

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. Клепикова, 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 28.02.11 (протокол № 5)
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, 6-р Т.Шевченка, 14, кімн. 43 ☎ (38044) 239 31 72, 239 32 22; факс 239 31 28

Краснова М.	Правові аспекти форми та змісту договорів в екологічному праві	4
Кохановська О.	Особисті немайнові права, що забезпечують природне існування фізичної особи як уособлення захисту прав і основних свобод людини в сучасній Україні	7
Берзін П.	Невідомі учні О.Ф. Кістяківського (Я.Я. Шостак, М.М. Ступін, М.Я. Могилянський)	10
Комзюк Л.	Гармонізація охорони прав на бази даних у процесі європейської інтеграції: досвід для України	13
Пацурия Н.	Страхування як соціально-економічний феномен	16
Отрадна О.	Деліктні зобов'язання в цивільному праві Франції	20
Дячук Л.	Інститут посагу у ранньовізантійському праві: еволюційний та системний аспекти	23
Мірошниченко А., Шапов А.	Сфера допустимого застосування примусового відчуження земельних ділянок в Україні	30
Черноус С.	Випробування при прийнятті на роботу: теоретичні та практичні проблеми	32
Кологойда О.	Поняття та юридична природа цінних паперів	36
Марченко С.	Тенденції и перспективы законодательного регулирования товарного сельскохозяйственного производства в Украине	39
Резнікова В.	Державне регулювання посередництва в сфері господарювання	42
Божко В.	Аналіз впливу принципів права на законодавство крізь призму правових позицій Конституційного суду Російської Федерації	48
Лукач І.	Загальний огляд конкурентних правопорушень	52
Тищенко О.	Правовий захист від дискримінації за віком в трудових відносинах: проблеми реалізації	55
Малишев Б.	Категорії "ціль права" та "доцільність права" у праці Густава Радбруха "Філософія права"	58
Цветкова Ю.	До питання про поділ романо-германської правової сім'ї на підсім'ї	60
Поєдинок В., Назарова В.	Правові режими зовнішньоторговельної діяльності	63
Кармаза О.	Способи подолання прогалин у житловому законодавстві України	67
Куцевич М.	Місце доктрини в системі джерел кримінального права України	71
Краснова Ю.	Регулятивно-стимулюючі заходи правового забезпечення екологічної безпеки в галузі авіації	73
Самбор М.	Судовий захист прав та інтересів під час первинного набуття права власності на землю	77
Сідор В.	Співвідношення системи земельного права і системи земельного законодавства України	81
Совгиря О.	Уряд як суб'єкт конституційно-правової та політичної відповідальності	84
Лагнюк О.	Питання визначення суб'єкта незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт або яке описано чи підлягає конфіскації (ст. 388 КК України)	87
Златіна Н.	Діяльність міжнародних організацій у сфері банківського нагляду та їх вплив на правове регулювання банківського нагляду в Україні та інших країнах Європи	90
Кравченко М.	Особливості реалізації законів в Україні (теоретичний аспект)	93
Волинець Р.	Безпосередній об'єкт нецільового використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням (ст. 210 КК України)	98
Скирта Д.	Державний фінансовий контроль у сфері державних закупівель в світлі нового Закону України "Про здійснення державних закупівель"	101
Прохоренко К.	Теоретичні аспекти поняття "клімат" в еколого-правовому регулюванні	104
Шоха Т.	Теоретико-правові аспекти екологічного страхування	106
Заярний О.	Господарсько-правова відповідальність в механізмі правового регулювання господарських відносин	110

CONTENTS

Krasnova M.	
Legal aspects of the form and contents of contracts in ecology law	4
Kohanovska O.	
Personal non-property rights, which guarantee the natural existence of a physical person.....	7
Berzin P.	
Unknown pupils of O.F. Kistiakivskiy (J.J. Shostack, M.M. Stupin, M.J. Mogilianskiy)	10
Komziuk L.	
Harmonization of databases rights protection in the process of European integration: experience for Ukraine.....	13
Patsuriya N.	
Insurance as socio-economic phenomenon.....	16
Otradnova O.	
Torts in French civil law	20
Djatchuk L.	
The institute of dowry in early Byzantium right: evolutionary and system aspects	23
Miroshnychenko A., Shaipov A.	
The Sphere where Land Expropriation can be Used Legitimately in Ukraine	30
Chernous S.	
The Hiring Probation: Theoretical and Practical Problems	32
Kologoyda O.	
Concept and legal nature of securities.....	36
Marchenko S.	
Tendencies and Perspectives of the Legislative Regulation of the Trade Agricultural Production in Ukraine.....	39
Reznikova V.	
State regulation of mediation in economical field	42
Bogko V.	
Analysis of law principles influence on legislation through the prism of constitution court of Russian Federation judicial line	48
Lukach I.	
Overview of competitive offenses	52
Tishchenko E	
Legal protection from age discrimination in employment relations: problems of implementation.....	55
Malyshev B.	
The categories "purpose of law" and "expediency of law" in Gustav Radbruch's "Philosophy of law"	58
Tsvetkova J.	
On the Question of the Roman-German Legal Family dividing to subfamilies	60
Poiedynok V., Nazarova V.	
Legal regimes of international trade activities	63
Karmaza O.	
Ways of overcoming the gaps in housing law of Ukraine.....	67
Kucevich M.	
Doctrine in the system of source of the Ukrainian criminal law	71
Krasnova J.	
Regulatory and incentive measures of the legal measures of providing for environmental safety in the aviation sector.....	73
Sambor M.	
Judicial protection of rights and interests during the initial acquisition of land ownership	77
Sidor V.	
Correlation of the system of land law and system of land legislation	81
Sovgiria O.	
Government as a Subject of Constitutional Legal and Political Liability	84
Lagnuk O.	
Problems of determination the subject of illegal actions concerning the property under arrest, inventory property or the property which is the subject to confiscation (article 388 of the Criminal Code of Ukraine).....	87
Zlatina N.	
Activities of international organizations in the field of banking supervision and their impact on the regulation of banking supervision in Ukraine and other European countries	90
Kravchenko M.	
Features of realization of laws are in Ukraine (theoretical aspect).....	93
Volynetz R.	
Direct object of offense of budget funds, expenditure budget or loans from the budget without established budgetary allocations or from their excess (article 210 of the Criminal Code of Ukraine)	98
Skyrta D.	
State financial control in public procurement in light of the new Law of Ukraine "On public procurement"	101
Prokhorenko K.	
Theoretical aspects of the term "climate" in environmental law regulation.....	104
Shokha T.	
Ecological Insurance Judiciary Theoretic Aspects	106
Zayarnuy O.	
Correlation of conceptions of economy-legal responsibility and economy-legal sanctions	110

ПРАВОВІ АСПЕКТИ ФОРМИ ТА ЗМІСТУ ДОГОВОРІВ В ЕКОЛОГІЧНОМУ ПРАВІ

В статті досліджуються форма та зміст форми договорів в екологічному праві.

В статье исследуются форма и содержание договоров в экологическом праве.

The article describes the form and contents of contracts in ecology law.

Ключові слова: договори, договірні екологічні відносини, форма та зміст договорів.

Ключевые слова: договоры, договорные экологические отношения, форма и содержание договоров.

Key words: agreements, contract ecology relations, form and contents of contracts.

Публічно-правовий характер договорів в екологічному праві обумовлює дослідження їх форми та змісту як необхідної умови виконання еколого-правових вимог, норм, правил, нормативів та стандартів. Питання форми та змісту еколого-правових договорів торкалися в своїх працях А.К. Соколова, Л.В. Мороз, М.М. Бринчук, С.О. Боголюбов, М.О. Геталова, Д.В. Хаустов, О.Ф. Суров та інші вчені. При цьому береться до уваги, що еколого-правовим договорам як будь-якій формі упорядкування суспільних відносин притаманні зовнішні та внутрішні ознаки. Такі ознаки відносяться безпосередньо до поняття самого договору у значенні соціально-правового явища, або до його внутрішнього змісту. Зокрема, зовнішніми ознаками договору є форма, внутрішніми – суб'єктивні ознаки, структурні елементи і зміст. Форма еколого-правових договорів як необхідна умова їх виконання.

Форма договору традиційно представляє собою спосіб зовнішнього виявлення і прояву: порядку реалізації волі, цільових прагнень, предмета, об'єму повноважень суб'єктів договірних відносин, характеру і строковості діяльності (взаємодії) сторін, що домовляються, а також негативних юридичних наслідків у результаті відхилення від домовлених сторонами умов такої взаємодії. Як відомо, формою угоди в цивільно-правовій літературі називають формою волевиявлення сторін [1, с. 171].

Традиційно загальні правила про форму угод передбачаються в ЦК України. Цивільному праву відомі усні угоди та письмові договори. Зокрема, усно можуть вчинятися правочини, які повністю виконуються сторонами в момент їх вчинення. Так само форми договорів в екологічному праві можуть бути усними або письмовими. Наприклад, згідно з загальними положеннями екологічного законодавства з метою забезпечення права громадян на здійснення загального використання природних ресурсів *усними правочинами* можуть виступати безоплатні договори про встановлення земельних та лісових сервітутів, таких як право проходу, в тому числі до природної водойми, право забору води з природної водойми, розташованої на сусідній земельній ділянці тощо (ст. 99 ЗК України, ст. 23 ЛК України).

Водночас, зважаючи на публічно-правовий характер, еколого-правові договори в основному мають бути *письмовими*, такими, що вчиняються в простій або нотаріально посвідченій формі. Особливо, коли такі правочини укладаються між юридичними особами, або між фізичними та юридичними особами, за винятком правочинів, передбачених у п. 1 ст. 207 ЦК України. Письмова форма правочинів забезпечує, з одного боку, упорядкування прав та обов'язків сторін у договорі, додержання договірної дисципліни, особливо, коли це впливає із необхідності забезпечення виконання екологічної правосуб'єктності осіб, з іншого – є гарантією письмового доказування взятих контрагентами повноважень, а також захисту їх прав у суді у разі виникнення спорів.

Як правило, *письмова форма* еколого-правових договорів прямо визначається законом. Наприклад, ст. 14 Закону України від 6 жовтня 1998 р. "Про оренду землі" [2] передбачено *письмова форма* договору, яка може

бути *простою*, або за бажанням однієї із сторін може бути *нотаріально посвідченою*. Письмова форма еколого-правового договору може впливати з таких положень закону, які передбачають затвердження в установленому порядку типових договорів. Так, відповідно до ст. 8 Закону України від 16 липня 1999 р. "Про концесії" [3] Кабінет Міністрів України постановою від 12 квітня 2000 р. № 643 затвердив форму Типового концесійного договору [4].

Для забезпечення належної форми еколого-правових договорів важливими є питання їх *змісту*, тобто тих умов, на яких укладена відповідна угода сторін. У письмових договорах такі умови фіксуються в його пунктах, в яких можуть міститися посилання на норми чинного у цій сфері законодавства. Оскільки еколого-правовий договір може виступати підставою виникнення еколого-правових зобов'язань, то його зміст розкривається передусім через права та обов'язки його учасників, визначені умовами договору.

За загальними положеннями цивільного законодавства договір вважається укладеним, коли між сторонами досягнуто згоди за всіма істотними умовами. При цьому *істотними умовами* є ті умови договору, які визнані такими за законом або необхідні для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою однієї із сторін має бути досягнуто згоди. В екологічному праві переважають законодавчо визначені істотні умови договорів, які слід розглядати як вагомий засіб належного виконання таких договорів. Традиційно істотними умовами договорів є найменування сторін угоди, їх об'єкт, строк дії договору, ціна договору, використання прав та виконання зобов'язань, відповідальність сторін.

Коло таких умов можна визначити, проаналізувавши норми екологічного законодавства. Так, згідно із ст. 8 Закону України від 14 вересня 1999 р. "Про угоди про розподіл продукції" [5] *загальними істотними умовами* угоди про розподіл продукції є: найменування сторін угоди та їх реквізити; характеристика ділянки надр (родовищ корисних копалин), щодо якої укладається угода, включаючи географічні координати району робіт, а також обмеження щодо глибини промислової розробки надр; умови надання земельної ділянки для потреб, пов'язаних з користуванням надрами, та ділянки надр; строк дії угоди, дата, місце підписання та порядок набрання нею чинності; відповідальність сторін угоди та засоби її забезпечення; порядок розгляду спорів (пп. 1-3, 28-30 ст.8).

Спеціальними істотними умовами такої угоди є: проект рекультивції земель, порушених під час проведення пошуку, розвідки та видобування корисних копалин; вид (види) використання надр; перелік, обсяги і строки виконання передбачених угодою робіт; права та обов'язки сторін, зокрема права інвестора щодо користування земельною ділянкою, надрами та інші права, а також його обов'язки, передбачені частиною 5 цієї статті; умови використання корисних копалин; порядок узгодження сторонами річних бюджетів та програм робіт, які зобов'язується виконати інвестор; порядок визначення вартості видобутих корисних копалин; порядок внесення платежів за користування надрами та збору

за геологорозвідувані роботи, виконані за рахунок державного бюджету; пункт виміру; обов'язок інвестора доставляти вироблену продукцію в пункт виміру; умови визначення обсягу компенсаційної продукції; склад витрат, що підлягають відшкодуванню компенсаційною продукцією; порядок та умови розподілу прибуткової продукції між державою та інвестором; порядок і строк передачі державі належної їй частини прибуткової продукції. Угодою може бути передбачено передача державі грошового еквівалента частини прибуткової продукції, що належить державі; порядок переходу права власності на вироблену продукцію; порядок одержання інвестором частини прибуткової продукції, що належить йому відповідно до угоди; порядок переходу права власності на майно інвестора до держави (пп. 4-21 ст. 8).

Особливими істотними умовами таких угод є: порядок контролю за веденням передбачених угодою робіт, виконанням інших умов угоди; строк, форми та зміст звітів, інформації, рахунків, що подаються інвестором Міжвідомчій комісії; вимоги щодо повернення ділянок надр та земельних ділянок, наданих для потреб, пов'язаних з користуванням надрами, після закінчення дії угоди у разі її дострокового припинення або закінчення окремих етапів робіт, а також строки та порядок повернення цих ділянок; умови внесення змін, дострокового припинення або продовження дії угоди; умови переуступлення інвестором права та обов'язків, передбачених угодою; вимоги щодо раціонального і комплексного використання та охорони надр і довкілля, безпеки та охорони праці персоналу, залученого до передбачених угодою робіт; порядок консервації або ліквідації гірничих об'єктів; порядок передачі інвестором рухомого майна державі, яке було ним створене або придбане для виконання угоди про розподіл продукції та право власності на яке перейшло до держави відповідно до закону; інші істотні умови, передбачені цим Законом (пп. 22-27, 31-32 ст. 8).

Закон передбачає, що за згодою сторін угодою про розподіл продукції можуть передбачатися й інші умови (абз. 3 ч. 2 ст. 8 цього Закону), а також те, що невід'ємною частиною угоди про розподіл продукції є додатки, на які сторони посилаються в тексті угоди, зокрема вичерпний перелік встановлених правил, норм, стандартів ведення робіт, пов'язаних із користуванням надрами, охороною довкілля, використанням і переробкою мінеральної сировини, розрахунки, плани, переліки, програми, таблиці тощо, а в разі потреби – висновки експертів (акти експертиз), науковців і фахівців, залучених до розроблення проекту угоди (ч. 4 ст. 8). Крім цього, угода про розподіл продукції повинна передбачати обов'язки інвестора щодо: надання переваг продукції, товарам, роботам, послугам та іншим матеріальним цінностям українського походження за рівних умов стосовно ціни, строку виконання, якості, відповідності міжнародним стандартам; прийняття (наймання) на роботу на території України працівників для зазначених в угоді потреб з числа громадян України та для організації їх навчання в обсягах, передбачених угодою (ч. 5 ст. 8).

Зважаючи на публічно-правовий характер угод про розподіл продукції, Закон виділяє й *особливі додаткові* умови. Зокрема, угоди про розподіл продукції, укладені щодо пошуку, розвідки та видобування вуглеводної сировини, а також щодо використання родовищ із значними запасами корисних копалин, повинні передбачати й такі істотні умови: щорічне декларування видобувних характеристик; порядок використання геологічною, геофізичною та іншою інформацією; порядок і особливості обліку витрат на промислові та технологічні потреби; порядок і строки оцінки рівня забруднення до-

вкілля в районі експлуатації ділянки надр (земельної ділянки, наданої для потреб, пов'язаних із користуванням надрами) на момент укладення угоди; обсяги і строки виконання природоохоронних заходів; порядок узгодження та затвердження річних програм робіт, зокрема програм проведення нафтових операцій; умови відповідального зберігання державної частки видобутих корисних копалин до передачі їх державі; умови страхування майнових ризиків, включаючи втрату видобутих корисних копалин внаслідок розливу, повені, пожежі; умови виключного ризику під час розробки родовищ (ч. 1 ст. 9 Закону).

Із числа наведених істотних умов угод про розподіл продукції можна виділити власне еколого-правові умови, такі, зокрема, які стосуються забезпечення додержання цільового використання природних ресурсів, наданих у користування, їх охорони, забезпечення екологічної безпеки в процесі користування такими природними ресурсами, укладання додаткових угод з метою забезпечення виконання таких істотних умов: договорів екологічного стахування, екологічного аудиту, екологічної та інших експертиз тощо.

