладку, целофанову обгортку тощо).

У разі, коли кілька примірників різних за змістом аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних або розміщені на кількох носіях частини одного аудіовізуального твору, фонограми, відеограми, комп'ютерної програми, бази даних укладено в одну упаковку, яка є їх невід'ємною частиною, на неї наклеюється одна контрольна марка.

Контрольна марка наклеюється на упаковку примірника аудіовізуального твору, фонограми, відеограми, комп'ютерної програми, бази даних таким чином, щоб її лицьовий бік під час візуального огляду упаковки було видно повністю і чітко.

Крім того, Державним департаментом інтелектуальної власності здійснюється ведення Єдиного реєстру одержувачів контрольних марок, тобто спеціалізованої системи обліку, яка містить у собі дані про одержувачів контрольних марок, реквізити заявки, за якою були одержані (видані) контрольні марки, назви примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних, кількість виданих контрольних марок (із зазначенням їх серій, номерів і дати видачі) [12]. Дані Реєстру є конфіденційною інформацією. Ці дані Державний департамент інтелектуальної власності має право надавати тільки на вимогу державних органів згідно із законодавством, а також занесеній до Реєстру особі в частині, що її стосується.

Постановою КМУ "Про впорядкування обігу офтальмологічних виробів" від 16 грудня 2004р. №1675 запроваджено з 01 грудня 2005р. маркування контрольними марками усіх офтальмологічних виробів, які виробляються та реалізуються в Україні, а також ввозяться на митну територію України з метою подальшої реалізації. Проте, такі контрольні марки не є предметом злочину, передбаченого ст.216 КК України, оскільки в диспозиції даної статті міститься виключний перелік видів контрольних марок, незаконні дії з якими є кримінально караним діянням. Крім того, аналогія в кримінальному праві заборонена.

Отже, відповідно до ст.ст. 10, 11 Закону України "Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних" в редакції Закону від 10.07.2003р., "роздрібна торгівля примірниками аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних, не маркованих контрольною маркою, забороняється. Особи винні у незаконному виготовленні, підробці, використанні або збуті незаконно виготовлених, одержаних чи підроблених контрольних марок для маркування примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних, притягаються до адміністративної та кримінальної відповідальності. Особи, винні у незаконному розповсюдженні примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних, притягаються до цивільної, адміністративної та кримінальної відповідальності" [23].

Голографічні захисні елементи – як це закріплено в Положенні про порядок голографічного захисту документів і товарів, затвердженому постановою КМУ від 24 лютого 2001 року №171, – це голографічні елементи, призначені для маркування носіїв інформації, документів і товарів з метою підтвердження їх справжності, авторства тощо, виконано з використанням технологій, що унеможливлюють їх несанкціоноване відтворення [20].

Голографія – це фізичний принцип реєстрації зображень, в основі якого лежить фотографічний процес [24]. Голографія – радужна, тобто вона відтворює зображення, яке переливається усіма кольорами світла, може бути плоским (2-D голограма), об'ємним (3-D голограма), комбінованим (2-D – 3-D голограма), може мати різні спеціальні ефекти.

У голографічному вигляді можуть бути представлені як реальні об'єкти, так і будь-які символи (літери, логотипи, силуети тощо).

Голографічний захисний елемент, як правило, має багатошарову структуру, яка містить крім носія зображення шари іншого функціонального призначення (захисний, клейовий тощо). Він може включати: мікротекст, фрагменти графіки з елементами найбільш високого ступеня розрішення (чіткості), який є недоступним при використанні поліграфічних засобів; зображення "з ефектом руху" (з тонкою динамікою); мікрооптичні елементи (лінзи Френеля, призми тощо); кодовані зображення, що візуалізуються лише за допомогою спеціальних оптико-електронних лазерних пристроїв; кольорове кодування, нумерацію, комбіновану етикетку; спеціальні прозорі оптичні склади, що зберігають голографічні ефекти та роблять голограму прозорою (Holo Transmit Technology).

Відповідно до п.п. 4-12 Положення про порядок голографічного захисту документів і товарів, зовнішній вигляд (дизайн) голографічних захисних елементів повинен бути таким, щоб без застосування спеціальних приладів можна було ідентифікувати виробника (та/або постачальника) товарів. Голографічні захисні елементи виготовляються у формі знаків, (етикеток, наклейок тощо), габаритні розміри та форма яких встановлюється замовником і визначаються призначенням та умовами експлуатації об'єкта захисту. Голографічний захисний елемент наноситься на об'єкт захисту способом, який забезпечує його збереження під час експлуатації та у разі вчинення спроби відділити його від об'єкта. Залежно від типу і сфери застосування документів і товарів голографічні захисні елементи наносяться на них шляхом наклеювання, використання етикет-пістолетів, портативних пресів для тиснення, спеціалізованого обладнання для припресування [20].

Як зазначає П.С. Берзін, голографічні захисні елементи можуть мати:

- унікальний індивідуальний дизайн (зовнішній вигляд);
- певні мікроструктури (мікромалюнки та мікротексти, які розрізняються за допомогою спеціального оптичного обладнання);
- приховані зображення (спеціальні структури, які можна побачити за допомогою спеціальних портативних лазерних приладів контролю прихованого зображення);
- високу чіткість (High Resolution) зображення;
- оптичний ефект руху відблиску на певних частинах голографічного зображення;
- серійну чи індивідуальну нумерацію;
- непридатність для фотокопіювання звичайними поліграфічними засобами;
- непридатність для перенесення на інший матеріальний носій [2].

Захист документів і товарів голографічними захисними елементами запроваджено з 1 січня 2001р. Указом Президента України "Про захист документів і товарів голографічними захисними елементами" від 15 листопада 2000р. №1239/2000 [22].

Постановою КМУ затверджено перелік документів, які підлягають захисту голографічними елементами, та їх державних замовників [17]. До них, зокрема, належать: паспорт громадянина України, посвідчення водія, диплом магістра, контрольні марки для маркування примірників аудіовізуальних творів та фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних, акцизні марки на алкогольну та тютюнову продукцію тощо.

Даний перелік є вичерпним. Проте деякі вчені пропонують його розширити, зокрема, С.В. Гринько вважає доцільним впровадження захисного голографічного елемента для документів, задіяних у процесі реєстрації прав на землю, враховуючи важливість землі як природного ресурсу, а також статусу землевласника або землекористувача, на посвідчення якого спрямовано зазначені документи [4].

Затверджено також Перелік груп товарів, які рекомендується захищати голографічними елементами [17], до якого віднесені ліки та вироби медичного призначення, що виготовляються в Україні та імпортуються (за переліком, затвердженим Міністерством охорони здоров'я); синтетичні мийні засоби, шампуні; гербіциди та інші засоби захисту рослин.

Згідно з 10-12 Положення про порядок голографічного захисту документів і товарів, затвердженого постановою КМУ від 24 лютого 2001 року №171, на бланки цінних паперів та документів суворої звітності голографічні захисні елементи наносяться спеціалізованими підприємствами – виробниками цих бланків у процесі їх виготовлення, а на товари, які підлягають обов'язковому захисту, – виробниками цих товарів або виробниками упаковки для цих товарів, якщо інше не передбачено Загальними вимогами до забезпечення голографічного захисту носіїв інформації, документів і товарів. На інші документи і товари голографічні захисні елементи наносяться безпосередньо підприємствами – виробниками цих документів і товарів, виробниками упаковки або замовниками виготовлення голографічних захисних елементів [20].

Координацію закупівель товарів, робіт і послуг у сфері голографічного захисту, державний контроль у цій сфері, організацію проведення сертифікації та експертизи голографічних захисних елементів, визначення порядку їх розроблення, виробництва, обліку, впровадження, ввезення та вивезення, запровадження та ведення Єдиного реєстру виготовлення захисних голографічних елементів здійснює СБУ. Порядок розроб-

лення, виробництва, експертизи, реєстрації, обліку, впровадження голографічних захисних елементів визначається відповідним положенням, яке затверджується наказом СБУ [19].

Наказом СБУ від 29 вересня 2005 року №522 затверджене "Положення про порядок ведення обліку голографічних захисних елементів та надання звітності у сфері голографічного захисту", яке передбачає, зокрема, що відповідальність за організацію, достовірність та правильність ведення обліку голографічних захисних елементів несе керівник суб'єкта господарювання. До таких осіб відносяться: головний бухгалтер, керівники відділів, лабораторій, цехів, інших структурних підрозділів, а також особи, з якими укладено письмові договори про матеріальну відповідальність відповідно до діючого законодавства (п. 2.1) [19].

Звітність про виконані роботи в сфері голографічного захисту, як зазначено в п.п. 5.1, 5.2 Наказу, надають суб'єкти господарської діяльності всіх форм власності, що розробляють, виробляють, впроваджують, ввозять та вивозять голографічні захисні елементи до 1-го лютого року, наступного за звітним [19]

Для захисту носіїв інформації, документів і товарів використовуються тільки ті голографічні елементи, які мають сертифікат відповідності або позитивний експертний висновок Департаменту спеціальних телекомунікаційних систем та захисту інформації СБУ і які внесені до Єдиного реєстру. Наказом даного Департаменту СБУ від 30.08.2001р. №53 затверджено Порядок ведення Єдиного реєстру виготовлення голографічних захисних елементів. Дані Єдиного реєстру використовуються для забезпечення ідентифікації та обліку голографічних захисних елементів, а також для надання інформації щодо легітимності застосування конкретного голографічного захисного елемента в Україні. Документом, який підтверджує факт внесення того чи іншого елемента до Єдиного реєстру, є свідоцтво. Власником свідоцтва можуть виступати державні органи згідно з їх компетенцією, НБУ, державні спеціалізовані підприємства, що виготовляють бланки цінних паперів і документів суворої звітності, а також підприємства, установи і організації недержавної форми власності, за заявою яких голографічні захисні елементи внесено до Єдиного реєстру [8].

Таким чином, сам факт безпосередньої криміналізації в Україні незаконного виготовлення, підроблення, використання або збуту незаконно виготовлених, одержаних чи підроблених марок акцизного збору, контрольних марок чи голографічних захисних елементів є безперечно обґрунтованим і доцільним. Проте, КК України 2001р. порівняно з КК 1960р. (ст. 153-1), розширив предмет злочину, доповнивши його, крім марок акцизного збору, контрольними марками та голографічними захисними елементами.

Що стосується віднесення до предмету злочину, передбаченого ст.216 КК України захисних голографічних елементів, то, на думку авторки, це є не зовсім доцільним. Оскільки голографічному захисту, відповідно до законодавства, підлягають 121 вид документів та група товарів, які рекомендується захищати захисними голографічними елементами, до яких відносяться, зокрема, паспорт громадянина України, посвідчення водія, посвідчення на право зберігання та носіння зброї, погодження на розміщення реклами, місячні квитки на проїзд у міському транспорті, диплом магістра тощо; вчиняючи незаконні дії з якими особа може посягати на зовсім різні об'єкти злочину. В даному випадку законодавець невиправдано розширює предмет злочину, та відповідно і його безпосередній об'єкт, оскільки у більшості випадків між використанням захисних голографічних елементів на документах чи товарах та марками акцизного збору чи контрольними марками немає ніякого зв'язку.

Тому, доцільніше було б голографічні захисні елементи визнавати предметом злочину, передбаченого ст. 216 КК лише тоді, коли вони використовуються для захисту марок акцизного збору чи контрольних марок. Підроблення голографічних захисних елементів на інших документах слід розглядати як підробку відповідних документів, на які вони наносяться і кваліфікувати, за достатності всіх необхідних ознак за ст. 358 КК (загальна) чи статтями 200, 215 (спеціальні). Незаконне виготовлення, використання або збут захисних голографічних елементів можна було б кваліфікувати в залежності від обставин справи за ст.ст. 364, 365, 366 КК.

Незаконні дії з товарами, які рекомендується захищати голографічними захисними елементами заслуговують на виокремлення в окрему статтю, наприклад ст. 216-1 КК.

У зв'язку з чим пропоную своє бачення редакції ст. 216 КК:

"ст. 216. Незаконне виготовлення, підроблення, використання або збут незаконно виготовлених, одержаних чи підроблених марок акцизного збору, контрольних марок чи голографічних захисних елементів

1. Незаконне виготовлення, підроблення, використання або збут незаконно виготовлених, одержаних чи підроблених марок акцизного збору, контрольних марок для маркування упаковок примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних чи голографічних захисних документів, які використовуються для захисту марок акцизного збору на тютюнову чи алкогольну продукцію, а також для захисту контрольних марок для маркування упаковок примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних.

Караються штрафом від ста до трьохсот неоподаткованих мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до чотирьох років.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб.

Караються штрафом від трьохсот до тисячі неоподаткованих мінімумів доходів громадян або позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років з конфіскацією товарів, промаркованих підробленими марками".

1. *Андрушко П.П., Стрижевська А.А.* Загальна характеристика злочинів в сфері службової діяльності // "Законодавство України" Науково-практичні коментарі №9 /2005. 2. *Берзін П.С.* Незаконне використання засобів індивідуалізації учасників господарського обороту, товарів та послуг: аналіз складу злочину, передбаченого ст. 229 КК України: Монографія. – К.: Атіка, 2005. 3. *Берзін П.С.* Особливості голографічного захисту банківських платіжних карток. Кримінально-правовий аналіз // Законодавство України. Науково-практичні коментарі №6 / 2003р. 4. *Гринько С.В.* Правові аспекти реєстрації прав на землю: Монографія. – К.: Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет", 2004. 5. *Дудоров О.О.* Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика: Монографія. – К.: Юридична практика, 2003. 6. Кримінальне право України: Загальна частина / За ред. проф. М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – К.-Х.: Юрінком Інтер: Право, 2001. 7. *Матишевський П.С.* Кримінальне право України: Загальна частина: Підруч. для студ. юрид. вузів і фак. – К.: А.С.К., 2001. 8. Наказ Департаменту спеціальних телекомунікаційних систем та захисту інформації СБУ від 30 серпня 2001 року №53 / ОВУ. – 2001. – № 37. – Ст. 1713. 9. Про акцизний збір на алкогольні напої та тютюнові вироби: Закон України від 15 вересня 1995 року №329/95. // ВВР України. – 1995. – №40. – Ст. 297. 10. Про вдосконалення контролю за виробництвом та обігом алкогольних напоїв і тютюнових виробів: Указ ПУ від 21 квітня 2005 року №704/2005 // ОВУ. – 2005. – № 16. – Ст. 833. 11. Про виготовлення бланків цінних паперів та документів суворого обліку: Постанова КМУ та НБУ від 27 серпня 1997 року №933 // УК. – 1997. – № 167–168. 12. Про внесення змін до деяких постанов Кабінету Міністрів України: Постанова КМУ від 24 березня 2004 року №369 // ОВУ. – 2004. – №12. – Ст. 741. 13. Про внесення змін до Указу Президента України від 21 квітня 2005 року №704: Указ ПУ від 1 листопада 2005 року №1527/2005 // ОВУ. – 2005. – №44. – Ст. 2767. 14. Про за-

провадження марок акцизного збору на алкогольні напої та тютюнові вироби: Указ ПУ від 18 вересня 1995 року №849/95. // УК. – 1995. – № 145–146. 15. Про запровадження марок акцизного збору нового зразка з голографічними захисними елементами для маркування алкогольних напоїв та тютюнових виробів: Постанова КМУ від 23 квітня 2003 року №567. // УК. – 2003. – №86. 16. Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з розроблення, виробництва, впровадження, сертифікаційних випробувань, ввезення, вивезення голографічних захисних елементів: Наказ Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва та Служби Безпеки України від 08 квітня 2003 року №42/1322. // ОВУ. – 2003. – № 17. – Ст. 806. 17. Про затвердження переліків документів і груп товарів, які підлягають захисту голографічними елементами: Постанова КМУ від 05 липня 2002 року №932. // УК. – 2002. – № 128. 18. Про затвердження Положення про виробництво, зберігання, продаж марок акцизного збору і маркування алкогольних напоїв та тютюнових виробів і Порядку реалізації або знищення конфіскованих алкогольних напоїв та тютюнових виробів: Постанова КМУ від 24 жовтня 1996 р. № 1284 в редакції постанови від 10 грудня 1998 року // ОВУ. – 1998. – № 50. – Ст. 1845. 19. Про затвердження Положення про порядок ведення обліку голографічних захисних елементів та надання звітності у сфері голографічного захисту: Наказ СБУ від 29 вересня 2005 року № 522. // ОВУ. – 2005. – №42. – Ст. 2699. 20. Про затвердження Положення про порядок голографічного захисту документів і товарів: Постанова КМУ від 24 лютого 2001 року № 171. // ОВУ. – 2001. – №9. – Ст. 355. 21. Про затвердження положень з питань розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних: Постанова КМУ від 13 жовтня 2000 року №1555. // ОВУ. – 2000. – № 42. – Ст.1792. 22. Про захист документів і товарів голографічними захисними елементами: Указ ПУ від 15 листопада 2000 року №1239/2000. // УК. – 2000 – № 220. 23. Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних: Закон України від 23 березня 2000 року №1587-III. // ВВР України. – 2000. – №24. – Ст. 183. 24. *Федоров Г.В., Григорович В.Л.* Голографическая защита документов, товаров и пластиковых карточек от подделки // Науковий вісник Юридичної академії Міністерства внутрішніх справ. Збірник наукових праць. – 2002. – №3.

