ВІСНИК
КИЇВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА

ISSN 1728-2195

ЮРИДИЧНІ НАУКИ 85/2010

Засновано 1958 року

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

Для науковців, правників, студентів.

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

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

ВІДПОВІДАЛЬНИЙ РЕДАКТОР	І.С. Гриценко, д-р юрид. наук
РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ	Р.А. Майданик, д-р юрид. наук, проф. (заст. відп. ред.); О.В. Клепікова, канд. юрид. наук, доц. (відп. секр.); О.В. Кохановська, д-р юрид. наук, проф.; Г.І. Балюк, д-р юрид. наук, проф.; О.М. Вінник, д-р юрид. наук, проф.; Н.В. Пришва, д-р юрид. наук, проф.; О.В. Дзера, д-р юрид. наук, проф.; О.О. Шевченко, д-р юрид. наук, проф.; П.П. Андрушко, канд. юрид. наук, проф.; І.А. Безклубий, д-р юрид. наук, проф.; Ю.Д. Притика, д-р юрид. наук, проф.; Т.В. Боднар, д-р юрид. наук, проф.; О.В. Зайчук д-р юрид. наук, проф.; А.Т. Комзюк, д-р юрид. наук, проф.

Адреса редколегії	02017, Київ-17, вул. Володимирська, 60, юридичний факультет ☎ (38044) 239 31 67
Затверджено	Вченою радою юридичного факультету 22.11.10 (протокол № 3)
Атестовано	Вищою атестаційною комісією України. Постанова Президії ВАК України № 1-05/4 від 14.10.09
Зареєстровано	Міністерством юстиції України. Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації КВ № 16528-5000Р від 19.04.10
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", 2010

ЗМІСТ

Кохановська О.
Особисті немайнові права фізичних осіб як інститут цивільного права України 4
Краснова М.
Юридичні засади договорів в екологічному праві 6
Шевченко О.
Соціально-економічний аспект концепції сучасної української національної ідеї 9
Шибіко В.
Видача особи (екстрадиція) і завдання кримінального судочинства України 14
Комзюк Л.
Місце авторського права в системах права держав Центрально-Східної Європи:
деякі методологічні аспекти 18
Ващенко Ю.
Проблеми правового статусу Національної комісії регулювання
ринку комунальних послуг України 22
Пацурія Н.
Проблемні питання закріплення та реалізації правовідносин із обов'язкового страхування 26
Дячук Л.
Генеза візантійського шлюбно-сімейного права в контексті християнської ціннісної парадигми 30
Бобровник С.
Конфлікт та компроміс в процесі реалізації громадянами деяких конституційних прав і свобод 36
Цвєткова Ю.
Деякі приклади візантійського впливу на формування української правової традиції 41
Черноус С.
Нормотворчі та нормореалізаційні гарантії правильного застосування
оціночних понять трудового права України 46
Задирака Н.
Рівність доступу до управління державними справами за ґендерною ознакою 51
Беньківський В.
Логічні і теоретичні підстави встановлення причинового зв'язку в кримінальному праві 53
Коваленко Т.
Прогалини в земельному праві України: поняття та сутність 54
Марченко С.
Правові принципи господарської діяльності в агропромисловому комплексі України 60
Шамрай В.
Громадянство та виборче право громадян за конституцією М.Міхновського 63
Совгиря О.
Інститут контрасигнування актів глави держави в Україні:
правова природа та проблеми законодавчого регулювання 66
Попова А.
Функції господарсько-правової відповідальності товарних бірж 70
Рєзнікова В.
Поняття та особливості посередницьких договорів 73
Верес М.
Утворення державних органів праці та їх правовідносини
з професійними спілками в Україні (1917 – 1920 рр.) 78
Киндюк Б.
Правове регулювання лісівництва українськими радянськими органами влади
за часи громадянської війни 82
Сидор В.
Юридична техніка земельного законодавства 85
Бевз О.
Розвиток законодавства про правовий режим земель історико-культурного призначення 88
Якимова І.
Новели правового регулювання концесійних відносин 92
Науменко О.
Загальні принципи примусового виконання рішень господарських судів 97
Шульгін В.
Історіографія та методологія дослідження проблеми реалізації
військового законодавства України 101
Толкачова Н.
Звичаєве право України: особливості розвитку 105
Коваленко В.
Проблеми правового регулювання фінансових ризиків 113

CONTENTS

Kohanovska O.
Personal non-property rights as the institute of civil Ukrainian law 4
Krasnova M.
Legal questions of contracts in ecology Law..... 6
Shevchenko O.
The social-political aspect of the modern Ukrainian..... 9
Shybiko V.
Extradition of a Person and Tasks of Criminal Proceedings of Ukraine 14
Komziuk L.
A place of copyright in the centraleast European states law systems:
some methodological aspects 18
Vashchenko Y.
The problems of legal status
of the National Communal Services Regulation Commission of Ukraine 22
Patsuriya N.
Problem questions of fixing and realization of legal relationships on obligatory insurance 26
Djatchuk L.
Genesis byzantine matrimonial law in the context of christian values paradigms 30
Bobrovnyk S.
Conflict and compromise in the process
of the citizens' realizing the constitutional rights and freedoms 36
Tsvetkova J.
The Some Aspects of the Byzantium Influence for the Ukrainian Legal Tradition Forming 41
Chernous S.
Rulemaking and Rule Realization Guaranties
of Evaluative Notions' Correct Application in Ukrainian Labor Law 46
Zadyraka N.
Gender Issue: Equal Access to Governance and Public Decision Making 51
Benkivskiy V.
Logical and theoretical basis of contemplation of causal relation in criminal law 53
Kovalenko T.
Gabs in Ukrainian Land Law: Notion and Essence 54
Marchenko S.
Legal Principles of the Economic Activity in the Agro-Industrial Complex of Ukraine 60
Shamrai V.
Citizenship and the right to vote of citizens by the constitution of M.Mikhnovskiy..... 63
Sovgiria O.
Institution of Countersigning the Acts of the President in Ukraine:
Legal Nature and Problems of Legislative Regulation 66
Popova A.
Functions of gospodarsko-pravovoy responsibility of commodity exchanges 70
Reznikova V.
The concept and fetures of the mediation agreements 73
Veres M.
State labour organs and law relations with the professional organizations in Ukraine (1917 – 1920)..... 78
Kindyuk B.
Legal Regulation of Forestry by Ukranian Soviet Authorities during the Civil war..... 82
Sidor V.
Legal technique of land legislations 85
Bevz O.
Development of legislation on the legal regime of land of historical and cultural purpose 88
Yakimova I.
Novelties in legal regulation of concession relations..... 92
Naumenko O.
General principals of enforcement of decisions of commercial courts 97
Shulgin V.
The historical descriptions and methodological research problems
of realization of military legislation of Ukraine..... 101
Tolkachova N.
Customary Law of Ukraine: Peculiarities of Development 103
Kovalenko V.
Problems of legal regulations for financial risk management 113

О. Кохановська, д-р юрид. наук, проф.

ОСОБИСТІ НЕМАЙНОВІ ПРАВА ФІЗИЧНИХ ОСІБ ЯК ІНСТИТУТ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Публікація присвячена інституту особистих немайнових прав фізичної особи, який займає в цивільному праві України важливе місце як в законодавчому, так і в доктринальному аспектах.

Ключові слова: інститут особистих немайнових прав фізичної особи; особисті немайнові права; цивільне право.

Публикация посвящена институту личных неимущественных прав физического лица, который занимает в гражданском праве Украины важное место как в законодательном, так и в доктринальном аспектах.

Ключевые слова: институт личных неимущественных прав физического лица; личные неимущественные права; гражданское право.

The article scrutinizes the institute of personal non-property rights of a physical person, which occupies an important role in civil Ukrainian law both in legislative and doctrinal aspects.

Keywords: the institute of personal non-property rights of a physical person; personal non-property rights; civil law.

Актуальність представленої публікації полягає у важливості інституту особистих немайнових прав фізичних осіб в цивільному праві, особливо на сучасному етапі розвитку громадянського суспільства в Україні. Дослідження змісту і складових цього інституту проводиться на сторінках правових видань України і в дисертаційних дослідженнях.

Перш за все, звертає на себе увагу те, що, оскільки особисті немайнові права мають абсолютний характер, цей інститут розміщено серед інститутів інших абсолютних прав – права власності, речових прав та права інтелектуальної власності. Крім того, логіка законодавця ґрунтується на переконанні в тому, що соціальна значущість особистих немайнових прав значно вища, ніж прав, які існують у матеріальній сфері суспільства і які є, перш за все, конституційними правами, духовною основою суспільства і виступають передумовою забезпечення свободи власності, свободи договору, свободи підприємництва тощо. Та обставина, що особисті немайнові права передують речовим, зобов'язальним правам, зумовило також перегляд на сучасному рівні самого поняття цивільних відносин та цивільного права.

Мету закону у розробці загальних положень про особисті немайнові права у главі 20 ЦК України слід розуміти як необхідність встановити норми загального характеру, що застосовуються до всіх без винятку особистих немайнових прав, а також як новий етап у забезпеченні всебічного розвитку особистості, охороні її життя, свободи, честі, гідності та особистої недоторканності. Тільки за такого підходу людина в жодному разі не буде розглядатися лише як засіб для досягнення цілей.

У повній відповідності з Конституцією України, яка змінила саме розуміння прав людини як таких, що отримуються нею від держави на концепцію прав людини, які пов'язані із самим фактом її існування, тобто відносяться до основних її властивостей, ч. 1 ст.269 ЦК України вказує на те, що особисті немайнові права належать кожній фізичній особі від народження або за законом.

Слід зазначити, що особисті немайнові відносини виникають з приводу особистих немайнових благ, які охороняються цивільним законодавством, а саме: здоров'я, життя; честі, гідності і ділової репутації; ім'я (найменування); авторства; свободи літературної, художньої, наукової і технічної творчості, а також інших благ, які охороняються цивільним законодавством (ст. 201 ЦК України).

Що стосується особистих немайнових прав, то вони належать усім без винятку фізичним особам незалежно від віку, дієздатності, інших обставин, зокрема від того, де та у зв'язку з якими подіями життя вони перебувають. Як відомо, положення про рівність конституційних прав усіх громадян закріплено у ст. 24 Конституції України. Однак теоретичні підходи до приналежності особистих немайнових прав усім без винятку фізичним особам і рівність обсягу цих прав повинні бути втілені в повсякденне життя, набути свого реального змісту.

Абсолютний характер особистих прав відрізняє їх від майнових, які в своїй переважній більшості відносні. У даному разі конкретному носієві абсолютного права протистоїть невизначена кількість осіб, які повинні поважати його право і не порушувати його. Крім того, суб'єкти можуть користуватися ними без спеціального дозволу. Межі користування цими правами можуть встановлюватися лише законом.

Основна частина особистих немайнових прав фізичної особи виникає у зв'язку з народженням, тобто вони є природними правами людини. Для інших момент їх виникнення не має точної фіксації і пов'язується з різними обставинами, які зумовлюються рядом чинників. Тому момент виникнення особистих немайнових прав визначається як специфічний, а у ст. 269 ЦК України визначено дві підстави виникнення особистих немайнових прав – народження людини і припис закону.

Визнання Конституцією України та ЦК України природних прав людини стало підставою для корекції поняття цивільної правоздатності, саме як природної здатності мати цивільні права і обов'язки. Це дає підстави для визначення елементів структури цивільного стану особи: природна здатність особи мати цивільні права і обов'язки, юридична можливість мати ці права та обов'язки, фактична можливість стати учасником цивільних правовідносин і реальне володіння цивільними правами та обов'язками.

Особисті немайнові права фізичної особи не мають економічного (або майнового) змісту, мають єдину неекономічну природу і утворюються у духовній сфері життя суспільства. Відсутність економічного змісту випливає, перш за все, із самої їх назви, як немайнових прав. Між тим, певний зв'язок між майновою сферою і названими правами існує. У цьому можна пересвідчитись, порівнюючи можливості матеріально забезпеченої особи на реалізацію своїх прав, і особи, яка таких можливостей не має. Так, при порушенні особистих немайнових прав особа змушена нести як матеріальні, так і душевні втрати. Це, в свою чергу, має вплив в майбутньому і на її майновий стан. Виходячи із цього, немайнові права слід аналізувати поряд з іншими правами особи, враховуючи те, що вони виступають складовою частиною єдиної системи прав, які підпорядковуються особою відповідно до своїх інтересів і якими вона володіє.

Особливістю особистих немайнових прав є і те, що вони тісно пов'язані з фізичною особою (ч.3 ст.269 ЦК України). Фізична особа не може відмовитися від особистих немайнових прав, а також не може бути позбавлена цих прав. Це положення відповідає найважливішим положенням Конституції, які мають вплив на всю сферу прав людини, а саме невідчужуваність і непору-

© Кохановська О., 2010

шність прав і свобод людини (ст. 21), неможливість скасування конституційних прав і свобод (ст. 22).

Невіддільність від особи носія даного нематеріального права індивідуалізує і робить неповторною саму особистість його носія. Особливо слід підкреслити, що особистими немайновими правами фізична особа володіє довічно.

В чинному ЦК України закріплено особисті немайнові права фізичних осіб, визначений їх зміст, гарантії та способи захисту. Закріплення на рівні цивільного кодексу невід'ємних особистих немайнових прав фізичних осіб стало суттєвим внеском у процес поліпшення чинного цивільного законодавства, приведення його у відповідність з міжнародними стандартами.

Відповідно до Конституції України та ст. 270 ЦК України фізична особа має право на життя, право на охорону здоров'я, право на безпечне для життя і здоров'я довкілля, право на свободу та особисту та особисту недоторканність, право на недоторканність особистого і сімейного життя, право на повагу до гідності та честі, право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, право на недоторканність житла, право на вільний вибір місця проживання та на свободу пересування, право на свободу літературної, художньої, наукової і технічної творчості.

Кодексом та іншими законами можуть бути передбачені й інші особисті немайнові права фізичної особи. Так, ч. 3 ст. 270 ЦК України містить важливе уточнення щодо того, що перелік особистих немайнових прав, які встановлені Конституцією України, ЦК України та іншими законами, не є вичерпним. Це положення підтверджується міжнародно-правовими підходами до вирішення даного питання. Таким чином, українське законодавство зорієнтоване не лише на сучасний етап розвитку цивільних відносин, а й на їх розвиток у перспективі.

Можливість фізичної особи вільно, на власний розсуд (тобто без втручання інших осіб) визначати свою поведінку у сфері свого приватного життя складає зміст особистого немайнового права (ч. 1 ст.271 ЦК України).

Позитивний характер особистих немайнових прав випливає з аналізу їх змісту та здійснення. Відправним моментом у з'ясуванні юридичного змісту особистого немайнового правовідношення є визначення суб'єктивного особистого немайнового права управомоченої фізичної особи та кореспондуючого йому суб'єктивного цивільного обов'язку всіх інших осіб. Таким чином, в особистому немайновому правовідношенні приймають участь управомоченим і зобов'язаний суб'єкт.

Специфікою суб'єктивного особистого немайнового права є те, що його реалізація передбачає, у першу чергу, можливість вчинення певних дій самою управомоченою особою. В якості управомоченої особи, згідно з Книгою другою ЦК України виступає фізична особа. Управомоченими в особистих немайнових правовідносинах є повністю дієздатні, неповнолітні (фізичні особи віком від 14 до 18 років) та обмежено дієздатні фізичні особи. Малолітні віком до 14 років та недієздатні особи виступають як носії вказаних прав, але вони не можуть в ряді випадків самостійно здійснювати окремі правомочності. Зобов'язаними особами в абсолютному немайновому правовідношенні виступають всі суб'єкти цивільного права, а у відносному – ті, хто вказаний в такій якості в законі чи договорі. Це, наприклад, такі особи, як лікарі, які зберігають медичну таємницю, працівники банку, які зобов'язані зберігати банківську таємницю за договором банківського вкладу тощо.

Законом встановлюються лише певні межі можливості особи діяти на свій власний розсуд і де вони не заважають здійсненню інтересів інших осіб. Межа суб'єктивного права є встановленою мірою поведінки. В цих юридичних межах свободи кожен має можливість діяти на свій власний розсуд. Іноді такі межі встановлюються договором чи правовими актами і містять точну вказівку – що саме дозволено. Це є найбільш характерним для відносних, зокрема договірних відносин. В ряді випадків межі суб'єктивного права визначаються найбільш загальним їх окресленням і уточнюється за допомогою додаткових критеріїв. В таких випадках йдеться найчастіше про абсолютні цивільні права.

Зміст особистого немайнового права не включає, за загальним правилом, здійснення позитивних цивільно-правових дій, окрім ряду винятків, хоча управомочений суб'єкт на свій розсуд використовує належні йому особисті немайнові права. Таким чином, управомочена особа виступає носієм свободи як щодо своїх власних дій, так і свободи від стороннього втручання, а суб'єктивне особисте немайнове цивільне право являє собою право на свободу визначення своєї поведінки в індивідуальній життєдіяльності на власний розсуд, яке виключає можливість будь-якого втручання з боку інших осіб, крім випадків, прямо передбачених законом. Однак єдина модель особистого немайнового права не в змозі враховувати особливостей усіх немайнових прав і тому вважається, що вона не потребує конструювання. Суттєве значення в цьому процесі набувають норми моралі. Важливо підкреслити, що кожен випадок можливого втручання у сферу немайнових прав має базуватися на певних підставах.

Фізична особа згідно ч. 1 ст. 272 ЦК України здійснює особисті немайнові права самостійно. Здійснення суб'єктивного немайнового права відбувається найчастіше шляхом пасивного нездійснення юридичних та фактичних дій, які охоплюються можливістю відповідної поведінки. Здійснення немайнового права може полягати і у певних активних діях у тих випадках, коли закон надає можливість скористатися правом. Так, здійснення права фізичної особи на інформацію полягає в тому, що вона може вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію (ст. 302 ЦК України).

Важливо зазначити, що відмова фізичної особи від права, яке їй належить, не тягне за собою припинення цього права, за винятком випадків, передбачених законом. Наприклад, фізична особа не здійснює належне їй право на недоторканність ділової репутації або на недоторканність житла, але це право не припиняється і може бути реалізоване у майбутньому.

Здійснення особистого немайнового права може відбуватися різними способами. Переважна більшість прав здійснюється шляхом багаторазових повторюваних дій. Наприклад, неодноразове використання імені фізичною особою, чи використання права на таємницю кореспонденції, використання права на вільний вибір місця проживання тощо. Ряд особистих немайнових прав реалізується шляхом однієї дії, але залишає можливість змінити своє рішення за відповідних умов. Так, автор вправі використати при опублікуванні твору літератури псевдонім, а при повторному виданні можливо використання справжнього імені.

Більшість немайнових прав здійснюється тільки особисто управомоченою особою, але існують випадки, коли здійснення окремих правомочностей здійснюється представником. Наприклад, опікун недієздатної або малолітньої дитини має право звернутися до суду в інтересах названих осіб з позовом про захист їх честі та гідності.

Свобода фізичних осіб у здійсненні їх прав обмежується певними межами. Розрізняються загальні та конкретні (спеціальні) межі здійснення цивільних прав. Конкретні (спеціальні) межі встановлюються для конк-

ретних цивільних прав і передбачені у спеціальних статтях законодавства або угодах. Існують також загальні межі здійснення суб'єктивних прав. Вони характеризуються тим, що відносяться до всіх суб'єктивних прав і передбачені у нормах – принципах.

Порушення таких загальних меж характеризується інколи як використання недозволених конкретних форм у рамках дозволеного загального типу поведінки. Порушується загальне призначення суб'єктивного права, яке не визначено спеціальною юридичною нормою. Інколи таке порушення носить назву зловживання правом. Межі здійснення цивільного права співпадають з межами цього права. При наявності колізії інтересів суб'єктів немайнових прав суду необхідно обрати компромісне рішення, яке б допускало відповідне обмеження обох конкурентних прав.

Права, які забезпечують фізичне та психічне благополуччя особи, повинні мати пріоритет при здійсненні та захисті у порівнянні з іншими цивільними правами. Фізична особа має право вимагати від посадових і службових осіб вчинення відповідних дій, спрямованих на забезпечення здійснення нею особистих немайнових прав. Таким чином, ЦК України у ст. 273 закріплює обов'язок посадових і службових осіб на вчинення відповідних дій і регулює питання забезпечення здійснення особистих немайнових прав.

Згідно закону, органи державної влади, органи влади Автономної республіки Крим, органи місцевого самоврядування повинні забезпечувати здійснення фізичною особою особистих немайнових прав у межах своїх повноважень. Поновлення порушеного особистого немайнового права у такому разі відбувається за правилами ст. 276 ЦК України. Утримуватися від дій, якими можуть бути порушені особисті немайнові права зобов'язані і юридичні особи, їх працівники, окремі фізичні особи, професійні обов'язки яких стосуються цих прав фізичної особи. Діяльність фізичних та юридичних осіб не може порушувати особисті немайнові права. Фізичні та юридичні особи, права яких порушено, можуть звернутися за їх захистом до суду.

Обмеження особистих немайнових прав фізичної особи, встановлених Конституцією України, можливе лише у випадках, передбачених нею (ч.1 ст. 274 ЦК України). Статті 21 і 24 Конституції України проголошують невідчужуваність, непорушність і рівність прав і свобод людини; неможливість скасування конституційних прав і свобод. Як виключення із цих загальних правил можна розглядати обмеження певних прав для окремих людей, їх об'єднань – і лише за умови необхідності забезпечення національної безпеки, запобігання злочинам, захисту прав інших людей або охорони здоров'я та за наявності умов, спеціально визначених самою Конституцією та законами.

Обмеження особистих немайнових прав фізичної особи, встановлених ЦК України та іншими законами, можливе лише у випадках, передбачених ними. Спільним для них є те, що кожен випадок можливого втручання у сферу особистих немайнових прав має базуватися на певних підставах, а саме: по – перше, сама можливість втручання у сферу особистих немайнових прав, а тим більше їх обмеження, повинна бути передбачена законом, а тих, які встановлені Конституцією України – лише у випадках, передбачених нею; по – друге, особа, що здійснює подібне обмеження повинна мати спеціальні документально підтверджені повноваження; по – третє, особа, вказана у попередньому пункті може здійснювати обмеження особистих немайнових прав лише у своєму, вузько спеціалізованому аспекті.

Деталізуючи і певним чином розширюючи перелік особистих немайнових прав, ЦК України поділяє їх за спрямованістю або цільовим призначенням на дві групи: ті, що забезпечують природне існування фізичної особи і ті, що забезпечують її соціальне буття.

Підсумовуючи, можна зазначити, що інститут особистих немайнових прав фізичної особи в сучасному ЦК України є детально розробленим, його структура і зміст відповідають вимогам світових традицій захисту прав і основних свобод людини, а рівень законодавчої техніки, який використаний для його побудови – високий. Інститут має багаторічні традиції доктринальних розробок і продовжує бути актуальним предметом досліджень в незалежній Україні.

1. Покровский И.А. основные проблемы гражданского права. М.: Статут (в серии "Классика российской цивилистики"), 1998. – 353 с. 2. Малеина М.Н. Защита личных неимущественных прав советских граждан (Пособие для слушателей народных университетов). – М.: Знание, 1991. – 128 с. – С.11. 3. Стефанчук Р.О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): Монографія / Відп. ред. Я.М. Шевченко. – Хмельницький: Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2007. – 626 с. – С.258 – 265.

Надійшла до редколегії 22.09.10

М. Краснова, д-р юрид. наук

ЮРИДИЧНІ ЗАСАДИ ДОГОВОРІВ В ЕКОЛОГІЧНОМУ ПРАВІ

У статті розглянуто юридичні засади договорів в екологічному праві.
Ключові слова: договори, договірні екологічні відносини.

В статье рассмотрены юридические основы договоров в экологическом праве.
Ключевые слова: договоры, договорные экологические отношения.

The article describes the legal signs of contracts in ecology law.
Key words: agreements, contract ecology relations.

Сутність суспільних відносин полягає у можливості їх регулювання різними правовими методами, серед яких важливе місце займають методи диспозитивного (заохочувального) характеру, які дозволяють забезпечити реалізацію паритетів учасників таких відносин. Не є виключенням в цій частині й сфера екологічних відносин, які врегульовуються правовими нормами екологічного законодавства і стосуються використання природних ресурсів, охорони довкілля та забезпечення екологічної безпеки. Правові засади договірних відносин у цій сфері започатковані передусім міжнародно-правовими договорами, якими визначені загальні умови використання природних ресурсів як загального надбання всього людства, вимоги щодо охорони навколишнього природного середовища як найвищої соціальної цінності та забезпечення екологічної безпеки громадян у такому середовищі, якість та безпека якого мають відповідати встановленим у правових нормах вимогам. В екологічній сфері існує багато міжнародних нормативно-правових актів договірного типу, до яких Україна, як учасник міжнародних відносин, приєдналася [1], та які, відповідно до положень ст. 8 Конституції України, якщо вони належним чином ратифіковані, є частиною національного законодавства.

© Краснова М., 2010

Однак специфіка міжнародного та національного екологічного права та законодавства обумовлена екологічними імперативами, які встановлюють обмеження в природокористуванні, відведення в навколишнє природне середовище небезпечних речовин і факторів від різних видів господарювання, з метою забезпечення законних прав та інтересів не лише нинішніх, а й прийдешніх поколінь у цій сфері на засадах Концепції сталого розвитку.

Тому екологічне право виступає публічно-правовою галуззю, яка забезпечує регулювання відносин щодо суспільно-важливих об'єктів – матеріальних та нематеріальних благ – природних ресурсів, як залучених у господарський обіг, так і не включених до нього, навколишнього природного середовища як сукупності природних, природно-соціальних умов і процесів, а також життя і здоров'я громадян у якісному довкіллі. У такому значенні узагальнено вважається, що такі правила та вимоги, визначені в екологічному праві та законодавстві, з одного боку, визначають засади суспільно значимого договору щодо встановленого режиму використання природних ресурсів, охорони та захисту довкілля, життя і здоров'я громадян, з іншого, – окрім диспозитивних методів правового регулювання відповідних правовідносин, впроваджують імперативні методи правового регулювання [2].

Проблеми, які виникають при поєднанні означених методів при регулюванні екологічних правовідносин, зумовлюють до наукових досліджень у цій царині таких вчених як Бринчука М.М., Соколової Г.К., Мороза Л.М., Хаустова Д., Геталової М., Сурова О. та інших та що вже було предметом наукового вивчення [3]. Метою та завданням цієї статті є здійснення науково-правового аналізу юридичних засад та класифікації договорів в екологічному праві, що дозволить визначити систему правових норм екологічного та іншого законодавства, спрямованих на регулювання суспільних правовідносин договірного характеру в цій сфері, їх об'єктно-суб'єктний склад та інші їх юридичні характеристики.

Так, конституційно-правові засади реалізації суспільного договору в галузі використання на загальних та спеціальних засадах природних ресурсів як національного багатства визначені статтями 13 та 14 Конституції України. Реалізація прав осіб у цій сфері забезпечує не лише економічні та матеріальні потреби в цих ресурсах, а передусім спрямована на забезпечення екологічних, рекреаційних, культурних, духовних, наукових та інших потреб особи і суспільства. Охорона довкілля та забезпечення екологічної безпеки громадян, визначені статтями 16, 50, 66 Основного Закону України, які визначають гарантії екологічних прав громадян та екологічні зобов'язання держави та суб'єктів господарювання, діяльність яких може небезпечно впливати чи впливає на стан довкілля.

Законодавчі засади публічно-правових договірних екологічних відносин визначаються нормами Закону України від 25 червня 1991 р. "Про охорону навколишнього природного середовища". Зокрема, в ст. 4 Закону визначається режим власності та користування природними ресурсами як об'єктами власності Українського народу, від імені якого окремі повноваження власника здійснюють державні органи. В такий спосіб держава та її органи визначаються публічно-правовими суб'єктами відповідних відносин. Реалізуючи повноваження основного власника на природні ресурси, держава, шляхом визначення в правових нормах, встановлює найбільш оптимальні умови їх використання, в тому числі договірних умов: на засадах схвалених в установленому порядку екологічних програм, реалізація яких обумовлена впровадженням інноваційних та інших сучасних технологічних проектів (ст. 6); проведенням екологічної експертизи будь-яких видів діяльності та проектів, що можуть негативно впливати чи впливають на стан довкілля, шляхом її замовлення спеціальним установам (ст.ст. 26-30); розробкою, з метою подальшого затвердження та реалізації екологічних стандартів та нормативів, проекти яких можуть виконуватися на замовлення відповідними науково-проекторними та іншими організаціями (ст.ст. 31-33); можливістю використання природних ресурсів на умовах оренди та на інших договірних умовах (концесії, застави, угод про розподіл продукції та ін.), включаючи ліцензійні умови, які забезпечують при цьому вимоги щодо їх охорони, охорони довкілля та забезпечення екологічної безпеки (ст.ст. 38-40, ст.ст. 50-59); економіко-правовим механізмом в галузі охорони навколишнього природного середовища, в межах якого на договірних засадах реалізуються екологічне страхування, екологічний аудит, фінансування природоохоронних заходів, в тому числі за рахунок коштів фондів охорони навколишнього природного середовища, страхових фондів, добровільно виділених коштів підприємств, установ, організацій для цих потреб (ст.ст. 41-49); міжнародним співробітництвом у цій сфері (ст. ст. 72-73 Закону) тощо.

У кожному із структурних елементів екологічного права, а саме: в природоресурсному, природоохоронному праві та праві екологічної безпеки, такі правові засади екологічних договірних відносин деталізуються. Так, нормами земельного законодавства врегульовуються договори оренди, ренти, купівлі-продажу, міни, дарування, заповідання, застави, концесії, сервітуту тощо (ст.ст. 81, 93-94, 98-102, 124, 127-139 Земельного кодексу України від 25 жовтня 2001 р., – далі – ЗК України), договори на виконання проектно-вишукувальних, експертних, землевпорядних, кадастрових, моніторингових та інших робіт у сфері стандартизації, нормування, відведення земельних ділянок, їх обліку тощо (ст.ст. 165, 181-186, 191-204 ЗК України).

Водним законодавством врегульовуються договори на виконання інформаційних, експертних, проектно-вишукувальних, кадастрових робіт, робіт із стандартизації та нормування у цій сфері (ст.ст. 21-22, 24-28, 34-41 Водного кодексу України від 6 червня 1995 р., – далі – ВК України), договори оренди водних об'єктів, водозабору та водовідведення на умовах спеціальних дозволів (ст.ст. 47-51 ВК України).

Надровим законодавством врегульовуються одержання надр у користування для різних потреб на підставі спеціальних дозволів, умови яких переважно відтворюють істотні умови договорів (ст. 16 Кодексу України про надра від 27 липня 1994 р.. далі – КупН), оренда земельних ділянок для зазначених потреб (ст. 18 КУпН), надання надр у користування іноземним фізичним і юридичним особам на умовах контрактів, в тому числі на умовах угод про розподіл продукції (ст. 68 КУпН), виконання проектних, вишукувальних, експертних, та інших робіт у цій сфері на умовах договорів підряду, страхування ризиків тощо (інші норми КУпН).

Лісове законодавство дозволяє регулювати договори купівлі-продажу, дарування, спадкування, оренди земельних лісових ділянок, лісові сервітути (ст.ст. 12, 13, 18, 23 Лісового кодексу України від 9 лютого 2006 р. далі – ЛК України), виконання робіт щодо лісовпорядкування, державного лісового кадастру та обліку лісів, моніторингу лісів, лісової сертифікації, екологічних експертиз тощо (відповідні положення ЛК України).

Фауністичне законодавство врегульовує питання купівлі-продажу, обміну, дарування тощо окремих об'єктів тваринного світу (ст. 7 Закону України "Про тваринний

світ" від 13 грудня 2001 р.), використання об'єктів тваринного світу на підставі спеціальних дозволів з обов'язковим додержанням їх істотних умов (ст. 17 цього Закону), договори на ведення мисливського та рибного господарства, оренди мисливських та рибогосподарських угідь (ст.ст. 21-27 цього ж Закону), договори на проведення науково-дослідних, культурних, рекреаційних, відновних, проектних, вишукувальних, експертних та інших видів договірних робіт у цій сфері (інші положення Закону України "Про тваринний світ".

Використання природних рослинних ресурсів на підставі спеціальних дозволів із додержанням їх істотних умов визначено ст. 10 Закону України "Про рослинний світ" від 9 квітня 1999 р., в тому числі з метою задоволення господарських цілей, зокрема для забезпечення потреб населення та виробництва у технічній, лікарській, пряно-ароматичній, харчовій сировині з дикорослих рослин; для випасання худоби, для забезпечення інших потреб тваринництва; для потреб бджільництва; для потреб мисливського та рибного господарства (ст. 14 цього Закону), здійснення експертних, проектних робіт, робіт із селекції, інтродукції, акліматизації рослин на договірних умовах визначено іншими положеннями цього Закону.

Атмосфероохоронне законодавство передбачає положення про можливість виконання різних робіт на договірних началах: розробка стандартів і нормативів у цій галузі (гл. II Закону України "Про охорону атмосферного повітря" від 21 травня 2001 р.), регулювання викидів забруднюючих речовин в атмосферне повітря та здійснення на нього небезпечних фізичних і біологічних впливів, зміни погоди і клімату шляхом видачі спеціальних дозволів та забезпечення при цьому додержання їх умов (ст.ст. 11-16 цього Закону); виконання проектних, будівельних, експертних та інших видів договірних робіт, купівля-продаж квот на викиди парникових газів (ст.ст. 23, 25 та ін. цього ж Закону).

Реалізація окремих договорів у сфері природокористування здійснюється відповідно до вимог окремих законів: Законів України "Про оренду землі" від 6 жовтня 1998 р., "Про угоди про розподіл продукції" від 14 вересня 1999 р., "Про меліорацію земель" від 14 січня 2000 р., "Про мисливське господарство та полювання" від.22 лютого 2000 р., "Про бджільництво" від 22 лютого 2000 р., "Про рибу, водні живі організми та харчову продукцію з них" від 6 лютого 2003 р., "Про питну воду та питне водопостачання" від 10 січня 2002 р.

Природоохоронне законодавство встановлює обмеження (обтяження) для власників і землекористувачів щодо земель природоохоронного призначення шляхом запровадження укладання охоронних договорів (ст. 7 Закону України "Про природно-заповідний фонд України" від 16 червня 1992 р.), договорів щодо їх використання в природоохоронних, науково-дослідних, оздоровчих та інших рекреаційних цілях, в освітньо-виховних цілях, для потреб моніторингу навколишнього природного середовища (ст. 9 цього ж Закону), видачі дозволів на їх спеціальне використання (ст. 9-1 цього ж Закону), здійснення експертних, проектних та інших видів робіт у цій сфері.

Антропоохоронне законодавство, або ж законодавство про забезпечення екологічної безпеки, передбачає цілу низку зобов'язань, які реалізуються в тому числі й договорами. Так, договори екологічного страхування цивільної відповідальності за шкоду, що може бути заподіяна навколишньому природному середовищу, життю та здоров'ю громадян та майнового ризику виникнення небезпеки для цих об'єктів передбачені у процесі: проведення вибухових робіт при пошуку (розвідці) корисних копалин, їх видобуванні, поводженні з небезпечними речовинами, вантажами та матеріалами, поводженні з небезпечними відходами, пестицидами та агрохімікатами, реалізації угод про розподіл продукції тощо (ст. 49 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища"; ст. 7 Закону України "Про страхування" від 4 жовтня 2000 р.; ст. 13 Закону України "Про об'єкти підвищеної небезпеки" від 18 січня 2001 р.; ст. 11 Закону України "Про пестициди і агрохімікати" від 2 березня 1995 р.; Гірничий Закон України від 6 жовтня 1999 р.; Закон України "Про відходи" від 5 березня 1998 р.; Закон України "Про угоди про розподіл продукції" від 14 вересня 1999 р. та ін.).

Такі заходи забезпечення екологічної безпеки як екологічна експертиза, екологічний аудит, екологічне інформування, екологічна сертифікація проводяться на договірних засадах відповідно до Законів України "Про екологічну експертизу" від 9 лютого 1995 р., "Про екологічний аудит" від 26 червня 2004 р., "Про підтвердження відповідності" від 17 травня 2001 р.

Актуальність питання забезпечення публічних договірних відносин посилюється з прийняттям Закону України "Про державно-приватне партнерство" від 1 липня 2010 р., № 2404-17, який застосовується переважно в еколого-правових сферах: пошук, розвідка родовищ корисних копалин та їх видобування; виробництво, транспортування і постачання тепла та розподіл і постачання природного газу; будівництво та/або експлуатація автострад, доріг, залізниць, злітно-посадкових смуг на аеродромах, мостів, шляхових естакад, тунелів і метрополітенів, морських і річкових портів та їх інфраструктури; машинобудування; збір, очищення та розподілення води; охорона здоров'я; туризм, відпочинок, рекреація, культура та спорт; забезпечення функціонування зрошувальних і осушувальних систем; оброблення відходів; виробництво, розподілення та постачання електричної енергії; управління нерухомістю (ст. 4 Закону).

Науковці господарського права звертають особливу увагу на ці положення. Так, правильно підкреслює О.М. Вінник, що це саме договірна форма співпраці держави/органів місцевого самоврядування з суб'єктами приватного підприємництва [4]. На засадах дослідження питань господарського керівництва екологічним підприємництвом А.Г. Бобкова пропонує прийняти окремі проекти законів, в тому числі "Про екологічне підприємництво", який би стимулював суб'єктів господарювання здійснювати природоохоронні заходи [5].

Доцільно підтримати пропозицію й про створення спеціального еколого-економічного механізму, який дозволить ураховувати й компенсувати позитивний екологічний вклад одного регіону проти небезпечного екологічного впливу іншого регіону (на прикладі України це можуть бути договори між Донецько-Придніпровським регіоном з іншими позитивними в еколочному плані регіонами) [6].

Отже, договори в екологічному праві з наукової точки зору можна поділити на такі види: а) за зовнішніми юридичними ознаками: за галузевою належністю (за об'єктами правових договорів) – земельно-правові, водно-правові, надро-правові, лісо-правові, фауністично-правові; атмосфероохоронні, охоронні (середовищеохоронні), у сфері забезпечення екологічної безпеки; б) за внутрішніми ознаками (за суб'єктами) – державні, міждержавні (глобальні), регіональні (басейнові), місцеві еколого-правові договори; в) за підставами виникнення (за змістом): правочини щодо оренди природних ресурсів, купівлі-продажу, міни, дарування, їх коцесії, угод про розподіл продукції, угод на зійснення природоохоронних заходів, купівля-продаж квот на викиди парникових газів; еколого-правові зобов'язання – страхування, аудиту, інформування, проектування стандартів нормативів,

об'єктів будівництва, сертифікації, ліцензування; г) за термінами виконання: довгострокові, короткострокові.

Все вищезазначене свідчить про формування в складі загальної частини екологічного права України міжгалузевого комплексного правового інституту – договорів в екологічному праві, який складається із системи правових норм, затних більш ефективно регулювати суспільні відносини у сфері використання природних ресурсів, охорони довкілля та забезпечення екологічної безпеки, забезпечувати реалізацію державної екологічної політики, прав та обов'язків суб'єктів екологічних правовідносин, а також встановленого законодавством екологічного правопорядку.

1. Наприклад: Базельська конвенція про контроль за транскордонним перевезенням шкідливих відходів і їх знищення від 22 березня 1989 р.; Рамкова конвенція ООН про зміну клімату від 9 травня 1992 р.; Кіотський протокол до Рамкової конвенції ООН про зміну клімату від 11 грудня 1997 р.; Конвенція про транскордонний вплив промислових аварій від 17 березня 1992 р.; Конвенція про оцінку впливу на навколишнє природне середовище у транскордонному контексті від 25 лютого 1991 р. та ін. 2. Бринчук М.М. Эколого-правовая ответственность – самостоятельный вид юридической ответственности // Государство и право. – 2009. – № 4. – С. 39-48. 3. Краснова М.В. Розвиток наукових підходів щодо договорів в екологічному праві // Право України. – 2010. № 8. – С. 102-109. 4. Вінник О.М. Державно-приватне партнерство з використанням угод акціонерів // Право України. – 2010. – № 8. – С. 47-55. 5. Бобкова А.Г. До питання господарського керівництва екологічним підприємництвом // Право України. – 2010. – № 8. – С. 28-32. 6. Бобылев С.Н. О формировании эколого-экономического компенсационного механизма / С.Н. Бобылев // Экологическое право. – 2003. – № 6. – С. 40-42.

Надійшла до редколегії 23.09.10

О. Шевченко, д-р юрид. наук

СОЦІАЛЬНО-ЕКОНОМІЧНИЙ АСПЕКТ КОНЦЕПЦІЇ СУЧАСНОЇ УКРАЇНСЬКОЇ НАЦІОНАЛЬНОЇ ІДЕЇ

У статті розкриваються соціально-економічні аспекти концепції сучасної української національної ідеї та правовий механізм її реалізації.

Ключові слова: національна ідея, правовий механізм.

В статье раскрываются социально-экономические аспекты концепции современной украинской национальной идеи и правовой механизм ее реализации.

Ключевые слова: национальная идея, правовой механізм.

A conception of the contemporary Ukrainian national idea and legal mechanism of its realization are considered in the article.

Key words: national idea, legal mechanism.

Сьогодні для консолідації українського суспільства, яке було роз'єднане політиками під час виборчих кампаній, особливо 2004 і 2006 років, необхідно, на думку як науковців, так і політиків, сформулювати концепцію української національної ідеї та правовий механізм її реалізації. Ми погоджуємося з твердженням, що "настав час сформулювати нові загальнонаціональні цілі, які матимуть загальновизнану цінність упродовж кількох прийдешніх десятиліть" [1]. Проте постає питання, чи може національна ідея базуватися на інтересах одного етносу? Відповідь на таке запитання може бути ствердною, якщо національна ідея проголосить належну мету та довгострокову перспективу демократичного розвитку українського суспільства, привабливу не лише для українців, але й для громадян України інших національностей. Концепція сучасної української ідеї може стати привабливою для усіх громадян України, якщо вона буде ґрунтуватися на національних цінностях і пріоритетах, морально-духовному багатстві українців, їх історичному досвіді і відповідатиме прагненням і устремлінням всього українського суспільства.

Належно розроблена національна ідея може оволодіти свідомістю різних верств українців, сприяти їх самоіндентифікації та визначити стратегію розвитку всього суспільства і держави. У концепції національна ідея має містити достатньо перспективну модель розвитку України на багато десятиліть вперед, бути дороговказом стратегічного розвитку країни. У такому контексті і слід оцінювати інтуїцію молоді, що проявилася на Форумі.

Сучасна політико-економічна еліта України, як показує практика її діяльності, неспроможна виробити ідеї, які б згуртували народ. Заради власних інтересів вона сьогодні узурпувала гасло Майдану "Схід і Захід разом". Прикриваючись гаслами Майдану, вона здійснює розподіл державних бюджетних коштів на користь власного бізнесу; встановлює для себе податкові пільги і навіть планує збільшити внутрішній державний борг у 2007 році у гривнях на 8,5 відсотка і зовнішній у доларах – на 7,8 відсотка у власних інтересах; прагне відновити вільні економічні зони для збагачення обраних [1]. Така політика не лише не об'єднує "Схід і Захід України", але й додатково поглиблює його роз'єднання за соціально-економічною ознакою. Неправильно зрозумілий українською політико-економічною елітою постулат лібералізму дедалі більше буде призводити до загострення соціальних протиріч в нашому суспільстві. Вона не може усвідомити соціальний імператив, суть якого в тому, що спокій у країні може бути забезпечений лише у тому випадку, коли в ній піклуються про добробут усього населення. Тому-то гасла Майдану повинні бути замінені на цінності Майдану, а саме: бажання народу жити в справедливій і не корумпованій державі.

Формулюючи концепцію сучасної української національної ідеї, необхідно брати до уваги національні цінності і пріоритети, морально-духовне багатство українців, їх історичний досвід та досвід інших народів і враховувати прагнення та устремління всього сучасного українського суспільства. Виходячи із зазначеного, ми вважаємо, що концепція сучасної української національної ідеї повинна включати побудову заможного, справедливого, високоморального і духовно багатого громадянського суспільства. Проаналізуємо складові концепції сучасної української ідеї.

1. Побудова заможного суспільства. Побудувати в Україні заможне суспільство можна через реальне гарантування державою громадянам рівних прав і рівних можливостей. Держава повинна забезпечити громадянам право вільно обирати рід занять та рівні можливості посідати державні посади. Будь-який громадянин України повинен мати право, повідомивши відповідний державний орган, почати підприємницьку діяльність. Якщо відповідь з державних органів не приходить протягом встановленого терміну, то це означає мовчазний дозвіл на ведення бізнесу. Разом з тим підприємець повинен вчасно сплачувати податки в повному обсязі з моменту надходження прибутків. Податки повинні сплачуватись у повному обсязі всіма громадянами, починаючи з прибиральниці і закінчуючи міністром. Усім громадянам, що мають відповідні знання, має бути доступним безкоштовне отримання вищої освіти, медичне обслуговування, пенсійне забезпечення тощо. Порядок нарахування пенсій має бути однаковим для усіх гро-

© Шевченко О., 2010

мадян. Нужденним сім'ям, дітям-сиротам, вдовам, інвалідам та громадянам похилого віку держава повинна надавати соціальну допомогу. (Подібне було закріплене в Конституції П.Орлика і практикувалось в Українській державі з середини XVII і майже до кінця XVIII століть).

Беручи до уваги досвід країн Заходу, необхідно, щоб наймані працівники не тільки отримували високу заробітну плату, а й брали участь у розподілі прибутків виробництва будь-якої форми власності шляхом або придбання акцій виробництва (така практика існує в Англії і США), або ж шляхом отримання частини прибутків у залежності від особистого вкладу у виробництво (така практика існує в країнах Західної Європи). Прибутки не повинні привласнюватись лише власником виробництва і витрачатись тільки на його особисті потреби. Спільна праця власників виробництва(роботодавців) і найманих працівників повинна вести до справедливого розподілу прибутків між ними. Сьогодні у країнах Заходу 25% засобів виробництва перебувають у власності держави, 25% – у власності приватних осіб, а 50% – у колективній власності(працівників).

Досить складним є питання власності на землю. В Українській державі середини XVII – кінця XVIII століть існувала державна форма власності на землю, вона вважалася національним багатством. Існувало лише приватне землеволодіння. Земля була у володінні сільських громад, а користування нею було подвірним(сімейним). Земля перерозподілялася у користування кожної нової сівозміни. Землю у приватне володіння(рангове) отримували і козаки, і вони користувалися нею поки перебували на службі.

У Конституції сучасної України (ст.14) зазначено, що земля є національним багатством. Законом можна встановити, що в Україні дозволяється лише приватне володіння землею з правом передачі її у спадщину, якщо спадкоємець особисто користується нею і має відповідну освіту, щоб успішно на ній господарювати. Приватну власність можна встановити на землю несільськогосподарського призначення, а також на невеликі присадибні наділи, які можуть бути об'єктом цивільного обігу.

2. Побудова справедливого суспільства. Щоб побудувати справедливе суспільство, необхідно, перш за все, знищити ту несправедливість, яка мала місце в Україні під час приватизації державної власності. Якщо, навіть, приватизація відбувалася у відповідності до існуючого законодавства, але аморально, як це відверто визнають новоспечені власники, підприємства повинні бути в судовому порядку повернені у власність держави.(Зауважимо, що у період нагромадження капіталу в усіх країнах заходу досить суворо карали за неправомірне збагачення. Навіть дрібна крадіжка каралася смертною карою).

Якщо в Україні і надалі відбуватиметься приватизація, то вона має проходити на конкурентній основі, з дотриманням рівних(однакових) можливостей для всіх громадян. Акції таких підприємств повинні продаватись на біржах усім громадянам, або ж лише працівникам відповідного підприємства. Держава не повинна допускати на ринок як національний, так і іноземний капітал кримінального походження, так як він насаджує не тільки в бізнесових колах, а й у всьому суспільстві відповідну мораль і етику поведінки. Компетентні органи повинні мати право вимагати від будь-якої фізичної або юридичної особи доказів чесного і прозорого походження власності і капіталів.

Для досягнення справедливості слід встановити не лише мінімальний, але й максимальний розмір як заробітної плати, так і пенсії. Різниця між мінімумом і максимумом має бути розумною і справедливою (в Англії, наприклад, різниця не може бути більшою, ніж у 2,4 рази).

3. Побудова високоморального і духовно багатого суспільства. Відомо, що люди народжуються з певними нахилами (до малювання, музики, вбивства тощо), а тому держава має створювати середовище для розвитку позитивних і запобігання розвитку негативних нахилів, не позбавляючи особу належних її прав і свобод(можна використати досвід США).

Ганебним явищем, що розтлінює українське суспільство, є хабарництво, яке набуло розмаху у певних сферах. З метою викорінення хабарництва необхідно внести до кримінального кодексу норму лише про один вид покарання за такий злочин – конфіскація майна.

Посади в державних органах, організаціях та установах мають посідати особи з високою мораллю і духовністю. У зв'язку із зазначеним, необхідно розробити Кодекс поведінки службовця і політика, в якому встановити, що порушення його норм веде до адміністративної, кримінальної та цивільно-правової відповідальності.

Держава має всебічно підтримувати розвиток української мови та культури, норм моралі, звичаїв, традицій, що дісталися нам у спадок від наших пращурів.

Висока духовність українського народу можлива лише за умов розвитку власного культурно-правового простору. А досягти цього неможливо без застосування української мови та подальшого її розвитку. Викривлена мовна політика породжує індивідуумів з конфліктною свідомістю, сприяє самоприниженню етнічних українців. Сьогодні українська мова, замість того, щоб стати об'єднавчою силою народу, стала об'єктом політичної демагогії та цинічного до неї ставлення з боку можновладців, вона стала засобом викривлення історичного, психологічного та генетичного коду українців. Мова і національна свідомість є неподільні, і витіснення української мови російською, перетворює народ на аморфну масу, якою зручно маніпулювати. Двомовність знищує національну основу, а без неї немислимий демократичний розвиток країни. "Будь-яка країна вирізняється з-поміж інших своєю мовою і національною культурою, а жити в Україні і вимагати для себе персональної державної мови – це чистісінький тваринний примітивізм" [2]. Сьогодні головним завданням в Україні в сфері духовності є дерусифікація і розширення сфери використання української мови.

В Україні досить гостро стоїть питання створення єдиної Помісної церкви, яка б за своєю діяльністю була проукраїнською, проповідувала і впроваджувала в життя українську національну ідею. Церква повинна бути не тільки теоретично(конституційно), але й фактично відокремлена від держави. Будь-яке втручання церковників у політичне життя має бути заборонено законом, а порушення його норм має вести до адміністративної, кримінальної та матеріальної відповідальності.

Необхідно здійснити перейменування радянсько-російських назв міст, вулиць, площ тощо на суто українські. Пам'ятники радянської доби необхідно відправити в музеї. Встановити кримінальну, адміністративну та цивільно-правову відповідальність працівників засобів масової інформації за пропаганду насилля, аморальної поведінки, національної ворожнечі тощо.

4. Побудова громадянського суспільства. Громадянським суспільством є таке суспільство, в якому особа захищена від прояву свавілля з боку держави та її органів, коли людина може вдаватися до судового захисту у випадку порушення її прав і свобод.

Основою громадянського суспільства має бути самоврядування. Жителі населених пунктів мають бути організовані в громади, які повинні мати право самостійно, без втручання державних органів вирішувати свої життєво важливі питання (освітні, охорони здоров'я, транспортні, охоронні тощо). Виходячи із зазначеного, сільські, міські, районні і обласні ради мають бути

ліквідовані, а їх депутатський корпус має зникнути. Населення, організоване в громади, має обирати лише голову та секретаря правління громади, а також керівника правоохоронного органу (міліції), податкової, санітарної служби тощо. Загальне поточне керівництво справами у громаді має здійснювати голова, а керівництво господарськими службами – спеціалісти, яких громада наймає і яких вона може звільнити у будь-який час.

Необхідно реформувати прокуратуру, зберегти за нею лише організацію кваліфікованого дізнання і слідства, усунути її від підтримки державного звинувачення в суді. Сторони як у цивільному, так і кримінальному процесі повинні мати рівні права і їх інтереси повинні представляти захисники(адвокати). Процес має мати суто змагальний характер, а не характер обвинувачення, яким він сьогодні є за участю прокуратури.

Необхідно реформувати судову систему. Судді мають обиратися виборцями на 5 і 10 років у віці не молодших 40 років з гарною репутацією і високою мораллю. Має бути введено інститут мирового судді, який би одноосібно розглядав дрібні цивільні і кримінальні справи. Ввести спеціалізацію суддів. Складні цивільні і кримінальні справи повинні розглядатись у складі не менше трьох суддів або ж за участю присяжних.

Внести до відповідних нормативних актів зміни та доповнення з тим, щоб джерелом (формою) права були не лише норми закону, а й справедливість, доброта, здоровий глузд. Зауважимо, що в українців з сивої давнини і до кінця XVII століття головним джерелом права був здоровий глузд, справедливість, доброта, співчуття і таке інше, а поняття злочину включало "Божий гріх". Звідси випливав і м'який вид покарання за тяжкі злочини – штраф. "Нехай його Бог карає!" – говорили у суді потерпілі, і судді, обрані народом, поважали бажання потерпілої сторони.

Внести до кодексів України відповідальність суддів за допущену судову помилку або незаконне судове рішення: моральні або матеріальні збитки, яких зазнала сторона у результаті суддівської помилки або свавілля, повинні відшкодовуватися за рахунок судді, а не держави.

В Україні вдосконалення потребує не лише судова система, а й юридична наука. Зокрема, помилки, які допускають судові органи, є результатом не тільки корупційних діянь, а й відсутності у суддів належної професійної підготовки. Українська юридична наука за своєю суттю залишається радянською, вона ігнорує не тільки розвиток нових відносин, що мають місце в сучасній Україні, а й досягнення в зарубіжній юриспруденції. Так, наприклад, в українській юридичній науці не здійснено належний поділ права на публічне і приватне, а відносин – на публічноправові і приватноправові. Тому і не дивно, що суди, приймаючи до розгляду справи, не розрізняють публічноправові і приватноправові відносини. Так, великий резонанс в Україні мали судові справи про поновлення на роботі Генерального прокурора, прокурора області та деяких керівників місцевих державних адміністрацій.

Між Президентом України і Генеральним прокурором та керівниками місцевих державних адміністрацій існують відносини, що закріплені статтями Конституції. А тому вони є публічноправовими. Такі відносини не можуть регулюватися нормами трудового права, яке відноситься до сфери приватного права. Звільнення, наприклад, Генерального прокурора або керівника місцевої адміністрації за ініціативою глави держави, випливає з його дискреційних повноважень. Право посідати державну посаду не є конституційним правом на працю, а тому, у випадку звільнення з посади тієї або іншої особи, вона не може оскаржити своє звільнення у відповідності до норм трудового права, адже вона перебуває з Президентом не в приватноправових, а в публічноправових відносинах. Судді, приймаючи до розгляду справи про звільнення осіб, що перебувають у публічноправових відносинах, фактично посягають на дискреційні повноваження влади у державі, а тому вони мають бути притягнені до дисциплінарної відповідальності.

З метою знищення протиріч і плутанини в договірному праві, необхідно ліквідувати господарський кодекс, а окремі його норми ввести до цивільного кодексу. Треба також розділити "владу і бізнес", тобто, публічноправові відносини, і ввести юридичну відповідальність за їх порушення. Депутати або чиновники не можуть займатися бізнесом.

Реалізація концепції сучасної української національної ідеї можлива лише за умов існування відповідного інтрасоцієтального (внутрішнього) і екстрасоцієтального (зовнішнього) середовища.

Система механізмів реалізації національної ідеї тісно пов'язана із функціонуванням політичної організації суспільства, тобто, із системою державних і громадських організацій та інститутів, закріплених Конституцією України, через які здійснюється політична влада. Поняття політичної організації суспільства є поняттям суто формально-юридичним. Воно включає такі матеріальні об'єкти як держава, політичні партії, громадські об'єднання і спілки. Політичні ідеї, погляди, уявлення, вчення, що нерозривно пов'язані із політичними установами, матеріалізуючись в них, створюють разом з ними інтрасоцієтальне середовище, яке або сприяє, або гальмує реалізацію національної ідеї. Тому-то реалізація національної ідеї повністю залежить від тих політичних сил, які перебувають при владі.

Україна перебуває у певному екстрасоцієтальному середовищі, яке формується під впливом української зовнішньої політики, так і під впливом політики інших країн, таких як Росія, США, країни Європейського Союзу тощо. Для нашої країни існує необхідність переосмислити і з великою долею реалізму поглянути на існуюче екстрасоцієтальне середовище.

Своєю політикою Сполучені Штати Америки і країни Європейського Союзу, які мають розвинені демократичні інститути, гарантують своїм громадянам широкі права і свободи, постійно запроваджують передову технологію виробництва, забезпечують високий життєвий рівень усіх верств населення, створюють для України досить позитивне екстрасоцієтальне середовище. Рада Європи, членом якої є Україна, постійно моніторить в нашій країні питання стосовно дотримання прав і свобод українських громадян, створення умов для ведення підприємництва, проведення виборів на демократичних засадах тощо, змушує українську владу проводити політику, дотримуючись верховенства права. У цілому США і країни ЄС є досить значною притягальною силою для значної кількості українців, які хотіли б, щоб Україна стала членом НАТО та ввійшла до ЄС. Таке входження гарантувало б Україні територіальну цілісність, її демократичний розвиток, права і свободи громадян, застосування високих технологій у виробництві, швидке економічне зростання, широкий ринок збуту товарів, успішну боротьбу з корупцією та високий життєвий рівень населення. Нове екстрасоцієтальне середовище, яке б сформувалося в результаті входження України в НАТО та ЄС, забезпечило б швидку і належну реалізацію концепції української національної ідеї.

Для успішної реалізації концепції української національної ідеї необхідне існування національно свідомої політико-економічної еліти. У будь-якому суспільстві еліти – це клас людей, що є носієм високої моралі і культури. Він є соціально-цементуючим чинником нації, організатором економічного менеджменту, бере участь у прийнятті або впливає на прийняття політичних рішень в країні. Еліта, як правило, є найбільш активною у

політичному відношенні організованою меншістю суспільства. Елітарність – це обдарованість, вимогливість до себе, самодисципліна, самостійність у прийнятті рішень, наполегливість у подоланні труднощів, велика працездатність, прагнення брати на себе обов'язки. Відсутність зазначених рис спричиняє появу віри в те, що українці називають "долею", а марксисти – "історичним детермінізмом".

Відсутність "добірної меншини" у суспільстві спричиняла його загибель і вела до знищення держави. З часом з'являлася нова еліта, яка давала поштовх розвитку новим суспільним і політичним відносинам.

Зміна соціально-економічної формації спричиняє зміну еліти. Так, у країнах з азійським способом виробництва (Стародавній Єгипет, Стародавня Індія, Стародавній Китай, Вавилон тощо) елітою вважався клас чиновників, наділений цілим рядом як фізичних, так і розумових здібностей, що був носієм високої моралі та культури. У суспільстві з азійським способом виробництва еліта, будучи класом управителів, формувалася з різних соціальних верств населення за здібностями. У Стародавньому Китаї, наприклад, існувало шістнадцять рангів чиновників. Щоб отримати ранг необхідно було мати досконалі людські якості та скласти відповідні іспити. Такий бюрократичний апарат чиновників, що володів якостями управлінців і був носієм високої моралі і культури, користувався великою повагою у середовищі населення. Держава, беручи до уваги політичне і культурне значення ролі управителів, наділяла їх певними привілеями: вони мали право жити у розкоші, носити одяг жовтого кольору, що підкреслював їх аристократичність; населення повинно було ставитися до них з великою повагою.

У рабовласницькому суспільстві Стародавньої Греції і Стародавнього Риму у період республіки елітою вважався клас людей, які були повноправними громадянами і виділялися із загальної маси своєю мудрістю, хоробрістю, справедливістю та іншими чеснотами. Саме вони посідали виборні посади в державних органах влади. Криза рабовласницького способу виробництва, яка супроводжувалась занепадом моралі, спричинила появу охлократії, за якої люмпен-пролетаріат почав користуватися широкими соціальними гарантіями. Збанкрутілі землероби, ремісники, торгівці одержували від держави компенсацію за свої втрати як натурою, так і грошима. Такі гарантії сприяли розквіту античної культури, але згубили економіку, а вимоги люмпена "хліба і видовищ" стали надійною зброєю демагогів у боротьбі за владу. Хоча в античному світі існував ринок товарів, але ринку найманої робочої сили не виникло. Прирівнявши право громадянства до права кормління, держави античного світу не змогли протистояти завойовникам і припинили своє існування.

За феодального способу виробництва елітою суспільства стає військовий стан населення – дворянство. Воно вирізнялося із загальної маси населення своєю хоробрістю, освіченістю, лицарським ставленням одне до одного, до жінок, дітей, літніх людей. Дворяни мали особливий одяг, зачіски, шпаги, у їх середовищі панував культ честі, строго певні правила полювання, верхової їзди, дуелі, танців тощо.

Феодальний порядок характеризується злиттям поняття власності з верховною владою (суверенітетом): власник землі має всі, або частину прав, сукупність яких складає суверенітет, який нині належить державі. Територія поділена на володіння (сеньйорія – у Франції, менор – в Англії), де править свій сеньйор, лорд, якому підпорядковане населення. На користь такого володільця (а не короля) населення відбуває різного роду повинності.

Феодальні власники (сеньйори, лорди) залежать не тільки від короля, але й один від одного. Така залежність наступає тому, що кожен земле володілець одержував своє володіння від іншого, а тому залежав від нього і мав відбувати на його користь певні повинності. Так, наприклад, у відповідності до звичаєвого права країн Західної Європи васал повинен був відслужити військову службу на користь свого сеньйора 40 днів на рік; дарувати дарунки на день його народження, у випадку посвячення найстаршого сина у лицарі, у випадку одруження найстаршої дочки. Коли сеньйор потрапляв до полону, то васали повинні були зібрати кошти і викупити його на свободу. У свою чергу сеньйор повинен був захищати свого васала, викупляти його з полону. Отже, феодальний порядок встановлював ієрархічну структуру, яка зв'язувала панівний стан населення в єдине ціле.

У ранньофеодальний період розвитку держави влада монарха була виборною. Феодали обирали його із свого середовища, через спеціально створену раду контролювали і скеровували його діяльність, могли позбавити його влади. Не дивно, що під час коронації англійських королів, коли монарх надягає на свою голову корону, усі пери і переси, що присутні у Вестмінстерському абатстві, також надягають свої корони. Вони також можновладці, спадкові князі Англії.

У феодальному суспільстві країн Західної Європи зародилися різноманітні права і свободи і, зокрема, свобода тіла. Феодали є не тільки сеньйорами, але й васалами. Їх стосунки із сюзереном визначаються не волею монарха, а договором і правовим звичаєм. На своїй території вони самі здійснюють права монарха над усім населенням. Їх особистість захищена від сваволі монарха, їх не можна ображати. Вони навіть мають право вести війну проти монарха.

Отже, не дивлячись на ієрархічну феодальну залежність всього населення, саме у середньовічній Західній Європі розвинулася свобода у повному розумінні цього слова.

Реальна свобода – це одночасно свобода і соціальна, і особиста. Особиста свобода – це свобода від суспільства, правильніше буде сказати, від держави і подібних до неї примусових громадянських об'єднань. Разом з тим свобода людини є відносною, адже не існує абсолютної свободи. Проте головним у свободі людини є свобода переконань – релігійних, моральних, наукових, політичних та їх публічного вираження у слові, друці, у організованій громадській діяльності.

З іншого боку, ціла група свобод захищає особу від сваволі держави незалежно від питань совісті і думки: свобода від свавільного арешту і покарань, від образи, грабунку і образи з боку органів влади, визначає зміст конституційних гарантій, за які точилася вікова боротьба з монархією. Ці свободи, зокрема, знайшли своє відображення у Habeas Corpus Act(Англія). Це так звана свобода тіла, на відміну від свободи духу; конфлікти ж держави із світським суспільством траплялися через проблеми свободи тіла.

Середньовічне дворянство користувалося свободами як соціальними, так і особистими, мало баналітети: виключне право розводити голубів, кроликів, займатися полюванням, рибною ловлею; воно отримувало з селян платежі за помел зерна, випічку хліба, за користування мостами, шляхами тощо. Якщо кому-небудь із дворян не дісталося державної посади, то влада спеціально створювала її для нього з тим, щоб він міг отримувати з державної скарбниці жалування. Це була так звана синекура.

Те, що у феодальному суспільстві було привілеєм лише сотень сімей, протягом століть поширювалося на тисячі і мільйон, аж поки не стало невід'ємним правом кожного громадянина. Тому у західних демократіях під час буржуазних революцій не стільки знищувалось дворянство, скільки увесь народ успадковував його привілеї. Це рівність у благородстві, а не безправності, як це було на Сході. Селянин, дивлячись на поважне поміж себе

звернення у середовищі дворян, став називати свого сусіда Sir і Mon Siur, тобто, пане, мій пане, і у ставленні до себе вимагав форми величності: Ви (Вони). Усе це проходило у період коли відбувалося становлення національних мов, національної загальної і правової культури. Саме тому, наприклад, в англійській мові існує звернення до особи будь-якого віку лише у формі "Ви", що підкреслює поважне ставлення до особистості людини.

Порушення прав особи можна було захистити у суді рівних, тобто, у суді за участю присяжних.

Зазначене є схематичним становленням свободи, що зародилася у середньовічній Європі, а дійсність була набагато складнішою. Правова свобода була свободою для небагатьох, адже вона з'являється як привілей. Проте з часом цей привілей поширюється на все населення.

Люди, що виховані на східних традиціях, що дихали віковим повітрям рабства, нізащо не погоджувалися із свободою для небагатьох, хоча б тимчасово. У феодальній Росії жоден із станів населення до кінця XVIII століття не користувався якимись привілеями чи особливими правами. Вся повнота влади у феодальній Росії – законодавча, виконавча і судова належала монарху. Він же був і верховним власником землі, а від Петра I монархам належала і релігійна влада. Це і робило російську монархію деспотичною.

У феодальній Росії була відсутня система сюзеренітету, васалітету. Служили люди – бояри і дворяни – не користувалися правом вільного переходу на службу від одного феодала до іншого. Якщо хто-небудь здійснював такий перехід, то це вважалося державною зрадою, яка каралася смертною карою. Ні дворяни, ні церковники не мали права власності на землю. Право власності на землю дворян було закріплене лише у кінці XVIII століття жалуваною грамотою Катерини II.

Якщо у країнах Західної Європи селяни втрачали волю на основі договору, то у Росії селяни були перетворені на рабів спеціально прийнятим "Соборним Уложення" 1649 року. Окрім того, міське населення Росії також було прикріплене до міст і не мало права вільного переїзду з міста до міста.

Отже, у царській Росії не існувало якихось привілеїв для будь-яких станів населення. Населення бажало, щоб вони були для усіх, або ж ні для кого. А тому ніхто їх і не мав. Саме тому на місці самодержавної Росії опинилася комуністична імперія з тоталітарним режимом.

У буржуазному суспільстві елітою вважається клас підприємливих людей, які, завдяки своїй енергійності та здібностям, досягають успіхів у житті. Вони є носіями високої моральності, порядності та релігійності. Головним для них є не збагачення, а досягнення успіху, виділення із загальної маси населення, підкреслення своєї багатогранності. Тому-то досить часто нагромаджений капітал вони жертвують на благочинні цілі, створюють спеціальні фонди, через які фінансується допомога зубожілим, розвиток науки з метою подолання хвороб тощо. Останнім часом у країнах Заходу еліта почала залучати найманих працівників до участі в управлінні виробництвом і надала їм право власності через акціонування на засоби виробництва. Буржуазна еліта в країнах Заходу спрямовує свою діяльність на задоволення безпосередніх потреб людини, як виробника і споживача, працівника і громадянина і зміцнення на цій базі позитивних, гуманних засад в усіх сферах суспільного життя. Громадянське суспільство, правова держава, розподіл влади – є основою політичної структури демократичних країн Заходу, у якій поняття панівного класу(еліти) поступово розмилося. Таким чином, процес соціалізації суспільства в країнах Заходу завдяки відповідній політиці еліти виник і розвивався шляхом ненасильницьких дій. Виникло абсолютно нове суспільство, яке розвивається без гострих протиріч у напрямку побудови і зміцнення справедливої, правової і соціальної держави.

В Україні у період існування незалежної держави(середина XVII – кінець XVIII століть) елітою суспільства було козацтво – військовий стан населення. Доступ до цього стану був відкритим для всіх верств населення. Можна було вільно перейти із селян, міщан(податного стану) в козаки, і навпаки – із козаків в селяни чи міщани. Національно-визвольна війна українського народу (1648-1654 рр.) супроводжувалася демократичною революцією, в результаті якої було знищено магнатське і шляхетське землеволодіння та будь-яку особисту залежність селян. Земля стала державною власністю. Тим самим було знищено і феодальний спосіб виробництва та відкрито шлях для капіталістичного розвитку України. Усі верстви українського суспільства користувалися рівними правами: існувала свобода слова, свобода занять, свобода пересування; жінки користувалися рівними правами з чоловіками, а іноді, навіть ширшими, ніж чоловіки. Усі органи державної влади із самого низу і аж догори були виборними; виборними були усі ланки судових органів, а у роботі громадських та копних судів могли брати участь усі бажаючі громадяни. Основним джерелом права зазначеного періоду було так зване загальне право, яке базувалося на високій моралі та етиці, високій духовності, культурі та загальній освіченості українців. Злочин вважався "Божим гріхом", а кримінальне переслідування було справою приватною. Тому судовий процес мав змагальний характер, а покарання характеризувалося великою гуманністю. Українське суспільство дбало про захищеність сиріт, вдів, калік та літніх людей.

Проте частина української старшини, пішовши на співробітництво з російським урядом, і, набувши право володіння землею та прагнучи закріпити своє панівне становище, зрадила інтереси українського народу. Вона мовчки погодилася на ліквідацію Української держави та українського права, на закріпачення українських селян та перетворення їх у фактичних рабів. Можна стверджувати, що частина тогочасної української еліти погодилася на знищення своєї ідентичності, на розчинення в російському феодально-кріпосницькому суспільстві.

У колишньому Радянському Союзі елітою був клас номенклатури. Номенклатура виникла як історичне продовження організації професійних революціонерів.

Якщо буржуазія панує в економіці і на цій базі відіграє провідну роль у політиці, то номенклатура здійснює в першу чергу політичне керівництво суспільством, і в другу – керівництво економікою. Якщо буржуазія є панівним класом тому що володіє власністю, то номенклатура є панівним класом тому, що у її руках концентрується політична влада і вона розпоряджається власністю.

Головним критерієм, за яким відбирали до номенклатури, були політичні ознаки. Особа, яка була включена у списки номенклатури, якщо вона дотримувалася писаних і неписаних номенклатурних правил, могла бути спокійною за свою кар'єру. Кожен член ієрархічної структури номенклатури одержував у своє розпорядження певну частину державної власності(завод, колгосп, лікарню і т. ін.) або влади з негласною умовою бути лояльним до всієї номенклатурної корпорації. Зрада корпоративної етики або інтересів вела до виключення з номенклатури або до судового переслідування. Відносини у апаратному середовищі номенклатури визначалися не законом чи нормами права, а "правами звичаю", що складалися протягом тривалого часу і нагадували закони тваринного світу, в якому точиться жорстока боротьба за виживання.

Члени номенклатури були спаяні єдиною метою – утримати політичну владу, яка давала їм можливість

вільно розпоряджатися власністю, користуватися спецрозподільниками, відомчими санаторіями, будинками відпочинку, спецлікарнями, мисливськими спецугіддями тощо. Корпоративна міцність номенклатури полягала в неможливості змістити номенклатурника з посади, його можна було лише перемістити з однієї посади на іншу.

Радянська номенклатура проявляла глибоку ворожість до інших соціальних груп населення у середині країни, а також до зовнішнього капіталістичного світу як ворожої їй сили. Своєю замкненістю номенклатура породжувала змовницьке мислення, робила ставку на застосування сили у проведенні зовнішньої політики, здійснювала інформаційну блокаду населення, фальсифікувала соціально-економічні умови життя у країнах Заходу, постійно культивувала страх радянських людей перед "агресивними" намірами НАТО і особливо США. Цей страх донині сидить у свідомості українського народу незалежної України.

Номенклатура виробила такі психологічні якості, які дозволяли їй розкрадати так звану "загальнонародну" власність. У незалежній Україні колишня номенклатура почала здійснювати конверсію державної власності у приватну власність. У цьому процесі активну участь брав і криміналітет, який займався підпільним "підприємництвом", торгівлею наркотиками. Рекетом, так званим кришуванням тощо. Саме колишня номенклатура і кримінальні елементи перетворили колишню державну власність у свою приватну власність. Окрім того вони захопили в Україні і політичну владу. Отже, в Україні відбулося поєднання власності і влади в одних руках – номенклатурно-кримінальних. Колишня номенклатура і криміналітет перетворилися в Україні на олігархічно-кримінальну еліту.

Олігархічно-кримінальна еліта України, поєднуючи в своїх руках владу і власність, проводить суто суб'єктивну, вигідну лише їй як внутрішню, так і зовнішню політику. Її внутрішня політика спрямована на подальше власне збагачення і подальшу приватизацію державної власності. Вона дегуманізує морально-етичні і культурно-правові цінності українського народу, фетишизує товарно-грошові відносини. Демонізація нею "золотого тільця" спричиняє викривлення і моральну деградацію свідомості українців, породжує аморальну поведінку і відвертий цинізм у людських відносинах, перетворює людину у несвідому істоту з хапковими інстинктами. Вона прагне усунути народ від соціального і політичного життя, загнати його в турботливий, суто матеріальний світ змагальності. Усе це в сукупності породжує в суспільстві жорстокість і руйнацію, шкурництво і ненависть, презирство та глибоку деградацію і підлість, втрату людиною будь-якої віри в справедливість, доброту, чесність, порядність.

Олігархічно-кримінальна еліта України є малоосвіченою, а частина її – просто неграмотною, яка робить величезну кількість граматичних помилок як у письмовому вигляді, так і в усній мові. Будучи ще й антиукраїнською, вона неспроможна виробити свою ідеологічну платформу, бути вітальним чинником прогресу. Генетично кримінальна за своєю суттю, вона є суто деструктивною силою, яка використовує перебування при владі для власного збагачення. Така еліта не може сприйняти, а тим більше реалізувати концепцію сучасної української національної ідеї. Вона може пропагувати лише гедонізм з космополітичним фартушком.

Україні потрібна патріотично налаштована і національно свідома еліта з високою самодисципліною, відданістю українським національним інтересам, вимоглива до себе, яка може взяти на себе обов'язок вирішити соціально-економічні і політичні проблеми, які існують в нашій країні. Національно-патріотична еліта, поєднавши енергійну реалізацію сучасної української національної ідеї саме з феноменом нації, зможе забезпечити оздоровлення морального клімату в суспільстві, забезпечити подальшу демократизацію життя і зростання добробуту населення, побудувати могутню соціальну, правову і справедливу українську державу.

1. Ростовський Андрій, Юрій Штепа. Українська національна ідея: від плачу до конструктивного діалогу. – газета Дзеркало тижня, 2006, 9 вересня. 2. Україна молода, 2006, 22 вересня.

Надійшла до редколегії 22.09.10

В. Шибіко, канд. юрид. наук, проф.

ВИДАЧА ОСОБИ (ЕКСТРАДИЦІЯ) І ЗАВДАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА УКРАЇНИ

У статті видача особи (екстрадиція) розглядається як правовий інститут, який має міжнародно-правову основу, а з доповненням КПК України 21 травня 2010 року новим розділом "Видача особи (екстрадиція)" отримав і повноцінний свій кримінально-процесуальний статус, і одночасно як важливий процесуальний засіб забезпечення виконання завдань кримінального судочинства України, а не лише як засіб, який має на меті забезпечити притягнення особи до кримінальної відповідальності і виконання вироку.

Ключові слова: видача особи (екстрадиція), завдання кримінального судочинства, екстрадиційний арешт, право на захист, правосуддя.

В статье выдача лица(экстрадиция) рассматривается в качестве правового института, имеюшего международно-правовую основу, а с дополнением УПК Украины 21 мая 2010 года новым разделом "Выдача лица (экстрадиция" получившего и свой полноценный уголовно-процессуальный статус, и одновременно в качестве важного процессуального средства обеспечения выполнения задач уголовного судопроизводства, а не только лишь в качестве средства, имеющего своей целью обеспечить привлечение лица к уголовной ответственности и исполнение приговора.

Ключевые слова: выдача лица (экстрадиция), задачи уголовного судопроизводства, экстрадиционный арест, право на защиту, правосудие.

The article views extradition of a person as a legal institute that possesses an international legal basis and since the Code of Criminal Procedure of Ukraine was supplemented on 21 May 2010 with the new chapter "Person's Extradition" this legal institute has acquired its full-fledged criminal procedural status and is at the same time viewed as an instrumental procedural remedy that ensures the fulfilment of the tasks of criminal proceedings of Ukraine but not just the sole remedy aiming to ensure bringing the person to criminal liability and enforcing the judgment.

Key words: extradition, tasks of criminal proceedings, extradition arrest, right to a defense, justice.

В умовах глобалізації злочинності особливого значення набуває міжнародне співробітництво держав у галузі боротьби зі злочинністю, у тому числі у галузі кримінального процесу, зокрема співробітництво з розшуку, затримання і видачі осіб, які вчинили злочини, з метою забезпечення виконання завдань кримінального судочинства у кожній кримінальній справі.

© Шибіко В., 2010

Відповідно до завдань кримінального судочинства (ст.2 КПК України) особа, яка вчинила злочин, має бути притягнута до кримінальної відповідальності і покарана. Згідно з ч.1 ст.6 КК України особа, яка вчинила злочин на території України, підлягає кримінальній відповідальності за КК України (7). Злочин визнається вчиненим на території України, якщо його було почато, продовжено, закінчено або припинено на території України, якщо його виконавець або хоча б один із співучасників діяв на території України (ч.2, 3 ст.6 КК України).

Проте особа після вчинення злочину може перебувати за межами України і для вирішення питання про її кримінальну відповідальність та покарання вона має повернутися в Україну. Це можливо і добровільно, зокрема коли така особа не вважає себе винною у вчиненні злочину і сподівається довести це особисто і з допомогою свого захисника, ставши активним учасником провадження у кримінальній справі. Але найчастіше особи, які вчинили злочини в Україні, опиняються за її межами з метою ухилитися від кримінальної відповідальності і покарання за вчинені ними злочини. Безперешкодний виїзд з України до чи після порушення кримінальної справи стає можливим, коли органам кримінального судочинства ще не відомо було про вчинення злочину або ще не було відомо, хто вчинив цей злочин, або ж були дані про те, хто вчинив злочин, але своєчасно не було вжито належних (адекватних) заходів процесуального примусу з метою запобігти виїзду, ухиленню від слідства чи суду, зокрема не застосовано такий захід процесуального примусу, як запобіжне обмеження щодо особи, відносно якої порушено кримінальну справу. Згідно зі ст.98-1 КПК у разі, коли кримінальну справу порушено щодо певної особи, прокурор (суддя) вправі прийняти рішення про заборону такій особі виїжджати за межі України до закінчення досудового розслідування чи судового розгляду, про що виносить мотивовану постанову (ухвалу). З можливістю незаконного виїзду за межі України пов'язане і неправильне вирішення питання про обрання ефективного запобіжного заходу, що сприяє ухиленню обвинуваченого (підсудного) від слідства і суду, у тому числі з виїздом його за межі України.

Якщо місцезнаходження обвинуваченого чи підсудного невідоме і немає достатніх даних про те, що він перебуває поза межами України, в іншій державі, то слідчий чи суд зупиняє провадження у справі до розшуку обвинуваченого (підсудного) (ст.206, 249, 280 КПК України). Сам по собі факт перебування підозрюваного, обвинуваченого, підсудного поза межами України, з точки зору закону (ст.206, 280 КПК) не є підставою для зупинення провадження у кримінальній справі щодо такої особи. У цьому разі досудове слідство продовжується, справа передається через прокурора до суду і розглядається в судовому засіданні у відсутності підсудного. Згідно з п.1 ч.2 ст.262 КПК України розгляд справи при відсутності підсудного допускається лише у виняткових випадках, зокрема коли підсудний перебуває поза межами України і ухиляється від явки до суду.

Участь у провадженні (неухилення) особи, яка вчинила злочин, – підозрюваного, обвинуваченого, підсудного – є однією з важливих умов успішного виконання завдань кримінального судочинства (ст.2 КПК України). Тому закон заохочує позитивну поведінку цих учасників процесу, пов'язану із сприянням органам розслідування, прокурору, суду у розкритті злочину, повному з'ясуванні обставин справи і тим самим у правильному, законному, обґрунтованому і справедливому її вирішенні. Зокрема, з'явлення із зізнанням, щире каяття або активне сприяння розкриттю злочину, добровільне відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди є, згідно з ч.1 ст.66 КК України, обставинами, які пом'якшують покарання. У зв'язку з дійовим каяттям та у зв'язку з примиренням обвинуваченого, підсудного з потерпілим, обвинувачений, підсудний, який вперше вчинив злочин невеликої тяжкості або необережний злочин середньої тяжкості, звільняється від кримінальної відповідальності (ст. 45, 46 КК України, п.1 і 2 ч.1 ст. 7-1, ст.7-2, 8 КПК України).

Ухилення особи, яка вчинила злочин, від слідства і суду шкодить виконанню завдань кримінального судочинства. Адже підозрюваний, обвинувачений, підсудний своєю активною участю в провадженні, своїми показаннями, участю в проведенні інших слідчих дій (очної ставки, пред'явлення для впізнання, оглядів тощо), в інших процесуальних діях (ознайомленні з матеріалами закінченого досудового слідства), участю в судовому засіданні, реалізацією прав на заявлення клопотань про виклик і допит нових свідків, призначення повторної чи додаткової експертизи, відвід слідчому, суддям тощо, сприяє з'ясуванню обставин, які виключають злочинність діяння: необхідна оборона,уявна оборона, затримання особи, що вчинила злочин, крайня необхідність, фізичний або психічний примус тощо (ст. 36-43 КК України) або пом'якшують покарання (ст. 66 КК України). А за наявності кількох обставин, що пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості вчинення злочину з урахуванням особи винного, суд, умотивувавши своє рішення, може призначити більш м'яке покарання, ніж передбачене законом (ст.69 КК України).

У разі встановлення під час провадження у кримінальній справі, що особа, яка вчинила злочин, перебуває поза межами України і відмовляється добровільно з'явитися до органу досудового слідства чи в суд, одним із способів забезпечення такої явки і можливості притягнення такої особи до кримінальної відповідальності і покарання є застосування процедури видачі особи (екстрадиції) державою перебування в Україну.

Питання міжнародного правового співробітництва, у тому числі у галузі кримінального процесу, були предметом наукових досліджень з давніх часів. Інститут видачі особи досліджував свого часу відомий нідерландський вчений Гуго Гроцій, вважаючи його явищем виключно міжнародного права (27, с.210-211). Значний внесок у розробку теорії екстрадиції зробили вчені різних країн у XIX ст., зокрема Ф.Ф.Мартенс (24), Е.К.Сімсон (27), А.Штігліц (29), Д.Нікольський (25). Серед сучасних радянських, українських і російських вчених, які досліджували цю проблему як складову міжнародного співробітництва у галузі судочинства, можна назвати Ю.І.Бастрикіна (16), Ю.Г.Васильєва (17), С.М.Вихриста (18), О.Г.Волеводза (19), В.М.Волженкіну (20), Т. С.Гавриш (21), І.І.Лукашука(22), О.В.Наумова (22), Н.Сафарова (26), М.І.Смирнова (28)та ін.

Законодавець України визнає міжнародно-правову основу походження видачі особи(екстрадицію), зокрема наголошуючи, що іноземці та особи без громадянства, що постійно проживають в Україні, які вчинили злочини поза межами України і перебувають на її території, можуть бути видані іноземній державі для притягнення до кримінальної відповідальності і віддання до суду або передані для відбування покарання, якщо така видача передбачена міжнародними договорами (ст.10 КК України). Закріпивши видачу особи (екстрадицію) в основному кримінально-процесуальному законі – КПК України – законодавець тим самим надав йому статусу кримінально-процесуального інституту.

Зрозуміло, що питання про видачу особи (екстрадицію) для України регулювалося і до прийняття 21 травня 2010 року Закону України "Про внесення змін до

Кримінально-процесуального кодексу України щодо видачі особи (екстрадиції) (11) міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких була надана Верховною Радою України і які внаслідок цього, згідно з ст.9 Конституції України, стали частиною національного законодавства України (1). Це, зокрема: Європейська конвенція про видачу правопорушників від 13 грудня 1957 року, Додатковий протокол 1975 року та Другий додатковий протокол 1978 року до неї, підписані від імені України 29 травня 1997 року в м. Страсбурзі та ратифіковані Законом України від 16 січня 1998 року (3; 4; 5;), Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 22 січня 1993 року (6). Про екстрадицію йдеться і в Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, ратифікованій Законом України від 11 вересня 1997 року . У п. "f"ч.1 ст.5 Конвенції "Право на свободу та особисту недоторканність" зазначається, що нікого не може бути позбавлено свободи, крім таких випадків і відповідно до процедури, встановленої законом: законний арешт або затримання особи…, щодо якої проводиться процедура екстрадиції (2, с.7).

З доповненням КПК України 21 травня 2010 року розділом 9 (глава 37) "Видача особи (екстрадиція)", це питання отримало спеціальне кримінально-процесуальне регулювання. Врегульовано видачу особи (екстрадицію) як в Україну, так і з України іншій державі в частині, що стосується кримінально-процесуальної діяльності компетентних органів України. При цьому під видачею особи (екстрадицією), згідно з ч.1 ст.450 КПК України, слід розуміти видачу особи державі, компетентними органами якої ця особа розшукується для притягнення до кримінальної відповідальності або виконання вироку. Екстрадиція включає офіційний запит про видачу особи, її встановлення на території однієї держави, перевірку обставин, що можуть перешкоджати видачі, а також прийняття рішення за запитом та фактичну передачу такої особи іншій державі, компетентні органи якої звернулися із запитом про видачу.

КПК України передбачає певні умови і порядок видачі особи (екстрадиції) як в Україну, так і з України. Так, згідно з ст.450 КПК запит про видачу особи (екстрадицію) направляється за умови, якщо законом України хоча б за один із злочинів, у зв'язку з якими запитується видача, передбачено покарання у виді позбавлення волі на максимальний строк не менше одного року або особу засуджено до покарання у виді позбавлення волі і невідбутий строк становить не менше чотирьох місяців. Такі ж вимоги діють і щодо запиту компетентного органу іноземної держави щодо видачі їй особи (екстрадиції) з України.

Компетентними центральними органами щодо видачі особи (екстрадиції) є Генеральна прокуратура України щодо видачі обвинувачених (підозрюваних) у справах на стадії досудового слідства і Міністерство юстиції України – щодо видачі (екстрадиції) підсудних (засуджених) у справах на стадіях судового розгляду чи виконання вироку. Вони звертаються до компетентних органів іноземних держав із запитами про видачу особи (екстрадицію) і розглядають запити компетентних органів іноземної держави про видачу особи (екстрадицію) (ст.452 КПК України).

Підготовку необхідних документів здійснюють орган досудового слідства чи суд, у провадженні якого перебуває кримінальна справа або яким постановлено вирок. Документи складаються в письмовій формі і повинні містити дані про особу, видача якої вимагається, обставини і кваліфікацію вчиненого нею злочину. До цих документів додаються: 1) копія постанови судді про взяття особи під варту або про дачу дозволу на її затримання і доставку в суд під вартою або копія вироку з підтвердженням про набрання ним законної сили; 2) копія постанови про притягнення особи як обвинуваченого, якщо у справі не винесено вирок; 3) копія постанови про розшук особи; 4) текст статті Кримінального кодексу України, згідно з якою кваліфікується злочин; 5) документи про громадянство розшукуваної особи; 6) довідка про частину невідбутого покарання, якщо запитується видача особи, яка вже відбула частину призначеного покарання; 7) інші відомості, передбачені міжнародним договором України, який також чинний для іноземної держави, на території якої встановлено розшукувану особу.

Документи підписуються слідчим або суддею, засвідчуються печаткою відповідного органу та перекладаються мовою, передбаченою міжнародним договором України.

Документи про видачу особи (екстрадицію) передаються до Генеральної прокуратури чи Міністерства юстиції України через прокуратуру області чи прирівняну до неї прокуратуру у десятиденний строк з дня затримання особи на території іноземної держави. У зазначений строк Генеральній прокуратурі України безпосередньо передаються документи про видачу особи (екстрадицію) слідчих підрозділів у складі МВС України, СБУ, ДПА України.

Запит про видачу особи (екстрадицію) направляється керівником центрального органу або його заступником протягом п'яти днів з дня отримання документів органу досудового слідства чи суду(ст.453 КПК України).

Ст.454 КПК України встановлює межі можливої кримінальної відповідальності виданої особи. Видана в Україну особа може бути притягнута до кримінальної відповідальності лише за ті злочини, за які здійснена видача (екстрадиція). При цьому обмеження, висловлені компетентним органом іноземної держави при прийнятті рішення про видачу особи в Україну, є обов'язковими при прийнятті відповідних процесуальних рішень органом досудового слідства, прокурором або судом.

У разі вчинення особою до її видачі(екстрадиції) іншого злочину, не зазначеного у запиті про видачу, притягнути таку особу до кримінальної відповідальності або виконати вирок суду за цей злочин можна лише після отримання згоди компетентного органу іноземної держави, що видала особу. Ця вимога, яка є загальновизнаною в процедурі екстрадиції, закріплена в міжнародних договорах про міжнародну правову допомогу, не завжди враховується в судовій практиці, що тягне відповідні негативні правові наслідки для рішення суду. Так, Ялтинський міський суд Автономної Республіки Крим(АРК) вироком від 9 липня 2008 року засудив Р. за ст.15, ч.2 ст.186 КК України(замах на грабіж) на чотири роки шість місяців позбавлення волі, а за сукупністю вироків на підставі ст.74 КК остаточно призначив строк покарання – п'ять років позбавлення волі. У цій справі 3 листопада 2005 року суд першої інстанції оголосив Р. у розшук. Його було затримано на території Російської Федерації 21 листопада 2007 року. Відповідно до клопотання Міністерства юстиції України Генеральним прокурором РФ прийнято рішення про видачу Р. для його притягнення до кримінальної відповідальності за замах на грабіж, злочин, передбачений ч.3 ст.15, ч.2 ст.186 КК України. Незважаючи на це, Ялтинський міський суд на підставі ст.71 КК приєднав до покарання, призначеного Р. за замах на грабіж, частково не відбуте покарання за попереднім вироком від 12 лютого 2004 року, на що згоди запитуваної сторони не було. Тобто суд порушив вимоги ст.66 Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах від 22 січня 1993 року (6), ратифікованої Законом України від 10 листопада 1993 року (8), вийшовши поза межі домовленості між Російською

Федерацією та Україною. Враховуючи зазначене, Верховний Суд України вирок Ялтинського міського суду від 9 липня 2008 року та ухвалу Апеляційного суду АРК від 9 листопада 2008 року щодо Р. змінив, виключивши із цих судових рішень призначення Р. покарання на підставі ст.71 КК, і постановив вважати Р. засудженим за ч.3 ст.15, ч.2 ст.186 КК України на строк 4 роки позбавлення волі (15).

До речі, Законом України від 21 травня 2010 року частину 1 ст.6 КПК України було доповнено пунктом 12, за яким відсутність зазначеної вище згоди держави, яка видала особу, є обставиною, яка виключає провадження у кримінальній справі.

Для обґрунтованого вирішення питання про видачу особи (екстрадицію) Україною іноземній державі КПК України передбачає необхідність проведення екстрадиційної перевірки обставин, що можуть перешкодити видачі особи. Така перевірка здійснюється центральним органом або за його дорученням прокуратурою області чи прирівняною до неї прокуратурою протягом 30 днів з можливістю продовження цього строку центральним органом. На основі проведеної перевірки керівник центрального органу або його заступник приймає рішення про видачу особи або про відмову у видачі особи. У видачі особи може бути відмовлено, якщо: ця особа є громадянином України або особою без громадянства, що постійно проживає в Україні; злочин, за який запитано видачу, не передбачає покарання у виді позбавлення волі за законом України; закінчилися передбачені законом України строки давності притягнення особи до кримінальної відповідальності за злочин, за який запитано видачу; компетентний орган іноземної держави не надав на вимогу центрального органу додаткових матеріалів або даних, без яких неможливе прийняття рішення за законом про видачу (екстрадицію); видача особи (екстрадиція) суперечить зобов'язанням України за міжнародними договорами України або є інші підстави, передбачені міжнародним договором (ст.466, 467 КПК). Як роз'яснив Пленум Верховного Суду України у п.5 постанови №8 від 8 жовтня 2004 року, зі змісту статей 2, 3, 6, 10 і 11 Конвенції про видачу правопорушників і Додаткового протоколу до неї та ст.57 Конвенції про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах 1993 року, можуть бути й інші обставини, які перешкоджають видачі, зокрема видача затриманих осіб не здійснюється за політичні та військові правопорушення; коли на території сторони, до якої звертаються із запитом, постановлено вирок суду чи постанову про закриття справи за тим самим обвинуваченням, у зв'язку з пред'явленням якого вимагається видача; осіб, які мають в Україні статус біженця; якщо сторона, що надсилає запит, не надасть Україні достатніх гарантій того, що вирок із покаранням у виді смертної кари не буде звернутий до виконання у тому випадку, коли правопорушення, за яке вимагається видача, карається смертною карою за законодавством держави, що надсилає запит; злочин, у зв'язку з яким вимагається видача, згідно із законодавством сторони, яка запитує, або України, переслідується в порядку приватного обвинувачення; злочин, у зв'язку зі вчиненням якого вимагається видача, карається позбавленням волі на максимальний строк менше одного року або менш суворим покаранням тощо (14, с.296). Пленум привернув увагу судів також до того, що відповідно до ст.28 Європейської конвенції її положення замінюють положення будь-яких двосторонніх договорів, конвенцій або угод, що регулюють видачу правопорушників між будь-якими двома Договірними Сторонами. Таким чином, якщо держава, що звертається із запитом про видачу, є Стороною Європейської конвенції, положення інших двосторонніх або багатосторонніх міжнародних договорів щодо видачі можуть застосовуватися лише в тій частині, в якій вони доповнюють положення цієї Конвенції (14, с. 297).

Як бачимо з наведеного вище переліку обставин, що можуть перешкодити видачі особи, найпершою з них є та, що ця особа є громадянином України. На цій обставині наголошується і в Конституції України: "Громадянин України не може бути вигнаний за межі України або виданий іншій державі" (ч.2 ст.25), і в ч.1 ст.10 КК України. Ратифікуючи 16 січня 1998 року Європейську конвенцію про видачу правопорушників 1957 року та Додаткові протоколи до неї, Верховна Рада України у Законі про ратифікацію у заявах і застереженнях до підпунктів "а" і "в" пункту 1 ст.6 Конвенції "Видача власних громадян" зазначила наступне: "Україна не видаватиме іншій державі громадян України. Для цілей цієї Конвенції громадянином України вважається будь-яка особа, яка відповідно до законів України на час прийняття рішення про видачу є громадянином України" (10). Важливо зазначити також, що згідно з ч.2 ст.6 Європейської Конвенції про видачу правопорушників якщо запитувана сторона не видає свого громадянина, вона на прохання запитуючої сторони передає справу до своїх компетентних органів для того, щоб у разі необхідності можна було здійснити її розгляд (3, с.344). Цікавими є міркування з приводу принципу невидачі державою власних громадян Е.К.Сімсона, який зазначав: "Видача в юридичному розумінні є акт судової допомоги і полягає в добровільній передачі особи, яка обвинувачується у злочині, з боку тієї держави, на території якої ця особа перебуває, іншій державі, що потерпіла від злочину цієї особи і вимагає передачі. Оскільки держава є установою, яка має служити виключно цілям своїх членів, то вона сама має здійснювати правосуддя, на яке громадяни мають право. Не видаючи злочинця, держава цим не заперечує ще компетентності чужого суду, і не бажає захищати злочинця від заслуженого ним покарання. Вона тільки відмовляється своєю владою надати чужому суду обвинуваченого, який має невід'ємне право на суд з боку своєї вітчизни" (27, с.307).