Найменування сторін в еколого-правових договорах традиційно стосується питання *суб'єктів таких договорів*. Як зазначається в літературі суб'єктний склад еколого-правових договорів аме й відмінний тим, що обов'язково хоча б одна із сторін має виступати як суб'єкт публічного права [6, с. 20]. Такими суб'єктами можуть бути передусім державні органи – Кабінет Міністрів України, Міністерство екології і природних ресурсів України, Національне агентство екологічних інвестицій України, інші міністерства та відомства, їх територіальні органи, державні адміністрації, а також органи місцевого самоврядування – Ради, їх виконавчі комітети. Ці органи забезпечують свої регулятивні владні повноваження, пов'язані з передачею природних ресурсів, цілісних майнових комплексів, що знаходяться в державній чи комунальній власності у користування, забезпечуючи при цьому суспільно значимий інтерес. Таких суб'єктів закон називає *державними замовниками, державними партнерами* [7], *орендодавцями, концесієдавцями* тощо.

Іншими суб'єктами еколого-правових договорів виступають фізичні особи – підприємці, юридичні особи, крім державних та комунальних підприємств, які використовують природні ресурси, здійснюють екологічно небезпечні види діяльності – відвід в навколишнє природне середовище небезпечних викидів, скидів, відходів чи інших небезпечних факторів, здійснюють перевезення небезпечних вантажів, використовують небезпечні речовини чи об'єкти підвищеної небезпеки, виконують еколого-експертні, еколого-аудиторські, страхові, підрядні та інші роботи, надають послуги у сфері використання природних ресурсів, охорони довкілля та забезпечення екологічної безпеки.

Таких суб'єктів закон може називати *приватними партнерами, інвесторами, виконавцями, орендарями, концесіонерами* тощо. Інколи законодавство вимагає, щоб в угодах були визначені документи, якими підтверджується повноваження сторін щодо їх підписання (ч. 7 ст. 8 Закону України "Про угоди про розподіл продукції"). Як правило, повноваження таких суб'єктів визначаються законами, положеннями, статутами тощо, підтверджуються документами про їх державну реєстрацію як суб'єктів підприємницької та іншої діяльності. Цим самим підтверджується належна правосуб'єктність сторін еколого-правових договорів.

Права та обов'язки сторін еколого-правових договорів, які в них зазначаються, не повинні суперечити правам та обов'язкам, визначених у законодавстві, однак

можуть деталізуватися з метою належного забезпечення істотних умов договорів.

Змістовними елементами еколого-правових договорів виступають їх об'єкти та предмет. Єдності думок щодо понять "об'єкт" і "предмет" договорів в літературі немає. Інколи ці поняття за своїми значеннями збігаються. При цьому береться до уваги зобов'язальний характер правовідносин, у межах яких реалізуються договори. Наприклад, виділяють *юридичний об'єкт* (об'єкти) зобов'язання, яким визначається певна поведінка (*дія*) зобов'язальної особи, і *матеріальний об'єкт* (об'єкти), яким є той або інший об'єкт цивільних відносин (майно, гроші) [8, с. 628]. Водночас вважається, що дії, які мають бути вчинені одним учасником зобов'язання на користь іншого, називаються *предметом виконання*. Якщо ці дії пов'язані з передачею певного майна, поняттям предмета виконання охоплюється і конкретне майно [8, с. 659].

Об'єкти та предмет еколого-правових договорів, як правило, визначаються законодавством. Так, наприклад, об'єктом оренди землі згідно із ст. 3 Закону України "Про оренду землі" визначено земельну ділянку. Об'єктами концесії можуть виступати цілісні майнові комплекси, системи цілісних майнових комплексів для здійснення діяльності у сферах водопостачання, відведення та очищення стічних вод, забезпечення функціонування зрошувальних і осушувальних систем, збирання та утилізації сміття, оброблення відходів (ст. 3 Закону України "Про концесії"). Однак, об'єктом концесії визначається й пошук, розвідка родовищ корисних копалин і їх видобування (абз. 5 ч. 2 ст. 3 цього ж Закону). У Типовому концесійному договорі, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України від 12 квітня 2000 р. № 643 окремо визначаються предмет та об'єкт такого договору. Зокрема, предметом концесійного договору вивчається право концесіонера впродовж визначеного терміну створити (побудувати) чи істотно поліпшити та (або) здійснювати управління (експлуатацію) об'єкта концесії з метою задоволення громадських потреб у відповідній сфері. Об'єктом концесії визначається конкретний об'єкт – будівля, споруда, майновий комплекс, ділянка надр, земельна ділянка тощо.

В окремих випадках в розділі договору про предмет може зазначатися рішення державного органу чи органу місцевого самоврядування, згідно з яким відповідному суб'єкту передано у користування на тих чи інших умовах об'єкт природи, або інший об'єкт, їх місцезнаходження, розмір тощо.

Отже, *об'єктами еколого-правових договорів* можуть бути як природні ресурси (їх частини), природно-соціальні умови, природні комплекси, ландшафти, екологічні системи, так і інші об'єкти матеріального світу – цілісні майнові комплекси, споруди, будівлі тощо, в тому числі об'єкти підвищеної екологічної небезпеки. *Предметом еколого-правових договорів* можуть бути відповідні зобов'язання, якими визначається конкретна поведінка здійснити певний вид господарської, науково-дослідної, експертної, пошукової та іншої діяльності: виконати рекультиваційні, водоохоронні, лісовідновні, риборозводні, атмосфероочисні заходи, провести екологічну експертизу чи екологічний аудит, розробити проект меліоративних робіт, проект граничнодопустимих викидів чи скидів забруднюючих речовин тощо. Особливості становлять об'єкт та предмет договору екологічного страхування – це життя та здоров'я громадян та їх майно, майно і доходи підприємств, установ і організацій на випадок шкоди, заподіяної внаслідок забруднення навколишнього природного середовища та погіршення якості природних

ресурсів (ст. 49 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища").

Важливими істотними умовами (елементами змісту) еколого-правових договорів є їх *ціна та строки*. Особливості ціни (вартості робіт) в еколого-правових договорах обумовлена можливістю залучення до їх виконання коштів місцевих та державних бюджетів, коштів фондів охорони навколишнього природного середовища, коштів страхових фондів, коштів кредитних установ, власних коштів підприємств, установ, організацій, інших фінансових джерел. Наприклад, згідно зі ст. 9 Закону України "Про державно-приватне партнерство" фінансування державно-приватного партнерства може здійснюватися за рахунок: фінансування ресурсів приватного партнера; фінансових ресурсів, запозичених в установленому порядку; коштів державного та місцевих бюджетів; інших джерел, не заборонених законом.

В еколого-правових договорах можуть визначатися форми платежів, наприклад, орендна плата у грошовій, натуральній та відрітковій формі (ст. 22 Закону України "Про оренду землі"). Відповідно до ч. 2 ст. 25 Закону України "Про угоди про розподіл продукції" під час виконання угоди про розподіл продукції інвестор сплачує податки і збори (обов'язкові платежі), визначені Податковим кодексом України, а також єдиний внесок на загальнообов'язкове державне соціальне страхування українських та іноземних громадян, нанятих на роботу в Україні.

Інколи в еколого-правових договорах може визначатися порядок внесення платежів за користування об'єктом договору: щомісячно, щоквартально, раз на рік. Якщо предметом еколого-правового договору є виконання певних робіт, ціна договору може передбачати авансові платежі, грошові премії за своєчасність та якість таких робіт.

Строки еколого-правових договорів можуть базуватися на строках договорів відповідного виду, визначених в законі. Наприклад, концесійний договір може укладатися на строк, визначений у договорі, але має бути не менше 10 років та не більше 50 років (ст. 9 Закону України "Про концесії"). Інколи строки еколого-правових договорів можуть обумовлюватися періодами виконання робіт (послуг), включаючи сезони року, наприклад: весна-літо, або періодами фінансування таких робіт.

Змістовним елементом еколого-правових договорів притаманні й *заходи стимулювання та відповідальності*. Як правило, в таких договорах містяться розділи, присвячені цим питанням. Зокрема, заходами стимулювання можуть виступати визначені щодо виконавця договору пільги при оподаткуванні, кредитуванні та іншому фінансуванні, матеріальні та моральні заохочення [9, с. 63]. Зокрема, пільгове кредитування для одержання коштів, необхідних для впровадження природоохоронних заходів, використання коштів фондів охорони навколишнього природного середовища передбачено в ст.ст. 47-48 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища". Стимулювання в сфері реалізації еколого-правових договорів має стосуватися якості виконуваних природоохоронних заходів. Моральними стимулами може вважатися видача авторських свідоцтв, сертифікатів, дипломів переможців всеукраїнських конкурсів на звання найкращий підприємець року, пріоритетна видача державних замовлень і дозволів при проведенні конкурсів на виконання таких робіт. Як відомо, більшість угод в екологічному праві укладається з переможцями відповідних аукціонів, конкурсів.

В межах реалізації спеціальної еколого-правової суб'єктності регулюються і еколого-правові договірні та позадоговірні відносини в сфері відповідальності за порушення вимог екологічного законодавства, особли-

во деліктної відповідальності, про що прописується у відповідних розділах вищезазначених договорів. Як правило, в розділі про відповідальність зазначається, що сторони несуть відповідальність згідно з чинним законодавством.

Водночас, за неналежне виконання умов договору до винних осіб можуть бути застосовані різні види юридичної відповідальності. Особливо таких як еколого-правова відповідальність, санкцією якої є рішення про обмеження, зупинення (тимчасово) та припинення діяльності, яка порушує вимоги екологічного законодавства. Не менш важливою є майнова (цивільно-правова) відповідальність, особливо коли при виконанні договірних зобов'язань завдається шкода навколишньому природному середовищу, життю і здоров'ю громадян, а також майновим правам інших осіб, включаючи державу.

Отже, відповідна форма та зміст еколого-правових договорів виступають вагомими засобами забезпечення, з одного боку, порядку реалізації волі, цілей, предмета, об'єма повноважень договорних сторін, з іншого –

належного екологічного правопорядку, в межах якого досягається ефективний суспільний інтерес у галузі раціонального використання природних ресурсів, охорони довкілля та забезпечення екологічної безпеки.

1. Боброва Д.В. Угоди (правочини) : в кн. : Цивільне право України: Підручник: у 2-х кн. / О.В. Дзера (керівник авт. кол.), Д.В. Боброва, А.С. Довгерт та ін.; За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – С. 171. 2. Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 10. – Ст. 102. 3. Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 41. – Ст. 372. 4. Офіційний вісник України. – 2000. – № 15. – Ст. 625. 5. Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 44. – Ст. 391. 6. Хаустов Д. В. Публічно-правові договори в природопользованні / Екологічне право. – 2003. – № 4. – С. 17-24. 7. Додаток 1 до Загальнодержавної цільової екологічної програми поводження з радіоактивними відходами, затв. Законом України від 17 вересня 2008 р. / Відомості Верховної Ради України. – 2009. – № 5. – Ст. 8; ст. 1 Закону України від 1 липня 2010 р. "Про державно-приватне партнерство" / Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 40. – Ст. 524. 8. Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / О.В. Дзера (кер. авт. кол.), Д.В. Боброва, А.С. Довгерт та ін.; За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, 2004. – Кн. 1. – С. 628. 9. Мороз Л. Н. Улучшение природных ресурсов: Договорные отношения. – Минск, 1994. – 72 с.

Надійшла до редколегії 20.01.11

О. Кохановська, д-р юрид. наук

ОСОБИСТІ НЕМАЙНОВІ ПРАВА, ЩО ЗАБЕЗПЕЧУЮТЬ ПРИРОДНЕ ІСНУВАННЯ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ ЯК УСОБЛЕННЯ ЗАХИСТУ ПРАВ І ОСНОВНИХ СВОБОД ЛЮДИНИ В СУЧАСНІЙ УКРАЇНІ

Публікація присвячена дослідженню змісту основних прав, що забезпечують природне існування фізичної особи, закріплених в ЦК України.

Ключові слова: права, що забезпечують природне існування фізичної особи; цивільний кодекс.

Публикация посвящена исследованию содержания основных прав, которые обеспечивают природное существование физического лица, закреплённых в ГК Украины.

Ключевые слова: права, которые обеспечивают природное существование физического лица; гражданский кодекс.

The paper examines the subject-matter of the fundamental rights, which guarantee the natural existence of a physical person, in accordance to the Civil Code of Ukraine.

Keywords: rights, which guarantee the natural existence of a physical person, the Civil Code.

Актуальність публікації випливає із самого змісту прав, яким вона присвячена як найбільш важливим для фізичної особи, для самого її існування і значення, яке надається реалізації цих прав в усіх розвинутих державах. Так, до особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування фізичної особи ЦК України відносять: право на життя; право на усунення небезпеки, яка загрожуватиме життю та здоров'ю; право на охорону здоров'я; право на медичну допомогу; право на інформацію про стан свого здоров'я; право на таємницю про стан здоров'я; права фізичної особи, яка перебуває на стаціонарному лікуванні у закладі охорони здоров'я; право на свободу; право на особисту недоторканність; право на донорство; право на сім'ю; право на опіку або піклування; право на безпечне для життя і здоров'я довкілля, які закріплені у главі 21.

Головним, фундаментальним правом людини є право на життя. Існування цього права обумовлено самим існуванням людини, отже, воно є найбільш природним. ЦК України у ст. 281 закріплює невід'ємне право на життя кожної фізичної особи, яка не може бути позбавлена життя і має право його захищати від протиправних посягань будь-якими засобами, не забороненими законом.

Традиційно право на життя розумілося як право на збереження життя і трактувалося, перш за все, як відмова від війни і участі в ній, відмова від смертної кари, встановлення порядку застосування зброї і знаходження її у цивільному обігу. Коментарі до Конституції України, роз'яснюючи поняття права на життя, вказують на те, що його зміст різниться у різних державах.

Зміст наведеної ст. 27 Конституції України свідчить, на думку фахівців конституційного права, про те, що в

Україні діє принцип не абсолютного, а відносного права на життя: "Ніхто не може бути свавільно позбавлений життя". ЦК України, як можна зрозуміти із тексту ст. 281, веде мову про абсолютне право на життя: "Фізична особа не може бути позбавлена життя".

Не лише складним, але і дискусійним завжди було саме поняття життя. Можна погодитися з думкою, що життя – це фізичне, духовне та соціальне функціонування людини як комплексного біосоціального організму.

Оскільки життя є триваючим процесом, важливе значення має визначення моменту появи життя і моменту його припинення. Для цивільного права ці проблеми пов'язані із визначенням юридично значимих фактів їх правовими наслідками. Саме завдяки праву на життя у правовій державі, де в повній мірі діють закони громадянського суспільства, права та законні інтереси громадян є пріоритетними між всіма іншими.

В сучасному розумінні право на життя розглядається як особисте немайнове право фізичної особи, яке виникає з приводу особистого нематеріального блага, яким є життя кожної людини. Характерною особливістю права на життя є те, що його виникнення чи припинення у більшості випадків не залежить від волі управомоченої особи. Народження та смерть людини – особливий різновид юридичних фактів, що належать до подій. Однак цивільне право не може не охоплювати своїм регулюючим впливом зазначені події, оскільки як народження людини, так і в ряді випадків її смерть, відбувається у зв'язку з волевиявленням тих чи інших осіб, які можуть суттєво вплинути на зародження нового життя чи передчасне закінчення існуючого.

Право на життя має декілька аспектів, в тому числі право на збереження життя (індивідуальності) і право на розпорядження життям. Законодавче встановлення початку життя дозволяє відповісти на питання: на якій стадії свого розвитку людський ембріон чи плід стає життєздатним (може існувати поза організмом матері) і є суб'єктом права. При цьому під процесом народження в медичній практиці і теорії розуміється проміжок часу між початком фізіологічних пологів і моментом початку самостійного дихання дитини, а отже під юридичним фактом народження розуміється початок самостійного дихання дитини.

Цивільне право України приділяє значну увагу питанням штучного переривання вагітності і впровадження репродуктивних технологій. Така дія, як штучне переривання вагітності, може здійснюватися за бажанням жінки, якщо вагітність не перевищує дванадцяти тижнів і може бути проведена при вагітності від дванадцяти до двадцяти двох тижнів у випадках, встановлених законом (ч. 6, ст. 281 ЦК України). Перелік обставин, що дозволяють переривання вагітності після дванадцяти тижнів вагітності встановлюється законодавством. Повнолітня жінка або чоловік мають також право за медичними показаннями на проведення щодо них лікувальних програм допоміжних репродуктивних технологій згідно з порядком та умовами, встановленими законодавством.

Передбачена законом охорона прав та інтересів майбутньої дитини є способом збереження можливих суб'єктивних прав на випадок, якщо дитина народиться живою. Таким чином, законодавство, так само як і раніше, визнає суб'єктом права лише ту дитину, яка народилася живою, а до народження дитина є лише можливим майбутнім суб'єктом права. Між тим, на нашу думку, доречно вести мову про повагу до життя зачатой дитини, враховуючи сучасні тенденції досліджень у сфері генетики і проблеми, пов'язані з донорством органів, клонуванням тощо, а також європейські традиції.