Надійшла до редколегії 06.03.07

Л. Паламарчук, канд. юрид. наук

ВИКОРИСТАННЯ СПЕЦІАЛЬНИХ ЗНАНЬ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ ПОРУШЕНЬ АВТОРСЬКОГО ПРАВА ЩОДО НЕЗАКОННОГО ВІДТВОРЕННЯ ТА РОЗПОВСЮДЖЕННЯ КОМП'ЮТЕРНИХ ПРОГРАМ

Використання спеціальних знань при розслідуванні порушень авторського права щодо незаконного відтворення і розповсюдження комп'ютерних програм має ряд особливостей, це пов'язано з предметом посягання. У статті висвітлено основні форми використання спеціальних знань при розслідуванні цих порушень.

The usage of special knowledge during the investigation of violation of author's right such as illegal reflection and spreading of computer programs has a number of peculiarities. It deals with the subject of infringement. The main forms of usage of special knowledge during the investigation of there violations are singled out in this article.

Необхідність використання спеціальних знань у справах про порушення авторських прав щодо незаконного відтворення та розповсюдження комп'ютерних програм обумовлена перш за все, специфікою предмета злочинного посягання і способом скоєння злочинів у справах означеної категорії. У зв'язку з цим слідчий об'єктивно вимушений запрошувати відповідних спеціалістів для надання допомоги при розслідуванні таких злочинів. Така необхідність викликана також тим, що під час розслідування виникає ціла низка спеціальних завдань, у вирішенні яких слідчому може надати допомогу особа, яка володіє певними знаннями, навичками і досвідом діяльності у сфері комп'ютерних технологій. Наприклад, виявивши в процесі проведення слідчих дій об'єкт, який дуже схожий на магнітній носій інформації у вигляді дискети. Не кожен слідчий або співробітник органу дізнання може самостійно визначити, що це машинний носій інформації, не кажучи про визначення стану поверхні магнітного стану, чи використання його в процесі обробки інформації або типу інформації, яка зберігається на ньому.

Перш ніж перейти до розгляду форм використання спеціальних знань при розслідуванні незаконного відтворення та розповсюдження комп'ютерних програм, необхідно визначити специфічні об'єкти, за якими проводяться дослідження, де використовуються спеціальні знання. До таких об'єктів відносяться: 1) комп'ютери, системи, комп'ютерні мережі і мережі електрозв'язку, а також окремі їх елементи; 2) периферійні та комплектуючі пристрої комп'ютерів, систем, комп'ютерних мережі та мереж електрозв'язку, а також пристрої, які забезпечують комунікаційні властивості комп'ютерної техніки; 3) машинні носії інформації – жорсткі (вінчестер), магнітні та оптичні диски; 4) комп'ютерна інформація і програмне забезпечення інформаційних процесів в автоматизованих системах; 5) документація, де визначений порядок відтворення та розповсюдження комп'ютерних програм; 6) документація, що підтверджує належність авторських прав на конкретну комп'ютерну програму.

У процесі розслідування порушень авторського права щодо незаконного відтворення та розповсюдження комп'ютерних програм часто виникають питання, які вимагають спеціальних неюридичних знань. Процесуальними формами використання спеціальних знань є: 1) безпосереднє використання їх слідчим, прокурором (у тому числі криміналістом) і складом суду при виконанні своїх процесуальних функцій збирання, дослідження та оцінки доказів; 2) участь спеціалістів при проведенні слідчих дій (ст. 128 КПК України); 3) призначення і провадження судових експертиз (ст. ст. 75, 76, 196, 206 КПК України) [3, с. 50–51].

Найбільш розповсюдженою формою застосування спеціальних знань у кримінальному процесі є судова експертиза (ст. 75 КПК України). Проблема проведення криміналістичних експертиз у досліджуваній предметній області пов'язана насамперед з відсутністю науково відпрацьованих і апробованих методик їх проведення.

При вирішенні питання про призначення експертизи, слідчий повинен керуватися не тільки кримінально-процесуальним законодавством, але й рекомендаціями криміналістичної науки: а) вирішуючи питання про необхідність і доцільність призначення експертизи, слідчий повинен з'ясувати, чи не буде більш раціональним встановити даний факт за допомогою інших джерел доказів; б) прийнявши рішення про призначення експертизи, слідчий повинен правильно встановити її вид, сформулювати питання, які потрібно вирішити і забезпечити надання експерту відповідних матеріалів справи; в) речові докази з моменту їх вилучення і до представлення на експертизу повинні зберігатися з дотриманням правил, що виключають їх заміну, пошкодження або втрату, г) у розпорядження експерта повинні бути представлені у необхідній кількості якісні порівняльні зразки, що відповідають досліджуваним об'єктам по якомога більшій кількості ознак, включаючи час, умови походження тощо; д) при формулюванні питань, які виносяться на вирішення експерта, слід чітко визначити конкретне завдання і безпосередній об'єкт дослідження, не допускаючи включення у постанову про призначення

© Паламарчук Л., 2007

судової експертизи завдань та обставин, які не мають відношення до справи; е) при направленні речових доказів та інших матеріалів справи на експертизу повинні бути дотримані усі правила упаковки і пересилки, що забезпечують їх зберігання, цілісність і доставка у відповідний підрозділ у незмінному вигляді.

При розслідуванні порушень авторського права щодо незаконного відтворення та розповсюдження комп'ютерних програм призначаються такі види експертиз: дактилоскопічна, почеркознавча, товарознавча, експертиза металів та сплавів, експертиза комп'ютерної техніки та програмних продуктів, бухгалтерська та експертиза, пов'язана з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності [4, с. 52]. Стосовно почеркознавчої, дактилоскопічної та бухгалтерської експертизи необхідно зазначити, що вони є розповсюдженими і серйозних проблем при їх призначенні у матеріалах справ не виникає. Відносно інших перелічених експертиз виникають проблеми як теоретичного, так і практичного характеру. По-перше, у деяких слідчих при призначенні експертиз спостерігається відсутність знань відносно завдань, що вирішуються експертизою комп'ютерної техніки та програмних продуктів та експертизою, яка пов'язана з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності. По-друге, більшість слідчих не використовують усі можливості судових експертиз для отримання доказів. Це стосується технічної експертизи документів, товарознавчої, експертизи металів і сплавів. По-третє, слідчі неправильно визначають порядок проведення експертиз при необхідності проведення кількох експертних досліджень.

Причинами таких проблем є специфічність об'єкта експертного дослідження у справах цієї категорії; відсутність чітких розробок і детально відпрацьованих методик експертних досліджень, пов'язаних з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності [2, с. 125].

Зазначимо, що у судовій експертології в період становлення експертизи комп'ютерної техніки та програмних продуктів, постає проблема визначення обсягу спеціальних знань якими повинен володіти фахівець, що залучається як спеціаліст або експерт при розслідуванні цього виду злочину. Комплекс експертиз, які призначаються під час розслідування порушень авторського права щодо відтворення та розповсюдження комп'ютерних програм буде змінюватися залежно від способу та механізму скоєння злочину.

У більшості досліджуваних справ, порушених за ознаками складу злочину, передбаченого ст. 176 КК України, об'єктом експертизи є машинні носії комп'ютерних програм, а також спеціальне обладнання, призначене для тиражування, упаковки та виготовлення поліграфічної продукції, яка використовується для оформлення машинного носія комп'ютерної продукції.

При призначенні експертизи комп'ютерної техніки та програмних продуктів стосовно машинних носіїв інформації можуть вирішуватися питання діагностичного та ідентифікаційного характеру. До завдань діагностичного характеру належать: визначення найбільш важливих властивостей та ознак об'єкта для того, щоб встановити, чи є він машинним носієм інформації; встановлення технічного стану машинного носія інформації; з'ясування питання про функціонування такого носія та його призначення. До завдань ідентифікаційного характеру належать: виявлення комп'ютерної інформації та визначення її статусу; з'ясування механізмів запису на машинний носій для можливості ідентифікації при розслідуванні незаконного тиражування та розповсюдження комп'ютерних програм.

Важливою судовою експертизою при розслідуванні незаконного відтворення та розповсюдження комп'ютерних програм є експертиза, пов'язана з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності. До неї відносяться дослідження об'єктів авторського права (якою і є комп'ютерна програма) та економічні дослідження, пов'язані з використанням прав на об'єкти інтелектуальної власності. Основними завданнями при призначенні експертизи є: а) встановлення ознак, характерних для контрафактної продукції; б) встановлення обладнання на якому була виготовлена ця продукція; в) визначення ціни легітимного примірника, аналогічного за змістом досліджуваному.

Не менш важливою для розслідування незаконного відтворення і розповсюдження комп'ютерних програм є товарознавча експертиза, яка може бути призначена у випадках незаконного тиражування комп'ютерних програм. Завданнями товарознавчої експертизи у межах доведення порушення авторського права є встановлення: відповідності товарних характеристик досліджуваних примірників комп'ютерних програм базовим даним; відповідності (невідповідності) об'єктів маркувальним даним; відповідності (невідповідності) якісних характеристик контрафактних примірників стандартним вимогам тощо [1, с. 30–31]. Об'єктами дослідження при провадженні експертизи є контрафактні примірники комп'ютерних програм, зразки авторської продукції для порівняльного дослідження та інша інформація.

На сучасному етапі розвитку засобів комп'ютерних та інформаційних технологій актуальною є проблема пошуку та залучення спеціалістів для надання допомоги слідчому. Зрозуміло, що при такому інтенсивному розвитку вказаних технологій слідчий не має можливості стежити за всіма технологічними змінами в цій сфері. Інформаційні технології досить різноманітні, і тому вибір спеціалістів для розв'язання певних завдань складний. Зокрема, до вилучення технічних засобів може залучатися спеціаліст, який знає елементи та пристрої обчислювальної техніки і систем управління, обізнаний із принципами функціонування автоматизованих систем управління. Необхідність участі спеціалістів в області комп'ютерних технологій при розслідуванні незаконних відтворень та розповсюджень комп'ютерних програм пояснюється технологічною складністю більшості комп'ютерних систем і ризиком випадкової втрати комп'ютерної інформації в результаті некваліфікованих дій учасників слідчих дій.

Велику допомогу може надати спеціаліст при підготовці, організації та проведенні слідчих дій. Спеціальні знання спеціаліста використовуються: для наукового консультування слідчого з питань визначення "комп'ютерної" специфіки слідчої дії, цілей, способів і прийомів їх досягнення; для надання допомоги слідчому в підборі понятих, що мають відповідну підготовку в галузі комп'ютерних технологій для адекватного сприйняття ними проведених слідчим і спеціалістом дій [5, с. 80].

Стосовно безпосередньої практичної діяльності спеціаліста при проведенні слідчих дій можна зазначити, що така діяльність набуває особливого значення, адже розслідування порушень авторського права щодо незаконного відтворення та розповсюдження комп'ютерних програм пов'язане з відносно складною технологією виробництва контрафактних примірників комп'ютерних програм, експлуатацією комп'ютерної техніки. Найчастіше на місці події, спеціаліст під керівництвом слідчого при безпосередньому огляді машинних носіїв комп'ютерної інформації, копіювального обладнання та інших технічних пристроїв може точно описати таке обладнання, а також визначити статус об'єкта як машинного носія інформації, його стан, призначення та особливості; дослідити комп'ютерну інформацію, а саме

комп'ютерну програму – повну назву, версію; виявити ознаки та сліди відтворення комп'ютерних програм; вжити допоміжних заходів щодо виявлення, фіксації та вилучення речових доказів; коректно завершити роботу програм; надати допомогу слідчому в підготовці засобів комп'ютерної техніки до транспортування.

При допиті спеціаліст допоможе слідчому зрозуміти професійну "комп'ютерну" технологію, правильно сформулювати запитання до осіб, що допитуються. Спеціаліст, з дозволу слідчого, може сам ставити запитання, чим допоможе більш кваліфіковано провести допит і зрозуміти суть обставин скоєння незаконного відтворення і розповсюдження комп'ютерних програм.

Особливо актуальним при порушенні кримінальної справи за матеріалами попередньої перевірки є питання дослідження спеціалістом контрафактних примірників комп'ютерних програм. При вирішенні питання щодо вилучення технічних засобів може залучатися спеціаліст, який знає елементи та пристрої обчислювальної техніки і систем управління, знайомий з питаннями функціонування автоматизованих систем управління. Для встановлення фактів проникнення в автоматизовані системи він повинен володіти необхідними знаннями в області математичного забезпечення обчислювальних систем та організації обчислювальних процесів. При дослідженні автоматизованих систем та їх мереж, спеціаліст повинен орієнтуватися в питаннях що стосуються математичного і програмного забезпечення обчислювальних комплексів, систем та мереж, мати знання про локальні, регіональні та глобальні мережі, вузли зв'язку та розподіл інформації.

Необхідно зазначити, що пошук таких спеціалістів потрібно проводити завчасно на підприємствах та організаціях, які здійснюють обслуговування та експлуатацію комп'ютерної техніки в навчальних та науково-дослідних закладах. В окремих випадках до співпраці можуть бути залучені співробітники тієї організації, в комп'ютери котрих було проникнення. Зарубіжний досвід свідчить, що замах на інформацію найчастіше здійснюють співробітники організації, де виконуються інформаційні процеси. У жодному випадку, навіть як виняток, не слід привертати до співпраці співробітників тієї організації де відбувається незаконне відтворення та розповсюдження комп'ютерних програм. Це пояснюється тим, що, виходячи з електромагнітної природи носіїв інформації, які використовуються в комп'ютерній техніці, інформація, що знаходиться на них, може бути повністю втрачена. Носії інформації баз даних, що містяться на них, втрачають своє доказове значення. Консультативна допомога слідчому виражається в усних роз'ясненнях, надання довідок з спеціальних питань, що можуть виникнути або виникають при підготовці, проведенні слідчих дій, роботі з доказами та процесуальному оформленні їх результатів. Консультації, які надаються спеціалістом під час його участі в проведенні слідчих дій, відрізняються від консультацій, наданих поза їх виконанням. Надання консультацій в ході проведення слідчої дії є невід'ємною частиною практичної діяльності спеціаліста і повністю охоплюється такою формою використання спеціальних знань як участь спеціаліста у проведенні слідчих дій. У протоколі слідчої дії повинні вказуватися всі істотні для справи обставини, встановлені під час її проведення.

Якщо спеціалісти безпосередньо не брали участі в проведенні слідчих дій в процесі яких були виявлені машинні носії інформації або сама інформація, тоді виникає необхідність терміново звернутися до цих осіб після закінчення проведення слідчої дії та одержати консультації щодо подальших напрямків дослідження вилучених об'єктів. Спеціалісти можуть не тільки діагностувати одержані об'єкти, але й надати консультації як правильно їх зберігати та використовувати. Разом з тим, в процесі розслідування порушень авторського права щодо відтворення та розповсюдження комп'ютерних програм слідчий може самостійно застосовувати в своїй діяльності будь-які спеціальні знання та науково-технічні засоби, якщо він вважає, що достатньо ними володіє для вирішення конкретних питань. В інших випадках він повинен залучати спеціаліста та експерта або коли їх участь на досудовому слідстві є обов'язковою за законом. Саме таким шляхом іде практика застосування слідчими спеціальних знань, що повністю відповідає процесуальному становищу слідчого та оправдано з точки зору його відповідальності за кінцеві результати досудового слідства.