Рішення про видачу може бути оскаржене особою, щодо якої воно прийнято, її захисником чи законним представником до місцевого суду за місцем тримання такої особи під вартою (ст. 468 КПК).

Після набрання чинності рішенням про видачу особи (екстрадицію) фактична передача особи має бути здійснена протягом 15 днів з дати, встановленої для її передачі, цей строк може бути продовжений центральним органом до 30 днів, після чого особа звільняється з-під варти (ст.470 КПК). Проте можуть існувати обставини, за яких центральний орган може відстрочити фактичну передачу особи до іноземної держави, якщо: 1) особа, щодо якої прийнято рішення про видачу (екстрадицію), притягується до кримінальної відповідальності або відбуває покарання у виді позбавлення чи обмеження волі за інший злочин на території України – до закінчення досудового розслідування чи судового розгляду, відбуття покарання чи звільнення від покарання з будь-яких законних підстав; 2) особа, щодо якої надійшов запит про видачу, тяжко хворіє і за станом здоров'я не може бути видана без шкоди її здоров'ю – до її одужання (ст.469 КПК).

Для забезпечення права на захист особи, щодо якої вирішується питання про її видачу іноземній державі(екстрадицію), КПК України передбачає її право на захисника на будь-якому етапі видачі особи (екстрадиції), але не пізніше як з моменту затримання. Орган дізнання, який затримав цю особу, має право призначити цій особі захисника через адвокатське об'єднання (ст.459 КПК). Якщо ця особа не володіє мовою, якою здійснюється провадження, чи є необхідність у забезпеченні перекладу документів, на будь-якому етапі видачі

особи(екстрадиції), орган дізнання, який затримав таку особу, суд або орган, який проводить екстрадиційну перевірку, може запросити перекладача (ст.460 КПК).

Особа, яка розшукується іноземною державою, може бути затримана на території України органом дізнання на строк до 72 годин (ст. 461 КПК). Для забезпечення видачі (екстрадиції) особи до неї може бути застосовано також екстрадиційний арешт (до 18 місяців) або ж тимчасовий арешт (до 40 діб або інший строк, встановлений міжнародним договором) до отримання запиту про видачу (екстрадицію) (ч.3 і 4 ст.450, ст.462, 463 КПК). Час тримання особи під вартою на території іноземної держави, а також час її етапування зараховуються до загального строку відбування покарання, призначеного вироком суду (ст.455 КПК).

Таким чином, інститут видачі особи (екстрадиції), маючи міжнародно-правову основу, з доповненням Кримінально – процесуального кодексу України 21 травня 2010 року новим розділом дев'ятим "Видача особи (екстрадиція)" отримав належне дооформлення свого процесуального статусу. Він має розглядатися як важливий процесуальний засіб забезпечення виконання завдань кримінального судочинства (ст.2 КПК України), а не ставити за мету лише забезпечення притягнення особи до кримінальної відповідальності і виконання вироку, яка (мета) має виразне однобічне, обвинувальне спрямування, зводячи екстрадицію лише до засобу боротьби зі злочинністю. Адже забезпечена екстрадицією участь особи (обвинуваченого, підсудного) в провадженні у справі, побудованому на засадах презумпції невинуватості, забезпечення права на захист, змагальності сторін, права на справедливий судовий розгляд, є важливою умовою всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин кримінальної справи і винесення судом справедливого рішення.

Конституція України. – К. : Видавничий Дім "Ін Юре", 2006. – 144 с. 2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, Рим, 4 листопада 1950 року. Ратифікована Україною 11 вересня 1997 року. – К.: Фенікс, 2005. – 60 с. 3. Європейська конвенція про видачу правопорушників. Париж, 13 грудня 1957 року // Збірка договорів Ради Європи. Українська версія. – К.: парламентське видавництво, 2000. – С.341-353. 4. Додатковий протокол до Європейської конвенції про видачу правопорушників. Страсбург, 15 жовтня 1975 року //Там само. – С.355-359. 5. Другий додатковий протокол до Європейської конвенції про видачу правопорушників. Страсбург, 17 березня 1978 року // Там само. – С.362-366. 6. Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 22 січня 1993 року // Україна в міжнародно-правових відносинах. Боротьба із злочинністю та взаємна правова допомога (книга перша). Зб. док. – К.: Юрінком, 1996. – С.1049-1082. 7. Кримінальний кодекс України, Кримінально – процесуальний кодекс України, Інструкція про єдиний облік злочинів. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 432 с. 8. Закон України від 10 листопада 1994 року "Про ратифікацію Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 22 січня 1993 року" / Голос України. – 1994. – 23 листопада. – №222. 9. Закон України від 5 листопада 1991 року "Про прокуратуру" // Прокуратура України. Законодавство. Рішення Конституційного Суду України. Накази та інші організаційно розпорядчі документи Генерального прокурора України. За аг. ред.. Генерального прокурора України О.І.Медведька. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – С.6-35. 10. Закон України від 16 січня 1998 року "Про ратифікацію Європейської конвенції про видачу правопорушників, 1957 рік, Додаткового протоколу 1975 року та Другого додаткового протоколу 1978 року до Конвенції" // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – №23. – Ст.129. 11. Закон України від 21 травня 2010 року "Про внесення змін до Кримінально –процесуального кодексу України щодо видачі особи (екстрадиції) / Голос України. – 2010. – 17 червня. – №110. 12. Наказ Генерального прокурора України від 26 грудня 2005 року №8 гн "Про організацію роботи органів прокуратури України в галузі міжнародного співробітництва і правової допомоги" // Прокуратура України. Законодавство. Рішення Конституційного Суду України. Накази та інші організаційно розпорядчі документи Генерального прокурора України. За аг. ред. Генерального прокурора України О.І.Медведька. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – С. 347-353. 13. Інструкція про порядок розгляду в органах прокуратури України запитів про видачу правопорушників. Затв. Наказом Генерального прокурора України від 23 травня 2007 року №8 гн-1 // Там само. – С.365-371. 14. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 8 жовтня 2004 року №16 "Про деякі питання застосування законодавства, яке регулює порядок і строки затримання(арешту) осіб при вирішенні питань, пов'язаних з їх екстрадицією // Постанови Пленуму Верховного Суду України в кримінальних справах. За заг. ред. В.Т.Маляренка. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С.293-297. 15. Ухвала спільного засідання колегії суддів Судової палати у кримінальних справах і Військової судової колегії Верховного Суду України від 31 липня 2009 року (витяг) // Вісник Верховного Суду України. – 2009. – №11. – С.16. 16. Бастрыкин А.И. Взаимодействие советского уголовно-процессуального и международного права. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1986. – 135 с. 17. Васильев Ю.Г. Институт выдачи преступников (экстрадиции) в современном международном праве. – М.: Современная экономика и право, 2003. – 320 с. 18. Вихрист С.М. Видача осіб в аспекті співвідношення міжнародного та національного права Автореф. дис. канд.. юрид. наук:12.00.11. – Харків, 2003. – 19 с. 19. Волеводз А.Г. Правовое регулирование новых направлений международного сотрудничества в сфере уголовного процесса. – М.: Юрлитинформ, 2002. – 528 с. 20. Волженкина В.М. Выдача в российском уголовном процессе. – М.: Юрлитинформ, 2002. – 336 с. 21. Гавриш Т. С. Теорія та практика міжнародної правової допомоги в кримінальних справах (проблеми сучасного співробітництва України): Монографія. – Х.: Право, 2006. – 192 с. 22. Лукашук И.И., Наумов А.В. Выдача обвиняемых и осужденных в международном уголовном праве. – М.: Рос.юрид.издат.дом, 1998.–160 с. 23. Маланюк А.Г. Провадження у кримінальних справах, пов'язане з міжнародними відносинами, за законодавством України. Автореф. дис.. …канд.. юрид. наук: !2.00.09. – К., 2004. – 20 с. 24. Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов. – СПб., 1896. Т.2. – 609 с. 25. Никольский Д. О выдаче преступников по началам международного права. – СПб., 1884. – 539 с. 26. Сафаров Н. Экстрадиция в международном уголовном праве: проблемы теории и практики. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – 416 с. 27. Симсон Э.К. О невыдаче собственных подданных: Международно-правовое исследование. – СПб., 1892. – 420 с. 28. Смирнов М.І. Інститут взаємної правової допомоги у кримінальних справах: сучасний стан і перспективи розвитку: монографія. – Одеса: Фенікс, 2005. – 242 с. 29. Штиглиц А. Исследование о выдаче преступников. – СПб., 1892. – 420 с.

Надійшла до редколегії 23.09.10

Л. Комзюк, докторант, канд. юрид. наук

МІСЦЕ АВТОРСЬКОГО ПРАВА В СИСТЕМАХ ПРАВА ДЕРЖАВ ЦЕНТРАЛЬНО-СХІДНОЇ ЄВРОПИ: ДЕЯКІ МЕТОДОЛОГІЧНІ АСПЕКТИ

У статті розглянуто деякі методологічні аспекти дослідження авторського права і суміжних прав. Проаналізовано відповідний досвід постсоціалістичних країн, зокрема Польщі, Росії, Словаччини, Чехії та України.

Ключові слова. Авторське право і суміжні права, система авторського права, місце авторського права в системі права.

В статье рассмотрены некоторые методологические аспекты исследования авторского права и смежных прав. Проанализирован соответствующий опыт постсоциалистических стран, в частности Польши, России, Словакии, Чехии и Украины.

Ключевые слова. Авторское право и смежные права, система авторского права, место авторского права в системе права.

In the article are considered some methodological aspects of research of copyright and related rights. Analyzed the relevant experience of post-socialist countries, particularly Poland, Russia, Slovak Republic, Czech Republic and Ukraine.

Key words. Copyright and related rights, system of copyright, place of copyright in the law system.

На початку XXI століття в Україні помітно активізувалась увага до проблем теорії і практики інтелектуальної власності (далі – ІВ), особливо до авторського права і суміжних прав (далі – АПіСП). Одним з факторів цієї активізації стала розробка й прийняття Закону України "Про авторське право і суміжні права" від

© Комзюк Л., 2010

23.12.1993 р. в новій редакції (від 11.07.2001 р.) та нового Цивільного кодексу України [далі – ЦК України], особливо включення в нього Книги четвертої "Право ІВ", що актуалізувало проблему визначення місця правового регулювання охорони прав на об'єкти ІВ у системі права й пожвавило методологічні дискусії на цю тему. Помітне місце в процесі формування сучасних теоретико-методологічних засад АПіСП і права ІВ загалом належить класичним науковим і навчальним виданням відомих зарубіжних авторів, насамперед, Л.Бентлі й Д.Шермана, Д.Ліпцік [див.: 1; 2] (які стали більш доступними українському читачеві завдяки російським перекладам), Е.Ґаврілова, В.Дозорцева, О. Сергєєва, С.Сударікова [див.: 3; 4; 5; 6] та ін.

З найбільш вагомих результатів українських дослідників АПіСП відзначимо праці С.Бондаренка, В. Дроб'язка й Р.Дроб'язка, Р.Шишки [див.: 7, 8, 9], а також зрослу увагу до інтелектуально-правової проблематики в підручниках з цивільного права [наприклад, див.: 10; 11].

Метою цієї статті є аналіз методологічних здобутків юриспруденції постсоціалістичних країн, зокрема Польщі, Росії, Словаччини та Чехії у визначенні місця авторського права в системі права та вироблення на цій основі рекомендацій щодо можливого їх використання в Україні.

Як відомо, основу правового регулювання відносин у сфері ІВ України становлять норми, закріплені в Книзі четвертій "Право ІВ" ЦК України (глави 35-46), главах 75 "Розпоряджання майновими правами ІВ" і 76 "Комерційна концесія", що входять до Книги п'ятої ЦК "Зобов'язальне право". Безпосередньо ж АПіСП присвячені окремі статті Глави 35 "Загальні положення про право ІВ", Глава 36 "Право ІВ на літературний, художній та інший твір (авторське право)", Глава 37 "Право ІВ на виконання, фонограму, відеограму, програму (передачу) організації мовлення (суміжні права). Поряд з нормами ЦК відносини, пов'язані з об'єктами АПіСП регулюються вже згаданим окремим Законом України "Про авторське право і суміжні права", який має комплексний (а не лише цивільно-правовий) характер.

У системі ЦК України знайшов своє втілення й легальне закріплення домінуючий у даний час в українській цивілістиці підхід до визначення місця права ІВ у цілому й АПіСП зокрема в системі права України. С.Бондаренко, наприклад, відзначає, що "об'єктивне АП як різновид права ІВ є цивільно-правовим інститутом, норми якого регулюють певну зовнішньо і внутрішньо споріднену категорію особистих немайнових та майнових відносин, заснованих на юридичній рівності, вільному волевиявленні і майновій самостійності їх учасників, пов'язаних зі створенням і використанням літературних, художніх та інших творів, а також з розпоряджанням майновими правами ІВ щодо них" [7, с. 12]. Ця ж точка зору відбита й у підручнику В. Дроб'язка і Р. Дроб'язка [8, с. 12, 18-19 та ін.].

У підручнику Є. Харитонова і Н. Саніахметової без достатнього, на наш погляд, обґрунтування стверджується, що "відповідно до сучасної вітчизняної концепції у цій сфері право ІВ розглядається як особливий різновид права власності, і, отже, речових прав на специфічний об'єкт – результати творчої, інтелектуальної діяльності" [11, с. 395]. Із цим висновком ми погодитися ніяк не можемо. Адже там само автори визнають, що, оскільки ЦК України містить поряд із Книгою третьої "Право власності та інші речові права" окрему Книгу четверту "Право ІВ", а "ст. 419 ЦК України, визначаючи співвідношення права ІВ і права власності, фактично тлумачить їх як однопорядкові категорії", це означає, що "розробники Кодексу [й, що особливо важливо для розуміння сутності пануючої доктрини, – законодавець! – **Л.К.**], таким чином підкреслили соціально-економічне значення ІВ, розглядаючи її як підгалузь цивільного права [11, с. 394-395; див. також: 5, с.20; 10, с. 30-31].

У цьому плані значний інтерес викликає дослідження зарубіжного, зокрема польського, словацького і чеського, досвіду правового регулювання відносин, пов'язаних зі створенням і використанням результатів інтелектуальної, творчої діяльності, насамперед теорії і практики АПіСП.

Відомий німецький учений професор Ґ.-П. Ґьотинґ – один з авторів ґрунтовного науково-практичного посібника з АП виходить із розуміння АП Німеччини як "особливої області приватного права, близької до цивільного права", стосовно якого "АП утворює власне незалежне регулювання" [12, s.21-22]. Трохи нагадує цей підхід і позиція Д. Ліпцік, що визначає АП як "специфічну область права, відмітною рисою якої є закріплення суб'єктивних прав автора на результати особистої творчості, створені в результаті його інтелектуальної діяльності" [2, с. 13].

Поширені в польській [див.: 13; 14; 15], словацькій [див.: 16; 17] і чеській [див.: 18; 19; 20] юридичній науці концепції досить подібні до вищевикладених позицій, що адекватно відображає об'єктивно існуючу реальність. Варто підкреслити методологічне значення того факту, що в чинних ще з соціалістичних часів цивільних кодексах Польщі [21], Словаччини [22] і Чехії [23] (і в проектах нових, які нині активно розробляються в цих країнах у процесі європеїзації цивільного права) не лише немає окремих структурних елементів (частин, розділів, глав), спеціально присвячених ІВ, зокрема й АПіСП, але взагалі відсутні положення щодо АПіСП (крім поодиноких бланкетних норм, що відсилають до спеціального законодавства). Так, наприклад, у п. 3 § 1 ЦК Чехії встановлено, що правові відносини, які виникають з результатів інтелектуальної, творчої діяльності, регулюють спеціальні закони, а п.3 § 1 ЦК Словаччини передбачає, що "ЦК регулює також правові відносини з інтелектуальної власності, якщо ці відносини не регулюють інші закони".

У польській юридичній літературі також має місце розуміння АП як права *sui generis* щодо норм цивільного права, що дозволяє урегулювати відносини, які вимагають специфічного підходу в силу, зокрема, специфіки об'єктів АП [13, s. 10].

Один з авторів багатотомного польського академічного видання "Система приватного права", том 13 якого присвячений АП, С.Ґжибовскі робить висновок про те, що сучасне АП "як самостійна частина цілого правового порядку..., зібрані разом стосовні до нього правові приписи не становлять ніякої т.зв. галузі права". Не включаються вони навіть як цілісність у жодну з галузей і не створюють її частини. Передумовою віднесення правових приписів до приписів АП і конструювання їх в окремій групі є їхня спрямованість на регулювання відносин, пов'язаних зі створенням і використанням твору. При цьому не має значення, навколо якого методу правового регулювання вони вибудувані і до якої галузі права належало б їх віднести. Це не єдина група правових приписів, виділена за подібним критерієм. У цьому контексті варто згадати, крім АП, винахідницьке, гірське, водне право й т.д. Всі вони становлять комплексні групи правових приписів, яким відповідають і комплексні дисципліни в юридичній науці. Як і в інших подібних комплексах правових приписів, в АП є свій головний стрижень, закорінений у цивільному праві, оскільки саме воно створює каркас із суб'єктивних прав. Основне значення мають для АП Польщі загальні положення ЦК,

норми зобов'язального й інших інститутів цивільного права. Неоднорідністю характеру й змісту відносин, що регулюються АП, а також різнорідністю способів використання творів як об'єктів АП зумовлюється і необхідність різнорідного врегулювання організаційних, фінансових, процедурних та інших проблем. Тому, підсумовує С.Ґжибовскі, окремі приписи АП з неминучістю мають характер приписів права цивільного, адміністративного, фінансового, кримінального, процесуального, міжнародного приватного і т.д. [14, s. 5].

Відомий чеський вчений І. Телец визначає АП (в об'єктивному розумінні) як "сукупність правових норм приватноправового характеру, яка становить особливу нормативну систему, що є складовою підсистемою приватного права". Змістом цієї суспільно-нормативної системи є правові норми, які в основному закріплені в авторському законі, а "диференціюючим критерієм її виділення є спеціальне чи пріоритетне (přednostní) регулювання. Інакше кажучи, **регулювання авторським законом має перевагу над загальним приватноправовим регулюванням відповідно до ЦК** (виділено нами. – **Л.К.**)". При цьому АП базується на приватноправових принципах, легально виражених у ЦК [24, s. 3-4]. АП, як випливає з його характеру, не є універсальним ані жодним "збірним" охоронним правом (системою), але спеціальним охоронним правом. Це означає, що предметом АП може бути лише те, що, в рамках легального розуміння поняття твору відповідно до авторського закону кореспондує функціональній природі цього приватного права, законодавчо і системно визначеній авторським законом [24, s. 5-6]. Спільно з іншими "нематеріальними" (nehmotnými) правами АП становить підсистему приватного права, що характеризується ідеальними благами як об'єктами прав і пріоритетним (přednostní) регулюванням, рамками якої охоплюються спеціальні положення [24, s. 4].

Сукупність цивільно-правових норм цієї підсистеми, тобто право ІВ, складає (поряд з інститутом "права на охорону особистості", який є приблизним аналогом інституту особистих немайнових прав в українському цивільному праві), на думку більшості чеських та словацьких цивілістів [див.: 18, s. 21-27; 19, s. 19-22; 20; 16; 17], один з інститутів "права нематеріальних благ". У свою чергу, інститут "права нематеріальних благ" є інститутом вищого рівня, однопорядковим з інститутами зобов'язального права, речового права і спадкового права, з якими він входить до особливої частини цивільного права.

Такі підходи дещо відрізняється від пануючих вже досить давно у польській інтелектуально-правовій доктрині, де сукупність цивільно-правових норм права ІВ розглядається як однопорядкова з інститутом "права нематеріальних благ", що є певним відходом від методологічних засад, які зберігались протягом тривалого часу, починаючи з першого польського авторського закону 1926 р., на розробку якого великий вплив справили німецькі концепції про право нематеріальних благ ("Immateriale Güterrecht") [15, s. 5; 14]. Ці новітні тенденції зберігаються і розвиваються у процесі розробки проектів нового ЦК Польщі.

Що стосується підходів до даного питання російських учених, то найбільш обґрунтованою ми вважаємо точку зору В. Дозорцева. Він один з небагатьох звертав увагу на ту основну обставину, що відповідно до Конституції РФ "правове регулювання ІВ" виходить за рамки цивільного законодавства і вказується у її ст. 71 поряд з ним у переліку питань, що перебувають у веденні РФ. Цілком логічним є його висновок (який ми повністю поділяємо), що "повна регламентація окремих видів виключних прав [у тому числі й АПіСП. – **Л.К.**] включає норми не тільки цивільного, але й адміністративного, процесуального, фінансового й інших галузей права, тобто має комплексний характер [4, с. 27]. Е.Ґаврілов, хоча й досить категорично відзначає, що "ІВ – складова частина цивільного права" і її охорона "має цивільно-правовий характер" (у відповідності зі ст. 2 ЦК РФ відносини, пов'язані з охороною і використанням об'єктів інтелектуальної власності, віднесені до предмета регулювання цивільного права), все ж погоджується з тим, що "федеральне законодавство повинне регулювати й ті питання охорони ІВ, які виходять за рамки цивільного права (структура органів, процедури реєстрації й т. ін.)" [3, с. 11].

У процесі новітньої кодифікації російського цивільного законодавства положення щодо АПіСП були внесені до глави 70 "Авторське право" (статті 1255-1302) та глави 71 "Права, суміжні з авторськими" (статті 1303-1344) частини четвертої "Право інтелектуальної власності" ЦК РФ. Тому, у зв'язку з набранням чинності частиною четвертою ЦК РФ, з 1 січня 2008 р. втратив чинність Закон РФ про АПіСП 1993 р. та інші закони, які були джерелами АПіСП [25, с. 254-257]. Цим було завершене законодавче закріплення процесу перетворення АПіСП в інститут цивільного права РФ.

Чинний Закон України "Про авторське право і суміжні права" має комплексний, а не лише цивільно-правовий характер (на комплексність законодавства про ІВ також вказує О.Кохановська [див.: 10, с. 803]). Він, як і ЦК, виходить із дуалістичного розуміння авторського права, що складається з особистих немайнових й майнових прав. Це свідчить про належність українського АП до так званої **дуалістичної** моделі континентальної системи *droit d'auteur*, представленої також Францією, Іспанією, Італією, Польщею (Закон про АПіСП від 4.02.1994 р, чинний у редакції 2000 р. [26]), Росією, Словаччиною (Закон про АПіСП 2003 р. [27]), Чехією (Закон про АПіСП 2000 р. [28]). Зауважимо, що перехід до дуалістичної моделі в Словаччині і Чехії відбувся досить недавно, у процесі розробки і прийняття нині чинних авторських законів. Це було поверненням до підходів чехословацького авторського закону 1953 р. і переглядом концепції попереднього авторського закону ЧССР 1965 р., який ґрунтувався на моністичній моделі [24, s. 5-6].

Ця (**моністична**) модель, втілена, зокрема, у німецькому законі про АПіСП, характеризується підходом до регулювання особистих немайнових і майнових правомочностей як складових цілісного, невідокремлюваного права, що належить авторові й зберігає з ним зв'язок; в обороті ж можуть бути лише окремі правомочності, які закріплюються за іншими особами [12, s. 23; 5, s. 16]. Цікаво, що деякі російські вчені, зокрема Е.Ґаврілов, наголошували на необхідності будувати російське АП "по типу німецького" як на єдиному розумному для Росії шляху, не допускаючи повної передачі прав [3, с. 12].

Явищем, важливим для врахування з точки зору забезпечення ефективного правового регулювання суспільних відносин у сфері ІВ, є певна кореляція між: а) моністичним розумінням АП і можливістю (але не обов'язковістю) віднесення його до цивільно-правового інституту права нематеріальних благ і б) пов'язаністю дуалістичних концепцій з виходом АП за межі інституту права нематеріальних благ і перетворенням на самостійну підсистему права. Це пояснюється тим, що моністична модель надає особистісного характеру всім (включно з майновими) правомочностям єдиного суб'єктивного АП і розглядає все це право як особисте, пов'язане (якщо йдеться про майнові правомочності) чи не пов'язане з майновим. А при дуалістичному розумінні АП майнові права на твір виникають і здійснюються більшою чи меншою мірою незалежно від особистих

немайнових, є оборотоздатними якраз в силу своєї неособистісної майнової природи (економічного змісту) і якісно відрізняються від особистих немайнових прав. Більш того, вони підпадають під поняття "майно" в широкому розумінні. Тому відносити їх до об'єктів немайнових благ, правовий режим яких визначається в рамках цивільно-правового інституту права нематеріальних благ (в Україні – особистих немайнових прав), було б неадекватністю з теоретичної і практичної (в аспектах правотворення і правозастосування) точок зору.

З огляду на це стає зрозумілим, чому в Словаччині і Чехії після переходу на початку XXI ст. до дуалістичної моделі АП намічається, а в Польщі набуває подальшого розвитку (зокрема, в процесі опрацювання проектів нових ЦК) доктринальне розуміння його місця (як і в цілому місця права ІВ) поза межами цивільно-правового інституту права нематеріальних благ і лише у тісному зв'язку з ним. Цьому сприяє розвиток суспільних відносин у сфері ІВ та постійне збільшення масиву і суспільної важливості спеціального законодавства про АП у цих країнах, що особливо пов'язано зі зростанням питомої ваги норм права і судової практики ЄС у процесі гармонізації (європеїзації) АП, а також з розбудовою інтелектуально-правової наукової та правоохоронної інфраструктури.

Наше бачення місця АПіСП України в системі права та його взаємозв'язку з основними галузями (інститутами) вітчизняного права, в основному, співпадає з домінуючими підходами польської юриспруденції, проаналізованими вище. В даному питанні ми спираємось на досить поширені як в українській, так і в зарубіжній юридичній науці концепції про наявність у системі права міжгалузевих комплексних інститутів (підсистем, міжгалузевих нормативних комплексів), одним з яких доцільно, на нашу думку, вважати АПіСП України.

Варто привернути увагу до домінуючого в Україні розуміння необхідності, у випадку колізії, переважного застосування норм ЦК (хоч загального, але пізнішого закону), а не Закону про АПіСП (спеціального закону). Особливо яскраво це проявляється, наприклад, у питанні належності майнових прав на службовий твір, по різному врегульованому нормами ЦК і Закону про АПіСП (ситуація дещо пом'якшується диспозитивністю цих норм). Виникають проблеми у визначенні співвідношення і застосуванні норм Закону про АПіСП та ЦК, які стосуються, відповідно, авторських договорів і договорів щодо розпоряджання майновими правами ІВ. Це ще один аргумент на користь того, що потрібно визначитись, "хто в домі господар", тобто подолати неминучу суперечливість "подвійного" правового регулювання відносин у сфері ІВ (зокрема, й тих, що є предметом АП у широкому розумінні) в рамках ЦК і спеціальних законів. Оскільки один з можливих альтернативних варіантів, здійснений в Росії (повна кодифікація всього законодавства про ІВ в частині четвертій ЦК РФ і втрата чинності всіма спеціальними законами), вже піддається обґрунтованій критиці провідними російськими (О.П.Сергєєвим та ін.) [див.: 29] і зарубіжними (Ш.Г. Кетлер навіть вважає інтелектуальну власність, посилаючись на багатьох російських юристів, за "інородне тіло всередині Цивільного кодексу") [див.: 30, s. 332] науковцями і практиками, то залишається вибір з двох основних варіантів – або (використавши досвід Польщі, Словаччини, Чехії та всіх інших європейських країн, крім Франції) виключити з ЦК всі норми щодо ІВ (крім тих, що відсилають до спеціального закону), зосередивши їх у спеціальному законодавстві (зокрема, в Законі про АПіСП), або прийняти окремий кодекс про ІВ (назва умовна), скасувавши спеціальні закони і виключивши з ЦК книгу четверту. При цьому потрібно враховувати й можливість прийняття в рамках ЄС (хоч і у віддаленій перспективі) кодексу АП, робота над концептуальними засадами якого ведеться досить активно, а також ще більш віддалене можливе прийняття європейського ЦК, що викличе необхідність відповідної адаптації вітчизняного законодавства.

Таким чином, підводячи підсумки, можемо констатувати розходження підходів у юридичній науці України і Польщі, Словаччини, Чехії у визначенні місця і взаємозв'язків АПіСП у системах права зазначених держав. При цьому, на наш погляд, більш продуктивним з теоретичної і практичної точок зору було б не зводити АПіСП до одного з інститутів цивільного права, як це має місце в Україні (і в Росії), що призводить до штучного звуження його змісту і не відповідає складу його норм, які містяться в Законі про АПіСП та інших формах (джерелах) АПіСП. Доцільнішим ми вважаємо концептуальне розуміння АПіСП України як міжгалузевого комплексного інституту, ядром якого є норми права, зосереджені у Книзі четвертій ЦК та Законі про АПіСП. У Польщі, Словаччині і Чехії (як і в інших європейських країнах) ніякої необхідності в розширенні "присутності" авторсько-правових (і в цілому інтелектуально-правових) норм у цивільних кодексах учені й законодавці не бачать. Хоча, це зовсім не означає, що і в Україні потрібно негайно здійснити декодифікацію інтелектуально-правового законодавства. Можливо, більш перспективним варіантом було б продовження кодифікаційних процесів, тобто розробка, широке обговорення науковою громадськістю і прийняття Інтелектуального кодексу (Кодексу інтелектуальної власності). Але це вже тема для подальших досліджень і наукових дискусій.

1. Bently L. Intellectual Property Law / L. Bently, B. Sherman. – Second Edition. – Oxford : Oxford University Press, 2004. – 1131 p. (російський переклад 1-13 глав першого видання цієї праці див.: Бентли Л., Шерман Б. Право интеллектуальной собственности: Авторское право / Л. Бентли, Б. Шерман / Пер. с англ. В.Л.Вольфсона. – СПб. : "Юридический центр Пресс", 2004. – 535 с.). 2. Липцик Д. Авторское право и смежные права / Д. Липцик / Пер. с фр.; предисл. М.Федотова. – М. : "Ладомир"; Изд-во ЮНЕСКО, 2002. – 788 с. 3. Гаврилов Э.П. Правовая охрана интеллектуальной собственности как составная часть гражданского права / Э.П. Гаврилов // Патенты и лицензии. – 2004. – № 5. – С. 9-15. 4. Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации. Сб. статей / В.А. Дозорцев, Исслед. центр частного права. – М. : "Статут", 2003. – 416 с. 5. Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник / А.П. Сергеев. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : ТК "Велби", Изд-во "Проспект", 2004. – 752 с. 6. Судариков С.А. Основы авторского права / С.А. Судариков. – Минск : Амалфея, 2000. – 512 с. 7. Бондаренко С.В. Авторське право і суміжні права: навч. посібник / С.В. Бондаренко. – К. : ІІВП, 2008. – 288 с. 8. Дроб'язко В.С. Право інтелектуальної власності: навч. посібник / В.С.Дроб'язко, Р.В. Дроб'язко. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – 512 с. 9. Шишка Р.Б. Охорона права інтелектуальної власності: авторсько-правовий аспект / Р.Б. Шишка. – Харків : Вид-во НУВС, 2002. – 368 с. 10. Дзера О.В. Цивільне право України: підручник: У 2-х кн. / За ред. О.В. Дзери, Н.С.Кузнєцової, Р.А.Майданика. – 3-є вид., перероб. і доп. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – Кн. 1. – 976 с. 11. Харитонов Е.О. Гражданское право Украины: Учебник / Харитонов Е.О., Саниахметова И.А. – Изд. второе. – Харьков : 000 "Одиссей", 2005. – 960 с. 12. Löwenheim U. Handbuch des Urheberrechts / Herausgegeben von Prof. Dr. Ulrich Löwenheim. – München : Verlag C.H. Beck, 2003. – 2149 s. 13. Golat R. Prawo autorskie i prawa pokrewne / R. Golat. – 3 wyd. – Warszawa : Wydawnictwo C.H. Beck, 2005. – 273 s. 14. Radwański Z. System prawa prywatnego / Red. naczelny Zbigniew Radwański. – Tom 13. Prawo autorskie. – Warszawa : Wydawnictwo C.H. Beck; Instytut nauk prawnych PAN, 2003. – 772 s. 15. Barta J. Prawo autorskie i prawa pokrewne / J. Barta, R. Markiewicz. – Kraków : ZAKAMYCZE, 2004. – 427 s. 16. Lazar J. Občianske právo hmotné. 1 a 2 zväzok / J. Lazar (red.) a kol. – Bratislava : IURA EDITION, 2010. – 1263 s. 17. Švidroň J. Právo duševného vlastníctva v informačnej spoločnosti a v systéme práva / J.Švidroň (editor), Z.Adamová, M.Návrat, A.Škreko. – Bratislava : Veda, vydavateľstvo SAV, 2009. – 675 s. 18. Plecitý V. Základy občanského práva / V. Plecitý, J. Vrabec, J. Salač. – 4 vyd. – Plzeň : Aleš Čeněk, 2009. – 295 s. 19. Hurdík J. Občanské právo hmotné I. Obecná část. Ochrana osobnosti / J. Hurdík, P. Lavický, I. Telec. – Plzeň : Aleš Čeněk, 2008. – 140 s. 20. Fiala J. Několik úvah o systému občanského práva / J. Fiala // Právník. – 2003. – Č. 12. – S. 1187-1199. 21. Kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r.

// Dz. U. 1964. № 16. Poz. 93 (ze zm.). 22. Občiansky zákonník z 26. februára 1964 // Zbierka zákonov. – Č. 40/1964. 23. Občanský zákoník ze dne 26. února 1964 // Sbírka zákonů. – Č. 40/1964. 24. Telec I. Autorský zákon : komentář / I. Telec, P. Tůma. – Praha : C.H. Bek, 2007. – 989 s. 25. Маковский А.Л. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации / Под. ред. А.Л. Маковского; вступ. ст. В.Ф. Яковлева; Иссл. центр частн. права. – М. : Статут, 2008. – 715 с. 26. Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych – tekst jednolity // Dz. U. – 2000. – Nr. 80. – Poz. 904 (ze zmianami). 7. Zákon zo 4. decembra 2003 o autorskom práve a právach súvisiacich s autorským právom (autorský zákon) // Zbierka zákonov. – Č. 618/2003 (zmena: 84/2007 Z.z., 220/2007 Z.z.). 28. Zákon o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů ze dne 7. dubna 2000 (autorský zákon) // Sbírka zákonů. – Č.121/2000 (ve znění zákonů č.81/2005 Sb. z., č.61/2006 Sb. z., č.186/2006 Sb. z., č.216/2006 Sb. z.). 29. Сергеев А.П. Новое российское законодательство по интеллектуальной собственности: приобретения и потери / А.П. Сергеев // Цивілістичні читання з проблем інтелектуальної власності, присвячені пам'яті професора О.А. Підопригори: 18 квітня 2007 р. Збірник наукових доповідей та статей. – К. : ТОВ "Лазурит-Поліграф", 2008. – С. 17-27. 30. Kettler S.H. Das Patent-, Kennzeichen- und Urheberrecht nach dem Vierten Buch des russisches ZGB / S.H. Kettler // Osteuropa. Recht. – 2009. – № 4 (Dezember). – S. 329-349.

Надійшла до редколегії 23.09.10

Ю. Ващенко, канд. юрид. наук, доц.

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО СТАТУСУ НАЦІОНАЛЬНОЇ КОМІСІЇ РЕГУЛЮВАННЯ РИНКУ КОМУНАЛЬНИХ ПОСЛУГ УКРАЇНИ

Стаття присвячена аналізу правового статусу нового регулятора в сфері централізованого теплопостачання, водопостачання та водовідведення – Національної комісії регулювання ринку комунальних послуг України.

Ключові слова: Національна комісія регулювання ринку комунальних послуг України, державне регулювання діяльності суб'єктів природних монополій, державні колегіальні органи, централізоване теплопостачання, водопостачання та водовідведення.

Статья посвящена анализу правового статуса нового регулятора в сфере централизованного теплоснабжения, водоснабжения и водоотведения – Национальной комиссии регулирования рынка коммунальных услуг Украины.

Ключевые слова: Национальная комиссия регулирования рынка коммунальных услуг Украины, государственное регулирование деятельности естественных монополий, государственные коллегиальные органы, централизованное теплоснабжение, водоснабжение и водоотведение.

The article is devoted to analysis of legal status of new regulator in the sphere of district heating, water supply and sanitation – the National Communal Services Regulation Commission of Ukraine.

The key words: National Communal Services Regulation Commission of Ukraine, state regulation of the activity of natural monopolies subjects, public collegiate bodies, district heating, water supply and sanitation.

09.07.2010 р. Верховною Радою України було прийнято у другому читанні та в цілому Закон України "Про Національну комісію регулювання ринку комунальних послуг України" №2479-VI (далі – Закон), який набрав чинності 22 липня 2010 р. [1].

Зазначеним Законом передбачено утворення незалежного регулятора в сфері теплопостачання, централізованого водопостачання та водовідведення – Національної комісії регулювання ринку комунальних послуг України (далі – Комісія), а також визначено загальні засади організації його діяльності.

Згідно із п. 2 ст. 19 Закону формування Комісії, її апарату та територіальних органів має бути завершено до 1 січня 2011 року. Відповідно, Кабінет Міністрів України повинен забезпечити розробку та прийняття нормативно-правових актів, необхідних для реалізації положень Закону.

Звертаємо увагу, що питання державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання в сферах природних монополій та на суміжних ринках досліджували, зокрема, Новицький А.М. [14], Сердюченко О.В. [18], Кальченко В.М. [9] та ін. Проте, правові засади державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання в сфері комунальних послуг ще не були предметом спеціального наукового дослідження.

У зв'язку з цим на сьогодні актуальним є дослідження правових передумов утворення та особливостей правового статусу нового регулятора на ринку комунальних послуг.

Необхідно зазначити, що утворення спеціальних органів державного регулювання діяльності суб'єктів монополій та суб'єктів господарювання на суміжних ринках передбачено Законом України "Про природні монополії" [8]. На сьогодні в Україні функціонують ще два регулятори, утворені відповідно до Закону України "Про природні монополії" – Національна комісія регулювання електроенергетики України (НКРЕ) та Національна комісія з питань регулювання зв'язку України (НКРЗ).

До набрання чинності Законом, в Законі України "Про природні монополії" було передбачено, що до сфер природних монополій відноситься централізоване водопостачання та водовідведення, а також централізоване постачання теплової енергії (ч. 1 ст. 5 цього Закону), а до суміжних ринків – виробництво теплової енергії (крім випадків, коли вона використовується виключно для внутрішньовиробничих потреб) в обсягах, що перевищують рівень, який встановлюється умовами та правилами здійснення підприємницької діяльності з виробництва теплової енергії (ліцензійними умовами) (ч. 1 ст. 6 цього Закону). Ст. 19 Закону було внесено зміни до Закону України "Про природні монополії", якими, зокрема, було віднесено до сфери природних монополій транспортування теплової енергії, а виробництво теплової енергії (крім випадків, коли вона використовується виключно для внутрішньовиробничих потреб) в обсягах, що перевищують рівень, який встановлюється умовами та правилами здійснення підприємницької діяльності з виробництва теплової енергії (ліцензійними умовами), та постачання теплової енергії – до суміжних ринків.

Таким чином, діяльність суб'єктів господарювання в сфері централізованого теплопостачання, централізованого водопостачання та водовідведення підлягала державному регулюванню і до набрання чинності Законом. До набрання чинності Законом повноваження щодо регулювання діяльності суб'єктів господарювання в сфері централізованого теплопостачання, централізованого водопостачання та водовідведення були розподілені між Міністерством з питань житлово-комунального господарства України, Радою Міністрів Автономної Республіки Крим, обласними, Київською та Севастопольською міськими державними адміністраціями, а також органами місцевого самоврядування. Однак, такий механізм не узгоджувався із положеннями Закону України "Про природні монополії", згідно з яким державне регулювання діяльності суб'єктів природних монополій та суб'єктів господарювання на суміжних ринках мають здійснювати спеціальні органи – Національні комісії регулювання природних монополій.

Утворення окремого регулятора в сфері комунальних послуг було передбачено Концепцією вдоскона-

© Ващенко Ю., 2010

лення державного регулювання природних монополій, схваленою Указом Президента України №921/2007 від 27.09.2007 р. [11] Зазначеною Концепцією було визнано необхідність вдосконалення регулювання діяльності на ринках природних монополій та суміжних ринках шляхом створення та функціонування окремих самостійних комісій у сферах природних монополій, у тому числі, у сфері комунальних послуг (централізоване опалення, водопостачання та водовідведення).

У Концепції ціноутворення у сфері комунальних послуг, схваленій Указом Президента №1324/2007 від 28.12.2007 р. [12], було визначено, що державне регулювання у сфері житлово-комунальних послуг має здійснюватися Кабінетом Міністрів України, органом державного регулювання у сфері комунальних послуг, іншими органами виконавчої влади, а також органами місцевого самоврядування (п. 3.1.).

Утворення органу державного регулювання діяльності суб'єктів природних монополій було також передбачено Концепцією розвитку системи державного регулювання діяльності суб'єктів природних монополій на ринку комунальних послуг, схваленою Розпорядженням Кабінету Міністрів України №932-р від 09.07.2008 р. [13]. Згідно з цим документом до основних завдань реформування системи державного регулювання суб'єктів природних монополій на ринку комунальних послуг, зокрема, віднесено: визначення концептуальних засад функціонування системи державного регулювання та створення належних умов для розвитку ринку комунальних послуг; розмежування функцій управління та регулювання; визначення органу, уповноваженого здійснювати державне регулювання суб'єктів природних монополій, та межі його відповідальності. Відповідно до вказаної Концепції підґрунтям для прийняття незалежних регуляторних рішень повинні стати норми, що визначають правовий статус регуляторного органу; порядок його утворення; перелік регуляторних функцій; процедуру прийняття регуляторних рішень; відповідальність регуляторного органу. Концепцією було заплановано реформування системи державного регулювання діяльності суб'єктів природних монополій на ринку комунальних послуг у два етапи. На другому етапі було передбачено утворення органу державного регулювання діяльності суб'єктів природних монополій з мережею територіальних представництв. При цьому основними завданнями такого органу повинні стати: збалансування інтересів суб'єктів природних монополій на ринку комунальних послуг, споживачів таких послуг і держави; формування цінової та тарифної політики з використанням таких методів стимулювання, як встановлення граничного рівня рентабельності або норми прибутку, граничного рівня ціни, граничного рівня доходу, цільове заохочення тощо; забезпечення захисту права споживачів на послуги та товари належної якості за економічно обґрунтованими цінами і тарифами; забезпечення рівних можливостей для доступу до послуг (товарів), що надаються (виробляються) суб'єктами природних монополій; стимулювання роботи з підвищення якості послуг (товарів), сприяння конкуренції на суміжних ринках; установлення контролю за діяльністю суб'єктів природних монополій та забезпеченням прозорості їх фінансово-господарської діяльності.

Таким чином, утворення спеціального органу державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання у сфері комунальних послуг було передбачено рядом правових актів.

Аналізуючи правовий статус Комісії, не можна залишити поза увагою питання організаційно-правової форми цього органу та його місця в системі органів державної влади України.

Так, у абз.1 ч. 1 статті 11 Закону України "Про природні монополії" (у редакції, що діяла до змін, внесених Законом України №2592-VI від 07.10.2010 р.) було визначено, що Національні комісії регулювання природних монополій (далі – комісії) є центральними органами виконавчої влади із спеціальним статусом, які утворюються та ліквідуються Президентом України. Саме до центральних органів виконавчої влади із спеціальним статусом було віднесено НКРЕ та НКРЗ Указом Президента України №1784/2005 від 19.12.2005 р. "Про внесення змін до Схеми організації та взаємодії центральних органів виконавчої влади" [19].

У зв'язку із змінами до Конституції України, внесеними Законом України "Про внесення змін до Конституції України" №2222-IV від 08.12.2004 р. [2], Рішенням Конституційного Суду України №14-рп/2008 від 08.07.2008 р. [16] положення абзацу першого частини першої статті 11 Закону України "Про природні монополії" було визнано таким, що не відповідає Конституції України, щодо утворення та ліквідації національних комісій регулювання природних монополій Президентом України. Тобто, неконституційним було визнано передбачений Законом порядок утворення комісій, проте, вони залишилися центральними органами виконавчої влади із спеціальним статусом.

Законом України "Про Національну комісію регулювання ринку комунальних послуг" (у редакції Закону від 09.07.2010 р.) було передбачено, що Комісія є **державним колегіальним органом виконавчої влади**, хоча ні Конституцією, ні Законом України "Про Кабінет Міністрів України" у редакції, що діяла на момент прийняття зазначеного Закону (Закон від 16 травня 2008 року №279-VI) [3], такий вид органів виконавчої влади не було передбачено.

Враховуючи, що Рішенням Конституційного Суду України №20-рп/2010 від 30.09.2010 р. [17] Закон України "Про внесення змін до Конституції України" від 8 грудня 2004 року №2222-IV було визнано неконституційним у зв'язку з порушенням конституційної процедури його розгляду та прийняття, Верховною Радою України Законом №2592-VI від 07.10.2010 р. [4] було внесено зміни до деяких законодавчих актів України щодо приведення їх у відповідність із Конституцією України. Зазначеним Законом, зокрема, було викладено у новій редакції статтю 11 Закону України "Про природні монополії". Однак, проаналізувавши зміст зазначеної статті, можна зробити висновок, що законодавцем не лише приведено у відповідність до Конституції положення Закону щодо утворення комісій регулювання природних монополій, але і змінено їх організаційно-правову форму. Так, згідно з ч. 1 ст. 11 національні комісії регулювання природних монополій є **державними колегіальними органами**, які утворюються та ліквідуються Президентом України. Аналогічні зміни було внесено і до Закону України "Про Національну комісію регулювання ринку комунальних послуг", замінивши по тексту Закону слова "державний колегіальний орган виконавчої влади" словами "державний колегіальний орган".

Враховуючи, що одним із основних завдань національного регулятора в сфері природних монополій є збалансування інтересів держави, суб'єктів господарювання та споживачів, забезпечення незалежності органу регулювання природних монополій від інших державних органів та від суб'єктів господарювання, діяльність яких підлягає регулюванню, має надзвичайно важливе значення. Безумовно, забезпечення незалежності регулятора як органу виконавчої влади є досить складним

завданням в межах чинного правового поля. Згідно з Конституцією України [10] та Законом України "Про Кабінет Міністрів України" [5] Кабінет Міністрів України здійснює спрямування та координацію міністерств та інших органів виконавчої влади. Більше того, згідно з ч. 4 ст. 21 Закону України "Про Кабінет Міністрів України" діяльність центральних органів виконавчої влади, керівники яких не входять до складу Кабінету Міністрів України, спрямовується і координується міністрами. Питання діяльності таких центральних органів виконавчої влади представляють відповідні міністри, до сфери спрямування і координації яких належать ці органи. Враховуючи, що голова комісії регулювання природних монополій відповідно до Конституції України не входить до складу Уряду, у випадку надання регулятору статусу центрального органу виконавчої влади питання його діяльності у Кабінеті Міністрів України мав би представляти Міністр (Міністр з питань житлово-комунального господарства України).

Визначення Комісії в якості державного колегіального органу, а не центрального органу виконавчої влади, означає, по суті, виведення цього органу з системи органів виконавчої влади. Зауважимо, що можливість існування державних органів, які не відносяться до жодної з гілок влади в Україні, є проблемним питанням, з приводу якого є різні позиції. Однак, такі органи в Україні існують. В якості прикладу можна навести Національний банк України, який є центральним банком України, особливим центральним органом державного управління (ч. 1 ст. 2 Закону України "Про Національний банк України" [6]), Служба безпеки України, яка є державним правоохоронним органом спеціального призначення, який забезпечує державну безпеку України (ч. 1 ст. 1 Закону України "Про службу безпеки України" [7]). Однак, на відміну від Національного банку України та Служби безпеки України, що є конституційними органами, такий вид органів державної влади як державні колегіальні органи в Конституції України не передбачений.

Склад Комісії та порядок її формування закріплений у статті 7 Закону. Згідно з цією нормою до складу Комісії входять Голова та чотири члени Комісії, яких призначає на посади за поданням Прем'єр-міністра України та звільняє з посад Президент України. З метою забезпечення незалежності членів Комісії від політичних змін у державі ч. 2 ст. 7 Закону передбачено, що голова та члени Комісії призначаються на посаду строком на шість років. Загальний строк перебування на посаді Голови та членів Комісії не може становити понад дванадцять років. Така норма узгоджується з вимогами законодавства ЄС щодо терміну повноважень членів регуляторів природних монополій. З метою забезпечення дотримання принципу професійності у діяльності Комісії ч. 5 ст. 7 Закону передбачено, що Головою, членом Комісії може бути призначений громадянин України, який має вищу (профільну, економічну або юридичну) освіту, управлінський досвід роботи на керівних посадах у відповідній сфері не менш як три роки протягом останніх десяти років.

Як зазначалося вище, надзвичайно важливе значення має забезпечення незалежності регулятора у його діяльності. Принцип **незалежності** у Законі прописано таким чином, що Комісія здійснює свої повноваження незалежно від інших органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, суб'єктів господарювання, а також політичних партій та інших об'єднань громадян (ч. 2 ст.2 Закону). Незаконне втручання органів державної влади, їх посадових осіб, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян та їх представників у діяльність Комісії забороняється (ч. 10 ст. 8 Закону). Фінансування діяльності Комісії здійснюється за рахунок коштів Державного бюджету України (ч. 1 ст. 12). Забезпечення незалежності Комісії від ринку, що регулюється, гарантується нормою ч. 6 ст. 7 Закону, згідно з якою Голова та члени Комісії не можуть бути власниками корпоративних прав суб'єктів природних монополій та суб'єктів господарювання на суміжних ринках, отримувати від них фінансову або матеріальну винагороду та допомогу чи займати будь-яку іншу посаду, у тому числі на громадських засадах.

Враховуючи зазначену вище проблематичність визначення місця Комісії в системі органів державної влади, важливе значення має аналіз управлінських режимів (станів) між Комісією та іншими органами державної влади, в першу чергу, Президентом України та Кабінетом Міністрів України. Звертаємо увагу, що у Законі йде мова лише про такий управлінський режим як підзвітність, при цьому, не в окремій статті, присвяченій управлінським зв'язкам Комісії, а при визначенні повноважень Голови Комісії. Так, у ст. 8 Закону передбачено, що Голова Комісії, зокрема, подає Президенту України та Кабінету Міністрів України щорічний звіт про діяльність Національної комісії регулювання ринку комунальних послуг України та інформацію про стан ринку комунальних послуг протягом минулого року (п. 5 ч. 1 ст. 8 Закону), а також доповідає на засіданнях Кабінету Міністрів України з питань, пов'язаних з діяльністю Комісії (п. 6 ч. 1 ст. 8 Закону). Вбачається, що у Законі потрібно було більш детально визначити управлінські режими між Комісією та Президентом України і Кабінетом Міністрів України. Зокрема, поза увагою законодавця залишився такий управлінський стан як відповідальність Комісії за неналежне виконання покладених на неї завдань та функцій.

У цьому контексті звертаємо увагу, що в Законі окремими статтями врегульовані відносини Комісії з Національною комісією регулювання електроенергетики України (ст. 14), Радою міністрів Автономної Республіки Крим, обласними, Київською та Севастопольською міськими державними адміністраціями (ст. 15), а спеціальна стаття, присвячена взаємовідносинам Комісії з Президентом України та Кабінетом Міністрів України відсутня.

Вбачається, що незалежність регуляторів природних монополій можна було б забезпечити і в межах системи органів виконавчої влади, враховуючи той факт, що, як зазначалося вище, Конституцією України не передбачено такий особливий вид державних органів як державні колегіальні органи. По-перше, Конституцією України не визначено вичерпний перелік органів виконавчої влади. Згідно із п. 12 ч. 1 статті 92 Конституції України виключно законами України визначаються організація і діяльність органів виконавчої влади. Тобто, спеціальними законами можуть визначатися організація та діяльність органів виконавчої влади, у тому числі і регуляторів природних монополій. По-друге, відповідно до ч. 9 ст. 21 Закону України "Про Кабінет Міністрів України" особливості відносин Кабінету Міністрів України з окремими центральними органами виконавчої влади можуть визначатися законами України. Вважаємо, що на підставі цієї норми у Законі України "Про Національну комісію регулювання ринку комунальних послуг України" доцільно було б врегулювати особливості взаємовідносин Комісії з Президентом України та Кабінетом Міністрів України з Комісією, зокрема, визначити особливості управлінських режимів, які дозволили б забезпечити самостійність та незалежність регулятора у реалізації своїх повноважень.

Ще один важливий аспект, на який необхідно було б звернути увагу у разі надання регулятору статусу орга-

ну виконавчої влади – взаємовідносини регулятора та міністерств. Як свідчить зарубіжний досвід, незалежність регулятора у реалізації своїх повноважень полягає, передусім, у здійсненні такої діяльності незалежно від галузевих міністерств. У цьому контексті звертаємо увагу на такі аспекти. У ч. 4 ст. 21 Закону України "Про Кабінет Міністрів України" передбачено, що діяльність центральних органів виконавчої влади, керівники яких не входять до складу Кабінету Міністрів України, спрямовується і координується міністрами. Питання діяльності таких центральних органів виконавчої влади представляють відповідні міністри, до сфери спрямування і координації яких належать ці органи. Оскільки керівники колегіальних центральних органів виконавчої влади (у тому числі, Голова Комісії – у випадку надання їй статусу центрального органу виконавчої влади) відповідно до Конституції України не входять до складу Уряду, на ці органи поширюється правило, закріплене у зазначеній нормі. Для належного вирішення цієї проблеми необхідно було б внести зміни до ч. 4 ст. 21, якими передбачити, що ця норма не застосовується, якщо інше передбачено спеціальними законами, які визначають особливості організації та діяльності окремих колегіальних центральних органів виконавчої влади, а у Законі "Про Національну комісію регулювання ринку комунальних послуг" передбачити, що Комісія здійснює свою діяльність незалежно від міністерств та інших центральних органів виконавчої влади.

Безумовно, ефективність діяльності регулятора значною мірою буде залежати від належної підзаконної нормативно-правової бази, яка має бути розроблена на виконання цього Закону. Відповідно до ч. 3 ст. 19 Закону ("Прикінцеві положення") Кабінет Міністрів України повинен у тримісячний строк з дня прийняття цього Закону затвердити передбачені цим Законом нормативно-правові акти та привести свої нормативно-правові акти, а також забезпечити приведення нормативно-правових актів органами виконавчої влади у відповідність із цим Законом.

З такого формулювання випливає, що у встановлений цією нормою строк Уряд повинен затвердити лише передбачені цим Законом нормативно-правові акти. Звертаємо увагу, що Законом передбачено лише один нормативно-правовий акт, який повинен затвердити Кабінет Міністрів України – Положення про встановлення тарифів з відхиленням від економічно обґрунтованого рівня (ч. 3 ст. 10). У зазначений строк Кабінет Міністрів України повинен також привести свої нормативно-правові акти, а також забезпечити приведення нормативно-правових актів органами виконавчої влади у відповідність з цим Законом. Враховуючи вказане, можна зробити висновок, що Законом не встановлено строк для прийняття нормативно-правових актів Кабінету Міністрів України, не передбачених цим Законом, а також нормативно-правових актів інших органів виконавчої влади, які не спрямовані на приведення вже чинних нормативно-правових актів у відповідність з цим Законом.

Виходячи зі змісту Закону, його реалізація потребує розроблення та прийняття, зокрема, правових актів щодо утворення Комісії, Регламенту Комісії, положень про територіальні органи Комісії, положення про встановлення тарифів з відхиленням від економічно обґрунтованого рівня, Кодексу професійної етики Комісії, ліцензійних умов та порядку контролю за їх дотриманням, порядків (методик) формування тарифів на комунальні послуги та ін.

У зв'язку з цим виникає питання, який орган має розробляти необхідну підзаконну нормативно-правової базу, необхідну для утворення та діяльності Комісії. Звертаємо увагу, що згідно з ч. 2 ст. 19 до закінчення процесу формування Національної комісії регулювання ринку комунальних послуг України функції державного регулювання у сфері теплопостачання, централізованого водопостачання та водовідведення покладаються на Національну комісію регулювання електроенергетики України. Організаційні питання з цього приводу було врегульовано Постановою Кабінету Міністрів України №760 від 11.08.2010 р. "Деякі питання державного регулювання ринку комунальних послуг" [15]. Зокрема, у зазначеному акті Уряд України ввів додаткову посаду члена НКРЕ, а також зобов'язав Міністерство з питань житлово-комунального господарства України, Раду міністрів Автономної Республіки Крим, обласні, Київську та Севастопольську міські державні адміністрації, органи місцевого самоврядування, Державну інспекцію з контролю за цінами передати НКРЕ документи, необхідні для здійснення покладених на неї додаткових функцій. Звертаємо увагу, що НКРЕ 3 грудня 2010 року оприлюднено на своїй офіційній інтернет-сторінці проекти постанов НКРЕ, розроблені на виконання вимог Закону, у тому числі: "Про затвердження Порядку формування тарифів на послуги з централізованого водопостачання та водовідведення", "Про затвердження Порядку формування тарифів на теплову енергію, її виробництво, транспортування та постачання", "Про затвердження Процедури встановлення тарифів на послуги з централізованого водопостачання та водовідведення", "Про затвердження Процедури встановлення тарифів на теплову енергію, її виробництво, транспортування та постачання", "Про затвердження форм звітності НКРЕ у сфері теплопостачання і централізованого водопостачання та водовідведення".

Підсумовуючи вищевикладене, вважаємо, що прийняття Закону України "Про Національну комісію регулювання ринку комунальних послуг України" є, безумовно, вагомим кроком на шляху удосконалення державного регулювання в сфері централізованого теплопостачання, централізованого водопостачання та водовідведення, однак, ефективність діяльності нового регулятора значною мірою залежатиме від належного правового регулювання.

1. Закон України "Про Національну комісію регулювання ринку комунальних послуг України" №2479-VI від 09.07.2010 р. // Офіційний Вісник України. – 2010. – №55. – 30.07.2010. – Ст. 1844. 2. Закон України "Про внесення змін до Конституції України" №2222-IV від 08.12.2004 р. // Офіційний Вісник України. – 2004. – №49. – 24.12.2004. – Ст.3201. 3. Закон України "Про Кабінет Міністрів України" у редакції Закону від 16 травня 2008 року №279-VI (втратив чинність) // Офіційний Вісник України. – 2008. – №36. – 30.05.2008. – Ст. 1196. 4. Закон №2592-VI від 07.10.2010 р. "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення їх у відповідність із Конституцією України" // Офіційний Вісник України. – 2010. – №79. – 25.10.2010. – Ст.2793. 5. Закон України "Про Кабінет Міністрів України" №2591-VI від 07.10.2010 р. // Офіційний Вісник України. – 2010. – №79. – 25.10.2010. – Ст.2792. 6. Закон України "Про Національний банк України" №679-XIV від 20.05.1999 р. // Офіційний Вісник України. – 1999. – №24. – 02.07.1999 р. 7. Закон України "Про службу безпеки України" №2229-XII від 25 березня 1992 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – №27. – 07.07.1992 р. 8. Закон України "Про природні монополії" №1682-III від 20.04.2000 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – №30. – від 28.07.2000. – Ст. 238. 9. Кальченко В.М. Державне регулювання електроенергетичної галузі України: автореф. дис... канд. наук з держ. упр.: 25.00.02 / Класич. приват. ун-т. – Запоріжжя, 2009. – 20 с. 10. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 1996. – N 30. – ст. 141. 11. Концепція вдосконалення державного регулювання природних монополій, схвалена Указом Президента України №921/2007 від 27.09.2007 р. // Офіційний Вісник України. – 2007. – №74. – 12.10.2007. – ст.2753. 12. Концепція ціноутворення у сфері комунальних послуг, схвалена Указом Президента №1324/2007 від 28.12.2007 р. // Офіційний Вісник України. – 2008. – №1. – 18.01.2008. – Ст.8. 13. Концепція розвитку системи державного регулювання діяльності суб'єктів природних монополій на ринку комунальних послуг, схвалена Розпорядженням Кабінету Міністрів України №932-р від 09.07.2008 р. // Офіційний Вісник України. – 2008. – №51. – 21.07.2008. – Ст.1710. 14. Новицький А.М. Організаційно-правові засади державного управління у паливно-енергетичному комплексі України: Автореф.

дис... канд. юрид. наук: 12.00.07 / Нац. акад. держ. податк. служби України. – Ірпінь, 2005. – 19 с. 15. Постанова Кабінету Міністрів України №760 від 11.08.2010 р. "Деякі питання державного регулювання ринку комунальних послуг" // Офіційний Вісник України. – 2010. – №65. – 06.09.2010. – Ст. 2274. 16. Рішення Конституційного Суду України №14-рп/2008 від 08.07.2008 р. // Офіційний Вісник України. – 2008. – 25.07.2008. – Ст.1743. 17. Рішення Конституційного Суду України №20-рп/2010 від 30.09.2010 р. // Офіційний Вісник України. – 2010. – №72/1. – 01.10.2010. – Ст. 2597. 18. Сердюченко О.В. Адміністративно-правові засади забезпечення енергетичної безпеки України: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.07 / Нац. ун-т біоресурсів і природокористування України. – К., 2009. – 20 с. 19. Указ Президента України №1784/2005 від 19.12.2005 р. "Про внесення змін до Схеми організації та взаємодії центральних органів виконавчої влади" // Офіційний Вісник України. – 2005. – 04.01.2006. – Ст. 3182.

Надійшла до редколегії 23.09.10

УДК 347.764 (477)

Н. Пацурія, канд. юрид. наук, доц.

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАКРІПЛЕННЯ ТА РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВОВІДНОСИН ІЗ ОБОВ'ЯЗКОВОГО СТРАХУВАННЯ

У статті досліджуються проблеми правової регламентації відносин із обов'язкового страхування.
Ключові слова: страхування, форми страхування, види страхування, обов'язкове страхування.

В статье исследуются проблемы правовой регламентации отношений по обязательному страхованию.
Ключевые слова: страхование, формы страхования, виды страхования, обязательное страхование.

In the article the problems of legal regulation of relations are probed on obligatory insurance.
Key words: insurance, forms of insurance, types of insurance, obligatory insurance.

Сучасний стан розвитку економіки держави і її соціальної сфери, особливо в умовах світової фінансової кризи ставлять перед страховою галуззю глобальні цілі і завдання. В таких умовах страхування покликано в повній мірі забезпечити захист майнових інтересів страхувальників та третіх осіб, які можуть з'являтися у страхових правовідносинах, і як наслідок, виступати механізмом, що гарантує забезпечення стабільного економічного зростання незалежно від несприятливої економічної ситуації природних і техногенних катастроф [12].

Світовий досвід доводить, що страхування на сьогодні є одним із основних джерел довгострокових інвестицій в розвиток економіки, як відомо, саме вказаний інструмент є пріоритетним інтересом держави, поглиблення та активізація якого є фактором сталого макроекономічного розвитку суспільства. З урахуванням завдань, які стоять перед страхуванням, як соціально-економічним інститутом, сучасне страхове законодавство повинно стимулювати розвиток всіх видів страхування, особливо обов'язкової форми, яка має маю чітку соціальну і економічну спрямованість.

Саме тому першочерговим завданням розвитку страхового ринку повинно стати ефективне виконання макроекономічних функцій. Серед яких: забезпечення захисту майнових інтересів страхувальників; забезпечення безперервності процесу виробництва і відшкодування збитків суб'єктів господарювання за рахунок коштів страхових резервів, без залучення державних коштів; мінімізація можливого збитку при настанні страхового випадку [16]; підвищення ролі страхової галузі у забезпеченні довгострокових інвестицій до економіки держави.

Зрозуміло, що в першу чергу на сьогодні вказані функції страхування реалізуються в суспільстві шляхом проведення страхових операцій у обов'язковій формі. Саме це і обумовлює **актуальність обраної теми дослідження.**

Історію виникнення та розвитку страхових відносин досліджували: В.Р. Ідельсон, В.К. Райхер, Л.І. Рейтман, В.І. Серебровський, В.К. Турбіна, Ю.Б. Фогельсон, Г.Ф. Шершеневич, М.Я. Шимінова, В.П. Янишен та інші автори. Дослідження господарських правовідносин проводилися О.М.Вінник, О.А. Беляневич, В.К. Мамутовим, О.А. Красавчиковим, Г.Л. Знаменським, І.А. Танчуком, В.С. Мартем'яновим, В.Ф. Опришком, В.С. Щербиною та іншими авторами. Підґрунтям для дослідження проблем обов'язкового страхування стали також праці українських і російських вчених-юристів дореволюційного періоду: А.Г. Гойхбарга, С.Є. Ліона, Д.І. Мейера; радянського і сучасного періоду: М.М. Агаркова, С.А. Рибнікова, В.В. Богдана, М.І. Брагінського, В.С. Бєлих, Є.Н. Гендзехадзе, М.В. Гордона, К.О. Граве, Х.О. Гурвічюте, О.В. Дзери, О.С. Йоффе, І.В. Кривошеєва, В.А. Кройтора, Н.С. Кузнєцової, Н.П. Лещенко, Л.А. Лунца, В.В. Луця, Т.С. Мартьянової, Н.О. Саніахмєтової, Є.О. Харитонова, Я.М. Шевченко, К.К. Яічкова, В.Н. Яковлєва та інших. При дослідженні вказаної проблематики також аналізувалися роботи дослідників у галузі економіки – В.Д. Базилевича, В.Г. Баторіна, К.Г. Воблого, О.Д. Заруби, С.С. Осадця.

Більшість робіт перерахованих авторів були присвячені дослідженню загальних питань правового регулювання страхових відносин, і окремих видів обов'язкового страхування, в цілому ж комплексне дослідження проблемних питань закріплення та реалізації відносин із обов'язкового страхування досі не проводилося.

Цілями статті є дослідження проблемних питань закріплення та реалізації правовідносин із обов'язкового страхування, формулювання обґрунтованих висновків та внесення пропозицій щодо модернізацій страхового законодавства України.

Відповідно до чинного законодавства України (ст.5 ЗУ "Про страхування") страхування в Україні здійснюється у двох формах – добровільній та обов'язковій [8].

Обов'язкові види страхування встановлюються законами України, шляхом внесення змін до ст.7 Закону України "Про страхування", яка містить на сьогодні вичерпний перелік із 37 видів обов'язкового страхування. Згідно законодавства, для здійснення обов'язкового страхування держава встановлює порядок та правила його проведення, форми типового договору, особливі умови ліцензування, розміри страхових сум та максимальні розміри страхових тарифів або методику актуарних розрахунків, шляхом прийняття Кабінетом Міністрів України окремих Постанов, або шляхом прийняття Верховною Радою України спеціальних Законів [14].

Економічна наука випрацювала низку чинників, які впливають на необхідність запровадження обов'язкового страхування: 1) наявність групи ризиків, які не приймаються на страхування на комерційних засада, з огляду на не рентабельність певного виду страхування [13]; 2) надвисока вартість послуг із добровільного страхування для окремого страхувальника [17]; 3) наявність суспільної потреби у страховому захисті від настання певних ризиків при одночасному недооцінюванні страхувальниками ступеня небезпеки і наслідків настання страхового випадку.

Не дивлячись на вказані переваги обов'язкового страхування саме дана форма є такою, що останнім

© Пацурія Н., 2010

часом наражається на гостру критику, як із боку практиків так і з боку науковців [25, 12, 24]. При цьому ступінь незадоволення є практично однаковою для усіх держав, де страхування здійснюється в обов'язковій формі, не залежно від рівня їх економічного розвитку, національних традицій та інших ознак [10].

В останній час в науковій юридичній літературі піднімається питання про обов'язкове страхування як фактор обмеження прав і свобод суб'єктів господарювання, які гарантовані Конституцією України та іншими актами господарського законодавства.

Як визначають фахівці [25, 12, 24], обмеження прав і свобод суб'єктів господарювання при реалізації правовідносин із обов'язкового страхування полягає в наступному:

1. має місце обмеження принципу свободи підприємницької діяльності, який гарантований Конституцією України та Господарським кодексом України;
2. має місце обмеження права вільного користування майном, яке закріплюється за суб'єктом господарювання на праві власності або іншому правовому титулі;
3. існує обов'язок вступати у договірні відносини, що порушує принцип свободи договору відповідно ст.7 Закону України "Про страхування".

Тобто, основана аргументація противників обов'язкового страхування спрямована на наявність законодавчого встановлення фактору обмеження прав і свобод суб'єктів господарювання. Контраргументом виступає прагматизм державної позиції [10], підтримуваної науковцями – господарниками, що будь-яка свобода є абсолютною і повною до тих пір, поки не виникає ризик обмеження свободи іншого суб'єкта, і саме в таких випадках держава зобов'язана вжити усіх заходів, що задовольняють інтереси більшості.

Саме в цьому і полягає квінтесенція вказаної дискусії.

Виходячи із доктринальних позицій науки господарського права з приводу зазначеної проблеми, слід вказати наступне.

1. Щодо обмеження принципу свободи підприємницької діяльності. Відповідно до ст. 22 Конституції України [1] конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані. При прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод. В свою чергу ст. 42 Конституції України встановлює, що кожен має право на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом. Згідно ст. 64 Конституції України конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України. За ч.2 ст.64 Конституції України такими випадками визнаються окремі обмеження прав і свобод в умовах воєнного або надзвичайного стану, виключно із зазначенням строку дії цих обмежень [6, 7].

В розвиток положень Конституції України Господарський кодекс України [3], який покликаний забезпечити зростання ділової активності суб'єктів господарювання, розвиток підприємництва і на цій основі підвищення ефективності суспільного виробництва, в ст. 6 в якості одного із загальних принципи господарювання визначає принцип свободи підприємницької діяльності у межах, визначених законом. Частина 4 ст.12 Господарського кодексу України встановлює, що обмеження щодо здійснення підприємницької діяльності, а також перелік видів діяльності, в яких забороняється підприємництво, встановлюються Конституцією України та законом.

Виходячи із викладеного стає зрозумілими, що законодавство загальної дії з метою належного виконання державою покладених на неї функції виключно з метою усунення загрози та якнайшвидшої ліквідації особливо тяжких надзвичайних ситуацій техногенного або природного характеру, нормалізації обстановки, відновлення правопорядку при спробах захоплення державної влади чи зміни конституційного ладу шляхом насильства, для відновлення конституційних прав і свобод громадян, а також прав і законних інтересів юридичних осіб, створення умов для нормального функціонування органів державної влади та органів місцевого самоврядування, інших інститутів громадянського суспільства та створення умов для здійснення органами державної влади, військовим командуванням, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами та організаціями наданих їм повноважень у разі збройної агресії чи загрози нападу, небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності – може обмежити право суб'єктів господарювання на підприємницьку діяльність, виключно на період надзвичайного або воєнного стану. І саме в такому розумінні можна казати про обмеження принципу свободи підприємницької діяльності.

Враховуючи специфіку страхового законодавства та особливості страхового ринку України при реалізацій відносин із обов'язкового страхування, слід звернути увагу, що мова іде не про обмеження підприємницької діяльності тих суб'єктів, на яких закон покладає обов'язок укласти договір страхування, мова іде про встановлення державою додаткових гарантій щодо забезпечення майнових інтересів певних осіб з метою гарантування відшкодування шкоди, заподіяної їх життю, здоров'ю або майну шляхом введення обов'язкового страхування.

Проте слід звернути увагу на інший аспект, сучасній страховій справі відоме так зване "нав'язане страхування", запровадження і реалізація якого досить часто асоціюється і порушенням принципу свободи підприємницької діяльності.

Яскравим прикладом "нав'язаного страхування" є страхування професійної відповідальності приватних нотаріусів перед третіми особами. Так, відповідно до ст. 28 Закону України "Про нотаріат" [4] для забезпечення відшкодування заподіяної внаслідок вчиненої нотаріальної дії шкоди, приватний нотаріус зобов'язаний до початку зайняття приватною нотаріальною діяльністю укласти договір страхування цивільно-правової відповідальності.

Згідно Наказу Міністерства юстиції України від 24 грудня 2008 року №2260/5 "Про затвердження Порядку перевірки організації нотаріальної діяльності державних і приватних нотаріусів та виконання ними правил нотаріального діловодства" [9] основними завданнями перевірки організації нотаріальної діяльності та виконання правил нотаріального діловодства є, у тому числі, дотримання вимог щодо страхування цивільно-правової відповідальності (п.1.1.). При цьому відповідно до норми ст.5 Закону України "Про страхування" обов'язкові види страхування вводяться законами України, шляхом внесення змін до ст.7 Закону України "Про страхування", вказана норма такого виду страхування не містить і у відповідності до ч.2 ст.5 Закону України "Про страхування", страхування професійної відповідальності приватних нотаріусів перед третіми особами в якості обов'язкового здійснюватися не може, адже Закон прямо забороняє здійснення обов'язкових видів страхування, які не передбачені ст.7 вказаного Закону.

В даному випадку постає одвічне питання про загальне і спеціальне у правовому регулювання певних суспільних відносин. З огляду на викладене стає зрозумілим, що положення ст.5 Закону України "Про страхування" є спеціальною нормою по відношенню до правил встановлених ст. 28 Закону України "Про нотаріат", і виходячи із загального принципу теорії права *lex specialis derogat legi generali* [18] має пріоритет у застосуванні.

Як висновок, страхування професійної відповідальності приватних нотаріусів перед третіми особами у формі обов'язкового здійснюватися не може. Проте, відомчий нормативний акт фактично встановлює заборону на здійснення вказаного виду господарської діяльності без надання до контролюючих органів відповідного договору страхування, що на нашу думку є неприпустимим. З огляду на наявну правову колізію у чинному законодавстві України, страховий ринок відреагував оперативно і гнучко, надаючи послуги із страхування професійної відповідальності приватних нотаріусів перед третіми особами у добровільній формі. Необхідно вказати, що на недоліки вказаного виду страхування, з'ясування сутність цивільної відповідальності нотаріусів перед третіми особами, а також проблеми страхування їх професійної діяльності в науковій юридичній літературі вже зверталася увага [26].

Наведений приклад дозволяє зробити обґрунтований висновок, що спеціальне страхове законодавство України в частині встановлення обов'язкового страхування певних об'єктів з урахуванням визначених колізій і лакун все ж таки не характеризується обмеженням принципу свободи підприємництва.

Слід відзначити, що вказані проблеми правового регулювання відносин із обов'язкового страхування наявні і в інших сферах господарювання [19, 20, 22, 23].

2. Щодо обмеження стосовного вільного користування майном, яке закріплюється за суб'єктом господарювання на праві власності. В якості прикладу слід звернутися до норм Закону України "Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів" [5] положення якого в останні час гостро критикуються в контексті проблеми, що аналізується.

Так у відповідності до ст. 21 Закону України "Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів" на території України забороняється експлуатація транспортного засобу без поліса обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності, чинного на території України.

Вказане положення законодавства викликає критику, з огляду на те, що встановлення заборони на експлуатацію транспортного засобу, власники яких не застрахували свою цивільну відповідальність, порушує гарантовані Конституцією України право власності (ст. 41) та право на вільне пересування (ст.33).

З огляду на те, що правозастосовча судова практики України з даного питання єдиної правової позиції не сформувала, на наш погляд, тут заслуговує на увагу є думка Конституційного суду Російської Федерації у справі "Про перевірку конституційності Федерального закону "Про обов'язкове страхування цивільної відповідальності власників транспортних засобів" [15]. Так Постановою КС РФ від 31 травня 2005 року №6-П було визначено наступне:

1) призначення права власності як суб'єктивного права, що гарантується і охороняється Конституцією полягає в тому, щоб забезпечити його власникам певну міру свободи в економічній сфері. В той же час в рамках правового регулювання відносин власності це право може бути обмежене законодавцем з врахуванням основних конституційних цінностей;

2) положення, що містяться у Конституції, про необхідність співвідношення що належить суб'єкту права власності з правами і свободами інших осіб означає, що власник має право на свій розсуд здійснювати відносно майна, що належить йому, будь-які дії, якщо вони не суперечать законодавству не порушують права і законні інтереси третіх осіб. Тим самим право власності в у межах, визначених Конституцією передбачає не лише можливість реалізації власником складових цього права (правомочностей володіння, користування і розпорядження майном), але і несення тягаря відповідальності;

3) регламентуючи зміст права власності і забезпечуючи захист здоров'я, прав і законних інтересів інших осіб за допомогою покладання на власників додаткових обов'язків і обмежень, пов'язаних з володінням майном, законодавець повинен враховувати також особливі характеристики об'єктів, що знаходяться у власності, використання яких пов'язане з підвищеною небезпекою.

4) згідно ЦК РФ юридичні особи і громадяни, діяльність яких пов'язана з підвищеною небезпекою для інших осіб, зокрема з використанням транспортних засобів, зобов'язані відшкодувати шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, якщо не доведуть, що шкода виникла унаслідок непереборної сили або наміру потерпілого. Проте закріплення вказаних положень само по собі ще не є гарантією відшкодування шкоди.

5) введення інституту обов'язкового страхування цивільної відповідальності власників транспортних засобів було введене з метою захисту прав потерпілих на відшкодування шкоди, заподіяної їх життю, здоров'ю або майну при використанні транспортних засобів іншими особами.

З огляду на викладене слід відзначити, що в правовій соціальній державі з ринковою економікою застосування інститут страхування ризиків цивільної відповідальності власників наземних транспортних засобів та інших видів в обов'язковій формі – не суперечить положенням Конституції України.

3. Щодо порушення принципу свободи договору. Як вище було визначено, обов'язкове страхування є однією із форм майнового страхування якою на страхувальника Законом [21] покладається обов'язок страхувати шкоду заподіяну винними діями останнього особі або її майну, а також шкоду, заподіяну юридичній особі. Вказані положення не порушують принцип свободи договору закріплений ст.6 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [2], тлумачення якого вміщено у ст.627 ЦК України, згідно якої сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Крім того, ст. 999 ЦК України передбачає, що законом може бути встановлений обов'язок фізичної або юридичної особи бути страхувальником життя, здоров'я, майна або відповідальності перед іншими особами за свій рахунок чи за рахунок заінтересованої особи (обов'язкове страхування).

Таким чином, слід вказати, що встановлення обов'язковості страхування ризику цивільної відповідальності власників транспортних засобів законом обумовлено конституційно закріпленою вимогою особливого захисту таких значимих для всього суспільства невідчужуваних благ, як життя і здоров'я людини, охорона її майна, тощо.

Відповідно до ст.3 Закону України "Про обов'язкове страхування цивільної відповідальності власників транспортних засобів" обов'язкове страхування здійснюється саме з метою забезпечення відшкодування шкоди, заподіяної життю, здоров'ю та/або майну потерпілих внаслідок дорожньо-транспортної пригоди та захисту майнових інтересів страхувальників.

Введення інституту обов'язкового страхування цивільної відповідальності власників транспортних засобів, суть якого складається в розподілі несприятливих наслідків, пов'язаних з ризиком настання цивільної відповідальності, на всіх законних власників транспортних

засобів, з урахуванням такого принципу обов'язкового страхування, як гарантія відшкодування шкоди, заподіяного життя, здоров'ю або майну потерпілих, у межах, установлених Законом спрямовано на підвищення рівня захисту права потерпілих на відшкодування шкоди. Покладаючи на власників транспортних засобів обов'язок страхувати ризик своєї цивільної відповідальності на користь осіб, яким може бути заподіяний шкода, і закріплюючи при цьому можливість у всіх випадках, незалежно від матеріального становища заподіювача шкоди, забезпечити потерпілому відшкодування законодавець реалізує одну з функцій України як соціальної правової держави, політика якого спрямована на створення умов, що забезпечують гідне життя і вільний розвиток людини.

Крім того, дослідники проблематики господарського договірного права визнають, що принцип свободи договору в сучасних умовах не може претендувати на аксіоматичність та абсолютний характер. Цей принцип, закладений в цивілістичну нормативно-правову матерію, діє не самі по собі, а через відповідну юридичну норму та/або через акти правореалізації та правозастосування. Якщо системно витлумачити положення ЦК про свободу договору (статей 6, 627), то свобода договору виявляється урізаною цілою низкою імперативних норм (зокрема, статей 203, 215, 628, 633, 634 ЦК). Ці норми "розпорошені" по тексту ЦК, проте всі вони, як уявляється, значною мірою засновані на положеннях статті 13 ЦК "Межі здійснення цивільних прав", яку можна було б назвати стрижневою, концептуальною, адже використання цивільних прав з метою неправомірного обмеження конкуренції, зловживання монопольним становищем, недобросовісна конкуренція, недодержання моральних засад суспільства тягнуть за собою можливість відмови у судовому захисті цивільних прав та інтересів особи (частина 3 статті 16 ЦК) [11, 119].

Підсумовуючи викладене вище, слід відзначити, що механізм обов'язкового страхування повинен бути не тільки спрямований на досягнення конституційних цілей, але повинен також забезпечуватися принципом пропорційності певного обмеження конституційних прав реальному досягненню таких цілей. Більше того, необхідно забезпечити належний законодавчий механізм реалізації такої пропорційності, який би поширювався на всі види обов'язкового страхування.

Проведене дослідження дозволяє зробити **висновок** проте, що з метою усунення виявлених суперечностей, необхідно внести пропозиції до чинного законодавства України, а саме, прийняти Закон України "Про основні засади державної політики в сфері обов'язкового страхування", в якому: визначити поняття обов'язкового страхування, загальні цілі, завдання, принципи, порядок і умови його проведення.

Перспективи подальших розвідок у напрямку удосконалення та модернізації законодавства України у сфері обов'язкового страхування полягають у законодавчому формулюванні основних вимог до нормативно-правових актів, що врегульовують відносини із обов'язкового страхування.

1. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №30. – Ст.141. 2. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року // Офіційний вісник України. – 2003. – N11. – Ст. 461. 3. Господарський кодекс України від 16.01.2003 року // Офіційний вісник України. – 2003. – N11. – ст.462. 4. Закон України "Про нотаріат" від 2 вересня 1993 року N 3425-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 39. – ст.383. 5. Закон України "Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів" від 1 липня 2004 року №1961-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 1. – ст.1. 6. Закон України "Про правовий режим воєнного стану" від 6 квітня 2000 року № 1647-III // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 28. – ст. 224. 7. Закон України "Про правовий режим надзвичайного стану" від 16 березня 2000 року № 1550-III // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 23. – ст.176. 8. Закон України від 7 березня 1996 року № 85/96-ВР "Про страхування" // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №18. – Ст.78. 9. Наказ Міністерства юстиції України "Про затвердження Порядку перевірки організації нотаріальної діяльності державних і приватних нотаріусів та виконання ними правил нотаріального діловодства" від 24 грудня 2008 року №2260/5 // Офіційний вісник України. – 2008. – № 100. – стор. 472. – ст. 3367. 10. Алехина И.Г. Обязательное страхование: сравнительно-правовой анализ. [Електронний ресурс] / Методический журнал "Нормативное регулирование страховой деятельности. Документы и комментарии". – 2008. – №1. – Режим доступу: http:// www.reglament.net 11. Беляневич О. А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти) / Беляневич О. А. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 592с. 12. Дорофеев В.Б. К вопросу о Стратегии развития страховой деятельности в РФ на среднесрочную перспективу [Електронний ресурс] / Методический журнал "Нормативное регулирование страховой деятельности. Документы и комментарии". – 2008. – №4. – Режим доступу: http:// www.reglament.net/ ins/normreg/ 2008_4_article_print.htm 13. За даними Державної Комісії з регулювання ринків фінансових послуг України за результатами 2009 року 5 видів страхування є збитковими. Так рівень збитковості страхування фінансових ризиків становив 99,2%; медичного страхування 70,1%; страхування медичних витрат, страхуванні життя – майже 100 %. // Суслов В. П'ять видів страхування в Україні стали збитковими [Електронний ресурс]/ Newsru.ua. – Режим доступу: http://www.newsru.ua/finance/09dec2009/strah.html 14. Мова іде про Закон України "Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів" від 1 липня 2004 року №1961-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 1. – ст.1. Слід вказати, що при запровадженні обов'язкового медичного страхування у відповідності до п.1, ч.1 ст.7 Закону України "Про страхування" регламентація вказаних відносин також буде здійснюватися Законом, принаймні з огляду на проект Закону України № 5655 від 16.06.2004 року "Про обов'язкове медичне страхування" та проект Закону України № 4279 від 30.03.2009 року "Про фінансування охорони здоров'я та медичне страхування" [Електронний ресурс] / Електронна правова система "Законодавство України". – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua. Правовий механізм інших видів обов'язкового страхування перелік яких міститься у ст.7 Закону України "Про страхування" на сьогодні регламентується відповідними Постановами Кабінету Міністрів України. 15. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 31 мая 2005 г. № 6-П По делу о проверке конституционности Федерального закона "Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств" в связи с запросами Государственного Собрания _ Эл Курултай Республики Алтай, Волгоградской областной Думы, группы депутатов Государственной Думы и жалобой гражданина С.Н. Шевцова [Електронний ресурс]/ Режим доступу: http://www.legis.ru/misc/doc/4096/ 16. При реалізації страхових відносин виникає гостра потреба у відшкодуванні матеріальних збитків, без задоволення якої стає не можливим забезпечувати безперервність процесу виробництва матеріальних благ в суспільстві та підтримувати належний рівень життєдіяльності конкретної особи. Відшкодування збитків повинно мати оперативний характер, щоб як можна швидше особи, що потерпіли від наслідків стихійних лих і нещасних випадків, були в змозі поновити свій майновий стан і згодом продовжити суспільно-корисну діяльність.// Пацурія Н.Б. Правове регулювання страхової справи в Україні (організаційно-правовий аспект): Дис... канд. юрид. наук: 12.00.04 / Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2000. – с. 15. – 217 с. 17. Прикладом може слугувати обов'язкове страхування цивільної відповідальності за ядерну шкоду. Відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України від від 23 червня 2003 р. N 953 "Про обов'язкове страхування цивільної відповідальності за ядерну шкоду" // Офіційний вісник України. – 2003. – №26. – ст. 1280, страхова сума за одним договором страхування складає 150 млн. СПЗ (спеціальних прав запозичення) при максимальному розмірі річного страхового тарифу – 3,38% від страхової суми, відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України від 20 серпня 2003 р. № 1307 "Про затвердження Порядку обчислення тарифів при обов'язковому страхуванні цивільної відповідальності за ядерну шкоду" // Офіційний вісник України. – 2003. – №34. – ст. 1821. 18. Принцип lex specialis derogat legi generali передбачає, що спеціальний закон скасовує дію загального закону стосовно до фактів, передбаченим спеціальним законом.// Черданцев А.Ф. Толкование советского права. – М.: Юрид. лит, 1979. – 166 с. – (С. 72, 132, 140); Иоффе О.С., Шаргородский М.Д. Вопросы теории права. М.: Госюриздат, 1961. – 380 с. – (с. 172). 19. Ст. 40 Закону України від 22.02.2000 року № 1478-III "Про мисливське господарство та полювання", в частині обов'язкового державного особистого страхування посадових осіб спеціального уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань охорони навколишнього природного середовища, спеціального уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань лісового і мисливського господарства та полювання, їх територіальних органів, посадових осіб та єгерів користувачів мисливських угідь, уповноважених на охорону державного мисливського фонду // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 18. – ст. 132. 20. Ст. 60 Закону України від 13.12.2001 року № 2894-III "Про тваринний світ" в частині обов'язкового державного особистого страхування державних інспекторів спеціальних підрозділів спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань екології та природних ресурсів, інших спеціально уповноважених центральних органів вико-

навчої влади у галузі охорони, використання і відтворення тваринного світу та їх територіальних органах // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 14. – ст. 97. 21. Ст.4 Закону України "Про страхування" та ст.980 Цивільного кодексу України. 22. Ст. 16 Закон України від 04.04.1996 року № 123/96-ВР "Про лікарські засоби" в частині обов'язкового державного страхування життя та здоров'я посадових осіб органів державного контролю на випадок каліцтва або захворювання, одержаного під час виконання ними службових обов'язків // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 22. – ст. 86. 23. Ст. 50 Закону України від 16.06.1992 року № 2456-XII "Про природно-заповідний фонд України" в частині обов'язкове державне чи комерційне екологічне страхування заінтересованих підприємств, установ та організацій Для компенсації шкоди, заподіяної на територіях та об'єктах природно-заповідного фонду внаслідок стихійних природних явищ чи промислових аварій і катастроф // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 34. – ст. 502. 24. Смирнов Е.Е. Страхование и право – 2008 [Електронний ресурс] / Методический журнал "Юридическая и правовая работа в страховании". – 2008 . – №3. 25. Фогельсон Ю.Б. Систематизация страхового законодательства [Електронний ресурс] / Методический журнал "Юридическая и правовая работа в страховании". – 2008. – №4. – Режим доступу: http://www.reglament.net 26. Черниш В. М. Цивільно-правові засади розвитку нотаріату в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. – К., 2003. – 23 с.

Надійшла до редколегії 22.09.10

УДК 94 (4) "313/1453"; 347. 237

Л. Дячук, канд. юрид. наук

ГЕНЕЗА ВІЗАНТІЙСЬКОГО ШЛЮБНО-СІМЕЙНОГО ПРАВА В КОНТЕКСТІ ХРИСТИЯНСЬКОЇ ЦІННІСНОЇ ПАРАДИГМИ

Досліджуються особисті права і обов'язки суб'єктів шлюбу у контексті генези шлюбно-сімейного права на християнській ціннісній основі.

Ключові слова: Візантія, шлюб, ґенеза, християнство, парадигма, право, особа, волевиявлення, відповідальність.

Исследуются личные права и обязанности субъектов брака в контексте генезиса брачно-семейного права на христианской ценностной основе.

Ключевые слова: Византия, брак, генезис, христианство, парадигма, право, лицо, волеизъявление, ответственность.

In this article investigates the personal rights and duties of the subjects of marriage in the context of the genesis of matrimonial law based on Christian values.

Keywords: Byzantium, marriage, genesis, Christianity, paradigm, law, person, will, responsibility.

Унікальність візантійської цивілізації полягає в поєднанні римської державно-правової традиції, греко-елліністичного суспільного досвіду і ментальних орієнтацій, а також окремих сегментів "орієнтальної" культури внутрішнього та зовнішнього соціокультурного середовища. Такий синтез був цілком неможливий у часи, коли існували дві різносторонні за своїми юридичними ознаками та особливостями грецька та римська правові системи. Ні преторське право, ні jus gentium, ні законодавчі повноваження принцепсів не могли б поєднати найважливіших структурних елементів двох історичних частин античної греко-римської цивілізації. Для античної цивілізації основною рисою є її етнокультурна дихотомність: наявність складних діахронних зв'язків грецької та римської етнокультурних традицій, агоністичний характер (agon –змагання) відносин та певні взаємні проникнення в інше етнокультурне середовище. В усіх сферах культури, окрім державно-правової традиції, яка була поширена на елліністичну Грецію, та унікальних явищ матеріальної культури, Рим був у тій чи іншій мірі об'єктом рецепції грецької античної культури. Це перш за все проявилось у сфері релігії та філософії, ораторського мистецтва та історіографії і т. ін. Разом з тим певних впливів зазнала та частина римського суспільного досвіду, що стала найбільшим надбанням всесвітньої історії, – римське право. Його універсальний характер у значній мірі, окрім відомої системи факторів, обумовлювався впливом грецької філософії.

Попри універсальний характер римського права, що мало всесвітньо-історичне значення в часи нової та новітньої історії, римська юриспруденція в добу ранньо-го і класичного Середньовіччя не стала інтегративним фактором міжконтинентального масштабу. Історична роль інтегративного чинника для народів трьох світових континентів випала на християнську релігію. Саме завдяки християнізації римське право продовжило існування в межах Східної римської імперії – Візантії. Римське право стало юридично-технічною та теоретико-методологічною основою юридичних норм та інститутів візантійської правової системи. Поєднання грецьких та римських правових інститутів (при домінуванні останніх), неможливе у дохристиянські часи, стало реальністю у візантійському праві. Причиною синтезу грецької та римської відособлених частин античної цивілізації у сфері права стало поширення християнства на усі сторони життя обох національних соціумів. Попри відмінності античної та християнської парадигми саме у християнській імперії було збережено правовий досвід доби античності. Це відбулось на рівні греко-римського правового синтезу (візантійське право), а також шляхом збереження основних юридичних джерел римської класики і доби Юстиніана. Останнє здійснювалось у двох формах: 1) збереження автентичних текстів; 2) їх майже автентичне відтворення при перекладі на грецьку мову у монументальному зводі Македонської династії – Basilicorum libri [20]. (*На середньогрецькій мові це читалося як "імператорські книги", а не "царські книги" як за старогрецькою.*) Завдяки християнізації римське право стало об'єктом рецепції за межами Візантійської імперії. Таким чином у світовій історії правових систем з'явився юридичний феномен, що сприяв вдосконаленню та сакралізації людської особистості у контексті індивідуального зв'язку з Творцем, що поєднав, за християнським вченням, іманентні риси досконалої людини і метафізичний характер трансцендентної сутності Бога.

Безперечно, християнізація норм римсько законодавства вплинула на право осіб, відобразилось на правовій свідомості та рисах правової системи. Суттєвої еволюції зазнав статус свободи, громадянства та сімейний статус особи [11, с. 36-53]. В основу правосвідомості інтелектуально-духовної еліти були закладені цінності християнства, що стали підґрунтям християнської правової доктрини та відповідних правових принципів. Ці принципи відобразились на особливостях перш за все правової системи доюстиніанівського етапу (IV – V ст.) ранньовізантійського періоду (IV – поч. VII ст.) історії візантійського права, на специфіці правових регулятивних механізмів шлюбно-сімейного права (С. 5. 1-42) [21]. Усе це викликає науково-теоретичний та практичний-юридичний інтерес та актуальність дослідження даної проблематики, особливо для країн, які зазнали ціннісно-парадигматичних змін та соціально-політичних трансформацій при складному

© Дячук Л., 2010

співвідношенні попередньої (наприклад, радянської) та пострадянської правових систем.

Постановка та реалізація дослідницького завдання, яке полягає у визначенні юридичних наслідків християнізації різних аспектів приватного та публічного права ранньої Візантії, змушує з відомих причин, висловлених вище, починати дослідження з аналізу врегулювання шлюбно-сімейних відносин (на етапі їх генези), оскільки історично-юридичні факти свідчать, що об'єктом реформаторських змін перш за все стали правові інститути шлюбу та сім'ї [13, с. 161-181].

При бажанні досягти християнського шлюбного ідеалу ініціатор реформ, перший християнський імператор Константин Великий (306 – 337 рр.), у відповідних законодавчих актах передбачив посилення юридичної відповідальності за порушення норм шлюбного законодавства. Оскільки доюстиніанівський етап ранньовізантійського права, що розпочинається низкою нормативно-правових актів – конституцій Константина Великого, мав свою особливу специфіку, *об'єктом* даного дослідження є *шлюбно-сімейне право* ранньої Візантії (доюстиніанівський етап), а *предметом* наукового дослідження являється проблема *юридичної відповідальності за порушення шлюбного законодавства* у процесі його християнізації на початку даного етапу, що увійшов у літературу під назвою *antejustiniane* (до Юстиніана).

Віддаючи належне вченим, праці яких дотичні до вирішення поставленої проблеми у її хронологічних вимірах, – авторам видань з історії римського права (Н. Боголєпов [3], Й. Покровський [12], В. Хвостов [15]), загальних досліджень з історії візантійського права (Д. Азаревич [1], М. Бенеманский [2], В. Вальденберг [6], Є. Ліпшиц [11]), а також окремих історико-юридичних розвідок (А. Гуляєв [7], І. Соколов [14]), – зауважимо, що попри загальні наукові оцінки про відмінність античної та християнської правових традицій, історичні джерела та окремі наукові дослідження дають підстави констатувати, що процес їх взаємодії був набагато складнішим і, за правовими наслідками, неоднозначним. У зв'язку з цим виникла гносеологічна проблема співвідношення останніх періодів римського (посткласичний та юстиніанівський) [13, с.13, 61-68] та початку візантійського права. У зв'язку з цим у науковій літературі стали поширеними історично-юридичні категорії "ранньовізантійське право" та "ранньовізантійське законодавство" [11, с.42, 45, 49 та ін.], які охоплювали період, що практично співпадав з посткласичним та юстиніанівським періодами римської юридичної історії. Генеза лексеми "ранньовізантійський" походить від словосполучень "рання Візантія" (*істор.*) [11, с.39] та "ранній візантизм" (*філос.)* [6].