Початок і кінець життя людини являють собою юридичний факт – подію, з якою пов'язані виникнення, зміна, припинення правовідносин. Щодо смерті, то розрізняють смерть клінічну та біологічну. Клінічна смерть передбачає можливість відновлення життєдіяльності, але в суворо обмежений період. **Біологічна смерть** незворотна і ніякі медичні маніпуляції не можуть призвести до відродження людини. У стані клінічної смерті громадянин залишається суб'єктом права. Це означає, що медичні працівники зобов'язані надавати йому допомогу. Моментом смерті, таким чином, можна вважати лише незворотне припинення діяльності мозку, яке визначається медиками за спеціально розробленими ознаками.

Право на життя в аспекті розпорядження життям проявляється як можливість піддавати його значному ризику і вирішувати питання про припинення життя. Прикладами розпорядження своїм життям свідомо і добровільно можуть слугувати робота каскадером, рятувальником, цирковим актором, а також здійснення щодо себе небезпечних наукових експериментів тощо. І навпаки, фізична особа має право вимагати усунення небезпеки, створеної внаслідок підприємницької або іншої діяльності, яка загрожує життю та здоров'ю, як це закріплено у ст. 282 ЦК України.

Слід зазначити, що ч. 4 ст. 281 ЦК України присвячена проблемі евтаназії. Термін "евтаназія" у перекладі з грецької означає "легка, щаслива смерть". У сучасному трактуванні "евтаназія" часто ототожнюється з поняттям "вбивство з милосердя" та розуміється як скорочення руками медиків життя хворих певної категорії на їх прохання. Розрізняють активну (позитивну) евтаназію, коли використовують засоби, які прискорюють

настання смерті (передозування снодійного, смертельна ін'єкція та ін.) та пасивну (негативну), яка означає відмову від заходів, які сприяють підтримці життя. Обидва види евтаназії стосуються хворого пацієнта і можливі лише на його прохання. Звертає на себе увагу те, що законодавство України закріплює положення про однозначну заборону задоволення прохання фізичної особи про припинення її життя.

Право на життя фізичної особи включає також питання про проведення медичних, наукових та інших дослідів щодо фізичних осіб. Медичні, наукові та інші досліді можуть провадитися лише щодо повнолітньої дієздатної фізичної особи за її вільною згодою (ч. 3 ст. 281 ЦК України).

Для правового обґрунтування проведення медичних дослідів необхідно встановити критерії, виходячи з яких вирішується питання про суперечність між суспільною зацікавленістю у новому науковому відкритті та інтересами індивіда, охороною його життя та здоров'я. Ці критерії називаються загальними положеннями про межі допустимості медичного експерименту. Серед них можна назвати: принцип пропорційності цілей, який полягає в тому, що заподіяна шкода повинна бути співрозмірною науковому внеску, який має значення для всього людства; принцип мінімального ризику, зміст якого полягає у вимозі знизити можливий ризик дослідів на підставі попередніх форм перевірки, дослідів на тваринах і відповідного всебічного висновку про межу ризику аналогічних втручань у сфері профілактики, діагностики, лікування або реабілітації. У відповідності із ст. 28 Конституції України, жодна людина без її вільної згоди не може бути піддана медичним, науковим чи іншим дослідам. Крім того, громадянин може скасувати свою згоду у будь-який момент і без пояснень причин своєї відмови.

Стерилізація належить до заходів медичного втручання, що обмежують процеси репродукції у людини і може відбуватися лише за бажанням повнолітньої фізичної особи, за наявності медичних та соціальних показань за згодою опікуна цієї особи і з додержанням вимог, встановлених законом.

Право на усунення небезпеки, яка загрожує життю та здоров'ю фізичної особи, створеної внаслідок підприємницької або іншої діяльності, пов'язане з відповідним складом цивільних деліктів. Зокрема, у ст. 282 ЦК України йдеться про можливість виникнення деліктного зобов'язання внаслідок створення небезпеки (загрози) життю та здоров'ю фізичних осіб.

Серед особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування фізичної особи, важливе місце посідає право кожної фізичної особи на охорону здоров'я (ст. 283 ЦК України), в цілому ж питанням прав у сфері охорони здоров'я присвячено ст. 283 – 287 ЦК України, крім того, окремі норми, які мають безпосереднє відношення до даного права, містяться у інших статтях ЦК, зокрема, у ст. 282 тощо.

У відповідності із ст. 49 Конституції України, кожен має право на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права у ч. 1 ст. 12 визнає право кожної людини на найвищий досяжний рівень фізичного та психічного здоров'я, а згідно із Статутом Всесвітньої організації охорони здоров'я, який був прийнятий Міжнародною конференцією охорони здоров'я у Нью-Йорку і підписаний 22 липня 1946 року, здоров'я є станом повного фізичного, душевного і соціального благополуччя, а не лише характеризується відсутністю хвороб чи фізичних дефектів. У відповідності із ЦК України охорона здоров'я забезпечується системною діяльністю державних та інших організацій, передбаченою Конституцією України та за-

коном. Так, ч. 3 ст. 49 Конституції України передбачає, що у державних і комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається безоплатно, а існуюча мережа таких закладів не може бути скорочена.

Важливе місце серед відносин у сфері охорони здоров'я займають відносини "лікувальний заклад – фізична особа – пацієнт", які переважно виникають з ініціативи фізичних осіб. У виняткових випадках підставою виникнення таких відносин є постанова суду чи адміністративний акт.

Право на охорону здоров'я закріплено у ст. 6 Закону України "Основи законодавства України про охорону здоров'я" від 19 листопада 1992 р.¹, яка передбачає життєвий рівень, включаючи їжу, одяг, житло, медичний огляд та соціальне обслуговування і забезпечення, який є необхідним для підтримання здоров'я людини; безпечне для життя і здоров'я навколишнє природне середовище; санітарно-епідемічне благополуччя території і населеного пункту, де він проживає; безпечні і здорові умови праці, навчання, побуту та відпочинку; кваліфіковану медико-санітарну допомогу, включаючи вільний вибір лікаря, вибір методів лікування відповідно до його рекомендацій і закладу охорони здоров'я; достовірну та своєчасну інформацію про стан свого здоров'я, здоров'я населення, включаючи існуючі і можливі фактори ризику та їх ступінь тощо.

Ст. 284 ЦК України проголошує право фізичної особи на надання їй медичної допомоги незалежно від будь-яких обставин, при цьому фізична особа, яка досягла чотирнадцяти років і яка звернулася за наданням їй медичної допомоги, має право на вибір лікаря та вибір методів лікування відповідно до його рекомендацій. Фізичній особі, яка досягла чотирнадцяти років, надання медичної допомоги провадиться за її згодою. Ці положення вказують на те, що підставою виникнення, тривання і припинення відносин з надання медичної допомоги є воля пацієнта, його усвідомлена згода, чим підтверджується цивільно-правовий характер відносин з надання медичної допомоги і відсутність у них елементів відносин влади та підпорядкування. Це також свідчить про те, що законодавець стоїть на позиції визнання права на повагу людської особистості і самовизначення фізичної особи. Така позиція повністю відповідає Декларації про політику у галузі забезпечення прав пацієнта у Європі, яка приділяє значну увагу згоді пацієнта на надання медичної допомоги і наголошує на тому, що інформована усвідомлена згода є передумовою будь-якого медичного втручання. Якщо пацієнт неспроможний висловити свою волю, а медичне втручання необхідне за невідкладними показниками, його згода на це втручання презюмується.

Ч. 4 ст. 284 ЦК України, у відповідності із положеннями Декларації, надає повнолітній дієздатній фізичній особі, яка усвідомлює значення своїх дій і може керувати ними, право відмовитися від лікування. Це положення можна розуміти, узагальнюючи, і як право відмовитися від медичної допомоги. Але у невідкладних випадках, за наявності реальної загрози життю фізичної особи, медична допомога надається без згоди фізичної особи або її батьків (усиновлювачів), опікуна, піклувальника.

Відносини між лікувальними закладами та фізичними особами є цивільно-правовими договірними. У діяльності лікувального закладу проявляється диспозитивність у застосуванні одного чи декількох методів лікування та діагностики, різної форми укладення договору

на надання медичної допомоги (письмової, усної), виборі місця надання допомоги.

Правовідносини між лікувальними закладами і фізичними особами мають складну структуру: їх зміст складають декілька груп взаємопов'язаних суб'єктивних прав та обов'язків. До першої групи входять основні права та обов'язки договірної правовідносини: право громадянина на забезпечення його кваліфікованою медичною допомогою та обов'язок лікувального закладу таку допомогу надати. Крім того, громадянин користується правом повідомити необхідну інформацію про стан свого здоров'я, а лікувальний заклад зобов'язаний зберігати її у таємниці. Громадянин вправі вимагати роз'яснення діагнозу, методів лікування та можливих наслідків, а лікувальний заклад зобов'язаний дати таке роз'яснення. У визначених випадках громадянин зобов'язаний оплатити медичні послуги, а відповідний лікувальний заклад вправі вимагати їх оплати. ЦК України закріплює також право фізичної особи, яка перебуває на стаціонарному лікуванні у закладі охорони здоров'я на допуск до неї інших медичних працівників, членів сім'ї, опікуна, піклувальника, нотаріуса, адвоката та священнослужителя для відправлення богослужіння та релігійного обряду (ст. 287 ЦК України). До другої групи входять права та обов'язки, які закріплені за окремими категоріями громадян, наприклад, право матері на перебування у стаціонарі з дитиною, яка потребує догляду, або – за лікувальними закладами за особливих обставин хвороби чи травми громадянина, а саме – обов'язок інформувати родичів про доставленого у тяжкому стані громадянина до лікарні. Третю групу складають права та обов'язки, які є додатковими, тобто виконують допоміжну функцію щодо основного змісту зобов'язання – зберігання речей пацієнта тощо.

У відповідності із ст. 39 Закону України "Основи законодавства України про охорону здоров'я" від 19 листопада 1992 р. медичний працівник зобов'язаний надати пацієнтові в доступній формі інформацію про стан його здоров'я, мету проведення запропонованих досліджень і лікувальних заходів, прогноз можливого розвитку захворювання, у тому числі наявність ризику для життя і здоров'я, а пацієнт, який досяг повноліття має право на отримання достовірної і повної інформації про стан свого здоров'я, у тому числі на ознайомлення з відповідними медичними документами, що стосуються його здоров'я.

Право кожної повнолітньої особи на достовірну і повну інформацію про стан свого здоров'я, у тому числі на ознайомлення з відповідними медичними документами, що стосуються її здоров'я, передбачається ст. 285 ЦК України. Крім того, дана стаття передбачає право батьків (усиновлювачів), опікунів, піклувальників на інформацію про стан здоров'я дитини чи підопічного. Даному праву кореспондує обов'язок лікаря надати відповідну інформацію у доступній формі.

В літературі дискутується питання – як розуміти термін "повна інформація" та чи завжди лікар повинен подавати повну і вичерпну інформацію пацієнту про стан його здоров'я. Якщо інформація про хворобу особи може погіршити стан її здоров'я, зашкодити процесові лікування, медичні працівники мають право дати неповну інформацію про стан здоров'я фізичної особи, обмежити їх можливість ознайомлення з окремими медичними документами. ЦК України і Основи пропонує наступне: якщо інформація про хворобу фізичної особи може погіршити стан її здоров'я або погіршити стан здоров'я батьків (усиновлювачів), опікуна, піклувальника, зашкодити процесові лікування, медичні працівники мають право дати неповну інформацію про стан здоров'я фізичної особи, обмежити можливість їх ознайом-

¹ Закон України "Основи законодавства України про охорону здоров'я" від 19 листопада 1992 р. // ВВР., 1993. – № 4. – Ст. 19.

лення з окремими медичними документами. Таким чином, праву пацієнта на повну інформацію про його хворобу кореспондує відповідний обов'язок лікувального закладу. Наголос при цьому слід поставити не на обов'язку лікаря, а скоріше не праві пацієнта. Поряд з правом пацієнта на інформацію про стан свого здоров'я існує також право на інформацію про фактори, які можуть бути небезпечними для здоров'я людини.

Слід підкреслити, що в разі смерті фізичної особи члени її сім'ї або інші фізичні особи, уповноважені ними, мають право бути присутніми при дослідженні причин смерті та ознайомитись із висновками щодо причин смерті, а також мають право на оскарження цих висновків до суду. Назване право закріплено у ч.4 ст.285 ЦК України і включається до складу права на інформацію про стан здоров'я переважно через те, що дослідження причин смерті дає відповідь на питання про причини смерті, правильність лікувальних заходів, які застосовувались за життя померлого.

Під час надання фізичній особі медичної допомоги, проводячи її обстеження та лікування, медичні працівники отримують відповідний комплекс відомостей про цю особу. Характер відносин між пацієнтом і медичним персоналом має довірчий характер і передбачає конфіденційність інформації, яку надає лікареві пацієнт і яку він отримує у процесі діагностики та лікування. Ч. 3 ст. 286 ЦК України зобов'язує кожну фізичну особу утримуватись від поширення будь-якої інформації про хворого, яка стала їй відома у зв'язку з виконанням службових обов'язків або з будь-яких джерел, встановлюючи невідзначене коло суб'єктів таємниці про стан здоров'я.

Звертає на себе увагу те, що, гарантуючи кожному громадянину таємницю його особистого життя (ст. 301 ЦК України), закон зобов'язує медичних працівників та інших осіб, яким у зв'язку з виконанням професійних або службових обов'язків чи з інших джерел стало відомо про стан здоров'я фізичної особи, факт звернення за медичною допомогою, діагноз, а також про відомості, одержані при її медичному обстеженні, утримуватись від поширення такої інформації. Доповнення об'єктів таємниці фактом звернення за медичною допомогою, а також захист від розголошення будь-яких відомостей, одержаних під час медичного огляду є важливим, оскільки передбачити, яку саме інформацію надасть хворий, звертаючись за медичною допомогою досить важко. Не можуть бути також розголошені відомості, почуті від хворого, коли він перебував у непритомному стані. Абсолютний характер таємниці про стан здоров'я пацієнта зберігає і після його смерті.

Відомості, які складають зміст таємниці про стан здоров'я, можна поділити на такі групи: відомості про

сам факт звернення особи за медичною допомогою; відомості про хворобу (діагноз, протікання хвороби, прогноз); відомості про застосовані методи лікування та їх ефективність; відомості про особу, яка звернулася за допомогою, – її минуле, звички, фізичні та психічні недоліки, інтимні зв'язки тощо; відомості про сім'ю хворого, інтимні стосунки.

Таким чином, об'єктом таємниці про стан здоров'я можна розглядати медичні дані та інформацію про особисте життя хворого, отриману при виконанні медичних обов'язків. Із загального правила про заборону розголошувати таємницю про стан здоров'я існує ряд винятків, передбачених чинним законодавством. ЦК України забороняє вимагати та подавати за місцем роботи або навчання інформацію про діагноз та методи лікування фізичної особи. Медична таємниця порушується, коли у листку тимчасової непрацездатності точно вказується діагноз. У випадках, встановлених законодавством, фізична особа може бути зобов'язана до проходження медичного огляду.

Фізична особа, яка перебуває на стаціонарному лікуванні у закладі охорони здоров'я має, перш за все, всі ті права, які мають пацієнти, які не перебувають на стаціонарному лікуванні (ст. ст. 283 – 286 ЦК України). Разом з тим, ці особи мають ряд специфічних прав, які пов'язані з особливим режимом їх лікування та перебуванням у спеціальному медичному закладі, що дозволяє виділити їх в окрему групу даної статті. Такими правами, як видно із ст.287 ЦК України, є права фізичної особи на допуск до неї інших медичних працівників, членів сім'ї, опікуна, піклувальника, нотаріуса та адвоката, священнослужителя для відправлення богослужіння та релігійного обряду. Весь комплекс зазначених прав спрямований на те, щоб життя пацієнтів було максимально наближене до звичайних умов, а оскільки значна частина життя людини пов'язане із спілкуванням з іншими людьми, то ЦК України справедливо встановлює, що фізична особа, яка перебуває на стаціонарному лікуванні у закладі охорони здоров'я має право на зустріч з близькими людьми, адвокатом, священнослужителем тощо.

Підсумовуючи, необхідно зазначити, що ЦК України містить значний перелік особистих немайнових прав фізичної особи, які забезпечують її природне буття, а зміст цих норм відповідає не лише сучасному стану прав людини в Україні, але і прагненням нашої країни зайняти відповідне місце серед країн Європи, які приділяють увагу не лише законодавчому закріпленню цих основоположних прав, але і реалізації їх на найвищому досяжному рівні.

Надійшла до редколегії 20.01.11

П. Берзін, д-р юрид. наук

НЕВІДОМІ УЧНІ О.Ф. КІСТЯКІВСЬКОГО (Я.Я. ШОСТАК, М.М. СТУПІН, М.Я. МОГИЛЯНСЬКИЙ)

У статті описуються різні фрагменти життя і наукової діяльності Я.Я. Шостака, М.М. Ступіна та М.Я. Могилянського як учнів О.Ф. Кістяківського та представників Київської школи кримінального права. Визначається їх внесок у становлення і розвиток цієї наукової школи.

Ключові слова: кримінальне право, історія науки, наукова школа.