У кінцевому висновку необхідно зазначити, що на сьогоднішній день в Україні не існує спеціальних експертних підрозділів, які б проводили експертизи носіїв машинної інформації, програмного забезпечення, баз даних та апаратного забезпечення комп'ютерів. У зв'язку з цим вони можуть призначатися спеціалістам, які працюють в інформаційних центрах, навчальних та науково-дослідних закладах, в організаціях, які займаються розробкою програмного та апаратного забезпечення для комп'ютерів.

1. *Галанов В.О., Грищенко Л.Л.* Взаимодействие органов следствия и дознания в процессе расследования нарушений авторских прав в области контрафактной продукции // Следователь. – 2003. – № 2. – С. 30–31. 2. *Глущенко В.С.* Застосування судової експертизи при розслідуванні злочинних порушень авторського та суміжних прав // Підприємництво, господарство і право. – 2004. – № 3. – С. 125. 3. *Лисиченко В.К., Циркаль В.В.* Использование специальных знаний в следственной и судебной практике: Учебное пособие. – К.: КГУ, 1987. – С. 50–51. 4. *Погуляев В.В.* Роль эксперта и специалиста в расследовании нарушений исключительных прав // Право и экономика. – 2004. – № 7. – С. 51. 5. *Россинская Е.Р., Усов А.И.* Судебная компьютерно-техническая экспертиза. – М.: Право и закон, 2001. – С. 80.

Надійшла до редколегії 25.01.07

Г. Пономаренко, канд. пед. наук

ДО ПИТАННЯ ПРО КАТЕГОРІЙНИЙ АПАРАТ ДЕРЖАВНОЇ СЛУЖБИ

Досліджується категорійний апарат державної служби.
The category state apparatus is examined in the article.

Державна служба є невід'ємною передумовою сильної демократії, важливим інструментом забезпечення задоволення прав та свобод людини і громадянина, формування та реалізації державної політики. Її можна також визнати ключовим елементом системи державного управління, від ефективного функціонування якого залежить додержання конституційних прав і свобод громадян, а також послідовний і сталий розвиток країни. Зазначеним обумовлено актуальність дослідження широкого кола питань сутності та особливостей державної служби в Україні.

Варто наголосити, що ці питання досліджували В.Б. Авер'янов, О.Ф. Андрійко, Ю.П. Битяк, М.І. Іншин, Л.В. Коваль, В.К. Колпаков, Н.Р. Нижник, О.Ю. Оболенський, О.В. Петришин та інші науковці. Разом з тим категорійний апарат, який використовується у нормативних та літературних джерелах, й досі не можна визнати загальноприйнятим, що вносить певну плутанину та

© Пономаренко Г., 2007

невизначеність у розуміння таких основних, на нашу думку, категорій із досліджуваних питань як "служба", "державна служба" та "державні службовці", з'ясуванню сутності яких і присвячено цю статтю.

Служба є одним із видів суспільно-корисної та цілеспрямованої діяльності людей у суспільстві та державі. У різні історичні етапи (періоди) розвитку людської цивілізації служба характеризувала особливості праці окремої категорії осіб, які займалися не фізичною, а розумовою працею. Як вірно, на нашу думку, зазначає О.Ю. Оболенський, "на ранньому етапі розвитку цивілізації внаслідок розвитку виробничих сил відбувся поділ праці, що дало поштовх до виникнення певних соціальних груп, кожна з яких знайшла певну нішу. У результаті цієї соціальної стратифікації виокремилися люди, що займалися безпосередньо певною службою ще задовго до появи держави. Раніше за трьох великих поділів праці відбувся ще один – поділ людської діяльності на розумову (зокрема, служба) і фізичну (виробництво)" [1, с. 40].

При розподілі праці у стародавніх державах сформувалась "управлінська еліта", яка була відокремлена від основної маси виробників і з часом перетворилася на окрему групу людей – "службовців". Як зазначають С.В. Ківалов та Л.Р. Біла, "у Стародавньому Єгипті такими людьми були: фараони, візирі, "скарбничі бога", скарбничі, "охоронці печатки", міністри, радники тощо. У Стародавньому Римі – принцепси, сенатори, консули, претори, диктатори, проконсули, пропретори, префекти, квестори, легати, цензори, еділи, презеси, прокуратори, судді, асесори та ін. У Візантійській імперії – басілевси, епанагоги, дукі, полемархи, архонти, стратіги, філомброти, прітани та ін. [2, с. 11–12].

Служба у сучасному її розумінні як спеціалізована сфера трудової діяльності виникла разом з державою і завжди була і є її невід'ємною складовою, що, в першу чергу, обумовлено об'єктивною необхідністю влади мати спеціальний апарат управління, який був би здатний виконувати державні завдання. На ранніх етапах розвитку людської цивілізації основним призначенням служби були: служіння правителю (монарху, царю тощо); захист держави; охорона та забезпечення безпеки і порядку в державі. Більшість із цих завдань служби є актуальними та затребуваними й досі. Із розвитком та удосконаленням державності удосконалювалась і служба, яка поступово перетворилася у професійну форму виконання та реалізації державної влади. Сутність та особливості служби є похідними від політичного устрою держави, форми правління, системи державних органів, демократизації суспільних відносин тощо, тобто служба є віддзеркаленням окремо взятої держави.

Як зазначає В.Л. Коваленко, під "службою" можна розуміти, зокрема, і вид діяльності людей (як різновид праці), і явище, й організаційно-правову форму самостійного державного органу або окремого типу чи виду державної служби (наприклад, Служба безпеки, державна виконавча служба, військова служба, міліцейська служба, дипломатична служба, державна спеціалізована служба тощо). В релігійному аспекті "служба" також має кілька значень (християнська, мусульманська, іудейська, святкова, публічна тощо) [3, с. 281]. Крім того, в тлумачних словниках категорія "служити" означає "виконувати обов'язки слуги, прислуги" [4, с. 557]. Не випадково загальноприйняте розуміння терміна "служба" серед вчених дотепер відсутнє.

Зважаючи на викладене, до ознак служби державної, тобто у її вузькому розумінні, доцільно віднести таке: вона є одним із видів суспільно-корисної та цілеспрямованої діяльності людей; виникла разом з державою і завжди була і залишається її невід'ємною складовою, що, в першу чергу, обумовлено об'єктивною необхідністю влади мати спеціальний апарат управління, який був би здатен виконувати державні завдання; професійна форма виконання та реалізації державної влади; її змістом є розумова діяльність; це робота, професійне заняття службовця, а також місце його роботи; професійна діяльність, яка в переважній більшості випадків пов'язана з керівництвом та управлінням; є похідною від політичного устрою держави, форми правління, системи державних органів, демократизації суспільних відносин.

Основною формою служби є державна служба як ключовий елемент системи державного управління, від ефективного функціонування якого залежить додержання конституційних прав і свобод громадян, послідовний і сталий розвиток країни [5]. В іншому нормативному акті – Концепції розвитку законодавства про державну службу від 5 січня 2005 року № 1 [6] зазначено, що державна служба є невід'ємною передумовою сильної демократії, важливого інструмента забезпечення задоволення прав та свобод людини і громадянина, формування та реалізації державної політики, з чим ми цілком погоджуємося.

У науковій літературі дотепер пропонуються різні визначення поняття державної служби. Так, на думку Г.В. Атаманчука та М.М. Казанцева, державна служба – це практична і професійна участь громадян у здійсненні цілей і функцій держави" [7, с. 37]. За визначенням О.Ю. Оболенського державна служба – це робота державних службовців, яка є постійним видом трудової професійної діяльності, оплачується з державного (або місцевого) бюджету і передбачає виконання повноважень органів державної влади чи місцевого самоврядування [1, с. 60]. Л.В. Коваль визначає державну службу як адміністративно-правове відношення службовця, який перебуває на посаді в державних органах, об'єднаннях громадян, недержавних структурах за призначенням, обранням, конкурсом, контрактом до цих організацій, що має своїм змістом обов'язкову діяльність по реалізації управлінських функцій [8, с. 41]. Ю.П. Битяк під державною службою розуміє "здійснювану на основі Конституції, законів України діяльність по формуванню апарату державних органів та інших державних організацій, професійну діяльність осіб, що займають посади в державних органах та державних організаціях, з практичного виконання функцій та соціально важливих завдань держави, забезпечення прав і свобод громадян, яка оплачується за рахунок державних коштів" [9, с. 56]. На думку О.В. Петришина, державна служба – це "професійна діяльність осіб, що займають в установленому порядку посади в державних органах та інших державних організаціях по практичному здійсненню їх функцій і завдань, яка оплачується із державного бюджету" [10, с. 167]. М.І. Іншин визначає державну службу як "професійну діяльність державних службовців щодо виконання завдань та функцій суспільства і держави шляхом реалізації своїх посадових повноважень на оплатній основі" [11, с. 41].

З наведеного можна зробити висновок, що державна служба науковцями розглядається як: 1) професійна діяльність; 2) вид трудової діяльності; 3) така, що оплачується з державного (або місцевого) бюджету; 4) передбачає виконання повноважень органів державної влади чи місцевого самоврядування; 5) діяльність щодо реалізації управлінських функцій; 6) практичне виконання функцій та соціально важливих завдань держави.

Державну службу розглядають у різних аспектах: 1) соціальному, політичному і правовому [12, с. 130–131; 13, с. 74–75]; 2) соціальному, політичному, органі-

заційному, структурному, правовому, процесуальному, соціологічному, моральному [11, с. 36]; 3) як професійну діяльність; відповідну галузь права; галузь українського законодавства; галузь науки; спеціальність вищої освіти й навчальну дисципліну [1; 14]; 4) організаційному – як системи державних органів, на які Конституцією і законами України покладено повноваження щодо виконання завдань і функцій держави; процесуальному – правила і процедури, що встановлено законом для прийняття на службу, її проходження, її припинення; в) людському – корпус осіб, яким присвоюються ранги державних службовців [3, с. 281].

Науковці виокремлюють й різні ознаки державної служби. Так, С.В. Ківалов та Л.Р. Біла, наприклад, до таких ознак відносять те, що це: а) професійна діяльність; б) діяльність у державних органах та їх апараті; в) заробітна плата сплачується за рахунок державних коштів [2, с. 14].

Інші науковці до ознак державної служби відносять те, що: а) державна служба – це професійна діяльність осіб, що займають посади в державних органах та їх апараті (законодавчих, виконавчих, судових, прокуратурі); б) така діяльність є частиною організаційної діяльності держави; в) ця діяльність здійснюється на основі Конституції та законів України, інших нормативно-правових актів; г) ця діяльність спрямована на комплектування особового складу державних органів та інших державних організацій і правове регулювання праці державних службовців; д) зміст діяльності державних службовців полягає в практичному виконанні завдань і функцій держави (її органів) у вирішенні інших соціально важливих завдань, забезпеченні прав і свобод громадян; є) оплата праці державних службовців здійснюється із Державного бюджету) [9, с. 54–55].

До основних ознак сучасної державної служби відносять і такі: а) це професійна діяльність, тобто вона є для державного службовця професією – необхідністю виконувати відповідні посадові повноваження; б) у межах даної професійної діяльності реалізується компетенція державних органів; в) змістом діяльності державних службовців є виконання завдань і функцій держави, необхідних для життєдіяльності суспільства; г) це професійна діяльність, яка оплачується з державного бюджету; д) вона має владний характер і забезпечується заходами державного примусу; е) специфіка нормативної бази регулювання державної служби знаходить своє виявлення через поєднання різних галузей права публічно-правової та приватноправової систем; ж) переважання розумової праці в процесі професійної трудової діяльності, володіння особливим предметом праці – інформацією; з) цей різновид трудової діяльності проходить у відповідності до встановлених кваліфікаційних розрядів; і) виконання службово-трудової діяльності здійснюється відповідно до внутрішнього трудового розпорядку [11, с. 37–38].

Зважаючи на те, що сьогодні існує законодавче визначення державної служби, під якою у ст.1 Закону України "Про державну службу" [15] розуміється професійна діяльність осіб, які займають посади в державних органах та їх апараті щодо практичного виконання завдань і функцій держави та одержують заробітну плату за рахунок державних коштів, її ознаки мають бути похідними від цього законодавчого визначення. Серед них, на нашу думку, доцільно виділити такі:

• Це професійна діяльність, тобто діяльність, яка для службовця є професією, основним родом трудової діяльності і пов'язана з виконанням посадових повноважень як основного і єдиного виду діяльності, за який офіційно сплачується заробітна плата.

• Зайняття посади в державних органах та їх апараті. Відповідно до ст.2 Закону України "Про державну службу" посада – це визначена структурою і штатним розписом первинна структурна одиниця державного органу та його апарату, на яку покладено встановлене нормативними актами коло службових повноважень. Під державним органом необхідно розуміти самостійний вид органів державної влади, який згідно з конституційним принципом поділу державної влади наділений відповідними завданнями, функціями, повноваженнями, структурними особливостями та спеціальною компетенцією. Апарат державного органу – це організаційно поєднана сукупність структурних підрозділів і посад, які призначені для здійснення консультативних чи обслуговуючих функцій щодо виконання відповідними органами закріплених за ними повноважень, тобто його структура.

• Практичне виконання завдань і функцій держави. Ми підтримуємо думка Ю.П. Битяка, що "завдання і функції держави, реалізація яких покладається на державну службу, випливають із Конституції України та законів. Суть їх полягає у забезпеченні суверенітету, незалежності, демократичного розвитку України – соціальної, правової держави, де людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю, а права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави" [9, с. 26]. Недоліком чинного Закону України "Про державну службу" необхідно визнати те, що у ньому відсутній перелік основних завдань та функцій державної служби, які є похідними від завдань та функцій держави та створених нею органів. У науковій літературі до завдань державної служби, як правило, відносять: охорону конституційного ладу України, створення умов для розвитку громадянського суспільства, виробництва, забезпечення вільної життєдіяльності особи, захист прав, свобод і законних інтересів громадян; формування суспільно-політичних і державно-правових умов для практичного здійснення функцій державних органів; забезпечення ефективної роботи державних органів відповідно до їх компетенції; вдосконалення умов державної служби і професійної діяльності державних службовців; створення і забезпечення належного функціонування системи підготовки і підвищення кваліфікації державних службовців; забезпечення принципу гласності в діяльності державних службовців і державних органів, дотримання законності, викорінення бюрократизму, корупції та інших негативних явищ у системі державної служби [2, с. 15].

На нашу думку, до завдань державної служби, які має бути закріплено у Законі України "Про державну службу", необхідно віднести такі: реалізація державної політики держави в усіх її сферах; забезпечення суверенітету, незалежності та демократичного розвитку держави Україна; забезпечення недоторканності і безпеки людини, її життя і здоров'я, честі і гідності; забезпечення реалізації фізичними та юридичними особами прав, свобод та законних інтересів фізичних і юридичних осіб; надання державних та громадських послуг; забезпечення прозорості і відповідальність у сфері державної служби та її раціоналізації; забезпечення професіоналізації державної служби; забезпечення участі громадян у процесі прийняття державних рішень, об'єктивного та оперативного інформування громадськості України про діяльність державних органів і державних службовців; адаптація державної служби в Україні до стандартів Європейського Союзу.

Функції державної служби є похідними від її завдань. Необхідно погодитись з думкою, що "в широкому розумінні функції державної служби – це основні напрями

практичної, соціально корисної, професійної діяльності людей по виконанню державою свого соціального призначення – організації державної діяльності" [9, с. 27]. Цікаве визначення функцій державної служби запропонував Ю.М. Старілов, розуміючи під ними "загальні, типові, що мають спеціальну спрямованість, види взаємодії між суб'єктами та об'єктами управління, характерні для всіх управлінських зв'язків, що забезпечують досягнення узгодженості і впорядкованості в сфері державного управління" [12, с. 190]. На нашу думку, функції державної служби – це основні напрями практичної реалізації її мети та завдань.