Актуальність означеної проблеми зумовлена також тим, що дослідження різних аспектів юридичної відповідальності сприятиме з'ясуванню проблеми взаємодії та співвідношення античної (римської) та християнської (візантійської) правових систем/традицій. Зрозуміло, що на вказаних етапах еволюції кожна правова система мала особливі форми законодавства та риси права. При численних посиланнях на інститут імператорської влади як на суб'єкт законодавства та правоутворення у часи класичного римського (доба принципату) слід мати на увазі, що чинними, окрім домінуючих видів імператорських конституцій (едикти, рескрипти, декрети, мандати), були й інші форми права, серед яких особливе становище займав senatconsult. Однак усі вони по мірі поширення правозастосування імператорських конституцій поступово виходили із вжитку. Тому у часи християнізації права, з початку IV ст., практично єдиною формою права стали імператорські конституції. Проте формальних заборон стосовно інших джерел (форм) права не існувало (до поч. X ст.). Наприклад, сенатські постанови згадуються уже в добу домінанту, а саме **під 476-477 рр**. [9, с.67], що спростовує загальноприйняте наукове положення щодо форм права у Візантійській імперії. Тим не менше, саме монополізація законодавчої влади створила умови для ре-еволюційних змін, зокрема, у сфері юриспруденції, законодавчої політики та регулятивно-правової практики шлюбно-сімейних відносин. Причому юридичними підставами законності імператорського *leges* вважалося загальнонародне *Lex*. Тобто *етатичні* тенденції у ранньовізантійській імперії супроводжувались збереженням положень правової доктрини попередньої епохи.

Підкреслюючи історичне значення джерел посткласичного або ранньовізантійського права слід відзначити: вони не перетворились з часом у релікти історії, а увійшли у правову систему законодавства Юстиніана (переважно у Кодекс та частково в Інституції). Через юстиніанівське законодавство, яке було джерелом правових реформ Македонської династії (др. пол. IX – поч. X ст.), нормативно-правові акти доби *antejustiniane* потрапили у *Василіки*, *Епанагогу* та *Прохірон*, які залишались чинними, окрім *Епанагоги* (текст якої використовувався у численних приватних переробках), до кінця існування Візантії. Однак окремі з них, що увійшли у Кодекс Юстиніана, часто суперечили юстиніанівському законодавству (одні нормам Дігест, інші – Інституцій) та відповідній правовій доктрині і тому фактично втратили юридичну силу у добу Юстиніана. Натомість пізніше вони були актуалізовані у законодавстві імператорів-іконоборців і увійшли до їх основної збірки – Еклоги (726 р.). До речі, обидві правові системи/традиції (*antejustiniane* та іконоборців), між якими був юстиніанівський період або етап ранньовізантійського права, мають спільні риси, ознаки яких з'явились у часи Константина Великого (306-337рр.). Йдеться, зокрема, про принципи систематизації права (мотиви сприйняття чи заперечення певних юридичних феноменів попередньої правової традиції), нові явища в приватному (шлюбне і спадкове право) та публічному (зокрема, кримінальному) праві. Однак, якщо на початку ранньовізантійськоого періоду правитель імперії Констянтин I почав християнізацію права, яка супроводжувалась значним зростанням юридичної відповідальності, але не мала передбачуваного успіху, що змусило імператора враховувати існуючі античні традиції у сфері законодавства та релігійної терпимості, то в добу іконоборців (*Ecloga*) християнські цінності були у повній мірі аксіологічною основою правової системи [18]. Це сприяло, зокрема, як зауважив Цехаріа фон Лінгенталь, тому, що у Візантії остаточно сформувалась християнська юридична концепція шлюбу [21, с.57].

Певна спорідненість правових систем доюстиніанівського періоду та доби іконоборців сприяла тому, що через Еклогу правові норми IV – V ст. стали об'єктом рецепції і увійшли у правові системи народів християнського світу. Таку ж роль по відношенню до вказаних приписів відіграв Прохірон – компактна юридична збірка доби Македонської династії (поч. X ст.). Попри належність до правової системи, яка формально заперечувала попередню і орієнтувалась на Corpus juris civilis, автори популярного у Візантії та за її межами юридичного збірника ввели до нього низку норм шлюбно-сімейного та кримінального права *Еклоги* і запозичили також у своїх ідейних противників принципи систематизації права (Прохірон як Еклога починається з норм шлюбно-сімейного права). Завдяки цьому та спільній християнській правовій доктрині обидві збірки – Еклога та Прохі-

рон – стали джерелами рецепції шлюбного права імперії за її межами [17, с.48-49]. Разом з християнською релігією в європейські країни потрапили норми шлюбно-сімейного права, які відповідали християнській ціннісній парадигмі. Таким чином саме Еклога і Прохірон зберегли і поширили в християнському світі норми шлюбного права доби *antejustiniane* (IV – V ст.).

Окрім того, досліджуючи історію візантійського права подальших періодів, у будь-якому разі необхідно звертатись до її витоків, тобто до генези ранньовізантійського права у добу *antejustiniane,* яку започаткувала правова реформа першого християнського імператора.

Отже, значне зростання кількості об'єктів ***юридичної відповідальності*** та її суттєве посилення, у ***першу чергу у сфері врегулювання шлюбно-сімейних відносин***, починається після прийняття Медіоланського (Міланського) едикту 313 р. імператора Константина Великого [5], що, безперечно, сприяло формуванню нових, нетрадиційних рис права, які виходили за межі римської класичної традиції. Однак окремі нормативно-правові акти, що регулювали шлюбні відносини і мали певну ціннісну спорідненість з християнською правовою доктриною, з'явились ще на початку класичного періоду римського права. Їх аналіз дає нам можливість більш предметно визначити **зміни** та **особливості генетично-юридичних зв'язків** обох правових систем на тлі протистояння античної та християнської культури.

Отже, низка заборон при вступі у шлюб, чинних у візантійському праві, з'явились ще в часи римської юридичної класики (к. I ст. до н.е. – сер. III ст. н.е.). Їх поява пов'язана з таким формами права як сенатські постанови, працями юристів (ius respondendi) та конституціями принцепсів. Відомий романіст, проф. Університету Св. Володимира та Петроградського університету Йосип Покровський зауважив, що важливе значення у регулюванні шлюбних відносин відіграли нормативно-правові акти доби першого імператора (принцепса) Октавіана Августа (30 р. до н.е. – 14 р.н.е). Саме у цей час були опубліковані такі нормативно-правові акти як "Lex Julia et Papia Poppaea" [12, с.353], що внесли в шлюбне право низку норм, близьких по духу до візантійського, тобто християнського права [22, с.107-108]. Октавіан Август, завдяки правозастосуванню норм *Lex Julia et Papia Poppaea*, намагався подолати моральний занепад, гостру кризу сімейних відносин, оскільки статева розпуста та сексуальні збочення у римському суспільстві набули жахливого розмаху. Окрім того, різко упала народжуваність, а свобода розлучень, започаткована у 231 р. до н.е., та повторний шлюб часто використовували для забезпечення меркантильних інтересів. "Вся сукупність шлюбного законодавства Августа, – підкреслював Йосип Покровський, – наклала свій відбиток на всю подальшу історію римських сімейних відносин і викликала до життя цілу низку дуже важливих юридичних явищ" [12, с.353]. Безпосередньо до нашої теми дотичні два нормативно-правові акти: Lex Julia de adulteriis coercendis – *Про стримування (обмеження) перелюбу (розпусти)* та Lex Julia et Papia Poppaea. У першому акті йшлося про юридичну відповідальність дружини за подружню зраду та розпусту. Про значне зростання юридичної відповідальності свідчила відповідна санкція, що передбачала в якості міри покарання *заслання на острови*. Саме так була покарана рідна донька нещасливого у сімейному житті імператора Октавіана Августа. Ймовірно, що особиста поведінка дочки Октавіана стала поштовхом до прийняття ним відповідного нормативно акту. Уникали покарання за розпусту у Римській державі ті категорії жіночого населення, професійна діяльність яких була або безпосередньо, або опосередковано пов'язана з розпустою та наданням за кошти сексуальних послуг. Тобто йшлося про офіційно визнаних повій, звідниць, актрис, вільновідпущениць та інших категорій жінок низької моралі, які були позбавлені юридичної відповідальності за аморальний спосіб життя. Однак вони своєю поведінкою несли, так би мовити, потенційну юридичну відповідальність, а саме: були певним чином обмежені в шлюбних правах. До цих обмежень дотична норма про розпусту чоловіків і так звані *неправильні шлюби*, тобто шлюби з жінками низької моралі. Такий шлюб з позицій правових поглядів Октавіана Августа вважався розпустою. Саме звідси бере початок один із видів забороненого шлюбу у візантійській правовій системі [10, с.236]. У другому нормативному акті знову ж йдеться про заборону, як підкреслюється у літературі [9, с.293-294], вільнонародженим чоловікам укладати шлюби з повіями, із звідницями та їх вільновідпущеницями, з жінками, поміченими у перелюбі, а також актрисами і жінками публічно засудженими (iudicium publicum). Фактично заборонявся шлюб сенаторів з вільновідпущеницями, актрисами та доньками актрис. Але, як свідчить текст Lex Julia et Papia Poppaea, закон формально не забороняв *неправильні шлюби*, а звертав увагу на необхідність правильних шлюбів і мав сприяти зростанню народжуваності від них, оскільки неодружені чоловіки від 25 до 60 років, за названим законом, втрачали право на спадщину. Ті ж особи, які одружувались з жінками названих категорій, не звільнялись від даних обмежень. Таким чином, закон не диктував те чи інше волевиявлення вільнонародженого громадянина, але норма акту ставила "неправильні шлюби" поза законом, оскільки чоловіки в таких шлюбах не вважалися одруженими, а інтимні стосунки такого подружжя сприймались як розпуста. Отже, юридична відповідальність за "неправильні" шлюби мала цивільний характер, оскільки такий шлюб вважався недійсним і усі його наслідки не набували юридичної чинності, тобто суб'єкти таких шлюбів не набували відповідних прав, передбачених чинним законодавством. Окрім юридичної, нормативно-правовий акт передбачав моральну відповідальність, так як сексуальні стосунки у таких шлюбах, як уже підкреслювалось, однозначно вважалися розпустою. Завдяки юридичним та моральним рисам значимість названих нормативно-правових актів виходить за межі класичного та пост-класичного періодів історії римського права. Тотожні тенденції виражали у контексті шлюбно-сімейного права римські юристи класичного періоду [16, с. 55-59]. Однак далеко не всі вони мали jus respondendi. Законної сили їх праці набрали у контексті системи домінанту (*Закон про* цитування 428 р. та *Дигести Юстиніана*).

Безперечно якість регулювання суспільних відносин залежала від юридичної сили відповідного акту, яка обумовлюється особливостями суспільного статусу суб'єкта правоутворення. Згадані нормативно-правові акти доби Октавіана Августа у літературі традиційно йменуються як *lex* (закон), але чинності він набув за постановою сенату. За традиційною системою форм права у римській юриспруденції основною формою нормотворчості сенату був senatconsultum (*постанова сенату*), який на початку доби принципату, у зв'язку із занепадом *народних коміцій*, вважався уже актом ***законотворчості.*** Його підготував юрист класичного періоду Юлій (за іншою версією – сам Gaius Iulius Caesar Octavianus), а доповнив – консул Папій Поппій. Не заперечуючи авторство названих громадян Риму, слід зауважити, що ініціатором появи нормативно-правового акту був Октавіан Август. Звичайно, у сенсі практично-юридичного значення будь-яке розпорядження постій-

ного магістрата (така була юридична природа імператорської влади), який поєднував свій imperium з владою принцепса, мало чи не найвищу юридичну силу, однак у формальному сенсі законом такий нормативно-правовий акт на початку класичного періоду не вважався, оскільки закон уособлював волю усього римського народу. Суспільне походження закону як волевиявлення усього народу збереглось, між іншим, до кінця існування Візантійської імперії. У зв'язку з тим, що imperium принсепса отримав юридичне обґрунтування як такий, що виражає волю усього народу, лише у II-му та наступних століттях, а сенат на початку принципату формально перебрав на себе повноваження народних зборів, то відповідні *сенатконсульти*, з позицій класичної правової доктрини, вважалися за юридичною силою *рівними закону*. (Тільки у цьому сенсі можна говорити про законотворчість сенату.) Через це нормативно-правовий акт *Julia et Papia Poppaea* отримав у римській юриспруденції та науковій літературі формальне визначення *Lex*. У формально-юридичному сенсі ухвали сенату законом не могли бути, але на той час senatconsult мав найвищу юридичну силу, оскільки поєднували опосередковану волю народу з законною владою сенату (який у сфері законодавства неначе замінив народні коміції) та його першого сенатора з додатковими повноваженнями постійного магістрата.

Ідея patria potestas, стосовно влади імператора, з'явиться на межі III та IVст., але в історико-правовій та історичній літературі юридична та історична категорія *імператорське законодавство* використовується в контексті діяльності Октавіана Августа. Тобто обидва різночасові елементи поєднуються у одне ціле – *законодавча діяльність імператора Октавіана Августа*. Це, на наш погляд, не тільки невірно з сучасних позицій, але не відображає реальну ситуацію у сфері класичного римського права на його початковому етапі, зокрема, не відповідає тогочасній правовій доктрині і співвідношенню інститутів влади. Очевидно, можна говорити про політику першого принцепса (з усіма його титулами) у сфері права. Тобто Августа з певними поправками можна вважати суб'єктом правоутворення (матеріальним джерелом права), але не законодавцем. Законодавство здійснювалось не від імені імператора, а відповідно до волевиявлення народу, через його представників у сенаті, за ініціативою першого сенатора – принцепса. Не випадково відповідний акт йменується як **Lex** Julia et Papia Poppaea.

Такий елемент законодавчої техніки та суспільної діяльності був можливий лише на початку принципату. Формальне обґрунтування юридичної сили імператорських актів відбулось, як підкреслювалось, у II ст. З цього часу можна говорити (у формальному сенсі з певними застереженнями) про імператорське законодавство. Уточнення полягають у тому, що конституції принцепса вважалися за такі, що *мають силу закону* (Ульпіан), оскільки втілюють волю народу, але до кінця принципату законом не вважалися. Втім принцепси частіше формалізували свої нормативно-правові приписи в імператорських рескриптах (вид імператорських конституцій), які через своє формально-юридичне призначення поступалися едиктам. Тому не випадково з часів домінанту в юридичній практиці використовують переважно такий вид імператорських конституції як *едикт*. Едикт вважався однією з форм права, що видавали посадові особи, які мали imperium – вищу публічну владу і в силу цього володіли jus edicendi (походить від e-*dicere* – оголошувати; *dicio* – влада) – правом встановлювати загальні правила поведінки. Таким правом в республіканському Римі володіли магістрати, наприклад, з 367 р. до н.е. – претори. Після реформи Діоклетіана-Константина (к. III – поч. IV ст.) уся вища влада (постійного магістрата, першого сенатора (принцес), головнокомандувача збройних сил, який мав почесний військовий титул imperator, що визнавався підкореними народами) зосередилась в руках dominus'a. Його, порівняно з добою принципату, однозначно величали імператором (*Октавіан Август, що походив з середовища республіканської аристократії, ніколи не називав себе цим титулом*). Його (dominus'a) майже виключне jus edicendi та **законодавчі** функції опирались на ідеї, відображені у відомій сентенції пізньоримського класика Доміція Ульпіана *("Що вирішив принцес, має силу закону, оскільки народ через володарський закон, який виданий про владу принцепса, переносить йому і на нього усю свою владу і повноваження"*) (Ulp., 1 inst = D. 1.4.1 pr) [8, 115, 117] та в основах християнської правової доктрини. Це дає історико-юридичні підстави говорити про Візантію як країну *імператорського законодавства*, що, як підкреслювалось, в усі часи її існування виражало волю Бога та волю народу.

Саме перехід до системи домінату та християнізація права імперії ознаменували новий період у розвитку юридичних механізмів врегулювання шлюбно-сімейних відносин. Питання про нову якість правових інститутів шлюбу та сім'ї, в умовах їх християнізації, є одним із головних у науковій літературі, оскільки відповіді на нього наближують нас до адекватного розуміння причин, підстав, форм та механізмів правового регулювання означеної сфери суспільних відносин. Проблему впливу християнства на правову політику першого імператора-християнина частково досліджено, однак важливе значення має вирішення наступного завдання: **яким чином і у якій мірі християнство вплинуло на законодавчий процес і розвиток права у період antejustiniane.**

Отже, поставлене питання має більш широку палітру історичних та юридичних явищ, ніж тема нашої статті, однак ми змушені звернутись до відповідних джерел та літератури і віднайти там принаймні загальні підходи до вирішення даної проблеми. В сучасній історико-правовій літературі звертається увага на те, що при дослідженні християнізації права необхідним є комплексний аналіз християнської правової доктрини та виявлення конкретних змін в законодавстві досліджуваної епохи. Дійсно, системний, комплексний підхід до вивчення змісту правової доктрини є цілком необхідним, продуктивним, однак – недостатнім. Сучасний дослідник розглядає її як таку, що на час реформ імператора Константина I існувала у своїй цілісності і завершеності [13, с.161-162]. Очевидно, християнська правова доктрина, основи якої були закладені у Старому та Новому Заповіті, зазнавала предметних доповнень впродовж християнізації усіх сфер суспільного життя. Ідея ототожнення християнського соціального ідеалу і правової доктрини християнства, що визначена у вказаній публікації як "принципове положення правової ідеології християнства", не є безспірною, оскільки при певній спорідненості обидва поняття мають свою онтологічну та гносеологічну специфіку.

Погоджуючись з думкою автора вказаного дослідження (досить змістовного та оригінального) щодо комплексного аналізу християнської доктрини та законодавства Константина I, необхідно взяти до уваги і те, що перші імператори-християни у значній мірі все ж таки керувались юридичним досвідом доби класичного римського права і часто використовували для реалізації нових правових ідей юридичну техніку, філологічні форми (відповідний синтаксис і морфологію), літературний стиль класичного законодавства. Стосовно специфіки соціальної доктрини християнства, яку, як бачимо, іноді

ототожнюють з правовою християнською доктриною, очевидно необхідно взяти до уваги духовну ситуацію IV століття, яка підтверджує, що мова може йти лише про початковий етап формування вказаної доктрини. Вона, як і християнська догматика, розвивалась у добу Вселенських соборів (IV – VIII ст.). Це особливо стосується християнської правової доктрини, оскільки певним етапом систематизації канонічного права, яке по у значній мірі визначало її зміст, вважаються рішення Трулльського ("п'ято-шостого") Вселенського собору (691-692 рр.). Отже, про соціальну та правову християнські доктрини, що цілком відповідали сакральним принципам Святого Письма, можна говорити з часів останніх Вселенських Соборів, зокрема, у зв'язку з появою богословських праць, канонічних та моральних нормативно-правових приписів Св. Отців Церкви, впорядкуванням текстів Старого та Нового Заповіту, систематизацією Правил та Постанов Апостолів, коли цінності християнства стали основним ферментом суспільної свідомості, ментальних установок та психологічно-ціннісних орієнтацій переважної більшості населення імперії. На думку англійського історика християнської культури Пітера Брауна, про останнє можна говорити не раніше як про VII століття [4]. Таким чином, соціальні християнські ідеї, що формуються з часів Ісуса Христа, та християнська правова доктрина, що на них ґрунтується і певним чином впливає на законодавчу практику, – суть різні явища і поняття. Ідеї зразкового християнського шлюбу не тільки були висвітлені у працях Отців Церкви уже у IV ст., а з величезною експресією пропагувались серед населення імперії. Так, Св. Григорій Ниський, виступаючи перед жителями Каппадокії, піддавав критиці як крайнощі аскетизму, що вели до знищення шлюбу та сім'ї, так і традиційне сприйняття жінки як засобу для сексуальних задоволень та продовження роду. Знаменитий письменник та богослов намагався надати сімейно-шлюбним відносинам характеру таїнства, а жінці – відповідної гідності. Його ідеї реалізувались через відповідну правову доктрину лише у VIII ст., тобто в імператорському законодавстві та приватних збірках доби іконоборців.

Отже, реформаторська діяльність імператора Константина Великого започаткувала процес християнізації права і торкнулась у першу чергу врегулювання шлюбно-сімейних правовідносин. У зв'язку з цим виникає питання чи християнізація права у добу Константина Великого була спорадичною, чи імператор реагував на історичні виклики планомірним законодавчим процесом та відповідною систематизацією права. Дійсно, юридичні джерела (імператорські конституції) та праці дослідників ранньовізантійського права свідчать, що певна системність у законодавчій реформі імператора Констянтина Великого присутня. Так, відома дослідниця історії візантійського права Є. Ліпшиц вказала на основні напрями реформування шлюбно-сімейного права в IV-V ст., тобто у християнські, але доюстиніанівські часи. Вони передбачили зміни правового статусу членів сім'ї, зростання їх правоздатності та визначили тенденції до зрівняння права чоловіка та дружини, започаткували інститут передшлюбного дару, розвинули правовий інститут посагу та вдосконалили майнові відносини батьків та дітей [11, с.45-54]. Щоправда, дослідниця мала на увазі не тільки діяльність імператора Константина, але і його наступників. Натомість А. Рудоквас вказав на важливі зміни саме у часи Константина, зокрема, стосовно влади paterfamilia, звернув увагу на посилення відповідальності за позашлюбну розпусту вільнонароджених та рабів, на розширення повноважень судів, що розглядали подібні справи.

Віддаючи належне реформаторській діяльності імператора Константина Великого, розуміючи наукову значимість та доцільності аналітичних розробок його законодавчої діяльності, разом з тим, на наш погляд, її необхідно досліджувати як в контексті доюстиніанівського етапу ранньовізантійського права, так і в контексті усієї правової традиції Візантії. Дійсно, імператорське законодавство IV-V ст. охопило усі найважливіші, з позицій християнських цінностей, інститути права. Про це свідчить низка юридичних напрямів врегулювання шлюбно-сімейних відносин: корекція прав домовладики на користь дружини, що передбачало пропорційне *посилення її юридичної відповідальності*; врегулювання свободи розлучень та суттєві зміни в напрямку зрівняння у спадкових правах чоловіка та дружини; правовий статус конкубінату; викрадення дівчат та відповідні правові наслідки; формальне скасування законодавства Августа про переслідування тих, хто ухиляється від шлюбу. Кодифіковані юристами Юстиніана (Cod., 5) імператорські конституції по суті складають систему шлюбно-сімейного права доби ***antejustiniane***. Однак, серед напрямів правової діяльності, які згадуються у вказаній літературі, ми не зустрічаємо (у формальному сенсі) інформації про системні заходи проти "неправильних" шлюбів, що розроблялися до VIII ст. переважно юристами Церкви (кантоністами).

Насправді Константин I дуже ревно поставився до "неправильних" шлюбів та порушення шлюбного законодавства (C. 5.5.2). Це відобразилось на рівні посилення юридичної відповідальності. Християнізація права спонукала імператора до запровадження юридичних механізмів, що забезпечували б чинність та ефективність шлюбного законодавства, яке повинно було відповідати ***тогочасній*** християнській правовій доктрині. Натомість реалізація доктринальних положень залежала від гносеологічно-аксіологічних та онтологічних аспектів. Для поєднання християнського суспільного ідеалу, відображеного в тексті Старого та Нового Заповіту, та юриспруденції необхідно було вирішити низку аксіологічно-гносеологічних проблем на рівні богословського вчення, канонічного права та законодавчих реформ. Цей процес – християнізації права – продовжувався від IV до VIII ст.

Зміст християнізації права полягав у встановленні відповідності тих чи інших правових норм християнському суспільному ідеалу через християнську правову доктрину. Ця сакральна місія, як уже зазначалось, випала на долю римського імператора Константина I, якого за здійснені реформи назвали Великим і визнали *рівноапостольним*. Про значення християнсько-правової реформи писали не тільки вчені різних історичних епох, які мали у своєму розпорядженні великий історично-історіографічний та теоретико-методологічний досвід, але й сучасники імператора-реформатора. Так, в промові відомого реаніматора античних культів імператора Юліана Відступника, зафіксованій у творі талановитого художника слова Амміана Марцелліна, йдеться про імператора Константина як "прихильника новацій та понищувача старовинних законів і стародавніх звичаїв" [19]. Натомість християнський письменник Назарій прямо говорив про те, що при Константині були встановлені нові закони з метою вдосконалення моралі, викорінення пороків і боротьби з формалізмом стародавнього права [13, с.180]. Для прихильників дохристиянських ідеалів римська правова традиція, попри відому роль преторського права та права народів, вважалася сакральною і традиційно "незмінною". Натомість для християнських мислителів традиційний формалізм римського права, мабуть, на фоні поширення різних збочень, аморальності, незаконних зв'язків,

статевої розпусти та зловживання ради цього правом, очевидно, уявлявся "юридичним фарисейством". Протиріччя двох суміжних парадигм, культурних епох, стилів мистецтва, картин світу як правило завжди сприймається загострено і безкомпромісно. Тому, очевидно, надзавдання імператора Константина Великого полягало в усуненні або вдосконаленні певних правових норм, що відображали принципово протилежну ціннісно-правову парадигму і фактично сприяли поширенню аномальних та цинічних – з позицій християнської правової доктрини та ціннісної парадигми – явищ, дій та звичаїв. Перші нормативно-правові акти Константина були проти так званих "делаторів" (донощиків), порушників норм шлюбно-сімейного та статевої свободи, а також так званого "рабського законодавства". Характерною рисою правових реформ першого імператора-християнина стало значне зростання ***міри юридичної відповідальності*** за порушення чинного законодавства. Усі відомі закони проти *делаторів* (313, 319, 335 рр. та ще один, який згадується у цьому ж нормативно-правовому акті 313 р.) [13, с.161-181] передбачали в якості міри юридичної відповідальності за скоєний злочин та відповідної санкції нормативно-правових приписів смертну кару. Причому у окремих випадках при скоєнні найважчих злочинів рівень юридичної відповідальності передбачав той чи інший вид *кваліфікованої* смертної кари. Особливо зростав рівень юридичної відповідальності за вбивство кровноспорідненого родича, що передбачало в якості покарання смертну кару через утоплення в шкіряному мішку разом з живими представниками фауни – гадюкою, мавпою, півнем і собакою, – що очевидно символізували певні протиприродні вчинки та аморальні якості суб'єктів кримінального злочину (С. 9.17.1).

Значно зросла юридична відповідальність за викрадення дівчат. Причому при визначенні міри покарання до уваги не брались мотиви злочину (зґвалтування, одруження за згодою чи без згоди суб'єкта та об'єкта злочину), що відповідно до конституції імператора Константина від 320 р. передбачало також кваліфікований вид покарання злочинців (викрадачів та їх пособників). Кваліфікована кара у стародавній історії та середньовіччі передбачала особливо жорстку форму і міру реалізації юридичної відповідальності. За обмеження свободи і порушення волі особи едикт 320 р. передбачав заповнення ротової порожнини суб'єкта злочинного діяння плавленим свинцем, а щодо юридичної відповідальності пособників здійснення злочину, то вони втрачали спадкові права і виселялися у несприятливі для життя регіони. Втім, головним елементом відповідальності при цьому була втрата соціальних зв'язків, сім'ї й інших форм соціалізації та існування індивіда. Виражаючи таке становище в більш пізніх поняттях, слід зазначити, що воно означало втрату правосуб'єктності через відсутність після покарання відповідного статусу свободи, громадянства та сімейного статусу, що іманентно означало *громадянську смерть*, яка в умовах маргінального існування могла швидко привести до втрати життя.

Значний рівень юридичної відповідальності передбачався за порушення статевої свободи та християнської моралі, особливо, коли це було пов'язано з категоріями населення, які мали обмежену правоздатність (актриси, повії, звідниці, вільновідпущеники, колони, незаконнонароджені та ін.) або при повній її відсутності (раби). Наприклад, декуріон, який був винний у статевих відносинах з рабинею, карався засланням на острови, а рабиня – в рудники. Тут, з позицій існуючої правової доктрини, ми бачимо подвійний злочин: 1) статеві відносини поза шлюбом, тобто грубий прояв розпусти; 2) незаконний зв'язок з фізичною істотою, яка після здійснення цього злочину втрачала навіть теоретичний шанс на manumissio. Рівень юридичної відповідальності вільної жінки за подібні правопорушення, тобто порушення норм імператорських конституцій доби християнізації римського права, був значно вищий, ніж чоловіків. Так, за законом Константина 326 р. жінка, яка вступила у статевий зв'язок з чужим чи власним рабом, несла відповідальність втратою життя. Натомість раб підлягав спаленню. Тобто відповідальність рабів мала обернено пропорціональний порядок. Раб за тотожний злочин підлягав кваліфікованому, а рабиня – звичайному покаранню. Таким чином, у законодавстві імператора Константина помітна одна принципова закономірність. По-перше, жінки, права яких значно зросли завдяки імператору Константину (С. 5.1.2; 5.3.15 та ін.), при вчиненні злочинів, пов'язаних з порушенням як правових приписів законодавця, так і норм християнської моралі, несли якісно вищого рівня юридичну відповідальність, а чоловіки, перш за все ті, що мали сімейний статус *paterfamilia,* права яких зазнали певних корекцій у напрямку їх обмежень чи втрати, несли відповідальність більш нижчого рівня: принаймні, вони не відповідали власним життям. Такий юридичний підхід передбачався не тільки в контексті вищеназваних тенденцій, але й випливав з відомих максим Святого письма та загальних положень християнської правової доктрини. По-друге, раби, які вперше за усю історію імперії стали об'єктами прояву до них незначних елементів гуманістичної нормативно-правової політики, *несли*, можна сказати, пропорційно змінам їх соціального становища і зростання форм manumissio юридичну відповідальність за порушення християнської моралі та класової етики значно вищого рівня, ніж особи, що відрізнялись від них за статусом свободи. Характерною особливістю ранньовізантійського права був значно вищий рівень відповідальності рабів, ніж в дохристиянському суспільстві. По-третє, якщо юридична відповідальність чоловіків різного статусу свободи мала протилежні вектори зростання, то рабиня та вільна жінка, відповідно до існуючої правової доктрини, фактично несли рівну юридичну відповідальність, попри діаметрально протилежний статус свободи. Питання щодо юридичної відповідальності рабині в постклясичний (римський) чи ранньовізантійський період (IV-V ст.) є складним і вимагає спеціального дослідження. Тут ми лише можемо зауважити, що раби завжди мали єдиний обов'язок: здійснювати спрямовану на них волю свого власника, але не мали жодних прав. За небезпечні для власників чи інших вільних осіб наслідки вони не несли кримінальної відповідальності, а просто без жодних юридичних процедур знищувались за волею рабовласника. В добу християнізації права ситуація зазнала певних змін [11, с.36-78]. Окрім того, унікальність Візантії полягала у тому, що особа притягувалась до юридичної відповідальності як за системою імператорського законодавства, так і за нормами канонічного права. Поява перших елементів правоздатності раба, очевидно, дає підстави використовувати до даної соціальної категорії поняття юридичної відповідальності. Причому законодавець передбачив, що рух до формування обмеженої правоздатності раба повинен корелюватись із зростанням юридичної відповідальності.

Імператор Константин Великий, попри значне поширення християнства у середовищі різних соціальних прошарків ранньої Візантії, очевидно, усвідомлював об'єктивні труднощі, які полягали, говорячи сучасною мовою, у складності адаптації античного суспільства, з відповідними ментальними стереотипами, світоглядними та ціннісними орієнтаціями, до нових суспільних умов. У зв'язку з цим, перш за все, йшлося про необхідність вре-

гулювання шлюбно-сімейної сфери суспільного буття відповідно до максим та вимог Святого Письма та християнського вчення, і позбутися аморальних явищ у сфері порушення статевої свободи, яка могла бути реалізована різностатевими суб'єктами відповідно до християнської правової доктрини та ціннісної парадигми лише у так званому matronimum'i – законному шлюбі.

Серед низки правових актів, виданих імператором Константином, що збереглись у Кодексі Феодосія та Кодексі Юстиніана, більша частина присвячена врегулюванню нагальних шлюбно-сімейних відносин. Через бажання першого християнського імператора щонайшвидше досягти християнського ідеалу щодо врегулювання шлюбних відносинах, значно зросла юридична відповідальність за порушення приватного та публічного права. Це пояснюється тим, що йдеться про суспільні відносини осіб, які регулювались не тільки нормативно-правовими актами, але й моральними приписами християнської Церкви. Цивільні правопорушення та кримінальні злочини, об'єктом яких були шлюбно-сімейні відносини й морально-етичні та природні, за християнською правовою доктриною, божественні права Людини, мета якої "обожнення плоті" (В. Соловйов), розглядалися як порушення Богом встановленого ладу.

1. Азаревич Д. И. История византийского права. Ч. 1. – Ярославль: Тип. Г. В. Фальк, 1876. – 118 с. 2. Бенеманский М. Прохирон. Вып. I. – Сергіевъ Посад, Тип. Св.-Тр. Сергіевой Лавры, 1906. – 556 с. 3. Боголепов Н. Учебник римского права. Пособие к лекциям. Изд. третье. – М., Унивеситет. тип., 1907. – 633 с. 4. Браун, П. Тіло і суспільство. Чоловіки, жінки і сексуальне зречення в ранньому християнстві. Пер. з англ. В.Т. Тимофійчука. – К., Мегатайп, 2003. – 520 с. 5. Бриллиантов А. И. Імператор Константин Великий и Миланский эдикт 313 г. – СПб, 2006. – 330 с. 6. Вальденберг В.Е. История византийской политической литературы в связи с историей философских течений и законодательства. – СПб, ДМИТРИЙ БУЛАВИН, 2008. – 536 с. 7. Гуляев А. Предбрачный дар в римском праве и в памятниках византийского законодательства: Исследование. – Дерпт: Тип. Шнакенбурга, 1891. – 156 с. 8. Дигесты Юстиниана / Перевод с латинского. Том I. – М. : "Статут", 2002. – 584 с. 9. Дождев Д.В. Римское частное право. – М., Издат. группа ИНФРА М – НОРМА, 1997. – 704 с. 10. Дячук Л.В. Шлюбні "табу" у візантійській правовій культурі // Про українське право. Збірка статей каф. теорії та історії держави і права. Число III // За ред. проф. І. Безклубого. – К., 2008. 11. Липшиц Е.Э. Право и суд в Византии в IV-VIII вв. – Л., Наука,1976. – 240 с. 12. Покровский И.А. История римского права. 4-е узд. – Пг.: Изд. юрид. кн. скл. "Право", 1918. – 430 с. 13. Рудоквас А. Д. О христианизации римского права в эпоху императора Константина Великого // Древнее право. – № 9. – М., 2002. 14. Соколов И.И. Усыновление и его отношение к браку в Византии и на современном греческом Востоке. Историческо-правовой очерк. – СПб, Синодальная тип., 1910. – 127 с. 15. Хвостов В. М. История римского права. – Пятое изд., исправл. и дополн. – М., Изд. Т-ва И.Д. Сытина, 1910. – 464 с. 16. Хрестоматія по институціямъ гражданского римскаго и исторіяг гражданскаго процесса (Переводъ). – К., Изд. Б-ки студентов-юристов при Киевскомъ Университете, 1903. – 66 с. 17. Щапов Я.Н. Прохирон в восточнославянской писменности // ВВ. – 1997. -№38. 18. Эклога. Византийский законодательный свод VIII вв. / Вступительная статья, перевод и комментарий Липшиц Е.Э. – М., Наука, 1965. 19. Ammiani Marcellini rerum gestarum., edidit W. Seyfart, Leipzig, 1978; Ammianus Marcellinus. Römische Geschichte. Bd 1 – 4. Berlin, 1968 – 1971; [Аммиан Марцеллин. Римская история. СПб, 1996]. 20. Bazilicorum libri LX: Series A (Textus). Groningen, 1953 – 1988. Vol. I – VIII. 21. Codex Justinianus. Ed. P. Krüger // Corpus Iuris Civilis, vol. II, Barolini, 1954. 22. Fontes juris romani Ed. C. G. Bruns. – Tubingae, MDCCCLXXIX. S. 107-108. 23. Zachariae von Lingenthal K.E. Geschichte des griechlich-romischen Rechts. – Berlin, 1892.

Надійшла до редколегії 23.09.10

С. Бобровник, канд. юрид. наук, проф.

КОНФЛІКТ ТА КОМПРОМІС В ПРОЦЕСІ РЕАЛІЗАЦІЇ ГРОМАДЯНАМИ ДЕЯКИХ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРАВ І СВОБОД

В статті аналізуються особливості використання конституційних прав та свобод в сучасних умовах розвитку Української держави. Досліджено природу юридичних конфліктів, що виникають в процесі реалізації прав громадян на участь у здійсненні правосуддя в якості присяжних засідателів, на свободу слова та на правову допомогу під час провадження по кримінальній справі. Пропонуються компромісні засоби по їх подоланню.

Ключові слова: права громадян, свобода слова, присяжні засідателі, правова допомога, юридичний конфлікт та компроміс.

В публикации исследованы особенности использования конституционных прав и свобод в современной практике Украины. Определена природа юридических конфликтов, возникающих в процессе реализации прав граждан на участие в осуществлении правосудия в качестве присяжных заседателей, на свободу слова и на правовую помощь в процессе производства по уголовным делам. Предлагаются компромиссные средства их преодоления.

Ключевые слова: права граждан, свобода слова, присяжные заседатели, правовая помощь, юридический конфликт и компромисс.

The author of the article analyses peculiarities of applying constitutional rights and freedoms under the current conditions of the Ukrainian state development. The research covers the essence of legal conflicts appearing in the process of the citizens' realizing the right to participate in administering justice as jurors. The work is also dedicated to the influence of the legal conflicts on freedom of speech and legal assistance while pleading a criminal case. There have been suggested compromise means of settling legal conflicts.

Key words: citizens' rights, freedom of speech, jurors, legal assistance, legal conflict and compromise.

Метою цієї публікації є дослідження форм прояву конфліктів в процесі реалізації громадянами України свободи слова, прав на участь у здійсненні правосуддя в якості присяжних засідателів та правову допомогу під час провадження по кримінальній справі. Обґрунтування шляхів знаходження компромісу як засобу подолання цих конфліктів.

Проблеми наукового аналізу правового статусу громадян, прав, свобод та законних інтересів були достатньо досліджені як радянськими, так і вітчизняними теоретиками права, конституціоналістами та представниками галузевої науки. У цьому зв'язку слід згадати наукові ідеї В.Д.Бабкіна, В.С.Бігуна, М.І.Козюбри, В.В. Копєйчикова, Н.М.Онищенко, І.В.Панової, В.Ф. Погорілка, П.М.Рабіновича, С.П.Рабіновича, О.Д. Тихомирова, Ю.С. Шемшученка.

Однак питання прояву конфліктів у процесі реалізації прав громадян та визначення правокомпромісних засобів їх розв'язання ще не були предметом наукового пошуку.

З практичної точки зору, реалізація права є складним і багатовимірним явищем правової дійсності, умовою прояву якого є соціальна активність суб'єктів права. Відповідно, реалізація права – це активне здійснення юридично закріплених і гарантованих державою можливостей, приведення їх в життя у діяльності людей і їх організацій [1, с. 315].

Необхідність розбудови громадянського суспільства і правової держави вимагає від юридичної науки всебічного дослідження різноманітних *правових конфліктів*, які формуються у процесі використання законного права громадянина.

Враховуючи поліваріативність і багатоаспектність *конфліктів*, які можливі в процесі використання прав

© Бобровник С., 2010

громадянами України, проведемо правовий аналіз реалізації ними прав, використання яких є, на наш погляд, найбільш конфліктним. Зокрема це:

- *використання права на інформацію;*
- *використання права на освіту;*
- *використання права на працю;*
- *використання права на свободу слова.*

Проаналізуємо природу *правових конфліктів* в сфері використання прав громадянами України більш детально, а також визначимо *правокомпромісні засоби* їх упорядкування.

У всьому ***світі право громадян на участь у здійсненні правосуддя*** вважається одним з найпрогресивніших результатів практичної реалізації концепції взаємодії державної влади і громадянського суспільства. Незважаючи на відмінності, які притаманні правовим формам реалізації вказаного права в тій чи іншій державі світу на національному рівні, на початку XXI століття у практиці більшості країн Європейського Союзу і Сполучених Штатах Америки законодавство закріпило спеціальний інститут реалізації вказаного права – *інститут присяжного засідателя*. Найбільш поширеним в юриспруденції альтернативним варіантом його назви є термін "суд присяжних".

У 1996 році норми Конституції України закріпили створення в Україні суду присяжних засідателів. У Розділі VIII Основного Закону "Правосуддя" частиною 4 статті 124 закріплено, що народ безпосередньо бере участь у здійсненні правосуддя через присяжних засідателів [2]. В частині 1 статті 127 і в частині 2 статті 129 також встановлено, що присяжні можуть здійснювати правосуддя лише у визначених законом випадках на рівні з професійною колегією суддів і суддею одноособово. Конституція остаточно визначила існування у судовій системі України суду присяжних і на найвищому рівні надала всесвітньо визнане право кожному громадянину брати участь у здійсненні правосуддя як одній з найбільш соціально значущих форм реалізації державної судової влади.

Закон України "Про судоустрій і статус суддів" від 07.07.2010 р. № 2453-VI (далі – Закону) деталізував вказані вище положення Конституції України [3]. Так, у Главі 3 Закону, яка має назву "Народні засідателі та присяжні" визначено, що присяжним засідателем визнається громадянин України, який у випадках, передбачених процесуальним законом, залучається до здійснення правосуддя (стаття 63). Крім того, у законі регламентовано деякі складові правового статусу присяжного засідателя. Так, встановлено гарантії продовження трудового стажу особи на час виконання обов'язків присяжного засідателя, збереження всіх пільг, що передбачені законодавством і неможливість його звільнення з роботи або переведення на іншу роботу без особистої згоди на час виконання ним обов'язків у суді (частина 2 статті 62 Закону).

Окрім Закону України "Про судоустрій і статус суддів" від 07.07.2010 р. № 2453-VI [3] в національній системі законодавства, існує ще один підзаконний нормативно-правовий акт, який регламентує низку організаційно-технічних аспектів використання права громадян України на участь у здійсненні правосуддя, – Постанова Кабінету Міністрів України "Про затвердження Порядку виплати винагороди та відшкодування витрат на проїзд і наймання житла, виплати добових народним засідателям і присяжним за час виконання ними обов'язків у суді" від 11.10.2002 р. № 1506 [4]. Постанова детально регулює питання зазначені в назві. Так, у ній встановлено, що присяжні, тимчасово звільнені за основним місцем роботи на час виконання обов'язків у суді, подають до суду довідку про звільнення від роботи та довідку про розмір середньомісячної заробітної плати за останні два місяці, що передують залученню працівника до виконання обов'язків у суді. Середньомісячна заробітна плата громадянину на час виконання обов'язків присяжного нараховується у порядку, встановленому постановою Кабінету Міністрів України від 8 лютого 1995 р. № 100 "Про затвердження Порядку обчислення середньої заробітної плати" [5]. Крім того, присяжні тимчасово не отримують заробітну плату за основним місцем роботи за час виконання обов'язків у суді, а якщо перебувають на пенсії, то подають до суду довідку про розмір пенсії, видану органом Пенсійного фонду за місцем проживання. В разі якщо присяжні на час виконання обов'язків не працюють, то вони зобов'язані подати до суду трудову книжку. Розмір винагороди народним засідателям і присяжним за час виконання ними обов'язків у суді обчислюється шляхом множення середньоденного заробітку (пенсії) на кількість днів, протягом яких присяжний виконував обов'язки у суді. Розмір середньоденного заробітку (пенсії) обчислюється шляхом ділення середньомісячної заробітної плати чи пенсії на кількість робочих днів (при нормальній тривалості робочого часу) місяця, в якому проводиться судове засідання. У разі коли народний засідатель чи присяжний на момент виконання обов'язків у суді тимчасово не працює, нарахування винагороди провадиться виходячи з розміру посадового окладу судді відповідного суду (в розрахунку на день).

Виплата винагороди народним засідателям і присяжним за час виконання ними обов'язків у суді повинна здійснюватися судом за рахунок коштів державного бюджету згідно з кошторисом відповідного суду. Відшкодування витрат на проїзд і наймання житла, виплата добових народним засідателям і присяжним провадяться у розмірах, установлених Кабінетом Міністрів України для відряджень у межах України.

Разом з тим, правові положення висвітлені вище, на сьогодні мають ознаки формально-діючого нормативно-правового акту. Справа в тому, що зазначені норми практично не можна реалізувати внаслідок відсутності у законодавстві положень, котрі передбачають підстави і порядок залучення особи в якості присяжного до здійснення правосуддя (тобто фактично норми не існує). Відповідно, регуляторний потенціал відповідних нормативно-правових актів в частині забезпечення громадянину реалізації права на участь у судочинстві в якості присяжного засідателя, реалізуватися об'єктивно не може.

Слід також звернути увагу на те, що зміст вже згадуваної нами статті 63 Закону України "Про судоустрій і статус суддів" від 07.07.2010 р. № 2453-VI [3] закріплює положення, згідно з яким особа залучається до участі у якості присяжного засідателя за наявності підстав, передбачених процесуальним законом. Такий бланкетний спосіб викладення норми права у відповідній статті законодавчого акту за логікою речей передбачає формальне закріплення таких підстав у іншому законодавчому акті процесуального права. У свою чергу, такого акту (положень акту) в системі національного законодавства України не існує, а відповідно – відсутні правові підстави залучати осіб у якості присяжних засідателів до відправлення правосуддя. Дана *прогалина у законодавчому забезпеченні* порядку реалізації права громадянина брати участь у правосудді в якості присяжного засідателя є ***внутрішнім правовим конфліктом***. ***Конфлікт в даному разі проявляється у межах правової сфери використання громадянами передбаченого Конституцією України права брати участь у здійсненні правосуддя.*** Відповідно, право громадянина на

участь у здійсненні правосуддя в якості присяжного засідателя не забезпечено законодавчо визначеним механізмом реалізації.

Від дня набрання чинності Конституції України пройшло вже чотирнадцять років, а інституту суду присяжних засідателів в національній правовій системі України реально засновано не було. Відтак, ***конституційне право громадян України на участь у здійсненні правосуддя в якості присяжних засідателів не реалізовується і залишається фікцією.*** Законодавець більш ніж за десять років після прийняття Конституції України не прийняв жодного законодавчого акту, який би спеціально вирішував питання заснування нової для незалежної України форми відправлення правосуддя. Спираючись на викладене вище, *правокомпромісним засобом урегулювання стану конфліктності процесу використання права на участь у здійсненні правосуддя в якості присяжного засідателя* є внесення відповідних змін до чинного законодавства в частині визначення підстав залучення громадян до здійснення правосуддя.

Відчутний конфліктний резонанс має також ***використання громадянами України права на свободу думки і слова***, на вільне вираження своїх поглядів, переконань, яке гарантовано статті 34 Конституції України [2].

Зміст свободи думки і слова полягає у тому, що ніхто не може заборонити людині дотримуватися своїх думок, певним чином відображати об'єктивну дійсність у своїх уявленнях та публічно висловлювати ці матеріалізовані в мові відображення, в тому числі як погляди і переконання [6, с. 159]. Різноманітні аспекти реалізації цього права, а також соціально-правові наслідки його захисту неодноразово були в центрі уваги політиків, науковців та різних категорій спеціалістів у сфері захисту прав і свобод людини.

Слід зауважити, що використання права на свободу думки і слова ускладнюється перш за все, не досить чітким і конкретним власним формулюванням і тому вимагає певного роз'яснення.

По-перше, за допомогою законодавства або інших юридичних засобів неможливо дозволити чи заборонити думку як таку, врегулювати процес появи, зміни або ж зникнення думок в індивідуальній свідомості кожної особи. Відповідно, припис статті 34 Основного Закону [2] стосується не будь-якої думки, а лише тієї, яку вже виражено назовні, об'єктивовано шляхом певної фізичної поведінки [7, с.187]. Лише така думка здатна зачіпати інтереси інших учасників суспільних відносин і, таким чином, набувати соціального значення. Право на свободу слова і вільне вираження поглядів санкціонує право людини на вільний вияв своїх думок, зокрема тих, які є поглядами і ідеологічними переконаннями (останні можуть при цьому стосуватися будь-яких сфер: зовнішньої політики, державної влади, економічних процесів, освіти і культури, розвитку законодавства тощо).

По-друге, оскільки, крім поглядів та переконань, існують також інші форми мислення, то право на свободу думки стосується вираження й інших його "продуктів": раціоналізованих почуттів, установок, орієнтацій, концепцій, теорій тощо.

По-третє, зазначене право охоплює можливість використання будь-яких засобів вираження думки – як традиційних (усних, письмових, образотворчих та ін.), так і сучасних технічних (в тому числі й засобів масової інформації).

У практичній площині використання цього права може бути досить *конфліктним* по характеру і наслідкам. В даному аспекті слід відзначити, що головною причиною можливого *правового конфлікту* при використанні права на свободу думки і слова є нехтування або перевищення обмежень, які встановлюються для реалізації зазначеного права. Частина 3 статті 34 Конституції України [2] передбачає, що "здійснення цих прав може бути обмежене законом в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення, для захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя". Наведена частина коментованої статті присвячена характеристиці тих підстав, за яких закріплені у ній права можуть бути обмежені державою. Стосовно інших обмежень прав людини і громадянина, то Конституцією України передбачено, що такі обмеження можуть встановлюватися виключно на законодавчому рівні та мають бути офіційно-закріпленими в актах національного права.

Всі підстави для обмеження права на свободу думки і слова, перелічені у наведеному вище формулюванні, можна поділити на три групи: а) загальносоціальні – забезпечення громадського порядку, запобігання заворушенням чи злочинам, охорона здоров'я населення; б) особистісні – захист прав, зокрема ділової репутації, інших людей; в) політичні – інтереси національної безпеки, територіальної цілісності, підтримання авторитету і неупередженості правосуддя, запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно. Майже всі ці підстави передбачено також у найважливіших міжнародно-правових актах з прав людини, зокрема у Міжнародному пакті про громадянські і політичні права від 16.12.1961 р. [8], Європейській конвенції про захист прав людини та основних свобод від 04.11.1951 р. [9]. До того ж права, закріплені у першій і другій частинах статті 34 Конституції України [2], можуть обмежуватись законом виключно за наявності лише тих підстав, які тут зазначені. Будь-які інші обставини, мотиви не можуть бути причиною або приводом обмежень даних прав. Враховуючи аксіоматичність останнього твердження, можна на багатьох конкретних прикладах ілюструвати *правову конфліктність* використання права на свободу думки і слова. Проаналізуємо один з найбільш резонансних і суперечливих за сутністю прикладів, який мав місце в новітній історії України.

Так, 28.11.2006 р. було прийнято Закон України "Про голодомор 1932-1933 років в Україні" № 376-V [10] (далі – Закон). Закон визначає, що Голодомор 1932-1933 років в Україні є геноцидом Українського народу. Разом із тим, стаття 2 цього акту встановлює, що "публічне заперечення Голодомору 1932-1933 років в Україні визнається наругою над пам'яттю мільйонів жертв Голодомору, приниженням гідності Українського народу і є протиправним". Отже, закон, визначивши, що заперечення Голодомору є протиправним, створив правові підстави для встановлення в майбутньому адміністративної і (або) кримінальної відповідальності за заперечення фактів Голодомору 1932-1933 років.

З юридичної точки зору закон, фактично, заборонив особам висловлювати власну думку стосовно вірогідності фактів Геноциду українського народу, в тому числі й у межах професійної, наукової чи ділової дискусії. В додаток до наведеного вище слід зауважити, що враховуючи положення частини 3 статті 34 Конституції України [2] для визнання протиправним висловлювання власної точки щодо заперечення Голодомору, відсутні юридичні підстави. Незважаючи на це, висловлювання з зазначеного приводу формально визнаються в Україні протиправним діянням, а відповідно – в положенні статті 2 Закону встановлено штучний правообмежую-

чий чинник щодо вільного використання права на свободу слова. Це, у свою чергу, є причиною ***правового конфлікту при використанні законного права особи на свободу слова, коли гарантована законом правова можливість висловити власну точку зору і переконання з приводу Голодомору зіштовхується з законодавчо передбаченою протиправністю можливого судження людини стосовно тих чи інших історичних фактів.***

Визнаючи величезні втрати, які зазнав український народ під час Голоду 1932-1933 рр., а також враховуючи те, що на сьогодні остаточно не з'ясовано і не досліджено повноцінну історичну картину Голоду на Україні 1932-1933 р. ми пропонуємо внести зміни у статтю 2 Закону України "Про голодомор 1932-1933 років в Україні" від 28.11.2006 р. № 376-V [10] в частині виключення положення стосовно протиправності публічних висловлювань щодо заперечення Голодомору 1932-1933 рр. на Україні. Це значно знизить "реакційність" закону, а також виключить виникнення конфліктних ситуацій, які можуть спіткати громадянина при використанні права на свободу слова в Україні.

Однією з найбільш масових системних проблем у сфері використання прав громадянами України є численні складнощі використання ***права на одержання безоплатної правової допомоги***. Особливої актуалізації це набуває в сфері регулювання публічних кримінально-процесуальних відносин, на стадіях досудового слідства і судового розгляду справи.

З практичної точки зору, при реалізації зазначеного вище права, виникає низка конфліктних моментів які потребують детального висвітлення. Зокрема, зупинимось на деяких з них:

1) конфліктність використання права одержання безкоштовно послуг правової допомоги деякими категоріями неповнолітніх учасників кримінального процесу;

2) конфліктність реалізації кримінально-процесуальної дієздатності неповнолітнього учасника кримінального процесу.

Конфліктність використання права на одержання безкоштовно послуг правової допомоги. У більшості випадків громадяни України, після залучення їх в якості учасників до кримінального процесу, використовують право на одержання правової допомоги за власний рахунок (шляхом оплатного користування послугами адвоката чи приватного захисника за договором). Натомість особлива проблематика простежується, коли право на одержання безоплатної правової допомоги намагається використати громадянин України, який не досяг 18-ти річного віку (неповнолітній) і який підозрюється чи звинувачується у вчиненні злочину.

Законодавство України містить окремі розрізнені положення, які регулюють питання використання права особи на одержання безкоштовної правової допомоги. Зокрема, стаття 59 Конституції України гарантує громадянинові використання права на безоплатну правову допомогу у випадках, що встановлені законом. У площині кримінально-процесуальних відносин це має форму користування послугами адвоката чи захисника. Пунктами 1, 6 ч. 1 статті 45 Кримінально-процесуального кодексу України (далі – КПК України) [11] визначають, що участь захисника при провадженні дізнання, досудового слідства і в розгляді кримінальної справи в суді першої інстанції є обов'язковою у справах осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні злочину у віці до 18 років, – з моменту визнання особи підозрюваною чи пред'явлення їй обвинувачення, а також при провадженні у справах про застосування примусових заходів виховного характеру – з моменту першого допиту неповнолітнього чи з моменту поміщення його у приймальник-розподільник. Дане положення цілком відповідає змісту п. d) статті 37 Конвенції ООН "Про права дитини" від 20.11.1989 р. [12], у відповідності до якої кожна позбавлена волі дитина має право на негайний доступ до правової та іншої відповідної допомоги. Пленум Верховного Суду України у п. 2 Постанови "Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх" від 16 квітня 2004 року № 5 також вказав на те, що при розслідуванні і розгляді справ про злочини неповнолітніх останнім має бути реально забезпечено їхнє право на захист [13]. Це право неповнолітні можуть використовувати за державний рахунок.

Разом з тим, національне кримінально-процесуальне законодавство не передбачає можливості використання права на правову допомогу іншим категоріям неповнолітніх громадян, які залучаються до кримінального процесу не в статусі підозрюваного чи звинуваченого. Відповідно, особа, яка залучена до процесу в статусі свідка чи потерпілого і якій на момент проведення слідчих дій не виповнилося 18 років залишається без правової допомоги з боку держави, яка не бере на себе зобов'язання забезпечити використання нею цього права. За умов такої ситуації, неповнолітня (недієздатна) особа може бути змушена користуватися послугами адвоката за власний кошт за умови їх наявності. У противному випадку, використання нею права на безоплатну правову допомогу значно ускладнюється. Це вказує на ***конфліктність*** положень законодавства, що регламентує використання неповнолітнім громадянином права на правовому допомогу у разі його залучення до кримінального процесу. Слід зазначити, що у юридичній науці України обґрунтовувались точки зору щодо доцільності закріплення у КПК права інших категорій неповнолітніх на правову допомогу з боку держави незалежно від процесуального статусу під час провадження у справі (неповнолітній може бути свідком чи потерпілим). Наприклад, Т.В. Омельченко пропонував покласти на державні органи виконавчої влади (наприклад, службу у справах неповнолітніх тощо) обов'язок забезпечити участь адвоката з метою надання правової допомоги всім категоріям неповнолітніх, які були залучені до кримінальної справи незалежно від процесуального статусу [14, с.140]. Безумовно, це буде реалізовуватися у випадку відсутності батьків, близьких родичів, усиновителів, опікунів, піклувальників, представників установ і організацій, на піклуванні яких перебуває неповнолітній, посадові особи зобов'язані забезпечити участь адвоката як представника. *Ми підтримуємо дану пропозицію і вважаємо доцільним внести відповідні зімни до КПК України, що буде правокомпромісним засобом упорядкування цього правового конфлікту.*

Конфліктність реалізації кримінально-процесуальної дієздатності неповнолітніх учасників кримінального процесу. Ще однією важливою практичною проблемою використання неповнолітньою особою в статусі підозрюваного чи обвинуваченого права на правову допомогу у формі надання послуг захисника чи адвоката є невизначеність кримінально-процесуальної дієздатності громадянина. Чинне законодавство хоча і не містить поняття кримінально-процесуальної дієздатності, але в деяких випадках це припускає. Наприклад, відповідно до статті 45 КПК України [11] участь захисника при провадженні дізнання, досудового слідства й при розгляді кримінальної справи судом обов'язкова у справах осіб, підозрюваних чи обвинувачених у скоєнні злочину у віці до 18 років. До того ж, відповідно до статей 166, 171, 437 КПК

України [11] неповнолітній обвинувачений, свідок, потерпілий викликається до органу дізнання, слідчого, прокурора, суду через законних представників.

Поряд із наведеним вище, КПК України [11] передбачає для певних суб'єктів процесу, зокрема, підозрюваного й обвинуваченого, право вільного вибору захисника своїх прав (ч. 2 статті 43 КПК України [11]). Однак відсутність законодавчого визначення моменту, з якого неповнолітній підозрюваний чи обвинувачений набуває процесуальної дієздатності, не дозволяє однозначно дати відповідь на запитання: чи має право неповнолітній самостійно (не тільки обвинувачений, але і потерпілий та ін.) укладати угоду про надання правової допомоги, або це прерогатива їхніх законних представників.

На думку Г.М. Омельяненко, захисника для участі в справі може запросити сам неповнолітній, його батьки чи інші законні представники [15, с. 24]. Дане положення підтримує і Т.В. Омельченко, який зауважує, що хоча така позиція і не суперечить чинному законодавству, але не враховує можливість колізії інтересів неповнолітнього і законного представника [14, с.140].

Таким чином, з наведеного вище можна стверджувати, що використання законного права особи на правову допомогу неповнолітньою особою, яка є суб'єктом кримінального процесу, супроводжується ***правовим конфліктом, в основі якого є законодавча недосконалість (прогалина)***.

Крім того, використання вказаного права має ще один суперечливий аспект. З огляду на те, що укладання угоди про надання правової допомоги не регламентується кримінально-процесуальним законодавством, питання про її самостійне укладання неповнолітнім (за умови будь-якого процесуального статусу окрім підозрюваного чи обвинуваченого) необхідно вирішувати в залежності від наявності чи відсутності в нього повної цивільної дієздатності. Якщо неповнолітня особа відповідно до цивільного законодавства вправі здійснювати тільки дрібні побутові правочини, то можливість укладання угоди про надання правової допомоги є не її прерогативою. Річ у тім, що угода про надання послуг адвокатом не є правочином, а отже не може здійснюватись самостійно неповнолітньою особою. Відповідно, єдиною особою, що може на законних підставах укласти відповідну угоду від імені неповнолітнього учасника процесу є законний представник і це зафіксовано імперативною нормою статті 47 КПК України [11]. Водночас постає питання, що робити у випадках коли неповнолітня особа набула повної цивільної дієздатності раніш, аніж їй виповниться 18 років (приміром у порядку, передбаченому статями 34, 35 Цивільного кодексу України у зв'язку з реєстрацією шлюбу [15])? Отже, особливого значення для використання права на правову допомогу набуває проблема невизначеності моменту настання кримінально-процесуальної дієздатності неповнолітнього учасника кримінального процесу.

Правокомпромісним засобом упорядкування цього правового конфлікту є внесення змін до діючого КПК України, у відповідності до яких буде чітко встановлено порядок вибору адвоката законними представником для надання правової допомоги неповнолітньому учаснику кримінально-процесуальних відносин.

Встановлено, що одним з вагомих чинників виникнення конфліктів при використанні суб'єктивних прав є ***низька якість змісту правового акту і неузгодженість положень різних актів системи національного законодавства між собою***.

В Україні діють акти, в яких формулюються права людини, і в той же час закладається потенціал неефективності механізмів контролю за їхньою реалізацією, охороною і захистом. Так, використання права (в суб'єктивному значенні) має форму процесу реалізації змісту диспозиції уповноважуючої норми, яка закріплює те чи інше суб'єктивне право особи чи громадянина. Проте такі недосконалості національної системи законодавства як, зокрема, правові ***прогалини та колізії*** вносять деструкцію у процес використання деяких прав громадянами України, що вказує на ***конфліктність*** самої сфери використання права.

Ураховуючи наведені висновки та проведений аналіз виявлено *правокомпромісні засоби упорядкування конфліктів*, а також доведено, що найефективнішим *правокомпромісним засобом упорядкування правових конфліктів* у сфері використанні права є правотворча діяльність, зокрема, прийняття нових процедурних норм, які допоможуть суб'єктам права використовувати у повному обсязі їх права.

1. Теория государства и права. Учебник для юридических вузов и факультетов. С.С. Алексеев, Архипов С.И., Корельский В.М., Леушин В.И., Перевалов В.Д. – М., 1998 – 456 с. 2. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996 р.– № 30. – статті 141. 3. Закон України № 2453-VI "Про судоустрій і статус суддів" від 07.07.2010 р. // Офіційний вісник України. – 2010.– № 55/1/. – Статті 1900. 4. Постанова Кабінету Міністрів України № 1506 "Про затвердження Порядку виплати винагороди та відшкодування витрат на проїзд і наймання житла, виплати добових народним засідателям і присяжним за час виконання ними обов'язків у суді" від 11.10.2002 р. // Офіційний вісник України. – 2002 р. – № 42. – Статті 1930. 5. Постанова Кабінету Міністрів України № 100 "Про затвердження Порядку обчислення середньої заробітної плати" від 08.02.1995 р. // Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=100-95%EF&p=128707228446228 6. Хавронюк М.І. Конституція України. Офіційний текстатті Коментар законодавства України про права та свободи людини і громадянина: навч. посібн. / Хавронюк М.І. – К.: Видавництво А.С.К., 2003. – 384 с. 7. Конституція України: Науково-практичний коментар / В. Я. Тацій, В. Б. Аверянов, Ю. В. Баулін та ін.; за ред. В. Я. Тація. – Х.: Видавництво "Право"; Концерн "Видавничий Дім Ін Юре", 2003. – 808 с. 8. Международный Пакт о гражданских и политических правах от 16.12.1966 г. // Блатова Н.Т. Международное право в документах: учебное пособие / Н.Т. Блатова, Г.М. Мелков.– М., 2002. – С. 117-134. 9. Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод от 04.11.1950 г. // Блатова Н.Т. Международное право в документах: учебное пособие / Н.Т. Блатова, Г.М. Мелков. – М.: 2002. – 824 с. 10. Закон України "Про голодомор 1932-1933 років в Україні" від 28.11.2006 р. № 376-V // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 50.– Статті 504. 11. Кримінально-процесуальний кодекс України введений в дію 01.04.1961 р. Законом Української Радянської Соціалістичної Республіки від 28.12.1960 р. "Про затвердження Кримінально-процесуального кодексу Української РСР" // Відомості Верховної Ради України. – 1961. – № 2. – Статті 15. 12. Постанова Верховної Ради України № 789-XII від 27.02.1991 р. "Про ратифікацію Конвенції про права дитини" (Конвенція додається) // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 13. – Статті 145. 13. Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 16 квітня 2004 року № 5 // Вісник Верховного Суду України. – 2004. – № 5. – С. 4-8. 14. Омельченко Т.В. Конституційне право особи на правову допомогу і його реалізація на досудових стадіях кримінального процесу: дис. …канд. юрид. наук: 12.00.09 / Т.В. Омельченко; Нац. ун-т. внутр. справ. – Х., 2004. – 216 с. 15. Омельяненко Г. М. Провадження у справах про злочини неповнолітніх як диференціаія кримінально-процесуальної форми. – К.: Атіка, 2002. – 128 с. 16. Цивільний кодекс України № 435-IV від 16.01.2003 // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40 – 44. – Ст. 356.

Надійшла до редколегії 23.09.10

Ю. Цвєткова, канд. юрид. наук

ДЕЯКІ ПРИКЛАДИ ВІЗАНТІЙСЬКОГО ВПЛИВУ НА ФОРМУВАННЯ УКРАЇНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ ТРАДИЦІЇ

Стаття присвячена аналізу норм візантійського прав, які через Кормчі книги потрапили на територію Київської Русі, вплинули її правову традицію та сформували правову систему сучасної України.
Ключові слова: візантійське право, правова система.

Статья посвящена анализу норм византийского права, которые через Кормчи книги попали на территорию Киевской Руси, повлияли на ъъ правовоу традицию и сформировали правовую систему современной Украины.
Ключевые слова: византийское право, правовая система.

The article is dedicated to the analysis of the Byzantium law' norms, which appears in Kievan Rus territory as Kormcha books, have made influence at its legal tradition and have formed modern Ukraine' legal system.
Key words: Byzantium law, legal system.

На межі другого та третього тисячоліття Україна отримала можливість розбудовувати свою державність, що одночасно призвело до появи перед нею проблеми своєрідного трівіуму: де знаходиться українське коріння та де здійсніться українське майбутнє. Уряд України декларує інтеграційно-європейські наміри, але виникає питання, чи дійсно за своїм розвитком в різних сферах суспільного буття українська традиція має спільне з країнами Європи коріння?

Однією з найважливіших ознак держави є її правова система. Загальновідомо, що правова система переважної більшості європейських країн створена зі значним впливом римського права.

Протягом свого історичного розвитку внаслідок комплексу історичних та політичних факторів, майбутня Україна в зв'язках з Римською імперією здебільшого мала стосунки з її східною частиною, яка перетворилася на Візантійську імперію. Правова система Візантії беззаперечно грунтувалася на римський класичній правовій традиції, отже, визначивши вплив візантійської правової системи на формування української правової традиції, ми тим самим встановимо зв'язок між правовими системами України та Римської імперії, а через останню – з країнами Європи.

Перші значні та систематичні контакти Візантійської імперії з нашою державою почалися за часів створення централізованої Київської Русі і досягли апогею у період з кінця X до початку XII століть. Ідея впливу Візантійської імперії на Київську Русь не нова і розглядається дослідниками в різних аспектах, зокрема, культурному, політичному, релігійному тощо. Дослідженню правового впливу Візантії на Київську державу присвячені монографії та статті таких відомих науковців як А.С. Павлов, В.Н. Бенешевич, Я.Н. Щапов, Л.В. Мілов, Ф. Дворнік, Є.Харитонов, В.Я Петрухін, А.А. Турілов та інших. Однак залишається невизначеним які правові норми, поняття та принципи Візантійської імперії потрапивши на територію Київської Русі збереглися протягом віків та увійшли до правової системи сучасної України. Саме вирішенню цієї задачі буде присвячене дане дослідження.

Внаслідок прийняття християнства "з рук" візантійського патріарха, та наявності наприкінці X ст. власної правової традиції на базі звичаєвого та княжого права, найбільшого впливу візантійського права зазнали ті галузі та інститути права Київської Русі, які мали безпосереднє відношення до церковної юрисдикції. За ініціативою вищої церковної адміністрації Київської Русі на її територію були привезені численні писемні джерела, що були необхідні для повноцінного функціонування новоствореної церкви. До таких джерел належали ритуальні тексти, християнсько-філософські твори та візантійські збірки правових норм [25]. Серед усіх джерел права Візантійської імперії, які повністю чи частково потрапляли на територію Київської Русі, одним з найзначніших можна вказати Номоканони – комплексні збірки з джерел церковного та світського права створені такими відомими церковними діячами Візантії як Іоанн Схоластик та патріарх Фотій. Доповнені різними правовими нормами вітчизняного та іноземного походження ці збірки отримали в місцевій традиції назву Кормчі книги і в багатьох списках та редакціях протягом віків регламентували усі церковні та деякі інститути світського права. Найстарішою з відомих сучасним дослідникам є Єфремівська Кормча, яка датується кінцем XI – початком XII ст. та містить в собі фотієвський Номоканон з 14 титулів, фрагменти Родоського морського закону, Землеробського закону Юстиніана, Еклоги, Прохірону, Новел з Corpus Juris Civilis [27] – тобто, елементи найзначніших джерел церковного та світського права Візантійської імперії, створених до X століття. Наявністю такого унікального представництва правових норм Візантії на території Київської Русі можна пояснити увагу дослідників до Єфремівської Кормчої, аналіз правових норм якої дозволяє визначити деякі особливості розвитку правової системи Київської Русі після появи тенденцій впливу на неї з боку візантійського права.

За загальними правилами Християнської церкви, весь світ був розподілений між п'ятьома патріархатами, а новостворені митрополії та єпископства повинні були підпорядковуватися тим патріархатам, якими вони створювалися. Проте і самі патріархати проводили свою місіонерську діяльність відповідно до розподілу територій між собою, отже, новостворена митрополія Київської Русі підпорядковувалася патріарху Константинополя, що й обумовило появу на теренах нашої держави джерел візантійського права. Однак, цікаво зазначити, що з прийняттям християнства від Візантії, серед населення Київській Русі мали місце антивізантійські настрої, що також було одним з вирішальних чинників у складному процесі взаємин двох держав та діалектичних особливостях впливу візантійського права на формування місцевої правової традиції.

Правовими нормами Єфремівської Кормчої визначалася адміністративна структура церкви Київської Русі. Зокрема, цікавим можна зазначити відсутність у Кормчій норм, які мали регламентувати призначення митрополита. Це свідчить про поширення практики призначення митрополитів Київської Русі в імперативному порядку з Константинополя. Отже, обрання місцевим собором на посаду митрополита Іларіона для Церкви Київської Русі XI ст. [17] можна визнати першим прецедентом такого роду. Сам факт поставлення Іларіона з одного боку порушив вже закріплену рішеннями останніх Вселенських Соборів зазначену традицію призначення митрополита патріархом, а з іншого боку може бути сприйнятий як відлуння папської революції в Західній Європі, в ході якої світські правителі боролися за інвеституру. Поставлення Іларіона є не єдиним прикладом подібної боротьби, зокрема, Ізяслав Ярославич повернув патріарху право призначати митрополита Ки-

© Цвєткова Ю., 2010

ївського [7, 228], але вже Ізяслав Мстиславич у 1147 р. скликавши на собор шість єпископів доручив їм висвятити нового митрополита Климента Смоленського власноруч, навіть не повідомляючи про це патріарха. Патріарх не зміг подолати такого обмеження своїх прав та зміг лише надіслати схвальні листи Нифонту, єпископу Новгорода, який засудив поставлення Климента [7, 298]. Отже, на відміну від Західної Європи, в Київській Русі боротьба за інвеституру закінчилася яскравою перемогою цезаропапизму, що пізніше буде неодноразово підтверджуватися у взаєминах світської та релігійної влади.

Щодо призначення інших посадових осіб та санів, то з найдавніших часів існування християнської церкви поставлення єпископа потребувало колегіального рішення декількох єпископів. З часом, у зв'язку з поширенням християнства, відбувається еволюція цієї норми та поступово збільшується мінімальна кількість єпископів, згода яких необхідна для легітимності поставлення, та вводяться додаткові обмеження, що знайшло своє відбиття й у нормах Єфремівської Кормчої. Так, найстаріша правова норма з Апостольських правил [1, 62] стверджує, що для поставлення єпископа необхідна згода двох чи трьох єпископів, але вже на І Вселенському соборі, вказується, що найкраще, коли єпископа поставляють усі єпископи місцевого округу, як мінімум троє, а ті з єпископів, що не можуть бути особисто присутні, мають письмово погодитися на кандидатуру нового єпископа [1, 84-85]. Письмовий спосіб фіксування юридичних фактів використовується й зараз і традиційно вважається більш надійним та підвищує рівень правової захищеності сторін.

Традиція застосовувати показання трьох свідків підтримується й іншим каноном, який встановлює, що для визнання звільнення раба, волевиявлення його господаря повинно бути засвідчено мінімум трьома свідками [1, 194].

Закріплені у Кормчій норми, що для підтвердження важливої події необхідно два, а краще три свідка, згодом перейшла й до правових норм світського законодавства – вже в XIV ст. в Псковській судній грамоті було зафіксовано, що обшук та обвинувачення повинні проводитися при двох – трьох свідках [21]. В сучасному адміністративному та кримінальному праві так само закріплений інститут мінімум двох понятих, який залучають при проведенні оперативних та слідчих дій [10].

Хоча елементи вищезазначеної норми поставлення єпископів, як ми бачимо, й закріпилися на території Київської Русі, але сама візантійська традиція цих поставлень викликала опір. На відміну від Візантії кінця І – початку ІІ тис., де поставлення відбувалося імперативно, на території Київської Русі остаточно кандидатуру єпископа затверджував митрополит [24], але обирали кандидата проміж себе пресвітери єпархії за участю представників місцевої світської адміністрації та громади [16], підтримуючи таким чином традицію перших століть поширення християнства, коли у виборах церковних діячів брала участь вся громада [20], що не можна не сприймати як ознаку демократичності. Отже, ми бачимо, що навіть у таких, здавалося б, беззаперечних питаннях визначення представників церковної адміністрації, правові норми Візантійської імперії тільки впливали на формування місцевої правової традиції, а не сприймалися суцільно та беззаперечно.

Вказана вище норма була не єдиною нормою візантійського права, яка викликала проблеми у застосуванні внаслідок більшої демократичності місцевого суспільства порівняно з візантійським. Так, за правовими нормами Єфремівської Кормчої єпископ, який прийняв хіротонію, зобов'язаний поїхати у довірену йому єпископію, інакше він буде відлучений від церковного спілкування до тих пір, поки не погодиться прийняти служіння, або доки помістний собор не прийме рішення щодо його долі. В якості виключення з цього правила вказується випадок несприйняття цього єпископа громадою [1, 260], що практично не траплялося на території Візантії, однак часто мало місце у Київській Русі.

Церковні ієрархи приділяли увагу цій нормі не безпідставно: питання прийняття громадою єпископа завжди було дуже проблемним для церкви, адже кожне подібне "несприйняття" завдавало удару її репутації та авторитету. На території Київської Русі не унікальні були випадки, коли мешканці міст та цілих князівств не сприймали призначеного їм князя [19], і дуже часто перемагали в подібних конфліктах, не дивлячись на наявність у князів можливостей застосувати каральні засоби. Ситуація з церковними ієрархами не була більш м'якою: як вже було зазначено, громади часто брали участь у виборі єпископів, а, отже, й частіше проганяли імперативно призначених, наприклад, в Ростові населення тричі поспіль виганяло призначених в місто єпископів – візантійців [14]. Своєрідним аналогом цього правила в системі права сучасної України є взаємини органів місцевого самоврядування та голів МДА, зокрема, затверджена в конституційному праві норма, що голову МДА може бути позбавлено його посади за рішенням двох третин голосів Ради місцевих депутатів [6].

Разом з нормами церковного права візантійських збірок на територію Київської Русі потрапляли й положення римського цивільного права, які збереглися до сьогодення та увійшли до галузі цивільного права України. Так, Єфремівська Кормча регламентувала право єпископів розпоряджатися церковним майном, зазначаючи дозвіл на його продаж тільки у випадках крайньої необхідності [1, 70]. Причому факт збитковості церковного майна не вважався достатнім обгрунтуванням для його передачі представникам світської влади: відчуження може бути здійснено тільки на користь мирян-землеробів або кліриків, які, в свою чергу, не можуть перепродати це майно протягом 50 років, інакше угода втрачає свою дійсність, майно повертається до єпископії, а єпископ чи ігумен, який це майно продав, караються вигнанням [1, 227-228, 755]. Категорична заборона перепродажу такого майна чи здачі його у піднайом повинна була запобігти укладенню удаваних правочинів, поняття яких збереглося до наших часів та увійшло до вітчизняного Цивільного кодексу [13, 235].

Іншим подібним правилом Кормчої, що увійшло до цивільного права та, зокрема, міститься у Цивільному кодексі України, є трьохрічний термін позовної давності з можливістю його пролонгації за поважних причин [13, 440]. Так, Єфремівська Кормча визначає особливу систему перерозподілу єпархій у територіях, клір яких добровільно вирішив повернутися у християнство з єретичних течій. Впродовж 3-річного терміну з моменту встановлення кордонів єпархій, приймаються усі претензії з переділу територій, які спрямовуються до церковного суду або помісного собору. Цей термін може бути пролонгований, якщо єпископ, права якого порушені, з об'єктивних причин не міг звернутися до суду [1, 406-424]. Так само, як передбачено і в Цивільному кодексі України, поважність обставин, які спричинили прогаяння строку позовної давності позивачем вирішує безпосередньо сам судовий орган [13, 442].

Саме в правових нормах Єфремівської Кормчої чітко зафіксовано правило недійсності правочину, який вчинено під впливом насильства або за вкрай невигідних умов, яке міститься в Цивільному кодексі України [13, 396] та вважається одним з основоположних принципів цивільного права: якщо під час переслідувань

пресвітер присягнувся своїм переслідувачам залишити священицький сан, але від християнства не відмовився, єпископ, якому підпорядковується цей пресвітер, може заборонити йому на певний час проводити публічні служби, але не може позбавити його сану [1, 479-480].

Правовий статус знайдених речей встановлюється у Єфремівській Кормчій канонами Григорія Неокесарійського та практично відповідає аналогічним нормам з римського цивільного права [1, 605-611] та змісту ст. 337 – 339 Цивільного кодексу України. Так, при знахідці, право власності на річ не переходить до особи, яка знайшла її, за виключенням деяких обставин [13, 558-560]. Ніхто не повинен привласнювати чужу річ, незалежно від обставин її знайдення. Втрата власних речей тим, хто знайшов чужу річ, ні в якому разі не може бути пом'якшуючою обставиною для привласнення чужих. Наявність останньої норми можна пояснити християнським догматом наявності "вищої справедливості", ідеї, що за втрачене віруючий отримає вдвічі більше. Ймовірно, священики не раз зустрічалися з подібною аргументацією у вищеописаній ситуації. Цивільне право України містить аналогічні принципи добросовісності чи недобросовісності володіння та користування предметом, при якому право власності на цей предмет залишається у попереднього справжнього власника.

Беззаперечно, що, внаслідок прийняття Київської Руссю християнства, з усіх галузей найбільших змін зазнало шлюбно-сімейне право. І це не дивно, адже саме в питаннях укладення та збереження шлюбу християнські традиції принципово відрізнялися від язичницьких. Одразу після реформи Володимира, яка фактично надала християнству статусу державної релігії в Київській Русі, церква забрала шлюбно-сімейне право до своєї юрисдикції. Ці обставини в значній мірі обумовили розвиток шлюбно-сімейного права України до сьогодення та визначили особливе ставлення до інституту шлюбу та усієї галузі сімейного права як до відокремлених від цивільного. Така традиція відрізняється від європейської, де шлюб сприймається як цивільно-правовий договір, а, відповідно, окрему галузь сімейного права часто не виділяють [26].

Протягом часу закріплені в візантійській системі права інститути шлюбно-сімейного права впроваджувалися до української правової традиції, доки не стали її невід'ємною ознакою. Так, наприклад, починаючи з перших століть свого існування, церква безперервно намагалася боротися зі шлюбами, які в термінології церковного права дістали назву "заборонені", а в середовищі язичників вважалися буденними і дозволеними. До таких шлюбів відносяться шлюби між близькими родичами, левіратні шлюби, шлюби між псевдокровними родичами та шлюби між "родичами від купелі", тобто між кумами, хрещеними батьками та дітьми і їх сім'ями. Серед правових норм церковного права приділяється значна увага визначенню, осудженню та запобіганню заборонених шлюбів, і, звичайно, положення Єфремівської Кормчої не є винятком у цьому сенсі.

Кровозмішення брата з сестрою, пасинка з мачухою чи з невісткою Кормча прирівнює до вбивства і після розірвання злочинного зв'язку призначає 12-тирічне покарання у вигляді 10 років відлучення від церковного спілкування та ще 2-х років відлучення від таїнств [1, 501-504]. Також забороненими вважаються шлюби між близькими кровними родичами, до яких входять навіть двоюрідні брати та сестри, та вказує 7-літню єпитимію за взяття подібних шлюбів після обов'язкового розірвання незаконного союзу [1, 179, 501]. Окремо встановлюється заборона брати шлюби хрещеним батькам з їх хресними дітьми, тому що родинність за духом, яка виникає при хрещенні, є важливішою від родинності за плоттю. З набуттям чинності цієї правової норми родини хрещеників та родини їх хрещених батьків фактично теж визнаються кревними родичами з усіма наслідками [1, 178-179].

Поступова секуляризація шлюбу з часом призводить до пом'якшення цих норм та у сучасній системі права України заборона укладати шлюб обмежується прямими родичами. З іншого боку, як заборону шлюбу між псевдо-кровними родичами можна сприймати відповідну заборону одруження усиновленому та усиновителю або усиновленому та рідній дитині усиновителя якщо усиновлення було таємним [22]. Застосування цієї норми в Сімейному кодексі України, на нашу думку є спадком візантійської релігійної традиції, за якою духовна рідність та батьківські й братерські почуття сприймається вищими за плотські зв'язки.

А, наприклад, левіратні шлюби, які вважаються абсолютно несумісними з традиціями християнського шлюбу, внаслідок секулярізаційних процесів у сучасному законодавстві втратили свою заборонність. Єфремівська Кормча ж, зрозуміло, суворо засуджує такі шлюби: жінка, що по черзі одружилася з двома братами, відлучається від церковного спілкування доки не розірве такий шлюб, а після його розірвання для отримання причастя ще пройти 15-тирічне покаяння. Шлюб чоловіка з двома сестрами по черзі карається значно м'якше – 6-річне відлучення від спілкування та ще 1 рік відлучення від таїнств [1, 238, 485-486, 504].

В інститутах сімейно-шлюбного права Кормчої закріплюються також обставини, що пом'якшують відповідальність. Такими обставинами вважаються необізнаність подружжя під час укладення забороненого шлюбу та щире каяття подружжя у скоєному правопорушенні. За Кормчою ці обставини дають право священику суттєво зменшити час відбування покарання [1, 539]. Легко зазначити, що в цивільному праві України збереглися відповідні норми, які позбавляють відповідальності особу, яка не знала і не могла знати про заборонені обставини, наприклад, продавець не відповідає за невідомі йому недоліки проданої речі.

Християнські норми моногамії повинні були повністю змінити ідею шлюбу, поширеного в язичницькій Русі, адже ще в X ст. тут, особливо серед заможних верств населення, зустрічалося багатожонство, що підтверджується археологічними розкопками, [11] і літописами [17, 132-175]. Продовжуючи християнські традиції моногамії, закріплені у візантійській правовій традиції, Єфремівська Кормча не забороняє взяття після закінчення першого, другого шлюбу, однак, і не схвалює його. Єдиним закликом до мирян є брати другий шлюб не таємно, а відкрито та законно. Ці норми в правовій системі України збереглися тільки в межах заборони укладати другий шлюб, не розірвавши першого, [22] однак, навіть ця ідея, на нашу думку, має беззаперечні християнські коріння і є наслідком впливу візантійської правової традиції.

Початок статевих зв'язків ні в якому разі не сприймається Церквою як взяття шлюбу, що залишилося ще з римського права (nuptias, non concubitus, sed consensus facit) [29]. Тому Єфремівська Кормча зазначає, що подібний союз краще анулювати, однак, якщо чоловік і жінка наполягають на залишенні свого зв'язку, його треба засвідчити та перетворити тим самим у законний шлюб, а на подружжя накласти покарання як на блудників [1, 486]. Судячи з послань єпископів Київської Русі до своїх підлеглих, проблема подібних союзів залишалася актуальною ще тривалий час. І, в будь якому разі, єпископи Київської Русі наполягали на офіційному закріпленні подібних союзів, особливо в випадках наявності дітей [18; 16]. В сучасній системі права також діє

норма, за якою повний комплекс прав та обов'язків подружжя виникає тільки внаслідок офіційної реєстрації шлюбу в ДОРАЦС [22, 21].

Загальні тенденції християнського гуманізму впливали на формування та регламентування взаємин членів родини, зокрема, батьків та дітей. Єфремівська Кормча покладає на батьків обов'язок піклуватися про своїх дітей, виховувати їх, забезпечувати усім необхідним для життя. Так само й дорослі діти повинні допомагати своїм батькам відповідно до власних можливостей. Відмова дорослих дітей піклуватися про своїх батьків, а батьків – про своїх непрацездатних дітей під приводом самітництва та схимництва, визнається тяжким злочином і повинна каратися анафемою [1, 247-248]. Зобов'язання зазначених норм візантійського походження збереглися й у сучасному законодавстві України, як у сімейному, так і у конституційному праві, де зазначається обов'язок батьків піклуватися про своїх неповнолітніх дітей, та обов'язок дітей піклуватися про своїх непрацездатних батьків [9; 4].

Канон Кормчої, за яким місцеві світські правителі повинні обирати серед кліриків офіційних піклувальників бідних та сиріт (Карф. 75.) перейшов до сучасного сімейного права у вигляді норми, за якою функції офіційного опікуна та піклувальника сироти покладаються на адміністрацію дитячого закладу, в якому проживає дитина [22, ст. 245]. У Візантії, а потім з поширенням християнства, й у Київській Русі дитячі сирітські заклади традиційно знаходилися в сфері церковної юрисдикції, отже, клірики виконували функції адміністрації цих закладів.

Вплив візантійської правової традиції був переважним для формування галузі шлюбно-сімейного права України, однак, зовсім не виключався тільки нею. З візантійським правом у змісті Кормчих на територію Київської Русі потрапила ціла низка принципів, які грунтувалися на багатосотрічній традиції римського права й до наших часів вважаються основоположними принципами демократичної правової держави (хоча сама теорія "правової держави" була сформульована значно пізніше). Прикладом ілюстрації вказаної тези є норма, за якою єпископ не має права звинувачувати людину у злочинах тільки на основі інформації, що була отримана ним на сповіді, без інших доказів. Більш того, у такому випадку, навіть отримавши протягом сповіді подібні признання, єпископ не має права відлучити таку людину від Церкви під страхом власного відлучення [1, 434-435, 771]. Вказана правова норма на нашу думку мала по-перше, підтримувати тайну сповіді, по-друге, виховувати в членах громади беззаперечну довіру до свого єпископа, та, по-третє, запобігати демонстрації особи єпископа у хибному світлі безпідставного обвинувача. Заборона ж відлучення такої особи опосередковано підтримує принцип "немає покарання без доведеного злочину", принцип, який вважається у наш час невід'ємною частиною прав людини, закріплений в Конституції України [9] та Кримінальному кодексі [12]. З іншого боку еволюцію канону, який заборонив священикам розкривати таємницю сповіді можна прослідкувати до Закону "Про адвокатуру", де встановлюється поняття адвокатської таємниці – відомостей, які адвокат, отримавши інформацію від свого підзахисного повинен не розголошувати при будь-яких обставинах [5].

У Єфремівській Кормчій заборонена дискримінація осіб у прийнятті в клір через їх походження та відносини їх родини з церквою [1, 68]. Таку норму не можна залишити поза увагою, адже дискримінація особи через походження та родинні зв'язки заборонена й у правовій системі сучасної України [9, II], та визнається однією з принципових умов побудови правової держави.

З візантійської правової традиції на територію Київської Русі також потрапляє поняття відводу судді, закріплене зараз в нормах процесуального права України: за Єфремівською Кормчою обвинувачений єпископ має право вимагати відводу зі складу церковного суду єпископів, зацікавлених у негативному рішенні справи, і в цьому йому не повинні відмовляти або суперечити [1, 560].

Вплив візантійської правової традиції на формування галузі кримінального права України був значно меншим, ніж на шлюбно-сімейне, і мав свої характерні особливості. По наявним в дослідників даним, кримінальне право Київської Русі на момент активізації її стосунків з Візантією було практично сформованим на засадах традицій власного звичаєвого права. Яскравою особливістю кримінального права Київської Русі були його м'які санкції: практична відсутність смертної кари, широко поширені віри. Втім, більшість відомих нам кримінально-правових норм Київської Русі казуїстичні, а їх збірки позбавлені бодай деяких основних теоретичних положень, принципів та засад. Візантійське кримінальне право завдяки римському досвіду та розвитку філософії мало значно якіснішу теоретичну базу, однак, разом з тим, характеризувалося суворими санкціями, здебільшого спрямованими на тілесні покарання, такі як членоушкодництво, смертна кара тощо (див., наприклад, Еклогу [28]). Саме тому на території Київської Русі була неможлива рецепція візантійського кримінального права, хоча були деякі невдалі спроби заміни традиційних місцевих вір "казнями" [17].

Отже, кримінально-правові традиції Візантії, які укорінилися в правовій системі України здебільшого несли теоретичний та додатковий характер. Серед кримінальних злочинів у Єфремівській Кормчій вказуються вбивство, нанесення тілесних пошкоджень, зрада, грабіж, крадіжки, аборти, скотолозтво, мужолозтво, гвалтування. Деякі з цих злочинів, наприклад, аборт, крадіжка церковного майна, скотолозтво та мужолозтво з'явилися в переліку правопорушень церковного та світського права Київської Русі тільки після прийняття християнства. За більшість з цих злочинів відповідальність передбачена у княжому праві Київської Русі, а санкції церковного права, вказані за них Єфремівською Кормчою є, таким чином, додатковими, однак, не менш суттєвими для покарання порушника.

За Єфремівською Кормчою вбивця визначається як особа, що завдала потерпілому удар, внаслідок якого наступила смерть [1, 475-476, 492]. Навмисне та випадкове отруєння особи, що призвело до летального наслідку у Кормчій має свій окремий статус, більш близький до чаклування, ніж до вбивства, але карається так саме як навмисне вбивство [1, 500].

До вбивства також прирівнюється добровільна участь особи у магічних нехристиянських містеріях, обрядах або добровільна передача учасникам обрядів частин свого тіла, але покарання призначається з урахуванням чистосердного каяття [1, 500-502]. Автор вважає, що участь у таких містеріях сприймалася як "загроза вічній душі", спасіння якої є основною метою християнина, а отже прирівнювання до вбивства стає зрозумілим. Само поняття чистосердного каяття збереглося в кримінальному праві України та вважається обставиною, що пом'якшує відповідальність або навіть взагалі може звільнити особу від відповідальності [12, 98-133]. Ця сучасна норма беззаперечно має візантійське коріння та християнський зміст: поняття спокути та розкаяння є невід'ємною ознакою спасіння душі в християнстві.

Серед вбивств Кормча виділяє навмисні та ненавмисні. Ненавмисним визначається таке, коли вбивця мав намір нанести шкоду не постраждалому, а іншому

неживому об'єкту або тварині; та якщо вбивця вдарив рукою, каменем, ломакою постраждалого, з бажанням причинити йому біль, але не врахував власної сили чи слабкості постраждалого і це призвело до його смерті. Однак, ті ж самі дії, вчинені зброєю, вже кваліфікуються як навмисне вбивство, не дивлячись на справжні наміри звинуваченого. В сучасному Кримінальному кодексі України застосування вогнепальної або холодної зброї при вчиненні деяких злочинів, наприклад, при хуліганстві, визнається кваліфікуючою обставиною цього злочину, яка визначає його тяжким та суттєво підвищує міру покарання [12, 608].

До навмисного вбивства Кормча відносить вбивство під час бійки, вчинене ударом у ту частину тіла, пошкодження якої є небезпечним для життя; вбивство під час військового походу; вбивство чоловіком своєї дружини з використанням зброї, навіть якщо це не було у його намірах; вбивство розбійниками з метою грабежу, хоча дійсним їх наміром було не позбавити життя людину, а отримати її матеріальні цінності [1, 470 – 472, 623 – 626].

Відповідно різняться й покарання: за ненавмисне вбивство Єфремівська Кормча вказує відлучення від спілкування протягом 5 – 11 років, зі зменшенням терміну у випадку щирого каяття та ретельного дотримання покарання [1, 197, 237, 498]. Старанне виконання покарання в якості пом'якшуючої обставини потрапило з Кормчої в сучасну систему права України.

Покарання за навмисне вбивство за Кормчою призначається в залежності від пом'якшуючих та обтяжливих обставин на термін від 20 років відлучення від таїнств, з яких 4 роки покараний не може бути навіть присутній на молитві у церкві, до довічного відлучення з причастям тільки перед смертю [1, 236, 497 – 498].

Порівнюючи зазначені норми з теоретичними положеннями кримінального права України, не можна не побачити подібність як в класифікації злочину за відмінністю його суб'єктивної сторони, так і в призначенні в залежності від цього покарання.

Навмисне вбивство, що було скоєне під час військового походу на полі брані, вважається вчиненим з крайньої необхідності, без можливості вибору та для усунення небезпеки власній країні та її мешканцям, а тому карається навіть легше, ніж ненавмисне вбивство – трьома роками відлучення від таїнств (Вас. Вел. 13) [1, 236, 476]. Ставлення церкви до участі віруючих у війнах з часом змінювалося. Тертуліан вважав, що служба в армії взагалі не сумісна з християнством, але вже Августин Блаженний не тільки дозволяв це, а й сформулював теорію "справедливої війни", брати участь у якій є обов'язком кожного мирянина [3]. В сучасному кримінальному праві вбивство під час війни також покаранню не підлягає, адже тлумачиться як "звичай війни", але тільки за умови, що війна офіційно оголошена, що повністю відповідає характеристиці Августіна. Так само, із норм візантійського права до кримінального права України потрапило обтяження вини суб'єкта через вчинення вбивства особливо тяжким способом, з катуваннями та мордуваннями [12, 136]. Причому, це обмеження застосовується й щодо вбивств під час війни, що знов таки відбиває теорію Августіна.

Серед правових норм Єфремівської Кормчої, присвячених вбивствам, містяться такі, що визначають покарання матерям, які вбили своїх немовлят після народження. Матір, що вбила дитину, намагаючись приховати свій перелюб, з жорстокості, чи не бажаючи її виховувати, карається як навмисний вбивця, але якщо дитина померла через нестачу молока, холод чи пустельність місця де відбувалися пологи або відсутність кваліфікованої допомоги при пологах – винність матері ставиться під сумнів й священик сам повинен вирішувати, яке покарання їй призначати, та чи призначати його взагалі (Вас. Вел. 33. 52) [1, 488, 496-497]. Традиція відокремлювати цей злочин від інших вбивств започаткувалася ще в римському праві за Lex Cornelia [15], як ми бачимо до наших терен вона потрапила саме через візантійську правову систему. Кримінальний кодекс України продовжує зазначену традицію виокремлювати вбивство матерями своїх новонароджених дітей як самостійний злочин та враховувати усі обставини його скоєння при призначені винуватій покарання [12, 231].