В статье описываются различные фрагменты жизни и научной деятельности Я.Я. Шостака, М.М. Ступина и М.Я. Могилянского как учеников А.Ф. Кистяковского и представителей Киевской школы уголовного права. Определяется их вклад в становление и развитие этой научной школы.

Ключевые слова: уголовное право, история науки, научная школа.

In article various fragments of a life and scientific activity of J.J. Shostack, M.M. Stupin and M.J. Mogilianskiy as pupils of O.F. Kistiakivskiy and representatives of the Kiev science foundation of criminal law are described. Their contribution to formation and development of this science foundation is defined.

Key words: criminal law, science history, science foundation.

Традиційно в науці кримінального права найбільш відомими учнями ординарного професора кафедри

кримінального права і кримінального судоустрою та судочинства Університету Святого Володимира (далі –

Київський університет), доктора кримінального права Олександра Федоровича Кістяківського вважаються його вихованці із числа випускників юридичного факультету цього навчального закладу: *Дмитро Германович Тальберг* та *Леонід Сергійович Білогриць-Котляревський*. Кожного із них Кістяківський сприймав по-своєму, але так чи інакше, незалежно від того як змінювалось його сприйняття молодих Тальберга і Білогриць-Котляревського та їх наукових здобутків, Олександр Федорович не переставав допомагати їм. В той же час ці вчені не були єдиними учнями видатного криміналіста, хто робив перші кроки на ниві науки кримінального права. Частина імен таких учнів сьогодні забута.

В юридичній літературі України наукові здобутки таких учнів О.Ф. Кістяківського, як Я.Я. Шостак, М.М. Ступін та М.Я. Могилянського предметом окремого, достійного кримінально-правового аналізу досі не були. У праці російського історика М.В. Шевіріна, який докладно слідкує за життям О.Ф. Кістяківського, аналізується лише зміст щоденника Олександра Федоровича, проте імена вказаних осіб навіть не називаються [1]. Аналіз життєвих подій Я.Я. Шостака, М.М. Ступіна та М.Я. Могилянського також відсутній у монографічній праці О.В. Харитонової, присвяченій дослідженню наукової спадщини О.Ф. Кістяківського [2]. З урахуванням цього виникає потреба проаналізувати діяльність цих представників кримінально-правової науки з метою визначення особливостей зв'язку цих людей з Київським університетом та Київською школою кримінального права.

Минуло багато років з дня смерті Кістяківського. З того часу його ім'я було "предметом" численних наукових і науково-публіцистичних статей, монографій, кількох дисертацій тощо. Проте багато епізодів його життя і досі залишаються своєрідними білими плямами. Здавалося б, Олександр Федорович зробив все що міг, аби запобігти цьому: активно співпрацював зі своїми учнями, листувався з колегами, друзями, родичами й тими, до кого не дуже добре ставився, і, зрештою, залишив після себе значну кількість опублікованих праць. Серед таких праць лише одна має для нащадків Кістяківського буквально епохальне значення – це його щоденник.

Цей щоденник, за словами М.В. Шевіріна, є пам'ятником дивної епохи сподівань і розчарувань, історичного перехрестя великих реформ і реакцій, океан ціннішої інформації. Взятий за цю книгу, відірватися від неї вже неможливо – настільки глибоко, всеохоплююче, розумно, з відвертістю і вражаючим психологізмом відображена в ній багатолітнє життя Росії в переломний період її історії. Так показати її могла лише людина щедро обдарована, кришталеву чисту й моральну [1, с. 1133]. Писався щоденник впродовж понад десяти років (з 1874 й до самої смерті його автора у 1885 році), і саме він став джерелом перших згадок О.Ф. Кістяківського про Я.Я. Шостака, М.М. Ступіна та М.Я. Могилянського як його учнів.

Про одного із перших учнів О.Ф. Кістяківського *Якова Яковича Шостака* достеменно відомо принаймні те, що він був одним із перших його вихованців на юридичному факультеті Київського університету (задовго до того, як на факультет вступили Тальберг і Білогриць-Котляревський).

Походив Я.Я. Шостак з родини державного службовця. Його батько – Яків Андрійович Шостак (1813 – 4 березня 1878) в Бахчисарай обіймав посади міського голови, начальника залізничної станції, а також наглядача колишнього Ханського палацу та бахчисарайського поліцеймейстера [3, с. 67]. Мав Яків Андрійович 29 років вислуги та чин полковника. Похований в Успенському Бахчисарайському скиту Сімферопольського повіту.

"Сын бахчисарайского полицмейстера" [4, с. 585], – пише про свого учня (Якова Яковича Шостака) О.Ф. Кістяківський у щоденнику.

Після закінчення навчання в Київському університеті син Я.А. Шостака Яків Якович був залишений за клопотанням О.Ф. Кістяківського на юридичному факультеті стипендіатом для приготування до професорського звання по кафедрі кримінального права та кримінального судоустрою і судочинства без утримання за рахунок коштів міністерства народної освіти. Проте, не зважаючи на наполегливі поради свого вчителя по університету (О.Ф. Кістяківського) присвятити себе науці, Яків обрав шлях практичного працівника по "суддівському відомству".

Сам Олександр Федорович Кістяківський високо цінував знання Якова Шостака й дуже шкодував, коли молодий стипендіат вирішив кинути підготовку до професорського звання і відійти від написання магістерської дисертації. У своєму щоденнику О.Ф. Кістяківський згадує про ці події з властивою йому гарячністю таким чином: "*Февраль. 6 [1876]. Пятница. <...> Явился Шостак. Он огорчил меня тем, что, пробывши 1½ года стипендиатом, уволился. Я старался, чтобы ему дана была стипендия министр[ская]. Молодежь наша редко представляет выдержку характера. А человек способный Шостак, и я жалею, что оставил ученую карьеру*" [4, с. 76]. "*Способный и хороший человек был избран (в стипендиаты – П.Б.) – не устоял и уволился*", – пише про Шостака Кістяківський [4, с. 247].

Як і його батько, Я.Я. Шостак став державним службовцем, отримав відповідний ранг. Станом на 1866-й рік він працював на посаді слідчого п'ятої ділянки при Херсонському повітовому суді (принаймні така інформація міститься в "Адресі-календарі Херсонської губернії" за цей рік), був губернським секретарем. Подальші дані про нього та його кар'єрний зріст поки що невідомі.

Отже, випускник Київського університету Я.Я. Шостак розпочав свою практичну діяльність у 1865 або 1866 році з посади слідчого Херсонського повітового суду. Йому був присвоєний один із найнижчих цивільних (статських) чинів згідно з "Табелем про ранги" – чин губернського секретаря (XII клас, що в той час відповідав військовому чину поручика, корнета в кавалерії, мічмана на флоті та ін.). Проте швидкого зростання в статських чинах Яків Якович не мав. Про це свідчать наступні факти.

Після Херсону новим місцем служби Шостака стала Полтава. В це місто він переїжджає у 80-х роках ХХ століття і поступає (переводиться) на службу в місцевий Харківський судовий округ. В Полтаві він обіймає посаду члена Полтавського окружного суду.

Мені вдалося знайти "Загальний розпис" посадових осіб у всіх управліннях Російської імперії на 1891 рік, в якому міститься розділ, присвячений службовцям Полтавського окружного суду, що перебував у складі Харківського судового округу. В цьому розділі містяться наступні дані (мовою оригіналу): "ПОЛТАВСКИЙ [окружной суд] <...> КСк. Як. Як. ШОСТАК. – Секр. Отд. Угол." [5, столб. 617-618].

Скорочення "КСк." означає, що Яків Якович мав статський чин "Колезького секретаря", а "Секр. Отд. Угол." – що він обіймав також посаду секретаря Кримінального відділення Полтавського окружного суду. Статський чин колезького секретаря відповідає X класу "Табелю про ранги" (на одному рівні з ним визначались, наприклад, такі військові чини, як штабс-капітан в пехо-

* Повна назва (мовою оригіналу) "Табель о рангах всех чинов воинских, статских и придворных, которые в котором классе чины; и которые в одном классе" ("Табель") існувала впродовж 1722-1917 років з неодноразовими змінами).

ті, штабс-ротмістр в кавалерії тощо). Тобто за 25 років державної служби по судових відомствах Я.Я. Шостак "просунувся" по службі лише на один клас, оскільки наступний після губернського секретаря XI-й клас корабельного секретаря існував лише до 1834 року. На державній службі Яків Якович залишався до першої половини 10-х років XX століття [6, с. 141; 7, с. 147].

Очевидно, що наприкінці XIX століття службова кар'єра Якова Яковича пішла вгору, оскільки у виданому в 1901 році в Санкт-Петербурзі "Загальному розписі" посадових осіб у всіх управліннях Російської імперії на 1901 рік зазначається, що Я.Я. Шостак в той час обіймав посаду члена судової палати Одеського окружного суду, маючи цивільний чин статського радника: "ОДЕССКИЙ [окружной суд]. СУДЕБНАЯ ПАЛАТА <...> СС: Як.Як. ШОСТАК" [7, с. 147; 8, столб. 594]. Скорочення "СС" відповідає цивільному чину – статський радник.

Михайло Миколайович Ступін був ще одним учнем – випускником юридичного факультету Київського університету (закінчив навчання в університеті з вченням ступенем кандидата прав у 1879 році), який під керівництвом О.Ф. Кістяківського готував магістерську дисертацію з кримінального права. Окремою брошурою ця праця була опублікована у Владикавказі вже після смерті Олександра Федоровича [9]. При цьому, як показали проведені пошуки, магістерської дисертації Михайло Миколайович так і не захистив. Причина, яка цьому завадила досі невідома.

В один із днів свого приїзду на батьківщину (5 вересня 1879 року) і відвідин свого батька, О.Ф. Кістяківський зустрівся з М.М. Ступіним, який щойно закінчив навчання на юридичному факультеті Київського університету. Спогади про цю зустріч Олександр Федорович записав у своєму щоденнику: "В это время посетили: Федотов и молодой Ступин, кандидат нашего у-та, только что кончивший курс и работающий над кандидатской диссерт[ацией] на тему: "История телесных наказаний в России". Он внук уроженца городинского А.Ф. Бородухи, приятель отца, давно покойного, старого служаки старого покроя, кончившего образование у дьячка, но дослужившегося в Петербурге до некогда немаловажного чина стат[ского] сов[етника]. Отец Ступина был генеральным консулом вначале в Адрианаполе, а потом в Тавризе, старший Ступин, как видно из недавно помещенных в "Р[усском] в[естнике]" воспоминаний некоего Леонтьева, был человек умный, характерный и не без значения на Востоке. Он занимался и литературой. Переложил евангелиевскую жизнь Христа в стихи. Оставил и еще одну драму. Жизнь Христа в стихах запечатана в 1862 г., но у моего ученика нет и памятного экземпляра. Да, кажется, и у семи не осталось. Я прекнул его за такое невнимание к памяти отца и советовал воодушевиться мыслию когда-нибудь собрать материал о жизни и деятельности св[я]тых отц[ов]. Этим-бо зиждется цивилизация. <...> Со Ступиным я беседовал о многих универ. делах. Ему я предлагал остаться стипендиатом для приготовления к профессорскому званию, но пока на своем содержании. По двум причинам. Раз потому, что нет свободной стипендии. В другой раз вследствие принятого мною правила: представлять ф-ту о молодых людях после того, как они сами себя испытают и я их испытаю: способны ли они к научной карьере. Такое правило я принял, обжегшись на Шостаке и Бородине: первый из них человек и хороший, и умный <...>. Второй оказался полнейшею умственною и нравственною несостоятельностью, человеком шарлатановатым, без правил совести и чести внутренней" [4, с. 502-503].

На старших курсах навчання в університеті Михайло Ступін під керівництвом О.Ф. Кістяківського написав твір "Історія тілесних покарань в Росії", за який був удостоєний радою Київського університету золотої медалі. В подальшому саме це дослідження послужило основою для опублікування у 1887 році у Владикавказі названої вище книги.

О.Ф. Кістяківський після закінчення М.М. Ступіним курсу університетського навчання запропонував йому залишитись на факультеті професорським стипендіатом власним коштом. Причини, які спонукали Олександра Федоровича піти на такий крок, зводяться до того, що жоден з його тогочасних учнів, яким за його допомоги були виділені кошти (стипендії) за рахунок коштів міністерства народної просвіти, не виправдали сподівань їхнього вчителя. По суті, єдиним винятком з цього був Д.Г. Тальберг, стараннями якого Олександр Федорович був задоволений.

Оскільки ж брак коштів не дозволив М.М. Ступіну продовжити свою наукову діяльність як професорського стипендіата в О.Ф. Кістяківського. "Так я и поступил в отношении к Ступину: сказал ему, что если он чувствует призвание к науке, то может остаться при у-те на своем содержании. Впоследствии, когда он себя испытает и его узнают, он может надеяться на казенную стипендию. Он сразу сказал, что он не имеет средств остаться при у-те. Я думал найти для него какое-нибудь место учителя, как это мне некогда удалось по отношению к Белогриц-Котляревскому, но это не удалось" [4, с. 585].

Хоча Олександр Федорович й намагався підшукати Михайлу посаду якого-небудь вчителя, щоб якимось "перекрити" витрати на навчання, його зусилля виявились марними. Михайло Ступін, сподіваючись на надання утримання за рахунок коштів зазначеного міністерства, відмовився від стипендіатства в Києві, присвятивши себе практичній діяльності за його межами. Очевидно, саме в один із епізодів такої його діяльності він зміг опублікувати написаний ще в студентські роки твір.

Наприкінці 1879 року М.М. Ступін переїхав у Пятигорськ.

Пізніше М.М. Ступін значно віддалився від науки кримінального права, зосередившись на дослідженнях основ державного устрою Росії, про що свідчить опублікування ним у 1905 році фундаментальної праці "Основы державного устрою Росії та державні права руського народу в минулому й тепер. Нова Державна дума" [10].

Ще один член окружного суду, якого Кістяківський вважав своїм учнем, – Михайло Якович Могилянський (? – ?), – працював і мешкав у Чернігові. Він був випускником Чернігівської духовної семінарії, в якій також вчився Кістяківський, та юридичного факультету Київського університету. З середини 70-х років XIX століття Могилянський обіймав посаду члена Чернігівського окружного суду, а згодом – голови цього суду. Згадки про відвідування ним свого вчителя можна знайти у щоденнику Олександра Федоровича: "Апрель. 5 [1876]. Понедельник <...> Вчера осетил меня Могилянский – член Черниг[овского] окруж[ного] суда; вдвойне мой ученик: раз по бурсе, я был его репетитором; другой раз в унив., он занимался уголовным правом, писал сочинение о преступлениях против веры; нене он состоит членом окр[ужного] суда по угол[овному] отделению. Я с ним не прекратил связей и добрых отношений. При проезде чрез Киев он меня не минает. Посетивши вчера, он вручил мне 160 руб. для раздачи бедным студентам" [4, с. 146].

Очевидно, що М.Я. Могилянський вийшов у відставку до початку 90-х років XIX століття, оскільки його прізвище взагалі не зустрічається у вивченому мною

змісті "Загального розпису" посадових осіб у всіх управліннях Російської імперії на 1891, 1901 роки, а також у "Алфавітному вказівнику прізвищ", що міститься у цьому розпису [5; 7; 11].

У 1871 році в Михайла Яковича народився син Микола (1877-1933). В майбутньому М.М. Могилянський закінчить фізико-математичний факультет (його природниче відділення) Петербурзького університету і стане відомим вченим-антропологом, завідувачим етнографічним відділенням Руського музею. На політичній ниві Микола Михайлович досягне чималих успіхів. Він, зокрема, деякий час обійматиме посаду товариша державного секретаря в уряді гетьмана П.П. Скоропадського, вестиме у 1918 році переговори з представниками Австро-Угорського командування. Після падіння гетьманату він виїде спочатку до Константинополя, а згодом – до Парижу, де впродовж трьох років (з 1921 по 1923 роки) читатиме лекції в Університеті Сорбони. Після цього викладатиме в Руському педагогічному університеті у Празі та в Руському педагогічному інституті імені Яна Каменського. Помер М.М. Могилянський у 1933 році в Празі [12].

Я.Я. Шостака, М.М. Ступіна та М.Я. Могилянського О.Ф. Кістяківський вважав своїми учнями. Саме Олександр Федорович займався їхньої підготовкою з кримінального права в той період, коли всі вони були студентами, а після закінчення ними навчання в університеті як міг допомагав кожному з них готуватися до "професорського звання". Проте жоден з них не виправдав надій свого вчителя, присвятивши себе практичній діяльності. На відміну від відомих сьогодні Д.Г. Тальберга і Л.С. Білогриць-Котляревського, названі учні взагалі не захистили навіть магістерських дисертацій з кримінального права, хоч в період свого навчання на юридичному факультеті Київського університету й підготували ґрунтовні дослідження з різних проблем кримінального права. Проте це аж ніяк не означає, що їх іменам немає місця в історії української науки кримінального права.

1. Шевырин М.В. Кістяківський О.Ф. Щоденник (1874-1879). У двох томах. Т. I. Київ: Наукова думка, 1994. 645 с. Кістяківський О.Ф. Щоденник (1880-1885). У двох томах. Т. II. Київ: Наукова думка, 1995. 583 с.