Вчені пропонують й різні варіанти класифікації функцій державної служби, поділяючи їх на: функції законодавчої (регулятивної), виконавчої (виконавчо-розпорядчої) та судової (правоохоронної) влади [9, с. 28]; загальні і специфічні [16, с. 27]; загальні, спеціальні (специфічні) і допоміжні [9, с. 29]; основні, загальні, специфічні, допоміжні; спеціальні [2, с. 16]; правотворчі, правозастосовчі, правозахисні, регулятивні, організаційні [17].

Не заперечуючи цінність наведених класифікацій функцій державної служби, вважаємо доцільним поділити їх на дві групи: 1) зовнішні, які пов'язані із виконанням основних завдань, що покладені на державні органи (наприклад, для органів внутрішніх справ – це боротьба з правопорушеннями, охорона громадського порядку та забезпечення громадської безпеки; для СБУ – забезпечення державної безпеки України; для органів пожежної безпеки – захист життя і здоров'я громадян, приватної, колективної та державної власності від пожеж, підтримання належного рівня пожежної безпеки на об'єктах і в населених пунктах; для органів Державної прикордонної служби України – забезпечення недоторканності державного кордону та охорони суверенних прав України в її виключній (морській) економічній зоні); 2) внутрішні, пов'язані із забезпеченням виконання зовнішніх функцій (кадрова, інформаційна, матеріально-технічна, фінансова та ін.).

• Одержання заробітної плати за рахунок державних коштів. Державні кошти необхідно розуміти у широкому значенні, тобто кошти, які надходять із державних та місцевих бюджетів, оскільки державна служба деяких категорій службовців (наприклад, працівників міліції) оплачується також з місцевих бюджетів.

Таким чином, під державною службою варто розуміти професійну діяльність державних службовців, які займають посади в державних (представницьких) органах та їх апараті щодо практичного виконання завдань і функцій держави та одержують заробітну плату, як правило, за рахунок державного бюджету чи відповідних місцевих бюджетів.

Поняття "державний службовець" є похідним від категорії "державна служба". В науковій літературі пропонується різні визначення цього поняття. Так, В.Л. Коваленко під державними службовцями пропонує розуміти службових осіб, які склали Присягу державного службовця України та проходять державну службу в державних органах (їх апаратах) за рахунок державних коштів з метою реалізації відповідної частини завдань та функцій держави [3, с. 284]. Ю.П. Битяк державними службовцями визнає громадян України, які здійснюють професійну діяльність на посадах (або адміністративних посадах) у державних органах та їх апараті (органах виконавчої влади та їх апараті), на державних підприємствах, у державних установах (організаціях), наділені повноваженнями щодо практичного виконання функцій і завдань, покладених державою на відповідні органи і організації для забезпечення реалізації громадянами своїх прав у різних галузях і сферах суспільної діяльності, і отримують заробітну плату за рахунок державних коштів [9, с. 118]. С.В. Ківалов та Л.Р. Біла термін "державний службовець" трактують в широкому та вузькому розумінні. В широкому розумінні – як професійного працівника будь-якої державної організації: органу, установи, підприємства; у вузькому – професійних працівників органів державної влади [2, с. 19–20].

На нашу думку, під державним службовцем необхідно розуміти громадянина України, який займає відповідну посаду в державному (представницькому) органі чи його апараті, здійснює професійну діяльність щодо практичного виконання завдань і функцій держави, одержує заробітну плату, як правило, за рахунок державного бюджету чи відповідних місцевого бюджету, і статус якого як державного службовця визначено відповідним законодавчим чи підзаконним актом.

На завершення зазначимо, що чітке з'ясування ознак служби, державної служби та державного службовця, які повинні бути покладені в основу законодавчого визначення цих понять, значно покращить правотворчу та правозастосовчу діяльність у сфері державної служби, а отже підвищить ефективність реалізації державної політики в усіх її сферах.

1. *Оболенський О.Ю.* Державна служба: Навч. посібник. – К.: КНЕУ, 2003. – 344 с. 2. *Ківалов С.В., Біла Л.Р.* Організація державної служби в Україні: Навчально-методичний посібник. – Одеса: Юридична література, 2002. – 328 с. 3. Державне управління: проблеми адміністративно-правової теорії та практики / За заг. ред. В.Б. Авер'янова. – К.: Факт, 2003. – 384 с. 4. Тлумачний словник української мови. / Укладачі Ковальова Т.В., Коврига Л.П. – Харків: Синтекс, 2005. – 672 с. 5. Концепція адаптації інституту державної служби в Україні до стандартів Європейського Союзу: Схвалена Указом Президента України від 5 березня 2004 року № 278. 6. Концепція розвитку законодавства про державну службу: Схвалена Указом Президента України від 5 січня 2005 року № 1. 7. *Атаманчук Т.В., Казанцев Н.М.* Базовые аспекты концепции государственной службы в Российской Федерации // Ежегодник. Государственная служба России. – М.: Юрист, 1996. – С. 35–39. 8. *Коваль Л.* Адміністративне право України. Курс лекцій (Загальна частина). – К.: Основи, 1994. – 154 с. 9. *Битяк Ю.П.* Державна служба в Україні: організаційно-правові засади: Монографія. – Х.: Право, 2005. – 304 с. 10. *Петришин А.В.* Государственная служба. Историко-теоретические предпосылки, сравнительно-правовой и логико-понятийный анализ. Монография. – Х.: Факт, 1998 – 168 с. 11. *Іншин М.І.* Проблеми правового регулювання праці державних службовців України: Дис. ... доктора юрид. наук. – 12.00.05. – Харків: ХНУВС, 2005. – 418 с. 12. *Старилов Ю.Н.* Служебное право. Учебник. – М.: Изд-во БЕК, 1996. – 698 с. 13. *Іншин М.І.* Правове регулювання службово-трудових відносин в Україні. Монографія. – Харків: Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2004. – 337 с. 14. *Кабанець А.Г.* Державна служба. Навчальний посібник. – Харків: Вид. ХНЕУ, 2004. – 176 с. 15. Про державну службу: Закон України від 16 грудня 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 52. – Ст. 490. 16. *Волошина В.В, Титов К.А.* Государственная служба Российской Федерации: теоретико-правовые аспекты. – М.: Луч, 1995. – 179 с. 17. *Ноздрачев А.Ф.* Государственная служба. Учебник. – М.: Статут, 1999. – 591 с.

Надійшла до редколегії 06.03.07

УДК. 343.237 (477)

В. Ткаченко, асп.

ФОРМА СПІВУЧАСТІ ЯК КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ПОНЯТТЯ

У статті проаналізовано погляди авторитетних науковців щодо визначення форми співучасті у злочині і використано філософський підхід до вирішення питання про співвідношення категорій "форми" та "змісту".

In the article the looks of authoritative research workers are analysed in relation to the decision of form of compliciti in a crime and philosophical approach is utillized to the decision of question about correlation of categories of "manner" and "matter".

Співучасть – особливий інститут кримінального права, який передбачає випадки спільного вчинення умисного злочину декількома особами. У науці кримінального права немає, напевно, такої великої кількості наукових праць, ніж ті, що присвячені інституту співучасті. Разом з тим, можна сказати з впевненістю, що саме у ньому зосереджено безліч проблем, ще не вирішених до кінця – щодо змісту поняття співучасті, критеріїв класифікації її форм, підстав відповідальності співучасників тощо. У межах загальнотеоретичного дослідження співучасті у злочині надзвичайно актуальним залишається питання про поняття форми співучасті.

Загалом проблема форм співучасті має неабияке теоретичне і практичне значення. Чітке її вирішення необхідне для правильного розуміння природи та змісту співучасті, з'ясування характеру та рівня суспільної небезпеки спільно вчиненого злочину, належної кваліфікації діянь співучасників і правильного призначення покарання. Проте, насамперед, потрібно з'ясувати найзагальніше – що ж собою становить форма співучасті.

Детальне вивчення наукових праць показує, що зазначеному питанню у літературі не приділяється достатньо уваги. Здебільшого вчені здійснюють лише класифікацію форм співучасті та характеристику окремих з них [9, с. 243; 13, с. 195], не даючи при цьому визначення поняття форми співучасті. Проблема ускладнюється ще й тим, що окремі теоретики поряд з формою співучасті виділяють її вид: інколи різниці між ними не вбачається [15, с. 80–81; 21, с. 406–407].

Основним завданням даної статті є аналіз найпоширеніших у теорії кримінального права точок зору щодо поняття форми співучасті. У літературі можна виділити декілька підходів до визначення форми співучасті, за яких форма співучасті становить: характеристику зовнішньої сторони співучасті; типовий прояв спільної злочинної діяльності; спосіб об'єднання співучасників і, нарешті, специфічний прояв зовнішньої і внутрішньої сторін спільної злочинної діяльності.

Нерідко форма співучасті визначається тільки як характеристика зовнішньої її сторони [1, с. 217]. Свого часу М.І. Ковальов зазначав, що у будь-якому явищі внутрішня його сторона визначає зміст, зовнішня ж – його форму, тобто конкретний індивідуальний прояв зовні [5, с. 199]. На думку П.Ф.Тельнова, форма співучасті – це її зовнішня сторона, що розкриває спосіб взаємодії винних, показує, яким чином умисні дії двох чи більше осіб зливаються в єдиний злочин [14, с. 107].

Дещо іншу позицію висловлює Є.В. Кічігіна, яка формою співучасті визначає структуру зв'язку між особами, що спільно вчиняють злочин, спосіб їх взаємодії [16, с. 184]. У даному визначенні йдеться не лише про спосіб взаємодії, але й вказується на структуру зв'язку декількох осіб.

Продовжуючи ланцюг визначень, які характеризують об'єктивну сторону співучасті, можна виділити позицію Л.Д. Єрмакової, яка зазначає, що форма співучасті – це зовнішній прояв зусиль декількох осіб у досягненні спільної злочинної мети [17, с. 268]. На відміну від попередніх визначень, що характеризують зовнішню сторону співучасті, у даному вказується ще й на додаткову ознаку – мету вчинення злочину. Мета злочину – це наслідок, якого прагне досягти особа, котра вчиняє злочин; вона характеризує одну з ознак суб'єктивної сторони злочину. Вказуючи на мету як суб'єктивну ознаку злочину, автор до певної міри заперечує ту частину визначення, у якій форма співучасті розуміється як зовнішній прояв співучасті, оскільки спільність мети вказує на наявність певного суб'єктивного зв'язку між співучасниками. Тому вихідні положення даної позиції видаються суперечливими.

До наведеної групи визначень цілком можна віднести і визначення Г.П. Жаровської. На її погляд, форма співучасті – це зовнішня сторона вчинення злочину, яка відображає ступінь узгодженості й організованості дій співучасників. Чим більший ступінь узгодженості дій співучасників, тим більш небезпечною є спільна злочинна діяльність. Саме узгодженість і організованість визначає в кінцевому рахунку ефективність об'єднання зусиль [3, с. 96].

Аналіз наведених визначень показує, що автори, сприймаючи форму співучасті як її зовнішню сторону, по-різному її тлумачать: як індивідуальний прояв співучасті ззовні, як спосіб взаємодії винних, як структуру зв'язку між співучасниками злочину. Оцінюючи ці визначення, треба врахувати, що ознаки, які надають співучасті певної форми, закладені не тільки в об'єктивній, але й суб'єктивній її сторонах. Зрозуміло, що форму співучасті неможливо розкрити лише через характеристику діяльності співучасників у її зовнішніх проявах, без врахування суб'єктивних моментів, що лежать в основі спільного вчинення злочину. Даний момент береться до уваги у позиціях інших авторів.

Так, І.Х. Хакімов зазначає, що форма співучасті розкриває характер спільної злочинної діяльності співучасників, насамперед організаційну сторону вчинення злочину. Вона відображає і суб'єктивні ознаки співучасті. Водночас автор припускає певну суперечність у своїй позиції, коли вказує, що у визначенні форми співучасті потрібно враховувати об'єктивні властивості співучасті, тобто зовнішні прояви конкретних дій співучасників, а суб'єктивні ознаки враховувати при характеристиці видів співучасті [20, с. 83].

М.І. Бажанов визначає форму співучасті як об'єднання співучасників, що різняться між собою за характером ролей, які виконують співучасники і за стійкістю суб'єктивних зв'язків між ними [6, с. 202]. Наведений підхід потребує уточнення у частині вжитого словосполучення "об'єднання співучасників"; при буквальному його тлумаченні можна зрозуміти, що йдеться про характеристику певного злочинного угруповання. До того ж форма співучасті характеризує не просто кількість учасників, але й специфічні риси структури спільної діяльності суб'єктивно пов'язаних осіб, характер їх взаємодії при спільному вчиненні злочину. Специфічні особливості форми співучасті не можна зводити лише до кількісної ознаки. Зовні подібну позицію висловлює П.Л. Фріс,

© Ткаченко В., 2007

на думку якого, форма співучасті – це спосіб об'єднання співучасників злочину з відповідним розподілом ролей та стійкістю суб'єктивних зв'язків між ними [19, с. 192]. Однак, на відміну від тлумачення М.І. Бажанова, П.Л. Фріс вказує на спосіб спільної діяльності декількох осіб при вчиненні злочину. Як бачимо, введення автором у визначення лише одного слова "спосіб" кардинально змінює зміст визначення.

У теорії кримінального права з розглядуваної проблеми можна виділити й інші позиції, що заслуговують на увагу. Ряд авторів вказують на форму співучасті як на тип спільної діяльності. Л.Д. Гаухман, зокрема, пише, що форми співучасті утворюються найтиповішими, тобто подібними за суттєвими ознаками варіантами зв'язку між особами, котрі спільно вчиняють злочин. Вони, у свою чергу, зумовлюються характером злочинного об'єднання, способом взаємодії між співучасниками, ступенем їх організованості, роллю, виконуваною кожним [18, с. 147]. Впадає у вічі, що автор значно розширив коло критеріїв, за якими можна виділити форми співучасті. При цьому окремі із них є вираженням інших. Так, спосіб взаємодії та характер виконуваної ролі є виявом організованості співучасників, певного її рівня; характер ролей зумовлює спосіб взаємодії співучасників.

С.І. Нікулін зазначає, що під формою співучасті необхідно розуміти тип спільної діяльності декількох осіб у процесі вчинення злочину, яка розрізняється залежно від способу їх взаємодії і наявності змови між ними [11, с. 130]. Подібну позицію висловлює А.В. Савченко, який під формою співучасті розуміє тип спільної діяльності осіб у процесі скоєння злочину, що різняться за способом їх взаємодії та ступенем узгодженості [12, с. 131]. Очевидно, наведені визначення форм співучасті з виділенням ознаки їх типовості, можна відносити до тих форм, що відображені у законі. Водночас, у кожному конкретному випадку спільного умисного вчинення злочину спостерігається певна неповторність форми співучасті.

Існування розбіжностей у розумінні форми співучасті можна пояснити труднощами систематизації проявів співучасті і недостатнім використанням у теорії кримінального права положень філософії про співвідношення категорій "форма" та "зміст". У цьому відношенні суттєво відрізняється позиція М.А. Шнейдера, який вказує на залежність форми від змісту, від структури зв'язку і визначає форму співучасті як структуру зв'язку двох чи більше осіб, котрі спільно вчиняють умисний злочин. Саме залежно від змісту співучасті, тобто від характеру об'єднання, від ступеня організованості співучасників і від розподілу ролей між ними співучасть, пише вчений, поділяється на форми. Форми співучасті, підсумовує він, характеризують насамперед організаційну сторону спільної злочинної діяльності [22, с. 33]. Проте впадає у вічі, що при визначенні поняття форми співучасті вчений веде мову про структуру зв'язку між особами, котрі є співучасниками злочину. У зв'язку з цим його визначення піддається критиці. Цілком слушно В.С. Прохоров в одній із своїх праць вказує, що кожна форма співучасті відрізняється від іншої залежно від того, як спільною злочинною діяльністю виконується склад певного злочину. На його думку, форму співучасті виражає не характер зв'язку між особами, не його структура, а специфічні риси структури спільної діяльності суб'єктивно пов'язаних осіб, тобто, не зв'язок між діячами, а зв'язок між діяннями [7, с. 602–603]. Він також зазначає, що питання про загальне поняття форми співучасті має виходити із об'єктивно існуючої залежності між змістом співучасті і її формою. Змістом співучасті є суспільно небезпечна діяльність двох чи більше осіб, формою співучасті може бути названа тільки форма діяльності [10, с. 8]. Така позиція є найбільш прийнятною і підтримується нами. Саме філософські категорії форми і змісту є основоположними при визначенні форми співучасті.