Аборт Єфремівська Кормча прирівнює до вбивства не тільки через знищення ще ненародженої людини, а й через велику загрозу життю жінок, які часто вмирали від спроби зробити аборт. Покарання за аборт у вигляді 10 років відлучення від церкви накладається на усіх спільників, що брали участь у цьому злочині: жінці, який був зроблений аборт, тому, хто безпосередньо його робив, тому, хто збирав трави та складав абортивні засоби (Трул. 90. Анкир. 21. Вас. Вел. 2) [1, 197, 236, 466]. В сучасній системі права жінка має права зробити аборт до тих пір, поки це не шкодить її здоров'ю, але виключно в клінічних умовах. Вчинення підпільних абортів вважається кримінальним злочином, і покарання за нього передбачається, не так само як в Кормчій, для усіх учасників, а лише для особи, яка вчиняє аборт [12, 255 – 258]. Мотивуванням запровадження такої статті в Кримінальному кодексі України беззаперечно є піклування про стан здоров'я жінки, адже підпільні аборти можуть відбуватися з порушенням медичних нормативів.

Автори Кормчої наполягають на розрізненні таких злочинів як крадіжка та розбій за засадами, що дійсні й у сучасному праві [12]. Розбій визначається як особливо небезпечний злочин метою якого є отримання чужого майна, і під час якого існує значна загроза життю власника майна. Крадіжка ж визначається як таємне викрадання чужого майна без загрози життю та здоров'ю оточуючих. Тому розбійнику призначається покарання як навмисному вбивці, а крадію значно м'якше (Григорія Нис. 4 (2 частина)) [1, 626 – 629]. Кримінальний кодекс України продовжує зазначену класифікацію, так само караючи розбій більш суворими санкціями ніж крадіжку [12, 348-350].

Беззаперечно християнське коріння має визначення в сучасному кримінальному праві поняття осудності – стану, за яким суб'єкт злочину усвідомлює та здатний керувати своїми діями [12, 31]. Можливість призначити покарання виключно особі, яка усвідомлює свої дії за християнськими канонами пояснюється тим, що у людини є право спокутувати свої гріхи, а, якщо вона знаходиться в затьмареному розсудку, вона цього зробити не може. Західна правова традиція так саме визнає християнське коріння за нормою, яка вимагає чекати до повного психічного одужання людини перед тим як призначати їй вирок та приводити його у виконання [2].

Християнські доктрини отримання пробачення через спокуту своєї провини започаткували в європейській традиції інститути помилування та амністії, згадки про які сягають в Західній Європі ще часів Людовика IX Святого [23]. Через хрещення зазначені інститути потрапили через Візантію й до Київської Русі та закріпилися і в сучасному законодавстві [9, ст. 26, 106].

Отже, сучасне кримінальне право України містить в собі велику кількість прикладів застосування правових норм, які потрапили на територію Київської Русі у змісті Кормчих, саме в результаті візантійського впливу.

У канонах Карфагенського собору, які викладаються в Кормчій, є група правил, які за своїм характером є законодавчими порадами правителям християнських

держав і спрямовані на приведення світського законодавства до більшої відповідності положенням, ідеям та ідеалам християнства. Серед таких порад можна відзначити наступні пропозиції: затвердити заборону приймати до розгляду свідчення кліриків, які розглядали судову справу у церковному суді, при апеляційному її слуханню у цивільному суді (Карф. 59.); заборонити чи обмежити народні гуляння, присвячені язичеським святам (Карф. 60.); переносити народні гуляння з днів церковних свят або неділь на інші дні (Карф. 61.); заборонити мирянам та клірикам захищати від відбування покарання клірика, покараного церковним судом (Карф. 62.); заборонити примушувати християн брати участь у будь-яких язичницьких забавах (Карф. 63.); обирати серед кліриків офіційних піклувальників бідних та сиріт (Карф. 75.), затвердити право церковної адміністрації на призначення своїх спеціальних уповноважених представників для захисту інтересів церкви у світських судах (Карф. 97.) [1, 362-405]. Ці норми є додатковим підтвердженням тези про вплив церковного права на формування світського всюди, де поширювалося християнство, включаючи й Київську Русь. В певній мірі вказані правила є мінімальною програмою доповнень до законодавства держави з християнством, визнаним в якості державної релігії. Саме з вимогами затвердити у княжому праві ці норми мали виступати єпископи та митрополити Київської Русі на снемах.

Трудове право України визнає за державні святкові та неробочі дні усі найважливіші церковні свята: хрещення, Великдень, Трійцю [8]. Цим самим сучасний законодавець продовжує традицію часів Київської Русі, коли після впровадження християнства правителі по ініціативі священиків визнали християнські свята державними.

В сучасній України проголошується відокремлення церкви від держави, але, разом з тим, більшість населення нашої держави явно чи підсвідомо сповідує саме християнські ідеали, а так як система права через свій об'єктивний характер відбиває суспільну мораль, християнські ідеї з візантійської правової системи потрапили й до діючого права. Вплив візантійської права на формування української правової традиції є логічно обґрунтованим результатом розвитку нашої правової системи в невід'ємному та нерозривному зв'язку з європейською романо-германською правовою сім'єю. В майбутньому при проведенні адаптації вітчизняного законодавства до європейського така спільність у коріннях повинна суттєво полегшити відповідні процедури та сприяти досягненню успіхів у європейській інтеграції нашої держави.

1. Бенешевич В.Н. Древне-Славянская Кормчая XIV титуловъ безъ толкованій. 1 том. – СПб.: Типографія Императорской АН, 1906 – 1907. – С.62 – 771. 2.Берман Г. Дж. Западня традиция права: эпоха формирования. – М.: Инфра – Норма, 1998 – С. 187. 3. Бородин О.Р. Отношение к войне и миру в христианстве эпохи ранней патристики (формирование христианского пацифизма) // Византийские очерки. – М.: Изд-во "Индрик", 1996. – С. 116-129. 4. Гусарєв С.Д., Калюжний Р.А., Колодій А.М. Основи держави і права. – К.: "Либідь", 1997. – С. 151. 5. ЗУ Про адвокатуру 19.12.1992 – Ст. 9. 6. ЗУ Про місцеве самоврядування 1997 – Ст. 72. 7. Карамзин Н.М. История государства Российского – Ростов-на-Дону : "Феникс", 1997 – 1 том – С. 228. 8. Кодекс законів про працю Ст. 73. 9. Конституція України 28 червня 1996 р./ Закони України. – К., 1997. – т.10. 10. КУпАП Ст. 264. 11. Мавродин В.В. Очерки истории Левобережной Украины. – Л.: Издание ЛГУ, 1940. – С. 105-106. 12. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України/ Відповідальний ред. Яценко С.С. – К.:"А.С.К.", 2002. – С. 8 – 608 – ст. 2. 13. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України. За ред. Дзери О.В., Кузнєцової Н.С., Луця В.В. – К.: Юрінком Інтер, 2005 – т.1 – С. 400 – 560 – ст. 235. 14. Никольский Н.М. История русской церкви. – М.: Изд-во политической литературы, 1983. – С. 23. 15. Остапенко Л.А. Умисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини // Вісник КНУ – 2002 – вип. 46 – С. 149. 16. Павлов А.С. Неизданный памятникъ русскаго церковнаго права XII вѣка // Журналъ Министерства Народнаго Просвѣщенія. – СПб.: Типографія В.С. Балашева, 1890. – Октябрь. – С. 275-300. 17. Повість времяних літ. Літопис (за Іпатським списком). Переклад В.В. Яременка. – К.: Вид-во "Радянський письменник", 1990. – С. 132 – 246. 18. Романов Б.А. Люди и нравы Древней Руси. – М.-Л.: "Наука", 1966. – С. 184. 19. Рыбаков Б.А. Политические идеи русских летописцев XII в. // Польша и Русь. – М.: "Наука", 1974. – С. 19. 20. Свенцицкая И.С. Ранене християнство: страницы истории – М.: ИПЛ, 1989 – С. 112. 21. Семенченко Г.В. К вопросу о церковно-канонической традиции в русском светском законодательстве (по материалам памятников XV – XVI вв.) // ВВ. – М.: "Наука", 1991. – т. 52. – С. 161-162. 22. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 Ст. 26, ч. 4 – 5. 23. Толкачова Н.Є. Звичаєве право – К.: ВПЦ, 2005 – С. 183. 24. Толочко П.П. Киев и Южная Русь в период феодальной раздробленности. // Польша и Русь. – М.: "Наука", 1974. – С. 230. 25. А.А. Турилов, Б.Н. Флоря. Христианская литература у славян в середине X – середине X1 в. и межславянские культурные связи // Христианство в странах Восточной, Юго-Восточной и Центральной Европы на пороге второго тысячелетия. – М.: "Языки славянской культуры", 2002. – С. 398 – 458. 26. Харитонов Є. Новий Сімейний кодекс України: перехрестя правових традицій // Юридична Україна – 2003 – №1, – С.54-55. 27. Щапов Я.Н. Византийское и южнославянское правовое наследие на Руси в XI – XIII вв. – М.: "Наука", 1978. – С. 47-64. 28. Эклога. Византийский законодательный свод VIII века. – М.: "Наука", 1965. – 225 с. 29. Meyendorff, John. Christian Marriage in Byzantium: the Canonical and Liturgical Tradition. // DOP. – Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1990. – # 44. – p. 101.

Надійшла до редколегії 16.12.09

С. Черноус, канд. юрид. наук

НОРМОТВОРЧІ ТА НОРМОРЕАЛІЗАЦІЙНІ ГАРАНТІЇ ПРАВИЛЬНОГО ЗАСТОСУВАННЯ ОЦІНОЧНИХ ПОНЯТЬ ТРУДОВОГО ПРАВА УКРАЇНИ

У статті розглядається система засобів, що сприяє безпомилковому використанню або впровадженню оціночних понять трудового права, яку утворюють нормотворчі та нормореалізаційні гарантії.

Ключові слова: оціночні поняття, трудове право, гарантії.

В статье рассматривается система средств, способствующая безошибочному использованию или внедрению оценочных понятий трудового права, которую образуют нормотворческие и нормореализационные гарантии.

Ключевые слова: оценочные понятия, трудовое право, гарантии.

The system of instruments for the Labor law evaluative notions' errorless application or implementation has been investigated in the article. The rulemaking and the rule realization guaranties compose such system.

Key words: evaluative notions, Labor law, guaranties.

Однією з проблем, пов'язаних із використанням у правових нормах оціночних понять є загроза суб'єктивізму, яка виникає при конкретизації певною особою такого правового поняття. При здійсненні оціночної діяльності, суб'єкт, який застосовує правову норму, самостійно визначає, чи охоплюється використаним у правовій нормі оціночним поняттям факт (явище), який мав місце чи ні. Зрозумілим є те, що така діяльність передбачає можливість суб'єктивного піднормативного тлумачення правової норми і трактування ситуації, що склалася. І хоча така діяльність ґрунтується на основі закону, оскільки законодавець визначає межі, у яких може здійснюватись піднормативне суб'єктивне тлумачення правової норми, а ці межі обумовлені цілою низкою факторів, як-от: принципи права, цілі і завдання законодавства, правосвідомість суб'єкта, що застосовує норму, об'єктивними ознаками, які характеризують явище та іншими, вважаємо, що повинні бути вироблені певні правила щодо використання оціночних понять у нормах трудового права.

© Черноус С., 2010

Однією з категорій, яка використовується автором, як базова, є – "правильне застосування оціночних понять", під нею автор розуміє дійсне; істинне, безпомилкове використання або впровадження оціночних понять, яке відповідає встановленим правилам і нормам.

У загальній теорії права такі правила розроблялися. Зокрема В.М. Косович виділяє низку гносеологічних та юридичних чинників, здатних забезпечити істинність правореалізаційних та правозастосувальних оцінок. Серед гарантій застосування норм із оціночними поняттями науковець виділяє за юридичною природою – нормативно-правові, нормативно-інтерпретаційні, індивідуально-правові; за гносеологічною природою – конкретизація оціночних понять, тлумачення оціночних понять, уведення критеріїв оціночних понять [1, с. 228].

Т.В. Кашаніна виділяє дві групи гарантій правильного застосування оціночних понять: законодавчі та організаційні. Законодавчі гарантії – це такі умови застосування оціночних понять, які виходять від законодавця і закріплюються в нормах права. До них, на думку Т.В. Кашаніної, належить упорядкування термінології оціночних понять, встановлення переліків предметів, явищ, що ними заміщуються, вироблення і закріплення окремих критеріїв оціночних понять. Організаційні гарантії, на думку вказаного науковця, знаходяться поза сферою правотворчості. Це – тлумачення оціночних понять у постановах Пленуму Верховного Суду, тлумачення іншими компетентними органами, коментарі тексту закону, що містить оціночні поняття, видання навчальної, методичної літератури з того чи іншого питання, проведення семінарів (з практичними працівниками) та інше. У сукупності вказані гарантії забезпечують правильне застосування оціночних понять, ставлять свободу розсуду, пов'язану з застосуванням оціночних понять, у певні межі [2].

У цілому автор підтримує вищевикладені правила-гарантії, що були сформульовані наукою загальної теорії права. У той же час, враховуючи специфіку методів правового регулювання трудових відносин, вважаємо за необхідне, по-перше, уточнити існуючі в науковій літературі правила; по-друге, доповнити їх перелік.

Виконуючи перше з поставлених завдань, зазначимо, що першою групою гарантій правильного застосування оціночних понять є, на наш погляд, нормотворчі, а не законодавчі гарантії. Законодавчі гарантії процесу створення норм, що містять оціночні поняття трудового права, не охоплюють усього розмаїття норм, що регулюють трудові та тісно пов'язані з ними відносини і процедури їх створення. Одночасно, хоча Т.В. Кашаніна говорить про законодавчі гарантії застосування оціночних понять, ідеться про ті гарантії, які закладаються в процесі створення норми права, адже і сама авторка зазначає, що ці гарантії виходять від законодавця і закріплюються в нормах права [2]. Оскільки відносини, що складають предмет трудового права, регулюються не тільки на законодавчому (державному) рівні, а й на галузевому, регіональному, локальному та індивідуальному, і в цих актах можуть використовуватися оціночні поняття, вважаємо, що повинні існувати саме нормотворчі гарантії правильного застосування оціночних понять.

У юридичній літературі гарантії розглядаються як засоби, способи та умови [3, с.10], або як система способів, прийомів, методів [4, с. 83] за допомогою яких забезпечується реальне здійснення, наданих громадянам прав, свобод та охорона законних інтересів. Виходячи з вище сказаного, вважаємо, що ***нормотворчими гарантіями*** правильного застосування оціночних понять трудового права слід вважати сукупність засобів, способів, умов та правил, що використовуються на стадії створення норми права і направлені на забезпечення правильного застосування оціночних понять, що використані в нормах, які регулюють трудові та тісно пов'язані з ними відносини.

Указаний вид гарантій складають, на наш погляд, *техніко-юридичні та процедурні гарантії.*

Щодо техніко-юридичних гарантій, то вони полягають у дотриманні нормотворцем правил юридичної техніки в цілому. Ці правила були предметом не одного наукового дослідження [5; 6; 7] і частково закріплені в актах різних органів і різної юридичної сили [8]. У межах цієї статті автор не вважає за необхідне наводити всі правила правотворчості, але зазначимо, що всі науковці, які досліджували цю проблематику, визначають, що одним із правил є точність і визначеність юридичної форми: формулювань, речень, словосполучень і окремих термінів нормативно-правового акту [7, с. 35].

Аналогічна вимога визначена пунктом 12 Методичних рекомендацій щодо розроблення проектів законів та дотримання вимог нормопроектної техніки, схвалених постановою колегії Міністерства юстиції України від 21 листопада 2000р. № 41. Зокрема зазначено, що "текст проекту викладається стисло, простою літературною мовою, по можливості короткими фразами. Мова повинна бути зрозумілою і точною, фрази – нескладної конструкції без зайвого перевантаження підрядними реченнями і займенниками. Необхідно також уникати прислівникових і дієприслівникових зворотів" [8]. Як бачимо, на жаль, відсутні рекомендації в частині використання у проектах актів оціночних понять. У той же час, оскільки оціночні поняття часто використовуються в текстах нормативно-правових актів у формі прислівників (наприклад, "*добровільно* покрити шкоду" – стаття 130 КЗпП, "*бережливо* ставитися до майна підприємства" – стаття 131 КЗпП тощо), пропонується їх не вживати.

Одночасно В.С. Ковальський та І.П. Козінцев, викладаючи правила правотворчої техніки, зазначають, що "при формулюванні правових приписів не слід застосовувати широкі оціночні поняття. Якщо ж вони застосовуються, то їх зміст має бути визначений у нормативному значенні" [7, с. 35]. Зазначимо, що, по-перше, не зрозуміло, що автори розуміють під "широким оціночними поняттями" і які тоді, на думку науковців, є "вузькі" оціночні поняття. По-друге, вимога щодо визначення нормативного змісту оціночних понять є не зовсім коректною, тому що деякі оціночні поняття взагалі неможливо визначити (наприклад, поняття "нормальні життєві умови людей" ст. 33 КЗпП), а визначення змісту тих із них, дефініювання яких є можливим на рівні нормативного акту, може перетворити ці поняття в абсолютно визначені. Так, Постановою Кабінету Міністрів України від 4 березня 1994 р. № 150 затверджено "Перелік сімейних обставин та інших поважних причин, що можуть бути підставою для звільнення військовослужбовців, які проходять службу за контрактом на посадах рядового, сержантського і старшинського складу, прапорщиків, мічманів та офіцерів з військової служби [19]". У зазначеному акті міститься перелік причин закритого типу, які кваліфікуються як "сімейні обставини та інші поважні причини, що можуть бути підставою для звільнення" за наявності однієї з яких визначені суб'єкти за їх проханням можуть бути звільнені з військової служби. Інші причини, відсутні у вказаному переліку не можуть бути підставою для дострокового розірвання контракту з ініціативи означеного кола осіб. Тобто оціночне поняття перетворено на абсолютно визначене.

Оскільки оціночні поняття використовуються в трудовому праві і є подальша необхідність їх використання, повинні бути вироблені техніко-юридичні правила

застосування цих понять в актах, що регулюють трудові та тісно пов'язані з ними відносини. У загальній теорії права ці правила були сформульовані М.О. Власенком. До них науковець відносить такі:

По-перше, нормотворець повинен упевнитися в юридичній необхідності, доцільності та оптимальності використання оціночного поняття в правовому регулюванні. Критерій доцільності та оптимальності передбачає з'ясування значимості поняття з точки зору правового результату, неможливості чи недоцільності його заміни формально-визначеним. Вважаємо, що визначене правило потребує уточнення, адже нормотворець свідомо використовує такий специфічний засіб юридичної техніки. У розрізі трудового права оціночні поняття повинні використовуватися нормотворцем у текстах актів, що регулюють трудові відносини у випадку, коли неможливо або недоцільно замінити оціночне поняття іншим різновидом понять (формально визначеним поняттям), *а також у випадку, коли законодавець (нормотворець) надає можливість урегулювати певні відносини в межах визначених критеріїв на локальному рівні (як в локальних, так і в індивідуальних актах).*

По-друге, визначити логіко-мовну допустимість використання оціночного поняття. Ідеться про якість поняття з позиції лінгвістичної забарвленості у випадках конкуренції, виборі лексично найбільш вдалого синоніма.

По-третє, установити достатньо конкретизуючих, обмежуючих зміст і обсяг оціночного поняття, ознак. Але одночасно ознаки, що впливають на зміст і обсяг оціночних понять, не повинні перетворювати його на абсолютно визначене і позбавляти правозастосовуючого суб'єкта права вільної конкретизації, "свободи розсуду". З іншого боку, безмірність, необмеженість оціночної норми, на думку М.О. Власенка, сприяє ускладненню її реалізації. Вважаємо, що дотриманню цього правила сприятиме використання нормотворцем такого способу конкретизації оціночних понять трудового права, що передбачає здійснення цього процесу з *урахуванням визначених критеріїв і казуїстичного переліку*, тобто спосіб, за допомогою якого визначені і мірила, і зразки, і приклади, на які повинен орієнтуватися суб'єкт при реалізації норми. Такий підхід дозволяє суб'єкту, що застосовує норму, на підставі аналізу прикладів виробити власні критерії конкретизації оціночного поняття, після чого, зіставивши ці критерії з тими, що викладені в нормі, розглянути конкретну ситуацію крізь їх призму і визначити, чи охоплюється конкретний казус оціночним поняттям і відповідно нормою, що його містить. З використанням указаного способу здійснено часткову конкретизацію, зокрема, таких понять, як "поважні причини" у контексті статті 38 КЗпП; "примусова праця" та інш.

По-четверте, при конструюванні нового для правозастосовчої практики оціночного поняття, уточненні змісту існуючого чи наданні йому статусу міжгалузевого потрібен прискіпливий аналіз практики тлумачення його юридичною та іншими науками [5, с. 165-166]. Щодо цього потрібно зазначити, що при впровадженні та уточненні змісту оціночних понять необхідним є також обов'язкове врахування судової практики, зокрема, актів вищих судових органів. Зокрема в постанові Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 1992 р. № 9 "Про практику розгляду судами трудових спорів" [20] визначені критерії конкретизації оціночних понять, що використовуються у таких словосполученнях, як "певна подія" (пункт 7), "поважні причини" (у контексті відмови від роботи) (пункт 9), "недостатня кваліфікація" (пункт 21), "систематичне невиконання обов'язків" (пункт 23), "поважні причини" щодо прогулу (пункт 24), "грубе порушення обов'язків" (пункт 27), "безпосередньо обслуговує… цінності", "дії, які дають власнику…підстави для втрати довір'я" (пункт 28), "певні умови" у контексті порушення правил прийому на роботу (пункт 29), "зміна істотних умов праці" (пункт 31); у постанові Пленуму Верховного Суду України від 29 грудня 1992 року № 14 "Про судову практику в справах про відшкодування шкоди, заподіяної підприємствам, установам, організаціям їх працівниками" [21] – "пряма дійсна шкода" (пункти 4 та 17), "зайві грошові виплати" (пункт 6), "конкретні обставини" щодо заподіяння шкоди (пункт 19), "цінне майно" (пункт 23) тощо. На думку автора, визначені Пленумом Верховного Суду України критерії конкретизації оціночних понять обов'язково повинні враховуватись у нормотворчій та правозастосовчій практиці.

У цілому автор підтримує викладені науковцем правила і вважає, що їх дотримання сприятиме правильному застосуванню оціночних понять. Зазначені правила повинні бути закріплені на рівні документів, що регламентують розроблення проектів актів різного рівня.

Другою складовою нормотворчих гарантій є *процедурні гарантії*. Вони, на нашу думку, полягають у дотриманні процедури прийняття відповідного акту, що регулює трудові та тісно пов'язані з ними відносини.

Прийняття кожного різновиду таких актів зумовлює дотримання відповідної процедури. У той же час будь-яка процедура (принаймні їх більшість) передбачає чи колегіальну (та/чи спільну) розробку і прийняття цих актів, та/чи процедуру їх погодження та реєстрації. Отже, ідеться про те, що не один суб'єкт вирішує питання про використання чи невикористання оціночного поняття в нормі, що буде регулювати відповідне коло суспільних відносин, а в цьому процесі братимуть участь і інші, визначені нормативними актами суб'єкти. Так, наприклад, частина 1 статті 142 КЗпП України визначає, що трудовий розпорядок на підприємствах, в установах, організаціях визначається правилами внутрішнього трудового розпорядку, які затверджуються трудовими колективами за поданням власника або уповноваженого ним органу і виборним органом первинної профспілкової організації (профспілковим представником) на основі типових правил. Таким чином, у процедурі розробки і прийняття Правил внутрішнього трудового розпорядку підприємства беруть участь три суб'єкта: трудовий колектив, власник або уповноважений ним орган і виборний орган первинної профспілкової організації. Тож кожний з них має право як запропонувати використовувати оціночні поняття в нормі Правил внутрішнього трудового розпорядку підприємства, так і заперечити проти цього.

Логічним, на наш погляд, є підхід, коли другу групу гарантій повинні складати ***нормореалізаційні гарантії***, адже, як обґрунтовано стверджує Скакун О.Ф., без реалізації право втрачає своє соціальне значення і призначення [9, с. 386]. У той же час якість і дотримання нормотворчих гарантій правильного застосування оціночних понять перевіряється в процесі реалізації норми, що містять оціночні поняття трудового права. Під ***нормореалізаційними*** гарантіями правильного застосування оціночних понять, на нашу думку, слід розуміти сукупність засобів, способів, умов та правил, що забезпечують правильне застосування оціночних понять, які містяться в актах, що регулюють трудові та тісно пов'язані з ними відносини, у процесі їх реалізації суб'єктами трудового права України. Ці гарантії поділяються на *юридичні* та *організаційні*.

Юридичними гарантіями правильного застосування оціночних понять трудового права є ті засоби, способи умови та правила, які передбачені нормами права, і дотримання яких забезпечується державою. До юридичних гарантій, на нашу думку, необхідно віднести: по-

перше, наявність у трудовому праві норм, що встановлюють правовий статус та компетенцію суб'єктів трудового права України. Наявність норми, що чітко визначає коло прав, обов'язків та відповідальності суб'єктів трудового права забезпечує, з одного боку, визначення меж конкретизації оціночних понять, а з іншого – стимулює суб'єктів цих правовідносин реалізувати свої права в межах, дозволених нормотворцем. Так, наприклад, пункт 2 частини 1 статті 40 КЗпП України передбачає право роботодавця звільнити працівника у випадку виявлення невідповідності працівника займаній посаді або виконуваній роботі внаслідок недостатньої кваліфікації або стану здоров'я, які перешкоджають продовженню даної роботи, а так само в разі скасування допуску до державної таємниці, якщо виконання покладених на нього обов'язків вимагає доступу до державної таємниці. Як бачимо, у нормі використано оціночне поняття "недостатня кваліфікація". Хоча конкретизувати це поняття можуть усі суб'єкти трудових правовідносин (наприклад, сам працівник, атестаційна комісія, виборний орган первинної профспілкової організації тощо), оскільки право застосування цієї норми (реалізація права звільнити), належить роботодавцеві, остаточну конкретизацію в межах правовідносин по звільненню здійснює саме він. У випадку, коли роботодавець визнає працівника таким, що має недостатню кваліфікацію, він реалізує своє право, передбачене КЗпП, а саме: після дотримання процедури звільнення за цією підставою видає наказ про звільнення, який фактично виступає формою фіксації результату конкретизації оціночного поняття. Тоді, якщо звільнення буде визнано таким, що проведено без законних підстав, працівник підлягатиме поновленню на роботі, а роботодавця може бути притягнуто до відповідальності, зокрема адміністративної, а у визначених випадках і кримінальної.

Як випливає з наведеного, усі суб'єкти можуть здійснювати конкретизацію оціночних понять, що використані в нормах, які розповсюджуються на них. У той же час результати такої конкретизації мають обов'язковий характер тільки тоді, коли в нормі певне право або обов'язок конкретного суб'єкта сформульовано з використанням оціночного поняття і цим суб'єктом дане право реалізовано або виконано обов'язок, якщо ж інша особа, інтересів якої торкається ця норма не погоджується з конкретизацією такого невизначеного поняття і, як наслідок, із реалізацією норми в цілому, вона може захистити свої права у визначеному законом порядку.

По-друге, юридичними гарантіями є визначені на рівні законодавства умови законності локальних та індивідуальних актів. Оскільки, як уже було зазначено, трудові відносини регулюються на різних рівнях, то вказані акти можуть містити як "новостворені" оціночні поняття, так і конкретизувати використані в актах вищого рівня оціночні поняття, тому ця гарантія може розглядатися і як нормотворча, так і нормореалізаційна. Виходячи з наведеного, визначені на рівні законодавства умови законності локальних та індивідуальних актів забезпечують правильне застосування оціночних понять трудового права. Так, наприклад, умовами законності локальних актів серед усього є дотримання процедури прийняття такого акту та дотримання вимог щодо меж локального правового регулювання. Порядок прийняття колективних договорів і угод та вимог щодо їх змісту визначені на рівні Глави 2 КЗпП України та Закону України "Про колективні договори і угоди" [10]. Оскільки процедура укладення колективного договору передбачає необхідність створення робочої комісії, яка формується з представників сторін, а затвердження цього договору здійснюється загальними зборами трудового колективу або конференцією представників трудового колективу, то всі перераховані суб'єкти мають право брати участь у конкретизації оціночних понять, використаних на державному, галузевому або регіональному рівнях. Через те що йдеться про договірний порядок врегулювання відносин, то, і діяльність по конкретизації існуючих або введенню нових оціночних понять носить колективний договірний характер, який зумовлюється колективним інтересом, що в свою чергу виступає гарантією правильного застосування оціночних понять трудового права.

У той же час у статтях 9 та 16 КЗпП України визначена ще одна умова законності трудового та колективного договорів. Указані статті передбачають, що умови договорів про працю, які погіршують становище працівника, порівняно з законодавством України про працю (і угодами сторін – стаття 16), є недійсними. Аналізуючи таке положення законодавства, правильно зазначено у науковій літературі, що закон забезпечує дотримання інтересів працівника за допомогою цього додаткового "страховочного" заходу. Цей захід визначає межі договірного встановлення умов праці [11, с. 166]. У розрізі зазначеного можемо констатувати, що, якщо на центральному рівні в нормативних актах визначені критерії конкретизації або встановлені переліки ситуацій (дій, явищ тощо), які охоплюються, на думку нормотворця, оціночним поняттям, суб'єкти на локальному рівні (як у колективних правовідносинах, так і в індивідуальних) повинні виходити з того, що визначено на центральному рівні. Наприклад, частина 3 статті 32 КЗпП України містить оціночне поняття "істотні умови праці", яке в цій же статті частково конкретизується шляхом визначення законодавцем умов, які він розглядає як істотні. Визначений у КЗпП перелік не є вичерпним, тобто сторони можуть скористатися правом конкретизації оціночного поняття трудового права і на локальному рівні в договірному порядку цей перелік може бути ними розширений. Одночасно необхідно зазначити, що гарантії, визначені в статтях 9 та 16 КЗпП України, дозволяють сторонам доповнювати перелік істотних умов праці поза межами тих, які зафіксовані в частині 3 статті 32 КЗпП України. Тобто, якщо сторони, наприклад, у трудовому договорі визначать, що системи і розміри оплати праці не визнаються ними як істотні умови праці, ця умова договору повинна бути визнана недійсною, як така, що погіршує становище працівника порівняно з законодавством України про працю. Як зазначав І.Я. Кисельов, будь-який нормативний акт, який знаходиться на нижчій сходинці в ієрархії джерел трудового права, може, як правило, тільки покращувати становище працівника порівняно з нормативними актами більш високого рангу [12, с. 38].

Водночас треба сказати, що в науковій літературі висловлюється позиція, що "конструктивним напрямком розвитку законодавства про працю може стати перехід від оцінки окремих умов договорів про працю такими, що погіршують становище працівників, і тому недійсних, до оцінки договорів про працю в цілому, а також встановлення в законодавстві можливості погіршення деякими умовами договорів про працю положення працівників, з відповідним покращенням їх становища іншими умовами" [13, с. 75]. На наш погляд, упровадження такого нововведення буде суперечити принципу in favorem, на якому побудовано норми трудового права України і може створити підґрунтя для зловживання з боку роботодавця, адже договори про працю, згідно традиційної, загальноприйнятої трактовки, не можуть погіршувати становище працівника порівняно з законодавством, але можуть покращувати [12, с. 38].

Як зазначає В.М. Скобелкін, юридичними гарантіями слід вважати не тільки норми, але й також діяльність відповідних державних і громадських органів, посадових осіб та представників громадських організацій, яка має правове значення і спрямована на забезпечення трудових прав робітників і службовців [3, с. 43]. Тому, по-третє, юридичною гарантією виступає визначена нормами права діяльність системи органів, що здійснюють нагляд і контроль за дотриманням законодавства про працю. О.Т. Панасюк точно відмітив, що контрольно-наглядова функція має особливий забезпечувально-захисний зміст [14, с. 112].

Статтями 259 та 260 КЗпП України визначено систему органів, які здійснюють нагляд і контроль за додержанням законодавства про працю і про охорону праці, але, на жаль, редакції цих статей застарілі і не відображають систему діючих органів по нагляду і контролю за дотриманням законодавства про працю і про охорону праці. Детально не зупиняючись на системі органів, що здійснюють указані функції, та на питанні про їх повноваження, зауважимо, що розрізняють державний нагляд і контроль, прокурорський нагляд і громадський контроль. Як зазначає В.І. Прокопенко, під наглядом слід розуміти правову форму здійснення захисної функції по додержанню законності в трудових правовідносинах, відповідності дій власника або уповноваженого ним органу приписам трудового законодавства. Органи, на які покладено функції нагляду, мають право вказати на допущені порушення і заявити подання щодо їх усунення. Контролем визнається організаційно-управлінська діяльність, що здійснюється вищими відомчими органами, профспілками, трудовими колективами, відповідними радами. Контроль, як перевірка дій власника або уповноваженого ним органу проводиться з точки зору не тільки відповідності цих дій трудовому законодавству, а й їх доцільності і ефективності, врахування передового досвіду організації роботи у галузі в даній місцевості [15, с. 394]. Відповідні органи мають право доводити до відома роботодавця інформацію про порушення ним норм трудового законодавства і вимагати від нього усунення цих порушень, а окремі з названих органів наділені правом притягнення до відповідальності винних суб'єктів. Оскільки частину цих норм складають ті, у яких використовуються оціночні поняття, то, з одного боку, перелік питань, які віднесені до компетенції цих органів, надає їм право здійснювати конкретизацію цих понять, а, з іншого, повноваження, якими наділені вказані органи, надають їм право вимагати від суб'єктів трудових правовідносин врахування цієї конкретизації, яка в результаті фіксується у формі подання, приписів, розпоряджень тощо. Якщо ж особа, до якої було здійснено припис (або в іншій визначеній нормативними актами формі видано певну вказівку) не погоджується з діями представника відповідного органу, вона може оскаржити ці дії.

По-четверте, такими гарантіями є встановлена нормами трудового законодавства система органів по розгляду трудових спорів, а також визначений порядок розгляду цих спорів. Систему цих органів складають органи по розгляду індивідуальних трудових спорів (комісії по трудових спорах (далі – КТС); районні, районні у місті, міські чи міськрайонні суди (далі – суд) – стаття 221 КЗпП України та органи по розгляду колективних трудових спорів (примирна комісія; трудовий арбітраж, а в певних випадках – суд) – Закон України "Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)" від 3 березня 1998 року [16].

Законодавець, наділивши вказані органи правом вирішувати певні види трудових спорів, надав їм право здійснювати остаточну конкретизацію оціночних понять, що містяться в нормах, які були використані, адже складовою процесу вирішення трудового спору є перевірка правильності застосування законодавства про працю. У той же час про "остаточність" конкретизації можна говорити досить умовно. По-перше, конкретизація буде носити остаточний характер тільки відносно окремого казусу, тобто на рівні норми права це поняття залишатиметься оціночним, а, по-друге, це залежить від того, якими повноваженнями наділений орган по розгляду трудового спору, чи є рішення цього органу обов'язковим для суб'єктів цих правовідносин і чи надано їм право на оскарження такого рішення.

Наприклад, рішення суду як органу по розгляду індивідуальних трудових спорів є обов'язковим до виконання сторонами. Частина 2 статті 13 Закону України "Про судоустрій і статус суддів" від 7 липня 2010 року передбачає, що рішення суду є обов'язковими до виконання усіма органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими та службовими особами, фізичними і юридичними особами та їх об'єднаннями на всій території України. Обов'язковість урахування (преюдиційність) судових рішень для інших судів визначається процесуальним законом [17]. Одночасно згідно зі статтею 14 цього ж закону учасники судового процесу та інші особи у випадках і порядку, встановлених процесуальним законом, мають право на апеляційне та касаційне оскарження судового рішення, а також на перегляд справи Верховним Судом України. Необхідно зазначити, що незважаючи на надане право на оскарження, насамкінець буде винесено остаточне рішення суду, яке виступить формою конкретизації оціночного поняття, що було використано. Отже, виносячи це рішення, суд здійснює оцінку того, чи правильно, чи неправильно було конкретизовано оціночне поняття суб'єктом, що застосовував норму.

В той же час, рішення не всіх органів по вирішенню трудових спорів мають обов'язковий для сторін характер. Так, якщо колективний трудовий спір виник через розбіжності, що виникли між сторонами соціально-трудових відносин, щодо виконання колективного договору, угоди або окремих їх положень чи через невиконання вимог законодавства про працю, то такий трудовий спір розглядається трудовим арбітражем. Можлива ситуація, коли сторонами цього спору не досягнуто згоди в частині конкретизації оціночного поняття, що використано чи на рівні законодавства, чи на рівні колективного договору. Частина 5 статті 12 Закону України "Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)" визначає, що рішення трудового арбітражу про вирішення колективного трудового спору (конфлікту) є обов'язковим для виконання, якщо сторони про це попередньо домовилися [16]. Тож можна зробити висновок про те, що якщо сторони такої попередньої домовленості не мали, то рішення цього органу не є для них обов'язковим. Таким чином, конкретизація відповідного оціночного поняття, яка була здійснена трудовим арбітражем і знайшла своє закріплення в рішенні цього органу, може бути як врахована сторонами колективного трудового спору, так і не врахована. Необхідно зазначити, що до складу трудового арбітражу входять крім інших осіб, залучені сторонами фахівці та експерти. Отже, висновок у частині конкретизації оціночного поняття носить вищий фаховий рівень. Оскільки сторони усе ж таки можуть домовитись про обов'язковість рішення трудового арбітражу для них, такий підхід сприятиме правильному використанню, конкретизації оціночних понять трудового права.

По-п'яте, юридичною гарантією правильного застосування оціночних понять трудового права виступає також діяльність Конституційного Суду України по прийняттю рішень та Пленуму Верховного Суду України (відповідно до норм Закону України "Про судоустрій і статус суддів" від 7 липня 2010 р. діяльність Пленуму вищого спеціалізованого суду [17, ст.36]) зокрема в частині визначення критеріїв конкретизації оціночних понять в такому акті узагальнення судової практики, як постанови цього органу.

Враховуючи вищевикладену позицію Т.В. Кашаніної щодо організаційних гарантій, під *організаційними гарантіями* правильного застосування оціночних понять трудового права, на наш погляд, слід розуміти сукупність не врегульованих нормами права засобів, способів, умов та правил, які сприяють правильному застосуванню і використанню оціночних понять трудового права України. До таких, на нашу думку, слід віднести заходи, направлені на правову освіту населення, зокрема видання і розповсюдження спеціальної літератури, проведення фахівцями в галузі трудового права і практичними працівниками лекцій, круглих столів, семінарів для громадськості тощо.

Таким чином, систему гарантій правильного застосування оціночних понять трудового права утворюють нормотворчі та нормореалізаційні гарантії, які у своїй сукупності забезпечують безпомилкове використання або впровадження оціночних понять трудового права України.

1. Косович В.М. Оцінювання й оцінки у національному й міжнародному правозахисті / В.М. Косович // Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України / [редкол. П.М. Рабінович та ін.]. – Львів: Світ, 2006. – Випуск 12 – 251 с. – (Серія 1. Дослідження та реферати). 2. Кашанина Т. В. Оценочные понятия в советском праве [Електронний ресурс] / Т. В. Кашанина // Правоведение. – 1976. – № 1. – С. 25-31. – Режим доступа: http://www.law.edu.ru/article/article.asp?articleID=188031 3. Скобелкин В.Н. Юридические гарантии трудових прав робочих и служащих / В.Н. Скобелкин. – М.: Юрид. лит., 1969. – 184 с. 5. Іншин М.І. Юридичні гарантії як фактор стабільності та підвищення ефективності службово-трудової діяльності державних службовців / М.І. Іншин // Право України. – 2004. – № 5. – С. 83 – 87. 6. Власенко Н.А. Язык права: [монография] / Н.А. Власенко. – Иркутск: Восточно-Сибирское книжное изд-во, АО Норма-плюс, 1997. – 174 с. 7. Законодательная техника: научно-практическое пособие: [отв. ред. Ю.А. Тихомиров]. – М.: Городец, 2000. – 272 с. 8. Ковальський В.С. Правотворчість: теоретичні та логічні засади / В.С. Ковальський, І.П. Козінцев. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – 192 с. 9. Методичні рекомендації щодо розроблення проектів законів та дотримання вимог нормопроектної техніки: [схвален. постановою колегії Міністерства юстиції України від 21 листопада 2000р. № 41] // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.uapravo.net/data/base48/ukr48510.htm 10. Скакун О.Ф. Теорія держави і права: підруч. / пер. з рос. / О.Ф. Скакун. – Х.: Консум, 2001. – 656 с. 11. Про колективні договори і угоди: Закон України від 1 липня 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 36. – Ст. 36. 12. Иванов С.А. Советское трудовое право: вопросы теории / С.А. Иванов, Р.З. Лившиц, Ю.П. Орловский – М.: Наука, 1978. – 368 с. 13. Киселёв И.Я. Сравнительное и международное трудовое право: учеб. [для вузов] / И.Я. Киселёв. – М.: Дело, 1999. – 728 с. 14. Науково-практичний коментар до законодавства України про працю / В.Г. Ротань, І.В. Зуб, Б.С. Стичинський. – [6-те вид., доп. і перероб.]. – К.: А.С.К., 2006. – 976 с. 15. Панасюк О.Т. Контроль та нагляд як функція трудового права / О.Т. Панасюк // Право України. – 2007. – № 2. – С. 108 – 112. 16. Прокопенко В.І. Трудове право України: підруч. / В.І. Прокопенко. – [вид. 2-ге стереотип.]. – Х.: Консум, 1998. – 480 с. 17. Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів): Закон України від 3 березня 1998 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 34. – Ст. 227. 18. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 7 липня 2010 р. // Голос України від 03.08.2010 – № 142. 19. Про затвердження переліку сімейних обставин та інших поважних причин, що можуть бути підставою для звільнення з військової служби військовослужбовців, які проходять службу за контрактом: постанова Кабінету Міністрів України від 4 березня 1994р. № 150 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=150-94-%EF 20. Про практику розгляду судами трудових спорів: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 1992 року № 9 // Постанови Пленуму Верховного Суду України у цивільних справах [3-є вид., змін. і доп.]. – К.: Видавничий дім "Скіф", 2008. – С. 147-164. 21. Про судову практику в справах про відшкодування шкоди, заподіяної підприємствам, установам, організаціям їх працівниками: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 29 грудня 1992 року № 14 // Постанови Пленуму Верховного Суду України у цивільних справах [3-є вид., змін. і доп.]. – К.: Видавничий дім "Скіф", 2008. – С. 165-175.

Надійшла до редколегії 22.09.10

Н. Задирака, канд. юрид. наук

РІВНІСТЬ ДОСТУПУ ДО УПРАВЛІННЯ ДЕРЖАВНИМИ СПРАВАМИ ЗА ҐЕНДЕРНОЮ ОЗНАКОЮ

В статті розглядаються проблемні питання правового регулювання рівності доступу чоловіків та жінок до участі в управлінні державними справами в Україні.

Ключові слова: державне управління, гендерна ознака, права людини.

В статье рассматриваются проблемные вопросы правового регулирования доступа мужчин и женщин к управлению государственными делами в Украине.

Ключевые слова: государственное управление, гендерный признак, права человека.

This article contains thorough analysis of the issues related to access of women to governance and public decision making.

Key words: state affairs, government, gender, human rights.

Великий філософ давнини Аристотель у своїй відомій праці "Політика" понад дві тисячі років тому намагався роз'яснити деякі проблеми гендерної рівності. Аристотель стверджував, що "державу варто вважати поділеною на дві частини – чоловіче і жіноче населення. При тому в державному ладі, де погано налагоджена справа зі становищем жінок, половина держави неминуче виявиться беззаконною" [1; 80].

Україна проголосивши себе демократичною, правовою та соціальною державою, тим самим взяла на себе обов'язки дотримання вимог міжнародного співтовариства щодо рівноправності громадян, у тому числі за статевою ознакою. Ці положення містяться у ключових міжнародних документах з прав людини, таких як Загальна декларація прав людини, Міжнародний пакт про громадянські та політичні права, Конвенція ООН "Про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок" та інших актах, до яких приєдналася Україна.

Проблема створення ефективно діючого правового механізму забезпечення для жінок рівних з чоловіками можливостей щодо участі в управлінні державою, в політичному та культурному житті України, доступі до матеріальних ресурсів значно актуалізується на сучасному етапі розвитку українського суспільства. Відбувається усвідомлення того, що різниця між людьми, обумовлена біологічним статусом, не повинна розглядатися з точки зору чоловічої переваги, а потребує формування і вдосконалення юридичних гарантій захисту прав жінок.

Проблема охорони, захисту, гарантування, дотримання прав та свобод жінок і раніше привертала увагу вчених, які досліджували окремі питання прав жінок та юридичні гарантії їх захисту в Україні. Але ця сфера є новою та фактично невизначеною у науково – правовій

© Задирака Н., 2010

думці. Гендерні дослідження у Радянському Союзі не велися, хоча проблеми становища жінок не залишалися поза увагою радянських вчених. Жіноче питання вважалося вирішеним, тому проблеми прав жінок не піднімалися взагалі, хоча визнавалось існування деяких недоліків, які потрібно було ліквідувати.

Починаючи з кінця 80-х початку 90-х рр., активізуються дослідження становища жінок, які все частіше і глибше використовують гендерну методологію. Це праці Т. Клименкової, О. Вороніної, З. Хоткіної, С. Айвазової, А. Посадської, А.Олійник, Т.Мельник, В. Буроменського, Н.Болотіної, І.Лаврінчук, З.Ромовської, К. Левченко та інших авторів. Саме в них традиційні та гострі питання функціонування суспільства та держави, статусу в ньому жінок, чоловіків та дітей починають розглядатись з гендерних позицій.

Нагальною потребою сьогодення є прийняття правових норм, які б забезпечили розвиток статей як рівних, та гендерних відносин, як рівноправних, оскільки правове становище жінки на рівні суспільства і сім'ї є показником розвиненості політичного, соціального і правового державного устрою. При цьому ідеї рівноправності найширше можуть бути втілені за допомогою державного механізму реалізації та забезпечення гендерної рівності в усіх сферах життєдіяльності суспільства через систему державних структур.

Державна політика сьогодні дедалі більше орієнтується на створення рівних можливостей для жінок і чоловіків. Особливістю формування державної ґендерної політики в Україні є те, що вона будується, по-перше, на основі міжнародних нормативно-правових актів, ратифікованих Україною, а по-друге, регулюється національними нормативно-правовими актами щодо рівноправності між жінками і чоловіками. Таким чином, правове регулювання державної ґендерної політики в Україні здійснюється нормативно-правовими актами двох рівнів: наднаціонального та національного.

На міжнародному рівні існують кілька документів, що констатують міжнародне визнання цієї проблеми та визначають напрями її вирішення. Це, зокрема, Конвенція ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації до жінок і Цілі розвитку тисячоліття ООН (ЦРТ).

Ратифікувавши Конвенцією про ліквідацію усіх форм дискримінації стосовно жінок, Україна прийняла на себе викладені в статті 2 зобов'язання викорінювати дискримінацію в усіх її формах усіма можливими методами. Очевидно, що першочерговим заходом з ліквідації дискримінації є законодавчі механізми, тобто інкорпорування принципів ґендерної рівності в Конституцію України, закони і підзаконні нормативно-правові акти.

Відповідно до статті 7 цієї Конвенції, держави-учасниці застосовують "всі відповідні засоби для ліквідації дискримінації до жінок у політичному та суспільному житті". Декларація про ЦРТ, своєю чергою, закликає уряди забезпечити ґендерне співвідношення на рівні від 30 до 70% для будь-якої статі у виборних органах і вищих органах виконавчої влади до 2015 року [5; 83]. Україна, приєднавшись до цих документів, також фактично визнала існування проблеми та взяла на себе зобов'язання її вирішити.

Наслідком взяття нашою державою на себе таких зобов'язань стала розробка документу "Цілі Розвитку тисячоліття. Україна", в якому для забезпечення ґендерної рівності поставлено два основних завдання до 2015 року:

- забезпечити досягнення гендерного співвідношення (на рівні не менше 30 до 70 тієї чи іншої статі у представницьких органах влади та на вищих щаблях виконавчої влади. Індикаторами здійсненні цього блоку є: ґендерне співвідношення серед депутатів Верховної Ради України, серед депутатів місцевих рад (окремо на всіх рівнях) та ґендерне співвідношення серед вищих державних службовців.
- наполовину скоротити розрив в доходах жінок і чоловіків. Індикатором визначено співвідношення середнього рівня заробітної плати жінок і чоловіків [7].

Про рівне представництво жінок і чоловіків у виборних органах також ідеться у документах Європейського Союзу, що важливо з огляду на євроінтеґраційні прагнення України. Зокрема це такі документи, як Резолюція Європейського парламенту стосовно жінок у процесі ухвалення рішень від 2 березня 2000 року № B5-0180/2000 та Резолюція Ради Європи щодо збалансованої участі жінок і чоловіків у процесі ухвалення рішень від 27 березня 1995 року № 95/С 168/02.

Визначення в Конституції України принципу рівноправності жінок і чоловіків свідчить про вихід Української держави й громадянського суспільства на європейський і світовий рівень розв'язання ґендерних проблем. Формально політична рівність усіх громадян України закріплена в Конституції (статті 24, 36, 38, 51 та ін.).

Так, рівність прав і свобод людини й громадянина незалежно від статі визначається і гарантується ст. 24 Конституції України, в якій, зокрема, закріплено: "Громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом... рівність прав жінки і чоловіка забезпечується: наданням жінкам рівних з чоловіками можливостей у громадсько-політичній і культурній діяльності, у здобутті освіти і професійній підготовці, у праці та винагороді за неї…" [4; 28].

Те саме передбачається в Законі "Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків". Проте механізмів, що мають забезпечувати збалансоване представництво жінок і чоловіків у виборних органах влади в Україні, не запроваджено.

Також Верховна Рада України, керуючись Загальною декларацією прав людини, Конвенцією про ліквідацію усіх форм дискримінації стосовно жінок (Жіночою конвенцією), ратифікованими Україною міжнародними договорами про права і свободи людини, 5 березня 1999 р. Постановою № 475-XIУ прийняла Декларацію про основні принципи державної політики України стосовно родини і жінок [2; 11-12].

Відповідно до Декларації держава гарантує жінкам і чоловікам рівні права і можливості стосовно основних прав і свобод людини у всіх сферах громадського життя. Таким чином, Україна визначилася стосовно принципів і основних напрямків державної політики з питань родини і статусу жінок, але ця політика реалізується не повною мірою, і поки що не дала очікуваних результатів.

Іншими відповідними документами національного законодавства, що закріплюють право громадян на участь у всіх формах політичного життя є Закони України "Про вибори Президента України" (стаття 2), "Про вибори народних депутатів України" (стаття 1), "Про місцеве самоврядування в Україні" (стаття 3), "Про державну службу" (стаття 4), "Про об'єднання громадян" та інші.

Як справедливо зазначає К.Левченко "…ефективність законодавства, по суті, є мірою можливості влади впливати правовими засобами на розвиток суспільних відносин відповідно обраним пріоритетам та напрямам розвитку, однією з обов'язкових умов трансформації суспільства… одним із шляхів удосконалення правової бази є прийняття спеціального ґендерного законодавства..." [6; 25].

Комітет ООН з прав людини при розгляді доповіді України (2001 р.) висловив свою стурбованість з приводу низького рівня представництва жінок у парламенті і на ключових посадах як у державному, так і в приватному секторі, і рекомендував уряду розглянути питання про вживання позитивних заходів, включаючи спеціа-

льні освітні заходи, спрямовані на поліпшення стану жінок у суспільстві [3; 9].

Світовий досвід свідчить про наявність двох принципових підходів, що їх застосовують держава, політичні партії або громадські організації для забезпечення збалансованого представництва обох статей в органах влади.

Перший підхід – це система підтримувальних дій. Це заходи державної або партійної політики щодо забезпечення збалансованого представництва. Вони спрямовуються на подолання першопричин ґендерного дисбалансу у виборних органах і реалізуються через:

- підтримку ініціатив жінок з висування своїх кандидатур на керівні посади;
- надання фінансової допомоги жінкам-кандидатам;
- організацію для них спеціальних курсів, семінарів і конференцій та ін.

Наприклад, у більшості розвинених країн на державному чи партійних рівнях створено цільові фонди для фінансування видатків на передвиборну кампанію, відрядження та догляд за дітьми жінок-кандидатів. Таким способом вирішується проблема нерівних фінансових можливостей жінок і чоловіків.

Основні напрями застосування підтримувальних дій в Україні визначено у Законі "Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків", а також у Державній програмі з утвердження ґендерної рівності в українському суспільстві на період до 2010 року, затвердженій Постановою Кабінету Міністрів від 27.12.2006 № 1834.

Другий підхід – це політика позитивних дій. Реалізація політики позитивних дій полягає у ґендерному нормуванні, тобто встановленні норм участі у владних структурах, що застосовуються до обох статей у пропорціях від 10 до 50%. Позитивні дії розглядаються як вимушений тимчасовий захід. Здебільшого ґендерне нормування запроваджувалося спочатку на рівні рекомендацій і цільових установок для партій.

Українське законодавство дозволяє проводити політику позитивних дій, зокрема, щодо усунення дисбалансу між можливостями жінок і чоловіків реалізовувати рівні права. Вона відповідає міжнародним договорам, до яких приєдналася Україна, а також наявній практиці, що застосовується в багатьох країнах.

Оскільки ґендерна рівність є однією з ознак правової держави, Україна зобов'язана забезпечувати дотримання прав людини, передбачених міжнародним законодавством.

Забезпечення прав і свобод людини визначає сьогодні діяльність держави, а творення нових форм суспільних відносин між статями на основі світових загальнолюдських стандартів дотримання прав людини є необхідною умовою перебудови України в контексті світового співтовариства, розбудови нових форм міжнародного спілкування.

У процесі приведення українського законодавства у відповідність до міжнародних та європейських стандартів, у справі забезпечення реалізації закріплених прав та норм вирішальною є роль держави. Перспектива забезпечення рівних прав та можливостей – це важлива сучасна соціальна цінність, досягнення якої сприятиме позитивному розвитку людини, суспільства та держави.

1. Аристотель. Политика. Кн.2. – М.: Наука, 1997. 2. Декларація про основні принципи державної політики України відносно родини та жінок / Офіційний вісник України. – К., 1999. – № 11. 3. Заключні зауваження та рекомендації Комітету ООН з прав людини: Україна, док. ООН CCPR/CO/73/UKR, 12 листопада 2001 р., п.9. 4. Конституція України – Основний Закон суспільства, держави, людини: Наук.-метод. рек. / Кол.авт.; Кер. проф. І.Ф.Надольний. – К.: Вид-во УАДУ, – 1998. 5. Левченко К. Б. Гендерна політика вУкраїні: визначення, формування та управління. – Харків. 2003. 6. Левченко К. Б. Управління процесами формування ґендерної політики в Україні (організаційно-правові аспекти) – Харків, 2003. 7. http://www.khpg.org // Досідження. Права людини в Україні.

Надійшла до редколегії 23.09.10

В. Беньківський, асист.

ЛОГІЧНІ І ТЕОРЕТИЧНІ ПІДСТАВИ ВСТАНОВЛЕННЯ ПРИЧИНОВОГО ЗВ'ЯЗКУ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ

У статті розглядаються логічні і теоретичні підстави встановлення причинового зв'язку в кримінальному праві.
Ключові слова: причиновий зв'язок, кримінальне право, підстава.

В статье рассматриваются логические и теоретические основания установления причинной связи в уголовном праве.
Ключевые слова: причинная связь, уголовное право, основание.

Logical and theoretical basis of contemplation of causal relation in criminal law are discussed in this article.
Key words: criminal law, basis, causal relation.

Встановлення причинового зв'язку у кримінальному праві має свої логічні й теоретичні підстави.

Кожна з "класичних" теорій причинового зв'язку (conditio sine qua non, теорія адекватного причинового зв'язку, необхідного спричинення) у тій чи іншій мірі використовує логічний метод для встановлення причинового зв'язку. У більшій мірі це стосується conditio sine qua non; у меншій – теорії необхідного спричинення.

Зокрема, у conditio sine qua non використовується метод гіпотетичного елімінування (мисленого виключення) коли необхідність умови (причини) для настання наслідку (що є підставою для висновку про юридичне значення зв'язку) встановлюється наступним чином:

1. визначається певна логічна сукупність умов, що характеризується яскраво вираженою характеристикою: еквівалентністю у відношенні до наслідку;
2. фіксується певна еквівалентна умова у зазначеній сукупності умов (зокрема, дій винного);
3. дії винного мислено виключаються із загальної суми явищ, що визначають даний факт (наслідок), і якщо виявиться, що незважаючи на це, наслідки б наступили, то результат не може бути приписаний даній особі;
4. якщо ж, навпаки, наслідки не настають або настають не у визначеному порядку, то дії особи є conditio sine qua поп результату, умовою без якої він не настав би.

Застосування методу мисленого виключення у кримінальному праві здійснювалося такими представниками німецького кримінального права як М. Бурі, Круг, Глазер й було адаптацією у юриспруденції логіко-філософських підходів Д. С Мілля. Д. С Мілль вважається розробником методу мисленого виключення і причиною у філософському розумінні вважав такий збіг попередніх (в логічному сенсі антецедентів) за яким дане явище незмінно і безумовно слідує [1, с.880].

Сутність теорії необхідного спричинення висловлена А. А. Піонтковським у його тезі, згідно з якою, питання про кримінальну відповідальність може ставитися

© Беньківський В., 2010

лише у відношенні необхідних наслідків дії людини. Усі випадкові наслідки лежать за межами інтересів кримінального права [2, с.303].

Отже, якщо в межах conditio sine qua поп, для вирішення питання встановлення причинового зв'язку, використовується логічний метод мисленого виключення, логіка класів (приналежність до класу визначається властивістю "еквівалентність"), то у теорії необхідного спричинення для вирішення питання встановлення каузального зв'язку застосовуються філософські категорії "необхідність" і "випадковість" і не застосовуються формально-логічні підстави.

Однак, і в охарактеризованих теоріях, і у теорії адекватного причинового зв'язку (встановлення юридично значимого зв'язку ґрунтується на постулаті "типових причинних зв'язків" а отже до певного логічного класу) прослідковуються (з точки зору автора) дві тенденції у вирішені питання встановлення каузального зв'язку. Перша – встановлення причинового зв'язку відбувається способом "від наслідку до причини" (науковий акцент у межах теорії необхідного спричинення робиться на необхідних, закономірних наслідках, які породжуються внутрішньою необхідністю причинного); друге -способом "від причини до наслідку".

Логічним аналогом причинового зв'язку є імплікація (умовне судження), яке позначається: a-* b [3, с.22].

Але для того, щоб дійсно встановити причиновий зв'язок (зокрема, у кримінальному праві) необхідно розглядати два обернені судження:

1. a-* b (якщо існує причина "a", то існує наслідок "b");
2. b-* a (якщо існує наслідок "b", то існує і причина "a").

Ідеальний варіант встановлення причинового зв'язку у кримінальному праві: поєднання способів встановлення "від причини до наслідку", та від "наслідку до причини" або використання прямої (a -> b) та оберненої (b -> a) імплікації.

Однак "механізм" такого поєднання не розроблено. На практиці, враховуючи особливості злочину певного виду, передбачених Особливою частиною КК України для встановлення причинового зв'язку обирається один із зазначених способів.

Зокрема, наприклад, у ст. 131 "Неналежне виконання професійних обов'язків, що спричинило зараження особи вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби" передбачені відповідні тяжкі наслідки, що характеризуються таким рівнем специфіки, що однозначно вказує на характер дій винного (спосіб "від наслідку до причини") і у кінцевому рахунку на існування юридично значимого причинового зв'язку.

Встановлення причинового зв'язку між діями особи, що випустила в експлуатацію технічно несправні транспортні засоби та наслідки, що характеризують особливості конструювання об'єктивної сторони злочину (ст. 287 КК України) можливе при встановлені зв'язку дій даного суб'єкту злочину та суб'єкта, що порушив правила дорожнього руху або експлуатації транспорту (ст. 286 КК України) [4, с. 119-120].

Якщо зв'язок дій суб'єктів різних злочинів (складів злочинів) доведений, то доведене й настання суспільно-небезпечних наслідків і причинового зв'язку (спосіб "від причини до наслідку").

Очевидно, у тих злочинах (складах злочинів), де не виражена (нормативно закріплена) специфіка наслідку або причини необхідно застосовувати поєднання зазначених способів встановлення причин нового зв'язку.

Так, наприклад, умисне вбивство (ст. 115 КК України) в аспекті "причина" характеризується такими варіантами: 1) безпосередній фізичний вплив на потерпілого;

2) вплив з використанням різного роду фізичних, механічних, хімічних, температурних факторів та ін. В аспекті "наслідок":

1. біологічна смерть;
2. клінічна смерть.

При встановлені причинового зв'язку необхідно враховувати зв'язки виду "діяння – фактори", а також зазначені варіанти наслідків, оскільки вони характеризують ступінь заподіяння, інтенсивність і характер дій.

Резюмуючи, необхідно зазначити, що хоча логічні підстави встановлення причинового зв'язку в кримінальному праві мають формальний характер вони дають уявлення про способи мислення у випадку, якщо перед юристом поставлене завдання визначити каузальність. Теорії причинового зв'язку концентровано відображають да.ні способи мислення, що виражається в їх методиці і, зокрема, в існуванні двох способів встановлення причинового зв'язку.

1. Миль Д. С Система логики силлогистической и индивидуальной. Изложение принципов доказательства в связи с методами научного иследования. Пер. с англ. – М. Издание Г. А. Немана, 1914. – 880 с. 2. Уголовное право. Общая часть / Под ред. Пионтковского, 1948, с. 303. 3. Билецкий И. П., Кузь О. Н., Черненко В. А. Логика: Учебное пособие для студентов вузов. – К.: Кондор, 2007. – с. 22. 4. Кримінальний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 20 верес. 2010 р. : (ОФІЦ. ТЕКСТ). – К.: ПАЛИВОДА А. В. 2010. – с. 119-120.

Надійшла до редколегії 22.09.10

УДК 349.41

Т. Коваленко, канд. юрид. наук, доц., докторант

ПРОГАЛИНИ В ЗЕМЕЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ: ПОНЯТТЯ ТА СУТНІСТЬ

Досліджено сучасний стан та причини виникнення прогалин правового регулювання земельних відносин як одного з видів юридичних дефектів в земельному праві України, що суттєво знижує ефективність земельно-правового впливу. Виявлено специфічні ознаки та сформульовано поняття прогалин в земельному праві, проведено відмежування від суміжних юридичних явищ.

Ключові слова: земельне право; прогалина в праві; земельні відносини; ефективність правового регулювання.

Исследовано современное состояние и причины возникновения пробелов правового регулирования земельных отношений как одного из видов юридических дефектов в земельном праве Украины, который существенно снижает эффективность земельно-правового влияния. Выявлено специфические признаки и сформулировано понятие пробелов в земельном праве, проведено отмежевание от смежных правовых явлений.

Ключевые слова: земельное право; пробел в праве; земельные отношения; эффективность правового регулирования.

The current situation and the reasons of the gaps emergence in the land relations' legal regulation as one of legal defects in Ukrainian land law, that significantly reduces the effectiveness of land law influence, have been investigated. The specific features have been detected, the gaps' notion has been defined and the differentiation from the similar legal phenomenon has been made.

Key words: land law; gab in law; land relations; effectiveness of legal regulation.

Значний негативний вплив на ефективність правового регулювання земельних відносин справляють юридичні прогалини, які є різновидом дефектів правового забезпечення земельного правопорядку в Україні. Розглядаючи право як систему, що просякнута єдністю і взаємообумовлена в своїх частинах, В. В. Лазарєв ви-

© Коваленко Т., 2010

знає дефектність системи, якщо з будь-яких причин відсутня ланка, яка забезпечує поряд з іншими функціональний зв'язок суспільних відносин і права [7, 86]. Як наслідок: знижується ефективність наявних правових норм і ускладнюється досягнення кінцевих цілей права [7, 95]. В правовій науці прогалини в праві розглядаються як його істотні недоліки, які заважають в тій чи іншій мірі досягненню найбільшої ефективності правового регулювання [4, 45].

Виникнення юридичних прогалин в земельному праві є об'єктивним та невідворотним правовим явищем. Сама специфіка правового регулювання, властивості системи права України та системи земельного права, особливості нормотворчого процесу зумовлюють ситуації, коли на певному проміжку часу окремі земельні відносини виявляються не врегульованими правовими нормами за наявності такої потреби, а інші – втрачають своє юридичне значення, хоча й продовжують регулюватися формально не скасованими нормативно-правовими актами.

На території України правові дослідження прогалин в праві були започатковані в радянський час (В. К. Забігайло, В. В. Лазарєв, В. М. Ліхачьов, П. О. Недбайло та інші вчені). В правовій науці України проблеми прогалин в праві досліджуються в основному в теорії права (Д. Г. Григор'єв, І. Зеленко, О. В. Колотова, П. М. Рабінович, В. П. Тарануха, О. М. Тарнопольська). В останні роки активізувалось дослідження зазначених проблем і в галузевих науках як України, так і інших держав: цивільне право (Р. А. Майданик, Т. В. Курило, О. Печений), трудове право (О. М. Ярошенко), господарське право (О. А. Беляневич, Є. В. Івашін), адміністративне право (І. Голосніченко, І. Шруб), кримінальне право (Д. О. Єрмоленко), кримінально-процесуальне право (І. Вовк). В науці земельного права України на проблеми прогалин в законодавчому регулюванні звертав увагу А. М. Мірошниченко в підручнику та навчальному посібнику "Земельне право України". Разом з тим необхідно зазначити, що більшість вчених в своїх дослідженнях особливостей правового регулювання певних різновидів земельних відносин виявляють окремі прогалини в земельному праві та обґрунтовують пропозиції щодо їх усунення чи подолання (В. І. Андрейцев, Г. І. Балюк, М. М. Бахуринська, О. А. Вівчаренко, С. Л. Гоштинар, О. В. Єлісєєва, В. М. Єрмоленко, Н. В. Ільницька, І. І. Каракаш, Т. Г. Ковальчук, П. Ф. Кулинич, Т. В. Лісова, О. С. Лисанець, А. Махінова, А. М. Мірошниченко, В. В. Носік, К. П. Пейчев, В. І. Семчик, Н. І. Титова, В. Ю. Уркевич, М. В. Шульга та інші вчені).

Значна залежність ефективності земельно-правового регулювання від наявності прогалин та відсутність спеціальних комплексних досліджень зазначених проблем в науці земельного права, зумовлюють актуальність: (а) виявлення характерних ознак та формулювання поняття прогалин в земельному праві України, (б) проведення оцінки їх впливу на стан нормативно-правового забезпечення та (в) обґрунтування шляхів мінімізації їх негативного впливу на правове регулювання земельних відносин. Наукове вирішення зазначених проблем спрямоване на досягнення високого ступеня досконалості чинного земельного законодавства, забезпечення законності у процесі застосування норм земельного права, успішне здійснення правозастосовчими органами своїх функцій, гарантування прав і законних інтересів суб'єктів земельних правовідносин та забезпечення охорони землі як основного національного багатства.

Поява юридичних прогалин в земельному праві обумовлена об'єктивними та суб'єктивними обставинами. Здійснення земельної реформи, корінна трансформація земельно-правового ладу в нашій державі, швидка зміна суспільних відносин у сфері використання та охорони земель, неможливість передбачати всієї багатоманітності земельних відносин, які будуть потребувати правового регулювання, об'єктивно призводить до появи юридичних прогалин в земельному праві, і, відповідно, зумовлює необхідність пошуку шляхів їх заповнення. Так, з часу прийняття 25 жовтня 2001 року чинного Земельного кодексу України (далі – ЗК України), більше сорока раз до нього вносились зміни та доповнення, в тому числі спрямовані на усунення прогалин земельно-правового регулювання (щодо правового регулювання емфітевзису та суперфіцію, земельних аукціонів, уточнення правового режиму земель енергетики, оборони тощо).

Водночас, юридичні прогалини в земельному праві України зумовлюються і суб'єктивними обставинами – недостатньою оперативністю нормотворця, упущеннями при прийнятті нормативно-правових актів, ігноруванням правил законодавчої техніки тощо. Зокрема, відповідно до Прикінцевих положень чинного ЗК України було доручено Кабінету Міністрів України у шестимісячний строк після опублікування цього Кодексу розробити проекти законів про державний земельний кадастр, про державний земельний (іпотечний) банк, про ринок землі, які залишаються неприйнятими до цього часу. З введенням в дію чинного ЗК України залишилося поза сферою правового регулювання право колективної власності на землю, яке було запроваджено Законом України "Про форми власності на землю" від 30 січня 1992 р. та ЗК України в редакції від 13 березня 1992 р., що породжує проблеми на практиці. Так, не визначеним є правовий режим земельних ділянок, які були передані в колективну власність недержавним сільськогосподарським підприємствам і не розпайовані (несільськогосподарські угіддя у складі земель сільськогосподарського призначення, невеликі ділянки земель водного та лісового фонду тощо). Зазначені земельні ділянки до підприємств-правонаступників не перейшли, оскільки не були оформлені нові правовстановлюючі документи відповідно до вимог чинного ЗК України. Колишні члени сільськогосподарських підприємств право власності на них не набули, так як ці землі не підлягали розпаюванню. Сумнівною є правомірність їх перебування у державній чи комунальній власності, оскільки ці земельні ділянки були приватизовані шляхом їх передачі у колективну власність, а таких підстав набуття права державної чи комунальної власності як "реприватизація" чи набуття прав на "безхазяйну" земельну ділянку земельне законодавство не передбачає. Таким чином, пошук "ефективного власника" у процесі земельної реформи призвів до втрати власника як такого, що насамперед обумовлюється прогалинами земельно-правового регулювання.

Термін "прогалина" вживається в загальновживаному та спеціально юридичному значеннях. В зв'язку з поширеністю терміну "прогалина" необхідно насамперед з'ясувати його зміст і значення в загальноприйнятому використанні слова. В тлумачному словнику української мови слово "прогалина" розкривається в прямому і переносному значеннях. В прямому значенні як 1) проміжок між чим-небудь, щілина чи 2) просторове, вільне від дерев, хлібів, іншої рослинності місце на узліссі, в саду, в полі і т. ін.; велика галява, галявина. В переносному значенні – як упущення, пропуск, вада, біла пляма [11, 22]. Таким чином, про прогалину можна говорити за наявності певного проміжку, що не підлягає заповненню в силу специфіки самого предмету, так і у випадках, коли певний проміжок є недоліком, упущенням.

Про юридичні прогалини мова може йти виключно в переносному значенні, як про певний недолік, дефект права, що свідчить про відсутність правового регулювання за умови, що воно повинно бути. Прогалини в праві, – зазначає В. В. Лазарєв, – це дефекти системи права, коли відсутні окремі норми і цілі їх сукупності, які повинні у відповідності з об'єктивними потребами суспільного розвитку закріпити і забезпечити інтереси класу (народу) [7, 71].

В Юридичній енциклопедії П. М. Рабінович прогалини у праві визначає як повну або часткову відсутність нормативно-правової регламентації певної групи суспільних відносин, що потребують правового регулювання [13, 148]. В Словнику термінів і понять законотворчої діяльності прогалини у праві розглядаються як повна або часткова відсутність правових норм, на підставі яких можна було б вирішити питання про застосування прав у випадку, що підлягає правовому регулюванню, може і повинен бути врегульований правом [5, 289].

В теорії права існують різноманітні підходи до визначення поняття "прогалина в праві", які традиційно поділяють на два види: вузький та широкий. Так, О. В. Колотова зазначає, що прибічники вузького підходу стверджують, що право регулює визначену, жорстко обмежену сферу суспільних відносин і прогалини можливі лише у межах цієї сфери, а не поза нею. Тобто, в даному випадку мова йде виключно про ту сферу суспільних відносин, яка вже законодавчо врегульована. Прихильники широкого підходу також констатують наявність прогалин лише у сфері, врегульованій правом, та лише щодо фактів, які знаходяться у сфері правового регулювання, але не зводять цю сферу до рамок "фактичного правового регулювання", встановленого законодавством [6, 75-76]. Тобто, основною відмінністю між широким та вузьким підходами до розуміння суті та значення прогалин є тлумачення поняття "сфера правового регулювання".

Конституція України в ст. 8 проголосила принцип верховенства права, що зумовлює необхідність розмежування таких понять як система права та система законодавства. В врахуванням зазначеного, на нашу думку відмінними правовими поняттями виступають "сфера правового регулювання" як система суспільних відносин, які в силу своєї специфіки повинні підпадати під дію права як одного із соціальних регуляторів, та "предмет правового регулювання" як система суспільних відносин, фактично врегульованих правом на певному етапі суспільного розвитку. Прихильники вузького підходу до визначення правової природи прогалин правового регулювання фактично ототожнюють зазначені вище правові поняття, що було виправданим в радянський час панування нормативізму та є неприйнятним в сьогоднішніх умовах розмежування права та закону і диверсифікації джерел права.

В зарубіжних наукових дослідженнях прогалина (gab, lacune, lücken) визначається як відсутність норми (або неповнота наявної норми) для вирішення конкретної справи. Розуміння прогалини в праві як будь-якої відсутності в існуючих правових актах необхідної норми для винесення суддею рішення з конкретної справи (а також будь-якої неповноти наявної норми) визнається більшістю юристів держав інших правових систем [4, 33-34].

Аналіз наявних в науковій літературі підходів до визначення поняття "прогалини в праві" дає змогу сформулювати основні ознаки прогалин в земельному праві України. Прогалини правового регулювання *об'єктивно притаманні системі земельного права України*, що обумовлено постійним розвитком суспільних земельних відносин, повністю спрогнозувати який неможливо. Розвиток правової системи України, трансформація предметів та методів різних галузей права, перманентне реформування практично всіх сфер суспільного життя, проведення земельної реформи, необхідність адаптації земельного законодавства України до законодавства ЄС тощо вносять постійні корективи в питання про фактичну приналежність певних земельних явищ до правової сфери, в тому числі й до сфери регулювання нормами саме земельного права. Об'єм та форми правового впливу на суспільні земельні відносини, які зазнають постійних змін, потребують перегляду меж правового регулювання, зміни кола суспільних земельних відносин, подій, фактів, які потребують правового регулювання.

Прогалини в земельному праві справляють *негативний вплив на ефективність правового регулювання земельних відносин*, оскільки відсутність норми матеріального права позбавляє можливості суб'єкта задовольнити свої особисті, економічні, рекреаційні та інші земельні потреби й інтереси. Так, неврегульованість в земельному законодавстві права загального землекористування громадян ускладнює їх доступ до пляжів, парків, лісів та інших місць відпочинку населення, особливо в Криму та інших курортних місцевостях. Відсутність норм процесуальних має своїм наслідком неможливість набуття чи реалізації суб'єктивних земельних прав, виконання особами своїх земельних обов'язків, позбавляє дієвості норми матеріальні, що також негативно впливає на правове забезпечення потреб та законних інтересів суб'єктів земельних правовідносин та охорону землі як основного національного багатства.

Прогалина в правовому регулюванні буде мати місце за умови, якщо *наявні суспільні земельні відносин підпадають під сферу саме правового регулювання.* Сфера правового регулювання – це певне коло суспільних відносин, подій, фактів і обставин, які потребують правового регулювання [7, 73], сукупність найсуттєвіших суспільних відносин, які відображені у свідомій вольовій поведінці суб'єктів та підлягають правовому регулюванню, з огляду на необхідність їх зовнішнього контролю з метою недопущення втручання в охоронювані правом цінності [6, 78]. У цьому зв'язку негативний вплив на забезпечення ефективності правового регулювання земельних відносин справляє норма, вміщена до ч. 1 ст. 2 ЗК України, яка зводить сферу земельно-правового регулювання до суспільних відносини щодо володіння, користування і розпорядження землею, тобто виключно до відносин власності на землю. Так, В. І. Андрейцев зазначає, що таке законодавче регулювання земельних відносин не тільки є невдалим, але й некоректним, звужує межі, зміст розуміння їх, позбавляє можливостей їхнього адекватного і реального втілення, оскільки воно може бути застосоване тільки щодо однієї групи відносин – відносин права власності на землю [1, 47].

В юридичній науці зазначається, що "право не претендує на впорядкування всіх сфер і сторін життєдіяльності людини. Воно лише визначає межі "порядку", який може (і повинен) бути загальним для всіх людей і, відповідно, підтримуватись примусово, тобто отримувати в законах державновладне вираження, конкретизацію, визнання, захист" [3, 14]. Тому прогалина в земельному праві буде мати місце лише за умови, що певне коло суспільних земельних відносин внаслідок їх важливості потребує врегулювання саме за допомогою правових норм, які є загальнообов'язковими та забезпечуються державою, проте з певних причин суб'єктивного чи об'єктивного характеру такі земельні відносини залишаються поза правовим регулюванням. Зокрема, П.О. Недбайло наголошує, що прогалини в праві не можна ототожнювати з неврегульованістю відносин, які

не підлягають правовому впливові, так як межі правового впливу досить рухливі [10, 455]. Адже не всі суспільні відносини, які виникають у сфері охорони, відтворення та раціонального використання землі, повинні підпадати під регулювання правових норм. Важливу роль у регулюванні земельних відносин відіграють інші соціальні норми – моральні, звичаєві, релігійні, корпоративні. У цьому зв'язку викликає певні сумніви доцільність появи в чинному ЗК України глави 17 "Добросусідство", норми якої закріпили "право відрізати корені дерев і кущів, які проникають із сусідньої земельної ділянки", "право на спільне використання межових споруд", "право спільного використання дерев, які стоять на межі земельних ділянок", адже до законодавчого врегулювання, відносини добросусідства протягом сторіч досить ефективно регулювалися моральними, звичаєвими, релігійними нормами.

В земельно-правовій науці питання визначення сфери правового регулювання розглядаються в контексті аналізу предмета земельного права України. Зазначені проблеми аналізувались в роботах В. І. Андрейцева, М. Я. Ващишин, В. М. Єрмоленка, П. Ф. Кулинича, В. В. Носіка, В. І. Федоровича, інших вчених, а також в підручниках та навчальних посібниках із земельного права України. Так, на думку В. В. Носіка, предмет земельного права України складають суспільні відносини, що виникають між їх учасниками у зв'язку з реалізацією формально визначених у Конституції України, законах та інших джерелах правових імперативів і положень щодо використання землі як об'єкта права власності українського народу і основного національного багатства, що перебуває під особливою охороною держави, а також у сфері здійснення суб'єктивних прав на землю, реформування земельних відносин, раціонального використання та охорони землі, діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування у галузі регулювання земельних відносин, захисту земельних прав тощо [12, 56]. Проте, як видається, поняття "сфера правового регулювання" та "предмет правового регулювання" земельного права України є різними поняттями, які співвідносяться як належне та дійсне. Так, сфера правового регулювання земельного права – це ті відносини, явища, факти, які в силу своєї специфіки повинні підпадати під дію земельно-правових норм. Предмет правового регулювання в теорії права та в теорії земельного права традиційно визначається як коло суспільних відносин, врегульованих нормами певної галузі права. В умовах реформування земельних відносин питання щодо сфери правового регулювання земельно-правових норм залишається актуальним.

В юридичній науці радянського періоду С. С. Алексєєв сформулював критерії визначення сфери правового регулювання певних відносин, а саме: а) регулювання є об'єктивно можливим, б) економічно та політично необхідним, в) характер поведінки учасників цих відносин потребує як зовнішнього контролю, так і примусового дотримання передбаченого нормами правила поведінки [2, 55]. В теорії права України О. Ф. Скакун визначає наступні ознаки сфери правового регулювання: (1) є соціальною; (2) суспільні відносини можуть бути урегульовані правом; (3) містить у собі сукупність конкретних, типових і повторюваних суспільних відносин, що об'єктивно мають потребу у врегулюванні правом; (4) охоплює важливі суспільні відносини; (5) має обмежений обсяг охоплення [15, 285-286]. На нашу думку, зазначені підходи можуть бути застосовані й при визначенні сфери правового регулювання земельних відносин в Україні. Необхідно також враховувати, що сфера правового регулювання земельних відносин є досить гнучкою і змінюється залежно від економічних, політичних, ідеологічних та інших обставин. Так, лише з 2002 року у сферу правового регулювання потрапили речові права на чужі земельні ділянки, відносини добросусідства, які до цього регулювались іншими соціальними нормами.

Прогалина в правовому регулюванні земельних відносин характеризується *відсутністю норми земельного права, яка б врегульовувала ті земельні відносини, які підпадають під сферу правового регулювання*. Як зазначає В. В. Лазарєв, "прогалиною в праві буде така неповнота законодавства, коли зміст норм права не дає підстав для вирішення певного випадку, коли ні буквальним текстом нормативного акту, ні його змістом цей випадок не охоплюється. Така ситуація створюється, наприклад, там, де урегульованість одних життєвих обставин неминуче вимагає нормативного визначення наслідків такого регулювання" [7, 88]. Так, з 2002 року у ст. 119 ЗК України передбачено можливість набуття права на земельну ділянку за давністю користування (набувальна давність). При цьому закріплення такої норми фактично створило прогалину в правовому регулюванні, замість підвищення ефективності правового забезпечення земельних відносин. По-перше, виникає питання щодо початку відліку п'ятнадцятирічного строку добросовісного, відкритого та безперервного користування земельною ділянкою – з 1 січня 2002 року, з 13 березня 1992 року, з 1 березня 1990 року чи ще раніше. По-друге, чітко не визначений суб'єкт, що може скористатися таким правом – "громадяни". По-третє, особа може клопотати про набуття права власності на землю чи права землекористування, при цьому не зрозуміло, хто ж приймає остаточне рішення щодо правового титулу, на якому надається земельна ділянка. По-четверте, порядок надання земельних прав на підставі набувальної давності здійснюється в порядку, встановленому Земельним кодексом, хоча сам Кодекс не містить ніяких спеціальних норм щодо повноважень органів та порядку доведення добросовісності, відкритості та розумності фактичного землекористування.

Для встановлення прогалини в земельному праві не достатньо виявити відсутність чи неповноту правового регулювання певних відносин. Варто довести *потребу в їх правовому забезпеченні*. Не будь-яку відсутність правового регулювання земельних відносин можна визнати юридичною прогалиною та застосувати відповідні способи її заповнення. Для констатації наявності прогалини важливо встановити оптимальне співвідношення між можливістю та необхідністю правового регулювання земельних відносин, вірно розмежувати імперативне і диспозитивне регулювання з врахуванням комплексності земельного права. Правове регулювання земельних відносин можливе в тих межах, в яких об'єктивні, економічні закономірності залишають свободу вольової поведінки осіб. Необхідність правового регулювання злежить від важливості земельних відносин і від того, наскільки доцільно та об'єктивно необхідно за певних умов врегульовувати окремі земельні відносини такими специфічними засобами як правові норми. Практика земельно-правового регулювання в Україні має приклади прийняття нормативно-правових актів всупереч реальним потребам у правовому опосередкуванні певних земельних відносин. Зокрема, 19 лютого 2002 р. Президент України видав Указ "Про додаткові заходи щодо соціального захисту жителів гірських районів України та підвищення ефективності використання земель лісового фонду", яким було передбачено безоплатну передачу земельних ділянок лісового фонду у власність колишнім членам колективних сільськогосподарських підприємств, розташованих у гірських районах

України з обмеженою кількістю земель, придатних для потреб сільського господарства. Так і не вступивши в дію внаслідок відсутності механізмів його реалізації, зазначений Указ був визнаний Президентом України таким, що втратив чинність, 27 травня 2002 р.

Прогалина в земельному праві буде наявна за умови, якщо *законодавець ненавмисно, внаслідок помилки чи інших обставин не врегулював певні земельні відносини.* Адже в окремих випадках суб'єкт нормотворення свідомо залишає врегулювання тих чи інших відносин на розсуд судів та інших органів при застосуванні земельно-правових норм. Так, для земельного права характерне використання оціночних понять, зміст яких недостатньо чи взагалі не визначено теорією права [14, 400]. Такі поняття надають гнучкості та рухливості правовому регулюванню земельних відносин, дають можливість враховувати певну конкретну життєву ситуацію. В якості прикладу можна навести ст. 119 ЗК України, в якій в якості умов набуття прав на землю за давністю користування визначено оціночні поняття "добросовісне", "відкрите" і "безперервне" користування земельною ділянкою протягом 15 років за відсутності правовстановлюючих документів. При цьому зміст таких понять як "добросовісність", "відкритість" та "безперервність" в кожному конкретному випадку буде визначатись залежно від обставин справи. Зазначене не дає підстав для констатації наявності прогалини земельно-правового регулювання.

В юридичній літературі поряд із поняттям "прогалина у праві" використовують поняття "прогалина в законі". Так, О. Ф. Скакун зазначає, що прогалина в законі – повна або часткова відсутність необхідних юридичних норм у чинних законодавчих актах [15, 594]. В радянський час поняття "прогалини в законах" і "прогалини в праві" ототожнювались. Зокрема, В. В. Лазарєв вказував, що "радянське законодавство – це і є радянське право, оскільки інші джерела права, крім нормативних актів, не мають серйозного значення" [7, 59].

Аналіз земельного законодавства та практики його застосування дає підстави для розмежування "прогалин в земельному праві" та "прогалин в земельному законодавстві" (або "прогалин в земельному законі" якщо поняття "закон" тлумачити в широкому значенні як сукупність нормативно-правових актів). Якщо прогалина в земельному праві характеризується відсутністю земельно-правової норми, яка повинна врегулювати певні земельні відносини, то прогалина в земельному законодавстві буде мати місце за умови відсутності нормативно-правового акта певної законодавчо визначеної форми, який повинен врегулювати ті чи інші земельні відносини. Таким чином прогалина в земельному праві – це прогалина в змісті права, а прогалина в земельному законодавстві – це прогалина у формі права. Прогалини в земельному праві та прогалини в земельному законодавстві становлять різновиди прогалин в правовому регулюванні земельних відносин.

Як прогалини в земельному праві, так і прогалини в земельному законодавстві є досить поширеними правовими явищами в Україні. Так, відповідно до ст. 13 Конституції України від імені Українського народу права власника здійснюють органи державної влади та органи місцевого самоврядування в межах, визначених цією Конституцією. Разом з тим, такі межі в Основному Законі не визначені. У ч. 2 цієї ж статті проголошується право кожного громадянина користуватися природними об'єктами права власності народу відповідно до закону. В даний час такого спеціального закону не прийнято. Прогалини в земельному законодавстві характерні й для кодифікованого акта земельного законодавства. Зокрема, відповідно до ч. 6 ст. 35 ЗК України використання земельних ділянок садівницьких товариств здійснюється відповідно до закону та статутів цих товариств. У ст. 175 цього Кодексу зазначено, що межі адміністративно-територіальних утворень встановлюються в порядку та відповідно до закону. Згідно з ч. 3 ст. 180 ЗК України зонування земель здійснюється відповідно до закону. Незважаючи на те, що пройшло майже десять років з часу прийняття ЗК України, зазначені акти до цього часу не прийняті, хоча в силу п. 4 Розділу IX "Прикінцеві положення" Кабінет Міністрів України був зобов'язаний розробити зазначені законопроекти у шестимісячний строк після опублікування цього Кодексу.

Прогалини в земельному праві необхідно відмежовувати від інших дефектів земельно-правового регулювання. Так, юридичні прогалини необхідно відрізняти від помилки в земельному праві, яка є результатом невірної оцінки об'єктивних умов і вияву не тієї законодавчої волі, котру слід було б втілити в нормативно-правовому акті, або є результатом зміни певних земельних потреб та інтересів, що призводить до невірного, такого, що не відповідає суспільним потребам, правового регулювання. Зокрема, О. Ф. Скакун зазначає, що помилка в праві можлива у випадках, коли правотворчий орган: 1) помилково вважає якісь відносини такими, що не підлягають правовому регулюванню; 2) помилково покладається на конкретизацію права в ході його застосування; 3) помилково передає питання на розсуд того, хто застосовує право; 4) видає норму, яка не потрібна; 5) помилково вирішує питання в установленій нормі [16, 400-401]. Тобто, помилкою в земельному праві є дефект волевиявлення суб'єкта нормотворення щодо форми та змісту регулюючого впливу на певні суспільні відносини. Залежно від характеру юридичної помилки, вона може бути причиною виникнення прогалин правового регулювання (наприклад, не врегулювання законом відносин, які відповідно до прямої вказівки Конституції України чи ЗК України повинні регулюватись виключно законом), появи колізій в земельному праві (врегулювання певних відносин за наявності існуючої норми, яка по-іншому регулює ті самі відносини), або мати характер техніко-юридичного дефекту земельного законодавства (невірна вказівка на нормативно-правовий акт чи його частину при формулюванні бланкетних чи відсилочних норм, технічні "описки" в тексті нормативно-правового акта тощо).

Наприклад, відповідно до ст. 36 Закону України "Про фермерське господарство" від 19 червня 2003 р. у разі припинення діяльності фермерського господарства до закінчення терміну надання господарству податкових пільг, господарство сплачує до бюджету за весь період його діяльності суму податку, обчислену в розмірі, встановленому для фермерського господарства, крім випадків, передбачених ч. 4 ст. 34 цього Закону, та викупу земельної ділянки для суспільних потреб чи примусового відчуження її з мотивів суспільної необхідності. Разом з тим, в ч. 4 ст. 34 Закону України "Про фермерське господарство" врегульовано питання членства у фермерському господарстві, а не припинення зазначеної юридичної особи. Логічне та систематичне тлумачення норм зазначеного Закону дають підстави зробити висновок, що припинення фермерського господарства з незалежних від нього обставин, а відповідно і звільнення від обов'язку сплати податку, може мати місце у випадку, якщо не залишається жодного члена фермерського господарства або спадкоємця, який бажає продовжити діяльність господарства, про що зазначено в п. 4

ч. 1 ст. 35, а не ч. 4 ст. 34. Таким чином, можна констатувати наявність помилки у праві, на що зверталась увага в юридичній літературі [17, 216]. Проте, незважаючи на більш як шестирічний період з часу прийняття Закону України "Про фермерське господарство" та неодноразове внесення до нього змін, зазначена помилка виправлена не була, що знижує ефективність його норм у процесі їх реалізації.

При регулюванні земельних відносин необхідно також розмежовувати прогалини в земельному праві та конкретизацію земельно-правових норм у процесі правозастосування юрисдикційними органами. Вище було зазначено про оціночні поняття як приклад такої конкретизації в залежності від обставин певної життєвої ситуації. Так, В. В. Лазарєв зазначає, що поняттям "конкретизація права" охоплюється, по-перше, сам процес, сама діяльність з деталізації правових норм, яка починається уже в суді, який розглядає справу по суті. По-друге, мається на увазі результат такої діяльності – створення правових актів, які розвивають основну норму права [7, 91]. Результати правоконкретизуючої діяльності судів отримують своє узагальнене закріплення в правових актах вищих судових інстанцій, частіше всього в постановах Пленуму ВСУ. Водночас необхідно мати на увазі, що використовуючи оціночний термін в земельному законодавстві і не встановлюючи його детального змісту, нормотворець тим самим уповноважує суд на конкретизацію даного терміну. Проте в процесі конкретизації можуть бути виявлені численні відтінки в його змісті, які є настільки різноманітними, а іноді й суперечливими, що сам факт законодавчої фіксації такого оціночного поняття буде свідчити про прогалину в земельному праві в частині визначення ознак певного юридичного терміну.

В теорії права використовується таке поняття як "колізійна прогалина", яка виникає за умови, якщо наявні суперечливі норми, які виключають одна одну. У даному випадку не можна застосувати правила вирішення колізій, тому обидві норми ігноруються, внаслідок чого утворюється прогалина в праві. Так, В. В. Лазарєв зазначає, що прогалина утворюється там, де має місце радикальна суперечність норм рівної юридичної сили, коли одна із них "знищує" іншу [8, 435]. Зазначену ситуацію проаналізував А. М. Мірошниченко, який прийшов до висновку, що вести мову про таке явище, як "колізійна прогалина", не зовсім вірно. Так, суб'єкт, який вирішує спір, зобов'язаний визначитись на користь якоїсь із норм – цього вимагає принцип верховенства права, а також положення чинного процесуального законодавства (ч. ч. 7, 8 ст. 8 Цивільного процесуального кодексу України, ч. ч. 5, 6 ст. 4 Господарського процесуального кодексу України, ч. 7 ст. 9 Кодексу адміністративного судочинства України). Тож яким би важким не було прийняття рішення про вибір норми, ухилитися від цього правозастосовчий суб'єкт не може. Звичайно, можлива ситуація, коли жодна із норм з тих чи інших причин не може бути застосована (наприклад, внаслідок відсутності механізму її реалізації). Тоді, справді, у правовому регулюванні утворюється прогалина, проте невірним буде вважати, що вона утворилася через колізію – така прогалина існує незалежно від колізії [9, 217].

Отже, прогалина в земельному праві – це обумовлена постійним розвитком суспільних земельних відносин та об'єктивно притаманна системі земельного права України дійсна відсутність норми земельного права, яка б врегульовувала ті земельні відносини, які підпадають під сферу правового впливу та потребують саме нормативно-правового опосередкування, що негативно впливає на ефективність земельно-правового регулювання. Прогалини в земельному праві необхідно відмежовувати від таких суміжних понять як прогалини в земельному законодавстві, помилки в земельному праві, конкретизація земельно-правових норм. Вірне визначення правової природи дефекту земельно-правового регулювання дозволить оптимально обрати спосіб усунення чи подолання такого негативного правового явища, що позитивно впливатиме на ефективність правового регулювання земельних відносин.

1. Андрейцев В. І. Земельні правовідносини за чинним Земельним кодексом України : міфи та реальність / В. І. Андрейцев // Вісник Київського національного університету ім. Т. Шевченка. Юридичні науки. – 2005. – Вип. 68. – С. 47-51. 2. Алексеев С. С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве / С. С. Алексеев. – М. : Юрид. лит., 1966. – 188 с. 3. Варламова Н. В. Аксиологический аспект правопонимания / Н. В. Варламова // Проблемы ценностного подхода в праве : традиции и обновление. – М. : Ин-т государства и права РАН, 1996. – С. 11-14. 4. Забигайло В. К. Проблема "пробелов в праве" (к критике буржуазных теорий) / Владимир Константинович Забигайло. – К. : Наукова думка, 1974. – 134 с. 5. Законотворча діяльність : словник термінів і понять / за ред. В. М. Литвина. – К. : Парламентське вид-во, 2004. – 344 с. 6. Колотова О. В. Поняття та сутність прогалин у праві / О. В. Колотова // Держава і право. – 2008. – Вип. 39. – С. 74-81. 7. Лазарев В. В. Пробелы в праве (вопросы понятия пробелов и критика теорий беспробельности права) / Валерий Васильевич Лазарев. – Казань : Изд-во Казанского университета, 1969. – 95 с. 8. Лазарев В. В. Пробелы в праве и их восполнение / В. В. Лазарев // Проблемы обще теории права и государства : учеб. для вузов / под. общ. ред. В. С. Нерсесянса. – М. : Изд-во НОРМА (Изд. группа НОРМА-ИНФРА·М), 2002. – С. 429-441. 9. Мірошниченко А. М. Колізії в правовому регулюванні земельних відносин в Україні : монографія / А. М. Мірошниченко. – К. : Алеута ; КНТ; ЦУЛ, 2009. – 268 с. 10. Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм / Петр Емельянович Недбайло. – М. : Юрид. лит., 1960. – 511 с. 11. Новий тлумачний словник Української мови. У 3-х томах. – Т. 3. – К. : Аконіт, 2006. – 862 с. 12. Носік В. В. Юридична природа сучасного земельного права України / В. В. Носік // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2008. – № 7-8. – С. 50-58. 13. Рабінович П. М. Прогалини у праві / П. М. Рабінович // Юридична енциклопедія : в 6 т. / Редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова редкол. та ін.). – К. : Укр. енцикл., 2003. – Т. 5 : П-С. – С. 148. 14. Салтевський М. В., Жеребкін В. Є. Оціночні поняття у праві / М. В. Салтевський, В. Є. Жеребкін // Юридична енциклопедія : В 6 т. / Редкол. : Ю. С. Шемшученко (гова редкол.) та ін. – К. : "Укр. енцикл.", 2002. – Т. 4 : "Н-П". – С. 400. 15. Скакун О. Ф. Теорія держави і права (енциклопедичний курс) : підруч. / О.Ф. Скакун. – Х. : Еспада, 2006. – 776 с. 16. Скакун О. Ф. Теорія держави і права : підруч. / О. Ф. Скакун. – Х.: Консум, 2001. – 656 с. 17. Шульга М. В. Фермерське господарство : правові засади створення, функціонування та припинення : навч-практ. посіб. / За заг. ред. М. В. Шульги / М. В. Шульга, В. П. Жушман, П. Ф. Кулинич, В. Ю. Уркевич. – Х. : ТОВ "Одіссей", 2004. – 464 с.