// Вестник Российской Академии наук. – 1996. – Том 66. – № 12. – С. 1133-1138. 2. Харитонов О.В. Кримінально-правові погляди О.Ф. Кістяківського: наукова спадщина та її значення для сучасних кримінально-правових досліджень: монографія. – Х.: Право 2010. – 252 с. 3. Адрес-календарь. Общая роспись всех чиновных особ в государстве, на 1858-1859 год. Часть I. Власти и места центрального управления и ведомств их / "Алфавитный указатель фамилий, содержащихся в адрес-календаре части II, на 1858 год". – С.-Петербург: В Типографии Императорской Академии наук. – 112 с. 4. Кістяківський О.Ф. Щоденник (1874-1885). У двох томах / Упоряд.: Шандра В.С., Бутич М.І., Глузь І.І., Франко О.О. Ред. кол.: І.П. Бутич (відп. ред.). – Том 1. 1874-1879. – К.: Наукова думка, 1994. – 643 с. 5. Адрес-календарь. Общая роспись начальствующих и прочих должностных лиц по всем управлениям в Российской империи на 1891 год. Часть I. Власти и места центрального управления и ведомства их. – Санктпетербург: Типография Правительствующего Сената, 1891. – Раздел второй. – Отделение XIV "Министерство юстиции" (подотд. "Судебные округа"). – 740 столб. 6. Алфавитный указатель фамилий, содержащихся в I части адрес-календаря на 1899 год // Адрес-календарь. Общая роспись начальствующих и прочих должностных лиц по всем управлениям в Российской империи на 1899 год. Издание Инспекторского отдела Собственной Его Императорского Величества Канцелярии. Часть I. Власти и места центрального управления и ведомства их. – С.-Петербург: Типография Правительствующего Сената, 1899. – 72 с. 7. Алфавитный указатель фамилий, содержащихся в I части адрес-календаря на 1901 год // Адрес-календарь. Общая роспись начальствующих и прочих должностных лиц по всем управлениям в Российской империи на 1901 год. Издание Инспекторского отдела Собственной Его Императорского Величества Канцелярии. Части I и II. – Часть I. – С.-Петербург: Сенатская типография, 1901. – 153 с. 8. Адрес-календарь. Общая роспись начальствующих и прочих должностных лиц по всем управлениям в Российской империи на 1901 год. Издание инспекторского отдела Собственной Его Императорского Величества Канцелярии. – Часть I. Власти и места центрального управления и ведомства их. – С.-Петербург: Сенатская типография, 1901. – 1078 столб. 9. История телесных наказаний в России от судебников до настоящего времени. Сочинение кандидата наук Михаила Ступина. Удостоено золотой медалью Советом Императорского университета Св. Владимира. – Владикавказ: Типография Терского областного правления, 1887. – 148 с. 10. Ступин М. Н. Основы государственного устройства России и государственные права русского народа в прошлом и настоящем. Новая Государственная дума. – СПб.: Издание юридического книжного магазина Н.К. Мартынова, 1905. – 123 с. 11. Алфавитный указатель фамилий, содержащихся в I части адрес-календаря на 1891 год // Адрес-календарь. Общая роспись начальствующих и прочих должностных лиц по всем управлениям в Российской империи на 1891 год. Часть I. Власти и места центрального управления и ведомства их. – Санктпетербург: Типография Правительствующего Сената, 1891. – 111 с. 12. Государственный архив Российской Федерации. – ФР – 5787, 1 оп., 166 ед. хр., 1871-1933.

Надійшла до редколегії 20.01.11

Л. Комзюк, канд. юрид. наук, доц.

ГАРМОНІЗАЦІЯ ОХОРОНИ ПРАВ НА БАЗИ ДАНИХ У ПРОЦЕСІ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ ІНТЕГРАЦІЇ: ДОСВІД ДЛЯ УКРАЇНИ

Обґрунтовано необхідність і оптимальні шляхи адаптації законодавства України про бази даних до законодавства ЄС. Проаналізовано відповідний досвід постсоціалістичних європейських країн, зокрема Польщі, Словаччини і Чехії.

Обосновано необходимость и оптимальные пути адаптации законодательства Украины о базах данных к законодательству ЕС. Проанализировано соответствующий опыт постсоциалистических европейских стран, в частности Польши, Словакии и Чехии.

Substantiated necessity and best ways to adapt Ukrainian legislation on databases to the EU legislation. Analyzed the relevant experience of post-socialist European countries, particularly Poland, Slovakia and the Czech Republic.

Ключові слова: Бази даних, право *sui generis*, гармонізація авторського права в Європейському Союзі, адаптація законодавства.

Ключевые слова: Базы данных, право *sui generis*, гармонизация авторского права в Европейском Союзе, адаптация законодательства.

Key words: Databases, *sui generis* right, harmonization of copyright in the European Union, adaptation of legislation.

Директивою 96/9 ЄС Європейського Парламенту та Ради від 11 березня 1996 року про правову охорону баз даних [найточніший, на нашу думку, український переклад див.: 1, с. 716-724] передбачено обов'язок держав-членів ЄС доповнити вже існуючу авторсько-правову охорону творчих баз даних (далі – БД) виключним правом *sui generis* виробників некреативних баз даних.

Темі охорони прав на БД у контексті європейської інтеграції України поки що не приділено достатньої уваги вітчизняними науковцями. Лише деякі її аспекти частково розглянуті в колективній монографії за редакцією

Ю.Капіці [1, с. 143-147], монографії В.Дроб'язка [2], статтях Г.Андрощука [3] і С.Литвина [4]. Все це актуалізує питання вдосконалення законодавства про БД й викликає необхідність подальшого дослідження цієї проблеми.

Метою цієї статті є аналіз стану охорони прав на БД в Україні через призму його відповідності законодавству Європейського Союзу, висвітлення досвіду країн Центрально-Східної Європи в цій сфері в контексті європейської інтеграції і обґрунтування оптимальних шляхів використання зазначеного досвіду для адаптації вітчизняного законодавства до *acquis communautaire*.

Для більшої ефективності адаптаційної діяльності (як це передбачено Законом України "Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу" від 18.03.2004 р. № 1629-IV) варто було б використати відповідний досвід постсоціалістичних європейських країн, зокрема Польщі, Словаччини і Чехії. Вказані країни адаптували своє законодавство про БД дещо різними способами – внісши відповідні зміни до законів про авторське право і суміжні права (Словаччина – Четверта частина "Особливе право на базу даних", §§ 72-77 [5]) і (Чехія – Глава III "Особливе право виробника бази даних", §§ 88-94 [6]) чи, як Польща, внісши відповідні зміни до закону про авторське право і суміжні права [7] і прийнявши спеціальний закон ("Про охорону баз даних", від 27 липня 2001 р. [8]). Особлива важливість для нас польського, словацького і чеського досвіду розвитку теорії і практики охорони прав на БД зумовлена, принаймні, кількома обставинами. Це, по-перше, схожість загальноісторичного досвіду, проблем і завдань постсоціалістичної трансформації суспільних відносин у цих державах та в Україні; по-друге, значна подібність української, польської, словацької і чеської правових систем.

Актуальною проблемою є також розмежування охорони прав на БД у рамках різних правових інститутів.

Ряд зарубіжних науковців (зокрема, Л.Бентлі і Б.Шерман [9, р. 297-305], В. Калятин та О. Войніканіс [10, с. 13], А.Матляк [11, с. 141-142], С. Станіславска-Клоц [12, с. 195-206, 219]), відносять охорону прав на інвестиційні БД до інституту суміжних прав. Зокрема, В. Калятин та О. Войніканіс порівнюють право виробника БД з правом виробника фонограми, оскільки підставою їх виникнення є "організаційна [а не творча (у вузькому – в контексті сучасної пануючої інтелектуально-правової парадигми – розумінні)]. – Л.К.] діяльність" [10, с. 13].

Цей підхід застосовується й у законодавстві низки держав (наприклад, Грузії, Росії, Словенії, Угорщини та ін.).

Російський досвід цікавий ще й тим, що в Росії вже діяв спеціальний закон про БД ("Про правову охорону програм для електронних обчислювальних машин і баз даних", від 23 вересня 1992 р.). Цей закон не передбачав охорони виключних прав виробників некреативних баз даних. У процесі гармонізації російського законодавства в рамках співробітництва з ЄС (про що в Україні ще мало відомо) відповідні положення були внесені до глави 71 "Права, суміжні з авторськими" Цивільного кодексу РФ (параграф 5, статті 1333-1336). Тому у зв'язку з набранням чинності частиною четвертою ЦК РФ з 1 січня 2008 р. втратив чинність згаданий спеціальний закон [13, с. 113-115, с. 254].

Варто підкреслити методологічне значення того факту, що в авторських законах Словаччини і Чехії положення щодо БД містяться в окремих спеціально їм присвячених структурних елементах (відповідно, главі і частині). Це є свідченням того, що в зазначених країнах ні законодавець, ні доктрина не відносять їх до інституту суміжних прав (див.: 14, с. 113-116).

У цьому контексті вкажемо на недоцільність ототожнення (змішування) охорони прав на БД в рамках інституту суміжних прав та інституту *sui generis*, що має місце, зокрема, в зазначеній праці В.Дроб'язка. Вважаючи, що "охорону нетворчих баз даних в Україні доцільно забезпечити *sui generis*, яке недавно запроваджено в Російській Федерації", він водночас пропонує, використавши досвід Росії, "до Закону України "Про авторське право і суміжні права" ввести нове суміжне право – право упорядника бази даних, доповнивши III розділ "Суміжні права" відповідними статтями [2, с. 77-78 та ін]. А С. Станіславска-Клоц навіть висловила погляд на

право *sui generis* виробників БД як на специфічне суміжне право [12, с. 201].

Втім, віднесення норм про некреативні БД до інституту суміжних прав викликає у нас певні застереження, оскільки Директивою 96/9 ЄС все ж передбачено щодо них дещо інший правовий режим (хоча й досить сутнісно споріднений із суміжними правами). Все ж, дискусійною вважаємо точку зору С. Литвина про те, що "суміжність", яка має місце у виконаннях і навіть у фонограмах, втрачається у змісті баз даних і в правах видавця, тобто там, де авторських прав не просто немає, але, більше того, передбачається їхня відсутність" [4, с. 263]. Водночас, не існує, на нашу думку, ніякої загрози розмивання меж інституту суміжних прав у зв'язку з можливим включенням до нього норм щодо БД, на що вказує С. Литвин [4, с. 263], адже за своєю юридичною природою він і так настільки гетерогенний і "еластичний", що ці норми якісно не збільшать його наявну неоднорідність.

Тому, визначаючи перспективи охорони прав на БД, потрібно визначитися у виборі оптимального інституту – або суміжних прав, або *sui generis*. Ця ситуація вибору не зникає навіть від того, що є підстави вважати інститут суміжних прав таким собі правом *sui generis* щодо авторського права у вузькому розумінні в рамках інституту вищого рівня – авторського права і суміжних прав (або, якщо застосувати концептуальні підходи А. Дітца та інших зарубіжних науковців, які автор поділяє, – авторського права у широкому розумінні).

Наша позиція полягає в тому, що в Україні варто віддати перевагу варіанту запровадження (відповідно до вимог ЄС) додаткової (понад авторсько-правову) спеціальної, *sui generis*, охорони прав на БД шляхом прийняття спеціального закону, що передбачав би режим їх комплексної кумулятивної охорони. Існуючу в ст. 10 Закону України "Про авторське право і суміжні права" бланкетну норму з цього питання варто сформулювати більш чітко і розгорнуто, із відсиланням на спеціальний закон про БД. Відповідні положення мають міститись і в ЦК. При цьому, використавши польський досвід, доцільно передбачити набрання чинності законом про БД і змінами, внесеними до ЦК, одночасно з набранням чинності угодами між Україною та ЄС про асоціацію і поглиблену зону вільної торгівлі (у польському варіанті – зі вступом до ЄС, що для України є досить віддаленою перспективою).

Дослідники сходяться на думці, що авторсько-правова охорона БД, передбачена Директивою 96/9 ЄС, співпадає з охороною, що надається законодавством України. Але при цьому варто звернути увагу, що відповідно до ст. 3 (1) творчі БД охороняються авторським правом **як такі**. Саме це формулювання потрібно включити до майбутнього вітчизняного закону про БД і до ЦК. Не виключаємо, що воно є свідченням початку формування окремого комплексного інституту охорони прав на БД.

Що ж стосується змісту прав на інвестиційні БД, то при запровадженні (у процесі адаптації вітчизняного законодавства) норм щодо охорони виключних прав *sui generis* виробників цих баз даних потрібно передбачити норми, аналогічні тим, які містяться у вказаній Директиві 96/9 ЄС. Саме так поступили в свій час, зокрема, в Польщі, Словаччині і Чехії.

Основними з цих норм є:

➤ Право виробника БД перешкоджати вилученню і/або повторному використанню всього змісту БД або значної, визначеної кількісно або якісно, частини змісту БД, одержання, перевірка або представлення змісту якої свідчать про істотне інвестування з точки зору якості чи кількості (ст. 7 (1)). При цьому

під "вилученням" мається на увазі "постійне або тимчасове перенесення всього або істотної частини змісту бази даних на іншій носій будь-яким способом і в будь-якій формі" (ст. 7(2)(а), а під "повторним використанням" розуміється "будь-яка форма публічного надання всього або істотної частини змісту бази даних шляхом розповсюдження копій, прокату, передачі в безпосередньому зв'язку з налагодженням видачі даних або в іншій формі" (ст. 7(2)(б)).

➤ Не допускається "вилучення і/або неодноразове повторне і систематичне використання неістотних частин змісту БД, що складає дії, які суперечать нормальному використанню даної бази даних або яке завдало б невинуватеної шкоди законним інтересам виробника баз даних" (ст. 7 (5)).

➤ Відповідно до ст. 8, якщо БД надана невизначеному колу осіб, законний користувач має право вилучати і/або повторно використовувати несуттєві частини її змісту, з якою б метою це не здійснювалось. Проте користувач не може виконувати дії, які суперечать нормальному використанню цієї БД, або які невинуватеном способом завдають шкоду законним інтересам виробника БД.

➤ Винятки з права *sui generis* стосуються БД, наданих у користування невизначеному колу осіб. Законний користувач має право вилучати і/або повторно використовувати суттєву частину змісту БД, коли йдеться про: а) вилучення для використання для власних потреб змісту неелектронної БД; б) про використання даних метою ілюстрації у процесі навчання або з науково-дослідною метою за умови зазначення джерела і тією мірою, якою це виправдано некомерційною метою цих дій; с) про вилучення і/або повторне використання в інтересах суспільної безпеки або адміністративного чи судового процесу (ст. 9).

➤ Строк дії права *sui generis* починається з моменту закінчення виготовлення БД та закінчується через п'ятнадцять років, рахуючи з початку року, наступного за датою виготовлення. Якщо БД надається невизначеному колу осіб і п'ятнадцятирічний строк з дати її виготовлення ще не закінчився, строк охорони правом *sui generis* встановлюється в п'ятнадцять років від року, який слідує за датою, коли БД вперше була надана невизначеному колу осіб (ст. 10).

Потребує уточнення твердження С. Литвина про те, що право *sui generis* "не використовується відносно вмісту бази даних, якщо твори, що складають її вміст, вже охороняються авторським правом або суміжними правами" [4, с. 264]. Адже у ст. 7 (4) Директиви 96/9 ЄС прямо вказується, що право *sui generis* застосовується незалежно від можливості БД чи змісту даної БД одержати охорону авторським правом або будь-яким іншим правом і що охорона БД правом *sui generis* не відміняє прав, існуючих щодо їх змісту. Відповідні положення містяться і з законодавств Польщі, Словаччини і Чехії (наприклад, § 72 словацького закону [5], ч. 1 § 88а чеського закону [6]).

На цінності кумулятивності охорони прав на БД, передбаченої Директивою 96/9 ЄС, наголошують зарубіжні дослідники, зокрема С.Станіславська-Клос [12, с. 208-210], а Я. Барта і Р. Маркевіч охарактеризували як "абсурдну" позицію польського законодавця, який передбачив у згаданому вже нами законі про БД лише право *sui generis*, виключивши не лише кумулятивність, але й альтернативність охорони прав [12, с. 222].

Розробляючи проект закону про БД, потрібно, на нашу думку, взяти до уваги застереження щодо можливих негативних наслідків фактично безстрокової охорони, яка впливає з положення ст. 10 (3) Директиви 96/9

ЄС про надання нового строку охорони при будь-якій "істотній зміні змісту" БД. Зокрема, на Дипломатичній конференції ВОІВ з деяких питань авторського права і суміжних прав у 1996 р. у цьому контексті навіть вказувалось на загрозу для наукового, науково-технічного і суспільного розвитку [15, с. 99]. Одним із пропонуємих шляхів уникнення такої ситуації є закріплення в законі про БД поняття "нової БД", яка є результатом "істотної зміни змісту" "старої" БД, і забезпечення можливості правомірному використанню "старої" БД для усіх, хто набув цього права у встановленому законом чи договором порядку, незалежно від такої ж можливості використання "нової БД". Строк охорони прав на "стару" БД не повинен перевищувати 15 років.