Зміст явища, його форма – категорії матеріалістичної діалектики, що відображають певні сторони об'єктивної дійсності. Формою називають структуру предметів, спосіб поєднання і взаємодію різних сторін явищ і процесів, спосіб їх існування. Категорією "форма" позначають не тільки зовнішню організацію предмета, але й внутрішню його структуру [4, с. 3]. Категорія форми наділена декількома характеристиками. Зовнішня форма не може бути основою для існування об'єктів. Такою основою може виступити лише внутрішня сторона предмета, яка представляє собою єдність змісту і внутрішньої форми. Якщо під змістом розуміється сукупність елементів, процесів, що утворюють об'єкт, то внутрішня форма постає як спосіб внутрішньої організації, структура зв'язку елементів і процесів змісту. За К. Марксом, внутрішня форма є продовженням змісту. Таким чином, головним аспектом створення форми, що виражає її сутність виступає спосіб внутрішньої організації явища. Саме внутрішня організованість елементів змісту дає і якісну визначеність, і стійкість, і спосіб існування, і спосіб вираження, і відмінність, і зовнішність того чи іншого явища. Тому форму можна визначити як спосіб організації змісту явища або як спосіб внутрішньої організованості явища, де поняття "внутрішній" відноситься до змісту [8, с. 460]. Форма і зміст знаходяться в єдності, вони нерозривні у своїй сутності. Видатний філософ Гегель вказував: "Зміст не без форми, а форма в той же час міститься в самому змісті" [2, с. 298]. Зміст і форма діалектично взаємопов'язані і взаємозалежні. Кожен елемент цілого існує лише за наявності зв'язку з іншими, таким чином форма міститься у змісті. Це означає, що і зміст включається у форму. Сутність взаємозв'язку між змістом і формою полягає у діалектичному переходові форми у зміст і змісту у форму. Таким чином, з філософських позицій можна визначити залежність форми від таких складових частин: елементи і зв'язок між ними, які утворюють зміст – структуру – форму.

Беручи до уваги ці загальнофілософські положення щодо форми та змісту при вирішенні проблеми визначення поняття форми співучасті доцільно було б звернутися також до суті самої по собі співучасті.

Стаття 26 КК України визначає поняття співучасті у злочині як умисну спільну участь декількох суб'єктів злочину у вчиненні умисного злочину. Це визначення дозволяє нам охарактеризувати співучасть як явище в цілому і виділити окремі суттєві його ознаки, що характеризують його зміст.

Кожен предмет наділений певною множиною ознак, властивостей, які у процесі практичної діяльності суб'єкт пізнає і фіксує за допомогою слів. Суттєвими (основними) називають такі ознаки, без яких даний предмет не може існувати у своїй індивідуальності, які розкривають їхню якісну специфіку і зумовлюють інші – несуттєві ознаки. Сукупність суттєвих ознак того чи іншого виду конкретних предметів дійсності утворюють їх зміст. Отже, для розкриття змісту того чи іншого явища та виділення його форми необхідним є визначення саме суттєвих ознак. Суттєвими ознаками співучасті є множинність учасників злочину, спільність їх участі у злочині та умисний характер діяльності. З об'єктивної сторони співучасть проявляється у спільності вчинення злочину декількома особами. Основний кримінально-правовий зміст якої визначається такими трьома моментами:

- злочин вчиняється узгодженими діями співучасників, при цьому функції кожного із них можуть бути тотожними, а можуть і відрізнятися;

• єдиний злочинний результат досягається спільними зусиллями всіх співучасників, незалежно від ролі, яку кожен з них виконував у злочині;

• між діями співучасників всіх разом і кожного окремо і єдиним злочинним результатом існує певний об'єктивний зв'язок. Він визначається тим, що кожен із співучасників вкладає свої зусилля у досягнення загального спільного злочинного результату, безпосередньо власним діянням чи створює для цього необхідні у даній обстановці умови.

Суб'єктивні ознаки співучасті передбачають наявність умисної вини у кожного із співучасників. Зміст умислу має свою специфіку. Особа усвідомлює суспільну небезпеку своїх дій, а також суспільну небезпеку діяння принаймні ще однієї особи; усвідомлює зв'язок між власним діянням і діянням принаймні ще однієї особи; іншими словами, співучасник повинен бути проінформований про злочинні наміри інших.

Виходячи з умисного характеру вини співучасників, можна зробити висновок, що для співучасті необхідна взаємна обізнаність співучасників про участь кожного у скоєнні злочину. Вольовий момент умислу окремого співучасника при вчиненні злочину з матеріальним складом визначається, перш за все, у бажанні настання суспільно небезпечних наслідків. Якщо ж у співучасті вчиняється злочин з формальним складом, то вольовий момент умислу виражається лише у бажанні поєднати власне діяння з відповідним діянням іншого. Об'єктивні і суб'єктивні ознаки як властивості будь-якого явища в тому числі і співучасті як форми злочинної діяльності, утворюють єдність і розглядати їх ізольовано, у відриві одних і інших, неможливо.

Суть співучасті становить взаємодія співучасників злочину. З об'єктивної сторони зв'язок співучасників полягає у спільній злочинній діяльності декількох осіб, а з суб'єктивної сторони – в умисній участі кожного із них у вчиненні злочину. Завдяки цьому об'єктивні і суб'єктивні сторони співучасті не тільки знаходяться у нерозривній єдності, але й визначають одна одну.

Вищевказані ознаки, що утворюють зміст співучасті є загальними, тобто такими, що характеризують будь-який прояв співучасті і є основою визначення будь-якої її форми. Відповідно кожна окрема форма співучасті, виділена у кримінальному законі, у змістовному її наповненні характеризується, окрім наведених, певними додатковими ознаками. Наприклад, при вчиненні злочину групою осіб (ч.1 ст. 28 КК України) між співучасниками зв'язок простий, оскільки всі вони вчиняють тотожні з позиції кримінального закону дії. Але більш складнішим він може бути при вчиненні злочину за попередньою змовою групою осіб (ч. 2 ст. 28 КК України). Попередня змова забезпечує більш високий ступінь взаємодії між співучасниками. Співучасники домовляються до початку вчинення злочину про спільність своїх дій, місце, час, спосіб і вчинення злочину. Змова може передбачати згоду кожного із співучасників на використання певних технічних засобів, знарядь, способів вчинення злочину, стосуватися розміру суспільно небезпечних наслідків.

Залежно від того, яким способом поєднуються зусилля співучасників при здійсненні спільної злочинної діяльності можна говорити про характер і ступінь суспільної небезпеки співучасті у цілому. Тому саме спосіб взаємодії найповніше відображає форму, як із суб'єктивної, так із об'єктивної її сторін.

Підсумовуючи вищевикладене можна дійти висновку, що форма співучасті – це спосіб взаємодії декількох суб'єктів злочину при спільному вчиненні умисного злочину, що визначається характером вчинюваних дій, характером суб'єктивних зв'язків між співучасниками та спільністю їх злочинних намірів.

1. *Ветров Н.И.* Уголовное право. Общая часть. Учебник для вузов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2002. 2. *Гегель Г.Ф.* Энциклопедия философских наук. – М., 1974. 3. *Жаровська Г.П.* Форми співучасті в кримінальному праві України: проблеми диференціації / Науковий вісник Чернівецького національного університету ім. Юрія Федьковича. Серія: Правознавство. – Чернівці: Рута, 2001. 4. *Зиннуров Ф.Т.* Содержание и форма. – Сталинград, 1957. 5. *Ковалев М.И.* Соучастие в преступлении. Виды соучастников и формы участия в преступной деятельности. – Свердловск, 1962. 6. Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник для студентів вищих навчальних закладів / Нац. юрид. акад. ім. Ярослава Мудрого. – Київ-Харків: Юрінком Інтер – Право, 2001. 7. Курс советского уголовного права (Часть Общая). Т.1. – Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1968. 8. *Маркс К.* Теория прибавочной стоимости. Ч.3. – М., 1961. 9. *Пинаєв А.А.* Уголовное право Украины. Общая часть. – Харьков, 2005. 10. *Прохоров В.С.* Соучастие в преступлении по советскому уголовному праву: Авторефер. дисс. ... на соискание учен. степени канд. юрид. наук. – Л., 1962. 11. Российское уголовное право. Общая часть. Учебник / Под общей редакцией заслуженного юриста Российской Федерации, доктора юрид. наук, профессора М.П. Журавлева. – М.: Центр юридической литературы "Щит" 2001. 12. *Савченко А.В.* Сучасне кримінальне право україни : Курс лекцій / А.В. Савченко, В.В. Кузнєцов, О.Ф. Штанько, – К., 2005. 13. *Смирнова Н.Н.* Уголовное право. Учеб. – Спб., 1998. 14. *Тельнов П.Ф.* Ответственность за соучастие в преступлении. – М., 1974. 15. *Трайнин А.Н.* Учение о соучастии. – М., 1941. 16. Уголовное право БССР. Часть общая [учеб. пособие для юрид. фак. вузов] Под ред. д-ра юрид. наук, проф. И.И. Горелика и засл. юриста БССР, д-ра юрид. наук, проф. И.И. Тишкевича. – Минск, "Вышэиш школа", 1973. 17. Уголовное право Российской Федерации. Общая часть: Учебник / Под ред. д-ра юр. наук, проф. Л.В. Иногамовой-Хегай, д-ра юрид. наук, проф. А.И. Рарога, д-ра юрид. наук, проф. А.И. Чучаева. – М.: Инфра – М: КОНТРАКТ, 2004. 18. Уголовное право. Учебное пособие / Под ред. проф. Л.Д. Гаухмана и проф. С.В. Максимова. – М.: ООО "Издательство "Элит", 2007. 19. *Фріс П.Л.* Кримінальне право України. Загальна частина: підручник для студентів вищих навчальних закладів. – К., 2004. 20. *Хакимов И.Х.* Правовые вопросы соучастия в хищении социалистического имущества.– Ташкент, 1975. 21. *Шаргородский М.Д.* Советское уголовное право. Часть общая. Учебное пособие для юрид.ин-тов и фак. – М., 1961. 22. *Шнейдер А.М.* Соучастие в преступлении по советскому уголовному праву. – М., 1958.

Надійшла до редколегії 28.03.07

Т. Котенко, ас.

ОСОБЛИВОСТІ ПОШИРЕННЯ МАГДЕБУРЗЬКОГО ПРАВА У СЛОВ'ЯНСЬКИХ НАРОДІВ

В статті розглядаються особливості міського самоврядування за магдебурзьким правом в Польщі, Литві та Україні, пов'язані з питаннями так званих локацій та локаційним процесом. Розглядаються три основні частини локаційного процесу в названих країнах.

The article deals with the special features of introducinq municipal self-qovernment counected with the questions of so-called locations and locatinq process under Maqdeburq law in Poland,Lithuania and Ukraine. Three main parts of location process are under the cousideration.

Питання про особливості поширення магдебурзького права у слов'янських народів в українській історико-правовій науці на сьогодняшній день залишається мало дослідженим, оскільки був обмежений доступ до німецьких, польських та литовських джерел.

В різні часи особливості розповсюдження магдебурзького права у слов'ян досліджували такі вчені як М. Владімірський-Буданов, А. Кистяківський, М. Грушевський, С. Іваницький-Василенко, В. Отомановський, П. Сас, Р.Делімарський, Т. Гошко, Н. Яковенко та інші.

© Котенко Т., 2007

Початок розповсюдження німецького міського права у слов'янських народів сягає XIII століття. Цей процес був напряму пов'язаний із проблемою німецької колонізації сусідніх слов'янських земель. Річ у тім, що формування великої земельної власності неминуче породило у її носіїв прагнення домагатися все більшої прибутковості своїх господарств. Одним із важливих засобів досягнення цього феодали вбачали в освоєнні необроблюваних земель. За феодального способу виробництва цього можна було досягнути головним чином шляхом збільшення кількості експлуатованих селян. У зв'язку з помітним зростанням кількості населення в Німеччині протягом XIII століття, німецькі селяни масово виселялися на Схід у пошуках кращих умов для господарювання. Саме ці "вільні гості" ставали основою нових поселень. Як правило, колонізація відбувалася шляхом заснування сіл на необроблюваних землях, яке називалося локацією (від латинського locatio – розміщування, осаджування). Нові поселення засновувалися на новому "німецькому праві", яке приносили з собою переселенці. До середини XIV століття німецька колонізація в західній частині Польщі (Сілезії) була настільки потужною, що слов'янське населення регіону невдовзі залишилося в меншості, а всі міста й села краю в обов'язковому порядку були переведені на "німецьке право".

У Центральній Польщі, Мазовії та Малій Польщі магдебурзьке право спочатку було винятково колоніальним правом – тобто стосувалося тільки колоній німецьких поселенців, які осідали в польських містах і селах. Однак на цих територіях потік німецького населення був значно слабшим, ніж у Сілезії, а відтак невдовзі німецька правова система поступово почала розповсюджуватися на ненімецьке польське населення[2, с. 3].

Можна з упевненістю констатувати, що до кінця XIV століття "німецьке право" стало домінуючим у всіх поселеннях Польщі, замінивши собою стару слов'янську правову систему.

За правління Казимира Великого (1333–1370 рр.) магдебурзьке право отримало офіційне визнання в польському королівстві [5, с. 21]. У Вісліцькому (Малопольському) статуті, укладеному в 1350-х рр. Казимиром Великим з метою кодифікації польського права та уніфікації правової системи королівства, зафіксував необхідність вживати всіма поселеннями королівства "німецького права" [5, с. 21]. Також велику увагу короля привертали питання судочинства на "німецькому праві". Річ в тім, що тривалий час у Польщі не існувало судової інстанції, до якої можна було звертатися з апеляціями на рішення міських війтівсько-лавочних (або лавочних, де війтів не було) і сільських солтисько-лавочних судів та й не завжди ці суди могли виносити рішення з певних питань. Тому зацікавлені особи зверталися з оскарженнями, а згадані суди – за роз'ясненнями і порадами до лавочних судів Магдебурга, Сроди Шльонської, Галле та деяких інших міст. Відповіді на зазначені звернення мали силу вироків. Подібна практика була надзвичайно витратною для польських міст і сіл, а головне, підважувала авторитет польського королівства. Виходячи з інтересів своєї держави Казимир Великий у 1356 році створив вищий суд німецького права, до якого дозволив звертатися з апеляціями та за роз'ясненнями. Суд почав діяти в Краківському замку і складався із двох інстанцій. До нижньої інстанції входили війти і сім лавників, обраних з-посеред війтів і солтисів, причому посада війта була ротаційною – кожен лавник почергово ставав війтом. У цьому суді судили війтів і солтисів, виробляли судові норми і приймали апеляції на вироки зі справ меншого значення. Вища інстанція була фактично окремим судом, складалася з війта і 12 райців шести міст – Кракова, Казімєжа, Нового Сонча, Бохні, Вєлічки, Олькуша. Це був орган винятково апеляційного суду [6, с. 83].