Надійшла до редколегії 23.09.10

С. Марченко, канд. юрид. наук

ПРАВОВІ ПРИНЦИПИ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В АГРОПРОМИСЛОВОМУ КОМПЛЕКСІ УКРАЇНИ

Досліджуються правові принципи господарської діяльності в агропромисловому комплексі України, визначено їх перелік та запропоновані можливі шляхи вдосконалення чинного законодавства з цих питань.

Ключові слова: правові принципи, господарська діяльність, агропромисловий комплекс, сільськогосподарські товаровиробники, державна аграрна політика України.

Статья посвящена правовым принципам хозяйственной деятельности в агропромышленном комплексе Украины, определен их перечень, предлагаются возможные пути совершенствования существующего законодательства по данным вопросам.

Ключевые слова: правовые принципы, хозяйственная деятельность, агропромышленный комплекс, сельскохозяйственные товаропроизводители, государственная аграрная политика Украины.

The legal principles of the economic activity in the agro-industrial complex of Ukraine have been researched, their list has been determined and possible ways of the current legislation improvement in the mentioned sphere have been suggested.

Key words: legal principles, economic activity, agro-industrial complex, agricultural producers, state agricultural policy of Ukraine.

Для розуміння сутності правового регулювання господарської діяльності в агропромисловому комплексі України важливе значення має питання про правові принципи, на яких ґрунтується цей вид діяльності, оскільки це має значення як для нормотворчої, так і правозастосовчої діяльності. На думку М.І. Козиря [1, с. 53], правильно обрати правові засоби або форми регулювання аграрних відносин, які б допомогли найбільш повно враховувати та використовувати в сільськогосподарському виробництві дію об'єктивних економічних законів розвитку цього виробництва в умовах переходу до ринкової економіки можливо визначивши основні принципи організації і правового регулювання цих відносин.

Під правовими принципами господарської діяльності в агропромисловому комплексі України слід розуміти відображені у нормативно-правових актах вихідні, головні положення, які забезпечують уніфіковане формулювання норм права та їх вплив у формі правового регулювання на суспільні відносини, які виникають у процесі сільськогосподарського виробництва, виконання робіт та надання послуг.

Основні засади господарювання, які закріплені Конституцією України та Господарським кодексом України, повною мірою поширюються на сферу господарської діяльності в агропромисловому комплексі України з урахуванням особливостей, притаманних цьому виду діяльності.

Так, конституційний принцип свободи підприємницької діяльності (ст. 42 Конституції України) відображено в аграрному законодавстві. Відповідно до ст. 1 Закону України "Про колективне сільськогосподарське підприємство" колективне сільськогосподарське підприємство діє на засадах підприємництва. Подібну правову норму стосовно виробничих кооперативів закріплено в ст. 2 Закону України "Про сільськогосподарську кооперацію". Фермерське господарство визнано прогресивною формою підприємницької діяльності громадян у галузі сільського господарства України (Преамбула, ст. 1 Закону України "Про фермерське господарство"). Правовий статус державних підприємств та господарських товариств, які здійснюють діяльність у сфері сільського господарства, регламентується загальним законодавством, відповідно до якого державні комерційні підприємства та господарські товариства є суб'єктами підприємницької діяльності і діють на принципах підприємництва (ст. 74 та 79 Господарського кодексу України, глава 8 Цивільного кодексу, ст. 1 Закону України "Про господарські товариства").

Гарантування державою права на підприємницьку діяльність здійснюється шляхом правового регулювання на належному рівні відповідних суспільних відносин, закріпленням кола прав та обов'язків сільськогосподарських товаровиробників. Гарантованість права на підприємницьку діяльність в АПК як один із принципів здійснення цього виду діяльності знаходить свій прояв у праві сільськогосподарських товаровиробників самостійно визначати напрями сільськогосподарського виробництва, його структуру і обсяг, розпоряджатися виробленою продукцією та доходами, встановлювати ціни на вироблену продукцію, обирати ділових партнерів, здійснювати будь-яку діяльність, що не суперечить законодавству України. Вказані правомочності знаходять своє відображення в Законах України "Про пріоритетність соціального розвитку села та агропромислового комплексу в народному господарстві" (ст. 1), "Про господарські товариства" (статті 6, 7), "Про фермерське господарство" (ст. 24), "Про сільськогосподарську кооперацію" (ст.28), "Про колективне сільськогосподарське підприємство" (ст. 13) та ін.

При визначенні сільськогосподарськими товаровиробниками напрямів сільськогосподарського виробництва, його структури та обсягу виникають відносини, пов'язані з плануванням господарської діяльності та обранням її спеціалізації.

З відмовою від командно-адміністративної системи управління економікою та переходом до ринкових відносин, втратив своє колишнє значення інститут правових форм планування сільськогосподарського виробництва [2, с.57-59].

Із здобуттям Україною незалежності суб'єкти господарювання самостійно планують свою діяльність і визначають перспективи розвитку, виходячи з попиту на продукцію, яка виробляється, роботи, послуги та необхідність забезпечення виробничого і соціального розвитку підприємства, підвищення рівня прибутковості сільськогосподарського виробництва. Крім загальних рис, які характеризують планування будь-якої господарської діяльності, плануванню господарської діяльності в АПК притаманні певні особливості. Перш за все, планування господарської діяльності в АПК пов'язано з плануванням заходів щодо охорони і раціонального використання земельних та інших природних ресурсів. По-друге, планування господарської діяльності в АПК має тісний взаємозв'язок з плануванням та прогнозуванням діяльності органів державної влади і управління, пов'язаної з продовольчим забезпеченням країни. Таким чином, планування господарської діяльності в АПК здійснюється на державному та локальному рівні.

В науці колгоспного права З. А. Павлович [3, с. 69-70] обґрунтував необхідність видання закону, який би регламентував планову діяльність у сільському господарстві. Цей закон мав бути базою для всіх норматив-

© Марченко С., 2010

них актів з питань планування сільськогосподарського виробництва, регламентував важливі сторони планових відносин у сільськогосподарському виробництві та сприяв забезпеченню розвитку спеціалізації, концентрації і агропромислової інтеграції у сільськогосподарському виробництві. Розвиваючи ці ідеї в сьогоднішніх умовах, Лямцева Т. В. [4, с. 5, 13] пропонує розробити на рівні Кабінету Міністрів України Положення про порядок планування виробничо-господарської діяльності сільськогосподарських підприємств. З зазначеною пропозицією можна було б погодитись, проте на сучасному етапі розвитку суспільних відносин в АПК необхідність у такому нормативному акті відпала і вона може бути прийнятною лише щодо планування діяльності державних сільськогосподарських підприємств. Так, відповідно до ст. 75 Господарського кодексу України державне комерційне підприємство зобов'язане приймати та виконувати доведені до нього в установленому законодавством порядку державні замовлення, враховувати їх при формуванні виробничої програми, визначенні перспектив свого економічного і соціального розвитку та виборі контрагентів, а також складати і виконувати річний та з поквартальною розбивкою фінансовий план на кожен наступний рік.

Існуючі зональні ґрунтові та кліматичні відмінності у веденні рослинництва і тваринництва, зумовлюють необхідність спеціалізації господарської діяльності суб'єктів аграрного підприємництва, правильного підбору галузей виробництва, вибору найбільш економічних для даної зони культур, тварин, набору необхідних машин та інших знарядь праці.

Спеціалізація в сільському господарстві ґрунтується на тому, що кожне підприємство використовує свої ресурси на виробництві тих видів продукції, які найбільшою мірою відповідають конкретним природним та досягнутим економічним умовам і попиту ринку. Спеціалізація – це переважний розвиток однієї або кількох галузей у виробництві товарної продукції в окремих підприємствах, районах, областях і регіонах. Принцип спеціалізації господарської діяльності в сільськогосподарському виробництві випливає із змісту чинного законодавства.

При виборі спеціалізації необхідно враховувати ряд природних та економічних факторів: ґрунтово-кліматичні, біологічні особливості рослин та тварин, раціональне використання земельних угідь, розвиток та розміщення промисловості, шляхів сполучень та транспортних засобів, наявність населення з його національно-історичними особливостями та традиціями, концентрація населення в різних містах та промислових центрах, можливість ведення галузі в великих обсягах із застосуванням сучасних засобів механізації, наявність і використання трудових ресурсів в сільському господарстві; виробничий напрямок господарства, що склався історично, із врахуванням виробничих фондів та кадрів з їх досвідом роботи і професійними навиками; відстань від місця виробництва до місця споживання продукції; фактичні затрати на виробництво одиниці продукції і закупівельні ціни на неї; нарешті, державне замовлення [5, с. 178].

Оскільки спеціалізація спрямована на підвищення ефективності господарювання у сільському господарстві та зниження ризику, обрання того чи іншого напряму спеціалізації в одних випадках виступає як право суб'єктів господарювання, а в інших – як обов'язок. Зокрема, нормативно-правові акти, які визначають правове становище сільськогосподарських товаровиробників, закріплюють право цих суб'єктів самостійно визначати напрями і структуру сільськогосподарського виробництва, а отже – і його спеціалізацію. Разом з тим, Закон України "Про бджільництво" зобов'язує сільськогосподарських товаровиробників дотримуватись плану породного районування бджіл. Відповідно до ст. 2 Закону України "Про виноград та виноградне вино" у виділених зонах виробництва винограду регламентується сортовий склад вирощування винограду відповідно до спеціалізації району виноградарства та заявлених категорій вина. Садіння виноградників для виноробства дозволяється лише у виноробних місцевостях із застосуванням районованих сортів винограду відповідно до проекту, який затверджений спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади з сільського господарства.

На окремих територіях законодавством України визначено оптимальну спеціалізацію сільськогосподарського виробництва. Так, Постановою Кабінету Міністрів України "Про затвердження Порядку використання земель у зонах можливого затоплення внаслідок повеней і паводків" від 31 січня 2001 р. визначено, якими видами сільськогосподарського виробництва рекомендовано займатись у зонах ризику. Зокрема, вирощування зернових та зернобобових культур рекомендується в третій та четвертій зонах ризику, технічних культур – лише в четвертій, в усіх зонах ризику не рекомендується займатися селекційними роботами та елітним насінництвом та ін.

Чинним законодавством України закріплено пріоритетність розвитку агропромислового комплексу враховуючи як потенційні можливості національного агропромислового комплексу, так і виняткове значення у життєдіяльності людини кінцевого продукту сільськогосподарського виробництва.

В юридичних словниках термін "пріоритет" (від лат. prior – перший, старший) розглядається у значенні "переважне", "найперше значення" [6, с. 621-622; 7, с. 1445-146]. Термін "пріоритет" розглядається через такі категорії як "привілеї" та "преференції".

Преференції (пізньолат. praeferentia – віддання переваги) – пільги, переваги, фінансово-економічні пріоритети, особливо сприятливі умови, що надаються окремим державам для підтримки певних видів діяльності. Можуть надаватись державою окремим галузям національного господарства та вітчизняним підприємствам [7, с. 77].

Привілеї (від лат. privilegium – переважне право, виключний закон, від privus – особливий і lex (legis) – закон) – виключне становище індивіда чи соціальної групи, пов'язане з особливими можливостями та умовами їхньої життєдіяльності, що виділяє їх із суспільства, ставить над ним. Привілеї є відхиленням у праві (виключним правом), основна мета яких – поліпшення становища, підвищення статусу одних осіб, соціальних груп за рахунок інших [7, с. 89-90]. Привілеї – це додаткові юридичні права, якими наділяються (або ж ті юридичні обов'язки, від яких звільняється) за певних умов та на певних підставах частина людей [8, с. 124]. Відповідно до ч. 2 ст. 24 Конституції України не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками. Зі змісту цієї статті випливає, що встановлення привілеїв не заборонено. Вона містить лише перелік тих підстав, яких не можна використовувати при їх встановленні. Наявність привілеїв є виправданим, оскільки саме завдяки їм можна забезпечити фактичну соціальну рівність шляхом встановлення формальної нерівності, тобто шляхом юридичних привілеїв можна подолати певні соціальні нерівності, що обумовлені об'єктивними чинниками.

До таких чинників, наприклад, належить висока залежність сільськогосподарського виробництва від при-

родних чинників, що зумовлює підвищений ризик цього виду діяльності. Так, на виробництво сільськогосподарської продукції, особливо в рослинництві, впливають кліматичні умови: температура, кількість опадів, розподіл їх по періодах, якість ґрунтів і т. ін.

Поряд з цим, ч. 1 ст. 21 Конституції України закріплює, що всі люди є рівні у своїх правах. Рівність перед законом означає фактичну, реальну однаковість їхніх соціальних можливостей у використанні прав людини і у виконанні соціальних обов'язків, а не фактичну однаковість даних їхніх прав та обов'язків. В зв'язку з цим, не можна погодитись з пропозиціями про повну відмову від встановлення сприятливого режиму господарювання для сільськогосподарських товаровиробників порівняно з іншими суб'єктами господарювання. Аналіз чинного аграрного законодавства дозволяє виділити принцип державної підтримки сільськогосподарського виробництва.

Державна підтримка сільськогосподарського виробництва полягає у створенні державою найбільш сприятливого режиму господарювання для сільськогосподарських товаровиробників. Це здійснюється як за допомогою економічних (бюджетна політика, кредитна, податкова політика та ін.), так і адміністративних методів (заборона імпортних операцій з сільськогосподарською продукцією та ін.), "виходячи з конституційної вимоги відповідальності держави перед людиною за свою діяльність" (ст. 5 Господарського кодексу України).

Привілеї та преференції є винятками із загальних правил і мають встановлюватись виключно законами, враховуючи те, що всі є рівними перед законом, права людини і громадянина, гарантії цих прав, основні обов'язки визначаються виключно законами України (п.1 ч.1 ст. 92 Конституції України).

Аналіз земельного законодавство України дозволяє виділити принцип пріоритетності використання земель сільськогосподарського призначення для сільськогосподарського виробництва. Норми, спрямовані на забезпечення охорони сільськогосподарського земельного фонду України як основного засобу виробництва продовольчої та сировинної продукції містить ст. 23 Земельного кодексу України. Землі, придатні для потреб сільського господарства повинні надаватися насамперед для сільськогосподарського використання. Оскільки виробництво сільськогосподарської продукції передбачає обов'язкове використання земель, в основі правового регулювання господарської діяльності в АПК лежить раціональне та ефективне використання, відтворення та охорона земель сільськогосподарського призначення як основного національного багатства, що перебуває під особливою охороною держави, а також інших природних ресурсів, які згідно з статтею 13 Конституції України є об'єктами права власності Українського народу і тому передбачають особливий режим правового регулювання [9, с. 17-27].

Ще наприкінці XIX ст. зазначалось, що вирощування рослин і тварин є лише засобом скористатись продуктивною силою ґрунту. Тобто, перший предмет на якому має зосередитись діяльність сільського господаря, є земля, зокрема ґрунт, верхній шар землі [10, с. 386].

Земля у сільському господарстві одночасно виступає основним засобом виробництва, операційною базою для розміщення виробничих споруд, шляхів, іншої інфраструктури та засобом і джерелом існування живих організмів, життєдіяльності людини, забезпечення її духовних і матеріальних потреб. Все це зумовлює необхідність найбільш раціонального та ефективного використання земель взагалі, і сільськогосподарських зокрема. Зазначене положення є завданням та одним із принципів земельного законодавства (статті 4, 5 ЗКУ) і одночасно закріплено як обов'язок сільськогосподарських товаровиробників як землевласників і землекористувачів (ст.91, 96 Земельного кодексу України, ст.12 Закону України "Про колективне сільськогосподарське підприємство", ст. 22 Закону України "Про сільськогосподарську кооперацію", ст. 15 Закону України "Про фермерське господарство").

Господарська діяльність в АПК тісно пов'язана з природокористуванням, оскільки природні ресурси є основним засобом виробництва у сільському господарстві. Тому підвищення продуктивності сільськогосподарського виробництва перебуває у прямій залежності від стану природного середовища, його можливостей забезпечити на необхідному рівні процеси відтворення в екосистемах. Правові принципи господарської діяльності в АПК мають відображати об'єктивні закономірності розвитку аграрних відносин. Нині екологічні проблеми розвитку АПК набули надзвичайної гостроти. За останні 30 років площа еродованих земель зросла майже в 1,5 рази, значно розширились площі засолених, закислених, осолонцьованих, підтоплених та техногенно забруднених сільгоспугідь. Загалом тільки 1 з кожних 10 га сільськогосподарських угідь має нормальний екологічний стан [11, с.181].

Вищезазначене зумовлює закріплення в чинному законодавстві принципу забезпечення продовольчої та екологічної безпеки при здійсненні господарської діяльності в АПК. В спеціальній літературі екологізацію виробництва в національному АПК розглядають як об'єктивно зумовлену, науково обґрунтовану і синхронно здійснювану систему загальнодержавних, галузевих і регіональних заходів, спрямованих на впровадження в практику якісно нових, екологічно-безпечних видів техніки, технології й організації виробництва, ефективних способів і методів функціонування та стимулювання аграрних й агропромислових товаровиробників щодо природо-, ресурсо- та енергозбереження, мінімізації шкідливих відходів і викидів у довкілля [11, с. 184]. Згідно із ст. 21 Закону України "Про пріоритетність соціального розвитку села та агропромислового комплексу" фінансування наукових досліджень з проблем агропромислового виробництва здійснюється в основному за рахунок державного бюджету. Доходи від освоєння науково-технічних нововведень в агропромисловому виробництві протягом 5 років не оподатковуються.

Відповідно до ст. 13 Конституції України держава забезпечує соціальну спрямованість економіки. Слід зазначити, що господарська діяльність в АПК має безпосереднє відношення до соціальної діяльності господарюючих суб'єктів в АПК і виступає засобом, за допомогою якого досягається задоволення потреб громадян. Аналіз чинного законодавства дозволяє виділити принцип державного забезпечення соціальної спрямованості господарської діяльності в АПК. Зміст соціальної діяльності господарюючого суб'єкта розкрито в ст. 69 Господарського кодексу України.

Важливим елементом гарантування права підприємницьку діяльність в АПК, захисту прав і законних інтересів сільськогосподарських товаровиробників є застосування правових засобів впливу, спрямованих на усунення порушень законодавства в сфері господарської діяльності в АПК і запобігання їх появі в майбутньому, відновлення порушеного права та притягнення винних у вчиненні правопорушень до юридичної відповідальності. Тому, одним із принципів господарської діяльності в АПК є принцип юридичної відповідальності за порушення законодавства в сфері господарської діяльності в АПК. Аграрне законодавство в цій частині потребує вдосконалення.

На основі проведеного дослідження можна сформулювати наступні висновки. Під правовими принципами господарської діяльності в АПК слід розуміти відображені у нормативно-правових актах вихідні, головні положення, які забезпечують уніфіковане формулювання норм права та їх вплив у формі правового регулювання на суспільні відносини, які виникають у процесі ведення товарного сільськогосподарського виробництва.

Чинне законодавство не визначає правові принципи господарської діяльності в АПК, що не сприяє забезпеченню реалізації прав та законних інтересів сільськогосподарських товаровиробників. Враховуючи особливості господарської діяльності в АПК [4; 12], принципи, на яких базується цей вид діяльності, доцільно закріпити в окремому нормативно-правовому акті. Таким законодавчим актом в майбутньому може стати Аграрний кодекс України, оскільки Господарський кодекс України визначає загальні засади здійснення господарської діяльності в Україні.

1. Козырь М. И. Аграрное право России : проблемы становления и развития / Козырь Михаил Иванович – М. : Право и государство, 2003. – 208 с. – С. 53. 2. АПК і право / Ц. В. Бичкова, З. А. Павлович, В. І. Семчик, Ю. С. Шемшученко. – К. : Політвидав України. – 1988. – 191 с. 3. Павлович З. А. Організаційно-правові питання керівництва сільським господарством : на матеріалах обласної ланки / Павлович Здислав Антонович. – К.: Наук. думка. – 1979. – 191 с. 4. Лямцева Т. В. Правовое обеспечение производственно-хозяйственной деятельности государственных сельскохозяйственных предприятий : автореф. дисс. на соискание науч. степ. канд. юрид. наук / Лямцева Татьяна Викторовна ; Нац. юрид. акад. Украины им. Ярослава Мудрого.– Х., 2003. – 20 с. 5. Стимулы повышения эффективности сельскохозяйственного производства / под ред. М. Ф. Ковалевой. – М. : Мысль, 1968. – 263 с. 6. Юридичний словник / за ред. Б. М. Бабія, В. М. Корецького, В. В. Цвєткова. – К. : Головна редакція УРЕ АН УРСР, 1974. – 847 с. 7. Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К. : "Українська енциклопедія" імені М. П. Бажана, 1998 – т. 5 : П–С. – 2003. – 736 с. 8. Рабінович П. М. Коментар до ст. 24 Конституції України / Рабінович П. М. // Конституція України : наук.-практ. коментар / Б. В. Авер'янов, О. В. Батанов, Ю. В. Баулін [та ін.] ; ред. кол. – Х. : Право; К. : Ін Юре , 2003. – С. 124–130. 9. Андрейцев В. І. Земля як основне національне багатство : проблеми правового режиму / Володимир Іванович Андрейцев // Організаційно-правові проблеми розвитку аграрного і земельних ринків в Україні : зб. тез допов. і наук. повід. наук.-практ. конф. / відп. ред. В. І. Семчик. – К. : Ін-т держ. і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2004. – С. 17–27. 10. Энциклопедический словарь : томъ 29 / издатели Ф. А. Брокгаузъ (Лейпцигъ) ; И. А. Ефронъ (Санкт-Петербургъ). – Санкт-Петербургъ : Издательское Дъло : Брокгаузъ– Ефронъ, 1900. – С. 386. 11. Сучасна аграрна політика України : проблеми становлення / за ред. Саблука П. Т., Юрчишина В. В. – К. : ІАЕ УААН – 1996. – 664 с. 12. Марченко С. І. Організаційно-правові питання товарного сільськогосподарського виробництва в Україні : монография / Світлана Іванівна Марченко. – К. : ВГЛ "Обрії", 2010. – 199, [1] с.

Надійшла до редколегії 22.09.10

В. Шамрай, канд. юрид. наук

ГРОМАДЯНСТВО ТА ВИБОРЧЕ ПРАВО ГРОМАДЯН ЗА КОНСТИТУЦІЄЮ М. МІХНОВСЬКОГО

Стаття закріплює основні погляди Миколи Міхновського на такий інститут права як громадянство, із специфікою його набуття, а також закцентовано увагу на активному та пасивному виборчому праві громадян за його конституційним проектом.

Ключові слова: Громадянство, права громадян, активне та пасивне виборче право громадян.

Статья закрепляет основные взгляды Николая Михновского на такой институт права как гражданство, из спецификой его приобретения, а также акцентировано внимание на активном и пассивном избирательном праве граждан за его конституционные проектом.

Ключевые слова: Гражданство, права граждан, активное и пассивное избирательное право граждан.

The article fastens the basic looks of Mykola Mikhnovskiy to such institute of right as citizenship, with the specific of his acquisition, and also accent attention on active and passive the right to vote of citizens on his constitutional project.

Key words: Citizenship, right of citizens, active and passive the right to vote of citizens.

Проект Конституції України розроблений Миколою Міхновським базується на двох фундаментальних засадах – суверенітет нації і суверенітет особи.

Суверенна Україна, на думку М. Міхновського, необхідна, насамперед, для створення належних умов для розквіту українського народу й індивідуального розвитку кожного громадянина України. Саме широкі громадянські права та соціальна справедливість мали, за задумом М. Міхновського, стати основою нової незалежної держави. Якраз досягнення цих загальнолюдських прав, разом із забезпеченням національних прав українців, і було головною причиною, через яку, на думку автора, і повинна була постати "Спілка народу українського".

В конституційному проекті, Міхновський виступає не лише як націоналіст, але й як ліберал і демократ-гуманіст. Його найвищий ідеал суспільного устрою (що чітко прослідковується в тексті проекту Конституції) послідовно витриманий у найкращих традиціях європейського права XIX – початку XX століття, а це період, коли в передових, прогресивних державах старого континенту особливе місце приділяли правам та обов'язкам громадян, адже тодішня Європа лише дійшла до усвідомлення того, що всі громадяни кожної держави є рівноправними, незалежно від свого соціального статусу, майнового цензу чи суспільного походження.

Тому особливе місце у політичній спадщині Миколи Міхновського займає визначення прав людини та громадянина, яких, внаслідок визвольної революції, мали набути українці. Щоб забезпечити функціонування громадянського суспільства, в якому людям будуть надані рівні "стартові можливості" політик виділяв наступні цілі: відміна станового поділу, "знесення класів (сословій) і класових привілеїв як перший ступінь до повної економічної і політичної рівності" [4, с.20]. Проголошувалася рівноправність жінок та чоловіків: "Всі українці, як чоловіцтво, так і жіноцтво, рівноправні і тільки вони можуть бути допущені до виконування офіцияльних обов'язків на Вкраїні" [5, с.10].

У ч.1,2 ст.24 Конституції України дана норма визначена так : "Громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом.

Не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками" [1, с.9].

Визначенню прав і свобод громадян присвячено окремий розділ конституції: "Українці і їхні права". Насамперед, наголосимо на тому, що цей розділ є третім у пропонованому М.Міхновським проекті й стоїть одразу ж після розділів "Основи Всеукраїнської Спілки" й "Територія України" і опереджає розділи присвячені устрою державної влади, самоврядування тощо. На нашу думку, чільне місце, яке зайняв розділ про права громадян у конституційному проекті свідчить про те наскільки високо Микола Іванович ставив питання громадянських

© Шамрай В., 2010

свобод. Також, слід відзначити, що термін "українці" Міхновський у своєму конституційному проекті використовує не в етнонімічному, а в політичному значенні. Наслідуючи західноєвропейську традицію М. Міхновський поділяє мешканців на "українців" (визначаючи їх за державною приналежністю, тобто зараховуючи до числа українців усіх громадян України) та "чужинців" (громадян інших держав).

Третій розділ конституційного проекту Миколи Міхновського присвячено громадянській ідентифікації українців, кодексуванню їхніх громадянських прав і свобод.

Розділ "Українці і їхні права" відкривається десятим параграфом (перший параграф розділу) у якому Міхновський чітко визначає, що право набуття і питання втрати українського громадянства регулюватиметься окремим законом про громадянство. Вказуючи, при цьому, що в конституції він "доторкається тільки суспільно-громадських прав і каже при яких умовах, мавши українське громадянство, можна користатись тими правами" [5, с.10]. Довгий час Миколу Міхновського піддавали гострій критиці саме за те, що він у конституційному проекті не вказав чітко, якими мають бути умови набуття українського громадянства, відіславши читачів до майбутнього закону про громадянство. Однак, така критика, на нашу думку, носить не надто об'єктивний характер, оскільки перед Міхновським стояло завдання надзвичайної складності – як визначити кому надавати громадянство у постколоніальній країні, чи варто зрівнювати у правах з українцями колонізаторів і їхніх нащадків, якщо ні, то, яким чином розв'язати проблему національних меншин тощо. Цілком зрозуміло, що розв'язати такий масштабний спектр проблем було неможливо в рамках проекту конституції і для цього слід було б створювати окремий закон. Хоча, з іншого боку, із окремих параграфів конституційного проекту видно, яким шляхом у справі надання громадянства планував рухатися Міхновський. Зокрема, в параграфі одинадцятому конституційного проекту Микола Іванович вживає термін "натуралізація", який передбачав надання "чужинцям" рівних прав з "природними українцями". Тобто Микола Міхновський вказав шлях, яким через якихось дванадцять років почали рухатися майже всі новоутворені держави міжвоєнної Європи в яких домінували титульні етноси (Латвія, Литва, Естонія, Фінляндія, Угорщина). Міхновський передбачав безапеляційне надання громадянства всім "природним українцям", що мешкали в українській державі, а також, за бажання, українське громадянство могло надаватися неукраїнцям, які мешкали в Україні не менше десяти років і були прийняті місцевими громадами "законодатнім шляхом". Таким чином ці "природні" та "натуралізовані" українці ставали громадянами України або, за термінологією конституційного проекту Міхновського, "українцями". "Чужинцями" ж залишалися лише ті мешканці України, які відмовлялися набувати українського громадянства й отримували іноземне громадянство або лишалися особами без громадянства. Коментуючи проблему громадянства і натуралізації підняту в конституційному проекті Міхновського український дослідник із діаспори З.Книш відзначав: "Конституція мусила зайняти якесь становище до неукраїнського елементу в Україні. Від століть жили тут поляки й москалі, не кажучи про інші національності в меншому числі. Тільки дуже незначна їх частина зукраїнщилась, решта затримала свою національну, культурну й мовну окремішність, щобільше, впливала на денаціоналізацію – полонізацію і московізацію – слабших і менше відпорних українців. В проекті конституції дано їм право опції державного громадянства: вони можуть заявитися, чи хочуть стати українськими громадянами, чи залишитися чужинцями. Та це відноситься тільки до тих, що поселилися в Україні за десять років до проголошення конституції чи пак до часу, коли вона стала обов'язковим законом. Всі ті. Що прийшли в Україну пізніше, такого права не мають. Вони можуть старатися про набуття українського громадянства на загальних умовах (параграф 11 конституції), а до того часу вважатися чужинцями, прислуговує їм тільки право охорони їхньої особи і майна. З права опції можуть вони скористатися не скоріше, як після року по заведенні конституції і до шести місяців від того часу. Так право опції, як і натуралізації, можуть виконувати тільки в тій громаді, де фактично жив чужинець. Чому на опційну заяву треба чекати аж рік? Треба здогадуватися, що за такою постановою криються політичні причини. В перших місяцях після створення української держави відносини ще не будуть наскільки впорядковані й охоплені державною адміністрацією, щоб могла вона легко орієнтуватися у великій масі москалів і поляків, що залишилися в Україні, внаслідок чого можна б признати громадянство особам для України небажаним і небезпечним. З другого боку, треба б дати час і кандидатам на нових громадян надуматися, чи схочуть вони залишитися в Україні і бути її лояльними громадянами. Напевно багато б з них виїхало у Московщину чи в Польщу з родинних. Господарських або політичних причин. Цей відплив можна ще збільшити і приспішити відповідною державною політикою – а на те потрібен час. Сяка-така стабілізація відносин на тому відтинку настала б приблизно по році і тоді щойно можна б приступити до остаточного впорядкування справи державної приналежності тих чужинців, що рішалися затриматися в Україні" [3, с.97-98].

Цілком зрозуміло, що така складна система набуття громадянства неукраїнців, передбачена конституційним проектом Миколи Міхновського, була органічною реакцією правника на той колоніальний, неприродній стан у якому українці опинилися під російською та австрійською окупацією і бажанням захистити українців перед подальшою денаціоналізацією з боку більш потужних і культурно розвинених націй-поневолювачів – поляків і росіян. З аналізу попередніх праць Миколи Івановича ми пам'ятаємо, що першим кроком на шляху до здобуття незалежності мало стати відновлення "Переяславської конституції", тобто того "статус кво", що існував на території України в середині ХУІІ століття, а в козацькій державі Б.Хмельницького право на проживання і повноцінні громадянські свободи мали винятково українське населення. Тому, очевидно, що саме бажанням повернути українцям статус "господарів" власної землі керувався Міхновський пропонуючи таку складну систему набуття українського громадянства для "чужинців". Хоча, з іншого боку, "чужинці", які не бажали або не могли набути українського громадянства, але вирішили залишатися на території України не піддавалися особистій або економічній дискримінації. Вони могли вільно займатися господарською діяльністю, захищалися законом, як і громадяни України (їхнє майно мало перебувати під протекцією української держави), однак, цілком логічно, не могли брати участь у політичному житті держави, вступати до політичних партій і організацій, або створювати подібні партії і організацій в Україні. Іноземні громадяни не могли лише володіти землею в Україні, але мали право на ведення торгівлі, керівництва підприємствами, банками тощо. Така формула відкривала доступ в країну іноземного капіталу, але не дозволяла йому впливати на політичне життя держави.

Цікаво, що конституційний проект Міхновського передбачав певне обмеження політичних прав і для "натуралізованих" українців. Попри те, що проект Основно-

го закону оголошував їхню повну рівність із "природними українцями", надавав можливість виконувати різні адміністративні функції і займати високі адміністративні та урядові посади, все ж він резервував посади міністрів винятково за "українцями з роду" (параграф сімдесят шість) [5, с.12]. Очевидно, що така норма була реакцією на кадрову політику російського царизму, який всі ключові адміністративні посади в Україні передавав в руки росіян, русифікованих німців, поляків, євреїв, греків чи українців, але не допускав на управлінські пости українців свідомих своєї національної приналежності.

Проаналізувавши пропоновану М.Міхновським у проекті конституції систему набуття громадянства, зупинимося на розгляді тих прав і свобод, якими на думку харківського правника мали користуватися громадяни майбутньої держави.

Доповнювався дванадцятий параграф конституційного проекту Міхновського наступним тринадцятим параграфом у якому відзначалося, що всі громадяни України (тобто "природні" й "натуралізовані" українці) незалежно від статі ("як чоловіцтво, так і жіноцтво") є рівноправними і тільки вони можуть претендувати на те аби виконувати "офіціальні обов'язки на Україні" [5, с.13]. Наголосимо на тому, що рівність чоловіків і жінок була прогресивною нормою навіть для тодішніх західноєвропейських демократій, де жінки не мали права голосу, не кажучи вже про те, що вони не могли займати високі державні посади. Тобто цей пункт конституційного проекту значно перевищував своєю демократичністю діючі в Європі конституції і розширював можливості для політичної та державної діяльності жінок у майбутній самостійній Україні.

Виходячи зі стратегічних інтересів держави, Микола Міхновський планував повністю заборонити іноземцям володіти навіть найменшими клаптиками української землі. Такий підхід, звісно, міг гальмувати притік у економіку держави іноземних інвестицій, але в той же час гарантував молодій, неокріпшій країні певний захист від поглинення її народного господарства багатими сусідами.

Нарешті, право використання землі мало належати місцевій громаді, яка могла б розпоряджатися нею на підставі відповідного законодавства [5, с.15].

Щодо виборчого права Міхновський передбачав, що право обирати вищий законодавчий орган – Раду Представників. У параграфі п'ятдесят першому Микола Іванович називає депутатів Ради Представників "уповноваженими", що зважаючи на їхню представницьку функцію ("уповноважені народом діяти від його імені") є надзвичайно влучним терміном. На наш погляд, виходячи з того, що термін "уповноважений" має питомо український корінь і є зрозумілим для українців, його було б доцільно відновити в сучасній українській правничій термінології замість іноземного запозичення "депутат". Право обирати уповноважених до Ради Представників мають всі громадяни України (тобто, за термінологією Міхновського, "природні" й "натуралізовані" українці) чоловічої та жіночої статі, які досягли віку 25 років і живуть "в одній і тій самій громаді не менше року" [5, с.16]. Тут важливо прокоментувати обидва вікові цензи – 25 років і один рік сталого проживання. Право надавати голос лише у 25-річному віці з точки зору сьогодення є надзвичайно екзотичним. У більшості цивілізованих країн світу голосувати починають з 18 або 21 року. Зокрема стаття 70 Конституції України : "Право голосу на виборах і референдумах мають громадяни України, які досягли на день їх проведення вісімнадцяти років" [1, с.19].

Однак на початку XX століття Україна представляла собою майже суцільно неграмотний край. Неписьменному населенню, яке немало політичної культури (бо в царській Росії парламентських виборів до 1905 року не було взагалі!) було надзвичайно важко розібратися із політичними платформами й обіцянками політиків. Відтак, молоді люди, які не мали жодного життєвого досвіду і навіть не могли читати, мали всі шанси на те аби перетворитися на легку здобич вправних політичних агітаторів-авантюристів, які без особливих зусиль могли накинути недосвідченій молоді свої найбільш утопічні політичні концепції. Намагаючись уникнути можливої маніпуляції "темними" масами української молоді Микола Міхновський пропонував підняти віковий ценз для голосування принаймні до 25 років, коли людина вже здобувала певний життєвий досвід і ставала "стійкішою" до політично шкідливих "інфекцій".

Проблема однорічного цензу сталого проживання в одній громаді також була продиктована об'єктивними обставинами життя українського суспільства на зорі XX століття. Справа в тім, що за умов відсутності чіткої системи контролю за проживанням громадян в Російській імперії кримінальні злочинці, різноманітні асоціальні елементи дуже часто міняли місця помешкання, переїжджаючи з губернії до губернії і з'являючись на новому місці в образі "пристойних громадян". Лише стале проживання довгий час в одній громаді дозволяло оточуючим складати враження про свого сусіда, наскільки він був адекватним свого громадянського обов'язку обирати представницьку палату вищого законодавчого органу. В тодішніх умовах подібне обмеження було цілком логічним і не дозволяло б різноманітним авантюристам і пройдисвітам вирішувати долю законослухняних громадян на виборах.

Нарешті, звертає на себе увагу також право брати участь у виборах жінкам, що було, як ми вже відзначали вище, надзвичайно великим кроком вперед навіть у порівнянні з більшістю тодішніх європейських демократій, де подібне право жінки отримали лише в 1920-1940-х рр. Надзвичайно вдало, наш погляд, було виписано в конституційному проекті М.Міхновського питання того, хто міг стати представником ("уповноваженим") народу в парламенті: "Право бути вибраним належиться кожному українцеві, що вміє говорити, читати й писати по-українському, має 25 років і ще не дійшов до 70 років" [5, с.19]. Частина 2 статті 76 Конституції України передбачає, що "Народним депутатом України може бути обрано громадянина України, який на день виборів досяг двадцяти одного року..." [1, с.20].

По-перше, Микола Іванович відкидав можливість появи "неписьменних" парламентарів (такий абсурд був реалізований лише у більшовицькій державі, де неграмотні або малограмотні "оленярі", "чабани" й "шахтарі" привезені на Всесоюзний з'їзд Рад слухняно піднімали руки, голосуючи за закони та постанови зміст яких був для них суцільною "абракадаброю"). В умовах, як ми вже наголошували, майже поголовної неписьменності не можна було допустити, щоб всілякі популісти, "народні трибуни" ставали уповноваженими і приймали утопічні закони. По-друге, за умови коли на початку XX століття майже вся українська інтелігенція буда русифікована, коли українці займали найнижчі сходинки суспільної ієрархії і не могли масово отримувати хорошу освіту, український парламент мав отримати захист від засилля в ньому російської за духом і державними переконаннями інтелігенції (те, що ми, на жаль, маємо в сучасній Верховній Раді), яка в жодному разі не турбувалася б про зміну жалюгідного становища українців у державі й про могутність цієї держави.

Так само доволі логічно виглядає вікове обмеження для народних обранців. Якщо нижня межа (25 років)

цілком логічна, бо саме з цього віку громадяни отримували право голосу, то верхня межа в 70 років незвична для сучасної парламентської традиції. Хоча з точки зору біологічного людина у 70-річному віці далеко не відрізняється хорошими фізіологічними кондиціями. Відомо, що у Ватикані єпископи й кардинали, яким виповняється 65 років, зобов'язані проходити медичний огляд на предмет психічної та інтелектуальної адекватності щодо займаної посади [2, с.76]. Можливо, що віковим обмеженням для "уповноважених" Микола Міхновський також намагався "відсікти" від майбутнього українського парламенту якнайбільше політиків старої генерації, які виросли і сформувалися в умовах Російської імперії, а відтак були нездатні мислити новими категоріями будівництва незалежної держави.

Конституційний проект Миколи Міхновського передбачав пряме і безпосереднє голосування громадян на виборах до парламенту (параграф п'ятдесят третій). Для мешканців Російської імперії така пропозиція була також нововведенням, бо починаючи з 60-х рр. XIX століття, вибори до земств (єдиних виборних органів в імперії до 1905 р.) проходили за так званою куріальною системою із поділом виборців на різні курії, в залежності від майнового стану й, відповідно, з різною "вагою" голосу виборця, залежно від приналежності його до тієї чи іншої курії.

Підводячи підсумки зазначимо, що конституційний проект, підготований у 1905 році Миколою Міхновським, передбачав гарантування основних прав і свобод громадянам майбутньої української держави, зокрема, право на особисту недоторканність, право таємниці листування, свободи зборів і створення організацій, недоторканності житла, право на особисті і колективні звернення, право на освіту, свободу совісті і віросповідання, свободу слова (в тому числі й друкованого), свободу шлюбних відносин, права національних меншин тощо. В основу загального інституту прав і свобод людини та громадянина покладено загальний принцип рівності усіх громадян незалежно від соціального походження і статі.

Конституційний проект у загальних рисах визначив право набуття українського громадянства і гарантував основні демократичні свободи особам без громадянства й іноземним громадянам, що мешкали на території України. Єдине право, яке суттєво обмежувалося, було право приватної власності на землю, що випливало із тези про необхідність націоналізації всіх земель у майбутній державі.

1. Конституція України. (частина перша) – О.: Негоціант, 2006. – 90 с. 2. Величко С. Сучасна католицька Церква. – Львів: Свічадо, 1998. – 124 с. 3. Книш З. Конституція України в проекті Української народної партії // Так перо пише. Вибрані статті. – Торонто: Срібна сурма, 1965. – С. 97-98. 4. Программа Української Народної Партії. – Б.м., 1906. – 47 с. 5. Міхновський М. Самостійна Україна. РУП. – М.Міхновський / Вецляр: Союз Визволення України, 1917. – 43 с.

Надійшла до редколегії 23.09.10

О. Совгиря, канд. юрид. наук

ІНСТИТУТ КОНТРАСИГНУВАННЯ АКТІВ ГЛАВИ ДЕРЖАВИ В УКРАЇНІ: ПРАВОВА ПРИРОДА ТА ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ

У статті досліджуються питання щодо історії законодавчого регулювання, змісту, правової природи та особливостей сучасного правового регулювання інституту контрасигнування в Україні та в зарубіжних країнах. На основі зазначеного дослідження автор формулює пропозиції щодо вдосконалення інституту скріплення підписом Прем'єр-міністра та міністра актів глави держави.

Ключові слова: Президент України, Кабінет Міністрів України, акти Президента, скріплення актів Президента, контрасигнування.

В статье исследуются вопросы относительно истории законодательного регулирования, содержания, правовой природы и особенностей современного правового регулирования института контрасигнования в Украине и зарубежных государствах. На основе указанного исследования автор формулирует предложения относительно усовершенствования института скрепления подписью Премьер-министра и министра актов главы государства.

Ключевые слова: Президент Украины, Кабинет Министров Украины, акты Президента, скрепление актов Президента, контрасигнование.

This article investigates the issues of the history of legislative regulation, content, legal nature and distinctions of current legal regulation of the institution of countersignature in Ukraine and in the foreign countries. Based on the research aforementioned the author formulates proposals for improvement of institution of affixing the Prime Minister and Minister's signatures on the President's Acts.

Keywords: President of Ukraine, Cabinet of Ministers of Ukraine, Acts of the President, Affixing a Signature on the President's Acts, Countersignature.

Однією зі сфер взаємодії Уряду та глави держави в Україні слід вважати сферу відносин щодо скріплення актів Президента України підписами членів Уряду (контрасигнування).

Одразу слід звернути увагу на те, що вживання терміну "контрасигнування" в Україні може бути лише неофіційним, оскільки у чинному законодавстві зазначений термін не закріплюється, натомість у Конституції України та Законі України "Про Кабінет Міністрів України" від 07.10.2010 р. (далі – Закон), а також у Регламенті Кабінету Міністрів України, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України в редакції від 08.07.2009 р. № 712, зі змінами (далі – Регламент), йдеться про "скріплення підписом актів Президента".

Можна стверджувати, що у поняття "скріплення підписом", яке міститься в статті 106 Конституції, вкладено саме сенс, який має поняття "контрасигнування", тому що "контрасигнатура" по суті й означає підпис міністра на акті, що виходить від глави держави, і надає цьому акту юридичну силу. Слід також відмітити, що в дореволюційному державному праві вказаний термін мав саме назву "скріплення". Виходячи із наведених аргументів, на думку Дахової І.І., Основний Закон України закріплює саме поняття контрасигнатури щодо деяких правових актів Президента України, а тому доцільнішим було б закріплення на конституційному рівні терміну, притаманного конституціям багатьох країн світу [4, с. 58-59]. Однак, з нашої точки зору, ця пропозиція є дискусійною з позицій того, що текст Основного Закону має бути зрозумілим для всіх громадян, а не лише для фахівців-юристів, тому вважаємо, за доцільне або залишити існуюче формулювання ("скріплення підписом") або використовувати обидва терміни разом, що дасть змогу пояснити зміст поняття "контрасигнування" (скріплення підписом (контрасигнування)).

© Совгиря О., 2010

Питання щодо юридичної природи інституту контрасигнування давно є предметом дослідження науковців. Так, ще на початку XX ст. російський вчений Алексеєв О. С. зазначав, що "за панівним у сучасній літературі поглядом, скріплення міністрами актів глави держави має подвійне значення: по-перше, надає цим актам юридичну силу, по-друге, слугує обґрунтуванням відповідальності міністрів за ці акти перед судом і перед парламентом" [1, с. 53].

Відомий вітчизняний теоретик права Скакун О. Ф. визначає контрасигнування (з лат. contra – проти, signare – підписувати; підписувати поряд) як правовий інститут, сутність якого полягає у тому, що особа (прем'єр-міністр або міністр), яка скріплює своїм ім'ям акт глави держави, бере на себе політичну та юридичну відповідальність за цей акт, а глава держави персональної відповідальності не несе. Наявність інституту контрасигнації, на її думку, свідчить про те, що президент має певну залежність від уряду, а останній – політичну відповідальність перед парламентом [14, с. 364].

На думку Єрмоліна В. П. існування інституту контрасигнування свідчить про участь глави держави за умов парламентарного правління у здійсненні виконавчої влади. У тих випадках, коли ці акти мають загальне значення, скріплення вчиняє прем'єр-міністр. Акти, віднесені до галузевого управління, скріплює компетентний міністр самостійно чи за дорученням глави уряду, або, в разі їх значущості, разом з прем'єр-міністром. Інститут контрасигнування не можна сприймати спрощено і пов'язувати його лише з відсутністю у глави держави реальних владних повноважень. Як свідчить практика, такий зв'язок не завжди наявний в окремих парламентарних республіках і в частині країн, де прийнята змішана республіканська форма правління. Йдеться про ті країни, в яких президенти конституційно уповноважені щодо виконавчої влади і приймають участь в її здійсненні. Тут сутність контрасигнування корелюється змістові повноважень глав держав. Головне ж призначення контрасигнування, яке походить ще з феодальних часів, виявляється насамперед в тому, щоб покласти політичну відповідальність за рішення глави держави на уряд та його окремих членів [6, с. 53]. Такої позиції дотримуються і інші автори [2].

Крім того, на думку дослідників, контрасигнування виконує такі функції: забезпечує гарантії проти зловживань повноваженнями з боку обох сторін, що ставлять свої підписи – глави держави і глави уряду [15, с. 32]; підтверджує надання Урядом дозволу на підписання акту главі держави [12, с. 18]; засвідчує справжність підпису глави держави, вказує на колегіальність прийнятого рішення [13, с. 59].

Дискусійною, з нашої точки зору, є позиція, відповідно до якої контрасигнування покладає на особу, що його здійснила, не тільки політичну, а і юридичну відповідальність [9]. Однак, як відомо, юридична відповідальність обов'язково має фіксуватися у законодавстві, а тому останній висновок може бути слушним лише у такому разі.

Інститут контрасигнування слід відрізняти від візування нормативного акта. Головна відмінність полягає у конституційно-правовому закріпленні інституту контрасигнування [2].

Крім того, вважаємо, що слід розмежовувати поняття "контрасигнування" (контрасигнація) та "контрасигнатура", розуміючи під першим законодавчо визначений процес скріплення підписом Прем'єр-міністра та міністра акта глави держави, а під другим – власне сам підпис на зазначеному акті.

Проаналізуємо порядок здійснення контрасигнування, передбачений чинним законодавством.

Так, відповідно до частини 4 статті 106 Основного Закону, акти Президента України, видані в межах повноважень, передбачених пунктами 3, 4, 5, 8, 10, 14, 15, 17, 18, 21, 22, 23, 24 зазначеної статті, скріплюються підписами Прем'єр-міністра України і міністра, відповідального за акт та його виконання.

Відповідно до пункту 7 частини 1 статті 42 Закону Прем'єр-міністр України скріплює підписом акти Президента України у випадках, передбачених пунктами 3, 4, 5, 8, 10, 14, 15, 17, 18, 21, 22, 23, 24 частини першої статті 106 Конституції України, а відповідно до пункту 4 частини 1 статті 44 Закону міністр скріплює підписом акти Президента України, видані в межах зазначених повноважень, з питань, що належать до сфери діяльності міністерства, та *забезпечує їх виконання* (курсив наш. – О. С.).

Таким чином, можна зробити висновок, що за Законом України "Про Кабінет Міністрів України" передбачена відповідальність міністрів, що контрасигнують акт Президента України, однак не передбачена відповідальність Прем'єр-міністра за здійснюване ним скріплення.

З нашої точки зору, такий стан законодавчого врегулювання цього питання слід вважати прогалиною у чинному законодавстві, оскільки і Прем'єр-міністр, і міністр, що скріплює своїм підписом акт глави держави повинні рівною мірою забезпечувати виконання та нести юридичну відповідальність за такі дії. У зв'язку із цим вважаємо слушною висловлену позицію, відповідно до якої контрасигнація не може вважатися процедурою схвалення Кабінетом Міністрів України рішень Президента України. Вона засвідчує факт ознайомлення з указом та покладає зобов'язання на Прем'єр-міністра України та уряд виконувати даний нормативно-правовий акт [7].

Слід відмітити також, що відповідно до Закону України "Про Кабінет Міністрів України" від 16.05.2008 р., зі змінами, встановлювалося, що міністр скріплює підписом акти Президента України, видані в межах повноважень, передбачених пунктами 5, 18, 21 і 23 частини першої статті 106 Конституції України, з питань, що належать до сфери діяльності міністерства *та центральних органів виконавчої влади, діяльність яких спрямовується і координується ним* (курсив наш. – О. С.), та забезпечує їх виконання. Отже, у чинному Законі звужено сферу питань, з яких міністр може контрасигнувати акти глави держави, до сфери діяльності виключно міністерства. При цьому незрозуміло, хто контрасигнуватиме акт Президента України, у разі, якщо він буде виданий із питання, що належить до сфери іншого, ніж міністерство, центрального органу виконавчої влади.

Аналіз сфер суспільних відносин, акти Президента щодо регулювання яких потребують контрасигнування, дає підстави для висновку про те, що це сфери зовнішньої політики, національної безпеки та оборони, установча та кадрова (щодо формування персонального складу органів виконавчої влади та визначення їх системи, призначення третини складу Конституційного Суду України, утворення судів) сфери.

Окремо слід зупинитися на необхідності контрасигнування актів Президента України щодо припинення повноважень Верховної Ради України, якщо протягом тридцяти днів однієї чергової сесії пленарні засідання не можуть розпочатися (пункт 8 частини 1 статті 106 Основного Закону), у зв'язку із тим, що для держав із президентсько-парламентською формою правління контрасигнування таких актів є нетиповим. Глава уряду

контрасигнує відповідний акт глави держави про розпуск парламенту за умови парламентської форми правління. Однак в таких парламентських республіках, як Болгарія, Греція, Молдова, Словаччина, Чехія, Фінляндія таке контрасигнування не передбачене, що засвідчує значущість статусу глави держави. А в Ірландії та на Мальті президент розпускає парламент за порадою прем'єр-міністра, однак за конституційно визначених обставин він може не зважати на цю пораду. В країнах з республіканською формою правління (крім Франції) президент уповноважений розпускати парламент без контрасигнування відповідних актів [3, с. 121].

Викликає також запитання віднесення до переліку актів Президента України, що потребують контрасигнування, актів щодо утворення судів у визначеному законом порядку (пункт 23 частини 1 статті 106). Тим більше, що існуючий порядок утворення судів, визначений Законом України "Про судоустрій і статус суддів" [5] (стаття 19), передбачає необхідність існування відповідного подання Міністра юстиції України Президенту України. Таким чином, узгодження утворення судів та збалансування повноважень між Президентом та Урядом має місце при утворенні судів і фактично контрасигнування у даному випадку виступає зайвим етапом повторення тих дій, що вже мали місце.

Так, пропонується також змінити процедуру контрасигнації актів Президента України Урядом з питань, що випливають із головування глави держави у Раді національної безпеки та оборони, оскільки це обмежує функції Президента, які, у свою чергу, є пріоритетними у порівнянні із функціями Уряду щодо забезпечення національної оборони та безпеки [8, с. 12]. Також є пропозиція скасувати необхідність контрасигнації актів Президента при призначенні і звільненні з посад глав дипломатичних представництв України в інших державах і при міжнародних організаціях, при прийнятті вірчих і відкличних грамот дипломатичних представників іноземних держав [4, с. 58-59].

Процедурні аспекти контрасигнування схематично визначені Законом України "Про Кабінет Міністрів України", відповідно до частини 3 статті 25 якого Прем'єр-міністр та міністр зобов'язані скріпити своїми підписами відповідний акт Президента у п'ятиденний строк з дня надходження акта для скріплення. По-перше, існуюче формулювання Закону через обов'язок контрасигнування акту не відповідає статті 106 Основного Закону, де контрасигнування визначене як повноваження, а не як обов'язок. Крім того, формулювання даного повноваження як виключно обов'язку ставить під сумнів значення та доцільність здійснення контрасигнування.

По-друге, нині чинним Регламентом Кабінету Міністрів України визначено процедуру контрасигнування лише щодо актів, виданих на реалізацію повноважень, що потребували контрасигнування за Конституцією України, зі змінами 2004 р. Тобто, Регламент не приведений у відповідність до положень чинної Конституції. При цьому у § 120 зазначеного документу передбачається, що загальна тривалість процедури скріплення акта Президента України підписами Прем'єр-міністра і міністра, відповідального за акт та його виконання, не може перевищувати п'яти днів з моменту надходження такого акта до Секретаріату Кабінету Міністрів, якщо інший строк не визначено Президентом України. З нашої точки, існування застереження про те, що Президент може визначати інший строк контрасигнування може існувати у законодавстві лише за умови існування застереження, що цей строк, може змінюватися главою держави лише у бік збільшення, інакше процедура контрасигнування через надто скорочені строки "ризикує" перетворитися у просту формальність. Також, з нашої точки зору, є неоднозначним положення Регламенту щодо того, що акт Президента України, скріплений підписами Прем'єр-міністра та міністра, відповідального за акт та його виконання, Секретаріат Кабінету Міністрів повертає Секретаріатові* Президента України разом із супровідним листом за підписом Міністра Кабінету Міністрів або першого заступника Міністра Кабінету Міністрів. Таким чином, встановлюється необхідність існування при контрасигнуванні ще одного підпису: Міністра Кабінету Міністрів або його першого заступника, що не передбачено Конституцією України, оскільки наявність супровідного листа за підписами цих осіб до контрасигнованого акту Президента України є за Регламентом умовою його повернення в Адміністрацію Президента України.

Отже, нинішній стан правового регулювання інституту контрасигнування залишає неврегульованими багато питань, деякі з яких, до речі, були закріплені у Законі України "Про Кабінет Міністрів України" від 21.12.2006 р. Серед них можна назвати:

питання форми, у якій відбувається скріплення (Закон України "Про Кабінет Міністрів України" від 21.12.2006 р. (частина 7 статті 27) визначав, що скріплення акта Президента України здійснюється шляхом вчинення підписів Прем'єр-міністром України і міністром, відповідальним за акт та його виконання, на підписаному Президентом України аркуші оригінального примірника такого акта);

питання щодо того, які правові наслідки відмови Прем'єр-міністра України або міністра, відповідального за акт та його виконання, скріпити підписами відповідні акти Президента України. На існуванні цієї проблеми наголошують також і інші дослідники [11, с. 235]. За Законом України "Про Кабінет Міністрів України" від 21.12.2006 р. вона вирішувалася таким чином: у разі якщо Прем'єр-міністр України, міністр, відповідальний за акт та його виконання, вважають неможливим скріплення підписами акта Президента України, вони повертають такий акт із викладенням у супровідному листі мотивів своїх рішень у строки, встановлені для скріплення акта Президента України. У зв'язку із цим, потребують свого законодавчого врегулювання питання відносно характеру таких мотивів – політичних та/або правових, що можуть стати основою для відмови у контрасигнуванні та щодо законодавчого закріплення процедур "долання" відмови від скріплення. Вважаємо, що у такому випадку питання щодо скріплення акту глави держави має ставати предметом розгляду на засіданні Уряду, який має приймати колегіальне рішення з приводу контрасигнування відповідного акту;

неврегульованою є і ситуація існування можливої розбіжності у поглядах міністрів та Прем'єр-міністра з приводу контрасигнування відповідного акту. Очевидно, що у законодавстві має міститися певний погоджувальний механізм долання такої розбіжності, наприклад, шляхом, знов-таки, винесення цього питання на засідання Уряду та прийняття рішення щодо нього;

необхідність передбачення процедури скріплення не тільки самих актів глави держави, що потребують такого скріплення відповідно до Конституції України, а і актів про внесення змін до них.

---

* При згадуванні зазначеного органу ми використовуємо термінологію, що вживається у відповідних нормативних актах, на які ми посилаємося. Хоча відповідно до Указу Президента України "Питання Адміністрації Президента України" від 18.03.2010 р. № 364/2010 цей орган має назву "Адміністрація Президента України".

У 2000 р. питання щодо скріплення актів Президента України пропонувалося врегулювати на рівні закону (зокрема, на розгляд Верховної Ради України вносився законопроект "Про скріплення підписами посадових осіб актів Президента України" від 05.07.2000 р. реєстр № 5436 [10], який згодом був знятий із розгляду). Серед положень цього законопроекту, що могли би бути використані при врегулюванні інституту контрасигнування, слід звернути увагу на наступні положення:

1) не допускається скріплення актів Президента України підписами осіб, які тимчасово виконують обов'язки Прем'єр-міністра України або міністра, відповідального за акт та його виконання;

2) акт Президента України скріплюється підписами Прем'єр-міністра України і відповідного міністра до моменту підписання цього акта Президентом України;

3) складовими оформлення факту скріплення підписом відповідної посадової особи акта Президента України є точне найменування посади, прізвище та ініціали посадової особи, її підпис, дата вчинення підпису;

4) акт Президента України спочатку скріплює своїм підписом відповідний міністр, потім – Прем'єр-міністр України;

5) акти Президента України, видання яких Конституцією України пов'язуються із необхідністю їх скріплення підписами Прем'єр-міністра України і міністра, відповідального за акт та його виконання, набирають чинності і стають обов'язковими до виконання лише тоді, коли вони скріплені підписами зазначених посадових осіб;

6) скріплення актів Президента України підписами відповідних посадових осіб втрачає чинність, якщо Президент України не підписав цих актів до моменту: 1) дострокового припинення повноважень Президента України і покладення у зв'язку з цим на Прем'єр-міністра України виконання обов'язків Президента України; 2) вступу на пост новообраного Президента України; 3) припинення в установленому порядку повноважень Прем'єр-міністра України або міністра, які своїми підписами скріпили акт Президента України; 4) закінчення п'ятнадцятиденного строку від дня скріплення акта міністром, на якого мала бути покладена відповідальність за акт та його виконання; 5) прийняття Верховною Радою України резолюції недовіри Кабінетові Міністрів України, що має наслідком відставку Кабінету Міністрів України; 6) складення Кабінетом Міністрів України своїх повноважень перед новообраним Президентом України; 7) настання інших обставин, що унеможливлюють видання Президентом України відповідного акта (тяжке захворювання або смерть особи, яка намічалась до призначення на посаду, необхідність зміни формулювання причин звільнення з посади тощо).

До доречних пропозицій зазначеного законопроекту слід віднести і те, що за ним, акт Президента України, який скріплений підписами Прем'єр-міністра України і міністра, відповідального за акт та його виконання, офіційно оприлюднюється на загальних підставах – без зазначення факту його скріплення підписами згаданих посадових осіб. Прем'єр-міністр України, міністр, підписами яких скріплено акт Президента України, можуть відкликати свій підпис лише до підписання Президентом України відповідного акта. У такому ж порядку міністр може відкликати свій підпис, який вчинено на ще не підписаному акті виконуючого обов'язки Президента України.

Оцінюючи політичне значення інституту контрасигнування, слід погодитися із думкою Шляхтуна П. П., який відзначає, що інститут контрасигнатури є противагою політичної відповідальності уряду перед главою держави. Однак таку функцію інститут контрасигнатури може виконувати тільки у разі фактичної незалежності уряду від глави держави, однією із найважливіших умов якої є формування уряду на основі парламентської більшості. Якщо за змішаної форми республіканського правління вирішальну роль у формуванні уряду відіграє президент, який до того ж може з власної ініціативи відправляти уряд в цілому і будь-кого з його членів у відставку, то інститут контрасигнатури, встановлений конституціями держав з такою формою правління, має формальний характер і не є противагою політичній відповідальності уряду перед президентом [16, с. 409].

З огляду на це вважаємо, що подальше існування інституту контрасигнування, особливо у сучасних умовах спів падання політичної належності парламентської більшості та глави держави, є недоцільним. Однак за умови його збереження, законодавче врегулювання даного інституту потребує вдосконалення, особливо у частині розвитку процесуальних норм.

1. Алексеев А. С. Цит. за Єрмолін В. П. Конституційні засади виконавчої влади в Україні (проблеми теорії і практики): дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.02 / Єрмолін Володимир Павлович. – К., 2002. – С. 53. 2. Барциц И. Н. Контрасигнатура // Энциклопедия государственного управления в России: В 2 т. / Том 1. Отв. ред. И. Н. Барциц. – М.: Изд-во РАГС, 2008. – С. 353–354; Шаповал В. М. Конституційний механізм державної влади в незалежній Україні: політико-правові проблеми організації виконавчої влади / В. М. Шаповал // Право України. – 1997. – № 1. – С. 32; Сафинов К. Б. Правительство Республики Казахстан: функции, созидательно-организаторская и правоустанавливающая его деятельность на переходном этапе : авторреф. дис. на соискание учен. степени доктора юрид. наук : спец. 12.00.02 "Конституционное право; муниципальное право; административное право; финансовое право" / К. Б. Сафинов. – Алматы, 2002. – С. 18. 3. Виконавча влада і адміністративне право / За заг. ред. В. Б. Авер'янова. – К.: Видавничий Дім "Ін - Юре", 2002. – С. 121. 4. Дахова І. І. Конституційно-правовий статус уряду в зарубіжних країнах: порівняльно-правовий аспект: дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.02 / Дахова Ірина Іванівна. – Х., 2006. – С. 58–59. 5. Закон України "Про судоустрій і статус суддів" від 07. 07. 2010 р. // Голос України. – 03. 08. 2010 р. – № 142. 6. Єрмолін В. П. Конституційні засади виконавчої влади в Україні (проблеми теорії і практики): дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.02 / Єрмолін Володимир Павлович. – К., 2002. – С. 53. 7. Лагутов Ю. Е. Конституційний статус і відповідальність глави уряду: європейський досвід і вітчизняна практика / Ю. Е. Лагутов [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://sd.net.ua/2009/10/09/konstitucjjnijj_status__vdpovdalnst_glavi_urjadu.html 8. Митровка Я. В. Конституційні засади поділу державної влади в Україні та Чеській Республіці : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 "Конституційне право" /Я. В. Митровка – Київ, 2007. – С. 12. 9. Молдован В. В. Конституційне право : опорні конспекти : [навч. посібник] / В. В. Молдован, В. Ф. Мелащенко. – К.: Юмана, 1996. – С. 210; Скакун О. Ф. Теория государства и права : [учебник] / О. Ф. Скакун. –Х.: Консул, Ун-т внутр. дел, 2000. – С. 364. 10. Проект Закону України "Про скріплення підписами посадових осіб актів Президента України" від 05. 07. 2000 р., реєстр № 5436 [Електронний ресурс]. – Режим доступу http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=8733 11. Розвиток публічного права в Україні (доповідь за 2007-2008 роки) / [за заг. ред. Н. В. Александрової, І. Б. Коліушка]. – К.: Конус-Ю, 2009. – С. 235. 12. Сафинов К. Б. Правительство Республики Казахстан: функции, созидательно-организаторская и правоустанавливающая его деятельность на переходном этапе : авторреф. дис. на соискание учен. степени доктора юрид. наук : спец. 12.00.02 "Конституционное право; муниципальное право; административное право; финансовое право" / К. Б. Сафинов. – Алматы, 2002. – С. 18. 13. Серьогіна С. Г. Цит. за Дахова І. І. Конституційно-правовий статус уряду в зарубіжних країнах: порівняльно-правовий аспект: дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.02 / Дахова Ірина Іванівна. – Х., 2006. – С. 59. 14. Скакун О. Ф. Теория государства и права : [учебник] / О. Ф. Скакун. – Х.: Консул, Ун-т внутр. дел, 2000. – С. 364. 15. Шаповал В. М. Конституційний механізм державної влади в незалежній Україні: політико-правові проблеми організації виконавчої влади / В. М. Шаповал // Право України. – 1997. – № 1. – С. 32. 16. Шляхтун П. П. Конституційне право України : [підручник] / П. П. Шляхтун. – К.: "Освіта України", КНТ, 2008. – С. 409.

Надійшла до редколегії 22.09.10

УДК 346.9:347.731.1

А. Попова, канд. юрид. наук

ФУНКЦІЇ ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ТОВАРНИХ БІРЖ

У статті системно досліджені основні функції господарсько-правової відповідальності товарних бірж, наводяться класифікації функцій юридичної відповідальності та господарсько-правової відповідальності, що відомі в теорії та на практиці. Запропоновано власне визначення поняття функцій господарсько-правової відповідальності товарних бірж.

Ключові слова: господарсько-правова відповідальність, функція, товарна біржа.

В статье системно исследованы основные функции хозяйственно-правовой ответственности товарных бирж, наводятся классификации функций юридической ответственности и хозяйственно-правовой ответственности, известные в теории и на практике. Предложено собственное определение понятия функций хозяйственно-правовой ответственности товарных бирж.

Ключевые слова: хозяйственно-правовая ответственность, функция, товарная биржа.

Basic functions of gospodarsko-pravovoy responsibility of commodity exchanges are system explored in the article, classifications of functions of legal responsibility and gospodarsko-pravovoy responsibility are pointed, that known in a theory and in practice. Own determination of concept of functions of gospodarsko-pravovoy responsibility of commodity exchanges is offered.

Key words: gospodarsko-pravova responsibility, function, commodity exchange.

З метою підвищення рівня надання біржових послуг, гарантування захисту законних прав та інтересів громадян і організацій, що є учасниками біржової торгівлі, а також публічних інтересів держави, відсутність у Законі України "Про товарну біржу" окремого розділу, присвяченого питанням відповідальності товарних бірж за порушення своїх обов'язків, зумовлюють доцільність дослідження, перш за все, окремих теоретичних аспектів господарсько-правової відповідальності товарних бірж.

У теорії господарського права проблему господарсько-правової відповідальності товарних бірж досліджували А.Г. Бобкова, Ю.О. Моісеєв, Л.Я. Мороз та інші. При цьому варто зазначити, що у вітчизняній літературі не зустрічається визначення та аналіз функцій господарсько-правової відповідальності товарних бірж.

З огляду на це, уявляється необхідним дослідити систему функцій господарсько-правової відповідальності товарних бірж, а також сформулювати власне визначення зазначеної категорії.

Проблему функцій господарсько-правової відповідальності товарних бірж можна досліджувати традиційним шляхом і виділити загальноправові та галузеві, загальні та спеціальні функції.

В науці поняття "функція" використовується у різних значеннях. В біології функція – це специфічна діяльність органу і організму (функція руки, підшлункової залози тощо). В інших науках функція розглядається як напрям дії будь-якої системи (кібернетика).

За новим тлумачним словником української мови функція – явище, яке залежить від іншого явища, є формою його виявлення і змінюється відповідно до його змін. Робота кого-, чого-небудь, обов'язок, коло діяльності когось, чогось; обов'язок, повинність, місія [16, с. 675].

В юридичній науці термін "функція" використовується для характеристики соціальної ролі держави і права.

Багаторічний досвід активного дослідження поняття "функція права" сьогодні не дозволяє констатувати наявність єдиної точки зору на цю проблему. В цілому під функцією права розуміють або соціальне призначення права, або напрями правового впливу на суспільні відносини, або і те й інше у сукупності.

Залежно від елементів, з яких складається система права, виділяють такі групи функцій права: загальноправові (характерні для всіх галузей права); міжгалузеві (характерні для двох і більше галузей права); галузеві; правових інститутів. За значенням напряму впливу права на суспільне життя, обсягом правового регулювання функції права також поділяють на основні (регулятивна і охоронна) і неосновні (обмежувальна, компенсаційна, відновлювальна) функції [17, с. 83-85].

Функції права конкретизуються і деталізуються у функціях юридичної відповідальності.

Дослідження численних джерел, присвячених проблемі юридичної відповідальності, дозволяє вказати на відсутність єдиного вичерпного переліку функцій юридичної відповідальності. Більшість вчених виділяють наступні основні функції юридичної відповідальності: репресивно-каральна (штрафна), попереджувально-виховна (превентивна) і правовідновлювальна (компенсаційна) [6, с. 212].

Так, С.С. Алексєєв, зазначаючи, що ціль юридичної відповідальності полягає у перевихованні правопорушника, виділяє дві її функції: штрафну і право відновлювальну [1, с. 277-278].

М.С. Малєін, поряд з репрессивною (каральною) і компенсаційною (відновлювальною), розрізняє також превентивну (попереджувально-виховну) і сигналізаційну функції [13, с. 145].

Заслуговує на увагу детальна класифікація, запропонована В.Д. Пєрєваловим, який виділяє такі функції юридичної відповідальності: каральну (штрафну), правовідновлювальну (компенсаційну), попереджувальну, виховну, охоронну і регулятивну [23, с. 266].

У свою чергу, С.О. Комаров і О.В. Малько виділяють три функції (штрафну, правовідновлювальну і виховну) [11, с. 360].

О.Ф. Скакун виділяє правоохоронну та виховну функції юридичної відповідальності. Правоохоронну функцію розглядає через правовідновлюючу (компенсаційну) та каральну (штрафну) функції, а виховну функцію поділяє на загальнопревентивну (спрямована на виховання громадян у дусі поваги до закону) та спеціально-превентивну (спрямована на виховання правопорушника) функції юридичної відповідальності [22, с. 435].

За інститутом юридичної відповідальності визнається властивість здійснювати не тільки охоронний вплив, але й регулятивний.

Як стверджує А.С. Шабуров, юридична відповідальність пов'язана в основному з охоронною діяльність держави, з охоронною функцією права, але вона виконує і властиву праву в цілому організаційну (регулятивну) функцію [27, с. 421].

У свою чергу, Т.Н. Радько зазначає, що у загальноправовому контексті здатність юридичної відповідальності і регулювати суспільні відносини, і охороняти їх є специфічним проявом того факту, згідно з яким регулятивна і охоронна функції права – це дві сторони одного явища, розглянуті в різних аспектах. Регулятивна і охоронна функції є виразом двоєдиного призначення права в суспільстві [20, с. 44].

Таким чином, в літературі деякі науковці серед функцій, що виконує юридична відповідальність, виділяють також регулятивну функцію. Регулятивна функція юридичної відповідальності – це напрями впливу юридичної

© Попова А., 2010

відповідальності, що полягає у закріпленні, регулюванні суспільних відносин. Регулятивну функцію юридичної відповідальності поділяють на: регулятивно-статичну функцію – закріплює існуючі суспільні відносини; регулятивно-динамічну функцію – направлена на зміну і вдосконалення існуючих суспільних відносин.

Способами здійснення регулятивної функції юридичної відповідальності є: визначення правового становища суб'єктів права та інших учасників суспільних відносин; закріплення у правових нормах умов, за яких суб'єкт повинен діяти правомірно, складів правопорушень тощо.

Функції юридичної відповідальності – це один із проявів функцій права, вони співвідносяться як частина і ціле. У свою чергу, Д.А. Липинський, досліджуючи питання змісту функцій негативної юридичної відповідальності, визначає їх відмінні риси: цільовий характер, відображення напряму впливу, характер впливу, обумовленість закономірностями суспільного розвитку і удосконалення суспільних відносин [12, с. 19].

До функцій можна віднести: захист правопорядку, штрафну і каральну функції (покарання винного), а також функцію виправлення і перевиховання особи, що вчинила правопорушення (приватна і загальна превенція правопорушень), правовідновлювальну і сигналізаційну функції [9, с. 67]. Всі функції взаємопов'язані і неподільні, прояв однієї з них неможливий без прояву інших функцій.

Функції юридичної відповідальності характерні й для господарсько-правової відповідальності товарних бірж, а отже є загальними функціями останньої.

Б.С. Антимонов виділяє три види функцій майнової відповідальності: стимулюючу (попереджувальну, превентивну, виховну), відновлювальну (відшкодування, компенсації), сигналізаційну (контрольну) [2, с. 21-22].

А.Г. Биков вважає, що господарсько-правова відповідальність виконує стимулюючу, компенсаційну та виховну функції [4, с. 3-9].

На думку В.В. Лаптєва, відповідальність у підприємництві, крім попереджувальної, сигналізаційної, коригувальної дії, має також компенсаційне значення, дозволяючи за рахунок порушника відшкодувати майнові втрати потерпілій стороні [19, с. 497].

В.В. Овсієнко та О.М. Вінник визначають стимулюючу функцію як загальну для всіх господарсько-правових санкцій [18, с. 16; 5, с. 387]. М.І. Брагінський переконаний, що санкції виконують стимулюючу роль лише до моменту порушення договору, а після того вони є джерелом відшкодування збитків для потерпілої сторони та одночасно сигналом про незадовільну роботу порушника договору [3, с. 220].

Р.О. Халфіна виділяє відновлювальну, компенсаційну і виховну функції відповідальності [25, с. 420]. Г.С. Гуревич дві останні функції доповнює каральною [8, с. 41].

У свою чергу, В.П. Грібанов, В.І. Кофман і А.А. Собчак зазначають, що інститут відповідальності у господарських відносинах виконує відновлювальну, попереджувальну і виховну функції [7, с. 516].

О.М. Вінник дає таке визначення функцій господарсько-правової відповідальності: "функції господарсько-правової відповідальності – це напрямки її дії, той господарський результат, що настає в результаті застосування господарсько-правової відповідальності і поділяє функції на загальні: попереджувально-стимулююча, штрафна (притаманні для будь-якої юридичної відповідальності) та спеціальні: компенсаційно-відновлювальна, інформаційна, сигналізаційна (є характерними лише або переважно для господарсько-правової відповідальності) [5, с. 387].

В.К. Мамутов стверджує, що найчастіше науковцями виділяються стимулююча (штрафна, попереджувальна), компенсаційна (відновлювальна), обліково-інформаційна (сигналізаційна, контрольна) функції господарсько-правової відповідальності [15, с. 37-38].

А.І. Шпомер, крім компенсаційно-відновлювальної, стимулюючої, попереджувальної, превентивної (запобіжної), контрольно-інформаційної, сигналізаційної функцій, виділяє також регулюючу (адміністративну) функцію господарсько-правової відповідальності. Як зазначає авторка, регулююча (адміністративна) функція є кінцевою функцією господарських санкцій. Через застосування санкцій до суб'єкта господарювання здійснюється вплив з боку державних органів на порушників існуючого порядку господарської діяльності. Поведінка господарюючих суб'єктів залежить від загрози застосування і виконання санкцій. Крім того, на думку А.І. Шпомер, розпорядження своїми правами і виконання обов'язків суб'єктами господарювання в майбутньому залежать від застосування і виконання щодо них господарських санкцій у минулому [28, с. 8].

Деякі функції господарсько-правової відповідальності класифікують на підвиди. Наприклад, у відновлювальній функції виділяють такі елементи: компенсаційний, правовідновлювальний, реституційний. Так, деякі автори вважають, що компенсація, правовідновлення, відшкодування, реституція є різновидом загального для них родового поняття – відновлення [24, с. 16].

Розглянемо функції господарсько-правової відповідальності товарних бірж на підставі функцій господарсько-правової відповідальності, що визначені в теорії господарського права. Узагальнено є підстави виділити такі основні функції: штрафна (каральна), компенсаційна (відновлювальна), попереджувальна, сигналізаційна, а також інформаційна функції.

Штрафна (каральна) функція господарсько-правової відповідальності товарних бірж – це напрям впливу господарсько-правової відповідальності, що полягає у застосуванні до правопорушника (товарної біржі) заходів майнового характеру. Мета покарання забезпечується принципом невідворотності відповідальності і обмежується принципами законності, індивідуалізації, справедливості, рівності тощо.

Як слушно зазначає П.О. Кабанов, каральна функція реалізується не тільки для досягнення цілі покарання, але і для досягнення цілей попередження, відновлення, гуманізму, виховання і регулювання [10, с. 5-6]. На думку О.М. Вінник, штрафна функція незначною мірою характерна для господарсько-правової відповідальності і проявляється лише у певних випадках, зокрема: сплата штрафної неустойки, яка передбачає і сплату суми неустойки, і повне відшкодування збитків; господарсько-адміністративні штрафи за заборонені законом дії у сфері економічної конкуренції, якщо вони створили лише загрозу обмеження конкуренції на ринку, не завдавши шкоди її учасникам [5, с. 387].

Компенсаційна (відновлювальна) функція господарсько-правової відповідальності товарних бірж – це напрям впливу господарсько-правової відповідальності на поведінку товарних бірж, на відновлення порушених біржових відносин. Як зазначає О.М. Вінник, ця функція притаманна всім видам і формам господарсько-правової відповідальності, але найбільше – відшкодуванню збитків, штрафним санкціям (сплата неустойки) [5, с. 388].

Так, ця функція закріплена в ст. 224 ГК України, згідно з ч. 1 якої учасник господарських відносин, який порушив господарське зобов'язання або установлені вимоги щодо здійснення господарської діяльності, по-

винен відшкодувати завдані цим збитки суб'єкту, права або законні інтереси якого порушені.

В.К. Мамутов і В.В. Овсієнко зазначають, що компенсаційна функція відповідальності відіграє корисну роль, відновлює еквівалентність обміну між підприємством-виробником і підприємством-споживачем. Цю функцію виконує інститут відшкодування збитків. При цьому науковці відмічають, що цим роль відповідальності не вичерпується, її призначення також полягає у запобіганні можливості шкоди, завданої невиконанням зобов'язань боржником, що забезпечується застосуванням оперативно-господарських санкцій та штрафних санкцій (сплата неустойки) [15, с. 37-38].

Способами реалізації компенсаційної (відновлювальної) функції є: закріплення у нормах біржового права юридичних обов'язків правопорушника-товарної біржі у сфері здійснення біржової торгівлі, прав та обов'язків спеціальних і загальних правозахисних державних органів, функцією яких є саме застосування господарських санкцій, встановлення складів правомірної поведінки, спрямованих на відновлення біржових відносин.

Реалізація компенсаційної (відновлювальної) функції також може здійснюватися за принципом змагальності, тобто потерпілій стороні достатньо надати докази про спричинення майнової шкоди, невиконання зобов'язання тощо. Правопорушник-товарна біржа може оскаржувати факт правопорушення, доводити правомірність своїх дій, що завдали збитки, обгрунтувати свою думку про розмір збитків чи порядок їх відшкодування. Стягнення з правопорушника завданих збитків компенсує втрати потерпілої сторони, при цьому відновлює її майнове становище.

Попереджувальна функція господарсько-правової відповідальності товарних бірж полягає у відповідному впливі на правопорушника у сфері здійснення торговельно-біржової діяльності, а також на всіх учасників біржових відносин в цілому, що в результаті формує правомірну поведінку суб'єкта. З точки зору законних інтересів громадян, організацій та держави найбільш важливим є не допустити порушення цих інтересів, попередити правопорушення, ніж потім компенсувати завдані ним збитки.

В англо-американському праві своєрідною превентивною функцією можна вважати інститут номінальних збитків, які застосовуються у випадку, коли потерпіла сторона зробила все, щоб довести розмір своїх реальних збитків, але не змогла [21, с. 100]. Цей інститут номінальних збитків відіграє важливу концептуальну роль в системі англо-американського договірного права. Для українського права традиційним є принцип повного відшкодування збитків, який закріплюється у господарському законодавстві (ст.ст. 216, 224 ГК України). При цьому під збитками розуміються витрати, зроблені управненою стороною, втрата або пошкодження її майна, а також неодержані нею доходи, які управнена сторона одержала б у разі належного виконання зобов'язання або додержання правил здійснення господарської діяльності другою стороною (ч. 2 ст. 224 ГК України).

Застосування принципу повного відшкодування збитків зумовлюється необхідністю відновити права потерпілої сторони у зобов'язанні.

Таким чином, відшкодування збитків забезпечує виконання не лише компенсіційної (відновлювальної) функції, а й попереджувальної функції господарсько-правової відповідальності товарних бірж.

Можна виділити притаманну для всіх видів і форм господарсько-правової відповідальності товарних бірж – попереджувально-стимулюючу функцію, оскільки не лише застосування господарсько-правової відповідальності, а й сама загроза її застосування примушує учасників біржових правовідносин (насамперед товарні біржі) діяти правомірно, аби уникнути негативних наслідків в результаті застосування такої відповідальності.

Сигналізаційна функція господарсько-правової відповідальності товарних бірж проявляється у тому, що розповсюдженість певного виду господарського правопорушення свідчить, по-перше, про недостатню суворість застосовуваних у цьому випадку заходів відповідальності, а по-друге, – про необхідність пошуку інших засобів боротьби з порушеннями у цій сфері господарювання.

Сигналізаційна функція господарсько-правової відповідальності товарних бірж може проявлятися з іншої сторони: застосування до товарної біржі господарсько-правової відповідальності є сигналом для неї про необхідність поліпшення своєї роботи з метою уникнення в майбутньому втрат від застосування такої відповідальності, а для її контрагентів – сигналом про необхідність зважити доцільність продовження з товарною біржею договірного зв'язку або розірвання існуючого.

Можна також виділити інформаційну функцію господарсько-правової відповідальності товарних бірж. Роль інформаційної функції полягає в інформуванні учасників торговельно-біржової діяльності про недоліки в діяльності їх партнерів (якщо до останніх застосовуються господарсько-правові санкції контролюючими органами, контрагентами тощо), а відтак – у доцільності корегування своїх відносин з ними. Застосування таких санкцій до самих товарних бірж надають їм відповідну інформацію про можливі недоліки у власній діяльності.

На думку М.С. Малєіна, інформаційна функція відповідальності полягає лише в інформації про наявність чи відсутність вини підприємства, що не виконало зобов'язання [14, с. 42-43].

Ця функція закріплена в ч 2 ст. 222 ГК України, де зазначається, що у разі необхідності відшкодування збитків або застосування інших санкцій суб'єкт господарювання чи інша юридична особа – учасник господарських відносин, чиї права або законні інтереси порушено, з метою безпосереднього врегулювання спору з порушником цих прав або інтересів має право звернутися до нього з письмовою претензією, якщо інше не встановлене законом. Факт пред'явлення претензії є інформацією про недоліки у господарській діяльності суб'єкта господарювання.

Будь-яка функція господарсько-правової відповідальності товарних бірж має свої цілі, сферу впливу, а також метод реалізації. У реальному житті вони, безперечно, перетинаються, що пояснюється системним впливом господарсько-правової відповідальності на біржові відносини. Кожна функція господарсько-правової відповідальності товарних бірж, діючи системно, набуває нових властивостей, яких немає в окремо взятій функції.

У багатьох випадках реалізація одних функцій господарсько-правової відповідальності товарних бірж неможлива без реалізації інших. Попереджувальна, сигналізаційна та стимулююча функції спрямовані на недопущення протиправної поведінки, і як наслідок – виникнення штрафної (каральної) і компенсаційної (відновлювальної) функцій господарсько-правової відповідальності товарних бірж.

У процесі здійснення господарсько-правової відповідальності товарних бірж тісний взаємозв'язок проявляється також між штрафною (каральною) і компенсаційною (відновлювальною) функціями. Штрафна (каральна) функція господарсько-правової відповідальності товарних бірж має на меті покарати правопорушника-товарну біржу, зокрема, шляхом застосування заходів майнового впливу, в результаті чого відбувається від-

шкодування збитків, завданих внаслідок господарського правопорушення. Компенсаційна (відновлювальна) функція, діючи одночасно зі штрафною (каральною), примушує правопорушника-товарну біржу до правомірної поведінки, компенсує втрати учасникам біржових відносин.

Дослідження взаємозв'язків між функціями господарсько-правової відповідальності товарних бірж було б не повною мірою проведено без розгляду сигналізаційної та попереджувальної функцій господарсько-правової відповідальності. Їх взаємозв'язок має подвійний характер. Вплив сигналізаційної функції полягає у тому, що вона свідчить про необхідність поліпшення або усунення певних недоліків у роботі товарної біржі – з одного боку. А з іншого боку – має місце вплив попереджувальної функції господарсько-правової відповідальності, що полягає у стимулюванні товарної біржі до правомірної поведінки. Попереджувальна функція також має на меті – зменшення кількості господарських правопорушень, а сигналізаційна – уникнення у майбутньому втрат товарною біржею через застосування до неї господарсько-правових санкцій.

Отже, аналіз ряду наукових джерел дає підстави *функції господарсько-правової відповідальності товарних бірж* визначати як основні напрями впливу господарсько-правової відповідальності на біржові відносини, через які досягаються її цілі, і проявляється призначення. Інші теоретично-правові аспекти господарсько-правової відповідальності товарних бірж будуть предметом подальших досліджень даних спеціальних суб'єктів господарювання.

1. Алексеев С.С. Общая теория права: В 2 томах. Т. 1. – М.: Юридическая литература, 1981. – 361 с. 2. Антимонов Б.С. Основания договорной ответственности социалистических организаций. – М.: Госюриздат, 1962. – 174 с. 3. Брагинский М.И. Общее учение о хозяйственных договорах. – Минск, 1967. – 260 с. 4. Быков А.Г. Имущественная ответственность в условиях полного хозрасчёта. – М.: Знание, 1970. – 32 с. 5. Вінник О.М. Господарське право: Навчальний посібник. – 2-ге вид., змін. та доп. – К.: Всеукраїнська асоціація видавців "Правова єдність", 2008. – 766 с. 6. Головастикова А.Н., Дмитриев Ю.А. Теория государства и права в вопросах и ответах: Учебное пособие. – М., 2008. – с. 212. 7. Гражданское право. Т. 1. – М.: Юридическая литература, 1969. – с. 516; Советское гражданское право / Под ред. проф. О.А. Красавчикова. Т. 1. – М.: Высшая школа, 1968. – с. 482; Собчак А.А. Экономико-правовые аспекты имущественной ответственности // Советское государство и право. – 1972. – №2. – с. 80. 8. Гуревич Г.С. Гражданско-правовые санкции и их роль в обеспечении хозрасчётных интересов социалистических предприятий // Сб. Юридические гарантии применения советских правовых норм и укрепления социалистической законности 5-7 октября 1971, МВ ССО УССР, К., 1971. – с. 41. 9. Иванов А.А. Цели юридической ответственности, ее функции и принципы // Государство и право. – №6. – 2003. – с. 66-69. 10. Кабанов П.А. Карательная функция в системе функций юридической ответственности / Автореф. дис. канд. юрид. наук. – Казань: КГУ, 2005. – 16 с. 11. Комаров С.А., Малько А.В. Теория государства и права: Учебно-методическое пособие. Краткий учебник. – М.: Норма, 2005. – 448 с. 12. Липинский Д.А. К вопросу о содержании функций юридической ответственности // Новая правовая мысль. – 2008. – №1. – с. 19. 13. Малеин Н.С. Правонарушение: понятие, причины, ответственность. – М.: Юридическая литература, 1985. – 192 с. 14. Малеин Н.С. Имущественная ответственность в хозяйственнїх отношениях. – М.: Наука, 1968. – 206 с. 15. Мамутов В.К., Овсиенко В.В., Юдин В.Я. Предприятие и материальная ответственность. – К.: Наукова думка, 1971. – 191 с. 16. Новий тлумачний словник української мови. – Т.3. – К.: вид-во "Аконіт", 2005. – 864 с. 17. Общая теория права и государства: Учебник / Под ред. В.В. Лазарева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2001. – 520 с. 18. Овсиенко В.В. Проблемы возмещения убытков в хозяйственном праве: Автореф. Дис. …доктора юрид. наук, 1972. – 30 с. 19. Предпринимательское (хозяйственное) право: учебник / [Вознесенская Н.Н. и др.]; под ред. В.В. Лаптева, С.С. Занковского. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – 560 с. 20. Радько Т.Н. Основные функции социалистического права: Учебное пособие. – Волгоград, 1970. – 142 с. 21. Свод английского гражданского права / Под ред. Э. Дженкса. – М.: Юридическое издательство НКЮ СССР, 1941. – 303 с. 22. Скакун О.Ф. Теорія держави і права: Підручник. / Пер. з рос. – Харків: Консум, 2006. – 656 с. 23. Теория государства и права: Учебник / Отв. ред. В.Д. Перевалов. 4-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма, 2007. – 496 с. 24. Трофимова М.П. Функции юридической ответственности. – Саратов, 2008. – с. 16. 25. Халфина Р.О. Правовое регулирование хозяйственных связей / Государство. Право. Экономика. – М.: Юридическая литература, 1970. – с. 420. 26. Хозяйственное право: Учебник / В.К. Мамутов, Г.Л. Знаменский, К.С. Хахулин и др. – К.: Юринком Интер, 2002. – 897 с. 27. Шабуров А.С. Юридическая ответственность // Теория государства и права: Учебник для юрид. вузов и факультетов. – М.: Издательская группа НОРМА-ИНФРА М, 1997. – 570 с. 28. Шпомер А. Господарська відповідальність як метод державного регулювання економіки // Підприємництво, господарство і право. – 2002. – №7. – с. 7-9.

Надійшла до редколегії 23.09.10

УДК 347.732

В. Рєзнікова, канд. юрид. наук

ПОНЯТТЯ ТА ОСОБЛИВОСТІ ПОСЕРЕДНИЦЬКИХ ДОГОВОРІВ

Статтю присвячено посередницьким договорам. Визначено поняття договору про надання посередницьких послуг (посередницького договору). Особливу увагу приділено питанню правової природи відносин, що виникають на підставі посередницького договору, аналізу характерних рис (особливостей) посередницьких договорів, а також істотних умов посередницьких договорів.

Ключові слова: посередництво; договір про надання посередницьких послуг; посередницький договір; посередницькі договірні правовідносини.

Статья посвящена посредническим договорам. Определено понятие договора о предоставлении посреднических услуг (посреднического договора). Особое внимание уделено вопросу правовой природы отношений, которые возникают на основании посреднического договора, анализу характерных черт (особенностей) посреднических договоров, а также существенных условий посреднических договоров.

Ключевые слова: посредничество; договор о предоставлении посреднических услуг; посреднический договор; посреднические договорные правоотношения.

The article deals with the mediation agreement. The concept of agreement for provision of intermediary services (mediation agreement) is defined. Particular attention is paid to the legal nature of the relationships that occur on the basis of mediation agreement, as well as to the analysis of the characteristics (features) of the mediation agreement and to the essentials of mediation agreements.

Key words: Mediation; agreement for the provision of intermediary services; mediation agreement, mediation contractual relationships.

Становлення в Україні ринкових економічних відносин зумовлює необхідність кардинального реформування як господарського законодавства в цілому, так і окремих його складових, зокрема договірних відносин, які в сучасних умовах мають служити вдосконаленню господарсько-правового регулювання суспільно-економічних відносин. При укладенні і виконанні господарсько-правових договорів реалізуються певні суспільно-економічні права суб'єктів господарювання. Все більшого значення набувають сьогодні гарантії реального і повного забезпечення прав та обов'язків суб'єктів господарського права. До числа таких гарантій слід віднести закріплену за учасниками господарського обороту можливість отримувати послуги і допомогу посередників. Найбільш поширеними формами опосередкування господарсько-правових відносин з надання посередницьких послуг, що спрямовані на виконання посередником юридичних та/або фактичних дій в інтересах замо-

© Рєзнікова В., 2010

вника, на сьогодні традиційно визнаються господарські договори доручення, комісії, агентування. Значення правового регулювання господарських відносин, що спрямовані на надання допомоги у вчиненні юридичних та/або фактичних дій, значно підвищується в умовах радикального реформування суспільства, де все більшої ваги набуває господарська діяльність посередників. *Саме тому є* ***актуальним*** *питання правового регулювання, поняття та особливостей господарських посередницьких договорів*.

Правовому регулюванню посередництва та/або посередницьких договорів в Україні присвячено праці таких авторів, як: В.А.Васильєва, Г.І.Сальнікова, В.В.Луць, Н.С.Кузнєцова, Р.В.Колосов та ін. Однак, слід відмітити, що науково-теоретична розробка окресленої проблематики зазначеними авторами виконується переважно з цивільно-правової точки зору. Господарсько-правові та комплексні дослідження як посередництва загалом, так і посередницьких договорів зокрема, в Україні є фрагментарними, здійснюваними переважно в контексті супутнього аналізу інших проблем правового регулювання господарських правовідносин та/або господарської діяльності.

Метою в цьому аспекті є *визначення поняття, а також розкриття особливостей договорів про надання посередницьких послуг (посередницьких договорів)*.

Посередництво в сфері господарського обороту здійснюється на підставі договору, який має бути укладеним в письмовій формі й містити вказівку на права та обов'язки (повноваження) посередника щодо здійснення ним юридичних та/або фактичних дій в інтересах та за рахунок замовника, які, в свою чергу, складають зміст посередницької послуги. Окремого виду господарського зобов'язання, іменованого посередницьким договором, чинним господарським правом не передбачено. Однак, при дотриманні принципу свободи договору й співвідношення умов договору з імперативними та диспозитивними нормами закону можливе укладення посередницьких договорів, що не оспорюється і в правовій доктрині. В практиці господарювання для опосередкування посередницьких правовідносин використовуються як вже відомі посередницько-представницькі договірні конструкції (договір доручення, агентський договір, договір комісії тощо), так і непоіменовані, "змішані". Практика еволюційного розвитку ринкових відносин на фоні зростання ролі підприємництва в нашій країні обумовлює необхідність вдосконалення інституту посередництва. На сьогодні в господарському обороті України помітне значне практичне поширення посередницьких договорів (як таких, що передбачені чинним законодавством, так і таких, що не мають нормативного закріплення). Відбувається це всупереч тому, що правове регулювання посередницької діяльності є подекуди фрагментарним та недостатнім, таким, що не відповідає та/або відстає від потреб реального господарського обороту. Часто-густо суб'єкти підприємництва з різних причин не можуть самостійно вчинити ті чи інші юридичні та/або фактичні дії – провести переговори з потенційними контрагентами, укласти господарський договір, продати товар або здати в оренду приміщення, тому змушені звертатися за допомогою до інших осіб (професійних посередників, що можуть надати відповідну посередницьку послугу за плату). Через це в практиці господарських правовідносин (як форма їхнього оформлення та врегулювання) достатньо поширені посередницькі договори. Як справедливо підкреслює І. Грущинський, саме договірна форма створює можливості для суб'єктів підприємницьких відносин повною мірою задовольняти їх інтереси. Договірна форма також є визначальною при виборі контрагентів. В умовах сьогодення, як зазначає автор, договір стає основною формою регулювання майнових відносин між учасниками господарського обороту, за допомогою якої вони взаємоузгоджено реалізують свої можливості та досягають спільної мети [1, с. 36–38]. З цієї точки зору посередницький договір слід розуміти як угоду про права та обов'язки, що регулює взаємну підприємницьку діяльність його учасників. Він є комплексом дій із створення, забезпечення та виконання прав і обов'язків, що регламентують діяльність контрагентів в процесі посередництва в сфері господарювання.