Ми не можемо погодитись з висновком Ю.Капіці [1, с. 146], що, оскільки зміст права *sui generis* "передбачає охорону інвестицій та захист від недобросовісної конкуренції, найбільш доцільним є введення відповідних норм у Законі України "Про інвестиційну діяльність", а також "Про захист від недобросовісної конкуренції", адже названі закони регулюють зовсім інші за природою суспільні відносини. Хоча в деяких країнах (США, Японія та ін.) і досі застосовуються саме норми законодавства про захист від недобросовісної конкуренції, в цілому зарубіжний досвід свідчить, що це вже "пройдений етап" і така охорона є недостатньою [12, с. 323-325, 344-345]. При цьому не варто ставити під сумнів доцільність співіснування Закону України "Про захист від недобросовісної конкуренції" і спеціальних законів щодо охорони прав на певні об'єкти ІВ, наприклад, Закону України "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг". Адже в окремих статтях Закону України "Про захист від недобросовісної конкуренції" йдеться не про набуття, об'єкти, суб'єкти, зміст і захист прав на знаки для товарів та послуг (що врегульовано у "базовому" законі), а лише про певні додаткові спеціальні аспекти захисту прав на знаки для товарів та послуг (в адміністративному порядку) і лише у випадках, коли порушення прав пов'язане з недобросовісною конкуренцією. Тому норми Закону України "Про захист від недобросовісної конкуренції" можуть мати лише субсидіарне значення для захисту прав на нетворчі БД.

Крім того, значимість проблематики БД (особливо в контексті формування економіки знань та інформаційного суспільства) зумовлює потребу у всебічному, розгорнутому і комплексному врегулюванні всіх аспектів охорони прав на них в одному спеціальному законі. При цьому в інформаційному законодавстві, на нашу думку, доцільно по суті врегулювати лише організаційно-правові аспекти використання БД, а норми щодо змісту прав повинні мати бланкетний характер і відсилати до спеціального закону про БД.

Узгодження норм інформаційного права і виключних прав на БД потрібно здійснювати також з урахуванням балансу інтересів особи і суспільства, особливо в контексті забезпечення права на інформацію, передбаченого ст. 34 ("кожен має право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб – на свій вибір") та ст. 50 ("кожному гарантується право вільного доступу до інформації про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту, а також право на її поширення. Така інформація ніким не може бути засекречена") Конституції України.

Показово, що однією з причин блокування у США проектів законодавства про охорону прав на нетворчі БД (не дивлячись навіть на потужні лобістські зусилля інформаційного бізнесу) є побоювання науковців, громадськості і політикуму щодо негативних наслідків такої охоро-

ни для глибоко вкоріненої у суспільстві традиції свободи доступу до незасекреченої інформації (особливо ґрунтовна критика міститься в працях П. Самуельсона). Але, оскільки економічні інтереси США у конкурентній боротьбі з європейською інформаційною індустрією вимагають такого законодавства, продовжується активний пошук компромісних варіантів правового регулювання [2, с. 8-9]. Розв'язання цієї проблеми у США може бути корисним для вдосконалення законодавства з метою надання соціально збалансованого характеру виключним правам *sui generis* на БД і в Європі, в тому числі в Україні.

Ще одним нагальним питанням є необхідність подолання неспроможних у теоретичному і практичному плані правових конструкцій "права власності на інформацію", що використовуються в інформаційному законодавстві, наприклад, у Законі України "Про інформацію" та ін.

Уточнити потрібно і формулювання ст. 118 ЦК щодо можливості (властивості) інформації як об'єкта цивільних прав (ст. 117 ЦК) "вільно відчужуватися або переходити від однієї особи до іншої в порядку правонаступництва або іншим чином", оскільки тут правильніше було б говорити про відчуження прав на інформацію як "безтілесну річ", яку фізично відчужити неможливо.

У контексті вдосконалення методологічних засад інституту права ІВ, зокрема й права ІВ на БД, потребує змін і формулювання ст. 41 Конституції України ("кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності"), в якій втілена вже давно застаріла так звана "пропрієтарна" концепція ІВ. Натомість, в Конституції слід у загальній формі закріпити гарантії охорони і захисту прав ІВ.

Отже, для адаптації законодавства України про БД до законодавства Європейського Союзу, з нашої точки зору, доцільно було б:

- 1) використати відповідний досвід постсоціалістичних європейських країн, зокрема Польщі, Словаччини і Чехії;
- 2) запровадити (відповідно до Директиви 96/9 ЄС Європейського Парламенту та Ради від 11 березня

1996 року про правову охорону баз даних) додаткову (понад авторсько-правову) спеціальну, *sui generis*, охорону прав на БД шляхом прийняття спеціального закону про БД, що передбачав би режим їх комплексної кумулятивної охорони;

3) існуючу в ст. 10 Закону України "Про авторське право і суміжні права" бланкетну норму з цього питання сформулювати більш чітко і розгорнуто, із відсиланням на вказаний спеціальний закон про БД;

4) внести зміни до ЦК України, які б містили відповідні положення.

1. Капіца Ю.М. Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавство України / За ред. Ю.М.Капіци. – К. : Слово, 2006. – 1104 с. 2. Дроб'язко В.С. Охорона баз даних: міжнародні, регіональні, національні аспекти : монографія / В.С. Дроб'язко. – К. : ТОВ "Лазурит-Поліграф", 2008. – 132 с. 3. Андрощук Г. Право інтелектуальної власності на неоригінальні бази даних: аналіз регіонального і національного законодавства / Г. Андрощук // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2008. – № 4. – С. 25-37. 4. Литвин С.І. Зміст суб'єктивного права "sui generis" на неоригінальну компіляцію даних (базу даних) / С.І. Литвин // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – 2010. – № 1 (48). – С. 256-265. 5. Zákon zo 4. decembra 2003 o autorském práve a práвах súvisiacich s autorským právom (autorský zákon) // Zbierka zákonov č. 618/2003 (Zmena: 84/2007 Z.z., 220/2007 Z.z.). 6. 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.). 7. Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych – tekst jednolity // Dz. U. – 2000. – Nr. 80. – Poz. 904 (ze zmianami). 8. Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. o ochronie baz danych // Dz. U. – 2001. – Nr. 128. – Poz. 1402. 9. Bently L. Intellectual Property Law. Second Edition / L. Bently, B. Sherman. – Oxford : Oxford University Press, 2004. – 1131 p. 10. Калятин В.О. Содержание базы данных как новый объект правового регулирования / В.О. Калятин, Е.А. Войничанис // Законодательство. – 2007. – № 2. – С. 13-15. 11. Matlak A. Prawo autorskie w europejskim prawie wspólnotowym / A. Matlak. – Kraków : ZAKAMYCZE, 2002. – 428 s. 12. Stanisławska-Kloc S. Ochrona baz danych / S. Stanisławska-Kloc. – Kraków : ZAKAMYCZE, 2002. – 392 s. 13. А.Л. Маковский. 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. 14. Šebelová M. Autorské právo : zákon, komentář, vzory a judikatura / M. Šebelová. – Brno : Computer Press, 2006. – 196 s. 15. Судариков С.А. Право интеллектуальной собственности : учеб. / С.А. Судариков. – М. : ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – 368 с.

Надійшла до редколегії 20.01.11

УДК 347.764 (477)

Н. Пацурія, канд. юрид. наук, доц.

СТРАХУВАННЯ ЯК СОЦІАЛЬНО – ЕКОНОМІЧНИЙ ФЕНОМЕН

У статті досліджуються актуальних питань соціально – економічного феномену страхування як об'єктивного атрибуту ринкової економіки.

В статье исследуются актуальных вопросов социально – экономического феномена страхования как объективного атрибута рыночной экономики.

In the article probed pressing questions socio-economic phenomenon of insurance as objective attribute of market economy.

Ключові слова: страхування, соціально-економічна сутність страхування, функції страхування.

Ключевые слова: страхование, социально-экономическая сущность страхования, функции страхования.

Key words: insurance, socio-economic essence of insurance, functions of insurance.

Сучасний етап розвитку України потребує вдосконалення страхових відносин та створення ефективної системи формування страхових фондів, які б дієво впливали на соціальний захист населення та розвиток системи господарювання.

Актуальність теми. Проблеми раціоналізації соціального навантаження на економіку особливо актуальні для сучасної України. Перед нашою державою стоїть завдання побудови такої системи ефективного розвитку підприємництва та рівень розвитку економіки України. Розв'язання цього питання лежить у площині страхування і забезпечення його можливостей як механізму надання гарантій розвитку та соціально-економічних стандартів населення в країні.

Ажан на сучасному етапі розвитку страхування в Україні перебуває в стані становлення а його розвиток супроводжується проблемами нормативного, правового, організаційно-методичного, інформаційно-аналітичного характеру та недосконалості державного регулювання страховою діяльністю [18, 3].

Історію виникнення та розвитку страхування 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.

Окремі аспекти теоретико-методологічного обґрунтування сутності страхування досліджувалися у працях таких західних фахівців, як В. Берг, А. Вагнер, Дж. Гляубер, С. Маккі, А. Манес, К. Маркс, М. Міранда, П. Мюллер, В. Нордхаус, К. Пфайффер, М. Ротшильд, П. Са-

муельсон, Дж. Стігліц, У. Хаасен, Р. Холлі, П. Шиміковський, Х.-П. Шиміковський та ін.

Для розуміння особливостей функціонування сучасної системи страхування важливе значення мають праці науковців України, зокрема В.Д.Базилевича, К.С. Базилевич, О.І.Барановського, О.Д.Василика, В.М.Гейця, М.С.Клапкова, П.А.Лайка, О.В.Ніколаєнка, С.С.Осадця, В.М. Фурмана, А.А.Чухна, С.І.Юрія, О.І. Ястремського, а також Росії – І.Г.Іванової, Є.Т.Коголовської, Л.І. Рейтмана, Г.М.Тарієва.

Отже, визначення соціально – економічної сутності страхування як об'єктивного атрибуту ринкової економіки потребує комплексних наукових розробок.

Цілями статті є дослідження актуальних питань соціально – економічного феномену страхування як об'єктивного атрибуту ринкової економіки.

Страхування, як загальнонаукова категорія, є предметом інтересу представників різних суспільних наук [2; 7; 10; 23; 27; 30; 31; 32; 36], з огляду на те, що воно належить до суттєво важливих інститутів народного господарства роль і значення якого, в останні роки, постійно зростає. Проте навряд чи знайдеться будь-який інший інститут, реальне значення якого оцінювалося б настільки недостатньо, саме цей фактор впливає на відсутність наукових розробок та широкого роз'яснення принципових засад страхування [26, 3]. Дане твердження, яке було дано проф. В.К. Райхером у 1947 році, і на сьогодні не втратило своєї актуальності.

Страхуванню, як і будь-якому явищу, притаманна соціальна сутність, яка, на думку професор П.М. Рабиновича – є здатністю слугувати засобом задоволення потреб членів суспільства [25, 4].

Термін "потреби" визначає потребу в будь-чому [19, 339]. Потреби можуть бути досить різноманітними: фізіологічні, духовні, культурні, економічні, соціальні, тощо. Саме соціальний характер потреби піднімає її до нового якісного рівня – рівня інтересу [35, 7; 15, 23].

Р.Е. Гукасян в роботі "Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве" розглядаючи співвідношення категорій "потреба – інтерес", відзначав, що категорія "потреба" застосовується до всього живого, а категорія "інтерес" – це соціальна потреба [9, 9-10].

Сучасний дослідник російський дослідник С. В. Михайлов вивчаючи категорію інтересу та узагальнюючі погляди різних вчених на цю правову категорію відзначає, що зміст інтересу складають саме *потреби* [курсив наш – Н.П.] [17, 5].

Таким чином, можна стверджувати, що інтерес це певна потреба в чомусь. В зв'язку з цим, слід погодитися із думкою В.П. Грибанова та Р.Е. Гукасяна, які вважають, що інтерес і потреба це різні категорії, хоча між ними існує нерозривний зв'язок. За їх концепцією потреба породжує інтерес, становлячись його змістом. Інтерес, що сформувався, означає конкретизацію потреби, тобто завершення процесу проходження потреби через свідомість суб'єкта і спрямованість суб'єкта на певний об'єкт дійсності. Таким чином являючись первинним по відношенню до інтересу, *потреба* [курсив наш – Н.П.] скеровує інтерес [6, 233; 9, 10].

З огляду на викладене виникає питання, яка саме потреба (або потреба в чому) породжує інтерес у страхуванні? Саме відповідь на це питання дозволить визначитися із соціально-економічним змістом страхування.

Історія розвитку суспільства доводить наявність постійної боротьби, яка виникає між природою і людиною у безлічі варіантів її прояву [20, 77]. Вказана боротьба зумовлює реалізацію певних ризиків [34, 26] шляхом настання несприятливих подій (випадків) [4, 3], які, як правило, втілюються у заподіянні матеріальних збитків

або окремому члену суспільства (індивіду, фізичній особі) або їх спільноті (об'єднанню осіб в будь-якій формі).

Таким чином, потреба у попередженні, подоланні, зменшенні і відшкодуванні руйнівних наслідків несприятливих подій (стихійних лих та нещасних випадків), що завдали матеріальних збитків, має об'єктивний характер і формує потребу у "страховому захисті".

Специфіка страхового захисту обумовлює формування в суспільстві певного інтересу щодо: нагромадження і витрачання ресурсів (як грошових так і натуральних) для здійснення заходів з попередження, подолання або зменшення негативного впливу ризиків і відшкодування збитків, спричинених їх настанням.

З огляду на це, є підстави стверджувати, що потреба у страхуванні для людства обумовлюється наступними обставинами: по перше, члени суспільства у будь-яких сферах своєї життєдіяльності не є вільними від випадкових небезпек, часто катастрофічних; по друге, ці небезпеки завдають збитків членам суспільства; по третє, можливість настання випадкових небезпек і масштаби негативних наслідків від них прогресивно зростають; по четверте, з'являються нові небезпеки, як наприклад техногенні, екологічні, соціальні.

Відомо, що соціально – економічний розвиток суспільства завжди був пов'язаний з ризиком, породженим як небезпечними природними явищами і процесами, так і самою господарською діяльністю людини. При цьому досить істотною обставиною минулого було те, що такі надзвичайні ситуації залишалися по суті одиничними подіями, наслідки яких обмежувалися господарськими системами окремих районів або регіонів країни, у виняткових випадках – національними економіками. Стан справ радикально змінився в останні десятиліття минулого сторіччя, коли безпрецедентні за соціально-економічними наслідками природні і техногенні катастрофи змусили суспільство замислитися про власну уразливість і зайнятися пошуком шляхів та засобів задоволення вказаних потреб.

За висновками фахівців, світова економіка в осяжному майбутньому не буде мати змоги компенсувати збитки від стихійних лих і нещасних випадків, витрачаючи усе більше ресурсів на подолання наслідків таких подій і зменшуючи частку ресурсів на відтворення матеріальних благ та поліпшення якості життя. Накладаючись на менш значні надзвичайні ситуації (повсякденні соціально-економічні проблеми), катастрофи і стихійні лиха, за висловом У. Бека, перетворюють сучасну цивілізацію в "суспільство ризику".

З огляду на викладене у членів суспільства виникає гостра потреба у відшкодуванні матеріальних збитків, що є наслідками реалізації вказаних ризиків. З метою задоволення потреби у оперативному і повному відшкодуванні збитків (компенсації втрат, які зазнали члени суспільства) зацікавлені особи створюють спеціальні запаси (страховий фонд) шляхом поступового, регулярного акумулювання (накопичення) коштів та/або матеріальних ресурсів.

Таким чином, істотну роль у забезпеченні стабільності економічної системи відіграють певні ресурси (грошові коти), якими оперує суспільство для зниження ризику настання нещасних випадків і катастроф та мінімізації завданих ними збитків, мова іде насамперед про грошовий страховий фонд [24, 37], який формується професійними суб'єктами страхової діяльності з метою який утворюється з метою забезпечення майбутніх виплат страхових сум і страхового відшкодування залежно від видів страхування (перестраховування).

Без задоволення вказаної потреби стає неможливим забезпечити безперервність процесу виробництва

суспільних матеріальних благ та підтримати належний рівень життєдіяльності тих осіб, потреби яких підлягають задоволенню.

Таким чином, суспільні відносини щодо попередження, подолання, зменшення і відшкодування за рахунок заздалегідь акумульованих коштів руйнівних наслідків несприятливих подій (стихійних лих та/або нещасних випадків, тощо), що завдали матеріальних збитків, мають об'єктивний характер і формують зміст економічної категорії "страхування", як ефективного способу боротьби із різного роду небезпеками та із наслідками згубного впливу небажаних подій.

З огляду на це стає зрозумілим, що потреба у страхуванні або страхова потреба, як наукова категорія, порожнює категорію страхового інтересу стаючи її змістом.

Не дивлячись на те, що страховий інтерес є основою категорією страхових відносин, його поняття у чинному законодавстві України відсутнє. Дослідження категорії страхового інтересу дозволило встановити, що саме страховий інтерес виступає об'єктом страхування [16, 6].

Слід вказати, що у законодавстві Російської Федерації також, не визначено поняття "страховий інтерес". Проте, п.1 ст.930 Цивільного Кодексу Російської Федерації зазначає, що страхувальником може бути тільки така особа, інтерес якої до збереження речі (одержання прибутку і т.п.) засновано на якому-небудь юридичному титулі. При відсутності такого інтересу у страхувальника та вигодонабувача договір вважається недійсним (п.2 ст.930 ЦК РФ).