Таким чином, можна стверджувати, що саме на 1350-ті рр. припадає інституційне оформлення міського магдебурзького права в Польщі звідки воно починає успішно розповсюджуватися на території сучасної України. "Німецьке право", яке з'являється в Україні наприкінці XIII століття винятково як ексклюзивна форма життя німецьких громад-колоній у княжих столицях – Володимирі та Львові, від середини XIV століття починає поширюватися на всі міста Галицької Русі, Поділля та Холмщини. За руських часів точно відома тільки єдина спроба розповсюдити магдебурзьке право на всіх мешканців міста – у 1339 році останній галицький князь Юрій II Болеслав, дарував прикордонному міста Сяноку привілей на магдебурзьке право [5, с. 21]. Культурним посередником завдяки якому такий тип міської організації проникав на Русь із Сілезії, стали міста Малопольщі, передовсім Краків. Найповніший міський устрій за магдебурзьким правом отримала столиця галицької Русі Львів у 1356 році за привілеєм Казимира Великого. Хоча частина істориків вважає, що король Казимир Великий лише підтвердив місту привілей наданий ще галицько-волинським князем Львом Даниловичем і лише політичні інтереси Польщі вимагали подання цього акту як великої милості короля до Львова, при чому з цивілізаційним забарвленням [3, с. 109]. Як би там не було, але згодом саме за львівським взірцем, магдебургія стала проникати вглиб України [12, с. 104]. Запровадження міського права стало справжньою урбанізаційною революцією, оскільки вилучало міську громаду з-під юрисдикції королівської адміністрації, яку почали заміщати представники виборного самоврядування. У згадуваному львівському привілеї 1356 року це звучало наступним чином: "Нарешті, звільняємо згадане місто та його мешканців від усіх юрисдикцій каштелянів, воєвод, суддів, підсудків, водних і від влади будь-кого, яким би іменем не називався, так, щоб перед ним або будь-ким з них у великих і малих справах міщани не відповідали, а тільки перед своїм війтом, а війт – перед ними, або нашим старостою, якому ми це доручимо, тільки при умові, що війт відповідатиме згідно зі своїм німецьким правом" [12, с. 127–128].

Проблема запровадження міського самоврядування за магдебурзьким правом на території Польщі, Литви й України пов'язана з питанням так званих локацій та локаційного процесу, про який слід розглянути детальніше. Ми вже вказували, що первісно локаціями називалося заснування нового поселення здебільшого німцями-колоністами, однак уже з кінця XIII століття даний термін розповсюдився і на звичайне переведення вже існуючого поселення на "німецьке право". Локаційний процес складався з трьох основних частин: правової локації, просторової локації, утвердження міського самоврядування. Правова та просторова локації не збігалися в часі, оскільки перша була одномоментним актом, який датується з точністю до дня, а друга – тривалим і значно складнішим процесом на який впливали різноманітні матеріальні та суспільні чинники. Однак, власне правову локацію можна здебільшого чітко визначити з допомогою документальних свідчень [3, с. 104].

Основою правового статусу міст Речі Посполитої був, як правило, так званий локаційний привілей. Якщо місто засновувалося (чи лише набувало нового статусу) на королівських землях, то міщанам необхідний був лише один привілей монарха, що вручався війту, який і займався практичними питаннями локування міста. Якщо ж заснуванням міста чи його переведенням на магдебурзьке право займалася приватна особа на власних

землях (шляхта або духовенство), то для остаточного узаконення магдебурзького права міщанам потрібно було два привілеї – один від короля для власника земель на яких знаходилося поселення із дозволом надати місту магдебурзьке право, а другий – від самого власника міста для міського війта [3, с. 105]. Так як більшість земель Речі Посполитої лежали поза межами так званих "королівщин", то більшості міст видавалися два локаційні привілеї. Часто траплялося так, що навіть на королівських землях поряд із локаційними привілеями від монарха, свої локаційні привілеї також видавали королівські старости [9, с. 202].

Перші правові локації в польському королівстві відносяться до XIII століття (документ про локацію Любенберга від 1217 року), саме тоді, коли подібні документи фіксуються і в інших європейських містах. Збільшення кількості локаційних привілеїв спостерігається в наступному XIV столітті, саме в цей час з'являються перші локаційні документи, які стосуються українських міст. Однак поступово локаційний процес у корінній Польщі поступово завмирає, натомість в українських землях протягом XV–XVI століть інтенсивність локацій доволі значна [3, с. 107]. Це пояснюється тим, що з XV століття надання "німецького права" містам стає популярним на землях Великого князівства Литовського, а також тим, що в зазначений період на території Південної Київщини, Поділля та Лівобережжя спостерігається активний процес створення нових міст-фортець для захисту рубежів Речі Посполитої. Саме цим містам найчастіше надавалися локаційні привілеї на магдебурзьке право. Якраз у XV-XVI століттях локування міст на "німецькому праві" було найбільш інтенсивним на території України. І в цьому виявлявся певний феномен універсальності магдебурзького міського права. Характеризуючи цю універсальність сучасний німецький вчений доктор Вільгельм Польте наголошує: "Через діяльність шеффенів і надання права іншим містам виникла велика магдебурзька правова сім'я міст від Сілезії, Польщі, Північно-Східної Богемії до Києва і Новгорода (...) Надання магдебурзького міського права іншим містам і здійснення судочинства мало цілеспрямований вплив на розвиток міста і міське право. У зв'язку з цим курія шеффенів була узаконена Статутом Магдебурга. Ще у 1597 році, тобто більш ніж через 400 років після свого виникнення, магдебурзьке право було надано місту Вітебську, який розташований за 145 км від Москви, але за 1400 км від Магдебурга. Такі тривалі прагнення надати Східній Європі магдебурзьке право пов'язані з надзвичайно успішною діяльністю Ганзи в XV столітті. У той час, коли напади місцевих князів у Німеччині призвели до підкорення ганзейських міст Східної Саксонії князівській владі, ганзейські міста вздовж узбережжя могли й надалі розвивати свою торгівлю. У кінці XV століття лише одне. Найбільш велике і значне місто регіону залишилося членом Ганзи і Саксонського союзу міст – це Магдебург. Ця обставина збільшила не тільки економічну могутність міста, але й зміцнила його політичні позиції" [10, с. 27].

Локаційні привілеї, здебільшого, були документами із доволі сталою формою та змістом. Однак для кожного регіону вони мали свої певні характерні риси. Не стали винятком і українські міста. Як правило, в локаційних документах наданих українським поселенням містилося надзвичайно мало реальної інформації про міську владу, бо в них окреслювалися лише загальні принципи функціонування німецького міського права, а не конкретні інституції влади в тому чи іншому поселенні. В результаті такого підходу, організація самоврядування за магдебурзьким правом в Україні відчувала особливо сильний вплив місцевих звичаїв і традицій, особливо у судовій сфері.

При наданні місту локації на магдебурзьке право в документі вказувалося яке саме велике місто буде зразком цього права для новолокованого поселення, якою кількістю земельних угідь можуть користуватися міщани, які обов'язки та права війта, городян, власника міста, але ніде не йшлося про те з яких, власне, книг міщани мають черпати свої знання про надане їм магдебурзьке право [3, с. 108]. Свого часу О. Кістяківський вдало відзначив: "Надання містам магдебурзького права означало насамперед і найбільше всього дарування їм самоуправління за магдебурзьким зразком у більшому чи меншому обсязі. І характерно, що у всіх локаційних грамотах ми зустрічаємо постанови про дарування магдебурзького права, але в жодній із них не визначається, що таке магдебурзьке право, в яких законних книгах воно викладене, яку редакцію його законодавець і правитель вважають обов'язковою" [8, с. 991].

Іншою характерною особливістю надання локаційних привілеїв у Речі Посполитій була практика підтвердження локацій кожним наступним монархом або магнатом – власником міста. Якщо місто втрачало свій локаційний привілей, то одразу ж намагалося здобути новий. Остаточно така практика утвердилася щойно в XVI ст., коли королем була створена спеціальна комісія, що розглядала випадки втрати містом локаційного привілею, і лише після висновків цієї комісії король надавав місту новий локаційний привілей [3, с. 111]. Цікаво, що київські міщани у 1514 році подали петицію про відновлення локаційного привілею не втративши, а лише пошкодивши раніше виданий документ. Король Сигізмунд І остаточно звільнив мешканців Києва православного, католицького та вірмено-григоріанського віросповідання від польського, литовського і руського права, яке суперечило праву німецькому [1, с. 126–128]. Про важливість локаційних документів свідчить той факт, що коли в 1516 році локаційні пожалування Києва були знову ушкоджені під час нападу татар, київські міщани знову звернулися до короля по надання нових привілеїв, які Київ знову отримав в 1544 році після чергової експертизи [11, Арк.3–6].

Незважаючи на всі вище названі особливості надання магдебурзького права містам України, протягом XIV–XVI століть у вітчизняних містах сформувалися основні засади самоврядування міст в Україні за магдебурзьким правом. Місто звільнялося від суду і влади воєвод, панів і старост, суддів і підсудків, намісників та інших державних урядників. Мешканці міст звільнялися від необхідності нести військову повинність, з'являтися на посполите рушення. Вони зобов'язувалися лише постачати обоз до війська. Міста отримували право володіти земельною власністю, тоді як раніше цим правом користувалася лише шляхта [5, с. 23].

Здебільшого, міське самоврядування здійснювалося двома виборними органами – "радою" та "лавою", що носили спільну назву "магістрат". Рада, яка складалася з райців (від німецького Rahtman), очолених бурмистрами (німецьке Bürgermeister), виконувала адміністративні функції. До обов'язків ради та бурмистрів входили щотижневі збори на засідання в ратуші для вирішення найважливіших питань життя громади: вислуховувати суперечки між мешканцями, слідкувати за цінами, за мірами та вагами на ринках, захищати вдів і сиріт, викорінювати азартні ігри, слідкувати за міським бюджетом. Члени міської ради обиралися здебільшого серед найзаможніших городян, внаслідок чого рада з часом перетворювалася на замкнуту касту міського патриціату (наприклад, у Львові олігархічний характер магістрату окреслився вже наприкінці XV століття) [12, с. 128–129].

Також було остаточно знищено вибори бурмистрів і рада встановлювала на ці посади своїх членів по черзі. Міська громада втратила навіть право представляти кандидатів на посаду бурмистрів [5, с. 24].

Лава була судовим органом, який очолювався війтом (від німецького Vogt). У ролі присяжних цього суду виступали виборні городяни – лавники. Війт особисто не виносив рішення, а лише з'ясовував думку присяжних і вирок базував на рішенні лавників [12, с. 128–129]. Кількість лавників у різних містах не була однаковою вона коливалася від 3-х до 12-ти осіб. З часом традиція обирати лавників громадою почала занепадати і лава поповнювалася за рахунок вибулих лавників шляхом дообрання нових членів [5, с. 23].

Обсяг незалежності міста визначався типом війтівства. Адже саме війтові король або магнат надавав локаційний привілей. За влучним висловом сучасного дослідника А. Заяця, в очах тогочасного суспільства місто отримавши подібний привілей ставало ніби "закононародженим" [7, с. 47]. Стосовно короля або власника міста уряд війта носив характер бенефіцію – довічного або навіть спадкового, причому доволі вигідного матеріально: адже війтові належала третина належала третина судових оплат і частина міського податку, сплачуваного на користь короля чи іншого власника населеного пункту. Великі королівські міста з потужними фінансовими можливостями зазвичай викуповували війтівський уряд після чого пост війта ставав виборним, як і решта посад міського самоврядування [12, с. 128]. Таким чином місто перетворювалося на цілком автономну "державу в державі" – з власними управлінням, податками і навіть громадянством. Адже користувалися міським правом тільки особи, належні до міської громади, а стати її членом можна було або спадково, або шляхом купівлі нерухомості в місті, через одруження або за особливі заслуги перед містом. Новоприйняті громадяни складали спеціальну присягу, сплачували вступний податок і вписувалися до відповідних міських книг. Однак попри це все, в місті мешкала значна кількість "негромадян", які здебільшого мешкали на околицях міст, підлягали міському праву, але не користувалися правами "повноправних громадян" міст [12, с. 129].

Серед українських міст які користувалися магдебурзьким правом чітко вирізняються дві групи – такі міста, що користувалися міським правом повною мірою і ті, що мали неповне магдебурзьке право. Повним магдебурзьким правом користувалися, наприклад, Львів, Кам'янець-Подільський, Київ. Менші міста, здебільшого користувалися неповним магдебурзьким правом із окремим війтівством і невеликим магістратом (у складі 3-4 осіб).

Колосальною проблемою для українських міст Речі Посполитої була проблема національної та релігійної нерівноправності мешканців міста. Дуже часто у великих містах права на магдебурію надавалися лише членам громади римо-католицького віросповідання – полякам та німцям. Натомість українці (русини), євреї та вірмени, які становили більшість у містах залишалися часто поза межами дій магдебурзького права. За таких умов життя міст часто ставало паралізованим і королі та власники міст змушені були видавати додаткові локації на магдебурію для українців і вірмен, у містах створювалися різні юрисдикції – польська, українська (руська), вірменська. Інколи в містах створювали змішані ради і війтівські уряди з католиків та православних. Остання форма застосовувалася, здебільшого, на території Великого князівства Литовського, де католицький елемент був значно слабшим, ніж в польському королівстві [4, с. 238–239].

З приєднанням Лівобережжя та Києва до Московського царства в середині XVII століття українські міста зберегли свій самоврядний статус і в 1665 році отримали від царя поновні грамоти на магдебурзький привілей. У цих документах не вказувалося які саме законодавчі акти слід використовувати містам у своєму самоврядуванні, тому традиційна структура самоврядування українських міст і старі польські збірники міського права за редакцією Б. Ґроїцького та П. Щербича використовувалися на території підросійської України до кінця XVIII – початку XIX століття [5, с. 128–129].

Підводячи підсумки написаного вище зазначимо, що шляхи проникнення норм магдебурзького права на територію сучасної України були доволі складними і суперечливими. Є підстави припускати, що перші паростки німецького міського права з'являються в Україні з кінця XIII століття разом зі німецькими колоністами-поселенцями у Львові та Володимирі. Однак масштабне проникнення магдебурзького права в українські міста припадає на XIV – XVI століття. На жаль, практика надання частих повторних локаційних привілеїв на магдебурзьке право українським містам з боку королівської або магнатської влади, робить доволі проблематичним визначення точної дати надання магдебурії тому чи іншому населеному пунктові.

Слід відзначити, що в Україні, як і на території Польщі та Литви, практично не набули розповсюдження автентичні правові збірники створені в Німеччині ("Саксонське Дзеркало", "Вайхбільд", "Вульгата" тощо) й міське самоуправління здійснювалося на основі польських перекладів та "переспівів" оригінального магдебурзького права. Найпопулярнішими збірниками муніципального права, що застосувалися в українських містах протягом століть залишалися праці польських правників Б. Ґроїцького та П. Щербича. Поряд з тим, слід наголосити, що в українських містах дуже часто (особливо в судовій практиці) поряд із використанням норм магдебурзького права застосували норми звичаєвого руського права при винесенні вироків.

Історичний досвід міського самоврядування слід врахувати в сучасній науці та в процесі вирішення сучасних проблем розбудови системи самоврядування незалежної України.

Подальші дослідження магдебурзького права в Україні полягають у вивченні інших аспектів та особливостей магдебурзького права в місті Києві та спеціального дисертаційного дослідження.

1. Архив ЮЗР. – Ч.V. Акты о городах (1432–1798). – Т. 2. – К., 1896. – С. 126–128. 2. *Владімірский-Буданов М.* Німецьке право в Польщі й Литві. – Львів, 1903. – С. 3. 3. *Гошко Т.* Нариси історії магдебурзького права в Україні XIV – початку XVII ст. – Львів.: Афіша, 2002. 4. *Грушевський М.* Історія України-Руси. Т.V. – К.: Наукова думка, 1994. – С. 238-239. 5. *Делімарський Р.* Магдебурзьке право у Києві. – К., 1996. – С. 21. 6. *Зашкільняк Л., Крикун М.* Історія Польщі. – Львів, 2002. – С. 83. 7. *Заяць А.* Урбанізаційний процес на Волині в XVI – першій половині XVII століття. – Львів, 2003. – С. 47. 8. *Кистякивский А.* Очерк исторических сведений о своде законов, действующих в Малороссии, под заглавием: Права по которым судится малороссийский народ. – С. 991. 9. *Kutrzeba S.* Historja źródeł dawnego prawa polskiego. – T. II.– S. 202. 10. *Польте В.* Основні риси магдебурзького права. – С. 27. 11. Центральний державний історичний архів України в м. Києві. – Ф. 62. Київський городовий магістрат. – Оп. 1. – Спр. 1. – Арк. 3-6. 12. *Яковенко Н.* Нарис історії середньовічної та ранньомодерної України. – Вид. третє. – К.: Критика, 2006. – С. 127; *Яковенко Н.* Нарис історії середньовічної та ранньомодерної України. – Вид. третє. – К.: Критика, 2006. – С. 127–128; *Яковенко Н.* Нарис історії середньовічної та ранньомодерної України. – Вид. третє. – К.: Критика, 2006. – С. 128–129; *Яковенко Н.* Нарис історії середньовічної та ранньомодерної України. – Вид. третє. – К.: Критика, 2006. – С. 128–129; *Яковенко Н.* Нарис історії середньовічної та ранньомодерної України. – Вид. третє. – К.: Критика, 2006. – С. 128.