Окремі дослідники виділяють в системі господарських договорів "договори представницької групи". Так, наприклад, В. Н. Бєлов відносить до таких договорів доручення, комісію, агентування, дилерське обслуговування, дистриб'юторство, консигнацію, франчайзинг, довірче управління власністю, лізинг тощо [2, с. 3–32]. Як критерій для віднесення договорів до представницької групи автор виділяє факт реалізації прав та/або виконання обов'язків, передбачених договором, однією особою в економічних інтересах іншої особи. За таким підходом посередницькі договори є складовою більш широкого поняття – "договорів представницької групи". Інші автори вважають, що за посередницьким договором, укладеним в письмовій формі, одна сторона (посередник) надає іншій стороні (фізичній або юридичній особі – підприємцю) послуги з посередництва від власного імені, але за рахунок та в інтересах іншої сторони, при укладення договорів в сфері підприємницької діяльності за обумовлену сторонами винагороду. Посередницький договір подекуди розглядається також: 1) як різновид договору доручення; 2) як різновид агентського договору; 3) як різновид комісійного договору; 4) як самостійний непоіменований договір про посередництво; 5) як змішаний договір, що містить в собі елементи декількох пойменованих договорів, передусім таких, як договір доручення, комісії, агентський договір та ін.; 6) як організаційний договір, на основі котрого укладаються договори доручення, комісії, агентський договір тощо. У зв'язку з розширенням міжнародних зв'язків посередники все частіше стикаються з необхідністю укладення міжнародного договору комерційного посередництва, під яким прийнято розуміти двосторонній, оплатний, зовнішньоторговельний договір, за котрим одна сторона (посередник) зобов'язується вчинити в інтересах іншої сторони від її та/або від власного імені юридичні та/або фактичні дії.

Узагальнюючи описані в юридичній літературі погляди, можна виділити ***два основних підходи до визначення правової природи відносин, що виникають на підставі посередницького договору***. В рамках першого підходу *посередницький договір розглядається як самостійний договір, котрий не можна звести до договору доручення, комісії, агентського договору чи будь-якого іншого договору* [4, с. 55–61]. На користь цього підходу наводиться й теза про те, що сторони можуть укладати договори як передбачені, так і не передбачені законами та/або іншими нормативними актами. Другий підхід характеризується *трактуванням діяльності посередника як діяльності повіреного, що характеризується специфічними ознаками* [3, с. 8 ; 5, с. 207]. Звідси посередницький договір тлумачиться як різновид договору доручення, тобто такий, що належить до так званої "представницької групи". Натомість такий автор як С. В. Мельник до посередницьких договорів відносить: договір доручення, договір комісії, договір агентування, договір комерційної концесії, договір професійного (комерційного) представництва. При цьо-

му автор робить ремарку, що перелік названих посередницьких договорів не закритий. Договори доручення, комерційного представництва, комісії, агентування та інші їхні види утворюють групу договорів, пов'язаних з діями в чужому інтересі за замовленням (дорученням) зацікавленої особи. Спільним у визначенні ознак цієї групи договорів є наділення посередника (повіреного, комерційного представника, комісіонера або агента) повноваженнями відповідно до яких він зобов'язаний вчиняти дії в інтересах та за рахунок особи, яка надала такі йому повноваження [6, с. 113]. Сенс усіх господарських договорів, якими оформлюються господарські відносини посередництва, полягає в реалізації інтересів будь-якого господарюючого суб'єкта діями іншого суб'єкта господарювання. Об'єднує їх те, що на підставі цих договорів одна зі сторін діє в інтересах іншої сторони, виконуючи її замовлення (доручення) за її ж рахунок. В окремих випадках дії вчиняються у якійсь конкретній сфері (наприклад, договір транспортної експедиції), а в інших – посередник отримує повноваження на здійснення посередницької діяльності в різних сферах підприємництва.

У кожному разі ***посередницьке правовідношення виражається в договорі на надання посередницьких послуг***. Загалом ***всі посередницькі договори є договорами про надання послуг***. Така позиція є загальноприйнятою та видається цілком виправданою, об'єктивно зумовленою. Однак мають місце і протилежні точки зору, відповідно до яких:

1) ***посередництво є не послугою, а торгівлею***. Щодо цієї позиції висувається наступна аргументація. В силу ст. 1 ЗУ від 01.06.2000 р. "Про ліцензування певних видів господарської діяльності" торгівлею визнаються будь-які операції, що здійснюються за договорами купівлі-продажу, міни, поставки та іншими цивільно-правовими договорами, які передбачають передачу прав власності на товари. Окрім того, посередництво як вид діяльності з економічного погляду визначається і Класифікатором видів економічної діяльності (КВЕД), затвердженим наказом Держспоживстандарту України від 26.12.2005 р. – це документ, на підставі якого ведеться облік та аналіз статистичної інформації про діяльність суб'єктів господарювання на макрорівні. Класифікація у КВЕД ґрунтується на тому, що для здійснення кожного виду діяльності потрібно особливе поєднання ресурсів (обладнання, робочої сили, технологічних засобів, сировини та матеріалів). Крім того, береться до уваги той факт, що види діяльності можуть складатися з одного простого процесу чи з низки процесів, кожний з яких так само може бути специфічно класифікований, або сукупність процесів не поділяється на окремі види, а є єдиним комплексом. У КВЕД враховано всі економічні складові кожного виду діяльності. На основі аналізу всіх позицій КВЕД можна зробити висновок, що посередницька діяльність пов'язана з оборотом товарів, як підклас належить до класу торгівлі (роздрібної або оптової), і, отже, класифікатор пропонує будь-яку посередницьку діяльність у сфері торгівлі все ж таки вважати торгівлею, а не послугами. Ще одним аргументом на підтримку цієї позиції, хоч і досить натягнутим, є той факт, що згідно з ч. 3 ст. 263 ГКУ комерційне посередництво належить до форм господарсько-торгівельної діяльності, що здійснюється в сфері товарообороту, а тому загальний контекст розміщення цієї статті наштовхує на думку, що будь-яка посередницька діяльність, яка обслуговує товарообіг, є швидше торгівлею, аніж послугою. Прибічники цієї позиції схильні також вважати, що послуги не можуть бути і предметом договору комісії, оскільки ст. 1012 ЦКУ регламентує умови укладання договору, предметом якого є товар (майно), і не містить жодних згадок про послуги як предмет договору взагалі;

2) ***посередницька діяльність з юридичного погляду має двояку природу, маючи ознаки і послуги, і торгівельної діяльності*** [7, с. 50]. Згідно з цією позицією, посередницька операція поділяється на дві частини: а) якщо посередник всі юридичні дії вчиняє від іншої особи (замовника), то так він надає замовнику послугу з укладення договорів з третіми особами на придбання чи реалізацію продукції (зазвичай це стосується договорів доручення та агентських договорів); б) якщо ж посередницький договір складено так, що посередник укладає подальші договори не від імені замовника, а від свого імені (комісія), то у такому разі посередник одночасно буде продавцем товару, що дає право класифікувати його діяльність як торгівельну (особливо це стосується комісійної торгівлі у роздріб, а також коли товари, що були у вжитку, приймаються і продаються комісіонером у власних торгових точках).

Наведена аргументація все ж представляється непереконливою, оскільки ***головною ознакою посередницьких договорів*** при використанні їх в сфері господарсько-торгівельної діяльності ***є те, що право власності на товар не переходить до посередника***. Стаття 1018 ЦКУ, на основі якої майно придбане комісіонером за рахунок комітента, є власністю комітента, має імперативний характер. І ця обставина серед іншого дає підстави відносити договір комісії до сфери договорів про надання послуг, оскільки інша її конструкція свідчила б про наявність не договору комісії, а іншого договору (наприклад, купівлі-продажу). Якщо, скажімо, одна сторона купує майно від свого імені і набуває щодо нього право власності з метою продати його в майбутньому іншому суб'єкту, то виникає два самостійних договори купівлі-продажу, а не договір комісії, за яким одна особа купує майно (товар) для іншої особи. До того ж наведена вище аргументація не враховує того факту, що посередник діє в інтересах, під контролем та за рахунок замовника (на умовах найбільш вигідних саме для замовника, а зроблені посередником витрати мають бути об'єктивно необхідними). Щоправда, в ЦК УРСР 1963 року норма аналогічна за суттю до ст. 1018 ЦКУ (ст. 398) мала більш широкий зміст. У ній, зокрема, закріплювалося право власності комітента не тільки на майно, яке комітент передав комісіонерові для здійснення з ним правочину. Перш за все йдеться про майно, яке комітент передав комісіонерові для продажу. Ця обставина спричиняє наступні юридичні наслідки: а) у зв'язку з тим, що комітент є власником майна, яке було придбано для нього комісіонером, то для останнього воно є чужим майном. Тому комісіонер повинен передати комітентові все одержане за договором комісії (ч. 1 ст. 1022 ЦКУ); б) комітент як власник несе ризик випадкового знищення та випадкового пошкодження майна (ст. 323 ЦКУ). Таким чином, якщо майно, що належить комітентові, буде знищено або пошкоджено внаслідок випадкових обставин, збитки понесе комітент, який не має права вимагати їх відшкодування від будь-якої особи. Окрім того, за посередницькими договорами комерційний інтерес посередника полягає в отриманні винагороди за вчинення юридичних та/або фактичних дій в інтересах, під контролем та за рахунок замовника. Така винагорода не має нічого спільного з отриманням виручки (прибутку) під продажу майна (товару) в господарському обороті. З огляду на це можна стверджувати, що договори, якими опосередковуються посередницькі правовідносини, потрібно все ж кваліфікувати як договори про надання посередницьких послуг, оскільки змістом посередництва є передусім на-

дання замовникові посередницької послуги, а не торгівельна діяльність, хоча остання може супутньо входити до предмету посередницького договору поряд з посередницькою послугою (остання завжди буде в основі предмету договору). В посередницьких правовідносинах завжди є особа (замовник), для якої вчиняються дії посередником (виконавцем).

Предметом посередницьких договорів є *не створення якоїсь конкретної речі* (як це буває, наприклад, за договором підряду), *не перехід права власності від однієї особи до іншої на певне майно* (як це має місце, наприклад, за договором купівлі-продажу), *а надання нематеріальних посередницьких послуг, що створюють благо, яке, в свою чергу, має вартісну природу*. Посередницькі договори (наприклад, комісія) пов'язані подекуди з наданням послуг юридичного характеру, тобто дій, що мають правові наслідки. Проте в агентському договорі йдеться ще й про фактичні послуги (тобто послуги зі сприяння в укладенні правочинів). Позаяк комісіонер та агент діють в інтересах іншої особи (комітента, принципала). Отже, як комісію, так і агентський договір (як й інші "посередницькі" договори) слід відносити до договорів, якими опосередковуються на сьогодні посередницькі правовідносини. Слід зазначити, що посередницькі договори в більшості випадків укладаються за ініціативою замовника, однак в окремих випадках ініціатором здійснення посередницької діяльності може виступати посередник (наприклад, лізингодавець за договором фінансового лізингу) або навіть третя особа. Чинне господарське та/або цивільне законодавство України в більшості випадків не передбачає конкретних обмежень щодо участі в зобов'язальних посередницьких правовідносинах окремих осіб чи організацій при безпосередньому здійсненні посередницької діяльності. Так, наприклад, сторонами посередницьких договорів можуть бути як юридичні, так і фізичні особи – підприємці. Однак якщо для замовника або для виконавця посередницької послуги участь у посередницьких правовідносинах спрямована на отримання прибутку і його участь у посередницькій діяльності можна кваліфікувати як господарську (підприємницьку) діяльність, то вони мають бути зареєстровані у встановленому чинним законодавством порядку як суб'єкти підприємницької діяльності, тобто суб'єкти господарювання, і тільки за таких підстав посередницька діяльність та посередницькі правовідносини, що складаються при її здійсненні, будуть господарсько-правовими за своєю природою. В інших випадках посередницька діяльність виходитиме за межі господарсько-правового регулювання, оскільки не матиме ознак господарської діяльності, а правовідносини, що виникатимуть при цьому, слід характеризувати як цивільно-правові за своєю суттю.

У господарській сфері посередницькі договори завжди укладаються з господарською (комерційною) метою для досягнення необхідних господарських і комерційних результатів. Загалом **договір про надання посередницьких послуг (посередницький договір)** можна визначити як ***такий господарсько-правовий договір, що укладається між фізичними та юридичними особами, які зареєстровані у встановленому законом порядку як суб'єкти підприємницької діяльності, з господарською (комерційною) метою, задля досягнення якої одна сторона (послугонадавач) зобов'язується за винагороду, за рахунок та в інтересах іншої сторони (послугоотримувача) вчинити ряд юридичних та/або фактичних дій, а послугоотримувач зобов'язується своєчасно та належним чином винагородити послугонадавача***. Ураховуючи те, що господарським договорам про надання посередницьких послуг властиві як *загальні ознаки* цієї правової категорії, так і *специфічні риси (особливості)*, притаманні саме цьому виду господарського договору, видається доречним провести аналіз та характеристику його за такими *класифікаційними ознаками (критеріями)*. ***За суб'єктним складом*** договори про надання посередницьких послуг є переважно *двосторонніми*, хоча можуть бути і *багатосторонніми*. Як зазначається в літературі, за договорами про надання послуг суб'єкти господарювання, що безпосередньо надають посередницькі послуги, виступають переважно суб'єктами зі *спеціальною правоздатністю* (це зумовлено тим, що далеко не кожен суб'єкт господарювання може надавати послуги: спеціальна правоздатність може бути заснована на обов'язковому щодо цього приписі закону (ліцензування) чи добровільно встановлена засновниками в установчих документах). *Суть спеціальної правоздатності* полягає в тому, що юридична особа має право вчиняти лише ті дії, які спрямовані на досягнення зазначеної в установчих документах мети. Вона може мати лише ті права та обов'язки, які відповідають цілям і завданням її діяльності й необхідні їй для здійснення своєї діяльності. На цій концепції ґрунтувалася правоздатність юридичних осіб за ЦК 1963 року. Разом з тим у контексті загальних процесів, що відбулися у державі, проблема участі юридичних осіб у господарському обороті набула дискусійного характеру. Так, наприклад, було поставлено під сумнів питання щодо правомірності обмеження права юридичних осіб бути представниками в посередницьких правовідносинах лише за умови наявності вказівки на це в статуті чи інших установчих документах. Слід зауважити, що ЦКУ (ст. 68) не передбачає спеціальної правоздатності юридичної особи. Вона може мати такі ж права й обов'язки, як й фізична особа, за винятком тих, що пов'язані з природними властивостями людини. Отже, за ЦКУ, юридична особа може практично у всіх випадках здійснювати представницькі функції в процесі надання посередницьких послуг, як це може робити фізична особа. Наведене видається виправданим як з теоретичної, так і з практичної точки зору. Договори про надання посередницьких послуг – це договори, що мають чітко визначену економічну та правову мету. Господарський договір завжди укладається з господарською (комерційною) метою задля досягнення необхідних сторонам господарських результатів. Однак теорія поділяє господарські договори на майнові (такі що обслуговують безпосередньо господарський оборот: виробництво товарів, виконання робіт, надання послуг) та допоміжні. Договори про надання посередницьких послуг можуть виступати як у одній, так і в іншій формі, що залежить безпосередньо від тих суб'єктів господарювання, між якими ці договори укладаються. Це означає, що *господарський договір про надання посередницьких послуг може бути як майновим* (переважно в тотальній більшості випадків він таким і є), *так і допоміжним*. ***За юридичною підставою укладення*** *договір про надання посередницьких послуг* належить до тих господарських договорів, які укладаються на підставі вільних намірів сторін, юридично виражених істотними умовами договору (тобто *є регульованим договором*). ***За способом виникнення*** *договір про надання посередницьких послуг відноситься до числа формальних*, тобто таких, для укладення яких необхідні два моменти: узгодження волевиявлення сторін (консенсус) та вираження волі у певній (визначеній законом) формі. Форма такого договору, як і будь-якого іншого господарського договору, – письмова, оскільки відповідно до ст.181 ГКУ, господарський договір за загальним правилом викладається у

формі єдиного документа, підписаного сторонами та скріпленого печатками (хоча допускається і укладення господарських договорів у спрощений спосіб). ***За способом оферти і визначення змісту*** *договір про надання посередницьких послуг є договором, зміст якого сторони визначають при його укладенні*.

Самостійного характеру посередницькому договору надають такі ***ознаки***: *особливість предмету договору; обмеженість суб'єктного складу; складність щодо охоплення питань, котрі необхідно враховувати при його підготовці та укладенні; сфера застосування та вид діяльності, що спрямована на задоволення тієї чи іншої потреби, а також ступінь поширення різноманітних видів вказаного договору*. ***Змістом посередницького договору*** *є посередницька господарська діяльність посередника з надання відповідних послуг замовникові, в т.ч. при укладенні договорів у сфері підприємницької діяльності*. ***Мета посередницького договору*** *– забезпечення інтересів однієї особи (клієнта) діями іншої особи (посередника). Найзагальнішим і принципово важливим для посередницьких договорів, пов'язаних з реалізацією товарів, є те, що право власності на нього не переходить до контрагента за договором.* Особистісно-довірительних відносин між сторонами підприємницьких договорів не виникає, а отже не виникає їх і між сторонами посередницького договору, який укладається в сфері господарювання і є, як правило, саме підприємницьким. Сторони посередницького договору є учасниками підприємницьких відносин. Ці майнові за своєю економічною природою відносини, як відносини обміну, є самостійними, заснованими на началах оплатності та еквівалентності, мають товарно-грошову форму. Посередницький договір у зв'язку з цим є оплатним договором, за яким посередник має право вимагати виплати йому обумовленої угодою сторін винагороди на надану ним посередницьку послугу, вчинені юридичні та/або фактичні дії в інтересах замовника, а також відшкодування понесених ним у зв'язку з цим фактичних витрат. Сторонами посередницького договору є посередник, котрий діє в інтересах та за рахунок замовника щодо надання останньому посередницької послуги, а також безпосередньо сам замовник, задля задоволення господарських потреб якого така діяльність здійснюється. Посередниками можуть бути як фізичні, так і юридичні особи – підприємці, що наділені господарською правосуб'єктністю (компетенцією). Специфіка суб'єктного складу посередницького договору полягає в тому, що посередник – це завжди підприємець, що володіє високою кваліфікацією в сфері здійснюваної ним посередницької діяльності, відзначається професіоналізмом, необхідним для надання посередницьких послуг, та відповідним рівнем знань в тій сфері, де такі послуги надаються. Як правило, професійний посередник в сфері господарювання характеризується наявністю у нього певних навиків, вмінь, ділових контактів, ділової репутації тощо. Діяльність посередника носить самостійний, систематичний (постійний) характер, є основним та/або виключним видом діяльності для посередника. Професійний посередник, як і будь-який інший суб'єкт підприємницької діяльності, підлягає обов'язковій державній реєстрації, а в окремих випадках здійснює свою діяльність лише на підставі спеціального дозволу – ліцензії. Замовниками можуть виступати як фізичні та/або юридичні особи – підприємці, так і суб'єкти некомерційного господарювання. Як правило, посередницький договір є дво- або багатостороннім (при множинності осіб зі сторони замовника чи посередника, в т.ч. при здійснені посередником діяльності в інтересах та за рахунок одночасно декількох осіб). Сутність посередницького договору розкривається через зміст його істотних умов.

До ***істотних умов*** господарського посередницького договору слід віднести умови про ***предмет*** (юридичні та/або фактичні дії, які повинен виконати посередник в інтересах замовника, а також "корисний ефект", що є бажаним для замовника результатом діяльності посередника), ***строк*** виконання посередницької послуги (вчинення відповідних дій посередницького характеру), ***розмір винагороди посередника*** (порядок оплати його послуг). *Предмет посередницького договору* формується з урахуванням двох факторів: 1) *специфіки послуги посередника*, особливість котрої полягає в оплатному вчиненні посередником від власного імені юридичних та/або фактичних дій посередницького характеру в інтересах та за рахунок замовника; 2) *мети посередництва*, якою визначається, власне, зміст дій посередника, а також зміст посередницького договору, ті права та обов'язки (повноваження), якими наділяється посередник, щоб діяти в інтересах замовника за його рахунок. Безпосередньо *права та обов'язки сторін в посередницькому договорі* зумовлені його предметом, наповнюються конкретним змістом залежно від сфери здійснення посередницької діяльності посередником, мети посередництва. Загалом же *основні права та обов'язки сторін в посередницькому договорі* з урахуванням принципу реального та належного виконання зобов'язання можна звести до наступного: 1) *обов'язку посередника щодо надання посередницької послуги замовникові* (змістом якої є вчинення від імені посередника юридичних та/або фактичних дій в інтересах замовника та за його рахунок) *кореспондує право замовника вимагати від посередника надання йому посередницької послуги* (вчинення відповідних юридичних та/або фактичних дій посередницького характеру); 2) *обов'язку замовника щодо виплати винагороди посередникові* (оплати наданих ним посередницьких послуг), *а також щодо відшкодування посередникові понесених ним в процесі здійснення посередницької діяльності в інтересах замовника витрат кореспондує відповідне право вимоги посередника*. Способи виплати *винагороди посередникові* можуть бути досить різноманітними: тверда грошова сума; відсоток від вартості товарів, робіт, послуг, на просування на ринку яких було спрямовано діяльність та зусилля посередника, тощо. Практика господарювання свідчить, що оплата замовником послуг посередника може бути здійснена як в натуральній (в т.ч. й через зустрічне надання), так і в грошовій формі, в той час як відшкодування витрат посередникові – це завжди грошове зобов'язання замовника; 3) *обов'язкові посередника щодо надання замовникові інформації про хід здійснення дорученої йому посередницької діяльності в інтересах замовника кореспондує відповідне право вимоги замовника на надання йому такої поточної та/або кінцевої* (звіт виконавця) *інформації* (виникає інформаційне організаційно-забезпечувальне правовідношення), а *обов'язкові посередника щодо надання звіту про понесені ним в інтересах замовника витрати з усіма підтверджуючими документами,* якщо цього вимагають умови договору, *кореспондує відповідне право вимоги замовника* (виникає контрольно-наглядове організаційно-забезпечувальне правовідношення).

Таким чином, на підставі викладеного можна говорити про те, що перераховані фактори зумовлюють необхідність виділення окремого правового регулювання такого виду правовідносин, як посередницькі правовідносини (правовідносини з надання посередницьких послуг). Такий правовий інститут, як видається, повинен уніфіковано закріпити визначення посередництва та

посередницької послуги, а також права та обов'язки сторін, що виникають за таких правовідносин. Вирішення цих питань має не тільки доктринальний, а й практичний інтерес, оскільки від цього залежить визначення кола тих правовідносин, що включаються до предмету регулювання відповідного договірного інституту.

Посередницькі договори є договорами про надання послуг. Спільним для всіх договірних зобов'язань з надання послуг (й, зокрема, посередницьких) є те, що ***предметом їх є дії нематеріального характеру (юридичні та/або фактичні)***. У цьому полягає їх основна відмінність від договорів підряду, де предметом є результат діяльності виконавця, тобто матеріальний об'єкт. *Характерними ознаками нематеріальних послуг як предмета зобов'язання з надання послуг* є: по-перше, те, що діяльність послугодавця не виражається в речовому результаті, по-друге, те, що послугодавець не гарантує досягнення передбачуваного результату. Зобов'язання з надання посередницьких послуг є однією з ланок системи господарсько-правових зобов'язань, в той же час система зобов'язань з надання посередницьких послуг не має замкненого, вичерпного характеру. У свою чергу, **зобов'язання з надання посередницької послуги *в сфері господарського обороту*** можна визначити як ***господарське зобов'язання, відповідно до якого одна сторона (послугодавець, посередник) зобов'язана надати посередницьку послугу – здійснити посередницьку діяльність, що не має речового результату, а інша сторона (послугоотримувач, замовник) зобов'язана сплатити обумовлену винагороду***. **Посередницьке договірне правовідношення** – ***це зобов'язання, в якому одна сторона (посередник, послугонадавач) зобов'язується за завданням іншої сторони (замовника, послугоотримувача) надати посередницьку послугу, яка споживається в процесі вчинення першою стороною (посередником, послугонадавачем) визначеної фактичної та/або юридичної дії (здійснення діяльності), діючи в інтересах та за рахунок цієї сторони (замовника, послугоотримувача), та сприяючи останній у встановленні, зміні або припинені правовідносин в сфері підприємницького обороту, а інша сторона (замовник, послугоотримувач) зобов'язується оплатити їй надану послугу.*** За ***посередницьким зобов'язанням***, *основний обов'язок виконавця послуги (посередника, послугонадавача) полягає у безпосередньому наданні посередницької послуги, а замовника послуги (послугоотримувача) – в оплаті послуги у розмірі, строки та порядку, визначеному законом або за згодою сторін.*

1. Грущинський І. Роль договору у формуванні підприємницьких відносин / І. Грущинський // Право України. – 2000. – № 2. – С. 36–38. 2. Белов В. Н. Коммерческое представительство и агентирование (договоры) / В. Н. Белов. – М.: Финансы и статистика, 2001. – 256 с. 3. Буднева Г. Н. Торгово-посреднические сделки: правовое регулирование и бухгалтерський учет / Г. Н. Буднева. – М.: Налоговый вестник, 2000. – 112 с. 4. Завидов Б. Д. Договоры посреднических услуг / Б. Д. Завидов. – М.: ФБК–Прогрес, 1997. – 87 с. 5. Пугинский Б. И. Коммерческое право России / Б. И. Пугинский. – М.: Юрайт, 2000. – 413 с. 6. Мельник С. В. Профессиональное коммерческое (торговое) представительство : дис. … кандидата юрид. наук : 12.00.03 / Мельник Сергей Васильевич. – Санкт-Петербург, 2004. – 204 с. 7. Деркач Т. Основні принципи та правила здійснення посередницької діяльності / Т. Деркач / Посередницькі операції. Торговельне посередництво. Частина 1. / Збірник систематизованого законодавства. – 2006. – Випуск 2. – С. 50.

Надійшла до редколегії 22.09.10

М. Верес, асп.

УТВОРЕННЯ ДЕРЖАВНИХ ОРГАНІВ ПРАЦІ ТА ЇХ ПРАВОВІДНОСИНИ З ПРОФЕСІЙНИМИ СПІЛКАМИ В УКРАЇНІ (1917 – 1920 рр.)

У статті проаналізована діяльність державних органів України. у сфері трудових правовідносин у період 1917 – 1920 рр. Автор розглядає їх правовий статус та співпрацю з професійними спілками в залежності від політичної ситуації в державі. Розглянуті особливості та форми безпосередньої взаємодії державних органів з професійними спілками.

Ключові слова: професійні спілки, Міністерство праці, Комітет праці, департаменти, IV Універсал, Директорія, трудові правовідносини.

В статье проанализирована деятельность государственных органов Украины в области трудовых правоотношений в 1917-1920 гг. Автор рассматривает их правовой статус и сотрудничество с профессиональными союзами в зависимости от политической ситуации в государстве. Рассмотрены особенности и формы непосредственного взаимодействия государственных органов с профессиональными союзами.

Ключевые слова: профессиональные союзы, Министерство труда, Комитет труда, департаменты, IV Универсал, Директория, трудовые правоотношения.

The activity of the state labour organs of Ukraine in 1917-1920 in the sphere of labour relations was analized in the article. The author deals with their law status and the interactivity with the professional organizations taking into account the political situation in the state. They worked out the peculiarities and forms of the interactivity of the state organs with the professional union.

Key words: professional organizations, Ministry of labour, The Committee of labourk, departments, IV Universal, Directoria, labour legal relations.

Сьогодні, у період розбудови незалежної правової держави, велике значення набуває дослідження історії трудового права України. Розгортання процесів приватизації створює принципово нові стосунки між роботодавцями і найманими працівниками та їх професійними спілками, вимагає напрацювання нових форм співпраці між ними з метою уникнення небажаних конфліктів. Гостро постали питання охорони праці, безробіття, виробничого травматизму і профзахворювань. Про те, як важко впроваджувати нове трудове законодавство, свідчить досвід законотворчої роботи в незалежній Україні. За цих умов цікавим, важливим і актуальним стає вивчення та узагальнення досвіду розробки і застосування законодавства про працю й діяльність органів, що регулювали трудові відносини у 1917-1920 рр. в Україні через взаємодію з професійними спілками. Цей період багато в чому нагадує сучасні реалії в нашій країні. Тому він привертає все більшу увагу науковців.

Варто зауважити, що окремі аспекти досліджуваної проблеми названого періоду були предметом вивчення окремими вітчизняними правниками та істориками, такими як: Андрусишин Б.І., Реєнт О.П., Проданюк Ф.М. та ін. Але спеціального історико-правового дослідження в області регулювання трудових правовідносин у вітчизняній науці проведено ще не було.

На початку своєї діяльності Центральна Рада, будучи зв'язаною угодами з Тимчасовим урядом в сфері соціально-економічного устрою, дуже мало зробила для врегулювання трудових відносин та розв'язанню конфліктів між робітниками та роботодавцями. Показо-

© Верес М., 2010

вим є те, що ні серед першого, ні серед другого складів українського національного уряду – Генерального Секретаріату – навіть не було Секретаріату праці [4, с.39], який би займався регулюванням трудових відносин. І лише на вимогу першого Всеукраїнського робітничого з'їзду Генеральний Секретаріат праці все ж було створено.

В програмній декларації Генерального Секретаріату, оприлюдненій 12 жовтня 1917 р. на засіданні Малої Ради, оголошувалося що Секретарство праці, "спираючись на підтримку робітничих організацій", буде обороняти інтереси господарського розвитку в цілісності намагаючись закріпити вплив примирних інституцій і допомагаючи установляти колективні умови". Секретарство праці зобов'язувалося докласти всіх зусиль до того, "щоб як найпевніше упорядкувати трудові відносини на Україні". З метою як найкращого регулювання відносин між роботодавцями і найманими працівниками було заплановано заснувати палати праці та промислові суди, прийняти нове законодавства про соціальне забезпечення, для регулювання ринку робочої сили намічалося заснування мережі бірж праці [5]. У здійсненні зазначених проектів передбачалася широка участь професійних спілок.

Внаслідок перевороту в Петрограді у листопаді 1917 р. до влади прийшли більшовики. Були створені передумови для досягнення автономії України. Водночас радикальні дії більшовиків у соціально-економічній сфері позбавили УЦР можливості зволікати з розв'язанням соціально – економічних проблем в Україні. 20 листопада 1917 р. III Універсалом Центральна Рада оголосила про утворення Української Народної Республіки, визначила найголовніші принципи її устрою і невідкладні економічні й політичні завдання. "Праця робітників в Народній Республіці має бути негайно впорядкована", – зазначалося в цьому документі. Генеральному Секретаріату праці за участю робітничих організацій доручалося "встановлення державного контролю за продукцією в Україні". В УНР крім загальнодемократичних свобод друку, віри, зібрань тощо забезпечувалися права на об'єднання у спілки та на страйки, чим були закладені юридичні основи для організацій профспілок.

Центральна рада змушена була визначитись у своїй законодавчій соціально – економічній базі. 25 листопада 1917 р. вона залишила чинними всі закони Російської імперії, які діяли на території України до 15 жовтня 1917 р., аж до створення власних правових документів. Отже, поряд з іншими, в УНР залишився чинним закон Тимчасового Уряду від 22 червня 1917 р. "Про розпорядок розвитку й прикладення діючих законів про охорону праці" та інші. В УНР залишалися недоторканими і призначені Тимчасовим урядом комісари, які перейшли на службу до Центральної Ради й були взяті нею під захист. Голова Генерального Секретаріату Винниченко у листопаді розіслав на місця директиву, в якій пропонував усім урядовим і громадським організаціям взяти до відома, що попередні губернські і повітові комісари і їхні помічники "віднині є органами влади Генерального Секретаріату і як такі повинні залишатися на своїх місцях".

З проголошенням IV Універсалу Генеральний секретаріат було перетворено в Раду Народних Міністрів, а генеральних секретарів – у народних міністрів. Однак процес державного будівництва був перерваний наступом і зайняттям Києва більшовиками. Після повернення Центральної Ради до столиці, за словами М. Грушевського, довелося "відновляти зруйновану більшовиками адміністративну машину" [6]. Але це дозволило розпочати більш серйозну і ґрунтовну роботу по правовому вдосконаленню діяльності державних органів, що працювали у трудовій сфері.

В органах праці УНР хоча й повільно, але велася робота по розробці трудового законодавства. 28 листопада 1917 р. було ухвалено закон "Про робітничі комітети". На початок 1918 р. було видано цілий ряд законів у галузі трудового законодавства: "Про фабрично – заводські комітети" від 22 квітня 1917 р., "Про примирюючі камери", "Про біржі праці", та "Про місцеві комісаріати праці". В роботі знаходилися ще цілий ряд законопроектів, які мали охопити весь спектр відносин у промисловості. Серед них: "Про страйки", "Про страхування від безробіття", "Про профспілки", "Про промислові суди", "Про трудові договори", "Про інспекцію праці" [7].

Передбачалося створення Головної ради праці для регулювання відносин на підприємствах. До організації Головної ради праці її функції мало виконувати "Головне присутствіє фабричних та гірничозаводських справ у м. Києві" [10].

Складною проблемою, яка постала перед ЦР було масове безробіття. Розв'язання проблеми безробіття лягло на органи праці ЦР, головними серед яких були біржі праці, які починають утворюватися після видання Тимчасовим урядом закону від 19 серпня 1917 р. Профспілки брали безпосередню участь у їх створенні та роботі. Крім того, профспілками створювались спеціальні комітети для боротьби з безробіттям. Такий комітет, зокрема, був створений в Катеринославі. До його складу ввійшли представники профради, бюро ФЗК, ради робітничих депутатів та інших організацій. Так само діяли профспілки і в інших містах.

Ще однією спробою вирішити проблему безробіття був ухвалений УЦР 2 березня 1918р. "Тимчасовий статут громадських робіт". Згідно з яким їх очолювала "Рада по організації необхідних для держави і громадянства робіт", яку було утворено при Міністерстві праці. До її складу входили і представники від Центрального союзу професійних робітничих спілок [11].

Таким чином, за період свого існування Центральна Рада заклала фундамент і почала розбудовувати державні виконавчі органи влади, які займалися регулюванням трудових відносин разом із профспілками та започаткували процес соціального партнерства. Заслуговує на увагу законодавча робота Центральної Ради у сфері трудового та соціального законодавства, яка свідчить що Центральна Рада, ставлячи за мету створити незалежні українські професійні спілки, безпосередньо залучала їх до діяльності органів праці УНР.

Гетьманський уряд, як і уряд Центральної Ради, а ще раніше – Тимчасовий уряд, намагаючись врегулювати трудові відносини у державі, створив у складі Ради Міністрів Народне Міністерство праці. Міністерство мало вести політику на попередження і відвернення соціальних конфліктів. Державний апарат службовців перейшов у спадок від Центральної Ради. На початку своєї діяльності Міністерство праці Української держави діяло на підставі постанови "Про штати Народного Міністерства праці", прийнятої ще Центральною Радою.

Перші практичні дії уряду Української держави щодо професійних спілок знайшли своє відображення в циркулярі Міністерства праці № 1 "Про межі компетенції професійних робітничих організацій і власників підприємств", який було опубліковано 16 жовтня 1918 р. Міністерство праці пропонувало до відома та виконання низку вимог. Насамперед наголошувалося, що компетенція профспілкових організацій та заводських комітетів обмежувалася захистом професійних інтересів робітників і піклуванням про влаштування їхнього побуту. Тобто Міністерство праці намагалося спрямувати діяльність профспілок у правове поле і надати їм саме ті права, які змогли б забезпечити нормальну їх діяльність за

прикладом Західної Європи. Але значні обмеження, що містилися в циркулярі, свідчили про те, що для цього в державі має бути створена сильна система державного регулювання. Вважалося неприпустимим втручання робітників у діяльність адміністрації, яка стосувалася найму і звільнення працівників, фінансових, економічних і технічних заходів, так само як і самочинне встановлення контролю над виробництвом. З іншого боку, управління заводу не мало права порушувати ст. 9 Закону "Про робітничі комітети" від 25 листопада 1917 р. [3, с.60].

Одним з першочергових завдань Української держави була спроба запобігти соціальним конфліктам. З цією метою у структурі Міністерства праці було створено департамент "взаємовідносин між працею і капіталом", до компетенції якого якраз і належав розгляд соціальних конфліктів. Такі конфлікти між підприємцями і робітниками протягом весни – літа 1918 р. розглядалися на підставі законів Тимчасового уряду "Про примирні інституції" від 5 серпня 1917 р. та "Про порядок розгляду і прикладення діючих законів про охорону праці" від 22 червня 1917 р. Згодом 7 вересня 1918 р. Міністерство праці видало власний циркуляр № 3 "Про правила розгляду справ між підприємцями та робітниками". Ці правила регламентували суперечки, які виникали на приватних і громадських підприємствах у зв'язку з договором найму чи праці й могли передаватися дільничному інспекторові праці. "Правила" не змінювали меж і порядку діяльності існуючих примирних установ, які діяли на підставі законодавства Тимчасового уряду або були створені за згодою між професійними організаціями робітників і роботодавців. Комісари праці, зі свого боку, розглядали справи як на прохання зацікавлених сторін, так і з власної ініціативи. На суді він виступав у ролі обвинувача. На попередніх етапах розгляду справи комісар праці пропонував сторонам скликати узгоджувальну комісію з представників сторін, де головував він або його заступник. Рішення узгоджувальної комісії були остаточні, оскарженню не підлягали і мали ухвалюватися одноголосно [8].

Крім зазначених вище органів Міністерства праці, для вирішення соціальних конфліктів створювалася унікальна для свого часу структура. 15 липня 1918 р. було створено Комітет праці – міжвідомчий дорадчий орган при Міністерстві праці, який мав попередньо обговорювати всі законопроекти, що стосувалися відносин між роботодавцями та найманими працівниками. Метою заснування цього комітету, стверджував у своєму виступі на першому його засіданні 7 серпня міністр праці Ю.Вагнер, було "притягнення до роботи промислових і робітничих кіл, особливо в справі розглядання проектів законів, котрі мають регулювати взаємовідносини між працею і капіталом". Щоб розробка законів не була однобокою, пропонувався відповідний склад Комітету праці, до якого увійшли по одному представнику від міністерств, два професори – фахівці з економічних питань, вісім представників від промисловості та стільки ж від робітничих організацій. Очолив Комітет товариш міністра праці В.А.Косинський [9]. Як свідчать протоколи засідань Комітету праці, представники роботодавців та найманих працівників могли відкрито дебатувати й обговорювати нагальні проблеми в соціальній сфері і домагатися прийнятних для себе результатів. Однак спроба змусити їх співпрацювати не вдалася. Підготовлені законопроекти не знайшли підтримки.

У міжвідомчих комісіях Міністерства праці вже розглядались законопроекти "Про інспекцію труда", "Про комітети труда робочих і служачих", "Про Головну та районні палати труда", вироблено положення "Про комітет труда" і положення "Про обласні біржі труда". Але семи з половиною місяців виявилося для Міністерства праці замало, щоб ухвалити потрібні закони та впровадити їх у життя.

Для врегулювання такої серйозної соціальної проблеми як безробіття при Міністерстві праці було організовано тимчасову нараду з організації громадських робіт, куди ввійшли п'ять представників від Центральної ради профспілок. До компетенції наради входила розробка загальних питань про організацію та обсяг громадських робіт, їх пріоритетність, визначення осіб і органів, яким доручали організацію громадських робіт і яким надходили асигнування.

Ще одним напрямом діяльності уряду, у якому профспілки брали безпосередню участь, була охорона праці. У структурі Міністерства праці поряд з іншими діяв департамент охорони праці. Одночасно у фабрично-заводському департаменті Міністерства торгу і промисловості розроблявся проект щодо промислової інспекції, яка мала стати виконавчим органом міністерства зі збору інформації, статистики і технічного догляду за безпекою праці на промислових підприємствах [11]. Нагляд за охороною праці на місцях здійснювали урядовці районних та місцевих комісаріатів охорони праці.

П.Скоропадський зміг у короткий термін побудувати ефективну та дієву систему державних органів, у тому числі і у сфері найманої праці. Але більшість його програм та ідей так і не були запроваджені, а залишилися на рівні законопроектів. Тому будучи змушеним виконувати важкі умови Берестецького миру, під тиском землевласників і Протофісу, гетьман вдався до таких непопулярних кроків, як відступ від закону про 8-годинний робочий день, обмеження діяльності професійних організацій робітників, поновлення дії "Тимчасових правил про покарання за участь у страйках" від 2 грудня 1905 р. тощо, що стало однією із причин, які призвели до повалення Гетьманату.

Директорія після повалення Гетьманату задекларувала свою підтримку і захист інтересів робітників та їх професійних спілок. У Декларації Директорії від 26 грудня 1918 р. разом з відновленням республіканського устрою України містилася широка програма діяльності нової влади у сфері трудових відносин. У Декларації зазначалося: "Постановою від 9 грудня Директорія скасовує всі закони і постанови гетьманського уряду в сфері робітничої політики. Відновлено 8-годинний робочий день, знову установлені колективні договори, право коаліції та страйків, а також усю повноту прав робітничих фабричних комітетів".

У розділі Декларації "Робітничий контроль" Директорія проголошувала намір ввести його на фабриках і заводах й інших промислових підприємствах та вжити заходів щодо відновлення промисловості, а отже, зменшити безробіття. Але широкої підтримки Декларація не отримала. В. Винниченко вважав причиною не підтримання програми Директорії те, що вона з'явилася занадто пізно. Також залишення на адміністративних посадах службовців, призначених ще гетьманським урядом, не сприяли підтримці Директорії [1, с.253]. Із встановленням влади Директорії всі профспілки, які подали заяву про реєстрацію до Міністерства праці, були легалізовані та почали працювати.

У складі уряду Директорії відновило свою діяльність Міністерство праці, основним завданням якого був захист інтересів найманого працівника. Усі сторони організації та діяльності міністерства визначалися "Статутом Міністерства праці УНР", який кваліфікував його як окрему центральну установу Української Народної Республіки, яка "відає всіма справами, що виникають із взаємовідносин між підприємцями й найманими праців-

никами в усіх галузях як найманої, так і інтелектуальної праці". Було закріплено широке коло повноважень Міністерства праці. Зокрема, привертає увагу четвертий пункт статуту: до компетенції Міністерства праці належить чинна допомога як духовному розвитку працівників, так і професійному їх рухові. Таким чином, у самому статуті Міністерства праці було закріплено пункт про допомогу професійним спілкам.

Для врегулювання відносин у сфері праці передбачалося створити новий державний орган. Таким органом мала стати Рада праці (у проекті статуту – Палата праці), куди б увійшли представники робітничих, професійних і громадських організацій з певною участю підприємців. До її компетенції було віднесено розгляд найважливіших справ і законопроектів Міністерства праці. Проте Рада праці так і не приступила до роботи, так як правовий статус, порядок виборів, а також сам її склад мав встановити окремий закон, який так і не було прийнято.

Відсутність міцної центральної адміністративної влади призводила до самочинних дій на місцях. Особливо дискредитували Директорію тимчасові адміністрації, військові отамани, які своїми наказами на місцях забороняли робітничі організації, виступи робітників, у тому числі й страйки, а також силою припиняли дію робітничих з'їздів [12].

Такі дії влади були засуджені Уцентропрофом, який 15 січня 1919 р. опублікував "Звернення до Директорії", де вимагав забезпечити повну, необмежену свободу коаліцій. Це право мало забезпечуватися всім громадянам, у тому числі й державним службовцям. У зверненні акцентувалася увага на неприпустимість будь-яких затримок та перешкод при реєстрації статутів професійних спілок. У документі ставилася вимога призначити нових комісарів праці на місцях тощо. Директорія намагалася виправити становище. Своїми наказами вона виділяла значні кошти на відновлення роботи професійних спілок.

У 1919 р. у розпорядженнях Міністерства праці, направлених комісарам праці, неодноразово підтверджувалася чинність усіх законів УНР щодо робітничого питання, профспілок, охорони праці, а саме: "Закон про 8-годинний робочий день", "Про фабрично-заводські комітети", "Про примирні камери і третейські суди для розгляду конфліктів", "Про забезпечення від хвороб та каліцтва", "Про волю страйку", "Про порядок розрахунку робітників та служачих з приводу ліквідації чи зменшення штатів підприємства" тощо [13]. Цими законами мали керуватися всі державні структури. В уряді розуміли, що регулювання соціальних і трудових відносин без участі та підтримки професійних спілок практично неможливе. У жовтні 1919 р. міністр праці О.Безпалко зазначав, що профспілки залишилися чи не єдиним органом, до якого робітники зберегли довіру та через які сподівалися захистити свої права. "Вороже відношення до профспілок означає вороже відношення до цілого робітництва".

Законодавча комісія розробила, розглянула та внесла на затвердження РНМ низку законопроектів щодо розбудови органів праці УНР: Про Головну раду забезпечення, районні присутствія забезпечення і фабрично-заводські комітети. Наприкінці грудня 1918 – на початку січня 1919 р. Законодавча комісія підготувала законопроекти про Головну і районні ради праці та про інспекцію праці. Законопроект про інспекцію праці був одним із перших, що стояли на порядку денному. Тобто згідно з проголошеною Декларацією УНР Директорія мала на меті здійснювати державний контроль над промисловістю.

Але Декрети Директорії, її декларації були лише хорошими намірами, які не реалізовувалися на практиці. "Все лихо було в тому, що вона не мала відповідних органів, які і проводили б в життя її програми", – зазначав В.Винниченко [2, с. 15].

Досвід Директорії свідчить, що навіть за умов, коли уряд УНР проводив політику підтримки профспілкових організацій, відсутність чіткої вертикалі державної влади призводила до того, що в місцевих органах, а особливо в армії, до профспілок ставилися з підозрою та недовірою як до потенційних прибічників більшовизму. Це призводило до обмеження діяльності профспілкових організацій, їх заборон, руйнувань, переслідувань. Проте, якщо подібні факти ставали відомі уряду, він ставав на бік професійних спілок. Отже, Директорія припустилася тих самих помилок, що й Центральна Рада, не відчувши необхідності швидких змін у державі, яких потребував час.

Отже, аналізуючи місце, роль і значення створення й діяльності органів по регулюванню трудових відносин в УНР і Українській державі П. Скоропадського доказано, що недооцінка проблем розвитку цих органів було одним із чинників падіння урядів УНР і гетьманату Скоропадського, на відміну від УСРР, де належна увага до цих органів сприяла утвердженню радянської влади в Україні.

Соціально-економічна політика всіх українських урядів носила переважно декларативний характер. Незважаючи на окремі конкретні кроки у проведенні цієї політики, вони не змогли вирішити такі нагальні питання, як організація роботи промислових підприємств, створення чіткої системи державних органів праці, визначення правового статусу робітничих організацій, запровадження робітничого контролю над виробництвом, через що переважна частина робітників України ставилась до них критично. Законодавча і практична діяльність українських урядів, коли закони приймались поспіхом і без належної підготовки, захищали лише інтереси робітників та їх професійні організації, ігноруючи інтереси промисловості, або, навпаки, висуваючи на перше місце інтереси підприємців, створювала таку обстановку, яка вела до загострення суспільних конфліктів. Таким чином неефективна діяльність Українських урядів у трудовій сфері, зокрема недооцінка ролі професійних організацій, призвели до падіння їх авторитету серед робітників і зрештою до втрати ними влади.

1. Винниченко В. Відродження надії. – К., Відень, 1920. – ч. 1. 2. Винниченко В. Щоденник // Україна. – 1990. – №7. 3. Гай – Нижник П. Гетьманат Скоропадського і питання безробіття // Профспілки України. – 1998. №2. 4. Грушевський М. Новий період історії України. – К., 1992. 5. Інструкції, правила – ЦДАВО України, Ф. 2857. Оп.1. Спр.1. – Арк. 11 зв. – 12. 6. Рада Міністрів Української держави – ЦДАВО України, Ф. 1063. Оп.2. Спр.1. – Арк. 22; Ф. 3266. – Оп. – Спр.1/а. – Арк.1-1 зв. 7. Постанова "Про штати Генерального Секретаріату праці" – ЦДАВО України, Ф. 3266. – Оп.1. – Спр.1/а. – Арк. 1зв., 2. 8. Постанова "Про штати Генерального Секретаріату праці" – ЦДАВО України, Ф. 3266. – Оп.1. – Спр. 4. – Арк. 2-6. 9. Закон "Про Промислові суди" – ЦДАВО України, Ф. 2857. – Оп.1. – Спр.12. Арк. 233, 234. 10. "Про біржі праці" – ЦДАВО України, Ф. 2857. – Оп.1. Спр.12. – Арк.134; Спр.18. – Арк.78. 11. "Про біржі праці" – ЦДАВО України, Ф.2857. – Оп.1. – Спр.12. – Арк.59, 110зв., 111. 12. Нова Рада. – 1918. – 27(14) вересня. 13. Міністрів Рада Народних УНР – ЦДАВО України, Ф.1065. – Оп.1. – Спр.2. – Арк.21., 23. 14. Положення – ЦДАВО України, Ф.3305. Оп.1. – Спр.4. – Арк. 18.

Надійшла до редколегії 23.09.10

УДК 340.0(09)+351.744.5

Б. Киндюк, канд. юрид. наук

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЛІСІВНИЦТВА УКРАЇНСЬКИМИ РАДЯНСЬКИМИ ОРГАНАМИ ВЛАДИ ЗА ЧАСИ ГРОМАДЯНСЬКОЇ ВІЙНИ

У статті розглянута історія розвитку українського радянського лісового права в роки громадянської війни. Показана наявність самостійної правотворчості й прямого запозичення законодавчих актів РСФСР для вирішення проблем лісової галузі.

Ключові слова: лісове право, націоналізація лісів, джерела лісового права, громадянська війна.

В статье рассмотрена история развития украинского советского лесного права в годы гражданской войны. Показано наличие самостоятельного правотворчества и прямого заимствования законодательных актов РСФСР для решения проблем лесной отрасли.

Ключевые слова: лесное право, национализация лесов, источники лесного права, гражданская война.

The article reviews the history of development of the Ukrainian Soviet forest law during the Civil War. An independent law-making and direct borrowing of legislative acts of the RSFSR to address the forest industry is exposed.

Keywords: forest law, the nationalization of forests, sources of forest law, the Civil War.

Актуальність теми дослідження пов'язана з тим, що багато питань розвитку права періода громадянської війни на Україні залишаються своєрідною "білою плямою" в юридичній науці. Особливо це стосується лісового законодавства, що діяло у перші роки Радянської влади на українських землях.

Іншим аспектом проблеми є необхідність дослідження процесу законодавчої експансії, що проводився більшовицьким керівництвом радянської Росії. При цьому аспект проблеми, пов'язаний з лісовими правовідносинами, раніше не розглядався в юридичній літературі.

Літературу, присвячену цьому питанню, можна умовно можна поділити на два блоки, що мають свої індивідуальні особливості.

Перший з них – це роботи радянських правознавців, у яких через ряд причин замовчувався дійсний стан українських лісів у цей складний історичний період. До них слід віднести дослідження юристів Л. І. Дембо, В. Л. Мунтяна, О. І. Крассова, О. С. Колбасова.

Другий – роботи сучасних українських учених-правознавців О. В. Тимощука, В. І. Лозо, О. І. Логвиненко, лісівників С. А. Генсирука, П. Г. Вакулюка, Г. І. Редько, В. П. Шлапака, екологів В. Е. Борейко, А. Г.Бегеки, які торкалися лісового законодавства цього історичного періоду.

У цілому наявна література відрізняється різноплановістю, фрагментарністю, наявністю різних концепцій у висвітленні питання, пов'язаних з ідеологічною складовою проблеми.

Метою статті є дослідження правотворчості органів державної влади УСРР і законодавчої експансії, що проводилася керівництвом радянської Росії в період громадянської війни, на прикладі правового регулювання лісової галузі.

Важливим фактором, що вплинув на процеси розвитку національного лісового права, стала та обставина, що комуністам не вдалося відразу захопити владу на Україні. Поява стійкого політичного режиму стала можливим лише після декількох років запеклої громадянської війни. При цьому основну роль у її становленні зіграв політичний, ідеологічний, військовий і економічний вплив з боку радянської Росії. Так, до лютого 1919 р. радянський український уряд Х. Раковского, що перебував у м. Суджа Курської губернії, не проявляв активності в питаннях, пов'язаних з лісами, що цілком зрозуміло для керівництва, що не контролювало територію, на яку претендувало. Захоплення Червоною Армією взимку 1919 р. значної частини українських земель дозволило уряду Х. Раковского перебратися до Харкова і там почати свою діяльність. На той момент часу лісове господарство України перебувало у стані повної анархії, що виражався в масових рубаннях і ніким не регульованому лісокористуванні [2, с. 248]. Виходячи із цього, перші нормативно-правові акти того періоду були спрямовані на вирішення двох питань: 1) призупинення анархії в лісах; 2) проведення націоналізації цього природного ресурсу. З метою систематизації матеріала законодавчі акти, видані українськими органами державної влади в роки громадянської війни, зібрано в таблиці 1.

Першим нормативно-правовим актом у сфері лісівництва, виданим "нової" українською владою, стало положення "Про відділ лісової промисловості при Раді Народного Господарства України", затверджене Радою Народних Комісарів (РНК) УРСР 20.02.1919 [7, с. 150]. Метою його прийняття було об'єднання всієї лісової та лісообробної промисловості на Україні. На відділ лісової промисловості покладали такі функції: 1) збір інформації про лісову та лісообробну промисловість; 2) облік і розподіл лісових матеріалів; 3) підготовка загального плану лісозаготівель; 4) об'єднання всіх лісозаготівників; 5) контроль над роботою лісозаготівельних організацій; 6) нормування цін на лісові матеріали; 7) транспортування лісової продукції.

Відділу лісової промисловості надавалося право вимагати від будь-яких установ інформацію з галузі, видавати обов'язкові для лісових підприємств постанови, призначати ревізії, регулювати питання фінансування й провадити конфіскацію лісоматеріалів.

Іншим правовим документом, присвяченим даному питанню, став декрет Ради народного господарства УСРР (РНГ УСРР) від 28 лютого 1919 р. "Про контроль лісових заготовок", підписаний його головою Є. Квірингом [7, с. 151]. Основною метою прийняття нормативно-правового акту була конфіскація на користь держави всього заготовленого лісу, що перебував на складах. Населенню дозволялося залишати для своїх потреб не більш 5 куб. саженів дров (п. 2.), анулювалися усе раніше укладені договори на поставку, купівлю, продаж лісу (п. 4). Єдиним розумним з погляду екології заходом став п. 5 декрету, що забороняв рубати на дрова соснові та дубові дерева, які мали товщину більше 40 см на висоті 1,5 м.

© Киндюк Б., 2010

Таблиця 1. **Нормативно-правові акти щодо лісової галузі, видані органами державної владии УСРР під час громадянської війни**

№	Назва документа	Назва державного органа	Дата номер
1.	Про відділ лісової промисловості при Раді Народного Господарства УСРР	Положення РНК УСРР	20.02.1919 №137
2.	Про контроль лісових заготівель	Декрет РНК УСРР	20.02.1919 №138
3.	Про охорону лісів	Декрет РНК УСРР	26.02.1919 №176
4.	Про тверді ціни на дрова та круглий ліс	Постанова РНГ УСРР	26.02.1919 №178
5.	Про відділ лісової промисловості Ради Народного Господарства УСРР	Постанова РНГ УСРР	26.02.1919 №177
6.	Про націоналізацію усіх колишніх казенних, монарстирських, міських та поміщицьких земель	Декрет РНК УСРР	2.04.1920
7.	Про лісозаготівельну інспекцію	Положення РНК УСРР	11.08.1920 №462
8.	Про залучення до дровяних заготівель усіх співробітників лісового відомства та лісових органів НКЗ	Постанова РНК УСРР	20.08.1920 №467
9.	Про лісове господарство	Постанова 5-го Всеукраїнського з'їзду Рад	6.03.1921 №99

Наступним правовим актом став декрет РНР УСРР "Про охорону лісів" від 26 лютого 1919 р. [8, с. 229]. Декрет ставив завдання перед усіма виконкомами, ревкомамии, надзвичайними комісіями охороняти ліси від самовільних рубань, захоплення лісового майна, лісоматеріалів. Позитивним моментом декрету була вимога про залишення на своїх робочих місцях персоналу лісової галузі. Співробітників можна було звільнити від займаної посади лише за попередньою згодою з Губземвідділами. Таке рішення було зумовлено масовим звільненням лісничих після революції, внаслідок чого лісове господарство могло залишитися без кваліфікованих фахівців. На Україні, як указує відомий лісівник П. Г. Вакулюк, і білогвардійці, і більшовики переслідували і знищували лісничих за лояльне ставлення до органів влади УНР [3, с. 330]. Крім цього, позиція лісничих викликала роздратування "нової влади" через вимоги дотримуватися наукових правил ведення рубань. Як показує учений, по Україні пройшла кампанія масових арештів арештам лісничих органами Надзичайної Комісії за невиконання розпоряджень про хижацьке рубання, по формулі "в інтересах трудового народу" рубати ліс скрізь і скільки завгодно [3, с. 330]. Ситуація набула настільки загрозливого характеру, що 5 квітня 1918 р. В. І. Ленін надіслав листа усім радам робітничих, селянських і солдатських депутатів, яким заборонив дії влади всіх рівнів, спрямовані проти лісничих [5, с. 11]. Тому український уряд Х. Раковского, який у всьому йшов у фарватері московської політики, використав вказівки "вождя" у вигляді підпункту п.1 зазначеного декрету.

Іншим положенням нормативно-правового акту передбачалося поширення на територію України дії так званого "ленінського" декрету "Про ліси" від 27 травня 1918 р. (на підставі постановли РНК УСРР від 26.02.1919 г. № 176). Основною причиною такого рішення було проведення на його основі націоналізації українських лісів. Пряме запозичення радянських російських норм, на думку українських керівників, мало полегшити їм процес захоплення природних багатств країни. Аналогічна тенденція розвитку прослідковувалася в період існування Гетьманщини. Як указував А. П. Ткач, перетворення Росії на абсолютну монархію посилило втручання імперської влади у внутрішні справи України [10, с. 457]. Учений указує три напрями, за якими російські правові норми поширювалися на українські землі. Перше – це збільшення кількості нормативно-правових актів центральної влади, виданих спеціально для України. Друге – поширення на українські землі загальноімперського законодавства. Третє – брутальне втручання до виборів гетьмана та обмеження його владних повноважень.

Розглядаючи історичну ситуацію, яка склалася в період громадянської війни, можна простежити наявність аналогії між двома процесами. Усі аспекти втручання імперської влади, зазначені А. П. Ткачем, знайшли відбиток у політиці Радянської Росії стосовно України. Так, спеціально для України була видана постанова Ради Праці та Оборони "Про керівництво заготівлями лісу на Правобережній Україні", підписана В. І. Леніним 22 жовтня 1920 р. [4, т. 10, с. 338]. Поширення дії на Україну "ленінського" декрету "Про ліси" доводить тенденцію поширення централізованого регулювання подібно до поширення загальноімперського законодавства XVIII ст. Що стосується виборності органів влади, то вона була чисто декоративною. Досить згадати, що відповідно до Конституції УСРР виборчих прав були позбавлені особи, які мали найманих робітників, приватні торговці та комерційні посередники, служителі релігійних культів, колишні поліцейські та жандарми і ще ряд категорій населення. Виданий 26 травня 1920 р. закон дискримінував і тих, хто мав виборчі права, тому що відповідно до нього 1 депутат обирався від 1 тис. червоноармійців, 10 тис. робітників і 50 тис. селян. На практиці це означало, що переважна більшість українських громадян не могли реалізувати своє право на управління державними та суспільними справами. Вибори були відмічені абсентеїзмом і нерідко підмінювалися призначеннями, причому, як правило, керівні посади займали висуванці імперського центру.

Це доводить тотожність процесів закріплення імперського права, що проходили в період Гетьманщини та у період громадянської війни.

Однією з найскладніших проблем, яку довелося вирішувати комуністичному уряду України, було постачання палива населенню та промисловим об'єктам. Шахти Донецького басейну були зруйновані, підвіз нафтопродуктів з Кавказу повністю припинений. Єдиним реальним енергоресурсом залишився ліс. Для врегулювання паливного питання РНГ УСРР видала декрет: "Про тверді ціни на дрова та круглий ліс" від 26 лютого 1919 р. [8, с. 230]. Декретом уводилися конкретні ціни, залежно від розміру, породи та сорту дерев, установлювався строк вивозу заготовленого лісу (до 25 березня 1919 р.), по закінченні якого органи державної влади мали право його реквізувати. Згідно п. 5 декрету особи, винні у порушенні встановлених державою цін, піддавалися військовому трибуналу, а лісоматеріали підлягали конфіскації.

Політична ситуація на Україні була для більшовиків досить несприятливою. Запеклий опір селянства не дозволяв їм провести націоналізацію земель та лісів. До предметц цього дослідження не входить історія проведення націоналізації землі, однак між цими процесами є тісний зв'язок. Так, постановою ВУЦВК УСРР від 26 травня 1919 р. "Про соціалістичне землевпорядкування і про заходи переходу до соціалістичного землекористування" земля, ліси, природні багатства оголошувалися єдиним державним фондом. Ця декларація була своєрідною підготовкою до процесу націоналізації земель, що й сталося після встановлення радінської влади на більшості українських земель. Так, 3 квітня 1920 р. Х. Раковский підписав декрет РНК УСРР "Про націоналізацію всіх колишніх казенних, монастирських, міських і поміщицьких земель" [1, с. 5]. Назва документа не відповідала його змісту, тому що всі статті декрету стосувалися винятково лісів. При цьому перші п'ять статей розділу 1 повністю присвячувалися правовому регулюванню проведення націоналізації українських лісів.

З метою координації зусиль усіх відомств, що займалися заготівлею лісу та контролю над їхньою роботою, РНК УСРР 11 серпня 1920 р. затвердив положення "Про Лісозаготівельну інспекцію" (ЛЗІ) [9, с. 664], яке регламентувало питання заготівель і вивозу дров'яного палива, звітності організаційних структур, звільнення співробітників лісового відомства, ревізійної діяльності ЛЗІ. При ЛЗІ створювалися бюро з прийому скарг і заяв (п. 13).

До виключних повноважень ЛЗІ належали право припиняти розпорядження місцевих лісових органів і провадити слідство у всіх діях лісозаготівельних організацій. Співробітники ЛЗІ мали право вилучати документи, заарештовувати майно, конфіскувати лісоматеріали (п. 14).

Проводячи рецепцію законодавства радянської Росії, РНК УСРР 20 серпня 1920 р. прийняла постанову "Про залучення до дров'яних заготівель усіх співробітників лісового відомства та лісових органів Народного Комісаріату Землеробства" [9, с. 670], яка була прямим запозиченням законодавчого акту сусідньої держави, а саме – постанови Ради Народних Комісарів РСФСР від 21 листопада 1919 р. "Про залучення до лісозаготівель усіх співробітників лісового відомства" [4, т. 6, с. 306]. Постанова була важкою для виконаннчя. Зокрема, вона передбачала для працівників лісового господарства здачу 5 куб.м дров щомісяця (4 куб.м – для для працівників старше 50 років). Контроль же за виконанням постанови був покладений на губернські органи Надзвичайної Комісії, що, безсумнівно, сприяло посиленню репресій щодо і без того поріділих рядів лісничих.

Паралельно з розвитком лісового права йшов процес створення на Україні організаційних структур управління лісовою галуззю. Так, 26 лютого 1919 р. РНГ УСРР прийняла повторну постанову "Про відділ Лісової промисловості Ради Народного Господарства України", що стала доповненням до положення №137 від 20 лютого 1919 р. [8, с. 230]. Лісові відділи колишнього царського Лісового департаменту ставали підвідділами земвідділів виконкомів (п. 1) і повинні були виконувати лісокультурні, лісовпорядні, адміністративні, навчальні, лісотехнічні, таксаційні функції (п. 2).

Ієрархічна структура галузі встановлювалася в такий спосіб: лісові підвідділи повітових земвідділів – лісові підвідділи губернських Земвідділів – Лісовий відділ РНГ УСРР.

До відомства Раднаргоспів, згідно п. 4 Постанови, передавалися лісозаготівельні відділення колишнього відомства Лісового департаменту Російської імперії з персоналом і технічними засобами, призначеними для лісових заготівель.

Подальший розвиток організаційних структур з управління лісами йшов за допомогою і під керівництвом фахівців з Радянської Росії. Так, навесні 1920 р. до Харкова прибув начальник Центрального лісового управління РСФРР М. І. Фалеев і професор М. О. Кузнєцов. На проведеному за їхньою участю нараді було ухвалено рішення реорганізувати Центральний Лісовий відділ НКЗ УСРР в аналогічну структуру, що діяла в РСФРР – Всеукраїнське Управління лісами (ВУПЛ).

Нормативно-правові акти періоду громадянської війни узаконили рубання лісів уздовж залізниць, шосейних доріг, берегів рік. За даними українського лісівника П. Вакулюка, масовому знищенню зазнали ліси Київщини, Черкаський бор, Чигиринське лісництво [3, с. 188]. Як указує В. І. Лозо, при регулюванні охорони українських захисних лісів був використаний досвід РСФРР [6, с. 44]. Це, насамперед, спільна постанова Народного комісаріату внутрішніх справ (НКВС) і Народного комісаріату охорони здоров'я Радянської Росії від 29 квітня 1920 р. "Про охорону зеленої площі садів, приміських лісів та інших зелених насаджень". Воно пропонувало місцевим владі вжити рішучих заходів до ретельної охорони рослинності приміських лісів, заборонивши їх знищення та вирубку без дозволу спеціальних органів лісового нагляду.

Як умовну граничну крапку, що підвела підсумок процесу правового регулювання періоду громадянської війни, слід розглядати дату проведення Всеукраїнського з'їзду Рад 6 березня 1921 р. На ньому була прийнята присвячена лісам резолюція під назвою "Про лісове господарство", яка ставила перед органами управління лісовою галуззю завдання: по припиненню незаконних рубань, відводу лісосік, створення запасів палива, а також лісовідновленню, залісенню піщаних ґрунтів, ярів.

У підсумку можна констатувати, що правотворчість українських органів Радянської влади в лісовій галузі часто йшла у формі прямого запозичення норм лісового права РСФРР. Законодавчі акти, підготовлені самостійно, завжди збігалися за концептуальною спрямованістю із прийнятими в РСФРР нормативно-правовими документами.

Створення власної системи управління лісовою галуззю проходило шляхом копіювання організаційних структур, що діяли в РСФРР.

Ці тенденції розвитку лісового права дозволяють зробити висновок про наявність аналогії в процесах його становлення (XVIII в.) і періоду громадянської війни (1918-1920 рр.), що виразилися в поширенні норм імперського права на українські землі .

Нормативно-правові акти, видані урядом УСРР, носили хижацький стосовно лісів і репресивний стосовно його співробітників характер. Ця особливості виразилася в прийнятті законодавчих актів, що дозволяють реквізувати в населення дрова, залучати працівників лісової галузі до важких робіт без будь-якої компенсації.

1. Амчиславский Я. Л. Лесное законодательство Украины / Я. Л. Амчиславский, С. С. Баталин. – Х. : Изд-во Наркомюста УССР, 1926. – 531 с. 2. Борейко В. Е. История охраны природы Украины Х век – 1980 / В. Е. Борейко. – К. : Киевский эколого-культурный центр, 2001. – 544 с. 3. Вакулюк П. Г. Нариси з історії лісів України / П. Г. Вакулюк. – Фастів: Поліфаст, 2000 – 624 с. 4. Декреты Советской власти. – М. : Госполитиздат, 1959. – Т.6, т.10. 5. Колданов В. Я. Очерки истории советского лесного хозяйства / В. Я. Колданов. – М. : Экология, 1992. – 256 с. 6. Лозо В. И. Основные этапы развития лесного законодательства УССР : дисс. на соискание учен. степ. канд.юр.наук : 12.00.01 / Лозо В. И. – Х., 1983. – 237 с. 7. СУ УССР. – 1919. – №10. 8. СУ УССР. – 1919. – №16. 9. СУ УССР. – 1920. – №23. 10. Ткач А. П. Історія кодифікації дореволюційного права України / А. П. Ткач // Антологія Української юридичної думки : у 6 т. / редкол. : Ю.С.Шемшученко та ін. – К.: Вид. Дім "Юридична книга", 2002. – Т. 3 : Історія держави і права України: козацько-гетманська доба. – К. : Вид. дім "Юридична книга", 2003. – С. 454-471.

Надійшла до редколегії 22.09.10

УДК 349.41

В. Сидор, канд. юрид. наук

ЮРИДИЧНА ТЕХНІКА ЗЕМЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Публікація присвячується науковому осмисленню та аналізу цінності, специфіки, ефективності і шляхів удосконалення юридичної техніки земельного законодавства України як компонента вітчизняної правової системи. Кваліфіковане використання прийомів юридичної техніки покликане усувати помилки і сприяти підвищенню якості земельного законодавства.

Ключові слова: юридична техніка, земельне законодавства, нормативно-правовий акт, зміст закону, способи створення тексту закону, юридична термінологія, якість законодавства.

Публикация посвящается научному осмыслению и анализу ценности, специфики, эффективности и путей усовершенствования юридической техники земельного законодательства Украины, как компонента отечественной правової системы. Квалифицированное использование приемов юридической техники призвано устранять ошибки и способствовать повышению качества земельного законодательства.

Ключевые слова: юридическая техника, земельное законодательство, нормативно правовой акт, содержание закона, способы создания текста закона, юридическая терминология, качество законодательства.

A publication is devoted to scientific comprehension and analysis of value, specific, efficiency and ways of improvement of legal technique of the land legislation of Ukraine, as a component of the domestic legal system. The skilled use of receptions of legal technique is called to remove errors and instrumental in upgrading the land legislation.

Key words: legal technique, land legislations, normatively legal act, maintenance of law, methods of creation of text of law, legal terminology, quality of legislation.

Процес розвитку земельного законодавства після прийняття Конституції України 1996 року зумовив виникнення багатьох проблем юридичної техніки у сфері правотворчості і правозастосування, інтерпретації і систематизації нормативно-правових актів в галузі використання та охорони земель. Підготовка нормативно-правових актів здійснюється, в основному, спираючись на інтуїцію і власний досвід розробників, а не на суворо встановлені єдині правила або на чіткі, науково обгрунтовані розробки. Такий підхід спричиняє недоліки в нормотворчій діяльності, які часом не удається повністю виправити і на стадії прийняття нормативних правових актів. Активізація правотворчого процесу останніми роками, поряд з її позитивними моментами, негативно позначилася на організації системи сучасного земельного законодавства, оскільки недостатньо відпрацьована його єдина внутрішньо погоджена система, існує велика кількість формально чинних, але фактично втративши силу законодавчих та підзаконних нормативно-правових актів, багато з яких не приведені у відповідність з Конституцією. Сучасні акти земельного законодавства характеризуються істотними недоліками у вигляді наявності норм, які регулюють не конкретні земельні правовідносини, а носять декларативний характер, рясніють протиріччями, нечіткими формулюваннями, стилістичними погрішностями та іншими неточностями.

В науці земельного права проблеми ефективності земельного законодавства досліджувалися такими вченими-правознавцями як В.І.Андрейцев, Г.І. Балюк, Ю.О.Вовк, В.К. Гуревський, А.П. Гетьман, І.І. Каракаш, П.Ф. Кулинич, В.Л. Мунтян, В.В. Носік, О.О. Погрібний, В.І. Семчик, Н.І. Титова, Ю.С.Шемшученко, М.В. Шульга, В.З. Янчук та ін. Проте, якщо в загально-правовому ракурсі питання юридичної техніки незмінно привертають до себе постійну і пильну увагу дослідників, то проблеми техніко-юридичного інструментарію земельного законодавства залишаються маловивченими. В зв'язку з цим законодавче забезпечення земельної реформи стає однією з ключових проблем правотворчості в Україні. В той же час, масштабні реформи не досягають своїх цілей завдяки окремим і розрізненим змінам в земельному законодавстві.

Мета даної публікації полягає в науковому осмисленні та аналізі цінності, специфіки, ефективності і шляхів удосконалення юридичної техніки земельного законодавства як невід'ємного компонента правової системи сучасної України.

Переходячи до викладення основного матеріалу, хочемо зазначити, що закріплене в ст. 1 Конституції визнання України правовою державою [1], передбачає, що закони та інші нормативно-правові акти, що приймаються в такій державі, повинні бути якісними не лише за змістом, але й за формою. Погрішності формального характеру, що спостерігаються в багатьох актах земельного законодавства, породжують помилки при реалізації права, приводять до дестабілізації земельних відносин, спотворюючи волю законодавця. Це особливо неприпустимо в період проведення земельної реформи, що вимагає істотних змін законодавства.

З прийняттям Конституції України вдосконалення чинного земельного законодавства, усунення недоречностей, прогалин і помилок, скасування актів, що втратили легітимність, потребує першочергового вирішення. Для вітчизняної правотворчої діяльності характерні такі риси, як постішність у створенні акту, часті зміни їх змісту, поверхове ставлення до розробки правових положень, що є умовою нестабільності правових актів [2, С. 25]. Дестабілізація законодавства є характерною не тільки для земельного законодавства, а й для всього законодавства України [3, С. 24]. Нестабільність законодавства призводить до знецінення значення законодавчого процессу і авторитетності закону. Тому стабільність правових актів повинна стати одним з головним принципів формування земельного законодавства. Проте стабільність законодавства не означає перетворення його в консервативну систему правових норм. Навпаки, вона не виключає можливості зміни і доповнення законодавства. Визрівання об'єктивних суспільних потреб вимагає оновлення законів [4, С. 33]. Вдосконалення якості юридичної техніки земельного законодавства, розробка нових концептуальних підходів до правотворчості і правозастосування являють собою стратегічні завдання науки земельного права. Процес розвитку земельного законодавства останніми роками зумовив виникнення багатьох нетрадиційних проблем у сфері юридичної техніки.

Проблеми юридичної техніки є найважливішими для кожної галузевої юридичної науки. Будучи однією з центральних ланок теорії права, юридична техніка сприяє не лише виділенню конкретній галузі, але й інтеграції її розвитку, що визначається потребами розвитку базових концепцій теоретичного правознавства. Цим обумовлена необхідність урахування специфіки прийомів прийомів юридичної техніки в різних галузях зако-

© Сидор В., 2010

нодавства у зв'язку з відмінностями в предметах і методах галузевого правового регулювання.

Юридична техніка як категорія вирізняється складністю, багатогранністю і багатоаспектністю. Її характеризують три основні ознаки. По-перше, юридична техніка є сукупністю засобів і прийомів нематеріального, технічного характеру. По-друге,юридична техніка відображається у правилах (нормах), згідно з якими вона й використовується. По-третє, юридична техніка матеріалізується на рівні правових (нормативних) актів. Як тільки засоби й прийоми юридичної техніки реально втілюються у правових актах, вони стають властивістю певної системи законодавства [5, С. 30]. Культура законотворчості безпосередньо передбачає логічно послідовне викладення змісту закону. Порушення логіки закону, неточність його понять і формулювань, невизначеність використовуваних термінів призводять до змін і доповнень, численних запитів різних тлумачень і роз'яснень, спотворення змісту закону і неправильного його застосування [6, С. 31].

Правила юридичної техніки є досить складними за своєю нормативною природою і являють собою встановлені державою вимоги з використання засобів і прийомів юридичної техніки з метою найбільш досконалої підготовки і систематизації законів держави. До змістовних і формально-юридичних правил юридичної техніки відносяться правила вибору належної форми нормативно-правового акту для регулювання певних земельних відносин, підготовки концепції законопроекту, визначення меж змісту закону, правила формулювання правових дефініцій, що створюють нормативну основу законопроекту.

Неможливо удосконалити законодавство без умови його правильного розуміння та термінологічного визначення [7, С. 129]. Проблема багатозначності юридичної термінології має як суто наукові, логіко-теоретичні, так і об'єктивні, соціально-історичні передумови. Вона виражає не лише плюралізм наукових підходів, але й реальну складність і неоднозначність самих яких соціально-правової дійсності [8, С. 21]. У зв'язку із введенням у законодавчі акти значної кількості нових понять і термінів, актуальним завданням є систематизація понятійного матеріалу [9, С. 83]. Особливу роль при уніфікації юридичної термінології відіграє правова стандартизація як форма санкціонованого закріплення у встановленому порядку чи переліку комплексу уніфікованих термінів, що допускають до вживання у нормативних та інших юридичних актах. Тобто правова стандартизація є нормативним документом, що закріплює цілісний перелік спеціальних юридичних термінів, які застосовуються на практиці. Його створення допоможе правотворчим органам краще орієнтуватися в сучасній термінології, застосовувати її в суворо визначеному значенні, сприятиме вирішенню проблем її уніфікації [10, С. 28].

Вважаємо, що визначення понять, що містяться в нормативно-правових актах мають бути дані в тексті закону лише в тому випадку, якщо тлумачення сенсу або значення терміну може бути складним для його адресата, оскільки зайве і невиправдане закріплення юридичних понять веде до надмірного збільшення обсягу текстів законів. В той же час поняття, які дійсно цього потребують, залишаються без своїх визначень.

Для цілісного врегулювання суспільних відносин у ситуації, коли деякі аспекти їх функціонування невідомі або відсутні моделі їх врегулювання законодавець використовує бланкетні норми. Нерідко виникають випадку наявності "порожніх" банкетних норм, коли вони відсилають: до неіснуючих нормативно-правових актів або до хибних норм іншого закону. Наприклад, Земельний кодекс України в ч. 3 ст. 52 і ч. 3 ст. 54 встановив, що порядок використання земель рекреаційного та історико-культурного призначення призначення визначається законом [11], проте в земельному законодавстві відсутні зазначені акти. Бланкетні норми розраховані на стабільне законодавство, коли зміни рідкісні, переважно заплановані, і в процесі розгляду та прийняття відпрацьовуються по всьому масиву законодавства. В даний час законодавцю краще утриматись від використання банкетних норм. На стабільність законодавства негативно впливає відсутність уніфікації правової термінології.

Практика формування національного законодавства свідчить про те, що воно відбувалося як хаотичне накопичення нормативно-правових актів, не зорієнтоване на послідовне утвердження й забезпечення прав і свобод громадян. Проблема нерівномірності розвитку законодавства є характерною для національної правової системи суттєво впливає на досягнення його ефективності. Сучасна система законодавств продовжує перебувати у перехідному стані, вона є нестійкою і надміру динамічною, створюючи широкий спектр можливостей її трансформації і різних напрямках. Існуюча практика фрагментарного поточного вдосконалення нормативно-правової бази не дає належних результатів.

До змін закону призводять крайнощі у питанні деталізації тексту закону: або текст надмірно деталізований, або у ньому міститься велика кількість загальних норм. Нормальна структура закону складається із загальних та конкретних нормативних приписів. Нормативні приписи загального характеру будуть стабільнішими, ніж приписи конкретні. В ідеалі незмінність загальних норм закону буде свідчити про його стабільність. Зміна загальних норм закону призводить до нестабільності законодавства [12, С. 24].

Функціонування та розвиток сучасної правової системи визначає необхідність приведення законодавства у відповідність до умов життєдіяльності суспільства. Законодавча техніка – це система юридико-мовних та юридико-логічних прийомів, методів, юридичних процедур і спеціально-юридичних засобів законодавчої діяльності державного апарату по виробленню юридичних норм у формі положень законодавчих актів з метою створення ефективної системи національного законодавства, як передумови встановлення належного правопорядку в суспільстві [13, С. 136]. З точки зору логіки до законодавчих актів висуваються такі вимоги: дотримання принципів права, логічна єдність, логічна повнота та системність, логічна послідовність [14, С. 6].

Акти парламенту мають ґрунтуватися на активному використання соціальної інформації, що дає змогу вивчати глибинні закономірності функціонування суспільства. В іншому випадку власні структури позбавляються належної опори на раціональні моменти громадської думки, на те, що звичайно називається здоровим глуздом народу та узагальнює в собі усвідомлення людьми своїй інтересів, кореневі для суспільної свідомості цінності [15, С. 189]. Тому в юридичній літературі пропонується використовувати такі механізми обґрунтованості законопроектів: перспективний – детальне обґрунтування необхідності прийняття закону в запропонованій редакції; ретроспективний – оцінювання ефективності чинних законів, їх відповідності фактичним правовідносинам [16, С. 135].

В Україні законопроектна експертиза здійснюється Головним науково-експертним управлінням Апарату Верховної Ради України. Його основним завданням є проведення наукової експертизи законопроектів на предмет оцінки їх концептуального рівня; правової, економічної, соціальної доцільності прийняття закону;

його відповідності Конституції України та міжнародним договорам України; відповідності сучасному рівню наукових знань, принципам і засадам державної політики; прогнозування наслідків їх прийняття [17, С. 9].

Основними проблемами законодавства є той факт, що підготовка проектів законів, визначення напрямків подальшого розвитку законодавства і участь і їх вирішенні спеціалістів на сьогодні носить епізодичний характер. Крім того, в суспільстві існує стереотип, що прийняття закону вирішує будь-які проблеми, проте насправді необхідно створити механізм його застосування, організувати дотримання, передбачити санкції за порушення закону [18, С. 91]. Серед усього законодавчого масиву, що був продукований Верховною Радою після прийняття Конституції України, найбільша кількість прийнятих законів є законами, якими внесено зміни до інших законів. Саме такі закони, як свідчить парламентська практика, можна віднести до групи законів "найбільшого суспільного ризику" в контексті забезпечення принципу верховенства права, з огляду на їхні фрагментарність і несистемність, спрощений процес законотворення та, як правило, корпоративну ідеологію [19, С. 107]. Тому ми вважаємо, що необхідно затвердити нормативний документ про порядок розробки земельних законів, що передбачав би кодифікацію вітчизняних документів і вивчення зарубіжних аналогів, обов'язкове залучення до розробки закону авторитетних вчених в галузі земельного, аграрного та екологічного права, публікацію проектів в популярних наукових виданнях і газетах, опублікування проекту комплексу документів, необхідних для його реалізації, необхідних, узгоджених з проектом змін і доповнень до інших законів та підзаконних нормативно-правових актів.

Проведене дослідження дозволяє зробити висновок, що юридична техніка земельного законодавства становить систему науково обгрунтованих і практично перевірених засобів, способів, методів і прийомів, які використовуються в процесі створенні правових актів земельного законодавства. Юридична техніка земельного законодавства є особливим правовим явищем, вона не повинна зводитися лише до виключно практичної діяльності з оформлення проектів актів земельного законодавства. На думку автора, юридична техніка поєднує в собі наукові і практичні начала, має не лише прикладне, але й пізнавальне, гносеологічне значення. Питання про правила і прийоми юридичної техніки земельного законодавства є одним з найважливіших для юридичної практики і, одночасно, одним з недостатньо висвітлених питань в науці земельного права, тому юридично-технічний рівень земельного законодавства в даний час низький.

Однією з найважливіших умов вдосконалення земельного законодавства є опанування системи певних вимог, що пред'являються до процесу створення законів. У правотворчості юридична техніка займає необхідне місце. Від неї багато в чому залежить ступінь досконалості земельного законодавства, ефективності його дії, глибоке розуміння і правильне застосування, а також систематизація земельного законодавства. Максимальне використання здійснення засобів і прийомів юридичної техніки при підготовці проектів законів є необхідною закономірністю земельної правотворчості. Недотримання вимог юридичної техніки в тексті актів земельного законодавства призводить до появи таких юридичних помилок як закріплення норм, що суперечать Конституції України, відсилання до неіснуючих нормативно-правових актів, неповне закріплення обставин, що мають істотне значення для змісту і застосування конкретної норми земельного права. Наявність таких помилок істотно знижує якість актів земельного законодавства, викликає труднощі в їх тлумаченні і перешкоджає реалізації норм земельного права в конкретних суспільних земельних відносинах. Недостатній рівень якості актів земельного законодавства пов'язаний також з невеликими проміжками часу між набиранням чинності Земельним кодексом України та іншими законами і внесенням до них змін і доповнень. Кваліфіковане використання прийомів юридичної техніки покликане усувати помилки і сприяти підвищенню якості земельного законодавства. Юридична техніка впливає не лише на форму права, але і на його зміст, є найважливішим чинником внутрішнього розвитку актів земельного законодавства. Особливо зростає її значення зростає в сучасних умовах динамічної правотворчості, масштабного оновлення і розвитку земельного законодавства.

1. Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №30. – Ст. 141. 2. Будзилович І., Юрченко А. Фактори негативного впливу на правове забезпечення земельної реформи в Україні / І. Будзилович, А. Юрченко. // Право України. – 1998. – № 7. – С. 24-29. 3. Святоцький О., Семчик В. Про концепцію аграрної і земельної реформи в України / О. Святоцький, В. Семчик // Право України. – 1997. – № 11. – С. 22-26. 4. Селіванов В. Приватно-правові засади концепції державної політики захисту прав і свобод людини в Україні / В. Селіванов // Право України. – 1997. – № 11. – С. 27-34. 5. Пригара Л.І. Юридична техніка: поняття, структура, ознаки / Л.І. Пригара // Часопис Київського університету права. – 2004. – № 2. – С. 26-31. 6. Ковальова Т.В. Лінгвістично-правовий аспект удосконалення законодавства Т.В. Ковальова // Теорія та практика державного управління. – Вип. 3 (15). – С. 30-35. 7. Граціанов А.І. Спеціальна юридична термінологія як спосіб удосконалення законодавства / А.І. Граціанов // Держава і право. Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. – 2003. – Вип. 19. – С. 124-129. 8. Рудковский В.А. Теоретические проблемы источников права / В.А. Рудковська // Философия права. – 2005. – № 3 (15). – С. 21-27. 9. Арт Л.Ф. Систематизація понять в актах російського законодавства / Л.Ф. Арт: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції // Систематизація законодавства в Україні: проблеми теорії і практики. – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 1999. – С. 82-85. 10. Осика І.В. Роль уніфікації в систематизації законодавства / І.В. Осика // Вісник Запорізького національного університету. – 2005. – № 2. – С. 24-28. 11. Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 року // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – №3-4. – Ст. 27. 12. Монастирський Д. Роль законодавчої техніки у забезпеченні стабільності майбутнього закону / Д. Монастирський // Юридична Україна. – 2006. – № 2. – С. 19-25. 13. Кодифікація законодавства України: теорія, методологія, техніка / Ю.С. Шемшученко, О.І. Ющик, Л.М. Горбунова [та ін.]; за заг. ред. О.І. Ющика. – К.: Парламент. вид-во, 2007. – 205 с. 14. Макушин А.А. Логика и конструкция конституции / А.А. Макушин // Конституционное и муниципальное право. – 2005. – № 7. – С. 2-8. 15. Проблеми влади і права в умовах посттоталітарних трансформацій: міждисциплінарний аналіз: Монографія / М.І. Панов, О.Г. Данильян, С.І. Максимов та ін.; За заг. ред. акад. АПрН України М.І. Панова, проф. О.Г. Данильяна. – Харків: Право, 2004. – 358 с. 16. Шмигова О. Застосування принципу верховенства права в законодавчому процесі / О. Шмигова // Українське право. – 2006. – № 1. – С. 132-138. 17. Манжул К. Організація та проблеми проведення експертизи законопроектів / К. Манжул // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 1. – С. 7-11. 18. Вербицкий В.В. Проблемы природоохранительного законодательства России / В.В. Вербицький // Право и экономика. – 1996. – № 15-16. – С. 91-95. 19. Нижник А. Якість закону в контексті дотримання принципу верховенства права / А. Нижник // Українське право. – 2006. – № 1. – С. 106-118.

Надійшла до редколегії 23.09.10

О. Бевз, асит.

РОЗВИТОК ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ПРАВОВИЙ РЕЖИМ ЗЕМЕЛЬ ІСТОРИКО-КУЛЬТУРНОГО ПРИЗНАЧЕННЯ

У статті досліджуються деякі питання історії формування правового режиму земель історико-культурного призначення.

Ключові слова: правовий режим, землі історико-культурного призначення, культурна спадщина, розвиток законодавства.

В статье исследуются некоторые вопросы истории формирования правового режима земель историко-культурного назначения.

Ключевые слова: правовой режим, земли историко-культурного назначения, культурное наследие, развитие законодательства.

The article examines some issues of the history of the formation of the legal regime of land of historical and cultural purpose.

Key words: legal regime, land of historical and cultural purpose, cultural heritage, development of legislation.

Вирішення проблем, які гостро постали перед українською державою щодо охорони культурної спадщини та використання земель історико-культурного призначення, передбачає всебічний аналіз, об'єктивну оцінку, вивчення та врахування історичного досвіду врегулювання питання охорони земель, на яких знаходяться пам'ятки історії та культури.

Відповідно до ст. 54 Конституції України культурна спадщина охороняється законом; держава забезпечує збереження історичних пам'яток та інших об'єктів, що становлять культурну цінність. Збереження і примноження культурних цінностей визнані одним з пріоритетних напрямів політики держави у сфері культури. Водночас роль у збереженні пам'яток культурної спадщини належить і нормам земельного законодавства.

Ст. 14 Конституції України та ст. 1 Земельного кодексу України проголосили землю основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави [1]. Земля виконує різні функції у житті людини та суспільства в залежності від особливостей тієї чи іншої земельної ділянки, зокрема її цільового призначення.

Згідно ст. 19 ЗКУ від 25 жовтня 2001 р. відповідно до основного цільового призначення землі поділяються на категорії. Чинний Земельний кодекс України виділяє 9 категорій земель, кожна з яких має власний правовий режим використання та охорони.

В юридичній літературі зазначається, що становлення правових режимів користування різними категоріями земель складалося в законодавстві шляхом накопичення правових норм, що визначали права та обов'язки землекористувачів у зв'язку із здійсненням різних видів господарської, культурної чи іншої діяльності. Накопичення правових норм, що встановлювали зміст правових режимів земель, створювало можливість теоретичного узагальнення і визначення в законодавстві основних рис правових режимів земель різного призначення [13, с. 24-25].

Отже, дослідження динаміки формування законодавства щодо правового режиму використання та охорони тієї чи іншої категорії земель, є важливим для розуміння юридичної природи даної категорії, крім того дозволяє знайти шляхи вдосконалення чинного законодавства.

Ст. 19 ЗКУ від 25 жовтня 2001 р. вперше закріплює як самостійну категорію землі історико-культурного призначення. В юридичній літературі питання, присвячені правовому режиму земель історико-культурного призначення та його складовим, досліджуються авторами відповідних підрозділів підручників із земельного права та науково-практичних коментарів до Земельного кодексу України. Проте на сьогоднішній день недостатньо наукових досліджень саме щодо динаміки становлення законодавства про правовий режим земель історико-культурного призначення, що є метою даної статті.

Основною кваліфікуючою ознакою земель історико-культурного призначення є наявність на них об'єктів культурної спадщини. Цільове призначення земель історико-культурного призначення полягає в їх використанні для збереження унікальних об'єктів культурної спадщини, такі земельні ділянки виконують функцію просторового базису для розміщення даних об'єктів. Отже, оскільки правовий режим земель історико-культурного призначення тісно пов'язаний із правовим режимом об'єктів, що знаходяться на таких земельних ділянках, при висвітленні питання, що стосується формування законодавства про землі історико-культурного призначення необхідно звернутися до наукових досліджень, присвячених розвитку законодавства про охорону культурної спадщини [7, 8, 10, 14].

Не зважаючи на те, що легалізація земель історико-культурного призначення, як самостійної категорії земель, відбулася лише у ЗК 2001 р., елементи земельно-правового регулювання до того часу можна віднайти у законодавстві про охорону культурної спадщини. Закріплення положень, що стосуються земель історико-культурного призначення, у законодавстві про охорону культурної спадщини спричинило дуалістичність законодавства, що визначає правовий режим таких земель. Аналіз законодавства про охорону культурної спадщини дозволяє прослідкувати, яким чином відбувалося формування такої категорії земель, як землі історико-культурного призначення, та як визначався їх склад, формувалася система державних органів, що здійснюють повноваження у сфері охорони та використання земель історико-культурного призначення, визначалися заходи правової охорони даної категорії земель, а також дослідити тенденцію зміни системи охорони пам'яток від охорони окремих об'єктів до охорони навколишнього середовища.

До своїх коренів людство ніколи не було байдужим, хоча ставлення до пам'яток матеріальної культури у різні епохи в кожного народу неоднакове. Прагнення зберігати пам'ятки старовини спостерігається з найдавніших часів. Але захоплення їхніми історико-художніми якостями не відразу призвело до розуміння необхідності встановлення законодавчих заходів і правил, які б охороняли пам'ятки. Вважається, що перші правові акти про регламентування археологічних розкопок з'явилися у XVIII ст. в Італії [7, с. 12].

Протягом XVIII-XIX ст.ст. в Україні розгорнулись роботи по реконструкції міст. Зносилися вали та стіни феодальних міст, при прокладенні прямих вулиць розбивалися руїни та стародавні будівлі. Поряд із цим формувалася суспільна думка про необхідність збереження пам'яток; отримує виключний розвиток археологія [10, с. 44].

Початки правової охорони пам'яток старовини в Україні і перші значні етапи становлення загалом цілісної системи такої охорони припадають на перебування

© Бевз О., 2010

України у складі Російської імперії, а саме на XVII-XVIII ст. Вони пов'язуються із указами Петра I [14, с. 8-10]. В 1722 р. в Астрахані Петром I був підписаний указ про охорону та ремонт фундаменту башти в Болгарах Казанської губернії, яка не використовувалася та охорона якої зумовлювалася виключно піклуванням про її історико-культурну цінність. Цей указ прийнято вважати першим російським державним актом, що передбачав охорону та реставрацію пам'ятки, виходячи із поваги до спадщини [10, с. 44].

Проте, як свідчать наукові дослідження, в дореволюційний період охорона пам'яток була на низькому рівні, не можна вести мову про існування правової охорони даних об'єктів, та земель, що пов'язані із ними. Загальнодержавного закону з цього приводу не було, і лише ст. 91 "Статуту будівельного" зобов'язувала отримувати дозвіл на перебудову, ремонт та знесення будинків, що були збудовані до XVIII ст. і більш пізніх будівель, що особливо відрізнялися своїми художніми достоїнствами [10, с. 45]. Інформація про пам'ятки історії та культури була розсіяна в різних виданнях. Анотованих списків пам'яток історії та культури не існувало. Також проводились численні самовільні археологічні розкопки, спроби реставрації спотворювали зовнішній вигляд архітектурних пам'яток. Багато пам'яток перебувало у приватній власності [7, С. 14].

У 1904 р. під тиском громадської думки була створена комісія для напрацювання "Положення по охороні старожитностей", яка лише у 1911 р. подала проект даного документу на розгляд. Проект не був затверджений, оскільки "утискав" права приватної власності [10, с. 45].

На думку науковців, відсутність систематичної тенденції до розширення обсягу норм щодо охорони пам'яток з давніх часів і до XX ст. зумовлена була, передусім, загальноприйнятим ставленням суспільства до цих проблем. Відсутність нормативно-правових актів, спеціальної державної установи, що займалася б питаннями охорони культурної спадщини, негативно позначалися на збереженні пам'яток історії та культури та призводили до їх втрати [14, с. 18]. До того ж, відносини, пов'язані з використанням земель, на яких знаходились такі об'єкти, тогочасним законодавством не регулювалися, оскільки здебільшого охоронялися окремі об'єкти без прилеглої до них території.

В перший рік після революції у листопаді 1917 р. Раднаркомом було видано більше 20 декретів та розпоряджень, спрямованих на збереження культурної та історичної спадщини, але вони носили суперечливий характер [10, с. 46].

Так, з одного боку проголошувалися заклики вжити енергійних заходів до збереження "дорогоцінних творів, які згодом збагатять національне надбання", оскільки у зв'язку із "грандіозним зрушенням у земельних відносинах спостерігається масове залишення поміщиками та великими земельними власниками своїх садиб. Тим часом багато з останніх становлять цінність в архітектурному відношенні. У деяких зберігаються цінні твори старовини, мистецтва і науки" (Розпорядження Катеринославського губернського Виконавчого комітету Рад повітовим Радам "Про заходи охорони творів старовини, мистецтва і науки" від 26 лютого 1918 року) [9, с. 8]. Проте такі заклики супроводжувалися знищенням пам'яток. Відповідно до Декрету РНК України від 7 травня 1919 року "Про знесення з площ і вулиць пам'ятників, споруджених на честь царів та їх слуг" пам'ятники, "які не являють інтересу ні з історичної, ні з художньої цінності, підлягають знесенню з площ і вулиць і частково перенесенню в склади музеїв, частково використанню утилітарного характеру" [9, с. 10].