Таким чином, основним етапом у дослідженні сутності страхового інтересу є висновок про те, що в збереженні того чи іншого майна може бути зацікавлено чимало осіб, але ж основою для страхового інтересу повинен бути юридичний зв'язок особи з предметом інтересу, який В.К. Райхер назвав страховим титулом.

Питання, що є страховим інтересом, можна назвати центральним питанням страхової справи [11, 5].

Слово "інтерес" має походження від латинського *interest* – мати значення, важливо. Латинський вислів "*Suum quisque homo rem teminit*" – кожна людина завжди піклується про власний інтерес, підтверджує сказане вище.

Інтерес як велика за своїм змістом категорія поділяється на різні види, одним з яких є страховий інтерес. Теза про те, що "не має інтересу – не має страхування" є фундаментальною для страхової справи, і страхового права зокрема [8, 17].

Страховий інтерес, будучи видом категорії "інтересу", характеризується як загальними ознаками, які притаманні науковій категорії інтересу, так і спеціальними ознаками інтересу, які характеризують його особливості у страхових відносинах. Зокрема, доктрина права до спеціальних ознак категорії страхового інтересу відносить певні елементи, які визначають його специфіку, а саме – страховий інтерес має бути: а) майновим; б) юридичним (титульним); в) суб'єктивним; г) правомірним.

З огляду на наведене слід відзначити, що передумовою до виникнення інституту страхування є інтерес у задоволенні потреб певних осіб (або груп таких осіб), щодо захисту майнових благ від настання наслідків випадкових небезпек, переважним чином, стихійних лих і нещасних випадків.

Дослідники визначають низку чинників, що стали підставою виникнення страхування як соціально-економічного явища, що спричинило розвиток страхових відносин, серед яких виділяють:

- наявність небезпек, здатних заподіяти майнових та/або інших збитків, настанню яких неможливо ні запобігти, ні попередити (об'єктивний фактор);

- наявність у фізичних осіб потреби у схоронності і цілісності належних їм матеріальних (суб'єктивний фактор);

- прагнення фізичних осіб долати наявними засобами небезпеки, які викликають у них страх і побоювання, щодо настання негативних наслідків (об'єктивно – суб'єктивний фактор) [1, 29].

У сукупності наведені фактори стали передумовами виникнення інституту страхування як способу боротьби з наслідками небезпечних явищ. Більше того, зазначена сукупність факторів є тією історично сформованою моделлю, що у своїй сутності не змінилася, і у наш час є підставою для розвитку, реалізації та трансформації страхових відносин.

Слід вказати, що призначення будь-якої соціально-економічної категорії, як правило, аналізується через призму соціального ефекту (необхідності), який досягається в суспільстві завдяки її функціонуванню. Соціальний ефект інституту страхування проявляється у його функціях, які визначають конкретні напрями досягання мети, що покладена в основу страхування [22, 91].

Науковці класифікують функції страхування за різними критеріями, та за рівнем реалізації страхових відносин угруповують їх на мікро-, та макроекономічні функції. На мікроекономічному рівні виділяють: 1) ризикову, 2) попереджувальну, 3) фінансову, 4) контрольну; на макроекономічному рівні (загально-господарському) виділяють: 1) функцію звільнення держави від додаткових фінансових витраток по компенсації збитків; 2) забезпечення безперервності суспільного виробництва [21, 29].

Класична економічна наукова література виділяє дві класифікації функцій страхування. Перша – подана проф. В.В. Шаховим – відносно змісту страхування, друга – визначена акад. Л.І. Рейтманом – в залежності від суспільного призначення даної категорії.

За своїм змістом страхування виконує наступні функції:

1) Функція *формування спеціалізованого страхового фонду*. За даною функцією страховик за рахунок страхових платежів та за рахунок доходів від інвестиційної діяльності формує страховий фонд (страхові резерви), який утворюється з метою забезпечення майбутніх виплат страхових сум і страхового відшкодування залежно від видів страхування (перестрахування).

2) Друга функція – *відшкодування збитку і особистого матеріального забезпечення фізичних осіб*. За вказаною функцією право на відшкодування збитку мають лише ті особи, які є учасниками формування страхового фонду у межах визначених договорами страхування та у разі настання страхового випадку.

3) Третя функція – *попередження страхового випадку і мінімізація збитку*. Вказана функція передбачає широкий комплекс заходів щодо попередження або зменшення негативних наслідків страхових випадків – саме тут знаходить своє втілення ознака правового впливу на страхувальника, яка закріплюється в умовах договору страхування і зорієнтовує його на пильне ставлення об'єкта страхування [30, 16].

Друга класифікація функцій страхової діяльності будується за критерієм зовнішнього прояву (залежно від суспільного призначення), як зауважив Л.І. Рейтман: "вона дозволяє виявити особливості страхування як ланцюга фінансової системи" [29, 17], а вказаною класифікацією страхуванню притаманні ризикова, попереджувальна і контрольна функції.

А) *Ризикова функція* вважається головною функцією у страхуванні. Ризик, як можливість спричинення збитків, обумовлює необхідність формування і функціонування в суспільстві системи страхових правовідносин, які можуть бути реалізовані лише завдяки професійній

страховій діяльності суб'єктів господарювання, з приводу надання страхових послуг. Тобто, поки існує ризик заподіяння збитків фізичним і юридичним особам внаслідок настання певних небезпек (страхових випадків), доти буде наявною в суспільстві необхідність у створенні і належному функціонуванні суб'єктів страхової діяльності (страхових та перестраховувальних компаній; страхових посередників; об'єднань страховиків; товариств взаємного страхування і т.ін.), завдяки яким можуть бути реалізовані страхові правовідносини.

Б) Завдяки *попереджувальній функції* частина коштів страхового фонду спрямовується на фінансування заходів щодо зменшення страхового ризику (ступеня ризику), якщо такі умови передбачені договором страхування або чинним законодавством. Крім того, на підставі даної функції як на страховика, так і на страхувальника договором страхування можуть бути покладені додаткові обов'язки щодо попередження настання страхового випадку та мінімізації розмірів збитків.

В) Реалізація *контрольної функції* має два прояви. По перше, завдяки зазначеній функції здійснюється цільове формування і використання коштів страхового фонду. По друге, на підставі контрольної функції в суспільстві функціонує система органів державного нагляду за страховою діяльністю і здійснюється контроль за учасниками страхового ринку [29, 17].

Викладене вище, дозволяє нам погодитися з думкою проф. В.Р. Ідельсона, який, характеризуючи розвиток страхової діяльності ще у 1907 році відзначив її важливу соціально-економічну сутність і зауважив, що: "Потужний розвиток страхової діяльності обумовив її самостійний розвиток у народному господарстві...

Велике соціально-економічне значення страхування було швидко оцінено, і ми бачимо, що навіть державна влада, то стає одним із конкуруючих страховиків, то своїм владним приписом організує примусові союзи для здійснення страхування. Цією своєю діяльністю держава несе ідею страхування у широкі народні маси, ... і ти самим сприяє розвитку страхової справи.. [14, 6].

Сучасний стан економіки доводить, що реалізацію ринкового механізму господарювання повинен забезпечувати суттєве зростання ролі страхової діяльності у суспільному відтворювальному процесі.

Як зазначає В.Д. Базилевич: "Світовий досвід переконує – де створено сучасну систему страхового захисту, там забезпечується більш високий рівень стабільності народногосподарського відтворювального процесу." [3, 6]. Розгортання ринкових відносин, коли товаровиробник починає діяти на свій страх і ризик і несе повну відповідальність за свої дії, підвищує роль і значення страхової діяльності не лише в державі, а і в приватно – господарській сфері, і тому, страхова діяльність слугує важливим фактором стимулювання виробничої активності і забезпечення здорового способу життя, створює нові стимули росту продуктивності праці відповідно до особливого вкладу у виробництво і забезпечення власного благополуччя [16, 20].

Роль страхування є особливо важливою у контексті економічних реформ оскільки воно стимулює розвиток ринкових відносин і ділової активності, поліпшує інвестиційний клімат. Ступінь розвитку страхового ринку віддзеркалює можливості економічного зростання країни [13, 4].

Як вказав проф. К.Г. Воблий: "страхування є важливим народногосподарським інститутом, який займає своє особливе місце у соціальному господарстві, що має великий вплив на різноманітні сторони економічного життя" [4, 20].

Проте, деякі автори виділяють ще одну сторону страхування. Так, наприклад, В. І. Серебровський вказував,

що "страхування має ще і моральне значення: воно стимулює активність людини", тому що, "елімінуючи [20] або послабляючи момент ризику, страхування тим самим дає носію господарської діяльності можливість із упевненістю дивитися в невідоме майбутнє" [28, 267].

Висновок. Сучасна економічна теорія використовує наступну систему понять, що покликані віддзеркалити економічні і соціальні особливості інституту страхування:

- передача ризику – як спосіб управління ризиком, що передбачає передачу ризику на підставі договору від однієї сторони іншій методом страхування страховиком за умови сплати страхувальником страхової премії, встановленої договором страхування;
- страхова організація – як професійний суб'єкт страхової діяльності, що має необхідне майно, визначене законодавством та статутними документами і який забезпечує суспільну функцію управління ризиками страхувальників на підставі договорів страхування;
- страховий фонд – як сукупність коштів, які є в наявності у страховика для виконання зобов'язань перед страхувальником (вигодонабувачами) по страховим виплатам;
- мета страхування – як відшкодування збитків і відшкодування майбутніх потреб, що виникають у результаті страхових випадків;
- замкнений характер страхових відносин – виключно страхувальники, що є учасниками договірних відносин або треті особи за договором страхування мають право на отримання страхової виплати;
- еквівалентність страхових відносин – як умова рівності між страховими внесками, що надходять від страхувальників і страховими виплатами страховика, що дозволяє математично (актуарно) обґрунтувати розмір страхового платежу, який має бути сплачений страхувальником з врахуванням ступеню страхового ризику і змісту страхового зобов'язання;
- державний нагляд за страховою діяльністю – визначає умови при дотриманні яких страховик створюється і отримує ліцензію на здійснення страхової діяльності, а також дотримуючись яких забезпечує поточну фінансову платоспроможність.

Перспективи подальших розвідок у напрямку визначення соціально – економічного феномену страхування як об'єктивного атрибуту ринкової економіки доводить, що в умовах ринкової економіки та наслідків глобальної економічної кризи страхування повинно належати до тих галузей народного господарства, які стрімко розвиваються, адже саме в таких умовах приватний сектор потребує всебічного захисту за відсутності фінансових гарантій з боку держави. При виході української економіки із стану депресії потреба у страхових послугах буде зростати разом із ростом господарської діяльності. У багатьох галузях народного господарства страхування є необхідною передумовою економічного росту, його складовим компонентом. Це відноситься перш за все до сільського господарства, де пріоритетним напрямком страхування визнається страхування майбутнього врожаю, страхування професійної відповідальності. Тому більш ніж скромні обсяги вітчизняного страхування не засвідчують про відсутність у нього великого потенціалу розвитку [21, 24].

1. Абрамов В.Ю. Страхование: теория и практика. – М.: "Волтерс Клувер", 2007. – 512 с. 2. Баглюк Ю.Б. Интеграция украинского рынка страховых услуг в мировую систему: Дис... канд. эконом. наук: 08.00.02. – Донецьк, 2008. – 188 с. 3. Базилевич В.Д. Страховий ринок України. – К.: Знання, 1998. – 371 с. 4. Воблий К.Г. Основы экономики страхования. – М.: Анкил, 1993. – 228 с. 5. Граве К.А., Лунц Л.А. Страхование. – М.: Госюриздат, 1960. – 175 с. 6. Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. – М.: "Статут". 2000. – 399 с. 7. Гринюк О.В. Цивіль-

но-правові аспекти майнового страхування в Україні: Дис... канд. юр. наук: 12.00.03. – Київ, 2004. – 210 с. 8. Грищенко О.В. Страховий інтерес як необхідна умова існування страхового правовідношення // Науковий вісник Чернівецького університету серії "Правознавство". – 2002. – №3. – С.15-18. 9. Гукасян Р.Е. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве. Саратов: СЮИ. – 1970. – 192 с. 10. Докторова Н.П. Механізми державного регулювання страхової діяльності в Україні: Дис... канд. наук з держ. управ.: 25.00.02. – Донецьк, 2008. – 195 с. 11. Дячишин І.І. Актуальные проблемы правового регулирования страхования и перестрахования: теория и практика: Дис... канд. юр. наук: 12.00.03. – Санкт-Петербург, 2008. – 198 с. 12. Елімінувати (лат. *eliminare*) – виключати; усувати / Словник іноземних слів під ред. І. В. Лехина і проф. Ф. Н. Петрова. – М., 1995. – С. 808. 13. Журавин С.Г. Краткий курс истории страхования. – М.: "Анkil", 2005 – 112 с. 14. Идельсон В.Р. Страхование. (лекции читанные в С.-Петербургском Политехническом Институте на Экономическом Отделении, Страхом подотделе в 1907г.). – М.: Анkil, 1993. – 94 с. 15. Илларионов Т.Н. Механизм действия гражданско-правовых охранительных мер: Учебное пособие. Свердловск, 1980. – 532 с. 16. Когденко Н.Ю. Страховой интерес и смежные категории имущественного страхования в гражданском праве России: Автореф.дис...канд.юр.наук: 12.00.03. – Волгоград, 2007. – 27 с. 17. Михайлов С.В. Категория интереса в российском гражданском праве. – М.: Статут, 2002. – 205 с. 18. Мних М.В. Страхування як механізм надання гарантій підприємницької діяльності та соціального захисту населення: сучасна теорія і практика: Дис... доктора економ. наук: 08.00.03 / Державна установа "Інститут економіки та прогнозування НАН України". – Київ, 2007. – 339 с. 19. Ожегов С.И. Словарь русского языка. – М.: Русский язык; Издание 20-е, 1988. – 750 с. 20. Ойгензихт В.А. проблема риска в гражданском праве.-Душанбе:Изд-во ИРФОН,1972. – 224 с. 21. Основы страховой деятельности. Учебник / отв. ред. проф. Федорова Т.А. – М.: Издательство БЕК, 2001 – 768 с.

22. Пацурія Н.Б. Концептуальні засади страхування: функції та принципи (правовий аналіз) // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2006. – №12. – с.89-98. 23. Пацурія Н.Б. Правове регулювання страхової справи в Україні (організаційно-правовий аспект): Дис... канд. юр. наук: 12.00.04. – Київ, 2000. – 217 с. 24. Порфирьев Б. Н. Опасность природных и антропогенных катастроф в мире и в России // Россия в окружающем мире: 2004 (Аналитический ежегодник). Отв. ред. Н. Н. Марфенин/Под общ. ред.: Н. Н. Марфенина, С. А. Степанова. – М.: Модус К – Этерна, 2005. – 320 с. 25. Рабінович П. Соціальна сутність прав людини: у світі потребного підходу //Вісник Академії правових наук України. – 2005.– №1. – с. 3–14. 26. Райхер В.К. Общественно-исторические типы страхования. – М.: Изд-во АН СССР, 1947. – 282 с. 27. Самойловский А.Л. Державне регулювання страхової діяльності в Україні: Автореф. дис... канд. екон. наук: 08.02.03. – Київ, 2000. – 17 с. 28. Серебровский В.И. Избранные труды по наследственному и страховому праву. – М.: Статут, 2003. – 558 с. 29. Страховое дело / под ред. Рейтмана Л.И. – М.: Банковский и биржевой научно-консультационный центр, 1992. – 524 с. 30. Твердомед К.М. Законодавство про страхування в Україні в період нової економічної політики (1921–1929 рр.): Дис... канд. юр. наук: 12.00.01. – Харків, 2004. – 178 с. 31. Тополенко Н.М. Державне регулювання розвитку системи пенсійного страхування в Україні: Дис... канд. наук з держ. управ.: 25.00.02. – Запоріжжя, 2007. – 201 с. 32. Фурман В.М. Страховий ринок в Україні: проблеми становлення та стратегія розвитку: Дис... доктор. економ. наук: 08.04.01. – Київ, 2006. – 421 с. 33. Шахов В.В. Страхование – М., ЮНИТИ, 1997. – 311 с. 34. Шиминова М.Я. Основы страхового права России. – М., 1993. – 78 с. 35. Экимов А.И. Интересы и право в социалистическом обществе. – Л., 1984. – С.7. – 135 с. 36. Юрах В.М. Фінансово-правові засади страхування в Україні: Дис... канд. юр. наук: 12.00.07.– Одеса, 2007.– 210 с.

Надійшла до редколегії 24.12.10

УДК 347.34.3

О. Отрадна, канд. юрид. наук, доц.

ДЕЛІКТНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ ФРАНЦІЇ

У статті досліджуються проблемні питання поняття, ознак та функцій деліктних зобов'язань у цивільному праві Франції. Стаття базується на дослідженні як зарубіжних, так і вітчизняних наукових джерел цивільного права Франції. Автор робить висновки про тісний правовий зв'язок між деліктними зобов'язаннями у французькому та українському цивільному праві.