Надійшла до редколегії 28.02.07

О. Клепікова, канд. юрид. наук

ПРАВОВИЙ СТАТУС УЧАСНИКІВ ПРОЦЕСУ МОРСЬКОГО ПЕРЕВЕЗЕННЯ ВАНТАЖІВ

Досліджуються особливості правового статусу учасників процесу морського перевезення вантажу.
The peculiarities of legal status of members of shipping load process is studied.

Правовий статус учасників процесу перевезення вантажів морським транспортом (далі по тексту – учасники) передбачає правову регламентацію їх участі у процесі перевезення та визначає їх роль в ньому.

Поняття учасників є похідним від поняття суб'єкта господарського права, оскільки вони:

- є учасниками правовідносин, що виникають у сфері перевезення вантажів морським транспортом, які розглядаються нами як вид господарських правовідносин;
- організують морські вантажні перевезення, сприяють їх здійсненню або здійснюють їх безпосередньо, тобто здійснюють один із видів господарської діяльності;
- мають організаційно-правову форму;
- мають характерною ознакою майнову самостійність;
- мають господарську правосуб'єктність.

Термін "учасники" розглядається нами у широкому значенні: він охоплює широке коло суб'єктів, які беруть участь у перевезенні вантажів морським транспортом безпосередньо або організовують чи сприяють здійсненню такого перевезення в силу своєї господарської компетенції.

Учасники процесу морського перевезення вантажів можуть бути класифіковані таким чином:

- прямі учасники процесу перевезення: відправник, перевізник, одержувач;
- непрямі учасники процесу перевезення – суб'єкти, які організовують морське перевезення або сприяють його здійсненню в силу своєї господарської компетенції, а саме: експедитор, морський торговельний порт, морський агент.

Таким чином, учасниками процесу морського перевезення вантажу є господарюючі суб'єкти, які організовують морські вантажні перевезення, сприяють їх здійсненню або здійснюють їх безпосередньо.

Прямими учасниками процесу перевезення вантажу морським транспортом (далі по тексту – прямі учасники) є суб'єкти господарювання, що безпосередньо здійснюють морські перевезення. Такими є сторони договору морського перевезення вантажу: відправник, перевізник, одержувач.

Відправником за договором морського перевезення вантажу згідно зі ст. 133 Кодексу торговельного мореплавства України (далі – КТМУ) [5] є особа, яка доручає перевізнику перевезти вантаж з порту відправлення у порт призначення і зобов'язується сплатити за перевезення встановлену плату. Правовий статус відправника при цьому поєднується з таким учасником перевезення, як фрахтувальник. Частина 2 вищезазначеної статті говорить про те, що фрахтувальником і фрахтівником визначаються особи, що уклали між собою договір фрахтування судна (чартер). Однак, поняття договору фрахтування судна міститься у ст. 203 КТМУ, яка визначає сторонами договору судновласника і фрахтувальника, а не фрахтівника і фрахтувальника, а ст. 134 КТМУ відносить чартер до документів, що підтверджують наявність і зміст договору морського перевезення вантажу, а не договору фрахтування. Таким чином, в особі відправника на законодавчому рівні поєднано правовий статус відправника і фрахтувальника. Джерелом такого розуміння правового статусу відправника стала ст. 118 КТМ СРСР, проте ще в 1973 році автори Коментарю до КТМ СРСР зазначали, що правовий статус відправника не повинен ототожнюватися з правовим статусом фрахтувальника. Так, за договором купівлі-продажу на умовах ФОБ або ФАС покупець виступає як фрахтувальник судна, тобто як сторона за договором перевезення, однак він не є при цьому відправником. Відправником є продавець, який уклав угоду купівлі-продажу на умовах ФОБ або ФАС, а стороною за договором перевезення виступає покупець за цією угодою, який зафрахтував судно для перевезення придбаного вантажу і іменується фрахтувальником [6].

На думку О.Г. Калпіна, при укладанні угоди на умовах СІФ продавець зобов'язаний за свій рахунок зафрахтувати судно і відправити вантаж на адресу покупця. У цьому випадку продавець стає фрахтувальником судна, а якщо він відправляє вантаж від свого імені – відправником. Однак, під час фрахтування судна продавець вправі укласти договір експедиції з іншою особою, яка має прийняти на себе обов'язок відправити вантаж на адресу одержувача. Якщо ця особа діє від свого імені, то вона повинна бути визнана відправником. Отже, на думку автора, відправник не може бути водночас фрахтувальником [3].

Таким чином, помилковим є твердження, що терміни "відправник" і "фрахтувальник" співпадають. Таке твердження на практиці може привести до того, що під час здійснення морських перевезень коносамент у всіх випадках треба було б видавати лише фрахтувальнику, який відповідав би за невірні відомості стосовно вантажу, що були зазначені відправником [15].

На нашу думку, розмежування правового статусу відправника і фрахтувальника не може обґрунтовуватися лише тим, що вони не співпадають як сторони у запродажному контракті. Важливим має бути визначення предмету їх зобов'язань.

Відправник – це сторона в договорі морського перевезення вантажу, від імені якої вантаж подається до перевезення і яка зазначена відправником у перевізних документах незалежно від того, хто фактично здійснив відправку і навантаження. Предметом зобов'язань відправника є подання вантажу для перевезення у належному стані, оформлення транспортних документів своєчасно і повною мірою, а також внесення плати за перевезення.

На думку українських науковців, відправником є особа, яка відправляє вантаж і є стороною договору перевезення, фрахтувальником є сторона договору фрахтування [8].

Згідно з п.3 ст.1 Конвенції ООН про морське перевезення вантажів 1978р., вантажовідправником є будь-яка особа, якою або від імені якої укладено договір морського перевезення вантажу з перевізником, або будь-яка особа, якою або від імені якої вантаж фактично здано перевізнику у зв'язку з договором морського перевезення.

Отже, слід визнати, що предметом зобов'язань відправника є подання вантажу для перевезення, а фрахтувальника – використання судна для перевезень або інших цілей торговельного мореплавства. Разом з тим фрахтувальник вправі вступити у нові договірні відносини щодо здійснення перевезення і отримати статус

© Клепікова О., 2007

перевізника; при цьому зобов'язання за двома різними договорами залишаються автономними.

О.Г. Калпін пропонує ввести поняття "відправник, який є стороною договору" і "відправник, що є фрахтувальником". При застосуванні першого поняття ми мали б справу з відправником, що передає вантаж фрахтівнику на підставі чартеру, при цьому він не є фрахтувальником; а при застосуванні другого – з відправником вантажу по чартеру, який не є фрахтувальником, з однієї сторони, та відправником – стороною договору перевезення вантажу по коносаменту, з іншої сторони.

Таким чином, на думку О.Г. Калпіна, питання визначення правового статусу відправника має розглядатися в таких аспектах:

- відправник як особа, що надає вантаж перевізнику за договором перевезення;
- відправник як фрахтувальник, який надає вантаж фрахтівнику на підставі чартеру;
- відправник як особа, що надає вантаж фрахтівнику на підставі чартеру, однак не є при цьому фрахтувальником [3, С. 55].

На нашу думку, визначення правового статусу відправника в таких аспектах не відповідає характеру його зобов'язань внаслідок поєднання змісту договорів перевезення і фрахтування, з однієї сторони, та правової природи чартеру і коносаменту, з іншої, тому, варто вести мову саме про відправника як сторону договору морського перевезення вантажу і обмежити предмет його зобов'язань змістом цього договору. Отже, відправник і фрахтувальник не співпадають в одній особі.

На думку Фадєєвої Т.О., правовий статус відправника полягає в тому, що він за договором морського перевезення є особою, яка здала вантаж до перевезення разом із необхідними перевізними документами, незалежно від того, хто фактично здійснив навантаження. Від відправника слід відрізняти експедитора, який здійснює фактичне відправлення вантажу, але не від свого імені, а від імені і за рахунок відправника. Відправник повинен фіксуватися як такий у перевізному документі [15, С. 29].

Отже, правовий статус відправника характеризується такими ознаками: по-перше, відправник вступає у договір перевезення від свого імені; по-друге, предметом зобов'язань відправника є надання вантажу разом з перевізними документами перевізнику; по-третє, відправник повинен бути зазначений як такий у перевізних документах. Юридичним фактом, з яким пов'язано виникнення правовідносин між відправником і перевізником, є передача вантажу останньому. Відправниками можуть бути суб'єкти господарювання, яким вантаж належить на праві власності або інших законних підставах.

Наявність відправника є суттєвою ознакою договору перевезення вантажу. Якщо перевізник подає одержувачеві вантаж, який йому належить, своїми засобами, то правовідносини щодо перевезення вантажу не виникають.

Таким чином, відправником вантажу за договором морського перевезення вантажу є такий суб'єкт господарювання, який вступає у договір від свого імені і зобов'язується у встановлений договором строк надати перевізнику для перевезення вантаж разом з перевізними документами, в яких відправник значиться як такий.

Правовий статус відправника не є ідентичним правовому статусу фрахтувальника, тому у визначенні договору морського перевезення вантажу, на нашу думку, не варто посилатися на фрахтувальника.

Перевізник є таким учасником процесу перевезення вантажів морським транспортом, функціональне призначення якого полягає у наданні транспортної послуги.

В юридичній літературі радянських часів і до сьогодення не існує єдиного погляду на питання щодо правового статусу перевізника, а тому склалася тенденція ототожнення його зі статусом фрахтівника, що знайшло відображення у ст. 118 КТМ СРСР, а згодом було запозичене у ст.133 КТМУ.

П.Д. Самойлович вважає, що фрахтівником (перевізником) є особа (юридична або фізична), яка здійснює перевезення вантажів, пасажирів і багажу на морських транспортних судах морськими шляхами [13]. На думку інших авторів, фрахтівник – сторона в договорі фрахтування, яка зобов'язується доставити вантаж за договором фрахтування, перевізник – сторона за договором морського перевезення, яка надає судно, приймає вантаж, здійснює за обумовлену винагороду переміщення вантажу і видає його в пункті призначення. Щодо фрахтівника, то його визначення зводиться і до розуміння сторони в договорі фрахтування, яка приймає на себе обов'язок здійснити за винагороду перевезення вантажу у порт призначення за умов надання всього судна, його частини або визначених судових приміщень [8, С. 135–138].

Таким чином, існує два підходи у визначенні правового статусу перевізника: відповідно до першого, перевізник і фрахтівник є сторонами договору морського перевезення вантажу; відповідно до другого, – перевізник є стороною договору перевезення, а фрахтівник – стороною договору фрахтування, однак предмет зобов'язань однаковий – і одна, й інша сторона здійснюють переміщення вантажу.

На нашу думку, сформульовані підходи не є адекватними. До того ж, ч.1 ст.133 КТМУ визначає перевізника і фрахтівника сторонами договору перевезення, а ч.2 цієї статті називає фрахтівника стороною договору фрахтування. При цьому розділ VI КТМУ, який присвячено саме договору фрахтування, жодних посилань на фрахтівника, як сторону договору, не містить. Можна припустити, що законодавець користується двома термінами задля розмежування двох видів договору перевезення, а в подальшому для практичної зручності використовує щодо обох видів договору термін "перевізник". Як результат зазначеного, цей термін використовується у двох значеннях: вузькому – для визначення сторони договору перевезення по коносаменту; і в широкому – для визначення сторони договору перевезення по коносаменту і чартеру. Вживання одного і того ж терміну в різних значеннях є помилковим, а тому природно було б припустити, щоб кожний з термінів ("перевізник" і "фрахтівник") застосовувався лише стосовно договору відповідного виду [3, С. 45].

Таким чином, у визначенні договору морського перевезення вантажу, на нашу думку, не варто вживати посилання на фрахтівника.

Визначення правового статусу перевізника слід розглядати у порівнянні з правовим статусом фрахтівника. При цьому не є помилковим віднесення їх обох до учасників процесу морського перевезення, їх об'єднує право використовувати судно для здійснення морських перевезень. Це дає підстави вести мову про судновласника або власника судна згідно зі ст. 20 КТМУ. Зміст цієї статті визначає судновласником юридичну або фізичну особу, яка експлуатує судно від свого імені, незалежно від того, чи є вона власником судна чи використовує на інших законних підставах; власником судна є суб'єкт права власності або особа, яка здійснює відносно закріпленого за нею судна права, до яких застосовуються правила про право власності. Однак, ст. 203 КТМУ називає сторону, що передає судно у фрахт суд-

новласником, а тому постає питання: чи може власник судна бути стороною договору фрахтування?

На нашу думку, і судновласник, і власник судна, оскільки ст.206 КТМУ передбачає субфрахтування, можуть бути такою стороною договору фрахтування, що зобов'язується надати судно у фрахт, і така сторона повинна іменуватися фрахтівником. Тому, у ст. 203 КТМУ має бути передбачено, що за договором фрахтування судна на певний час фрахтівник зобов'язується за фрахт надати судно фрахтувальнику для використання у перевезеннях або в інших цілях торговельного мореплавства. Запропоноване визначення дає підстави стверджувати, що фрахтівник є стороною договору фрахтування, а не перевезення вантажу.

Слід також зауважити, що у практиці торговельного мореплавства у більшості випадків перевезення здійснює не власник морського судна, а особа, що експлуатує його на підставі договору фрахтування. Перевізник, таким чином, виконує водночас дві функції: є фрахтувальником за договором фрахтування, з однієї сторони, і перевізником за договором перевезення, з іншої. У першому випадку ми маємо справу з правовідносинами, що виникають внаслідок перевезення вантажу, а у другому – з правовідносинами, що виникають внаслідок фрахтування морського судна, з однієї сторони, і правовідносинами, що виникають внаслідок перевезення вантажу, з іншої. Визначальним критерієм в обох випадках є статус перевізника, який у першому випадку має право власності на судно, а у другому – право використовувати судно. Однак, і в першому, і в другому випадках перевізник є самостійним суб'єктом господарювання, оскільки його функціональне призначення залишається однаковим – здійснити перевезення вантажу за договором перевезення.

Конвенція ООН про морське перевезення вантажів визначає терміни "перевізник" і "фактичний перевізник". Згідно зі ст.1 перевізником є будь-яка особа, якою або від імені якої з вантажовідправником укладено договір морського перевезення вантажу. Фактичним перевізником є будь-яка особа, якій перевізником доручено здійснити перевезення вантажу або частину перевезення, і включає будь-яку іншу особу, якій доручено здійснити перевезення. Конвенцією передбачено, що в тих випадках, коли здійснення перевезення або частини його доручено фактичному перевізнику, навіть якщо це відображено в умовах договору морського перевезення, перевізник залишається відповідальним за все перевезення. Щодо перевезення, яке здійснюється фактичним перевізником, перевізник несе відповідальність за дії і упущення фактичного перевізника та його службовців і агентів, які діяли в межах своїх службових обов'язків. У тих випадках і в тій мірі, в якій і перевізник, і фактичний перевізник несуть відповідальність, ця відповідальність є солідарною.

Таким чином, поняття "перевізник" і "фактичний перевізник" не є тотожними: перевізником є будь-який суб'єкт господарювання, від імені якого укладено договір морського перевезення вантажу. Фактичним перевізником є такий господарюючий суб'єкт, якому перевізник доручив здійснити все перевезення або його частину.