Першим законодавчим актом, що стосувався охорони всіх пам'яток історії і культури, був Декрет "Про реєстрацію, взяття на облік та охорону пам'яток мистецтва та старовини, що знаходяться у володінні приватних осіб, об'єднань та установ", прийнятий 5 жовтня 1918 р. За цим Декретом проводилась перша в Росії реєстрація пам'яток. Було взято під державну охорону 2350 пам'яток та 520 садибних комплексів [10, с. 46].

Земельним законодавством, яке формувалося в України на той час, питання земель під об'єктами культурної спадщини не регулювалися. Перший кодифікований акт земельного законодавства, Земельний кодекс УРСР 1922 р., правових норм відносно визначення правового режиму земель під об'єктами історії та культури не містив. Натомість прийнятий у 1922 р. Кодекс законів про народну освіту УРСР містив окремий розділ, що регламентував порядок взяття на облік, вивчення і використання пам'яток для освіти та виховання громадян.

Законодавчі акти щодо охорони пам'яток були узагальнені у Положенні про пам'ятки культури і природи, яке було затверджено постановою ВУЦВК і РНК УРСР від 16 червня 1926 р. Згідно з даним положенням усі пам'ятки, що мали наукове, історичне або мистецьке значення, передавалися до відання Народного комісаріату освіти УРСР і його місцевих органів. Ці пам'ятки класифікувалися за двома категоріями: республіканського та місцевого значення [14, с. 20]. Пам'ятки, що мали особливо цінне історичне, наукове, мистецьке значення, оголошувалися урядом республіки державними історико-культурними заповідниками. В той час були створені заповідники у Києво-Печерський Лаврі, замку в Камянець-Подільській фортеці, замку князів Островських у Старокостянтинові, колишньому монастирі "Босих кармелітів" у м. Бердичеві тощо. В постановах про створення даних об'єктів містилися посилання на розміри і межі територій, на яких створюються заповідники.

Упродовж 1927-1929 рр. було проведено первинну реєстрацію пам'яток В результаті чого на державний облік було прийнято 562 пам'ятки архітектури, історії та культури [8, с. 6; 10, с. 48].

Під час Великої вітчизняної війни найбільше постраждали такі історичні міста, як Київ, Харків, Чернігів, Львів, Полтава, Севастополь [8, с. 7]. Необхідність відбудови після війни зумовила подальший розвиток законодавства. Для забезпечення державного керівництва архітектурними і планувальними роботами, пов'язаними з відбудовою зруйнованих міст та сіл, і збереження їх історичних обрисів, 29 вересня 1943 року було утворено Комітет у справах архітектури при РНК СРСР і відповідно Управління у справах архітектури при РНК УРСР [14, с. 24]. Також після війни у великих містах та історичних центрах вводилася посада головного архітектора міста. До його обов'язків входило здійснення нагляду за охороною пам'яток архітектури, а також розробка заходів щодо їх відбудови, реставрації, використання та збереження в забудові міст. Першочерговим завданням стало проведення первісного обліку архітектурних пам'яток та відновлення охоронної документації, яку було знищено під час війни, а також вжиття заходів щодо врятування пошкоджених цінностей в історичних містах після їх звільнення від окупації [14, с. 24-25].

Постановою РМ УРСР від 30 грудня 1948 р. №3076 "Про заходи щодо поліпшення охорони пам'яток культури на території УРСР" було затверджено Положення про охорону пам'яток культури на території Української РСР. Ним передбачався поділ на пам'ятки архітектури, пам'ятки мистецтва, пам'ятки археології, пам'ятки історичні. Відповідно до п. 9 положення заборонялося без спеціального дозволу зміна, переробка, переміщення й

знесення пам'яток культури, забудова територій заповідників і пам'яток: РМ СРСР – щодо заповідників та пам'яток культури загальносоюзного значення; РМ УРСР – щодо пам'яток республіканського значення [9, с. 41].

Керівництво і контроль за постановкою справи обліку, охорони, реставрації і використання пам'яток культури відповідно до видів здійснювалися Управлінням у справах архітектури при РМ УРСР – щодо архітектурних пам'яток і пов'язаних з ними пам'яток монументального живопису, скульптури, прикладного й садово-паркового мистецтва (п. "а" ст.2); Комітетом у справах мистецтв при РМ УРСР – щодо пам'яток мистецтва (п. "б" ст. 2); Комітетом у справах культурно-освітніх установ при РМ УРСР – щодо пам'яток археології та історії (пп. "в" і "г" ст. 2) [9, с.40].

Положенням закріплювалося, що використання пам'яток архітектури допускається лише на умовах, що встановлюються Комітетом у справах архітектури при РМ СРСР, і оформляється спеціальними "Охоронно-орендними договорами" чи "Охоронними зобов'язаннями", які укладаються Управлінням у справах архітектури при РМ УРСР з установами, підприємствами та організаціями, яким пам'ятки архітектури надаються в користування (п. 14 Положення). На керівників даних підприємств, установ, організацій покладалася повна відповідальність за їх утримання в цілості і вчасний ремонт, за благоустрій ділянок, зайнятих пам'ятками, та організацію належної охорони цих пам'яток (п. 17 Положення) [9, с. 42].

Ремонтно-відбудовні і реставраційні роботи, а також науково-дослідні роботи, пов'язані з зондажем архітектурних пам'яток або проведенням земляних робіт і розкопки в межах охоронних зон могли провадитися лише з дозволу Комітету у справах архітектури при РМ СРСР (п.19 Положення). Археологічні розкопки в межах охоронних зон проводилися за "Відкритим листом" на право археологічних розкопок з його обов'язковим підтвердженням спеціальним дозволом Комітетом у справах архітектури при РМ СРСР (п. 19 Положення) [9, с. 43].

Виконавчі комітети Рад депутатів трудящих, на території яких були пам'ятки архітектури, зобов'язувалися через місцеві органи Управління в справах архітектури при РМ УРСР:

а) здійснювати нагляд за збереженням в цілості та охороною історичних пам'яток, що перебувають в користуванні підприємств, установ або організацій, згідно з складеними з ними "Охоронно-орендними договорами" та "Охоронними зобов'язаннями";

б) вживати належних заходів щодо охорони і тримання (ремонту і реставрації) історичних пам'яток, що взяті на облік, але перебувають в користуванні підприємств, установ і організацій за "Охоронно-орендними договорами" та "Охоронними зобов'язаннями";

в) встановити охоронні зони навколо пам'яток архітектури (п. 20).

Дозволи ("Відкриті листи") на розвідку й розкопки археологічних пам'яток видавалися Академією наук СРСР (щодо пам'яток загальносоюзного значення, занесених до державних списків СРСР) і Академією наук УРСР (щодо пам'яток республіканського значення), з реєстрацією цих дозволів ("Відкритих листів") у комітеті в справах культурно-освітніх установ при РМ УРСР (п. 24) [9, с. 44].

Виконавчі комітети місцевих Рад депутатів трудящих на території яких були археологічні пам'ятки, зобов'язувалися через місцеві органи Комітету в справах культурно-освітніх установ при РМ УРСР:

а) здійснювати нагляд за тим, щоб археологічні розвідки і розкопки провадились виключно особами, які мають на те право у відповідності з одержаним дозволом ("Відкритим листом");

б) не допускати використання як будівельного матеріалу, а також оранки та розкриття в будь-яких господарських цілях археологічних пам'яток (наприклад, залишків стародавніх міст, городищ, курганів, могильників тощо);

в) встановити навколо археологічних пам'яток охоронні зони, в залежності від розміру і значення пам'яток, які повинні бути недоторканими;

г) рішуче припиняти самовільні розкопки та інші дії, що спричиняються до руйнування археологічних пам'яток (п. 26) [9, С. 44-45].

Аналогічно із архітектурними здійснювалася охорона історичних пам'яток.

Зазначені вище положення містилися також в Інструкції про порядок обліку, реєстрації і тримання археологічних та історичних пам'яток на території Української РСР, затвердженою постановою РМ УРСР від 17 квітня 1950 р. № 982 [9, с. 139]. Також в Інструкції про порядок обліку, реєстрації, утримання і реставрації пам'ятників архітектури, що перебувають під державною охороною, затвердженій Головою Комітету в справах архітектури при РМ СРСР 8 квітня 1949 р., зазначалося, що пам'ятником архітектури можуть бути групові пам'ятники (ансамблі, комплекси), в тому числі міста, населені пункти або частина їх (район, площа, вулиця), що зберегли історичне планування або значну кількість історико-художніх будівель і споруд, що свідчить про формування комплексного підходу щодо охорони об'єктів культурної спадщини (пп. "а" та "б" п. 2 Інструкції про порядок обліку, реєстрації, утримання і реставрації пам'ятників архітектури, що перебувають під державною охороною, затвердженої Головою Комітету в справах архітектури при РМ СРСР 8 квітня 1949 р.) [9, с. 335].

Держбудом УРСР 1 квітня 1968 р. був затверджений Список стародавніх міст, селищ і сіл Української РСР, проекти планування і забудови яких повинні погоджуватися з органами охорони пам'ятників культури, до якого увійшли 300 населених пунктів України [9, с. 300].

На певному етапі особливо важливого значення набуло збереження навколишнього середовища навколо пам'яток. Тимчасовою інструкцією про організацію охоронних зон та зон регулювання забудови для пам'ятників культури Української РСР, затвердженою Держбудом УРСР і Міністерством культури УРСР за погодженням з Українським товариством охорони пам'ятників історії та культури 9 серпня 1968 р., встановлювалися види діяльності, заборонені в охоронних зонах, без затверджених проектів або без дозволу в кожному окремому випадку органів охорони пам'ятників (п. 6) [9, с. 293]. Межі охоронних зон, відповідно до ст. 7 Тимчасової інструкції, визначалися в натурі в присутності представників виконкомів відповідних міських, селищних або сільських Рад депутатів трудящих та представників установ, підприємств або організацій, які використовували приміщення в будинках, що розташовані в охоронній зоні [9, с. 394].

29 жовтня 1976 р. Верховною Радою СРСР було прийнято Закон "Про охорону і використання пам'яток історії та культури". Відповідно до союзного Закону Верховна Рада УРСР 13 липня 1978 р. прийняла Закон Української РСР "Про охорону і використання пам'яток історії та культури", який узагальнив попередню практику в цій галузі, визначив основні принципи охорони і використання пам'яток, відповідні права і обов'язки державних установ, громадських організацій та громадян. У даному Законі було кодифіковано раніше діючі з цих питань правові акти, а також вміщено ряд нових норм, які були спрямовані на подальше поліпшення організації охорони і використання пам'яток в Україні

[2]. Також він містив земельно-правові положення, деякі з яких перейшли і в чинний Закон України "Про охорону культурної спадщини" [5].

Так, ст. 27 закріплювався обов'язок землекористувачів забезпечувати схоронність пам'яток історії та культури, які знаходяться на землях, наданих їм у користування. Зазначені підприємства, організації, установи і громадяни повинні були давати відповідні охоронні зобов'язання державним органам охорони пам'яток.

Ст. 29 Закону 1978 р. передбачалося створення зон охорони пам'яток історії та культури. З метою забезпечення охорони пам'яток історії, археології, містобудування і архітектури, монументального мистецтва виконавчими комітетами обласних, міських (міст республіканського підпорядкування) Рад народних депутатів за поданням відповідних державних органів охорони пам'яток встановлювалися охоронні зони, зони регулювання забудови і зони охоронюваного природного ландшафту. Зони охорони пам'яток історії та культури включалися в проекти планування, забудови і реконструкції відповідних міст та інших населених пунктів. У межах зазначених зон заборонялося провадження земляних, будівельних та інших робіт, а також господарська діяльність без дозволу відповідних органів охорони пам'яток Союзу РСР або Української РСР.

Ст. 32 передбачала погодження з органами охорони пам'яток проектів планування, забудови і реконструкції міст та інших населених пунктів, які мають пам'ятки історії та культури.

Закон закріпив низку заходів щодо забезпечення схоронності пам'яток історії та культури при провадженні будівельних та інших робіт (ст. 35-37). Відповідно до ст. 35 будівельні, меліоративні, шляхові та інші роботи, які можуть створювати загрозу для існування пам'яток історії та культури, проводилися тільки за погодженням з державними органами охорони пам'яток і після здійснення заходів, що забезпечують схоронність пам'яток. Проекти будівельних, меліоративних, шляхових та інших робіт повинні були передбачати заходи, що забезпечують схоронність пам'яток історії та культури, і бути погодженими з державними органами охорони пам'яток. Фінансування зазначених заходів провадилося за рахунок організацій, які здійснюють будівельні, меліоративні, шляхові та інші роботи. Підприємства, організації, установи в разі виявлення в процесі ведення робіт археологічних та інших об'єктів, які мають історичну, наукову, художню чи іншу культурну цінність, зобов'язані були повідомити про це державний орган охорони пам'яток і зупинити дальше ведення робіт.

Заходи по забезпеченню схоронності пам'яток історії та культури при провадженні будівельних, меліоративних, шляхових та інших робіт організовувалися і координувалися відповідними державними органами охорони пам'яток (ст. 36). Стаття 37 закріпила право державних органів охорони пам'яток зупиняти будівельні, меліоративні, шляхові та інші роботи у разі виникнення в процесі проведення цих робіт небезпеки для пам'яток історії та культури або порушення правил їх охорони. Відновлення робіт допускалося лише з дозволу органів, які прийняли рішення про їх зупинення.

Проте, як відзначається в юридичній літературі, Закон містив багато статей декларативного, загального або відсильного характеру, не був підкріплений відповідними підзаконними актами і не вніс очікуваних кардинальних змін у діяльність державних органів та громадських організацій, хоча активізував її на певний час [14, с. 29].

Землі пам'яток культури відповідно до Основ земельного законодавства СРСР 1968 р. розглядалися як різновид "інших земель в межах категорії земель спеціального несільськогосподарського призначення", оскільки, як зазначалося, на той момент вони не мали розвинутого правового режиму [15, с. 251]. Регулювання здійснювалося, крім Основ законодавства, земельними кодексами республік, законодавством про охорону пам'яток культури, зокрема постановою Ради Міністрів СРСР від 16 вересня 1982 р. "Про положення про охорону та використання пам'яток історій та культури". Правовий режим земель історико-культурного призначення в Українській РСР визначався законодавством про охорону культури, хоча в деяких республіках СРСР були спеціальні статті в земельних кодексах, наприклад в ЗК Молдавської РСР даному питанню була присвячена ст. 133. Якщо пам'ятки культури знаходилися в межах населених пунктів, то землі пам'яток включалися до категорії земель населених пунктів відповідно до ст. 30 та 36 Основ земельного законодавства [15, с. 254].

Ст. 40 Основ земельного законодавства СРСР, яка стосувалася земель заповідників, розповсюджувалася виключно на землі природних заповідників. Ділянки, які були зайняті історико-культурними заповідниками, не належали до земель заповідників, в розумінні ст. 40 Основ, а належали до іншої категорії земель [11, с.261].

ЗК УРСР 1970 р. не згадував землі історико-культурного призначення, взагалі не містив положень, що стосувалися б земель, пов'язаних із об'єктами культурної спадщини [3].

Вперше поняття земель історико-культурного призначення в українському законодавстві знайшло закріплення у ЗК УРСР 1990 р. [4]. Відповідно до ст. 2 даного Кодексу землі історико-культурного призначення виділялися в межах загальної категорії під назвою "землі природоохоронного, оздоровчого, рекреаційного та історико-культурного призначення". Ст. 75 ЗК 1990 р. містила визначення поняття "землі історико-культурного призначення". Згідно даної статті до земель історико-культурного призначення належали землі історико-культурних заповідників, меморіальних парків, поховань, археологічних і архітектурних пам'яток та архітектурно-ландшафтних комплексів. На землях історико-культурного призначення заборонялася будь-яка діяльність, що суперечила їх цільовому призначенню. Для забезпечення режиму історико-культурних заповідників, меморіальних парків, поховань, археологічних і архітектурних пам'яток та архітектурно-ландшафтних комплексів встановлювалися охоронні зони з забороною на землях цих зон діяльності, яка шкідливо впливає або може вплинути на забезпечення дотримання режиму земель історико-культурного призначення.

Ст. 75 ЗК УРСР 1990 р. містила норму, відповідно до якої порядок використання земель історико-культурного призначення визначався законодавством України. Таким законодавством на той момент було радянське законодавство про охорону культурної спадщини. Ситуація у сфері пам'яткоохоронного права різко погіршилася, коли втратили чинність загальносоюзні підзаконні документи, розроблені у 1980-х роках з урахуванням кращого світового досвіду. Правові прогалини треба було терміново заповнити новим законодавством про охорону історико-культурної спадщини [12, с. 27]. Таким законом став Закон України "Про охорону культурної спадщини" від 8 червня 2000 р. [5].

Чинний Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р., хоча і виділяє як самостійну категорію землі історико-культурного призначення, не приділяє достатньої уваги даній категорії земель. В главі 10 ЗК України "Землі історико-культурного призначення", містяться лише дві статті – найменша кількість порівняно із іншими категоріями земель[1]. Відповідно до ч.3 ст. 54 ЗК

[1] Аналіз положень Земельного кодексу України в редакції від 25 жовтня 2001 р. були предметом дослідження попередніх наукових статей.

України порядок використання земель історико-культурного призначення визначається законом.

Необхідно відзначити, що становлення даної категорії земель продовжується. Відповідно до Закону України від 09.09.2010 р. "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо охорони культурної спадщини" [6] ст. 53 ЗК України була викладена у новій редакції, що дає підстави говорити про недоліки в правовому регулювання даної категорії земель на сучасному етапі і необхідність його вдосконалення, на що буде звертатися увага в наступних наукових дослідженнях.

Проведений науковий аналіз законодавства, яким визначався правовий режим земель історико-культурного призначення до виділення їх в окрему категорію земель в ЗК України від 25 жовтня 2001 р., дозволяє зробити наступні висновки:

– формування законодавства щодо правового режиму земель історико-культурного призначення пов'язано із розвитком законодавства про охорону культурної спадщини, оскільки земля виконує функцію просторового базису для розміщення об'єктів, що мають культурну, історичну, археологічну, мистецьку цінність;

– землі історико-культурного призначення є порівняно новою категорією земель, яка була легалізована як самостійна категорія у чинному Земельному кодексі України від 25 жовтня 2001 року, проте і до набуття ним чинності елементи земельно-правового регулювання можна було віднайти у законодавстві, яким здійснювалося регулювання охорони культурної спадщини в Україні;

– земельне законодавство почало формуватися пізніше, ніж законодавство про охорону культурної спадщини, земельне законодавство формувалося під впливом останнього, наслідком цього є паралельність, дуалістичний характер законодавства про охорону культурної спадщини і земельного законодавства, а також суперечливість даного законодавства, необхідність його вдосконалення і змін;

– система охорони об'єктів історико-культурного призначення формувалася поетапно: від охорони окремих об'єктів до охорони навколишнього середовища і встановлення правового режиму земель, на яких знаходяться такі об'єкти. У зв'язку із даною тенденцією законодавства все більша роль в охороні культурної спадщини відводиться земельному законодавству, яким повинен визначатися правовий режим земель історико-культурного призначення.

1. Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 3. – Ст. 27. 2. Відомості Верховної Ради УРСР від 25.07.1978 – 1978 р. – № 30 – стор. 466. – стаття 426. 3. Ведомости Верховного Совета УССР. – 1970 г. – № 29. – ст. 205. 4. Відомості Верховної Ради України від 23.06.1992 – 1992 р. – № 25. – стаття 354. 5. Відомості Верховної Ради України. – 2000 . – № 39. – Ст. 333. 6. Голос України від 12.10.2010 – № 190. 7. Акуленко В.І. Охорона пам'яток культури в Україні, 1917-1990 / В.І. Акуленко. – Київ: Вища школа, 1991. – 273с. 8. Акуленко В.І. Правова охорона історії та культури в УРСР / В.І. Акуленко, В.С. Анджиєвський. – Київ, 1984. – 48с. 9. Законодавство про пам'ятники історії та культури – К., 1970. – 464 с. 10. Игнаткин И.А. Охрана памятников истории и культуры: Справ. Пособие. – К.: Выща шк., 1990. – 223 с.: ил. 11. Комментарий к Основам земельного законодавства Союза ССР и союзних республік, под.ред. Г.А.Аксенека, Н.А. Сыродоева, – М.: "Юрид. лит.", 1974. – 351 с. 12. Копієвська О.Р. Право та охорона історико-культурної спадщини (теоретичний аспект дослідження) // Держава і право : Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки / Інститут держави і права ім.Корецького В.М. НАН України. – Київ, 2005. – Вип. 30. – С. 25-31. – ISSN 1563-3349. 13. Краснов Н.И. Правовой режим земель специального назначения, – М.: Юрид. лит., 1961. – 214 с. 14. Курило Т.В. Правова охорона культурної спадщини України. Монография – Львів: Львівський юридичний институт МВС України, видавництво "Новий світ – 2000", 2006. – 152 с. 15. Правовой режим земель в СССР, – М.: Издательство "Наука", 1984 – 326 с.

Надійшла до редколегії 22.09.10

УДК 346.543

І. Якимова, асист.

НОВЕЛИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ КОНЦЕСІЙНИХ ВІДНОСИН

У статті проаналізовано новели правового регулювання концесійних відносин у сфері централізованого водо-, теплопостачання та водовідведення, запроваджені Законом України "Про особливості передачі в оренду чи концесію об'єктів централізованого водо-, теплопостачання та водовідведення, що перебувають у комунальній власності".

Ключові слова: концесійні відносини, концесія, об'єкти централізованого водо-, теплопостачання та водовідведення, концесійний конкурс, комунальна власність.

В статье проанализированы новеллы правового регулирования концессионных отношений в сфере централизованного водо-, теплоснабжения и водоотвода, введенные Законом Украины "Об особенностях передачи в аренду или концессию объектов централизованного водо-, теплоснабжения и водоотвода, находящихся в коммунальной собственности".

Ключевые слова: концессионные отношения, концессия, объекты централизованного водо-, теплоснабжения и водоотвода, концессионный конкурс, коммунальная собственность.

The article contains the analysis of novelties in legal regulation of concession relations in the sphere of water and heat supply and overflow-pipe introduced by the Law of Ukraine on Peculiarities of Granting to Lease or Concession the Objects of Water and Heat Supply and Overflow-Pipe, which are in Communal Property.

Keywords: concession relations, concession,* objects of *water and heat supply and overflow-pipe, concession competition, communal property.

Потреба у спеціальному нормативно-правовому регулюванні концесійних відносин у сфері житлово-комунального господарства виникла вже давно. Про наявність суттєвих проблем у сфері житлово-комунального господарства, пов'язаних із зношеністю основних фондів, в тому числі систем питного водопостачання та водовідведення, систем теплопостачання, які перебувають у комунальній власності територіальних громад, обмеженістю можливостей державного та місцевих бюджетів щодо фінансування у розвиток цієї сфери, вкрай повільним розвитком конкурентних ринкових відносин, зволіканням із впровадженням дієвих економічних стимулів щодо заохочення приватного підприємництва, встановленням економічно обґрунтованих тарифів на житлово-комунальні послуги, внаслідок яких унеможливлюється підвищення якості цих послуг, залучення в зазначену сферу інвестицій, необхідних для її модернізації та розвитку, зазначається в багатьох програмних нормативно-правових актах України [1; 2; 3].

На нашу думку, необхідність прийняття спеціального закону, що регламентував би передачу в оренду та концесію об'єктів централізованого водо-, теплопостачання і водовідведення була обумовлена і тим, що суб'єкти господарювання, що надають послуги в цій сфері, належать до комунального сектору економіки та є суб'єктами природних монополій [4], відповідно, мають гарантований монопольний ринок збуту і, як правило, не вживають заходів до зниження втрат ресурсів та

© Якимова І., 2010

витрат, які є складовими тарифів на комунальні послуги. Споживач таких послуг, в свою чергу, не має вибору щодо придбання аналогічних послуг в іншого суб'єкта господарювання і на інших умовах. Разом з тим, одним із основних напрямів реформування сфери житлово-комунального господарства є підвищення ефективності управління об'єктами централізованого водо-, теплопостачання і водовідведення та залучення інвестицій на їх оновлення. Звідси і виникла потреба врахувати особливостей здійснення господарської діяльності у сфері централізованого водо-, теплопостачання і водовідведення стратегічними підприємствами, які забезпечують належні умови для проживання населення, забезпечити відповідність рішень органів місцевого самоврядування щодо надання в оренду чи концесію об'єктів централізованого водо-, теплопостачання і водовідведення принципам державної політики щодо забезпечення енергетичної та водної безпеки держави, щодо додержання державних стандартів, норм, порядків і правил, щодо якісного та безперебійного забезпечення населення послугами та водо- та теплопостачання.

За умови належної правової регламентації концесійних та орендних відносин у сфері централізованого водо-, теплопостачання та водовідведення недопустимою стала би необґрунтована передача в концесію чи оренду підприємств виробників/виконавців послуг з централізованого водо-, теплопостачання та водовідведення, що замість поліпшення стану підприємств та якості послуг призводить до погіршення стану основних активів підприємств, необґрунтованого підвищення тарифів, погіршення якості послуг, а в деяких випадках навіть припинення надання таких послуг населенню.

З огляду на нагальну потребу вдосконалити чинне законодавство України, яке регулює відносини у сфері централізованого водо-, теплопостачання та водовідведення, в тому числі концесійні відносини щодо надання у концесію об'єктів, що перебувають у комунальній власності, на виконання Закону України "Про Загальнодержавну програму реформування і розвитку житлово-комунального господарства на 2009-2014 роки" [2], відповідно до ч. 2 ст. 5 Закону України "Про концесії" [5], Верховною Радою України 21 жовтня 2010 року було прийнято спеціальний Закон України "Про особливості передачі в оренду чи концесію об'єктів централізованого водо-, теплопостачання і водовідведення, що перебувають у комунальній власності" (далі – Закон), який набув чинності 20 листопада 2010 року [6].

Вважаємо, що з прийняттям Закону будуть вдосконалені механізми реалізації Законів України "Про концесії" [5], "Про оренду державного та комунального майна" [7] щодо передачі в оренду чи концесію об'єктів централізованого водо-, теплопостачання і водовідведення, що перебувають у комунальній власності, та залучення позабюджетних коштів у сферу житлово-комунального господарства.

Аналіз Закону обмежується дослідженням новел правової регламентації особливостей ***концесійних відносин***, що виникають з приводу передачі у концесію об'єктів централізованого водо-, теплопостачання і водовідведення, що перебувають у комунальній власності.

На підставі дослідження нормативних положень Закону, можна виділити наступні новели.

По-перше, Законом регламентовано відносини оренди та концесії з посиланням на різні нормативно-правові акти, що регулюють зазначені відносини [5; 7], окремо визначено порядок та особливості передачі об'єктів централізованого водо-, теплопостачання і водовідведення, що перебувають у комунальній власності, в оренду чи концесію. Це, на нашу думку, сприятиме розмежуванню відносин концесії та оренди, призведе до вироблення єдиної вірної позиції щодо правової природи договорів, що опосередковують зазначені відносини. Наявність проблеми у розмежуванні понять оренди та концесії, неправильне розуміння правової природи договорів оренди та концесії прослідковується в актах правозастосовчої практики. Зокрема, в рішенні Господарського суду Запорізької області від 16 березня 2009 року (підписаному 18 березня 2009 року) у справі № 28/89/09 за позовом прокурора Пологівського району в інтересах держави в особі Пологівської міської ради до Товариства з обмеженою відповідальністю "Тепло-Енергосервіс" про стягнення заборгованості на підставі концесійного договору №1 від 28.03.2007 року та пені за неналежне виконання умов договору встановлено, що концесіонер за концесійним договором (Товариство з обмеженою відповідальністю "Тепло-Енергосервіс") не виконав належним чином договірних зобов'язань, ***оплату за оренду*** (курсив наш – І.Я.) цілісного майнового комплексу котельні в повному обсязі не здійснив…, заборгованість з ***орендної плати*** … не сплачена, при цьому суд посилається на абзац 6 пункту 2,3,4 концесійного договору, згідно з яким концесіонер сплачує ***концесійну плату*** не пізніше 15 числа місяця наступного за звітним з урахуванням щомісячного індексу інфляції [8]. В іншому рішенні Господарського суду Запорізької області від 03 серпня 2009 року за позовом Пологівської міської ради до Товариства з обмеженою відповідальністю "Тепло-Енергосервіс" про стягнення коштів та розірвання концесійного договору встановлено, що відповідач (концесіонер за концесійним договором №2 від 28 березня 2007 року) не сплачував ***концесійну плату за оренду*** цілісного майнового комплексу котельні [9]. Можна припустити, що господарський суд встановлював факти на підставі змісту концесійних договорів, згідно з умовами яких ототожнювалися орендні та концесійні відносини, незважаючи на наявність різних регулюючих ці відносини нормативно-правових актів. В ухвалі Вищого адміністративного суду України від 22 грудня 2009 року у справі № К-18259/08 за касаційною скаргою Чернівецької обласної громадської організації "Калинка" на постанову господарського суду Чернівецької області від 16 квітня 2008 року та ухвалу Львівського апеляційного адміністративного суду від 09 вересня 2008 року у справі за позовом Чернівецької обласної громадської організації "Калинка" до Чернівецької міської ради про скасування рішень зазначається, що "колегія суддів Вищого адміністративного суду України вважає, що ***за своєю юридичною природою договір концесії є договором оренди…"***, "…***концесія є тією ж самою орендою…"*** (курсив наш – І.Я.). Виходячи з цього, колегія суддів Вищого адміністративного суду України робить висновок про необхідність застосування при розгляді справи судами першої та апеляційної інстанції постанови Вищого господарського суду України від 17.05.2007 року, залишеною без змін постановою Верховного Суду України від 02.10.2007 року по справі № 3/196 між іншими сторонами (за позовом ВАТ "Мегамаркет" до виконавчого комітету Чернівецької міської ради, Чернівецької міської ради про спонукання до укладення договору оренди цілісного майнового комплексу комунального підприємства МТК "Калинівський ринок"), в якій зазначено, що предметом оренди не може бути майно (його частина), вже передане в оренду [10]. Безумовно, майно, що знаходиться у державній чи комунальній власності, та передане в оренду, не може бути передане в концесію. До передачі у концесію таке майно має бути "звільнене" від будь-яких прав третіх осіб на нього, що, на нашу думку, повинно

бути закріплене в Законі України "Про концесії" та в спеціальних законах України про особливості здійснення концесійної діяльності в окремих сферах господарювання. Чинний Закон України "Про концесії" у ч. 2 ст. 23 імперативно закріплює лише положення про припинення права повного господарського відання на майно, що було закріплене за державним або комунальним підприємством та передається у концесію. Поняття ж оренди та концесії потрібно розмежовувати та відзначати схожість, наявність окремих спільних рис, але не тотожність зазначених понять. Не зупиняючись на детальному аналізі співвідношення, в тому числі і розмежування, орендних та концесійних відносин чи договорів оренди та концесії, зазначимо, що ці питання досліджувалися багатьма вченими, зокрема, Багдасаровою А.В. [11, с.146-149], Варнавським В.Г. [12, с.35-37], Демченко А.І. [13, с.327-334], Сосною С.А. [14, с.151-159], Медведєвою О.А. [15, с.14-24] та ін.

По-друге, ст. 3 Закону визначено органи, уповноважені приймати рішення про передачу в концесію об'єктів централізованого водо-, теплопостачання і водовідведення, в тому числі об'єктів, що перебувають у спільній власності територіальних громад, за участі безпосередніх спільних власників [6].

По-третє, Законом детально регламентовано процедуру передачі об'єктів централізованого водо-, теплопостачання і водовідведення (далі – об'єкти) у концесію, яка включає:

1. Виявлення ініціативи щодо передачі об'єктів у концесію шляхом подання заяви (подання) до відповідної ради для розгляду на черговій сесії. Законом визначено коло можливих "ініціаторів" такої передачі: фізичних та юридичних осіб, що можуть бути концесіонерами відповідно до Закону або виконавчими органами сільських, селищних, міських рад чи місцевих органів виконавчої влади. Зауважимо, що ч. 2 ст. 6 Закону України "Про концесії" до повноважень відповідних рад віднесено затвердження виключно на їх пленарних засіданнях ***переліку об'єктів права комунальної власності, які можуть надаватися у концесію*** [5]. Із зазначеної норми Закону України "Про концесії" випливає, що укладення концесійного договору допускається лише щодо об'єкта комунальної власності, внесеного до відповідного переліку, який затверджений у встановленому порядку відповідним органом. Законом [6] не визначено, чи затверджуються відповідними радами пооб'єктні переліки щодо об'єктів комунальної власності, що можуть надаватися у концесію, що свідчить про неузгодженість між собою норм загального та спеціального законів [5; 6]. Норми ж Закону [6] не передбачають затвердження такого переліку, оскільки рішення про передачу об'єкта може бути прийняте на підставі розгляду належним чином оформленої заяви про ініціативу передачі Об'єкта у концесію, яка може виходити від фізичних та юридичних осіб, що можуть бути концесіонерами за концесійним договором. Законом України "Про концесії" не передбачено можливості виявлення ініціативи щодо передачі об'єктів у концесію фізичними особами-підприємцями чи юридичними особами. Вважаємо, що зазначена новела Закону відповідає сучасним реаліям, новому законодавству України в сфері регулювання державно-приватного партнерства, однією з форм здійснення якого ч. 1 ст. 5 Закону України "Про державно-приватне партнерство" від 01 липня 2010 року визначено договір концесії [16]. Передача в концесію об'єктів житлово-комунального господарства є однією з форм залучення приватного сектору до розвитку житлово-комунального господарства і відповідно до Концепції розвитку державно-приватного партнерства у житлово-комунальному господарстві, схваленої розпорядженням Кабінету Міністрів України від 16 вересня 2009 року [17]. Зокрема, ч. 2 ст. 10 Закону України "Про державно-приватне партнерство" визначено суб'єктів, які можуть готувати пропозиції про здійснення державно-приватного партнерства щодо об'єктів комунальної власності [16]. Враховуючи вищенаведене, вважаємо за необхідне внести відповідні зміни до Закону України "Про концесії" [5].

2. Прийняття відповідною радою ***рішення про пропозицію*** передачі Об'єктів у концесію або про відмову в передачі. Необхідно відмітити суперечність норм частин 2-4 ст. 5 та ч.1 ст. 6 Закону [6] щодо рішення, яке приймається відповідною радою. В першому випадку це ***рішення про пропозицію передачі*** об'єкта у концесію, в другому – ***рішення про передачу*** об'єкта у концесію. Системний аналіз зазначених норм Закону [6] дозволяє припустити, що мається на увазі одне рішення. На нашу думку, зазначені норми Закону [6] слід узгодити між собою.

3. У разі прийняття відповідною радою рішення про пропозицію передачі Об'єктів у концесію здійснюється ***організаційно-технічна підготовка*** цього об'єкта до передачі у концесію у строк, визначений відповідною радою, але не більш як протягом 12 місяців з дати прийняття нею рішення про передачу в концесію об'єкта (за погодженням з відповідною радою зазначений строк може бути продовжено). Одночасно з організаційно-технічною підготовкою орган, уповноважений управляти комунальним майном, ***готує проект конкурсної документації*** (що включає інструкцію для претендентів, проект договору, інформацію про оголошення конкурсу) та ***погоджує умови конкурсу*** з центральним органом виконавчої влади з питань житлово-комунального господарства. Вважаємо, що чинний на сьогоднішній день Порядок погодження Мінжитлокомунгоспом умов концесійного конкурсу щодо об'єктів права державної або комунальної власності, що використовуються для здійснення діяльності з централізованого водо-, теплопостачання та водовідведення" [18] потребує перегляду з метою приведення його у відповідність до прийнятого Закону [6], зокрема, щодо строків погодження або відмови в погодженні умов конкурсу (за Законом цей строк скорочено до 10 календарних днів), підстав для відмови в такому погодженні (за Законом єдиною підставою для відмови є невідповідність умов конкурсу вимогам законодавства) тощо.

4. Після завершення організаційно-технічної підготовки рішенням відповідної ради **затверджується конкурсна документація**, **утворюється конкурсна комісія**, **оголошується конкурс** на право отримання об'єкта в концесію, визначається розмір реєстраційного внеску (від 1 до 1000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян). Розмір реєстраційного внеску збільшено порівняно із встановленим Законом України "Про концесії" та відповідно до нього (ч. 3 ст. 7) [5].

5. У 10-денний строк з дня утворення конкурсної комісії остання розміщує у друкованому засобів масової інформації відповідної місцевої ради (за його відсутності – у місцевому друкованому засобі масової інформації) повідомлення про оголошення конкурсу та за наявності встановлених Законом умов надсилає відомості щодо об'єктів для розміщення на офіційному Інтернет-сайті центрального органу виконавчої влади з питань житлово-комунального господарства (ч. 2 ст. 7) [6]. Вбачається певна невідповідність зазначеної норми положенню ч. 3 ст. 15 Закону України "Про державно-приватне партнерство", якою передбачено розміщення оголошення про проведення конкурсу з визначення приватного партнера на офіційному веб-сайті

державного партнера, тобто, очевидно, передбачається обов'язкова наявність такого веб-сайту у будь-якого державного партнера, в тому числі сільських, селищних, міських рад [16].

6. Протягом 60 днів з дня оголошення конкурсу подаються заявки на участь у конкурсі. Серед позитивних новел Закону необхідно відзначити регламентацію можливості повторної подачі заявки претендентом, заявка якого відхилена, в разі усунення обставин, що стали причиною її відхилення, очевидно, в межах встановленого для подачі заявок строку (частини 8, 9 ст. 6) [6]. В той же час ані Законом України "Про концесії" [5], ані Положенням про проведення концесійного конкурсу та укладення концесійних договорів на об'єкти права державної і комунальної власності, які надаються у концесію, можливість повторної подачі заявки претендентом, заявка якого відхилена, не передбачена (абз. 2 п. 23, п. 25) [19].

7. Протягом 120 днів з дня оголошення конкурсу претенденти готують та подають конкурсній комісії пропозиції про виконання умов конкурсу.

8. Протягом двох робочих днів після закінчення встановленого строку подання конкурсних пропозицій конкурсна комісія реєструє претендентів, які подали і не відкликали конкурсні пропозиції та сплатили реєстраційний внесок, як ***учасників конкурсу***.

9. Протягом 30 днів після закінчення встановленого строку реєстрації учасників конкурсу конкурсна комісія проводить конкурс.

10. Переможцем конкурсу визнається претендент, який запропонував найкращі умови здійснення концесії, запропонованих учасникам конкурсу, про що на підставі висновків конкурсної комісії відповідна рада не пізніше ніж протягом місяця приймає ***рішення про переможця конкурсу***.

11. Конкурсна комісія повідомляє переможця не пізніше ніж протягом п'яти днів з дня прийняття рішення.

12. З переможцем конкурсу після погодження всіх умов і схвалення остаточної редакції відповідною радою укладається договір концесії. Концесієдавцем у договорі виступає відповідна рада. Законом не визначено строк підписання концесійного договору після прийняття рішення про переможця конкурсу. В цій частині має застосовуватися норма, що міститься у абзаці 2 ч. 6 ст. 8 Закону України "Про концесії" [5], якою було усунуто прогалину у чинному законодавстві України. Відповідно до цієї норми, договір концесії укладається з переможцем конкурсу ***не пізніше трьох місяців з дня опублікування результатів конкурсу***. Зазначений строк може бути продовжений за письмовим зверненням переможця конкурсу. З іншого боку, позитивною новелою, запровадженою Законом, є норма, відповідно до якої умови договору, що укладається з переможцем конкурсу, не повинні відрізнятися від тих умов, які стали підставою для визнання його переможцем.

По-четверте, Закон розширив перелік істотних умов договору концесії об'єктів порівняно з визначеними Законом України "Про концесії" та відповідно до нього (ч.1, 2 ст. 10 Закону України "Про концесії") [5]. Оскільки норма абзацу 1 ч. 1 ст. 8 Закону є відсилочною, вважаємо, що Закон [6] не вирішив наявної проблеми щодо визначення істотних умов договору концесії. На нашу думку, в ст. 10 Закону України "Про концесії" [5] викладено ***основні пункти*** договору концесії, серед яких, безумовно, є й істотні умови, але не виключно вони. Зокрема, не можна вважати істотною умовою визначення сторін договору. Склад учасників, безумовно, має бути передбачений у договорі, але в якості реквізиту поряд із такими реквізитами, як місце або час його підписання [20, с. 307]. Саме сторони повинні досягати згоди щодо умов договору, в тому числі істотних. Виходячи з цього, положення щодо визначення сторін договору істотною умовою має бути виключене із тексту ст.10 Закону України "Про концесії" [5]. Узгодження переліку видів діяльності, здійснення яких підлягає ліцензуванню, взагалі не може бути віднесено до повноважень сторін, оскільки такий перелік встановлюється спеціальним законом [21]. Відповідно до абз. 4 ч. 2 ст. 8 Закону [6] предметом домовленості між сторонами договору концесії є умови про встановлення і зміну цін (тарифів) на вироблені (надані) концесіонером комунальні послуги, що на нашу думку є неправомірним. Адже відповідно до статті 7 Закону України "Про житлово-комунальні послуги" [22], статті 13 Закону України "Про теплопостачання" [23] встановлення цін/тарифів на житлово-комунальні послуги та тарифів на теплову енергію віднесено до повноважень органів місцевого самоврядування. Відповідно до ст. 13 Закону України "Про питну воду та питне водопостачання" [24], встановлення тарифів на послуги централізованого водопостачання та водовідведення віднесено до повноважень органів місцевого самоврядування (крім тарифів на ці послуги, які встановлюються Національною комісією регулювання ринку комунальних послуг України).

По-п'яте, Законом вирішено проблеми, які могли б виникнути з приводу оцінки вартості об'єкта концесії. Так, абз. 4 ч. 2 ст. 6 Закону [6] передбачено, що оцінка об'єкта, який передається в концесію, здійснюється відповідно до законодавства про оцінку майна і майнових прав та професійну оціночну діяльність, що, очевидно, передбачає застосування Закону України "Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні" [25]. В Законі України "Про концесії" [5] відсутні посилання на нормативно-правові акти, які могли би застосовуватися до цих відносин.

По-шосте, Законом передбачено, що договори концесії об'єктів незалежно від строку, на який вони укладені, підлягають нотаріальному посвідченню та "повідомній" реєстрації, що здійснюється ***центральним органом виконавчої влади з питань житлово-комунального господарства*** (статті 9, 10) [6]. Відповідно, ч. 2 ст. 17 Закону встановлено, що договір концесії об'єкта набирає чинності з моменту його нотаріального посвідчення відповідно до законодавства. Аналіз норм Закону дозволяє зробити висновок, що нотаріальному посвідченню підлягають будь-які договори концесії, що укладаються відповідно до цього Закону, згідно з умовами яких в концесію передаються як об'єкти централізованого водо-, теплопостачання і водовідведення, що перебувають у комунальній власності, так і об'єкти незавершеного будівництва та законсервовані об'єкти, права на створення (будівництво) об'єкта централізованого водо-, теплопостачання і водовідведення, права на господарське використання об'єктів. Адже ч.1 ст. 1 Закону [6] чітко визначено, що об'єктами централізованого водо-, теплопостачання і водовідведення є ***цілісні майнові комплекси, системи цілісних майнових комплексів***, ***а також майнові комплекси структурних підрозділів підприємств,*** які забезпечують (призначені) та достатні для самостійного здійснення господарської діяльності у сферах водопостачання, водовідведення та очищення стічних вод, надання послуг, пов'язаних з постачанням споживачам тепла. Враховуючи те, що відповідно до Закону України "Про концесії" [5], концесійний договір вважається укладеним з дня досягнення домовленості з усіх істотних умов і підписання сторонами тексту договору, не-

обхідно внести доповнення до цього закону щодо можливості врегулювання особливостей форми концесійного договору спеціальними законами про здійснення концесійної діяльності в окремих сферах господарювання. Потребують узгодження норми Закону України "Про концесії" [5] та Закону [6] щодо органів реєстрації концесійних договорів, адже на сьогоднішній день повноваження щодо реєстрації концесійних договорів щодо об'єктів комунальної власності належать центральному органу виконавчої влади з питань житлово-комунального господарства (ст. 10 Закону України "Про особливості передачі в оренду чи концесію об'єктів централізованого водо-, теплопостачання і водовідведення, що перебувають у комунальній власності" та виконавчий орган відповідної ради та Фонд державного майна України (ч. 2 ст. 14 Закону України "Про концесії").

По-сьоме, в Законі [6] передбачено випадок передачі об'єкта у концесію без оголошення та проведення концесійного конкурсу (ч. 5 ст. 5): об'єкти централізованого водо-, теплопостачання і водовідведення, що перебувають у комунальній власності територіальної громади села та забезпечують відповідними послугами споживачів тільки в межах її території, можуть передаватися у концесію без оголошення та проведення конкурсу. З одного боку, це надасть можливість уникнути тривалої процедури передачі об'єктів, що перебувають у комунальній власності територіальної громади села, в концесію. З іншого боку, надаватиметься можливість укладати концесійні договори із заздалегідь визначеними приватними партнерами. До прийняття Закону [6] єдиним виключенням із загального правила щодо вибору концесіонера переважно на конкурсній основі був випадок наявності одного претендента, що подав заявку на участь у конкурсі (ч. 7 ст. 6), хоча конкурс все одно оголошується [5].

Безумовно, обсяг статті не дозволяє проаналізувати всі новели Закону[6] в повному обсязі. Незважаючи на це, вважаємо, що поряд з позитивними новелами в Законі є такі нормативні нововведення, які, на нашу думку, недостатньо регулюють відносини, що складаються з приводу передачі у концесію об'єктів централізованого водо-, теплопостачання та водовідведення. Процедура передачі об'єктів у концесію, починаючи з ініціювання такої передачі, і закінчуючи переданням об'єкта в концесію, може тривати більше двох років, що уявляється надто тривалим строком для концесійних договорів, які укладаються щодо об'єктів комунальної власності. Колізії, що існують в Законі України "Про особливості передачі в оренду чи концесію об'єктів централізованого водо-, теплопостачання і водовідведення, що перебувають у комунальній власності", Законі України "Про концесії", Законі України "Про державно-приватне-партнерство" впливатимуть на можливість реалізації положень Закону [6].

1. Рішення Ради національної безпеки та оборони України від 17 листопада 2006 року "Про стан житлово-комунального господарства України та основні напрями його реформування", введене в дію Указом Президента України № 1093/2006 від 16 грудня 2006 року // Урядовий кур'єр. – 22.12.2006. – №242. 2. Закон України від 24 червня 2004 року № 1869-IV в редакції Закону України від 11 червня 2009 року № 1511-VI "Про Загальнодержавну програму реформування і розвитку житлово-комунального господарства на 2009-2014 роки" // Відомості Верховної ради України. – 2009. – №47-48. – Ст. 720. 3. Закон України від 03 березня 2005 року № 2455-IV "Про Загальнодержавну програму "Питна вода України" на 2006-2020 роки" // Відомості Верховної ради України. – 2005. – №15. – Ст. 243. 4. Закон України від 20 квітня 2000 року № 1682-III "Про природні монополії" // Відомості Верховної ради України. – 2000. – №30. – Ст. 238 (з останніми змінами). 5. Закон України від 16 липня 1999 року № 997-XIV "Про концесії" // Відомості Верховної ради України. – 1991. – №41. – Ст. 372 (з останніми змінами). 6. Закон України від 21 жовтня 2010 року № 2624-VI "Про особливості передачі в оренду чи концесію об'єктів централізованого водо-, теплопостачання і водовідведення, що перебувають у комунальній власності" // Голос України. – 20.10.2010. – № 219. 7. Закон України від 10 квітня 1992 року № 2269-XII "Про оренду державного та комунального майна" // Відомості Верховної ради України. – 1992. – №30. – Ст. 416 (з останніми змінами). 8. Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/3330594. 9. Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/6837457. 10. Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/7276575. 11. Багдасарова А.В. Соотношение институтов концессии и аренды: статья // Право и государство: теория и практика. – 2008. – №11. – С. 146-149. 12. Варнавский В.Г. Концессионный механизм партнерства государства и частного сектора. – М.: Московский общественный научный фонд, 2003. – 270 с. 13. Демченко А.І. Договір оренди та концесійний договір: порівняльний аналіз // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності: Збірник наукових праць. – 2002. – №2. – С. 327 – 334. 14. Медведєва О. А. Концесія як правова форма використання державного майна в господарській діяльності недержавними суб'єктами. Дисертація … канд. юр. наук.: Х. – 2004. – 194 с. 15. Сосна С.А. Концессионное соглашение – новый вид договора в российском праве. // Журнал российского права. – 2003. – № 2. – С. 14-24. 16. Закон України від 01 липня 2010 року № 2404-VI "Про державно-приватне партнерство" // Відомості Верховної ради України. – 2010. – №40. – Ст. 524. 17. Розпорядження Кабінету Міністрів України від 16 вересня 2009 року № 1184-р "Про схвалення Концепції розвитку державно-приватного партнерства у житлово-комунальному господарстві" // Офіційний вісник України. – 2009. – № 78. – Стор. 36. – Ст. 2650. 18. Наказ Міністерства з питань житлово-комунального господарства України від 08 грудня 2009 року № 386, зареєстрований в Міністерстві юстиції України 11 січня 2010 року за № 4/17299, "Про затвердження Порядку погодження Мінжитлокомунгоспом умов концесійного конкурсу щодо об'єктів права державної або комунальної власності, що використовуються для здійснення діяльності з централізованого водо-, теплопостачання та водовідведення" // Офіційний вісник України. – 2010. – № 3. – Стор. 54. – Ст. 114. 19. Постанова Кабінету Міністрів України від 12 квітня 2000 року № 642 "Про затвердження Положення про проведення концесійного конкурсу та укладення концесійних договорів на об'єкти права державної і комунальної власності, які надаються у концесію" // Офіційний вісник України. – 2000. – № 15. – Стор. 84. – Ст. 625. 20. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 4-е, стереотипное. – М.: "Статут", 2001. – 842 с. 21. Закон України від 01.06.2000 року № 1775-III "Про ліцензування певних видів господарської діяльності" // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – №36. – Ст. 299 (з останніми змінами). 22. Закон України від 24.06.2004 № 1875-IV "Про житлово-комунальні послуги" // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – №47. – Ст. 514 (з останніми змінами). 23. Закон України від 02.06.2005 № 2633-IV "Про теплопостачання" // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – №28. – Ст. 373 (з останніми змінами). 24. Закон України від 10.01.2002 № 2918-III "Про питну воду та питне водопостачання" // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – №16. – Ст. 112 (з останніми змінами). 25. Закон України від 12 липня 2001 року № 2658-III "Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні" // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – №47. – Ст. 251 (з останніми змінами). Зокрема, цим Законом встановлено, що процедури оцінки майна встановлюються нормативно-правовими актами з оцінки майна. Оцінка майна проводиться у випадках, встановлених законодавством України, міжнародними угодами, на підставі договору, а також на вимогу однієї з сторін та за згодою сторін. Вважаємо, що в Законі України "Про концесії" необхідно передбачити обов'язковість такої оцінки. На жаль, в ст. 7 Закону України "Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні" серед випадків обов'язкової оцінки майна прямо не передбачена концесія. Між тим, серед випадків обов'язкової оцінки є створення підприємств (господарських товариств) на базі державного майна або майна, що є у комунальній власності; оренди, страхування державного майна, майна, що є у комунальній власності тощо. На нашу думку, до цього переліку необхідно включити концесію.

Надійшла до редколегії 23.09.10

О. Науменко, асист.

ЗАГАЛЬНІ ПРИНЦИПИ ПРИМУСОВОГО ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ ГОСПОДАРСЬКИХ СУДІВ

У роботі розглядається специфіка прояву загальних принципів права у процесі виконання рішень господарських судів.
Ключові слова: принцип, рішення господарських судів, виконавче провадження.

В работе рассматривается специфика проявления общих принципов права в процессе исполнения решений хозяйственных судов.
Ключевые слова: принцип, решения хозяйственных судов, исполнительное производство.

The thesis addresses specifics of expression of general principles of law in the process of enforcement of decisions of commercial courts.
Key words: principal, decisions of commercial courts, court enforcement proceeding.

З огляду на те, що примусове виконання рішень господарських судів на сьогоднішній день здійснюється у рамках виконавчого провадження, і правові норми, що його регулюють, поширюють свою дію на процедуру виконання не тільки рішень господарських судів, а й інших актів, то в цілому принципи виконавчого провадження є одночасно принципами примусового виконання рішень господарських судів.

Необхідність дослідження принципів виконавчого провадження обумовлюється тією обставиною, що принципи, доповнюючи предмет і метод правового регулювання, мають індивідуалізуюче значення і виражають специфіку конкретної галузі права. Крім того, особливості прояву принципів права у виконавчому провадженні дозволяють розкрити специфічні особливості норм, що його регулюють, та є додатковим підтвердженням можливості виділення їх в окрему галузь права, дозволяють виявити динаміку процесу виконання, визначити перспективи розвитку відповідних норм.

В літературі існує досить багато підходів до визначення принципів права [див., напр., 19, с.35-36; 22, с.16-17], однак більш обґрунтованою видається позиція, висловлена Чечиною Н.А. і підтримана Заворотьком П.П., які відзначають, що до принципів права слід віднести "основні положення, які виражають загальну направленість і найбільш загальні риси правового регулювання суспільних відносин" [25, с.78] і що "про принцип права можна говорити лише тоді, коли він отримав нормативне закріплення" [17, с.416].

Ми приєднуємось до точки зору Грицай О.В., яка під принципами виконавчого провадження розуміє "сукупність основних положень, які відображають якісні особливості даної процесуальної правової системи і які визначають сутність, зміст і призначення її найважливіших інститутів і норм, характер і направленість діяльності всіх учасників виконавчого провадження" [15, с.35], але які закріплені у чинному законодавстві.

Сьогодні в літературі питання принципів виконавчого провадження, в тому числі принципів виконання рішень господарських судів, не досліджені належним чином. Особливо це стосується специфічних принципів, що характерні лише для виконавчого провадження і примусового виконання рішень господарських судів як складової частини останнього.

Для правильного розкриття і характеристики даного питання дуже цінним уявляється наступне теоретичне положення, висловлене Братусем С.М.: "Конкретизація в рамках окремої галузі права принципу, який діє для всієї системи … права чи для ряду … галузей, може бути виявлений лише шляхом аналізу конкретних інститутів окремої галузі і загальних для всіх інститутів правоположень" [12, с.136-137].

Стосовно цієї тези слід підкреслити, що виконавче провадження є проявом загального принципу повноти і реальної гарантованості прав і охоронюваних законом інтересів юридичних і фізичних осіб, що не виключає, а припускає появу в ній і інших основних принципів права. Але, як дуже влучно зазначив Заворотько П.П., "дія цього принципу ніде так показово і рельєфно не проявляється" [17, с.417], як саме у виконавчому провадженні. Тому розкриття і характеристика діючих принципів виконавчого провадження є одночасно і виявом принципу повноти і гарантованості прав і охоронюваних законом інтересів юридичних і фізичних осіб.

Будучи проявом цього загального принципу права, виконавче провадження характеризується дією і загальних принципів, і специфічних принципів, характерних лише для виконавчого провадження.

З огляду на те, що метою написання даної статті є дослідження загальних принципів примусового виконання рішень господарських судів, то загальні принципи виконавчого провадження будуть аналізуватись з точки зору виконання рішень господарських судів.

А що стосується специфічних принципів, що характерні лише для виконавчого провадження, то їх дослідженню будуть присвячені наступні статті.

В науці, як відмічає Семенов В.М., більшість авторів дуже коротко, з зовнішньої сторони, характеризує сутність ... принципів, називаючи їх найбільш загальними поняттями: "керівні положення", "керівні начала", "загальні начала" [21, с.5] тощо.

Але саме через виділення принципів можна показати найбільш важливі гарантії належного виконання рішень господарських судів, оскільки вони виступають "керівними началами". Для досягнення мети виконавчого провадження важлива як дія сукупності принципів, так і дія кожного принципу окремо. Без взаємодії принципів неможливе правильне і швидке виконання судових рішень. У той же час кожен окремий принцип підкреслює ту чи іншу особливість виконавчого провадження.

Як вірно відмічав Заворотько П.П., "принципи, характерні лише для судового виконання, не розповсюджуються на попередні стадії цивільного процесу, але суди, розглядаючи і вирішуючи правові питання, які виникають в стадії виконання судових рішень, зобов'язані рахуватись з дією цих принципів" [17, с.420].

Всі ці положення дозволяють перейти безпосередньо до викладення загальних принципів примусового виконання рішень господарських судів.

Принцип законності. Цей принцип має конституційне значення і закріплений у ч.2 ст.19 Конституції України від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР [2] (далі – Конституція України), яка проголошує, що органи державної влади, органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Це положення повною мірою стосується і Державної виконавчої служби. Принцип законності знайшов своє відображення і в Законі України "Про виконавче провадження" від 21 квітня

© Науменко О., 2010

1999 року № 606 – 14 [4] (далі – ЗУ про виконавче провадження), ст.7 якого регламентує, що державний виконавець зобов'язаний використовувати надані йому права у точній відповідності із законом і не допускати у своїй діяльності порушення прав та законних інтересів громадян і юридичних осіб. Особам, які беруть участь у виконавчому провадженні або залучаються до проведення виконавчих дій, повинні бути роз'яснені державним виконавцем їх права відповідно до вимог цього Закону. Останнє положення є однією з гарантій принципу законності. Більше того, цей принцип знайшов своє відображення навіть у визначенні виконавчого провадження, наведеного у ст.1 ЗУ про виконавче провадження, де зазначається, що це сукупність дій органів і посадових осіб …, які здійснюються на підставах, у спосіб та в межах повноважень, визначених цим Законом, іншими нормативно-правовими актами, виданими відповідно до цього Закону та інших законів… .

Як вірно зазначають Фурса С.Я. і Щербак С.В., у виконавчому провадженні принцип законності необхідно розглядати у двох аспектах. По-перше, всі дії державного виконавця повинні відповідати нормативно-правовим актам, і, по-друге, закону повинні дотримуватися й інші суб'єкти виконавчого провадження [23, с.37].

Таким чином, цей принцип вимагає, щоб уся діяльність органів Державної виконавчої служби була підпорядкована закону, щоб усі суб'єкти виконавчих процесуальних правовідносин суворо дотримувалися і виконували вимоги чинного законодавства, яке регламентує виконання рішень господарських судів.

Також деякі науковці вважають, що принцип законності, окрім іншого, передбачає регулювання відносин на рівні закону і що наявність низки підзаконних нормативно-правових актів сприяє порушенню прав і свобод посадовими особами Державної виконавчої служби [23, с.37-38].

На наш погляд, з таким твердженням важко погодитись, адже наявність нормативно-правових актів підзаконного рівня є цілком нормальним і виправданим явищем, оскільки в законі просто неможливо та й не доцільно детально врегульовувати абсолютно всі процедурні питання, що виникають при виконанні рішень господарських судів. На рівні закону мають бути врегульовані основні питання, базові засади виконання рішень господарських судів, а підзаконні нормативно-правові акти повинні розроблятись на реалізацію та на розвиток тих положень, що містяться у законі. Окрім того, загальновідомо, яким довгим, затяжним і іноді дуже проблематичним є процес прийняття законів. А тому, на наш погляд, запропонована схема регулювання виконавчих процесуальних відносин є абсолютно нединамічною, тобто не забезпечує швидкого реагування на зміни у суспільному житті, не дає можливості оперативно вдосконалювати діюче законодавство.

Отже, принцип законності "червоною ниткою" проходить крізь всі стадії примусового виконання рішень господарських судів, він втілюється і конкретизується у всіх інших принципах, а також виступає відправною точкою для всієї процедури виконання рішень господарських судів. Окрім того, основоположні засади виконавчого провадження мають визначатися на рівні закону, а у підзаконних нормативно-правових актах повинні міститись норми, що будуть розвивати положення закону та встановлювати конкретні механізми реалізації цих положень.

Принцип рівності сторін. Цей принцип також має конституційну основу, бо ч.1 ст.21 Конституції України проголошує, що усі люди є рівні у своїх правах, а ч.ч.1 і 2 ст.24 – що громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом. Не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками. Цей принцип означає юридичну і фактичну рівність суб'єктів права перед законом, в тому числі і у виконавчому провадженні. Сторонам надаються однакові процесуальні можливості у виборі моделі поведінки. Про це ж зазначав ще Гринько Ю.І.: "… принцип рівноправності сторін означає таке положення сторін в процесі, коли їм створені рівні можливості і надані рівні процесуальні гарантії для захисту своїх прав і законних інтересів" [14, с.14].

З позицією рівності сторін у виконавчому провадженні не повністю погоджується Заворотько П.П. "Перевага стягувача перед боржником очевидна і вона проявляється в тому, що в його інтересах здійснюється примусове виконання проти боржника в умовах безспірності матеріальних прав. Але перевазі стягувача у примусовому виконанні протистають приписи … про захист прав і законних інтересів боржника, що слугує попередньою умовою процесуальної рівноправності сторін перед державним виконавцем" [17, с.432]. Дійсно, це суттєве зауваження, яке характеризує специфіку принципу рівності сторін у виконавчому провадженні, в тому числі при виконанні рішень господарських судів.

Специфікою прояву цього принципу є така рівність сторін, яка полягає у наданні законом стягувачу і боржнику не рівних (тотожних) прав, а рівних можливостей для реалізації ними суб'єктивних прав і виконання суб'єктивних обов'язків у виконавчому провадженні [26, с.56]. Аналіз ч.1 ст.11-1 ЗУ про виконавче провадження свідчить про те, що численні права процесуального характеру не лише сторін, але й інших учасників виконавчого провадження, співпадають. Разом з тим деякими правами наділений тільки стягувач: подати заяву про відкриття виконавчого провадження (п.1 ст.18 цього Закону), про видачу дубліката виконавчого документа, про поновлення строку пред'явлення виконавчого документа до примусового виконання, про відмову від стягнення і повернення виконавчого документа (ч.2 ст.11-1 цього Закону). Тільки боржник має право під час проведення опису зазначати ті види майна або предмети, на які слід звернути стягнення в першу чергу (ст.56 цього Закону) [додатково див.: 20, с.41]. Однак стягувачу і боржнику згідно з дією цього принципу надані рівні процесуальні можливості реалізації зазначених та інших належних їм суб'єктивних прав.

Отже, принцип рівності сторін у виконавчому провадженні діє і має специфічний прояв.

Принцип отримання юридичної допомоги. Відповідно до ст.59 Конституції України кожен має право на правову допомогу. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав. Відповідно до ст.12 ЗУ про виконавче провадження сторони можуть реалізовувати свої права та обов'язки у виконавчому провадженні самостійно або через представників. Особиста участь фізичної особи – підприємця, громадянина як учасника корпоративних відносин у процесі примусового виконання рішення господарського суду органами Державної виконавчої служби не позбавляє його права мати представника, за винятком випадку, коли боржник зобов'язаний згідно з рішенням вчинити певні дії особисто. Участь юридичних осіб у виконавчому провадженні здійснюється їх керівниками чи органами, посадовими особами, які діють в межах повноважень, наданих їм законом, або через представників юридичної особи. Закон не встановлює перелік осіб, які можуть бути представниками сторін (окрім законного представництва – ч.2 ст.12 ЗУ про виконавче провадження), тому слід зробити висновок про те, що

представником сторони може бути будь-яка особа (окрім перерахованих у ст.13 цього Закону неповнолітніх, осіб, над якими встановлено опіку чи піклування, суддів, слідчих, прокурорів, державних виконавців, крім випадків законного представництва останніми чи коли вони виступають як уповноважені особи відповідного органу, що є стороною виконавчого провадження, а також інші особи, які відповідно до закону не можуть здійснювати представництво), в тому числі професійні адвокати.

Уявляється за доцільне до числа осіб, які не можуть бути представниками у виконавчому провадженні, віднести осіб, які знаходяться у родинних стосунках із державним виконавцем, який здійснює виконавчі дії у тому провадженні, на представництво інтересів у якому мають намір уповноважити їх сторони. Для цього вважаємо за доцільне внести відповідні зміни до ст.13 ЗУ про виконавче провадження.

Також слід зауважити, що, на відміну від кримінального процесу, у виконавчому провадженні не передбачений обов'язок надання сторонам адвоката, а тому надання професійної юридичної допомоги здійснюється на основі добровільних угод сторін з особами, які надають юридичні послуги. Юридичні особи можуть мати у своєму штаті юрисконсультів. Але у будь-якому випадку повноваження представника мають бути підтверджені довіреністю, виданою і оформленою відповідно до вимог закону (ч.5 ст.12 ЗУ про виконавче провадження).

Отже, принцип надання юридичної допомоги у виконавчому провадженні не носить обов'язкового характеру, хоча звернення до кваліфікованого спеціаліста значно підвищує можливість виконання рішення господарського суду належним чином і у повному обсязі.

Принцип гласності. Цей принцип певною мірою характерний і для виконавчого провадження. Цілком погоджуюсь з Гринько Ю.І., який зазначає, що треба розрізняти гласність для сторін і гласність для народу (останню іноді називають публічністю) [14, с.11]. Тому не підтримую авторів, які окремо виділяють принцип гласності і принцип публічності у виконавчому провадженні [26, с.с.59-60, 64]. Валєєва Р.Х. називає "принцип публічності і гласності" [13, с.11].

Принцип гласності означає відкритість виконавчого провадження для сторін, інших осіб, які беруть у ньому участь, осіб, які залучаються до проведення виконавчих дій та широкої громадськості.

Для сторін та інших учасників виконавчого провадження відкритість полягає в тому, що вони мають право знайомитися з матеріалами виконавчого провадження, брати участь у проведенні виконавчих дій (ст.11-1 ЗУ про виконавче провадження), бути проінформованими про місце і час проведення виконавчих дій (ст.ст.20, 30, 31 цього Закону), про відкриття виконавчого провадження (ст.ст.18 та 24), про зупинення і закінчення виконавчого провадження (ст.ст.36, 37), про відновлення виконавчого провадження (ст.41), про їх права і обов'язки (ст.ст. 7, 11-1).

Гласність для широкої громадськості може мати місце, коли наслідки виконавчого провадження можуть бути предметом інформації у пресі, на радіо, телебаченні тощо [16, с.58]. Не діє цей принцип для громадськості тоді, коли є необхідність охорони державної таємниці (про що йдеться у Порядку здійснення органами державної виконавчої служби виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб) стосовно підприємств, установ, організацій, діяльність яких пов'язана з державною таємницею, затвердженим наказом Міністерства юстиції України від 23 березня 2000 року № 10/5а і зареєстрованим в Міністерстві юстиції України 15 травня 2000 року за № 278/4499 [10].

Але найяскравіше принцип гласності у виконавчому провадженні проявляється у процедурі реалізації майна на прилюдних торгах, аукціонах (ст.ст.61, 66 ЗУ про виконавче провадження, Закон України "Про введення мораторію на примусову реалізацію майна" від 29 листопада 2001 року № 2864-3 [5], п.п. 5.11, 5.12 Інструкції про проведення виконавчих дій, затвердженої наказом Міністерства юстиції України від 15 грудня 1999 року № 74/5 і зареєстроване в Міністерстві юстиції України 15 грудня 1999 року за № 865/4158 [9], Порядок реалізації арештованого майна, затверджений наказом Міністерства юстиції України від 15 липня 1999 року № 42/5 і зареєстрований в Міністерстві юстиції України 19 липня 1999 року за № 480/3773 [7], Тимчасове положення про порядок проведення прилюдних торгів з реалізації арештованого нерухомого майна, затверджене наказом Міністерства юстиції України від 27 жовтня 1999 року № 68/5 і зареєстроване в Міністерстві юстиції України 2 листопада 1999 року за № 745/4038 [8], Положення про порядок проведення аукціонів (публічних торгів) з реалізації заставленого майна, затверджене Постановою КМУ від 22 грудня 1997 року № 1448 [6] та деякі інші).

І ми цілком підтримуємо позицію авторів, які вказують, що реалізація стягненого майна через аукціони, торги не тільки проходить у гласній атмосфері, а й відсутність гласності може бути підставою для визнання торгів такими, що не відбулись [24, с.81].

Отже, принцип гласності у виконавчому провадженні має свій специфічний прояв і спрямований на забезпечення принципу законності при виконанні рішень господарських судів.

Принцип державної мови. Цей принцип грунтується на ст.10 Конституції України, яка проголошує, що державною мовою в Україні є українська мова. Держава забезпечує всебічний розвиток і функціонування української мови в усіх сферах суспільного життя на всій території України. В Україні гарантується вільний розвиток, використання і захист російської, інших мов національних меншин України. Особи, які беруть участь у виконавчому провадженні і не володіють українською мовою мають право запросити перекладача. Винагорода перекладачу відноситься до витрат, пов'язаних з проведенням виконавчих дій і підлягає сплаті за рахунок боржника (ст.ст. 43, 45 ЗУ про виконавче провадження).

Таким чином, принцип державної мови полягає в юридичному забезпеченні учасникам виконавчого провадження, які не володіють українською мовою, приймати участь у процесуальних діях, реалізовувати свої повноваження, використовуючи свою рідну мову.

Принцип диспозитивності. У виконавчому провадженні цей принцип закріплений у нормативному визначенні правового становища сторін та інших осіб, які беруть участь у виконавчому провадженні, і дозволяє їм вільно розпоряджатися належними їм матеріальними і процесуальними правами та активно впливати на розвиток виконавчого провадження [26, с.61]. Балабін В.І. та Левченко Л.В. вказують, що виконавче провадження практично повністю підкоряється дії принципу диспозитивності. Винятки з сфери дії цього принципу небагаточисельні і завжди обумовлені в законі [11, с.108].

Виконавче провадження щодо примусового виконання рішення господарського суду відкривається державним виконавцем за заявою стягувача або його представника (ст.18 ЗУ про виконавче провадження), який може відмовитися від стягнення і вимагати повернення виконавчого документа (ч.2 ст.11-1 цього Закону). Сторони мають право укладати мирову угоду, оспорювати належність майна, його оцінку та інше.

Отже, принцип диспозитивності у виконавчому провадженні щодо примусового виконання рішення господарського суду характеризується такими положеннями: 1) можливістю зацікавленої особи подавати заяву про відкриття виконавчого провадження для примусового виконання рішення суду (ст.ст. 11-1, 12, 18 та інші цього Закону); 2) можливістю розпоряджатися об'єктом примусового стягнення (наприклад, за виконавчим документом про стягнення коштів за погодженням із стягувачем боржник може передати стягувачу в рахунок повного або часткового погашення боргу власне майно (ч.4 ст.11-1 цього Закону), право боржника на визначення першочерговості звернення стягнення на окремі предмети (види майна) (ст.56) тощо); 3)можливістю вільно, на свій розсуд, реалізовувати свої права, вчиняти відповідні дії у виконавчому провадженні.

Принцип об'єктивності. Деякі автори називають цей принцип "юридичної істини" [26, с.61], "об'єктивної істини" [15, с.39; 17, с.441], "формальної істини" [15, с.39]. Але, на нашу думку, вживання таких термінів є не зовсім точним, оскільки юридичну істину, формальну істину, об'єктивну істину з'ясовує суд перед винесенням рішення, а державний виконавець повинен лише точно його виконати. Саме тому доцільнішим, на наш погляд, є застосування терміну "принцип об'єктивності".

Цей принцип ґрунтується і втілюється у закріплених ст.5 ЗУ про виконавче провадження принципах неупередженості державного виконавця, повноти виконавчих дій, а також у принципі рівності сторін у виконавчому провадженні. Проявляється він також у закріпленому ч.2 ст.7 цього Закону обов'язку державного виконавця роз'яснити сторонам їх права, у закріпленій ст.17 можливості відводу державного виконавця.

Відповідно до цього принципу державний виконавець повинен при пред'явленні до нього виконавчого документа до стягнення перевірити:

а) наявність у зацікавлених осіб права на звернення до органу Державної виконавчої служби із заявою про відкриття виконавчого провадження (ст.18 ЗУ про виконавче провадження);

б) відповідність виконавчого документа вимогам, які до нього пред'являються законом (ст.19 цього Закону);

в) дотримання строків пред'явлення виконавчих документів до примусового виконання (ст.21);

г) дотримання правил про місце виконання (ст.20).

У проведенні виконавчих дій із примусового виконання судових рішень державний виконавець повинен не виходити за межі визначеного у виконавчому документі об'єкта стягнення і застосовувати лише ті заходи примусового виконання, які передбачені законом (ст.4 цього Закону).

Як вірно зазначають Омельченко М.П. і Штефан М.Й., дія цього принципу проявляється також в оцінці майна боржника, яка провадиться за ринковими цінами, котрі діють на день проведення оцінки, крім випадків, коли оцінка провадиться за регульованими цінами. У випадках, коли оцінка окремих предметів викликає складнощі або якщо боржник чи стягувач заперечує проти проведення державним виконавцем оцінки, останній запрошує експерта (спеціаліста) для визначення вартості майна (ст.57 цього Закону) [26, с.61].

Принцип гарантованості прав юридичних осіб і громадян. На нашу думку, цей принцип можна розглядати у трьох аспектах.

По-перше, з точки зору поінформованості учасників виконавчого провадження про їх права і обов'язки. З такої позиції цей принцип закріплений перш за все в ч.1 ст.57 Конституції України, яка проголошує, що кожному гарантується право знати свої права і обов'язки, а також у ч.2 ст.7, ст.11-1, ч.ч.2 і 5 ст.24, ст.ст.30, 43, 45, 46 ЗУ про виконавче провадження. Зміст цього принципу полягає у тому, що особам, які приймають участь у виконавчому провадженні або залучаються до проведення виконавчих дій, повинні бути роз'яснені державним виконавцем їх права; у чіткій визначеності цих прав і обов'язків; у тому, що державний виконавець повинен встановити строк для добровільного виконання рішення господарського суду і попередити боржника про примусове його виконання після закінчення встановленого строку зі стягненням з нього виконавчого збору і витрат виконавчого провадження, і що копія постанови про відкриття виконавчого провадження не пізніше наступного дня направляється стягувачу, боржнику і органу, який видав виконавчий документ.

По-друге, з точки зору гарантованості проведення виконавчих дій. З такої позиції цей принцип є надзвичайно важливим, адже завдяки йому може бути досягнута мета виконавчого провадження. Він закріплений перш за все у ст.24 ЗУ про виконавче провадження, яка встановлює обов'язок державного виконавця прийняти до виконання виконавчий документ і відкрити виконавче провадження, якщо не закінчився строк пред'явлення виконавчого документу до виконання, якщо він відповідає вимогам, передбаченим цим Законом та пред'явлений за належним місцем виконання рішення. Державний виконавець в 3-денний строк з дня надходження до нього виконавчого документа виносить постанову про відкриття виконавчого провадження. Цей принцип закріплений і у всіх інших нормах, що регламентують процедуру виконання рішень господарських судів. При цьому слід зауважити, що з метою забезпечення провадження виконавчих дій стягувач може за погодженням з державним виконавцем внести на депозитний рахунок відповідного відділу Державної виконавчої служби певну грошову суму для здійснення необхідних витрат або для покриття їх частини (ст.48).

По-третє, з точки зору гарантованості захисту прав сторін та інших учасників виконавчого провадження у випадку порушення цих прав. Цей принцип закріплений у ст.ст.85 ("Оскарження дій посадових осіб Державної виконавчої служби"), 86 ("Захист прав стягувача у виконавчому провадженні"), 87 ("Відповідальність за невиконання рішення, що зобов'язує боржника виконати певні дії, та рішення про поновлення на роботі") ЗУ про виконавче провадження", в ст.121-2 Господарського процесуального кодексу України від 6 листопада 1991 року № 1798 – 12 [1] (далі – ГПК) ("Оскарження дій чи бездіяльності органів Державної виконавчої служби"), а також в окремих статтях Закону, які визначають порядок здійснення певних дій у виконавчому провадженні (ст.ст. 24, 26, 32, 36, 37, 40, 42, 46, 57, 59).

Порушення прав сторін та інших учасників виконавчого провадження може бути службовим (брутальність у відносинах з учасниками виконавчого провадження, не тактична поведінка державного виконавця тощо) і процесуальним (відмова від вчинення певної виконавчої дії, порушення клопотання про відвід, порушення встановлених законом правил здійснення виконавчих дій тощо) [18, с.14].

Оскарження службових порушень має здійснюватись на підставі ст.ст.5, 11, 13 Закону України "Про державну виконавчу службу" від 24 березня 1998 року № 202/98-ВР [3] (далі – ЗУ про ДВС) начальнику відповідного відділу Державної виконавчої служби або начальнику відповідного управління юстиції і має кваліфікуватись як порушення трудової дисципліни. За це державні виконавці несуть дисциплінарну відповідальність.

Оскарження процесуальних порушень державного виконавця здійснюється відповідно до ст.ст.11, 13 ЗУ про ДВС, ст.85 та інших вищевказаних статей ЗУ про виконавче провадження, що визначають порядок вчинення певних дій у виконавчому провадженні, відповідно до ст.121-2 ГПК начальнику відповідного відділу Державної виконавчої служби або до суду.

У разі вчинення державним виконавцем під час виконання службових обов'язків діяння, що має ознаки злочину чи адміністративного правопорушення, він підлягає кримінальній чи адміністративній відповідальності у порядку, встановленому законом. Шкода, заподіяна державним виконавцем фізичним чи юридичним особам під час виконання рішення, підлягає відшкодуванню у порядку, передбаченому законом, за рахунок держави (ст.11 ЗУ про ДВС), тобто у порядку, передбаченому цивільним законодавством.

Таким чином, принцип гарантованості прав юридичних осіб і громадян має надзвичайно важливе значення для виконання рішень господарських судів і забезпечує своєчасність, повноту і неупередженість їх виконання.

Отже, загальні принципи виконання рішень господарських судів виявляють специфіку виконання зазначених рішень, є складовою цілісної системи принципів виконавчого провадження та додатковим критерієм для виділення норм, що регулюють виконавче провадження, в самостійну галузь права. Ці принципи закріплені у правових нормах і є основоположними, керівними началами при виконанні рішень господарських судів. Всі вони тісно пов'язані між собою і становлять цілісну систему, в якій кожен окремий принцип підкреслює особливість і своєрідність процесу виконання рішень господарських судів.

1. Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 6. – Ст.56. 2. Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст.141. 3. Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 36 – 37. – Ст.243. 4. Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 24. – Ст.207. 5. Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 10. – Ст.77. 6. Офіційний вісник України. – 1998. – № 2. – Ст. 50. 7. Офіційний вісник України. – 1999. – № 29. – С. 224. 8. Офіційний вісник України. – 1999. – № 44. – С. 312. 9. Офіційний вісник України. – 1999. – № 51. – С. 102. 10. Офіційний вісник України. – 2000. – № 20. – Ст. 844. 11. Балабин В.И., Левченко Л.В. Действие принципа диспозитивности в исполнительном производстве. // Известия ВУЗов. Правоведение. – 1992. – № 3. 12. Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. – Москва: Госюриздат, 1963. 13. Валеева Р.Х. Органы исполнения судебных решений по советскому гражданскому процессуальному праву. Автореф. дис. …канд. юрид. наук. / Ленинградский ордена Ленина гос. ун-т им. Жданова А.А. – Ленинград, 1961. 14. Гринько Ю.И. Исполнение судебных решений. – Казань: Изд-во Казанского ун-та, 1969. 15. Грицай О.В. Принципы современного исполнительного производства. // Арбитражный и гражданский процесс. – 2002. – № 6. 16. Ємельянова І.І., Нижник А.І., Павлова Л.М. та ін. Законодавство України про виконавче провадження: Науково-практичний коментар. – Київ: Ін Юре, 2002. 17. Заворотько П.П. Процессуальные гарантии исполнения судебных решений. Дис. …докт. юрид. наук. / Киевский ордена Ленина гос. ун-т им. Т.Г. Шевченко. – Киев, 1969. 18. Закон Украины "Об исполнительном производстве": Научно-практический комментарий. Изд. 2-е, испр. и доп. / (Тертышников В.И., Тертышников Р.В.). – Харьков: Консум, 2002. 19. Керимов Д.А., Петров В.С., Шейндлин В.В. Основные принципы советского права. / Сорок лет советского права. 1917-1957. В 2-х т. – Т. II. – Ленинград: Изд-во Ленинградского ун-та, 1957. 20. Киричко В. Права и обязанности сторон исполнительного производства. // Человек. Закон. Общество. – 2001. – № 5-6. 21. Семенов В.М. Принципы советского гражданского процессуального права. Автореф. дис. …докт. юрид. наук. – Свердловск, 1965. 22. Советский гражданский процесс. / Под ред. Гурвича М.А. – Москва: Высшая школа, 1975. 23. Фурса С.Я., Щербак С.В. Виконавче провадження в Україні: Навчальний посібник. – Київ: Атіка, 2002. 24. Фурса С., Щербак С. Принципи організації та діяльності державної виконавчої служби. // Підприємництво, господарство і право. – 2001. – № 8. 25. Чечина Н.А. Принципы советского гражданского процессуального права и их нормативное закрепление. // Известия ВУЗов. Правоведение. – 1960. – № 3. 26. Штефан М.Й., Омельченко М.П., Штефан С.М. Виконання судових рішень. Навчальний посібник. – Київ: Юрінком Інтер, 2001.

Надійшла до редколегії 22.09.10

В. Шульгін, здобувач

ІСТОРІОГРАФІЯ ТА МЕТОДОЛОГІЯ ДОСЛІДЖЕННЯ ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ВІЙСЬКОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

У статті аналізуються основні етапи розвитку наукової думки з дослідження проблем, пов'язаних з реалізацією військового законодавства України. Основний акцент зроблено на дослідженні розробленості проблематики реалізації військового законодавства України, історичних та сучасних підходів до її розуміння.

Ключові слова: історіографія, військове законодавство України, реалізація військового законодавства України.

В статье анализируются основные этапы развития научной мысли по исследованию проблем, связанных с реализацией военного законодательства Украины. Основной акцент сделан на исследовании разработанности проблематики реализации военного законодательства Украины, исторических и современных подходов к ее пониманию.

Ключевые слова: историография, военное законодательство Украины, реализация военного законодательства Украины.

The article is devoted to analyze the fundamental stages of its development scientific thought on the research problems of realization of military legislation of Ukraine. The main accent is made on the research of the stages of its development, as well as historical and modern approaches to its realization.

Key words: historical descriptions, military legislation of Ukraine, realization of military legislation of Ukraine.

Не зважаючи на значну кількість наукових праць, присвячених загальним проблемам правореалізації, проблемні питання реалізації військового законодавства України ще не були предметом комплексного наукового дослідження. Саме цим і визначається як актуальність так і складність здійснення історіографії та методології досліджень із зазначеної проблематики.

Тому досягнення мети нашого дослідження направлено на вирішення комплексу завдань щодо визначення ступеню розробки проблеми як у працях українських так і іноземних науковців. Причому, як філософів, юристів, істориків, так і представників інших галузей наук (воєнних, педагогічних, державного управління). Основний масив дослідженої джерельної бази охоплює етапи: дорадянського; радянського та пострадянського розвитку наукової думки на українських землях у складі Російської імперії та в Україні, в періоди юридичного закріплення її державності.

На підставі здійсненного аналізу наукової літератури, ми можемо стверджувати, що перші наукові ідеї, пов'язані із проблематикою належної реалізації військового законодавства держави виникли ще в античні часи. Про важливість вирішення проблем, пов'язаних із втіленням в життя військових законів свідчать праці Платона, зокрема, – "Закони" [1, с.689-692] (360-347 р. до н.е.), в якій знаходимо юридичні механізми реалізації законів про військовозобов'язаних, а також порядок застосування військових законів військовими судами. Аристотель у праці "Політика" [2, с.690] (335-322 р. до н.е.) приходить до логічного висновку, що військове законодавство потребує вдосконалення, так як повинно застосовуватися і під час війни і в мирний час. Про наявність

© Шульгін В., 2010

органічного зв'язку між національним законодавством і військом зазначав М. Макіавеллі у праці "Государ" (1513-1515), стверджуючи, що основою влади "…слугують добрі закони і добре військо" [3]. Але вже у XVIII ст. Ш. Монтеск'є переконливо зауважує, що "головне не те, чи добрі закони, а те, як вони застосовуються…" [4, с.318]. Проте, не зважаючи на це, тривалий час спеціальні "теоретико-правові" наукові дослідження з обраної нами проблематики ні за кордоном, ні на українських землях не здійснювалися, а приписи військового законодавства були лише "вкраплені" в акти загального законодавства. У XVII-XVIII ст.ст. норми військового законодавства стали традиційно виокремлювати від норм загального законодавства, що обґрунтовувалося наявністю окремого військового стану, постійного війська, з його особливим положенням та винятковістю функцій у механізмі держави. Це знайшло закріплення в певних особливостях реалізації приписів військового законодавства, які на думку Н.К. Ренненкампфа проявлялися "при особистому затриманні осіб військового стану, у призупиненні приватних процесів щодо них, іноді у способі складання заповітів і у деяких інших випадках" [5, с. 231].

Із середини XIX ст., при систематизації актів військового законодавства шляхом кодифікації, на українських землях у складі Російської імперії з'являються перші: спеціальні теоретико-оглядові розділи з військового законодавства у юридичних енциклопедичних виданнях [6, 363-369]; науково-юридичні дослідження теоретичних проблем військового правосуддя та військового правопорядку [7], а також наукові праці за характером воєнно-юридичних енциклопедій. Але вони лише частково торкалися деяких проблем реалізації приписів окремих підгалузей військового законодавства.

Найважливіше теоретико-методологічне значення для подальшого наукового осмислення проблем реалізації військового законодавства на українських землях у складі Російської імперії, на наш погляд, мала праця австрійського юриста Лоренца фон-Штейна "Вчення про військовий побут як частина науки про державу", що з'явилася з початку у Германії, а з 1873 року була поширена в Російській імперії. Важливим є те, що у передмові до цієї праці був викладений науковий погляд військового юриста, професора А. Ертеля [8, с.13-31], який, окрім визнання воєнного права наукою в системі юридичних наук, обґрунтував його особливу комплексну роль у процесі реалізації військового законодавства (сприяння воєнному мистецтву у застосуванні його правил на полі бою; встановлення межі застосуванню на практиці удосконалень технічного мистецтва та обмеження їх крайньою необхідністю). Заслуговує на увагу його виважена наукова позиція щодо ролі та місця у цьому процесі Воєнної адміністрації, яка не тільки викладає теорію мистецтва приймати рішення в межах, окреслених воєнним правом, а визнається ним як мистецтво застосовувати постанови воєнного права до конкретних випадків та сприяти удосконаленню воєнного права, вказуючи на недоліки та неповноту закону, що обумовлюють незастосування його на практиці.

В подальшому дослідження від практичної військово-адміністративно-судової сфери (діяльність органів військового управління та військових судів), завдячуючи праці професорів А. Ертеля та А.М. Добровольського "Військове право" (1911 р.), поширюються і на її теоретико-правову площину (вивчення військово-правових норм та відносин, що виникають на основі їх застосування).

Окремо слід відзначити монографію М.І. Фалєєва "Цілі військового покарання" (1902 р.) [9], який вперше здійснив порівняльну теоретико-правову характеристику військового покарання, як одного із засобів охорони військового правопорядку при реалізації матеріальних та процесуальних приписів: військово-дисциплінарного, військово-кримінального та військово-пенітенціарного законодавства Російської імперії та провідних європейських держав того часу. Поширенню теоретичних військово-юридичних досліджень у XIX – початку XX ст.ст. на українських землях сприяло видання навчальних посібників з Військової адміністрації (Лобка П.Л.) та Військового законодавства [10], систематизованих збірників військових актів з коментарями [11], які застосовувалися при підготовці майбутніх офіцерів Російської імперії. Але, не зважаючи на виокремлення військового законознавства, наукові дослідження з проблем реалізації військового законодавства у дорадянський період були ще відсутні. Не відбулося позитивних змін у цьому питанні і в радянській Україні. Адже військово-юридичний науковий центр традиційно був зосередженим у Москві, а радянське правознавство тривалий час трактувало виокремлення військового законодавства в особливу галузь здобутком буржуазної юриспруденції [12, с. 142]. Це призупинило на тривалий час цілеспрямовані наукові дослідження проблем військового права (законодавства), та унеможливило їх відносно військового законодавства України періоду збройних визвольних змагань України 1917-1920 рр., як "націоналістичних". В працях воєнно-політичних діячів, представників української діаспори та еміграції радянського періоду: Д. Дорошенка [13], М. Грушевського, В. Винниченка [14], П. Скоропадського, С. Петлюри [15], М. Капустянського, І. Мазепи [16], Л. Шанковського [17], З. Стефаніва [18], І. Крип'якевича, Б. Гнатевича [19] ми знаходимо лише воєнно-історичну та вкраплення історико-правової інформації з теми дослідження.

У "післясталінський" радянський період деяка увага стала приділятися теоретичним проблемам, а зокрема місцю військового права в загальній системі права та визнанню його у якості самостійної комплексної галузі радянського права. Але теорія саме проблем реалізації військового законодавства знову не отримала наукового розвитку. Основною перешкодою вбачається рішення сесії Ради Військово-юридичної академії від 15 квітня 1954 року щодо неспроможності та шкідливості концепції військового права. У результаті чого військово-правові теоретичні дослідження були згорнуті. Але і в цей період слід відзначити праці: Г.Н. Колібаби [20], А.І. Лєпєшкіна, С.І. Сидорова, І.С. Михайлова, І.Ф. Побєжимова [21]., які досліджуючи, хоча і з елементами ідеологічного забарвлення, окремі військово-адміністративні проблеми діяльності органів військового управління, пов'язані із зміцненням у військах єдиноначальності, військової дисципліни, законності, сприяли накопиченню наукових знань для майбутніх теоретико-правових досліджень проблем реалізації військового законодавства. У 60-80 рр. XX ст. напрям військово-юридичних досліджень був скерований на удосконалення практики застосування військово-кримінального законодавства, на прокурорсько-слідчі практично-прикладні аспекти незадовільної реалізації окремих підгалузевих приписів військового законодавства органами військового управління та військової юстиції. Однією із характерних рис досліджень цього періоду була їх політизація. Це ілюструють наукові праці: А.А. Віхрова "Військово-кримінальне право США, його реакційна сутність" (1973 р.), А.М. Соколова "Реакційна сутність військового законодавства ФРГ" (1978 р.), В.П. Серьогіна "Військове право США та його реакційна сутність" (1981 р.). Таким чином, з 1954 року у радянській військово-юридичній науковій школі визначилися два конце-

птуальні підходи при дослідженні теоретичних проблем військового права: у рамках загальної системи права та у рамках визнання концепції військового права як самостійної галузевої воєнно-юридичної науки. Останній підхід, в силу відсутності єдиної наукової позиції, нових обертів набув лише після створення у 1979 році дисертаційної ради за спеціальністю "20.02.03. – Військове право. Військові проблеми міжнародного права". У пострадянський новітній період, російські науковці активно здійснюють науково-теоретичні дослідження проблем військового права (законодавства). Але, як показує аналіз цих праць, проблемні питання реалізації військового законодавства досліджуються лише у зв'язку з висвітленням інших військово-юридичних проблем та під якимось окремим кутом реалізації суб'єктного права, що не може компенсувати відсутності спеціалізованих військово-теоретичних праць.

Після розпаду СРСР, з утворенням суверенної правової держави Україна та її національного війська, активізувався інтерес українських науковців до Збройних Сил України, зокрема до історико-правових проблем їх створення, становлення, реформування та розвитку ефективної системи національного військового законодавства. Важливе історичне, історико-теоретичне, історико-правове, військово-історичне значення у вітчизняній історіографії по темі дослідження мають сучасні праці: Ж.О. Дзейко, М.В. Герасименко, В. Гриневича, С.С. Корольова, І. Крип'якевича, А.В. Лубенець, Міна Ж.В., Б. Монкевича, А.Л. Папікяна, Н.Т. Стукаліної, О.О. Шевченка, Б. Якимова. Серед яких слід відзначити історико-теоретичне – Ж.О. Дзейко "Законодавча техніка в Україні" (2007 р.); військово-історичні дослідження: С.С. Корольова "Соціальний захист військовослужбовців Збройних Сил України (1991-2005 рр.): історичний аспект" (2006 р.), Н.Т. Стукаліної "Запровадження військового права в Західно-Українській Народній республіці" (2004 р.), М.В. Герасименко "Підготовка старшинських кадрів в українських національних державних утвореннях (березень 1917 – листопад 1920 рр.)" (2005 р.), А.В. Лубенця "Творення українського військового флоту в добу Центральної Ради (березень 1917 – квітень 1918 рр.)" (2002 р.), які торкаються окремих проблем становлення, якості та ефективності процесу втілення приписів військового, військово-соціального, військово-освітнього та військово-морського законодавства України в історичній ретроспективі та в сучасний період.

Окремий внесок за проблемою нашого дослідження внесли сучасні вітчизняні науковці деяких неюридичних галузей наук (державного управління, педагогічних, воєнних): В.О. Шамрай, М.М. Пальчук, М.І. Нещадим, які досліджували тенденції розвитку та удосконалення державного управління військовими формуваннями Воєнної організації, процесу будівництва Збройних Сил, системи військової освіти України. Серед цих праць слід відзначити монографію В.О. Шамрая "Державне управління військовими формуваннями Воєнної організації: стан та тенденції розвитку в сучасній Україні" (1999 р.), в якій характеризується система способів забезпечення "правозаконності" у діяльності військових формувань України, як реальний (фактичний) стан суспільних відносин, що є результатом практичного здійснення юридичних норм, через аналіз удосконалення системи сприятливих факторів, реалізацію концепцій моделювання нормативної поведінки та саморегулювання соціальної поведінки військовослужбовців.

Сучасні вітчизняні теоретико-правові дослідження представлені загальнотеоретичними працями: Т. Матвєєвої, М.В. Кравчука, В.А. Довбні [22], Т.О. Подковенко [23], Вовка О.Й. [24, с.339-341], які розглядають окремі теоретичні аспекти реалізації військового законодавства переважно з позицій історико-правого та військово-історичного минулого українських земель, української держави та її війська.

У 1990 році з'являється перше пострадянське комплексне дослідження

Т. Матвєєвої "Строительство вооруженных сил суверенной Украинской Социалистической Республики, декабрь 1917 г. – июнь 1919 г.", яке зберегло ще елементи радянського суб'єктивізму. Особливе теоретико-методологічне значення для осмислення та подальшого дослідження сучасних проблем реалізації військового законодавства України має історико-правове та теоретико-юридичне дослідження М.В. Кравчука "Правові основи будівництва Національних Збройних Сил України в 1914-1993 рр.: (Організація, структура, штати)" [25]. Автор здійснив ґрунтовний порівняльно-правовий аналіз військового законодавства України на етапах її розвитку і до сучасності. Високо оцінивши рівень національної військової законотворчості у перші сучасні пострадянські роки порівняно з попередніми історичними періодами національного військового будівництва, автор прийшов до висновку щодо поступового погіршення ефективності процесу реалізації сучасного військового законодавства України внаслідок відсутності повноцінного механізму реалізації законів та науково-обгрунтованих концептуально-програмних документів щодо військового будівництва. Автор розкрив окремі недоліки актів військового законодавства України, визначив чинники якості правового регулювання у військовій сфері, навів класифікацію передумов ефективності військово-юридичних норм, привернув особливу увагу на необхідність утвердження та реалізації у військовій сфері принципу верховенства права. Успіх військового будівництва ним пов'язується із реалізацією фінансово забезпеченої, закріпленої у бюджетному законі Державної програми реформування Збройних Сил України. Але, погоджуючись із вищезазначеними положеннями, слід визнати дискусійність та алогічність деяких теоретико-правових положень автора. Це, зокрема, стосується авторської характеристики механізму правового регулювання суспільних відносин у військовій сфері, який він не розкриває та ототожнює із державною законотворчістю; а відображення його якості пов'язує виключно із так званими "ефективностями", під якими розуміє цінність, економічність та знову ж ефективність правового регулювання. Не зовсім коректною з точки зору бюджетного закону держави та ієрархічної субординації актів у механізмі реалізації приписів військового законодавства виглядає пропозиція щодо бюджетно-законодавчого закріплення Державної програми реформування Збройних Сил України. Разом з тим, місце та характеристика механізму реалізації військового законодавства у загальній структурі механізму правового регулювання взагалі не визначені та залишені поза увагою науковця.