Перевізниками вантажів морським транспортом за часів СРСР були державні морські пароплавства, зокрема, Чорноморське, Дунайське, Азовське та інші. Законодавець визначав державні морські пароплавства як самостійні господарюючі організації, що користуються правами юридичної особи і не відповідають по обов'язках держави та інших підприємств і організацій [11]. Ст.7 КТМ СРСР передбачала, що лише державні пароплавства мають право використовувати судна для перевезення вантажів.

Сьогодні перевізниками можуть бути не лише пароплавства, а й інші суб'єкти господарювання, що отримали ліцензію на здійснення перевезень у передбаченому законодавством України порядку.

Правове становище перевізника може характеризувати його особливий статус – статус національного перевізника, який надається згідно з "Положенням про порядок надання морським і річковим судноплавним компаніям статусу національного перевізника", затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 21 червня 2001 р. № 668 [10] в порядку, передбаченому Наказом Міністерства транспорту України № 584 від 04.09.2001 р. "Про затвердження Порядку проведення конкурсу щодо надання судноплавним компаніям статусу національного перевізника".

Метою надання статусу національного перевізника підприємствам морського і річкового транспорту є створення умов для поліпшення транспортних зв'язків України з іншими державами та підвищення якості транспортних послуг і конкурентоспроможності вітчизняних судноплавних компаній на міжнародному ринку.

Статус національного перевізника надається судноплавній компанії, якщо вона відповідає наступним вимогам:

- має оформлену відповідно до законодавства ліцензію на надання послуг з перевезення пасажирів та вантажів морським, річковим транспортом;
- є юридичною особою України та використовує для перевезень флот під Державним Прапором України;
- діяльність компанії відповідає вимогам КТМУ та законодавству України;
- пройшла перевірку Міжнародної аудиторської організації.

Статус національного перевізника надається судноплавним компаніям на конкурсних засадах за поданням Укрморрічфлоту на підставі рішення Мінтрансу.

Судноплавна компанія, якій надано статус національного перевізника, повинна забезпечувати: перевезення вантажів за державним замовленням; першочергове виконання зобов'язань, що випливають з міжнародних договорів України; виконання окремих завдань Кабінету Міністрів України щодо перевезень морськими та річковими судами; належний рівень безпеки судноплавства; виробничу діяльність відповідно до вимог захисту навколишнього природного середовища.

Національний перевізник має право на одержання вантажів в українських та іноземних портах для перевезень, пов'язаних з виконанням: державних програм або економічних проектів; зовнішньоторговельних контрактів на поставки товарів пріоритетного (стратегічного) експорту; експортних вантажних поставок у рамках державних квот; експортних вантажних поставок для вітчизняних підприємств, яким надаються державні субсидії; імпортних поставок, що фінансуються за рахунок державних або іноземних кредитів, які надаються під гарантії Кабінету Міністрів України. Судноплавна компанія, яка має статус національного перевізника, може бути позбавлена цього статусу у разі невиконання вищенаведених вимог. Рішення про позбавлення статусу національного перевізника приймається у такому ж порядку, що і його надання.

Сьогодні статус національного перевізника отримали Відкрите акціонерне товариство "Українське Дунайське пароплавство" згідно Наказу Міністерства транспорту України № 729 від 29.10.2001 р. та судноплавна компанія "Укрферри" згідно Наказу Міністерства транспорту України № 284 від 26.04.2002 р.

Таким чином, перевізник – це суб'єкт господарювання, який на виконання умов договору морського перевезення вантажу зобов'язується перевезти доручений йому відправником вантаж з порту відправлення в порт призначення і видати його одержувачу. Перевізник є стороною договору морського перевезення вантажу і зазначається як такий у відповідних транспортних документах.

Одержувачем вантажу, згідно з положеннями ст.133 КТМУ, є особа, яка уповноважена на одержання вантажу.

В юридичній літературі склалися три наукові позиції з питання правового статусу одержувача:

- одержувач як третя особа, на користь якої укладено договір морського перевезення вантажу;
- одержувач разом з відправником є однією стороною в договорі морського перевезення вантажу;
- одержувач є самостійною стороною в договорі морського перевезення вантажу.

Першу позицію займають вчені-правознавці О.С. Іоффе [2], О.Л.Маковський [7], П.Д. Самойлович [13], Є.Д. Стрельцова [14].

На думку О.Л.Маковського, конструкція договору перевезення вантажу як договору на користь третьої особи – одержувача дозволяє розмежовувати правовідносини одержувача з перевізником і одержувача з відправником. Автор зауважує на те, що правовідносини одержувача з відправником лежать за межами договору перевезення, однак є дійсною підставою надання одержувачу вантажу права вимагати виконання цього договору. Оскільки третій особі – одержувачу – надається право вимагати виконання договору, а обов'язок, відповідно до цього права одержувача покладено на боржника – перевізника, то на підставі договору перевезення у одержувача, як особи уповноваженої, виникають правовідносини лише з перевізником, як особою, зобов'язаною, а не з відправником; він ніяких обов'язків по відношенню до одержувача за договором перевезення на себе не приймає. Відносини відправника з одержувачем, незалежно від їх характеру і правової природи, не стосуються і не є обов'язковими для перевізника [7; С. 85]. На думку інших авторів, набуття права вимагати виконання договору на користь третьої особи не потребує спеціального вираження її волі тому, що третя особа вже з моменту укладання договору отримує право вимагати його виконання [9]. Таким чином, право вимагати від перевізника видачі одержувачу вантажу виникає вже при укладанні договору, а реалізація цього права відбувається пізніше [1].

Розуміння договору морського перевезення вантажу як договору на користь третьої особи в юридичній літературі обґрунтовується трьома теоріями. За змістом першої, виникнення прав одержувача поряд з правами відправника супроводжується підписанням транспортного документу. Отже, разом з відправником за його волею з'являється уповноважена особа – одержувач, і тому відправник сам себе позбавляє можливості змінити умови договору. Друга теорія передбачає виникнення прав одержувача з моменту прибуття вантажу у місце призначення. З цього моменту одержувач отримує право розпоряджатися вантажем і набуває відповідних прав за договором. Відправник поступаючись місцем одержувачу, не вибуває з договору, але залишається пов'язаним з правами одержувача. Якщо одержувач відмовляється від своїх прав, то відправник знову стає повноправним агентом. Третя теорія обґрунтовується правом розпорядження вантажем і передбачає, що право розпоряджатися вантажем під час перевезення має той, у кого на законних підставах знаходиться транспортний документ, який забезпечує право одержати вантаж. Це право може мати і відправник, і одержувач, а також інший законний утримувач цього документа [13, С. 30–31].

З теорією визнання договору морського перевезення вантажу як договору на користь третьої особи не в усьому можна погодитися, зокрема:

- якщо одержувач не є стороною, а має статус третьої особи за договором перевезення, то як тоді пояснити комплекс його обов'язків за договором перевезення;
- як пояснити посилання на одержувача у коносаменті або іншому транспортному документі;
- перевізник, відправник і одержувач є однаково заінтересованими у перевезенні; саме це їх об'єднує і робить договір багатостороннім.

На думку деяких науковців, питання визначення правового статусу одержувача передбачає поєднання правового статусу одержувача і відправника, тобто, визнання їх однією стороною в договорі. Ця позиція була започаткована Я.І. Рапопортом [12] і отримала заперечення з боку науковців. Так, Т.О. Фадєєва вважає, що з позиції цієї теорії неможливо пояснити, чому відправник і одержувач, які є однією стороною договору, мають різні права і обов'язки, несуть різну відповідальність [15, С. 62].

На нашу думку, заслуговує уваги позиція М.О. Тарасова, М.О. Аллахвердова, Г.П. Савичева, які розглядають одержувача як самостійну сторону в договорі перевезення.

По-перше, ст.133 КТМУ вказує на одержувача як самостійну сторону договору, яка має певні зобов'язання; по-друге, ст.1 Конвенції ООН про морське перевезення вантажів 1978р. визначає три сторони договору морського перевезення вантажу: перевізник (фактичний перевізник), вантажовідправник, вантажоодержувач – особа, що уповноважена на отримання вантажу; по-третє, одержувач має права і обов'язки, відмінні від прав і обов'язків відправника та перевізника; по-четверте, одержувач вступає в договір від свого імені, а тому від свого імені несе відповідальність за невиконання або неналежне виконання своїх обов'язків; по-п'яте, одержувач зазначається як такий у транспортних документах (коносамент, чартер, накладна).

Таким чином, одержувач – це такий суб'єкт господарювання, який відповідно до умов договору морського перевезення вантажу має право вимагати видачі вантажу і зобов'язується сплатити провізну плату, якщо того вимагають умови договору. Одержувач є самостійною стороною договору морського перевезення вантажу.

Непрямими учасниками процесу перевезення є суб'єкти, які сприяють виконанню договору морського перевезення вантажів. Такі суб'єкти визначено окремою групою, оскільки вони: по-перше, не є сторонами договору морського перевезення вантажу, по-друге, сприяють здійсненню морського перевезення, оскільки мають господарську компетенцію. Непрямі суб'єкти не беруть безпосередньо участі в договорі перевезення, їх повноваження витікають з інших договірних засад або з їх функціонального призначення.

У практиці торговельного мореплавства, як правило, перевізник є судновласником, а тому варто відзначити, що у таких випадках представником перевізника є капітан судна. З іншої сторони, капітан є водночас представником відправника або одержувача вантажу, залежно від договірних умов щодо права власності на вантаж під час його транспортування. Виконуючи обидві функції разом, капітан судна є особою, що має свій інтерес щодо своєчасної та належної доставки вантажу, його обов'язки пов'язані з турботою про вантаж, а саме: перевезення вантажу до місця призначення; використан-

ня права застави вантажу; видача вантажу одержувачу та інші. Капітан, у межах наданих йому повноважень, має право викинути вантаж за борт судна або здійснити продаж пошкодженого вантажу.

Представництво інтересів вантажовідправника та вантажоодержувача під час перевезення вантажів морським транспортом здійснює експедитор. Відносини учасників транспортно-експедиційної діяльності встановлюються на основі договорів.

Непрямим учасником морського перевезення вантажу є морський торговельний порт. Згідно з ч.1 ст.73 КТМУ порт є державним транспортним підприємством, призначеним для обслуговування суден, пасажирів і вантажів на відведених порту території і акваторії, а також перевезення вантажів і пасажирів на суднах, що належать йому.

Морські порти є такими суб'єктами господарювання, що сприяють здійсненню процесу перевезення вантажів морським транспортом шляхом виконання вантажних операцій, здійснення контролю за безпекою мореплавства, а також забезпечують перевезення на власних морських суднах, виступаючи при цьому перевізником – стороною договору морського перевезення вантажу.

Непрямим учасником процесу перевезення вантажів морським транспортом є морський агент. Морське агентування – це обслуговування морських суден у портах морськими агентами.

У морському порту або поза його територією як постійні представники судновласника діють агентські організації (морський агент), які за договором морського агентування за винагороду зобов'язуються надавати послуги в галузі торговельного мореплавства. При виконанні договору морського агентування морський агент, що діє від імені судновласника, може також діяти на користь іншої договірної сторони, якщо вона її на те уповноважила і якщо судновласник не заперечує (ст.116 КТМУ).

Отже, морський агент виконує посередницьку діяльність, суть якої полягає в тому, що морський агент є посередником між судновласником, судно якого він обслуговує, і різними організаціями та особами, які мають відношення до морського перевезення вантажу. Посередницька діяльність полягає у наданні допомоги капітану судна шляхом орієнтування його в обставинах місцевості та надання відповідної інформації [4].

Техніка агентського обслуговування включає: по-перше, кларірування суден – виконання митних, портових формальностей та оформлення документів для здійснення вантажних операцій; по-друге, надання послуг технічного і комерційного характеру – здійснення бункеровки, ремонту суден, навантаження тощо.

Діяльність морських агентів сприяє швидкому та належному виконанню договору перевезення. Це пояснюється тим, що послуги морського агента зменшують експлуатаційні витрати перевізника і забезпечують своєчасність вантажних операцій.

Отже, агентування морського торговельного флоту – це обслуговування суден в морських і річкових портах України, що здійснюється судновим агентом. Судновий агент – це будь-яка особа (фізична або юридична), яка бере участь від імені і за рахунок власника, фрахтівника, оператора судна або власника вантажу в наданні послуг у галузі морських перевезень.

Таким чином, до непрямих учасників перевезення відносяться експедитор, морський порт і морський агент; вони не є сторонами договору морського перевезення вантажу, їх призначення – організувати морське перевезення вантажів та сприяти його здійсненню.

1. *Астановский Г.Б.* Правовое положение грузополучателя и принцип реального исполнения в договоре перевозки // Правоведение. – 1963. – № 4. – с. 54–58. 2. *Иоффе О.С.* Советское гражданское право. Том 2. – Л., 1961. – с. 275–276. 3. *Калпин А.Г.* Чартер: природа, структура отношений, сопоставление со смежными транспортными договорами. – М., 1978. – с. 56. 4. *Кейлин А.Д., Фриденштейн Я.Б.* Агентирование морских судов. – М., 1949. – с. 47–50. 5. Кодекс торговельного мореплавства України від 23.05.1995 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 47. – Ст. 349. 6. Комментарий к Кодексу торгового мореплавания Союза ССР / Под ред А.Л. Маковского. – М., 1978. – с. 149. 7. *Маковский А.Л.* Правовое регулирование морских перевозок грузов. – М., 1961. – с. 103. 8. Морское право Украины / Демиденко В.В., Шемякин А.Н., Балобанов А.О. и др. – О., 1996. – с. 130–138. 9. *Новицкий И.Б., Луниц Л.А.* Общее учение об обязательстве. – М., 1950. – с. 141. 10. "Положення про порядок надання морським і річковим судноплавним компаніям статусу національного перевізника", затверджене Постановою Кабінета Міністрів України від 21 червня 2001 р. № 668 // Урядовий кур'єр. – 2001. – 23 червня. 11. Постановление СНК СССР от 09 декабря 1934 г. "О государственных морских пароходствах" // Собрание законодательства. – 1934. – № 64. 12. *Рапопорт Я.И.* Правовое положение грузополучателя в договоре грузовой железнодорожной перевозки // Научные записки Харьковского института советской торговли. – 1957. – Вып. 6. – с. 171–173. 13. *Самойлович П.Д.* Договор морской перевозки по советскому праву. – М., 1952. – с. 21. 14. *Стрельцова Є.Д.* Договір морського перевезення вантажу (порівняльний аспект): Автореф. дис. … канд. юрид.наук. – О., 2002. – с. 8. 15. *Фадеева Т.А.* Договор перевозки груза. – Л., 1971. – с. 29.

Надійшла до редколегії 28.02.07

Наукове видання

ВІСНИК

КИЇВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА

ЮРИДИЧНІ НАУКИ

Випуски 74-76

Оригінал-макет виготовлено Видавничо-поліграфічним центром "Київський університет"

Автори опублікованих матеріалів несуть повну відповідальність за підбір, точність наведених фактів, цитат, економіко-статистичних даних, власних імен та інших відомостей. Редколегія залишає за собою право скорочувати та редагувати подані матеріали. Рукописи та дискети не повертаються.

Засновник та видавець – Київський національний університет імені Тараса Шевченка. Свідоцтво Міністерства інформації України про державну реєстрацію засобів масової інформації КІ № 251 від 31.10.97. Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет", директор Г.Л.Новікова. Адреса ВПЦ: 01601, Київ, б-р Тараса Шевченка, 14, кімн. 43. ☎ (38044) 239 31 72, 239 32 22; факс 239 31 28

Підписано до друку 27.03.08. Формат 60x84$^{1/8}$. Вид. № 661. Гарнітура Arial. Папір офсетний. Друк офсетний. Наклад 500. Ум. друк. арк. 10,0. Зам. № 28-4317.

Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет"
01601, Київ, б-р Т. Шевченка, 14, кімн. 43
☎ (38044) 239 32 22; (38044) 239 31 72; (38044) 239 31 58; факс (38044) 239 31 28
E-mail: vydav_polygraph@univ.kiev.ua
WWW: http://vpc.univ.kiev.ua