Окремі сучасні теоретико-прикладні проблеми реалізації військово-соціального, військово-господарського, військово-цивільного, військово-адміністративного, військово-дисциплінарного, військово-кримінального, військово-службового, військово-судового законодавства України побічно опрацьовані у рамках загальних різногалузевих юридичних наук у працях українських військових юристів: В.М. Александрова, В.П. Базова, В.В. Бондарєва, В.О. Бугаєва, Є.І. Григоренка [26], С.І. Дячука, О.О. Зархіна, М.М. Карпенка, В.Й. Кіселя, І.Ф. Коржа, І.М. Коропатніка, В.О. Паламарчука, В.Й. Пашинського, О.С. Ткачука, М.С. Туркота, С.С. Тюріна, В.П. Шевченка [27].

Серед праць, присвячених теорії військово-кримінального права та процесу, слід відзначити комплексне монографічне дослідження в С.І. Дячука "Юридична природа виконання наказу; кримінально-правова оцінка діяння особи, що віддала чи виконала протиправний наказ" (2000 р.), який запропонував критерії кримінально-правової оцінки діянь особи, що віддала чи виконала наказ, зокрема меж покори отриманому наказу та відповідальності за виконання злочинного наказу в умовах військової служби та військово-суддівського правозастосування. Позитивно оцінюючи результати дослідження щодо розмежування наказів на законні, правомірні, протиправні, злочинні та явно злочинні, на наш погляд, залишається спірною авторська концепція ступеня обов'язковості їх виконання та виконання обов'язкового наказу.

Серед різногалузевих юридичних досліджень, присвячених проблематиці військово-службових відносин, належить відзначити працю І.Ф. Коржа "Військова служба в Україні: вступ, просування, припинення" [28], який проаналізував окремі теоретико-прикладні проблеми реалізації та розвитку законодавства, що регулює військово-службові (адміністративно-правові) відносини, пов'язані із проходженням військової служби в Україні. Заслуговують на увагу виважені пропозиції автора щодо: удосконалення переліку юридичних підстав та механізму реалізації звільнення з військової служби, юридичної відповідальності військовослужбовців; удосконалення інституту військової служби в контексті реалізації загальної Концепції реформування державної служби; необхідності законодавчого закріплення системи правових гарантій військово-службової діяльності, засобів та способів забезпечення реалізації та захисту прав і свобод військовослужбовців. Але, безумовно, дослідженням реалізації тільки військово-службових адміністративних правовідносин не може охопити весь спектр проблем реалізації військового законодавства України, як комплексної галузі.

Це певній мірі доповнює праця В.Й. Пашинського "Конституційно-правовий статус військовослужбовців в Україні" [29], в якій, зокрема, досліджено сучасну систему державно-правових гарантій (нормативних і організаційних), їх поняття, зміст, класифікацію та ефективність у механізмі реалізації конституційних прав і свобод (соціального захисту) військовослужбовців в Україні. Але, на наш погляд, потребує доопрацювання класифікація правових гарантій, зокрема юридичних та організаційних, які не завжди є правовими та державними (військово-суб'єктні обов'язки, військово-правові звичаї, традиції, ритуали, суди офіцерської честі, громадські Ради тощо). Пропозиції автора по удосконаленню механізмів реалізації військово-соціального законодавства України є виважені, але обмежені лише використанням конституційних прав військовослужбовців. Деякі мають популістський, а в окремих випадках нелегітимний характер (щодо законодавчого впровадження у війську інституту капеланів; визначення рівня грошового забезпечення військовослужбовців законодавчим актом). Залишено поза увагою проблематика механізму гарантованого використання конституційних прав і свобод військовослужбовцями поза правовідносинами.

Вітчизняні дослідження у рамках наукової спеціальності "20.02.03. – Військове право; військові аспекти міжнародного права", в наслідок її вилучення рішенням Голови ВАК України від 28 листопада 2000 року, представлені виключно працями науковців Академії Прикордонних військ України дворічного періоду (1998-2000 р.), зокрема: В.В. Чумака "Законодавче регулювання підстав дисциплінарної відповідальності військовослужбовців (науково-теоретичний та прикладний аспекти)" (1998 р.), С.Д. Русу "Захист прав військовослужбовців у зобов'язаннях, що виникають внаслідок заподіяння шкоди джерелом підвищеної небезпеки" (1998 р.), М.В. Макухіної "Контракт про проходження військової служби громадянами України" (1999 р.), Ю.В. Білоусова "Судове провадження у справах за скаргами військовослужбовців на неправомірні дії і рішення органів військового управління та військових посадових осіб" (1999 р.). Але спеціальних розробок з теорії військового права праці не містять, торкаються побічно лише прикладних аспектів деліктних зобов'язань військовослужбовців та реалізації деяких приписів військового законодавства України, пов'язаних із проходженням військової служби за контрактом, суб'єктивними правами військовослужбовців на судовий захист від неправомірних військово-управлінських діянь. В результаті вищезазначеного, з початку XXI ст. вітчизняні наукові розвідки щодо проблем теорії військового законодавства та військового права України не набули спеціалізованого наукового виокремлення. І представлені на сьогодні лише працями: М.М. Прохоренка "Система військового законодавства України" [30] та П.П. Богуцького "Військове право у системі права України" [31]. Ці праці присвячені вирішенню найважливіших доктринально-концептуальних теоретико-правових проблем обгрунтування системи військового законодавства України та визнання військового права в системі права України. Але, логічні після цього, спеціальні теоретико-правові дослідження процесів та механізмів реалізації сучасного військового законодавства України відсутні. За 18 років існування Збройних Сил України національної військово-юридичної наукової школи так і не створено. Лише 24.12.2009 року вперше було проведено науково-практичну конференцію військових юристів України, присвячену актуальним проблемам розвитку військового права України [32].

Таким чином, можливо цілком обґрунтовано констатувати, що спеціальних цілеспрямованих системних наукових досліджень з проблем теорії процесу реалізації військового законодавства України ні зарубіжними, ні вітчизняними науковцями ще не проводилося. Нагальна необхідність проведення подальших військово-правових теоретичних досліджень проблем процесу реалізації військового законодавства України, як суверенної держави, є незаперечною і конче важливою науковою справою.

1. Платон. Государство. Законы. Политик / Предисл. Е. И. Темнова. – М.: Мысль, 1998. – 798 с. 2. Аристотель. Соч.: В 4-х т. Т. 4 / Пер. с древнегр.; Общ. ред. А. И. Доватура. – М.: Мысль, 1983. – 830 с. 3. Макиавелли Н. Государь. М.: Планета, 1990. – 79 с. 4. Монтескье Ш.Л. О духе законов. Избранные произведения. – М.: Госполитиздат, 1955. – 799 с. 5. Ренненкампф Н.К. Юридическая энциклопедия. // Изд. 2-е, испр. – К.: б/м изд., 1898. – 295 с. 6. Рождественский Н. Энциклопедия законоведения. – С.-Пб.: Тип. Э. Праца, 1863. – 696 с. 7. Соболевский В.А. Правосудие и правовой порядок в войсках: Юридическое исследование. – С.-Пб.: Тип. т-ва "Обществ. польза", 1882. – 626 с. 8. Эртель А. Предисловие к книге Л. Фон Штейна "Учение о военном быте, как часть науки о государстве". – С.-Пб., 1873. – 31 с. 9. Фалеев Н.И. Цели воинского наказания: Диссертация на соискание звания экстраординарного профессора по Кафедре военно-уголовных законов в Александровской военно-юридической академии. – С.-Пб.: Тип "В.С. Балашев и Ко", 1902. – 525 с. 10. Михайлов М.М. Военные законы. Курс для руководства в военно-учебных заведениях. Вып. 1-5. – С.-Пб., 1863. – 379 с. 11. Наумов А.А. Права военнослужащего как воина и как гражданина (сборник законоположений). – СПб., 1897. – 325 с. 12. Ливчак Б. Ф. Военное устройство и наука истории государства и права // Правоведение. – 1966. – № 2. – С. 140-142. 13. Дорошенко Д. Історія України 1917-1923 рр.: В 2 т. – Ужгород: Накладом Осипа Цюпки, 1930. – Т. 2. Українська Гетьманська Держава. – 424 с. 14. Винниченко В. Відродження нації. У 3 ч. – Київ-Відень, 1920. – 542 с. 15. Статути Армії Української Народної Республіки / Передмова Симона Петлюри. – Б.М.: Вид-во Головного управління Генштабу, 1919. – 410 с. 16. Мазепа І. Україна в огні й бурі революції 1917-1921 рр.: У 2 т. – Прага: Пробоєм, 1942. – Т.1.

Центральна Рада – Гетьманщина, Директорія. – 212 с.; Т.2. Кам'янецька доба – Зимовий похід. – 232 с. 17. Шанковський Л. Українська Армія в боротьбі за державність. – Мюнхен: Дніпрова хвиля, 1958. – 317 с. 18. Стефанів З. Українські збройні сили 1917-1921 рр.: У 2 ч. – Мюнхен: Укр. комбатант, 1947. – Ч.1. Доба Центральної Ради й Гетьманату. – 118 с. 19. Крип'якевич І., Гнатевич Б. Історія Українського Війська. – Львів: Вид-во Ів.Тиктора, 1936. – 568 с. 20. Колибаба Г.Н. Правовые основы советской военной службы: Дисс. … канд. юр. наук / ВЮА. – М., 1955. – 402 с. 21. Побежимов И.Ф. Единоначалие, воинская дисциплина и законность в Советской Армии (опыт правового исследования): Дис. … докт. юрид. наук. / Военно-юридическая академия Советской Армии. Кафедра административного права и военной администрации. – М., 1955. – 633 с. 22. Довбня В.А. Організаційно-правові засади діяльності військового формування Січових Стрільців у визвольних змаганнях в Україні у 1917-1920 років: Дис. … канд. юрид. наук: 12.00.01 / Національна академія внутрішніх справ України. – К., 2003. – 233 с. 23. Подковенко Т.О. Становлення системи законодавства України в 1917-1920 роках (Українська Центральна Рада, Гетьманат П. Скоропадського, Директорія УНР). – Дис. … канд. юрид. наук: 12.00.01 / Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – К., 2004. – 228 с. 24. Вовк О.Й. Становлення військового права у Великому Князівстві Литовському (кінець XV – початок XVI ст.) // Тези доповідей III Міжнародної науково-практичної конференції "Військова освіта та наука: сьогодення та майбутнє" (11-13.10.2007 року). – К.: Військовий інститут Київського національного університету імені Тараса Шевченка, 2007. – 451 с. 25. Кравчук М.В. Правові основи будівництва Національних Збройних Сил України в 1914-1993 рр.: (Організація, структура, штати): Історико-правове дослідження. – Івано-Франківськ: Вид. "Плай", 1997. – 292 с. 26. Григоренко Є.І. Конституційні засади проходження військової служби громадянами України: проблеми теорії та практики: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2009. – 213 с. 27. Шевченко Валентин Павлович. Конституційно-правові основи військового правосуддя в Україні: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / Інститут законодавства Верховної Ради України. – К., 2002. – 175 с. 28. Корж І.Ф. Військова служба в Україні: вступ, просування, припинення: Дис. … канд. юрид. наук: 12.00.07. / Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. – К., 2005. – 222 с. 29. Пашинський В.Й. Конституційно-правовий статус військовослужбовців в Україні: Дис. … канд. юрид. наук: 12.00.02. / Київський національний університет внутрішніх справ. – К., 2007. – С. 205 с. 30. Прохоренко М.М. Система військового законодавства України: Дис. … канд. юрид. наук: 12.00.01. / Харківський національний університет внутрішніх справ. – Х., 2007. – 218 с. 31. Богуцький П.П. Військове право у системі права України: Дис. … канд.. юрид. наук: 12.00.01. / Одеська національна юридична академія. – Одеса, 2009. – 196 с. 32. Збірка наукових доповідей за матеріалами науково-практичної конференції "Актуальні проблеми розвитку військового права, удосконалення законодавства з правового та соціального захисту військовослужбовців та членів їх сімей". – К.: ВІКНУ, 2009. – 184 с.

Надійшла до редколегії 23.09.10

Н. Толкачова, канд. філол. наук

ЗВИЧАЄВЕ ПРАВО УКРАЇНИ: ОСОБЛИВОСТІ РОЗВИТКУ

Показано особливості українського права як самобутньої, самодостатньої та оригінальної правової системи, яка хоч і зазнала своєрідних впливів, проте еволюціонувала за внутрішніми закономірностями. Звичаєве право репрезентується як регулятор поведінки людей через повсякденне життя людей і через усі історичні форми життєдіяльності (сім'я, етнічні і соціальні групи, держава).

Ключові слова: звичаєве право, правова система.

Наводятся особенности украинского права как самобытной, самодостаточной и оригинальной правовой системы, которая, хотя и терпела своеобразное влияние, но вместе с тем эволюционировала по внутренним закономірностям. Обычное право репрезентуется как регулятор поведения людей через повседневную жизнь людей и через все исторические формы жизнедеятельности (сім'я, этнические и социальные группы, государство).

Ключевые слова: обычное право, правовая система.

The peculiarities of Ukrainian law as the original all-sufficient legal system though had been influenced, nevertheless evolved according to the internal mechanism of development, are described in the work. The customary law is represented as regulator of people behavior through the ordinary life as well as all historical forms of human activity (family, ethnical and social groups, state).

Key words: customary law, legal system.

Упродовж багатьох віків провідну роль у правовій системі України відігравали санкціоновані державою та обов'язкові для населення давні звичаї. У своїй сукупності вони створювали звичаєве право, яке регулювало більшість суспільних відносин у ранньому феодальному суспільстві. Звичаєве право охоплювало систему історично напрацьованих й прийнятих суспільством норм і уявлень про поведінку та взаємовідносини людей в різних сферах життя. Основним джерелом його формування були народні юридичні звичаї – "звичаї пращурів", бережливе і поважне ставлення до яких український народ проніс через усю свою історію. В Україні до звичаєвого права ставилися особливо шанобливо. "Немає краю без свого звичаю. Звичай – це другий закон", – стверджує давнє українське прислів'я. Звичаєве право вважалося "давниною", "справді народним правом" і традиційно протиставлялося "новині", законодавству, нав'язаному значною мірою іноземними володарями.

Звернення до проблематики звичаєвого права обумовлено необхідністю вивчення витоків формування українського права, з'ясування впливів на його розвиток та місце в сучасній правовій системі України. Уявляється, що українське право є не просто самодостатньою правовою системою, а й розвиненою, самобутньою та оригінальною системою, яка, хоча й зазнала своєрідних впливів (як і будь-яка інша правова система), проте його еволюція обумовлена внутрішніми закономірностями та засадовими принципами. Необхідність дослідження звичаєвого права зумовлюється й тим, що в цій сфері знаходять своє відображення важливі питання культурного, соціально-економічного і політичного розвитку суспільства, адже як регулятор поведінки людей, звичаєве право репрезентується і через повсякденне життя людей, і через усі історичні форми життєдіяльності (сім'я, етнічні та соціальні групи, держава).

Поняття "звичаєве право" з'явилося і утвердилося в наукових працях представників Історичної школи права на початку XIX ст. і пов'язувалося з особливою увагою до народного звичаю, його важливою роллю як джерела права. Це була нова, прогресивна на той час тенденція в юридичній науці, що виникла як опозиція до попередньої наукової традиції возвеличення ролі закону, його ототожнення з правом, вирішального впливу римського права та інше. Відтоді, попри разючі відмінності в оцінці ролі звичаю в правовій практиці народів, термін глибоко укорінився в юридичну науку.

В українській науці поняття "звичаєве право" пов'язується передусім з іменами П. Чубинського, О. Єфименка, О. Кістяківського а також з активною діяльністю "Комісії для виучування звичаєвого права Всеукраїнської Академії наук" і "Комісії з історії західно-руського права Всеукраїнської Академії наук", які діяли протягом 1918-1933 років та дали змогу зібрати, записати й проаналізувати правові звичаї українського народу, порівняти їх зі звичаєвим правом інших країн і на цій підставі зробити висновок про високий рівень правової культури наших пращурів. У радянський час звичаєво-правова наукова традиція не була надто популярним об'єктом дослідження ні етнографів, ні юристів, про що свідчить незначна кількість присвячених їй опублікованих праць. З настанням незалежності пожвавився інтерес до проблеми, однак тривала відсутність систематичних дослі-

© Толкачова Н., 2010

джень далася взнаки: по-перше, у розумінні цього питання виявляються застарілі підходи XIX – початку XX ст., по-друге, немає узгодженості в розумінні і трактуванні звичаєво-правової традиції у представників різних галузей знань – історії права, теорії права, етнографії, соціології права, соціальної антропології, соціальної історії. Існують принципові розбіжності у трактуванні поняття "звичаєве право", зокрема викладені у статті Марини Гримич "Дискусійні аспекти трактування терміна "звичаєве право" [2, с. 4-9]. Автор статті розглядає два основних типи визначень звичаєвого права з огляду на зв'язок звичаєвого права з державою. З однієї сторони, звичаєве право – це сукупність історично вироблених і прийнятих суспільством неписаних норм, правил поведінки і взаємовідносин людей у різних галузях виробничого, громадського і сімейного життя. З виникненням держави правлячі кола пристосовували звичаєве право до конкретних економічних і політичних умов, але визнавали тільки ті звичаї, які не суперечили інтересам і волі пануючих кіл феодальної держави. Розповсюдженим способом санкціонування норм звичаєвого права з боку держави був вибірковий метод дозволу або заборони керуватися при вирішенні різних справ тим чи іншим звичаєм. Подібне бачення звичаєвого права мають й інші, зокрема українські, етнографи; воно зустрічається у працях культурологів. Таку думку висловлювали, до речі, і юристи в XIX ст. З іншого боку, звичаєве право – це система санкціонованих державою звичаїв правових, які є джерелом права у певній державі, місцевості або для певної етнічної чи соціальної групи. Утворюється звичаєве право шляхом постійного дотримання упродовж тривалого періоду звичаїв нормативного характеру, відображає правову культуру і правову свідомість народу, а водночас й інтереси панівних верств суспільства. Подібну думку висловлюють і дослідники нормативної етнографії. Як бачимо, принципова відмінність полягає у таких аспектах: писані чи неписані закони, санкціоновані державою чи несанкціоновані, чи принципове розрізнення звичаю і правового звичаю. Обидві сторони до певної міри, звичайно, мають рацію.

Висхідною позицією при з'ясуванні природи звичаєвого права є наступна теза "де суспільство там і право". Цим виключається детермінуюче значення держави в процесі зародження права. Історично звичаєве право складалось в процесі довгого і одноманітного дотримання певних норм і правил, які втілювали в собі правові уявлення, що переважали в суспільстві. Саме регулярність перетворювала неписані норми поведінки в реально діюче право, яке регламентувало широке коло відносин – сімейних, майнових, адміністративних тощо. З цієї точки зору звичаєве право як систему обов'язкових дій і юридичних уявлень народу слід відрізняти від простих традицій і звичаїв, що зберігаються, наприклад, у формі обрядів. Звичаєве право – це результат природного розвитку права, що виникло в силу об'єктивної необхідності. На ранніх етапах розвитку суспільства право зароджувалось у формі неписаних звичаєвих правил. Оберігачами його являлись старійшини соціальних груп, найбільш поважні люди. По мірі розвитку суспільства звичаєве право поступово перетворюється у право позитивне, державне. Одночасно проявляються такі недоліки звичаєвого права як відсутність системності, обмеженість дії, окремий, приватний характер, консерватизм, відсутність юридичної техніки, неможливість внесення змін та доповнень тощо.

Історія права України починається з усних пам'яток (правових норм, незафіксованих у офіційних документах) подібно до того, як історія літератури починається з усної народної творчості. Знаний фахівець з історії українського права П.П. Чубинський писав: "під історією джерел права розуміємо історію пам'яток, з яких ми пізнаємо право, а тому, що право в тім часі складається із закону і звичаю, то під історією джерел права розуміємо історію пам'яток, закону і звичаєвого права" [14, с. 11]. Неписаний характер звичаєвого права зумовив те, що кількість джерел давнього права є досить невеликою, це літописи, договори, устави, уроки, словесні формули – прислів'я, приказки, пам'ятки права як то "Руська Правда" тощо.

Найбільш поширеним підходом періодизації історії українського права є виділення певних етапів відповідно до розвитку державності: право Княжої доби України-Руси (IX – XIV століття), право Великого Князівства Литовського (XIV – XVI століття), перебування українських земель у складі Польщі (1569-1648 роки), доба Гетьманської України (1648-1781 роки), перебування українських земель у складі Росії й Австрії (з кінця XVIII ст. до 1917 р.), право періоду відновлення української державності (1917 – 1920 роки) та право радянського періоду. Безспірно ця хронологія розвитку українського права відповідає певним етапам історії українського народу, пов'язаним із існуванням чи відсутністю української державності. Проте, не можна не погодитись з думкою українського правознавця та громадського діяча Р.М. Лащенко, який писав, що "поділ історії українського права на відповідні періоди, безумовно, штучний: правна еволюція народу занадто складна річ, щоб її можна було "ділити" на якісь періоди" [8, с. 32]. Знаний історик українського права М.Д. Чубатий дотримується аналогічного підходу при характеристиці джерел та українського державного права [13]. Український правознавець, співробітник Комісії для виучування історії західноруського і українського права ВУАН Л.О. Окіншевич [10] пропонує наступну періодизацію українського права: право феодальної епохи (X – XV ст.), право станової держави (XVI – середина XIX ст.) та право модерної держави. Уявляється, що періодизація, дана Л. Окіншевичем, відбиває існування найбільш характерних рис та закономірностей розвитку саме звичаєвого права, основні зміни в розвитку якого залежали не стільки від розвитку державності, скільки обумовлювалися генезисом суспільних відносин. Природа, властивості та риси, що були властиві звичаєвому праву доби Литовської зберігаються у звичаєвому праві Гетьманської доби, різняться ж вони за змістом, оскільки з'явились нові відносини, і вони вимагали свого правового регулювання, наприклад, порядок ведення військових дій, нові види злочинів, пов'язані з козацьким рухом, вплив церковного права на шлюбні відносини тощо.

Звичаєве право сягає своїм корінням у часи формування звичаєво-правових норм в суспільстві східних слов'ян VI – IX століть. Внутрішнє життя східнослов'янських племен визначали звичаї нормативного характеру. В антів та склавинів вони регламентували їх життя в "народоправстві". За висловом М.Ф. Владимирського-Буданова "історія застає східних слов'ян у час панування у них звичаєвого права" [5, с. 199]. Відносини між окремими племенами і союзами племен унормовували правові звичаї усного характеру. До них належали недоторканність представників іншої сторони під час переговорів, вірність даній угоді, присяга як гарант дотримання домовленості. Міжплемінні відносини регулювались звичаєвими нормами "міжнародного" характеру: порядок викупу полонених, гостинність щодо чужинців, особиста відповідальність за безпеку того, хто приймав гостя, тощо.

З утвердженням військової демократії в суспільній організації антів продовжував діяти традиційний інсти-

тут управління – народні збори, рада старійшин, жерці, племінні вожді. Однак в результаті постійної воєнної активності і збагачення під час походів зростає значення військового вождя, пізніше – князя, навколо якого групується дружина. З появою князя формується інститут одноособової спадкової влади і дружини, а народні збори, як звичаєвий правовий інститут самоуправління, поступається місцем сходці озброєних воїнів. До виділення в окрему соціальну групу князя і його оточення, військові вожді й старійшини племен мирно співіснували в рамках племінного союзу і ділили між собою ідеологічну та судову функції. А вожді племінних союзів виконували переважно військову функцію. У мирний час внутрішнє життя східнослов'янських племен значною мірою було підпорядковане землеробським звичаям, які базувались на календарному циклі сільськогосподарських робіт. Вони визначали початок посівних робіт, обробку полів, жнива, їх строки, язичеські свята тощо.

В період існування східнослов'янських племінних союзів звичаєве право являло собою сукупність норм, що являлись не законодавчими актами, а традиційними звичаями, що санкціонувались з "мовчазної згоди" князівської влади. Більше того, сама князівська влада підпорядковувалась звичаєвим нормам. У праві того часу юридичні норми ще не повністю відокремились від релігійних уявлень і символічних ритуалів, моральних максим (чесність, справедливість). Ці моральні принципи зберігались і пізніше, про що свідчать багато прислів'їв: "Правда давніша між нами", "Правда світліша сонця", "Велике діло – гроші, а ще більше – правда".

Переломним етапом еволюції суспільно-політичних і правових відносин серед східних слов'ян стало VII ст. У цей час зникає з письмових джерел назва "анти", натомість все частіше згадується про слов'ян, організаційною формою яких був родовий союз, званий задругою. Звичаї нормативного характеру узгоджуються з інтересами нових суспільних та етнічних груп. У VII – VIII ст.ст. активізується процес відчуження князівської влади – князь стає монархом у племені, що обумовлює його діяльність та основні засади політики. Князівська влада також підпорядковується звичаєвим нормам середньовічного права.

Доба Київської Русі привертає особливу увагу при дослідженні звичаєвої культури, оскільки це були часи існування власної держави, основні закономірності правового розвитку якої визначили й подальшу долю української правової традиції попри усілякі впливи та негаразди, і саме з цією добою слід ідентифікувати себе сучасній Україні, як слушно зазначив професор М.І. Козюбра [7, с. 12].

В період становлення Київської Русі на правовідносини в середовищі східних слов'ян значний вплив справили нові соціально-економічні явища. На думку А. Яковліва, у праві Київської Русі можна побачити "звільнення індивіду від опіки суспільних зв'язків", індивідуальна діяльність якого в "значній мірі відбилася на нормах цивільного права" [16, с. 3]. Дійсно, наділення окремого індивіда здатністю самостійно (без посередництва сім'ї чи общини) та від власного імені виступати суб'єктом правовідносин (як публічно-правового так і приватно-правового характеру), може свідчити про ускладнення суспільних відносин, а відтак – і про існування досить розвиненої системи правових норм, покликаних ці відносини впорядковувати.

У хронологічних визначеннях початку держави серед дослідників виникають розбіжності. Більшість вчених, як минулого так і сучасних, відлік історичного розвитку Руської держави починають від перших київських князів, посилаючись на "Повість временних лет". Вважається, що ранньофеодальна держава Київська Русь формувалася з IX до початку XII ст. Інші енциклопедичні джерела час виникнення держави, що охоплювала територію від Балтики до Чорного моря і від Закарпаття до Волго-Окського міжріччя, визначають рубіж VIII та IX ст. Академік Грушевський М.С. називав VII – IX ст. епохою початку державної організації слов'янських, у тому числі й українських, племен і ця організація у вченого мала назву – Київська держава, а юридичними кодексами цієї держави він вважав стародавні пам'ятки – "Руську Правду" у трьох редакціях, які скоріше фіксували звичаєві норми, ніж творили нові. Розбіжності переважно стосуються часу виникнення держави. Спорів щодо характеристики цього утворення не виникає. Дане утворення, як правило, визнається ранньофеодальною державою на чолі з єдиновладним монархом – Великим київським князем – з усіма властивими рисами та інститутами військової демократії. Особливість феодальної економіки полягає в поєднанні власності феодала (феодальної держави) на землю з господарюванням селянина на дрібній земельній ділянці, переданій йому в користування. Всі ці ознаки феодалізму були притаманні феодальній державі – Київській Русі. Винятковою ознакою Русі, як феодальної держави, була сільська територіальна община, яка мала назви "верв", "мир", "люди" і "село". Економічне значення верві полягало в общинному володінні частиною угідь – лісами, випасами, водоймами тощо.

Усі наглядові функції за "законністю" покладалися не тільки на Великого князя, а й на громаду тієї чи іншої землі у вигляді віча. Повноваження усіх посадових осіб, у тому числі й Великого князя, здійснювалися за звичаями, тобто "правдою батьків". Характер влади був змішаний, приватно-публічний. Влада князя була державною, але не суверенною, зокрема юрисдикційні повноваження у судочинстві він ділив із церковними установами. До того ж на чолі кожного уділу і кожної княжої волості стояв князь-монарх, що визнавав себе залежним від старшого князя. В державній владі князя перепліталися елементи як публічної так і приватної влади. Князівська публічна влада як володаря землі не відокремлювалась від влади володільця своїх дворів, тобто від приватного володіння. Державні податки та доходи з дворів князя йшли до однієї княжої казни, з якої й видатки покривалися як на приватні цілі так і державні публічні. Одні й ті ж люди були одночасно й державними урядовцями й приватними слугами монарха.

Із захопленням Києва князем Олегом починається етап стабільного співіснування князівської влади і звичаєвого права в умовах активного окняжіння територій. Перші зразки князівської правотворчості "устави" й "уроки" узгоджувались із звичаєвим правом і діяли на основі усної звичаєвої домовленості між князем і племінною верхівкою. Звичаєве право покладено в основу нововведень княгині Ольги у галузі регламентації данницьких відносин між київським князем і князями інших племен, однак в цей час стає наявним зародження елементів державного права.

Перші дослідники давньоруського права відмічали вплив на руське право скандинавського (норманського) чи германського права. Цей вплив розглядався ними як природний наслідок приходу варягів, або давніми зв'язками між руськими і германцями. Той факт, що варязькі дружини принесли на Русь нову військову організацію і передали слов'янам свій досвід ведення війни на морі й суходолі, не викликає заперечень. Однак питання про те, наскільки глибоким був вплив варягів поза військовою сферою, в тому числі й правовій, досі залишається спірним. В підручнику "Історія держави і права України"

[5, с. 46], виданому нещодавно, мова йде про неонорманізм, як відродження норманської теорії походження Київської Русі у деяких зарубіжних країнах.

Ідея значного (або ж визначального) впливу варягів на становлення й розвиток давньоруської держави й давньоруського права обстоювалася прихильниками так званої норманської теорії, що постала ще у XVIII ст. Створена німецькими вченими (дисертація Г.Ф. Міллєра "Походження імені народу російського" та його учні й послідовники), ця теорія була сприйнята й деякими російськими істориками (М.М. Карамзин, Ф.Л. Морошкін, К.Д. Кавелін), в тому числі й істориками-юристами (М.П. Погодін). Загальне висхідне положення норманської теорії, що зводилося, по суті, до тези про запровадження чи насадження варягами власних державних і правових інститутів серед підвладного слов'янського населення, при дослідженні давньоруського права втілилося в ідеї повного (чи майже повного) запозичення східними слов'янами скандинавських правових норм та інститутів. Слід зазначити, що серед представників норманської теорії не було абсолютної єдності в поглядах на становлення давньоруського права й характер запозичення норм скандинавського і германського права. Всебічно вивчав цю проблематику й виклав на початку XX ст. у своїй праці "Норманська теорія в історії російського права" Ф.В. Тарановський.

Так, відомий історик М.М. Карамзин [6, с. 43] відмічав, що до приходу варягів древляни мали "обычаи дикие, подобно зверям", радимичі і в'ятичі "обитали во глубине веков". Аналізуючи "Руську правду", Карамзін неоднократно підкреслював, що "росияне получили свои гражданские уставы от скандинавов", що варяги "принесли с собою общие гражданские законы в Россию". Відмічаючи схожість норм Руської правди з германськими і скандинавськими законами, автор вважав, що слова "тивун", "віра" і деякі інші, що містяться в "Руській правді", скандинавського та німецького походження.

Звичайно, не можна не врахувати ту роль, яку зіграли нормани в організації Київської держави та розвитку права. Однак сам прихід варягів і захоплення ними політичної влади ще не передбачає докорінної зміни правової системи і витіснення місцевого права привнесеним. Навіть якщо допустити, що норми іноземного походження були більш досконалішими за місцеві, вони не могли сприйматися цілком і беззаперечно та порушити внутрішні закономірності розвитку державно-правових явищ. Взаємовплив скандинавського права й руського полягав не у запозиченні норм, а у взаємодіях, у використанні термінології, юридичної техніки, окремих правил. Схожість звичаєвих правил поведінки варварських народів обумовлена насамперед впливом дії однакових суспільно-історичних факторів, проте розвиток права не може не відображати власні тенденції генезису суспільних відносин.

Ще більшого впливу на українське право здійснило візантійське право, особливо після налагодження торгівельних відносин, укладання договорів та прийняття християнства на Русі й поширення норм церковного права. Переклад на старослов'янську мову священних та богослужбових книг, здійснений святими рівноапостольними Кирилом та його братом Мефодієм, сприяли рецепції норм канонічного права, що значно вплинуло на звичаєві норми, формування яких здійснювалось у суспільстві з язическими віруваннями. За висловом М.Ф. Владимирського-Буданова, прийняття християнства спричинило "справжній переворот в усіх сферах правового життя". Вплив візантійського права став необхідним й неминучим. Однак слід зауважити, що переворот цей призвів не до заміни в цілому місцевого руського права правом візантійським, а лише до "необхідного засвоєння церковного права і вільної рецепції деяких кодексів візантійського світського права" [1, с. 114]. В той же час, прийняття християнства і формування церковних інститутів стимулювало власну законотворчу діяльність руських князів, які раніше у правовій сфері задовольнялися роллю застосувачів (при відправленні правосуддя) діючого звичаєвого права.

Руське звичаєве право багато в чому суперечило християнській моралі і нормам церковного права: багатоженство, способи і умови здійснення шлюбу, відпущення дружини, наложництво та інше – все потребувало виправлення. З часом майже усі юридичні джерела повністю були приведені у відповідність до принципів християнської моралі, ідеології та норм поведінки. Це вимагало визначення повноважень, привілеїв та імунітетів церковної влади на території держави. Впровадженню візантійських правил сприяло й те, що греки, які прибули на Русь із Візантії, не бажали користувались в особистих і майнових відносинах місцевими звичаями, надаючи перевагу своєму звичному візантійському праву.

Разом з православною вірою, яка зумовила рецепцію візантійського права, Давня Русь прийняла від Візантії й Номоканон (збірка церковних канонів та державних законів). Існуючі джерела дають можливість судити про те, що на той час на слов'янські мови та діалекти були перекладені два корпуса церковних норм: а) Номоканон Іоанна Схоластика [9] і б) Номоканон патріарха Фотія та поширені на Русі у вигляді "Кормчої книги" (назва походить від слова "кормило", "керманич"). Наприкінці IX ст. найбільш відомим став Номоканон патріарха Фотія, в якому паралельно церковним правилам були підібрані статті і коментарії до них із Кодексу і Новел імператора Юстиніана. Переклад Номоканону був зроблений святим Мефодієм, просвітителем слов'ян у IX ст.

Поширення норм візантійсько-цивільного права на Русі здійснювалось духівництвом через посилання на Номоканон та узаконення візантійських імператорів в принагідних випадках для підкріплення власних доводів. На основі цих джерел духівництво прямо чи опосередковано намагається схилити руських князів до зміни установлень і звичаїв давньої Русі, не узгоджених з началами державними, чи з вченням нової релігії і візантійським правом. Воно, наприклад, піклується про знищення розбою установленням смертної кари на підставі "градського закону", забороняє князям віддавати своїх дочок заміж за іновірців, продавати християн, визнає незаконним багатоженство і вступ у четвертий шлюб чи в близьких ступенях родства і без священного обряду вінчання. Прийняття християнства призвело до встановлення християнських форм шлюбу і сприйняття візантійського шлюбного права. Шлюбові передували заручини, які отримували релігійне освячення в особливому обряді. За нормами візантійського права, заручини – це лише перша стадія шлюбу, яка веде до встановлення родинних зв'язків, це звичайний договір, що міг укладатися в письмовій формі. Церква ж вважала шлюб не тільки договором, а й таїнством, однак цей вплив ще довго не сприймався і звичаєві норми тривалий час домінували у шлюбних відносинах. Таким чином через церкву, через посередництво візантійського Номоканону юридичні поняття та інститути римського права проникають в руське законодавство, впливають на нього. Рецепція візантійського права, а разом з тим римського права збагатила українське право новими правовими поняттями й нормами.

Схожість норм давньоруського права і права сусідніх народів можна пояснити не стільки прямим запозиченням іноземних правових норм, а схожістю суспільно-

економічного устрою Русі та інших держав, природною інтеграцією суспільних політичних інститутів, взаємним проникненням культур. Однак можна впевнено говорити про закономірності внутрішнього розвитку руського народу, його культури в тому числі й правової.

Після занепаду Київської держави звичаєве право знову стало єдиним джерелом права на українських землях, що були "під татарами". Період монголо-татарського нашестя характеризується поступовим згортанням общинної демократії, послабленням князівської влади, затуханням вічевої діяльності в містах, а також призначенням руських правителів в Орді. Відтепер глава волості не обирався народом, а визначався ханом, що підтверджувалось виданими в його ставці ярликами. Однак на розвиток права "монголо-татарське іго в силу об'єктивних причин не справило такого впливу, який воно мало на землі Московської держави" [7, с. 12].

"Руська правда" і неписане право, що доповнювало її, зберігали свою силу і після монголо-татарської навали у Галицько-Волинському князівстві та у Великому князівстві Литовському в перший період його правової історії. Воно продовжувало бути чинним в Галицько-Волинській державі, навіть після прилучення її земель до Польщі, аж до кінця XV ст. (доба "руського права"). В склад Литовської держави українські землі увійшли зі своїм звичаєвим правом, "своєю старовиною". Проголосивши принцип "старовини не рушити, новини не заводити", великі литовські князі підтвердили українським землям звичаєве право й сприяли його дальшому розвиткові. Незабаром воно було засвоєне в усій Литовсько-Руській державі. З появою Литовських статутів звичаєве право не втратило свого значення. Перший Литовський статут (1529) прямо вказував, що за умови відсутності законодавчого регулювання слід керуватися звичаями. Дещо негативне ставлення до звичаєвого права було зафіксоване в Другому Литовському статуті (1566), який орієнтувався виключно на писані джерела. Така позиція виявилася нежиттєвою, і в Третьому Литовському статуті (1588) було підтверджено роль звичаєвого права як допоміжного джерела. Крім того, Литовські статути усіх трьох редакцій кодифікували чимало норм, які походили від прадавніх правових звичаїв. Можливість використання звичаєвого права передбачали і поширені в Україні збірки магдебурзького права. Виключно на підставі звичаєвого права діяли "копні" суди.

Основною характерною рисою становища земель, що входили до складу Великого князівства Литовського було те, що в них, в основному, були збережені традиційні руські правові інститути. Більше того, руські впливи загалом, за висловом М.С. Грушевського, "широкою хвилею покотилися в нутро Литовської держави" [3, 100]. Руське право у Великому князівстві Литовському дістало можливість самостійного вільного розвитку, воно сприймалось, шанувалось та засвоювалось литовцями. Закріплення звичаєвих норм руського права у Литовських статутах свідчило не тільки про його визнання державною владою, а й значущість регулятивної дії впродовж тривалого часу та взаємодії з іншими правовими системами.

Із об'єднанням Литовської і Польської держав почався процес поширення норм польського права на українські землі, однак у більшості випадків ліквідація руських правових інститутів прямо за мету не ставилась, й руське право продовжувало діяти поряд із польським та литовським. Колонізація поляками та німцями східних українських земель, зокрема Галичини, привела до потіснення руського права. Польські урядовці у своїй адміністративній та управлінській діяльності спиралися на норми польського, а не місцевого руського права. Місцеве українське населення у повсякденному житті все частіше стикалося з іноземним правом, яке все більше обмежувало сферу застосування права місцевого. Поширенню польського права на українські землі сприяли й домагання української шляхти щодо зрівняння її у правах зі шляхтою власне польських земель, що призвело до чинності польського земського права шляхом видання спеціального привілею у 1433 р. на території українських земель. В цілому ж польський вплив на українських землях, що були включені в склад Литовського князівства чи Королівства Польського, виразився не стільки у запровадженні власне польських правових інститутів та норм, скільки у поширенні норм права німецького (наприклад, магдебурзького) у вигляді привілейних грамот.

Пізніше Запорозька Січ стала місцем виникнення великої кількості правових звичаїв, які в сукупності склали нове поняття – козацьке право. Це право не знало писаних джерел і пропонувало за будь-яких обставин керуватися нормами "стародавніх військових звичаїв, словесного права і здорового глузду". А в часи Гетьманщини збереження "давніх прав", в тому числі й звичаєвого козацького права, розглядалося як важлива гарантія відносної автономії України у складі Російської імперії.

За Козацької доби звичаєве право виявило себе в самій державній організації та в чинності органів, створених на основах звичаєвого права. Держава запорозьких козаків та її органи і стали пам'ятками звичаєвого права цієї доби. Важливу роль відіграло в цей час звичаєве право і в козацькому судовому праві, як процесуальному, так і в матеріальному, цивільному й карному. В судовому процесі воно виявилося в різних символічних обрядах, в домінуючій ролі в процесі потерпілого, в публічності суду й карання, в участі громадськості в суді. В матеріальному праві воно виявилося в застосуванні судом норм звичаєвого права, часом і проти або на заміну писаного закону. Характерною рисою козацького права було утвердження свободи від феодальних повинностей та податей. Пам'ятками чинності звичаєвого права були судові акти та декрети різних судів Козацької держави, що зберігаються в Архіві Коша Запорозької Січі.

На Січі, як між іншим і в інших державах Середньовіччя, не було писаної конституції в сучасному розумінні слова, однак тут існував неписаний конституційний лад на основі постанов Кола, рішень Коша, судових прецедентів і, головне, звичаїв. На відміну від загальновизнаного сьогодні принципу поділу влади на три гілки (законодавчу, виконавчу й судову), в Запорозькій Січі державний лад тривався на військовій, управлінській чи адміністративній владі, а також на судовій та церковній владі. Представницьким органом влади на Січі можна вважати Козацьку Раду (Коло), на якій право голосу мали тільки козаки; гласно та відкрито проходили її зібрання та голосування, що вважалось ознакою вольностей. Січові ради відтворювали староруські традиції народних віче, це був орган козацького самоврядування у вигляді загальних зборів козаків. Будь-яке питання внутрішнього життя та військових дій могло бути поставлене на обговорення Кола. По суті, це була своєрідна форма народоправства, оскільки вища влада на Січі належала зборам, а не уповноваженим чи обраним представникам. Поряд з обранням отамана та старшини, вирішенням питань війни та миру, на Колі "кидались ляси", тобто проводилось жеребкування на право користування земельними ділянками та угіддями. Однак у демократизмі козаків можна віднайти ряд вад, що були властиві тогочасному суспільстві. Голосування було примітивним, рішення приймались без належного обговорення, своє ставлення козаки виражали криком, під-

киданням шапок. Розбіжності іноді вирішувались бійкою, траплялися випадки крайньої нетерпимості.

Вивчення документів свідчить, що козацьке право було становим, корпоративним правом. Захищаючи військово-політичну організацію запорозького козацтва, воно встановлювало різний правовий статус окремих груп населення Запорозьких Вольностей: січовиків (козаки, які постійно проживали на території Запорозької Січі), сиднюків (козаки, які проживали на території Запорозьких Вільностей у зимівниках), посполитих (селяни, піддані Війська Запорозького, які за користування землею платили податок Кошу), сторонніх осіб. Про це, зокрема, свідчить система покарань за окремі види злочинів. Наприклад, у Запорозькій Січі у відповідно до звичаїв, убивство військового товариша розглядалося як найтяжчий злочин і каралося смертю, убивство людини, що не належала до запорозької громади, вважалося менш тяжким злочином. До козаків, особливо січовиків, не застосовували калічницькі покарання.

Козацьке право визначається не тільки як суто звичаєве, а ще й щиро національне. Воно майже не зазнало чужих впливів, ні права польського, руського чи татарського. Козацьке право є продуктом відносин чисто козацького суспільства, в його нормах втілені їх уявлення про право, справедливість, свободу, рівність. Національна обрядовість виявлялась принагідно у організації військових походів, обранні на певну посаду, в тому числі і кошового отамана, в побуті козаків, весільних святах тощо. Різноманітна, змістовна й образна обрядовість надавала звичаєвому праву характер життєвості й публічності; викликала увагу до судового процесу й співучасть у ньому не тільки безпосередньо зацікавлених осіб, але й громадськості; сприяла збереженню в народній пам'яті звичаєвих норм; засвідчувала правильність вживання звичаїв і підносила правотворчість народу.

На обрядовий характер, мальовничість норм звичаєвого права запорожців вказував М. Слабченко: "В умовах козацької республіки всі найважливіші справи, як воєнні (походи, оборона), так і мирні (мисливство, рибальство, промисли) вирішувалися, як правило, гуртом, групою. Тому індивідуальне сприйняття світу окремим козаком нівелювалося до групового світосприймання. Крім того, козаки кожне явище сприймали як конкретне, не абстрагувалися від нього. На цьому ґрунтувалася запорозька судова практика. В умовах запорозького життя ту практику пізнавали козацькі маси не з окремих карних предметів чи актів, а з цілої обставини. Шибеницю, наприклад, в Січі асоціювали і з знаряддям кари, і з ритуалом проїзду під нею злочинця власним конем, проводів тощо. Без мальовничості звичай не міг би утриматися… Мальовничість призводила до того, що в Січі могли розвинутися тільки певні інститути, що відповідали цілому потокові козацького життя, не розкладали основних його засад" [12, с. 285-286].

Демократичність козацького права проявилась у відсутності привілеїв для окремих соціальних груп, щорічний перерозподіл землі тощо. Найбільш демократичні засади козацького суспільства знайшли своє відображення пізніше у Конституції Пилипа Орлика (1710 р.).

До характерних рис козацького права можна віднести його суворість, яка була зумовлена військовим устроєм життя запорожців. Знаний дослідник козацтва Д.І. Яворницький підкреслює суворість козацького права, що має певне пояснення. Однак, підкреслює Д.І. Яворницький, незважаючи на суворість, а інколи і нещадність норм звичаєвого норм козаків, в ньому була "чесність велика". Суворість покарань у запорізьких козаків, на його думку, пояснювалася трьома причинами: тим, що в Січ приходили люди високої моралі; військо жило без жінок і не знало їх пом'якшуючого впливу; козаки майже постійно вели воєнні дії, і тому підтримання порядку у війську вимагало особливо суворих заходів. Запорожці поблажливо ставилися до минулого життя осіб, які прагнули записатися в козаки, але за порушення запорозьких порядків встановлювали суворі покарання: смертну кару (як просту, так і кваліфіковану), тілесні покарання, вигнання злочинців за межі Запорозьких Вольностей.

Доба Гетьманщини, що знаменувалась піднесенням національно-визвольного руху, активізацією козацької боротьби, загостренням соціальних протиріч, була бурхливою й піднесеною добою в історії українського народу. В роки відновлення української державності в середині XVI ст. її главою став гетьман. Ця посада з'явилась у другій половині XVI ст. й означала главу реєстрових козаків, тобто козаків, що знаходились на військовій службі у польського уряду. На кінець 1648-го – початок 1649 років Україна, що отримала офіційну назву Військо Запорозьке, мала всі основні ознаки державності: населення, територія, органи влади і управління, військо, право та ін. На думку О. Гуржія [4, с. 52] є усі підстави твердити про правове оформлення на середину 80-х років XVII ст. кордону між трьома державами: Річчю Посполитою, Україною (Гетьманщина, Малоросія) та Росією. Тоді ж визначився і західний рубіж власне українських і російських земель. Згідно з "Трактатом про вічний мир" 1686 р. досить чітко розмежовувалися лівобережний і правобережний регіони, які мали риси практично автономних утворень у складі різних великих утворень, з тією лише різницею, що Правобережжя юридично не відокремлювалося від Польщі на противагу Лівобережжю, розмежованому з Росією. Скасовано гетьманство на Правобережній Україні в 1704 р., а на Лівобережній – остаточно в 1764 р. (за правління російської цариці Катерини П). Поступове обмеження автономних прав України зумовило неабияке звуження політичних і економічних зносин з іншими державами, а остаточна їх втрата привела до втрати Україною ще остаточно не сформованого суверенітету і взагалі перестала існувати як державність. Водночас гетьман стає визнаним як всередині країни, так і за її межами главою держави. Навіть Польща в кінці 1648 р. офіційно визнає Богдана Хмельницького гетьманом, а в лютому 1649 р. до Києва прибули польські посли, щоб вручити йому відзнаки гетьманської влади.

Юридичну основу влади гетьмана складали норми усного звичаєвого права – "давні права та вольності", пристосовані до державного статусу Гетьманщини. Характер гетьманської державності базувався на нормах звичаєвого права як козаків, так і усієї людності на українських землях, та гетьманських універсалах. На деякий час призупинена була дія Литовських статутів та обмежено дію магдебурзького права. Звичаєве право було головним чинником правової системи Гетьманщини, ним користувались як судові так і адміністративні органи. Звичаєве право застосовувалося у процесі врегулювання правовідносин і мало великий вплив на писані джерела, що регулювали юридичний побут Гетьманщини.

Джерелом гетьманської влади слід вважати й законодавчі акти, видані державою. Так, у червні 1648 р. загальна військова рада прийняла "Статті про устрій війська Запорозького", що по своїй суті стали тим конституційним актом, спираючись на який гетьман видавав універсали, скликав раду, вершив суд та ін. На жаль, важливе юридичне джерело середини XVII ст. – "Статті про устрій Війська Запорозького" – до нашого часу не збереглось та зважаючи на особливості законотворчого процесу того часу, можна стверджувати, що в основу "Ста-

тей" було покладено норми усного звичаєвого права, напрацьовані головним чином в першій половині XVII ст. в низовому та городовому козацькому військові.

Суттєву увагу мали норми звичаєвого права на етапі входження України до складу Московської держави, коли царський уряд офіційно визнав збереження "давніх прав", у тому числі й звичаєве право як своєрідну гарантію автономії України. Польсько-литовська судова система була скасована, а нові судові органи орієнтувалися виключно на "давні права", які лише згодом стали уточнюватися у нормах гетьманського законодавства. У жалуваній грамоті, наданій Б.Хмельницькому і старшині 27 березня 1654 р. російський цар Олексій Михайлович закріпив право українського народу судитися за своїми звичаями: "Их права и вольности войсковіе, как издавна бывали при великих князех руских и при королех полских, что суживали и волности свои имели в добрах и судах, и чтоб в те их войсвовіе сули нехто не уступался, но от своих би старшин судились, подтвердити; и прежних би их прав, какови дани духовного и морского чину людем от великих князей руских и от королей полских, ненарушить".

У настійних спробах кодифікувати чинне на території Гетьманщини право всі підготовлені проекти, починаючи із відомої пам'ятки "Права, за якими судиться малоросійський народ" (1743 р.), віддавали належне звичаєвому праву України, використовуючи його як одне з джерел кодифікації, а також закріплюючи можливість його застосування для регулювання певних відносин у галузі шлюбно-сімейного і спадкового права та в деяких інших випадках.

З поширенням на Україну російського загальноімперського законодавства давні українські права збереглися у вигляді окремих норм, зокрема "Місцевих законів Полтавської та Чернігівської губерній", що містилися у Зводі законів Російської імперії. Російський Статут цивільного судочинства (1864 р.) допускав використання звичаєвого права у спадкових, родинних та земельних правовідносинах, щодо яких не було відповідного законодавчого регулювання. Окремі випадки застосування звичаєвого права при вирішенні питань, пов'язаних з користуванням громадськими пасовиськами й лісами, деякими аспектами трудових, шлюбних та спадкових відносин, мали місце навіть на початку XX ст. Аналогічно обмежене застосування норм звичаєвого права допускалося на українських землях Австро-Угорщини. Однак, починаючи з другої половини XVIII ст. у розвитку українського права вплив російського права постійно зростатиме і, зрештою, призведе до майже повного його витіснення. Слід звернути увагу, що ці дві правові системи, українське та російське право, були дуже схожими, з огляду на спільні витоки права слов'янських племен, ментальність народів, вплив християнства та візантійського права. Однак існували й певні відмінності між ними, зокрема характерною рисою розвитку права в Московській державі вже у XV-XVI ст.ст. стає тенденція домінування серед джерел права актів законодавчого характеру, зокрема судебників та "указних книг". Однак норми звичаєвого права застосовувались ще довго, тим більше що волосні суди могли посилатися на звичаї при розгляді селянських спорів ще й навіть після проведення судової реформи 1864 р.

Незважаючи на подальше витіснення звичаєвого права разом з іншими "давніми правами" загальноімперським законодавством, окремі випадки використання норм звичаєвого права траплялися навіть на початку XX ст.

Українське право є органічною частиною загальнолюдського права. Своєрідність цього положення залежить від того, що українська нація в силу цілого ряду історичних причин втратила свою державність. У зв'язку з цим, якщо говорити про діюче до XIX ст. українське право, то таким було тільки право звичаєве, утверджує автор статті "Історія дослідження українського права" Л.Окіншевич в Енциклопедії Українознавства [10, 630], в такій мірі, наскільки воно збереглося та регулювало відносини між собою членів окремих груп українського населення (передусім, звичайно, селянства) у межах певних галузей (наприклад, у родинному праві, спадковому тощо).

Українське звичаєве право епохи Середньовіччя характеризувалось природним характером виникнення, різноманітністю звичаїв, партикуляризмом, обрядовістю, символізмом; майже кожен процесуальний акт мав свої обряди, символи, що сприяли закріпленню в народній свідомості правових норм. До того ж правові акти здійснювались при участі багатьох свідків. Відомою мірою це було властиве й звичаєвому праву XVI-XVIII століть, яке діяло поряд із державним законодавством, що розвивалось все більше й більше. Навіть після проведення в Росії судової реформи 1864 р. волосним судам дозволялось при розгляді справ у випадку необхідності керуватися нормами звичаєвого права ("по закону, по звичаєвості та внутрішньому переконанню") [11, с. 243].

Українське право, не дивлячись на великий вплив права інших народів, було глибоко національним. Значення правового європоцентризму не було вирішальним, і зовсім незначним був його вплив, зокрема, на козацьке право. Запорозька Січ виникла з неписаного досвіду народного життя, яке й створило властиві йому закони та необхідні установи. Січ узаконила давні звичаї, місцеві обряди і й народні традиції, надала їм загального значення й обов'язковості, тобто визнала їх офіційно, перетворивши у державно-правові норми. Лише необачна людина наважувалась порушувати рівновагу суспільного устрою козаків, за що піддавалася суворому покаранню. На рівновазі примусу і моральних норм, що прийняли форму звичаїв, й тримався суспільний лад Козацької держави. Національні демократичні ідеї козацтва здійснили вплив на правову систему й правову думку усієї України. Так, М.П. Драгоманов стверджував, що Конституція Пилипа Орлика (1710 р.), розроблена під впливом кошового отамана Костянтина Гордієнка, насправді була запорозьким проектом і могла виникнути в такому демократичному суспільстві як козацька спільнота.

На особливості українського звичаєвого права вказує А.І. Яковлів у статті "Звичаєве право" що ввійшла до збірки "Українська культура" [16, с. 230]. Він, як і багато інших вчених, вважає, що "основним і найважливішим джерелом українського права є неписане звичаєве право, що утворилося шляхом постійного дотримання протягом віків народних звичаїв та підпорядкування звичаєвим правилам правного життя й побуту". Норми неписаного, загалом, звичаєвого права зберігаються в народній пам'яті у формі певних психологічних переживань, почуття правди й свідомості обов'язку чинити так, я к указують звичаї, й назовні ці норми виявляються тільки в принагідні моменти у формі чину відповідно до внутрішнього змісту звичаєвої норми. Чин як зовнішня форма вияву звичаєвого права супроводиться іноді особливими обрядами, завдання яких полягає в тому, щоб шляхом різноманітних зовнішніх актів зафіксувати в народній пам'яті правовий чин, а разом з ним і його юридичну форму, яку цей чин здійснював. Правові акти здійснювались при участі багатьох свідків і не тільки в давню добу, а й у XIV – XVIII ст.ст., коли звичаєві правила діяли поряд з іншими джерелами, в тому числі й державним законодавством.

Обрядовість – ще одна риса українського права, на яку вказує А. Яковлів. Вона значною мірою присутня в усіх галузях права, однак надто багата в царині процесуального права, що вимагає найбільшої активної чинності. Майже не існує процесуальної дії чи інституту, які б не мали свого обряду-символу застосованого протягом віків. Наприклад, обряд "личкування" (обряд особистого свідчення, що підтверджувався показом лиця – речі-доказу ще до початку суду комусь з представників влади) при розшуку майна при крадіжці, "закид шапки" при укладанні договору закладу, обряд "поволання" у кримінальних злочинах тощо. Обрядовість надавала українському праві життєвості, публічності, притягувала увагу до судового процесу, викликала співучасть у громадськості, сприяла збереженню звичаєвих норм у народній пам'яті. Шляхом постійного вживання протягом тривалого часу певні речення, в яких формулювалися правові дії, викристалізувалися в принципи звичаєвого права й народної правосвідомості у вигляді формул, приказок. Наприклад у "Руській правді" та інших джерелах зустрічаємо: "невільна людина не може бути свідком", "за холопа не платять віри", "своя хата – своя й правда", "правда не втоне в воді, не згорить в огні", "всі за одного, один за усіх", "наше – не наше, але й не ваше", "копа переможе й попа", "карай та назад оглядайся", "силою не дають, силою однімають" тощо.

Після повалення російського царату і австрійської монархії звернення до "дійсно народного права" стало одним з політичних гасел нової доби. В часи Української Центральної Ради, Гетьманської держави, Директорії та Західноукраїнської Народної Республіки окремі норми земельного, шлюбно-сімейного та спадкового права свідомо відтворювали норми звичаєвого права, які вважалися такими, що найбільше втілювали риси національного права. Зокрема ст. 8 Земельного кодексу УРСР передбачала, що одним із джерел земельного права був звичай, який, щоправда, міг застосовуватися лише в тій мірі, в якій не суперечив чинному законодавству. Радянському земельному та цивільному праву був відомий інститут "селянського двору", під яким розумілося спільне селянське господарство кількох осіб, що, як правило, перебували у родинних стосунках. Оскільки майно двору належало всім його членам, питання прийняття нового суб'єкта набувало важливого значення. Законодавство, однак, не давало чіткої відповіді на порядок та умови такого прийняття, хоча й передбачало можливість жінки набути такого статусу при одруженні незалежно від волі решти членів господарства. Щодо інших випадків, то тут доводилося звертатися до положень звичаєвого права, яке передбачало, що для прийняття так званих "приймаків" необхідна згода усіх членів родини.

За радянської влади спершу допускалася допоміжна роль звичаєвого права у деяких цивільних, земельних та інших правовідносинах, з'явилась навіть концепція "революційного звичаєвого права" академіка О.О. Малиновського. Він вважав, що в перехідний революційний період, коли зруйновано старий правовий порядок, звичаєве право стає основною формою права. Це право формує революційна правосвідомість відповідно до уявлень про свободу, рівність і справедливість, воно затверджується законодавчою владою, однак джерелом його є громадянське суспільство. За державою зберігаються законодавча функція та функція забезпечення виконання законів.

Український народ протягом довгого часу не міг творити свого права в найдосконалішій формі – писаного законодавства за винятком короткочасного відновлення української державності 1917-20 років. Раніше минуле вивчалося лише як матеріал, що входив складовою частиною до правового розвитку інших націй. Його розглядали як частину історії розвитку правних норм Росії або Польщі.

Однак, згодом наприкінці 20-х років XX ст. сфера дії норм звичаєвого права суттєво звузилась, основним джерелом радянського права стали нормативні акти і звичаєве право майже повністю втратило своє значення, використовуючись лише у сфері міжнародного права та при регулюванні деяких відносин у торгівельному мореплавстві і в ряді інших випадків.

Еволюція соціальних відносин на українських землях поступово змінювала значення звичаєвого права. Упродовж віків воно було основним джерелом права, завдяки місцевим "законам, звичаям та порукам" набувало державного авторитету, однак з посиленням ролі владних установ, ускладненням суспільних відносин та зростанням регулятивного значення писаних законодавчих актів, уступає провідне місце нормативно-державному законодавству.

В останні десятиліття розвитку вітчизняної юриспруденції із встановленням багатоаспектного підходу до розуміння права як явища, перш за все, загальносоціального віддається належне історії розвитку звичаєвого права та місця правового звичаю в системі джерел та форм права. Зокрема, у новому Цивільному Кодексі України (2003 р.) законодавець закріпив норму, за якою визнається звичай (наприклад, звичай ділового обороту) серед форм права в цивільному праві (ст. 7). Сімейний кодекс України (2002 р.) також містить аналогічну норму, за якою при вирішенні сімейного спору може враховуватися місцевий звичай, а також звичай національної меншини (ст. 11). Кримінальний кодекс України (2001 р.) встановлює відповідальність за порушення законів та звичаїв війни (ст. 438), зокрема жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням, вигнання цивільного населення для примусових робіт, розграбування національних цінностей на окупованій території та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами.

Однак, типовим для сучасного права є не посилання на звичай (санкціонування звичаю в нормативному акті), а нормативне закріплення самого звичаю, тобто пряме перетворення його в норму, встановлену законодавчим актом оскільки правовий звичай може існувати як в теоретичних так і історичних конструкціях. Соціальна значущість і ефективність правил поведінки, закріплених у звичаях, викликають необхідність забезпечення реалізації цих норм зі сторони держави та суспільства. Звичай історично і фактично передував закону. Він і в наш час виконує функцію, регулюючи такі соціально значущі відносини, де втручання законодавця або передчасно, або небажано. Закон у ряді випадків для свого розуміння потребує доповнення звичаєм. Поняття, які використовує законодавець, також часто потребують пояснень з точки зору звичаю. Неможливо, наприклад, не звертаючись до звичаю, сказати, коли поведінка певної особи помилкова, чи є даний знак підписом, чи може правопорушник посилатись на пом'якшуючі обставини, чи є певне майно сімейним сувеніром, чи були моральні підстави для отримання письмового підтвердження зобов'язання. У таких випадках звичай виконує роль "додатку до закону".

Сьогодні в процесі формування сучасної національної правової системи України звернення до витоків українського права, звичаєвих традицій та з'ясування впливів на його формування набуває особливо актуального значення. Дискусії з приводу класифікації правових систем

сучасності і місця України в постсоціалістичному просторі правових систем є тому підтвердженням.

1. Владимирський-Буданов М.Ф. Обор истории русского права. – Ростов-на-Дону, 1995. 2. Гримич М. Дискусійні аспекти трактування терміна "звичаєве право" // Етнічна історія народів Європи. Збірник наукових праць. Випуск 8. – К., 2001. 3. Грушевський М.С. Історія України-Руси. У 11-ти томах. – К., 1993. т. 4. 4. Гуржій О. Українська козацька держава в другій половині XVII-XVIII ст.: кордони, населення, право. – К., 1996. 5. Історія держави і права України. Академічний курс у 2-х томах. За редакцією В.Я. Тація та А.Й. Рогожина. – К., 2000. 6. Карамзин Н.М. История государства Российского. – М., 2003. 7. Козюбра М.І. "Євразійська або слов'янська правова сім'я: реальність чи міф" // Українське право. 2003. № 1. 8. Лащенко Р. Лекції по історії українського права. – К., 1998. 9. Номоканон Іоанн Схоластика (схоластик – поняття, яке в давнину означало "адвокат") – один з найбільш відомих систематизованих канонічних збірників, укладений патріархом Іоанном у Візантії в VI ст. та поширений, ймовірно, святим Мефодієм на Балкани та Русь в IX ст. 10. Окіншевич Л. Наука історії українського права. – К., 1957. 11. Праці Комісії для виучування звичаєвого права ВУАН. Т. 4. 12. Слабченко М.Е. Соціально-правова організація Січі Запорозької // Праці комісії для виучування історії західноруського і українського права. – Вип. III. – К., 1927. 13. Чубатий М.Д. Огляд історії українського права: історія джерел та державного права. – К., 1994. 14. Чубинський П.П. Очеркь народныхь юридическихь обычаевь и понятий вь Малороссии. – С-Пб. 1869. 15. Енциклопедія Українознавства. – К., 1995. 16. Яковлів А. Українське право. //Українська культура. Лекції за редакцією Д. Антоновича. – К., 1993.

Надійшла до редколегії 16.12.09

В. Коваленко, здобувач

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ФІНАНСОВИХ РИЗИКІВ

Розглянуто питання щодо необхідності формування загального підходу до правового регулювання фінансових ризиків в економічній діяльності, проаналізовано наявну в цій справі дилему між необхідністю гарантувати свободу підприємництва й одночасно убезпечити його учасників від загрози спричинення фінансового збитку діями інших осіб.

Ключові слова: ризик, свобода підприємництва, фінансове право, фінансовий ризик.

Рассмотрен вопрос относительно необходимости формирования общего подхода к правовому регулированию финансовых рисков в экономической деятельности, проанализировано присущая этому процессу дилемма между необходимостью гарантировать свободу предпринимательства и одновременно обезопасить его участников от угрозы причинения финансового ущерба действиями других лиц.

Ключевые слова: риск, свобода предпринимательства, финансовое право, финансовый риск.

This article addresses the necessity of establishing a common approach to the legal regulation of financial risk management in economic activity It shows the inherent dilemma within the process between the need to guarantee free enterprise while at the same time protecting market participants from the threat of financial loss caused by the actions of others, and the need to impose statutory requirements for risk management.

Keywords: risk, free enterprise, financial law, financial risk.

На сучасному етапі розвитку Української держави не сформовано цілісної теорії фінансових ризиків ні в економічній науці, що розробляє методи їх попередження і подолання, ні у правознавчій, яка мала б обґрунтувати комплексну систему правових методів захисту громадян від їх негативного впливу. І це попри те, що життя кожної людини в сучасному суспільстві залежить від наявності грошей. Володіння грошима звільняє від ризику голоду, холоду й інших природних негараздів, однак породжує небезпеку втратити цей важливий актив через зміну незалежних зовнішніх обставин, тобто покладає на їх власника новий ризик – фінансовий.

Для сучасного економічного середовища України характерним є посилення впливу факторів невизначеності в господарсько-фінансовій діяльності всіх учасників ринкових процесів, що актуалізує важливість фінансово-правового регулювання мінімізації ризиків, які супроводжують практично всі різновиди діяльності людини. Різноманітність форм, частота і характер вияву невизначеності зумовлюють необхідність дослідження причинно-наслідкових зв'язків та розроблення дієвих методів мінімізації негативних наслідків вияву ризиків на фінансових ринках України.

Дослідження ризиків саме у фінансово-правовому контексті стає особливо актуальним із проведенням економічних реформ, лібералізацією внутрішньої торгівлі та глобалізацією товарних ринків, а також розвитком внутрішньої і зовнішньої конкуренції. При цьому найважливішою умовою прогресивного розвитку ринкових відносин є створення відповідної нормативної бази, недосконалість якої нині призводить до значних утрат, а також спонукає до вчинення протиправних діянь у фінансовій сфері. Серед пріоритетів докорінних структурних перетворень гостро постає завдання уточнення та поглиблення наявних категорій і понять як загальної, так й особливої частини фінансового права, що мають першочергове загальнотеоретичне і практичне значення.

У прикладному аспекті актуальність проблематики фінансових ризиків зумовлена об'єктивною необхідністю ідентифікації, аналізу, вимірювання та управління ризиком у діяльності суб'єктів господарювання, зокрема, фінансових інститутів. Сучасний розвиток фінансових ринків породжує нові завдання врахування ризику в системі корпоративного управління фінансових інститутів, головними з яких є завдання інтегрованої оцінки ризику всього фінансового інституту, визначення розміру капіталу, необхідного для покриття потенційних ризиків на заданому акціонерами (учасниками) рівні надійності, оцінки ризику ліквідності тощо. Відповідно до цього необхідно розглянути фінансові ринки як об'єкт формування та вияву економічних ризиків та їх правове регулювання фінансовим правом України.

У науковій літературі існує велика кількість дефініцій, які в кінцевому підсумку стверджують, що ризик суб'єкта на фінансовому ринку – це невизначеність його фінансових результатів у майбутньому. Тому завдання фінансово-правової науки – з'ясувати, які заходи має вжити держава, щоб захистити суб'єктів економічної діяльності від невизначеностей, що можуть згубно вплинути на результати та перспективи суспільно корисної діяльності. Важливо підкреслити, що йдеться не про реальну шкоду, а про ймовірність спричинення такої шкоди.

Роберт Енгл, лауреат Нобелівської премії з економіки 2003 року, у своїй Нобелівській лекції зазначив: "Існують ризики, які ми приймаємо, бо винагорода за їх прийняття перевищує можливі втрати. Оптимальна поведінка передбачає прийняття ризиків, які дають високий результат" [1]. Нобелівською премією з економіки нагороджено Гаррі Марковіца. Його перша революційна праця, у якій було викладено засади та принципи формування ефективних портфелів цінних паперів, мала назву "Вибір портфеля: ефективна диверсифікація інвестицій" з так званою моделлю "дохідність – ризик", що вийшла друком 1952 року.

© Коваленко В., 2010

Кожен дослідник прагне сформулювати власне, відмінне від інших визначення фінансового ризику. Так, Дж. П. Морган визначає ризик як ступінь невизначеності отримання майбутніх доходів, заклавши в основу поняття ризику тісний зв'язок імовірності й невизначеності. Мілль та Сеніор вирізняли у прибутку від підприємницької діяльності відсоток як частку доходу на авансований капітал, заробітну платню підприємця та окремо – платню за ризик. Їх наступники – неокласичні теоретики, зокрема А. Маршалл і його прихильник А. Пігу, теж розподіляли прибуток на складові: відсоток на вкладений капітал, заробітну платню і платню за ризикованість.

У вітчизняній юридичній літературі є певна кількість публікацій, присвячених здебільшого окремим видам фінансових ризиків [3; 4; 11, 19; 23], з окремих питань захищено кандидатські дисертації [20, с. 29]. Певною мірою правові аспекти фінансових ризиків висвітлено у працях таких вітчизняних учених-правознавців, як Л. К. Воронова, А. И. Іванський, А. Т. Ковальчук, О. П. Орлюк, П. С. Пацурківський, Н. Ю. Пришва та ін. [11]. Однак можна констатувати, що проблема фінансових ризиків ще не посіла такого місця у правознавчій літературі, на яке вона заслуговує з огляду на її загальносуспільну гостроту та ступінь загрози інтересам усіх громадян, яку несуть у собі фінансові ризики.

Значно ширше висвітлюється поняття фінансових ризиків в економічній літературі, у якій є навіть приклади постановки проблеми ризиків у загальному плані [5; 6; 16], опубліковано монографії з окремих напрямів дослідження фінансових ризиків [13], статті у фахових часописах [7; 9], захищаються численні дисертації. У Російській Федерації бібліографія з питань економічного ризику досить багата, виходять друком фундаментальні монографії та підручники [2; 22].

Можливо, негативна оцінка стану дослідження проблеми фінансових ризиків у вітчизняній юридичній літературі є дещо категоричною й, напевне, отримає заперечення, але висловити її варто: на відміну від багатьох інших питань, наукові дослідження у цій сфері здійснюють не на належному рівні – від особливого до загального. З різним ступенем глибини, найчастіше незалежно одне від одного, досліджують часткові аспекти виникнення ризикових станів у різних сферах фінансових відносин.

За масштабністю впливу і масовістю охоплення людей фінансові небезпеки переважають мало не будь-які природні. Завбачливий може захиститися від пожежі дотриманням відповідних правил, від хвороби – здоровим способом життя, від голоду – обробленням землі (принаймні в Україні), але він не здатен захиститися від одного з передбачуваних фінансових явищ – інфляції. Від фінансових ризиків не застраховані ні бідні, ні багаті, ні підприємці, ні наймані працівники, навіть пенсіонери й діти, оскільки одні заробляють, навіть крадуть, інші отримують від держави пенсію чи допомогу, в усіх випадках – у вигляді грошей.

Відповідно, у різних нормативно-правових актах містяться розрізнені, не зведені в систему положення щодо захисту учасників економічної діяльності від фінансових ризиків, а загалом в Україні вони в цьому плані залишаються незахищеними. Нагадаємо, що понад тридцяти мільйонів наших громадян за два десятиліття існування незалежної держави так і не отримали компенсації за втрачені грошові заощадження в Ощадбанку СРСР, правонаступником якого стала Українська держава; жоден з потерпілих не отримав хоч би моральної компенсації від шахрайських діянь фінансових пірамід 90-х років, (а жодного з шахраїв – не було покарано); вкладники десятків збанкрутілих банків і сотень кредитних товариств утратили свої заощадження. Саме фінансовими методами обдурено тисячі людей, які оплатили будівництво житла й багато років очікують заселення, споглядаючи на вкриті пилом фундаменти та голі стіни недобудов. Здебільшого фінансові махінатори навіть не переховуються від правосуддя, оскільки законодавство України не містить дієвих механізмів виявлення фінансових махінацій і, зокрема, невідворотних законодавчих санкцій за їх здійснення.

Системний механізм правового регулювання фінансових ризиків в Україні необхідно будувати на основі цілісної концепції фінансового ризику як юридичної категорії, нехай не у вигляді окремого напряму в юридичній науці й навчальної дисципліни – ризикології (ryzykologiya), як це поставлено у теорії фінансів [5], але все-таки як окремого комплексного питання. Відповідно до логіки наукового дослідження, необхідно розглядати питання не з аналізу окремих його виявів, а із загального визначення поняття, виявлення причин його виникнення, сфери застосування тощо.

Оскільки вчення про ризики більш докладно розвинене в економічній науці, ніж у юридичній, то цілком виправдано використати прийняте саме в середовищі економістів визначення його як поняття, наприклад: ризик – це "імовірність зменшення, неотримання прибутку та/або недосягнення інших економічних і соціальних результатів" [4, с. 14]. У цьому визначенні є достатньо інформації для формулювання юридичного розуміння ризику як можливого предмета застосування права: при певних діях виникає загроза спричинення шкоди інтересам певних осіб, і завдання правової науки – з'ясувати, які правові заходи має вжити держава, щоб захистити суб'єктів економічної діяльності на своїй території.

Отже, захист від фінансового ризику має за мету не обов'язково компенсацію збитку в разі реалізації цієї ймовірності в дійсність, а принаймні зменшення цієї ймовірності до розумного значення. В абсолютній більшості випадків позбавитися від ризику повністю неможливо[2], а в деяких випадках суттєве зменшення ступеня ризику завдає шкоди економічним інтересам суспільстві й конкретного суб'єкта.

Важливо визначитися з тим, чи є фінансовий ризик об'єктивним явищем, незалежним від волі та свідомості суб'єкта, чи він є реакцією цього суб'єкта на певні фактори навколишнього середовища. У деяких публікаціях вітчизняних фахівців (як правознавців, так і економістів) підтримується саме суб'єктивний характер цієї категорії. Так, в одній з небагатьох дисертаційних робіт, присвяченій дослідженню правового аспекту фінансових ризиків, "дисертант визначає ризик як невизначеність, пов'язану з настанням несприятливих подій для суб'єкта, поняття "ризик" є суб'єктивним і не може бути визначеним як закономірність у побудові системи банківських ризиків" [20, с. 8–9].

---

[2] Уже згадуваний Нобелівський лауреат Роберт Енгл зазначав: "… уникнути усіх ризиків неможливо. Для цього ми повинні не літати, не їздити, не прогулюватися, їсти лише здорову їжу і ніколи не потрапляти під пряме сонячне проміння" [1]. Кожен може згадати приклади, коли фатальні наслідки мали місце після простої і безвинної дії. Нагадування про неможливість позбутися ризиків узагалі необхідне в тому розумінні, щоби визначити можливість і правомірність застосування механізмів права до людської діяльності, пов'язаної з ризиком – якщо ставити за мету повне позбавлення людини від ризику, то необхідно регламентувати законами чи підзаконними актами буквально кожен її крок протягом всього життя. Навіть якби вдалося цього досягнути, право вступило б у суперечність зі своєю основною функцією – забезпечити людині свободу в усіх сферах своєї діяльності.

На наше переконання, суб'єктивна складова є дуже важливою в ситуації ризику, оскільки учасник економічної діяльності приймає рішення, керуючись не безпосередньо об'єктивним становищем, а своїм розумінням цього становища. Однак необхідно розуміти принципову відмінність між ризиком як об'єктивним явищем (у тому розумінні, яке вкладається в це поняття в людській діяльності) і суб'єктивною оцінкою цього явища. Формуючи нормативно-правовий механізм регулювання ризиків у країні, зокрема і фінансових, держава має зважати на те, що ризик – це об'єктивне явище в багатьох сферах людської діяльності, й ефективність дії правового регулювання усіх наявних різновидів ризиків залежить від ступеня їх усвідомлення передусім фаховою наукою в кожній зі сфер.

Важливим є також визначення тієї галузі права, у межах якої має відбуватися дослідження юридичного аспекту фінансових ризиків і формуватися необхідна нормативно-правова база. На перший погляд, проблеми нібито не існує – фінансові ризики мають досліджуватися у фінансовому праві. Насправді, питання неоднозначне – у нашій державі фінансове право прийнято розглядати у вузькому розумінні, виключно як регулювання руху державних і муніципальних фінансів: "Система фінансового права є доктринальним відображенням у фінансово-правовій науці та юриспруденції в цілому системи державних і муніципальних фінансів та науковою основою системи фінансового законодавства". Таке визначення є найбільш поширеним у вітчизняній юридичній літературі [17, с. 96].

У теоретичному аспекті актуальність дослідження проблеми фінансових ризиків зумовлена тим, що ризик виступає одним з головних структурних елементів у низці сучасних фінансових теорій, зокрема, у сучасній портфельній теорії (MPT), моделі оцінки капітальних активів (CAPM), арбітражній теорії ціноутворення (APT), теорії ціноутворення опціонів тощо. Це важливо мати на увазі з огляду на те, що різновидом фондових інструментів останніми роками стали "спред", "геп", "закриття угод овернайт", сек'юритизація тощо. Особливе місце проблема правового регулювання ризиків посідає на кредитному та фондовому ринках. Світова криза 2008–2009 років. продемонструвала загрозливі явища і глобалізаційні виклики з цього приводу [10]. Ми виходимо з того, що фондовий ринок – один з головних мультиплікаторів та найважливіший сегмент фінансового ринку.

Найбільш поширеними на біржових ринках розвинутих країн є такі різновиди строкових похідних фінансових інструментів, як ф'ючерсні й опціонні контракти. Останні, у свою чергу, поділяють на такі різновиди: контракти на процентну ставку, валюту та фондові індекси. Із загальної кількості контрактів, які було затверджено в межах світового біржового (строкового) ринку, на ф'ючерси припадає 47,8 %, на опціони – 52,2 %. Сукупний контрактний номінал фінансових ф'ючерсних контрактів, укладених на біржах світу напередодні фінансової кризи, становив 28,0 трлн дол., а фінансових опціонних контрактів – 52,2 трлн дол. США. За даними Банку міжнародних розрахунків, оборот світового біржового ринку похідних фінансових інструментів досяг на початок 2010 р. 622 трлн дол. США.

На вітчизняному фінансовому ринку постійно з'являються нові фінансові (фондові) інструменти, через які відбуваються помітне нарощування та перерозподіл капіталів, що перебувають у режимі перманентного кругообігу. Відповідно до цього, на фондовому ринку збільшується кількість "гравців" – емітентів та учасників, завдяки яким цей різновид фінансового ринку набуває дедалі більшого значення. Постійна еволюція та ускладнення структури фондового ринку стимулює розвиток фінансово-правових відносин. Фондовий ринок – це, насамперед і головним чином, система фінансових правовідносин, що перебуває в регуляторній орбіті фінансового права.

Особливістю фінансового ризику є висока ймовірність настання збитку внаслідок проведення операцій у фінансово-кредитній і біржовій сферах, здійснення операцій з фондовими цінними паперами, тобто ризику, що випливає із самої природи цих операцій. Водночас власники грошових ресурсів, передаючи їх у вигляді вкладів та інвестицій у фінансову сферу, утрачають можливість прийняття рішень щодо подальшого використання своїх коштів і змушені повністю покладатися на компетентність та добросовісність фахівців фінансових установ. Тому держава зобов'язана приділяти особливу увагу діяльності останніх і чітко регулювати їх відповідальність перед нею, не допускати перенесення ризику від власних рішень на вкладників та інвесторів.

В інституційно-регулятивному аспекті актуальність зумовлена завданнями вдосконалення регулювання державними органами діяльності фінансових інститутів з метою підтримання стабільності фінансової системи загалом і захисту прав контрагентів фінансових інститутів, насамперед, фізичних осіб як вкладників й інвесторів, особливе місце серед яких посідає банківська сфера. Саме незадовільний рівень державного регулювання діяльності банківських інституцій спричиняє недовіру населення до їх діяльності, що призводить до не включення заощаджень домогосподарств у фінансовий обіг.

При цьому є підстави констатувати, що вітчизняна юридична наука недостатньо інформує учасників економічних процесів стосовно причин і масштабів ризиків у їх діяльності, через що ця діяльність недостатньою мірою враховує фактор ризику. Відсутність повної інформації, існування протидіючих тенденцій, елементи випадковості та інші нові економічні умови господарювання зумовлюють складності у прогнозованості процесу управління, більшість управлінських рішень підприємства приймають в умовах невизначеності та фінансово-економічного ризику.

Головна мета управління ризиками – їх мінімізація для уникнення або часткового зменшення можливих фінансових утрат від дії. Ризиків не можна уникнути повністю, тому треба вміти правильно оцінювати їх ступінь і безпосередньо управляти ними з метою обмеження. Однак цього неможливо досягти без визнання за фінансовим правом ролі комплексного регулятора публічних відносин. Досить змістовно висловився з цього приводу доктор юридичних наук А. Т. Ковальчук [12]. Обмеження фінансово-правових відносин виключною сферою руху державних фінансів є спадком радянської школи фінансового права, яка виходила з об'єктивної реальності тих часів.

Радянська юридична школа на рубежі 30–40 років минулого століття вилучила приватних осіб з числа учасників фінансової діяльності, визначивши її єдиним суб'єктом державу [18]. Фінансовий оборот в авторитарно-плановому суспільстві був виключною прерогативою держави, громадяни як приватні особи не здійснювали фінансових операцій. Вони могли бути лише одержувачами готівкових грошей і платниками тією самою готівкою, уся їх причетність до фінансової сфери обмежувалася можливістю "зберігати гроші в ощадних касах", яку держава посилено пропагувала, щоб хоча б частково розв'язати проблему товарного дефіциту. Показово, що ощадні каси в Радянському Союзі не були банками в повному розумінні цього слова – вони не здійснювали банківських операцій, а акумульовані кош-

ти передавали для використання як фінансового ресурсу в систему Державного банку СРСР. До речі, до банків Москви було перераховано й усі заощадження жителів України в радянських грошах, які нині мають статус заборгованості незалежної Української держави перед своїми громадянами, яка, однак, у складі офіційного державного боргу не враховується.

Розгортання дискусії щодо предмета фінансового права виходить за межі цієї роботи, тому висловимо згоду з розширеним його тлумаченням, що подають сучасні дослідники-правники фінансових правовідносин у ринковому господарстві: "Сфера управлінсько-регулятивного впливу фінансового права в Україні на даному етапі, окрім "державних фондів грошових коштів", включає: 1) сферу (ринки) фінансових послуг; 2) фондовий ринок та похідні фінансові інструменти; 3) ринок фіктивного капіталу; 4) фінансові відносини на ринку азартних ігор" [12, с. 9]. Власне, ця позиція відновлює дореволюційну концепцію: "Правила фінансового господарства, закріплені у відповідних законодавчих нормах, будуть фінансовим законодавством або фінансовим правом" [15].

Водночас відзначимо, що віднесення правового регулювання фінансових ризиків до предмету фінансового права має сенс лише у розумінні цієї галузі як науки і як навчальної дисципліни [25]. Нормативно-правове регулювання у широкому розумінні цього поняття як сукупність законів і підзаконних актів (включаючи нормативні документи органів державного управління) тією чи іншою мірою може стосуватися регулювання фінансових ризиків в усіх своїх складових, оскільки ситуації, у яких виникають фінансові ризики, трапляються у всіх сферах суспільного життя.

Як загальна дилема, це питання має певне вирішення – людині не заборонено вчиняти дії, пов'язані з ризиком для неї самої, однак застосовуються обмеження і навіть заборони щодо вчинення дій, які можуть призвести до ризику інших. Межа між цими взаємопов'язаними чинниками майже завжди розмита, а застосування права можливе лише за умови достатньої формалізації та чіткого визначення його умов, тому кожне суспільство знаходить власні шляхи для їх встановлення. Схожа ситуація спостерігається в Російській Федерації [24]. Щоправда, фахівці (наприклад, М. В. Анчукова) зазначають про відсутність практики застосування цієї статті у судовій практиці в Україні.

Незважаючи на проблеми практичної реалізації, можемо сформулювати перший принцип правового регулювання фінансових ризиків – держава має встановлювати певні правила й заборони у фінансовій діяльності в такому напрямі, щоб ця діяльність несла найменший ризик для інших осіб, які не причетні до неї. Цей основоположний принцип прагне реалізувати кожна держава у своєму законодавстві, але жодне з них не є досконалим – не лише внаслідок надзвичайної різноманітності можливих ризиків, а й здебільшого через неможливість досягнення повного компромісу в дилемі дотримання свободи особистості й недопущення завдання шкоди іншим. Оскільки ризики існують у всіх без винятку сферах людської діяльності, то досягнення вищого ступеня досконалості цього компромісу в кожному окремому випадку потребує об'єднання зусиль як фахівців юридичного профілю, так й експертів у галузі ризику.

Водночас у правових системах демократичних країн в певних межах допускається інший принцип – обмеження свободи дій людини не лише в плані недопущення ризику для інших, а й певною мірою – в інтересах запобігання ризику відносно її самої. Йдеться про те, що людина схильна недооцінювати ризик відносно до себе, зазвичай переоцінює власні можливості в подоланні ускладнень і впливів середовища. Кожен член суспільства певною мірою, як своєю свідомою діяльністю, так і поза своєю волею, пов'язаний з іншими. Можна констатувати, що в тих випадках, коли людина схильна недооцінювати ризики стосовно самої себе, а їх реалізація загрожує суспільним Інтересам, держава вимушена в певних межах обмежувати її дії з метою запобігання надмірним ризикам.

Між зазначеними вище принципами існує однозначна субординація – законодавчі вимоги щодо виключення або принаймні мінімізації ризику від дій громадянина відносно до інших осіб завжди вищі, ніж у тих випадках, коли такі ж правила чи обмеження дієздатності стосуються ризику для самого суб'єкта діяльності. Вияви такої субординації існують у законодавстві будь-якої держави. Так, в Україні власники транспортних засобів мають страхувати цивільну відповідальність на випадок пошкодження інших транспортних засобів чи спричинення шкоди здоров'ю інших людей в обов'язковому порядку, але власне майно і здоров'я на випадок такої ж автотранспортної аварії можуть страхувати за бажанням.

Третьою складовою загальних принципів запобігання ризикам є адекватність сукупних витрат зусиль, коштів і матеріальних ресурсів на цю справу зі збитком, який можна очікувати в разі реалізації ризикової загрози в дійсності. Міру цієї адекватності лише іноді можна визначити із задовільною точністю, зазвичай же доводиться задовольнятися компромісним рішенням. Так, жодна держава для захисту життя і здоров'я своїх громадян не здатна заборонити використання сучасних транспортних засобів.

Ризик загальної бідності, яка очікує державу в такому разі, неприпустимий – занепад такої держави відбудеться напевне. Тому ніде не забороняється застосування механічного транспорту, але для захисту від породжених ним ризиків витрачають величезні кошти й матеріальні ресурси на будівництво доріг, на їх облаштування та заходи щодо регулювання дорожнього руху. Ці витрати, напевне, більші, ніж сукупні втрати в державі від суттєвого обмеження швидкості руху в поєднанні з обмеженнями в користуванні транспортними засобами взагалі.

Поняття ризику без додаткових пояснень застосовується в українському законодавстві, причому частіше в тих розділах, у яких ідеться про гарантії свободи підприємництва. Так, стаття 42 Господарського кодексу України визначає: "Підприємництво – це самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку" [8].

У статті 44 щодо принципів підприємницької діяльності зазначено, що вона здійснюється на основі "комерційного розрахунку та власного комерційного ризику". Пункт 5 статті 63 встановлює для корпоративних суб'єктів принцип "участі засновників (учасників) у розподілі доходів та ризиків підприємства". Відповідно до статті 80 учасники всіх видів господарських товариств несуть ризик збитків пропорційно до розмірів своєї участі в товаристві. У багатьох інших статтях вітчизняної "підприємницької Конституції" спеціально містяться визначення того з учасників певних операцій, хто має взяти на себе наявний у ній ризик.

У стаття 333 зазначено, що "покриття довготермінових та короткотермінових ризиків суб'єктів господарювання" є основним призначенням цілої підгалузі економічної діяльності – страхування. Отже, Господарський кодекс України вказує на можливість допущення ризику, однак не передбачає санкцій за введення у стан ризику.

Що стосується поняття фінансового ризику, то Господарський кодекс України його взагалі не застосовує.

Цивільний кодекс України [21] у главі 8, у якій йдеться про різні форми господарських товариств, містить такі ж вказівки про розподіл ризиків між їх учасниками, як і Господарський кодекс України. Дещо докладніше згадується про ризики у статті 989, у якій страхувальнику надається зобов'язання "при укладенні договору страхування надати страховикові інформацію про всі відомі йому обставини, що мають істотне значення для оцінки страхового ризику, і надалі інформувати його про будь-які зміни страхового ризику".

Стаття 1056-1 зазначає, що "розмір процентів та порядок їх сплати за договором визначаються в договорі залежно від кредитного ризику, наданого для забезпечення, попиту і пропозицій, які склалися на кредитному ринку, строку користування кредитом, розміру облікової ставки та інших факторів."

Водночас у Цивільному кодексі України згадується і про можливість покладення ризику на конкретних суб'єктів залежно від обставин. Так, стаття 880 передбачає: "1. Віднесення ризику випадкового знищення або випадкового пошкодження об'єкта будівництва на замовника або підрядника до його прийняття замовником встановлюється відповідно до вимог закону, крім випадків, коли це сталося внаслідок обставин, що залежали від замовника".

Стаття 842 також містить вказівку на перекладення ризику на винну сторону: "1. Ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження (псування) матеріалу до настання строку здачі підрядником визначеної договором підряду роботи несе сторона, яка надала матеріал, а після настання цього строку – сторона, яка пропустила строк, якщо інше не встановлено договором або законом". Так само, як і в Господарському та Цивільному кодексах України, у яких відсутнє згадування про фінансовий ризик.

У контексті цього дослідження зазначимо, що Кримінальний кодекс України не передбачає відповідальності за приведення будь-кого до стану ризику. Кримінальний кодекс України містить термін "ризик" лише в одній статті 42. Однак кримінальне законодавство України передбачає випадки, коли особа звільняється від відповідальності за допущений ризик [14]:

"1. Не є злочином діяння (дія або бездіяльність), яке заподіяло шкоду правоохоронюваним інтересам, якщо це діяння було вчинене в умовах виправданого ризику для досягнення значної суспільно корисної мети.

2. Ризик визнається виправданим, якщо мету, що була поставлена, не можна було досягти в даній обстановці дією (бездіяльністю), не поєднаною з ризиком, і особа, яка допустила ризик, обґрунтовано розраховувала, що вжиті нею заходи є достатніми для відвернення шкоди правоохоронюваним інтересам.

3. Ризик не визнається виправданим, якщо він завідомо створював загрозу для життя інших людей або загрозу екологічної катастрофи чи інших надзвичайних подій".

Отже, можна узагальнити розгляд загального питання щодо правового регулювання фінансових ризиків висновком, що сучасна держава має розбудувати правові механізми захисту свободи діяльності громадян у такий спосіб, щоб дотримати компромісу між свободою кожного і ризиком спричинення шкоди інтересам інших членів суспільства, у межах можливого захистити кожного учасника економічних процесів від ризику нанесення шкоди самому собі і при цьому не допустити перевищення витрат на запобігання ризикам над реальними наслідками в разі реалізації загроз, що несуть у собі ті чи інші ризики.

1. Engle III Robert F. Risk and volatility: econometric models and financial practice [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nobelprize.org. 2. Балдин К. В. Управление рисками : [учеб. пособие] / К. В. Балдин, С. Н. Воробьев. – М. : ЮНИТИ, 2005. – 511 с. 3. Бігняк О. Поняття ризику в підприємницькій діяльності / О. Бігняк // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 8. – С. 58–61. 4. Бігняк О. В. Підприємництво як предмет правового регулювання в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук / О. В. Бігняк. – Донецьк, 2007. – 20 с. 5. Вітлінський В. В, Ризикологія в економіці та підприємництві : [монографія] / В. В. Вітлінський, Г. І. Великоіваненко. – К. : КНЕУ. – 2004. – 480 с. 6. Вітлінський В. В. Аналіз моделювання та управління економічним ризиком / В. В. Вітлінський, П. І. Верченко. – К. : КНЕУ, 2000. 7. Воронім А. Електронний банкінг та ризики його використання / А. Воронім //Фінансовий ринок України. – 2009. – № 1. – С. 8–9. 8. Господарський кодекс України від 16 січ. 2003 р. № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18, № 19–20, № 21–22, ст. 144. 9. Довгань Ж. Управління кредитними ризиками банків в умовах економічної кризи Україні / Ж. Довгань // Вісник НБУ – 2010. – № 8. – С. 51–55. 10. Дуглас А. Мак Интур. В поисках человека, с которого начался кризис [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.finiz.ru/economic/ articlel 253365.10.02.2009. 11. Іванський А. М. Фінансово-правова відповідальність в сучасній Україні: теоретичне дослідження : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук / А. М. Іванський. – Одеса, 2009. – 43 с. 12. Ковальчук А. Т. Финансовое право: "ревматизм" старой эпохи или комплексный регулятор публичных отношений? / А. Т. Ковальчук // Государство и право. – 2010. – № 1. – С. 35–44. 13. Криклій О. А. Управління кредитним ризиком банку : [монографія] / О. А. Криклій, Н. Г. Маслак. – Суми : ДВНЗ "УАБС НБУ", 2008. – 186 с. 14. Кримінальний кодекс України від 5 квіт. 2001 р. № 2341-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25–26, ст. 131. 15. Лебедев А. В. Финансовое право / Лебедев А. В. – М. : Статут, 2000. – 460 с. 16. Лук'янова В. В. Економічний ризик / В. В. Лук'янова , Т. В. Головач. – К. : Вид. центр "Академія", 2007. – 464 с. 17. Пацурківський П. С. Суще на належне у фінансовому праві: основні типи доктринальних вирішень / П. С. Пацурківський // Проблеми філософії права. – Т. 1. – 2003. 18. Ровинский Е. А. Предмет советского финансового права / Е. А. Ровинский // Советское государство и право. – 1940. – № 3. – С. 32–48. 19. Тімуш І. Рента як ризиковий договір (цивільно-правові аспекти / І. Тімуш // Право України. – 2004. – № 1. – С. 50–56. 20. Фінкельштейн О. Б. Фінансові ризики у системі банківських ризиків : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. економ. наук / О. Б. Фінкельштейн. – К., 2001. – 20 с. 21. Цивільний кодекс України від 16 січ. 2003 р. № 43 5-IV //Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44, ст. 356. 22. Четыркин Е. М. Финансовые риски / Е. М. Четыркин. – М. : Дело. – 2008. – 175 с. 23. Шереметьева О. Поняття валютного ризику як правова категорія / О. Шереметьева // Право України. – 2003. – № 9. – С. 111–114. 24. Шумков А. С. Обоснованный риск как обстоятельство, исключающее преступность деяния : автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук / А. С. Шумков. – М., 2006. – 20 с. 25. Ямненко Т. М. Фінансове право: галузь права, навчальна дисципліна і наука : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук / Т. М. Ямненко. – К., 2004. – 20 с.

Надійшла до редколегії 22.09.10

Наукове видання

ВІСНИК

КИЇВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА

ЮРИДИЧНІ НАУКИ

Випуск 85

Друкується за авторською редакцією

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.

Підписано до друку 14.01.11. Формат 60x84 1/8. Вид. № 246-4. Гарнітура Arial. Папір офсетний.
Друк офсетний. Наклад 300. Ум. друк. арк. 13,7. Обл.-вид. арк. 14,75. Зам. № 210-5462.

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: vpc@univ.kiev.ua
http: vpc.univ.kiev.ua