Ключові слова: деліктні зобов'язання, недоговорна відповідальність, генеральний делікт, спеціальні делікти, Цивільний кодекс Франції.

В статье исследуются проблемные вопросы понятия, признаков и функций деликтных обязательств в гражданском праве Франции. Статья базируется на исследовании как зарубежных, так и отечественных научных источников гражданского права Франции. Автор делает выводы о тесной правовой связи между деликтными обязательствами во французском и украинском гражданском праве.

Ключевые слова: деликтные обязательства, внедоговорная ответственность, генеральный деликт, специальные деликты, Гражданский кодекс Франции.

An article is devoted to the research of problem questions concerning definition, features and functions of torts in French civil law. The article is based on the research of Ukrainian and foreign scientific sources of French civil law. An author made a conclusion about a strong legal link between torts in Ukrainian and French civil law.

Key words: torts, tort responsibility, general tort, special torts, French Civil Code.

Деліктні зобов'язання або зобов'язання із заподіяння шкоди є одним з найважливіших інститутів цивільного права зарубіжних країн. Грошове або інше матеріальне відшкодування заподіяної особі або майну шкоди в свій час замінило особисту помсту та виявилось прийнятним як на ранніх етапах розвитку цивільного права, так і у сучасних економічних умовах. Деліктні зобов'язання спрямовані на відшкодування шкоди, заподіяної особі або майну в результаті протиправного діяння, не пов'язаного із порушенням договору, отже їх відносять до групи так званих недоговорних зобов'язань.

Деліктне право України, знаючи поняття генерального делікту, у своїх загальних витоках має норми цивільного права Франції. Положення французького деліктного права, які самі по собі базуються на рецепції римського права, враховувалися при розробці Цивільного уложення Російської імперії, цивільних кодексів УРСР та сучасного українського Цивільного кодексу. Отже аналіз положень деліктного права Франції є важливим для розуміння витоків та тенденцій розвитку сучасного вітчизняного деліктного права.

Положення французького цивільного права в цілому та деліктного права зокрема аналізувалися як зарубіжними, так і вітчизняними дослідниками: Є. Годеме,

О.О. Терновою, В.В. Залеським, К. Цвайгердтом, Х. Кетцем, Д.О. Грачовим, С.Д. Гринько та ін.

На перших стадіях розвитку деліктне право являло собою конгломерат зібраних разом окремих та розрізнених судових рішень, які захищали абсолютно визначені матеріальні інтереси від абсолютно визначених проявів їх порушень шляхом фізичного насильства. Так, наприклад, право Риму визнавало деліктами тільки ті правопорушення, які були визначені в законі або були передбачені преторським правом. Звідси до деліктів відносилися *Iniuria* – особиста образа, *Furtum* – крадіжка, *Rapina* – грабіж, *Damnnum iniuria datum* – неправомірне пошкодження або знищення чужого майна [1]. Однак в римському праві так і не було розроблено загального підходу, відповідно до якого особа, яка завдала шкоду, повинна була її відшкодувати.

І в подальшому принцип генерального делікту ще тривалий час не був відомий правовим системам. Вперше на загальнодержавному законодавчому рівні у країнах континентального права цей принцип був закріплений у Цивільному кодексі Франції (Кодексі Наполеона) 1804 р.

У Франції норми, що регулюють зобов'язання із заподіяння шкоди (деліктні зобов'язання) містяться у Гла-

ві II ("Про делікти та квазіделікти") Титулу IV ("Про зобов'язання, що виникають за відсутності угоди") Книги III Цивільного кодексу Франції. Первісно французьке деліктне право ґрунтувалося на 5 статтях ЦК (1382-1386). Законом № 98-389 від 19 травня 1998 р. ЦК Франції був доповнений Титулом IV bis "Про відповідальність за шкоду, заподіяно недоброякісною продукцією" (статті 1386-1 – 1386-18). Крім того, джерелами правового регулювання деліктних відносин у Франції є також ряд спеціальних законів, основними з яких є Закон № 85-677 від 5 липня 1985 р. "Про нещасні випадки у сфері дорожнього руху" та Закон № 98-389 від 19 травня 1998 р. "Про відповідальність за недоброякісний продукт", Закон № 68-943 від 30 жовтня 1968 р. "Про цивільну відповідальність в області ядерної енергії", Закон № 99-245 від 30 березня 1999 р. "Про відповідальність за заподіяння шкоди при використанні руднику".

Значення французького Цивільного кодексу для регулювання деліктних зобов'язань важко переоцінити. Саме в цьому кодексі вперше було сформульований та закріплений принцип генерального делікту та визначено правило відповідальності за вину. На сьогодні систему, яка передбачає наявність загального поняття протиправного діяння, яке застосовується до будь-яких фактичних складів цивільних правопорушень називають "Системою генерального делікту" або "Французькою системою".

Основою деліктного права Франції є стаття 1382 ФЦК, відповідно до якої "Будь-яка дія особи, яка завдала шкоди іншій особі, зобов'язує того, хто винен у її заподіянні, цю шкоду відшкодувати". Далі йде стаття 1383 – "Будь-яка особа несе відповідальність за шкоду, заподіяну нею не тільки в результаті її навмисних дій, але і в результаті її недбалості або необережності" [2]. Основоположна ідея цих норм – зведення всього деліктного права до єдиного принципу – відшкодуй шкоду, заподіяну з твоєї вини. Ідея ця належить видатним теоретикам природного права XVII сторіччя Гуго Гроцію (Hugo Grotius) та Жану Дома (Jean Domat). Вони вірили в загальний правопорядок, єдиним джерелом якого є розум. І це надало їм мужності узагальнити окремі правопорушення минулого, вивести та сформулювати принцип генерального делікту, який охоплює всі види порушень суб'єктивних прав особи – від вбивства до образи. Саме цей принцип в подальшому був покладений в основу деліктного права Франції.

Класична французька доктрина покладає в основу деліктної відповідальності вину заподіявача шкоди. Позивач, вимагаючи відшкодування шкоди, має довести її наявність, наявність вини у діях порушника, причинно-наслідковий зв'язок між шкодою та винними діями правопорушника. Цій традиційній теорії протистоїть теорія об'єктивної відповідальності, заснована на ідеї ризику. Відповідно до даної теорії кожний несе відповідальність за ризик, який він створює своєю діяльністю, навіть якщо в його діях немає вини. Позивач має довести тільки наявність шкоди та причинно-наслідковий зв'язок між діями заподіявача та шкодою.

Французький законодавець сприйняв теорію ризику у тому, що стосується нещасних випадків на виробництві, дорожньо-транспортних пригод. В тому ж, що стосується цивільних деліктів, судова практика продовжує виходити із ідеї вини. За загальним правилом, тягар доказування вини лежить на потерпілому. В разі відповідальності за дії третіх осіб, вина відповідальної особи презюмується та вона має довести, що є невинною [3].

Цивільний кодекс Франції розрізняє делікти та квазіделікти. Під деліктами розуміються дії, вчинені внаслідок обману або злого умислу. А квазіделікти – це дії,

внаслідок яких шкода завдається без злого умислу, але в результаті непробачної необережності. Разом з тим, загальний обов'язок відшкодування шкоди виникає у заподіявача і за наявності умислу, і при необережності, тобто і делікти, і квазіделікти тягнуть за собою однакові наслідки. Розмежування деліктів та квазіделіктів має значення більше у страховій практиці, оскільки за французьким законодавством не допускається страхування відповідальності за навмисно заподіяну шкоду.

Французька доктрина не проводить чіткої межі між протиправністю та виною, дані категорії охоплюються єдиним поняттям вини ("faute"). Найбільш поширеною у Франції доктринальною концепцією вини є теорія вини Мазо да Тунка, за якою умисне прагнення порушника завдати шкоду є деліктною виною, а помилка у поведінці, яку розумна людина не вчинила б, якщо знаходилася б за тих зовнішніх обставин, як заподіявав шкоди – неделіктною виною. Вищенаведені підходи до поняття вини мали наслідком її розуміння у судовій практиці як недотримання порушником загальновизнаних норм поведінки [4]. Традиційним елементом вини вважається також деліктоздатність заподіявача шкоди. Однак її значення для настання відповідальності зменшилося у зв'язку із включенням у ФЦК у 1968 р. статті 489-2, яка встановила, що душевнохворі самі несуть відповідальність за заподіяну ними шкоду.

Не завжди необережні дії мають бути вчинені делінквентом особисто. Допустимим є варіант, коли одна особа буде відповідати перед іншою за дії третьої особи, якщо делінквент скористався послугами цієї третьої особи для виконання певної діяльності, в результаті якої потерпілому була заподіяна шкода навмисними або необережними діями згадуваної третьої особи. Саме цим у французькому цивільному праві пояснюється відповідальність роботодавця за шкоду, заподіяну його працівниками під час виконання ними своїх трудових обов'язків. В таких випадках до уваги береться власна вина роботодавця, яка проявилася у наймі недосвідченого або неуважного працівника або у недостатньому контролі за якістю професійної підготовки працівника або в тому, що він не зумів примусити працівника дотримуватися правил, що діють в його сфері діяльності (правил дорожнього руху, правил безпеки на виробництві тощо) [5].

Обов'язковою умовою настання деліктної відповідальності є наявність матеріальної (майнової) або моральної (немайнової) шкоди. Мова йде про шкоду безпосередню, достовірну та таку, що відноситься до конкретної особи [6]. Тобто шкода має бути очевидною (certain) та зачіпати законні інтереси, що знаходяться під захистом права. Шкода має бути дійсною та визначеною. Майбутня шкода може бути відшкодована, якщо абсолютно очевидно, що вона буде мати місце та її можна оцінити.

Майнова шкода виражається у знищенні або пошкодженні майна потерпілого, у витратах на лікування та відновлення, втраченому заробітку в разі заподіяння шкоди здоров'ю тощо. Моральна шкода виникає в разі посягання на честь та гідність потерпілого (зокрема в разі образи, наклепу), внаслідок душевних страждань, викликаних тілесними ушкодженнями, загибеллю близької людини тощо. Оскільки людські страждання важко оцінити в грошовій формі, велику роль у встановленні розміру та умов виплати компенсації за моральну шкоду грають судові органи.

Ще однією умовою, яка обов'язково аналізується судом при прийнятті рішення про відшкодування заподіяної шкоди є причинний зв'язок між протиправною дією та шкодою. Іншими словами відшкодуванню підля-

гає лише та шкода, яка є причинно обумовленою протиправним діянням, яке її викликало.

Французьке право знає цивільну відповідальність за дії інших осіб, за яких відповідає делінквент. Батько та мати, що здійснюють свої батьківські права, несуть солідарну відповідальність за шкоду, заподіяну їхніми неповнолітніми дітьми, що проживають разом з ними. Господарі та роботодавці відповідають за шкоду, заподіяну їхніми слугами та працівниками при виконанні останніми обов'язків, для виконання яких вони були найняті. Наставники та ремісники відповідають за шкоду, заподіяну їхніми вихованцями та підмайстрами у час, коли останні знаходилися під їхнім контролем. Віщезазначена відповідальність виникає тільки якщо батько та мати та ремісники не доведуть, що вони не могли припинити дії, які є підставою для цієї відповідальності [7].

Крім того, ст. 1384 ЦК Франції передбачає відповідальність за шкоду, заподіяну речами, що перебувають у зберіганні делінквента. Ця загальна норма доповнена двома спеціальними: відповідальність власника та користувача тварини за шкоду, заподіяну останньою (ст. 1385) та відповідальність власника будівлі за шкоду, заподіяну руйнуванням останньої, коли руйнування було викликано недостатнім доглядом за будівлею або вадами її конструкції (ст. 1386). Така відповідальність носить об'єктивний характер, тобто настає незалежно від вини делінквента.

Окремо у ЦК Франції регулюється відповідальність за шкоду, заподіяну недоброякісною продукцією. Відповідно до статті 1386-1 виробник несе відповідальність за шкоду, заподіяну в результаті недоліків його продукції незалежно від наявності між ним та потерпілим договірних відносин. Продукцією в силу статті 1386-3 визнається будь-яке рухоме майно, навіть якщо воно включено у склад нерухомого майна, в тому числі продукція землеробства, тваринництва, полювання та риболовства, а також електрична енергія. Продукція вважається недоброякісною, якщо вона не забезпечує тієї безпеки, на яку можна було правомірно розраховувати.

Поряд з виробником продукції відповідальність за її недоліки несуть і продавець та наймодавець, але лише в тому випадку, коли виробник продукції не встановлений (ст. 1386-7).

Тягар доказування наявності шкоди, наявності недоліків продукції та причинного зв'язку між недоліками продукції та заподіяною шкодою покладається на позивача (ст. 1386-9). Договірні умови, які усувають або обмежують відповідальність виробника за шкоду, заподіяну недоброякісною продукцією, не допускаються та вважаються неіснуючими.

Французька правова доктрина ґрунтується на принципі "некумулятивності деліктної і договірної відповідальності", тому суди не задовольняють деліктні позови про відшкодування шкоди, якщо сторони знаходяться в договірних відносинах [8]. Отже якщо шкода заподіяна покупцеві-споживачеві внаслідок недоліків придбаного товару, він вправі пред'явити позов до роздрібного торговця. Роздрібний торговець може притягнути до справи оптового торговця. Останній – свого продавця і так далі аж до виробника товару. Це дозволяє споживачу врешті решт "дістатися" до виробника та отримати ком-

пенсацію. Більш того, суди дозволяють споживачу "перестрибнути" через декілька сходинок у вигляді проміжних продавців (якщо він не знає їх, або вони виявилися неплатоспроможними тощо) та звернутися безпосередньо до первісного продавця або виробника. І тільки так звані "випадкові потерпілі", які не є покупцями недоброякісного товару, але яким заподіяно шкоду внаслідок його недоліків, вправі пред'явити деліктні позови.

Немайнова шкода у французькому законодавстві не виділяється в якості окремого різновиду шкоди. Розділення шкоди на майнову та немайнову здійснюється здебільшого у правовій доктрині та судовій практиці, де для визначення моральних страждань та пов'язаних з цим вимог застосовується термін *dommage moral*. Право на компенсацію моральної шкоди передається у спадщину.

Слід зазначити, що французька доктрина та судова практика не обмежують особисті немайнові блага, що захищаються законом, якимось вичерпним переліком. Будь-яка шкода, заподіяна особі, підлягає відшкодуванню. Разом з тим в доктрині виділяють певні види немайнової шкоди, яка підлягає компенсації шляхом подання відповідного позову до суду. Така шкода може виражатися у посяганні на честь, гідність, релігійні переконання людини, а також у болі, душевних стражданнях, пов'язаних із скоєним деліктом, які включають неврози, емоційні неспокої, боязнь, острах, побоювання тощо. Компенсації підлягає також втрата задоволення від життя (*prejudice d'agrement*), яке є результатом погіршення якості життя у зв'язку із, наприклад, втратою слуху або нюху, неможливістю вести статеве життя або скоювати тривалі прогулянки.

При визначенні розміру компенсації моральної шкоди суди часто звертаються до медичних експертів, які, однак, лише встановлюють факт душевних страждань, але не здійснюють грошову оцінку заподіяної шкоди та не визначають грошовий розмір компенсації.

Правила ЦК Франції, що стосуються деліктних зобов'язань в подальшому були втілені у законодавстві інших європейських країн (Швейцарський закон про зобов'язальне право 1911 р. (ст. 41), ЦК Греції (1940 р. ст. 914), ЦК Португалії (1966 р. ст. 483) тощо).

1. Безклубый И.А. Обязательства из деликтов в Древнем Риме // Альманах цивилистики: Сборник статей. Вып. 1 / под ред. Р.А. Майданника. – К.: Всеукраинская ассоциация издателей "Правова єдність", 2008. – с. 303. 2. Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / пер. с франц. В. Захватаев / отв. Ред. А. Довгерт. – К.: Истина, 2006. – 1008 с. 3. Основные институты гражданского права зарубежных стран / отв. ред. В.В. Залесский. – М.: Норма, 2009. – с. 907. 4. Гринько С.Д. Загальні засади деліктного права Франції, Німеччини та України: порівняльно-правовий аналіз // Приватне право і підприємництво. Збірник наукових праць, вип. 8, 2009. – К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва Академії правових наук України. – 2009. – с. 171. 5. Гражданское и торговое право зарубежных государств. Т. 2 под ред. Е.А. Васильева, А.С. Комарова. – М.: "Международные отношения", 2008. – с. 332. 6. Гражданское и торговое право зарубежных стран. Учебное пособие / под общ. ред. В.В. Безбаха, В.К. Лучинского. – М.: МЦФЭР, 2004. – с. 412. 7. Стаття 1384 ЦК Франції // Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / пер. с франц. В. Захватаев / отв. Ред. А. Довгерт. – К.: Истина, 2006. – с. 430. 8. Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2-х тт. – Том 2. – пер с нем. – М.: "Международные отношения", 1998. – с. 390.

УДК 94 (4) "313/1453"; 347. 237

Л. Дячук, канд. юрид. наук, доц.

ІНСТИТУТ ПОСАГУ У РАННЬОВІЗАНТІЙСЬКОМУ ПРАВІ: ЕВОЛЮЦІЙНИЙ ТА СИСТЕМНИЙ АСПЕКТИ

Досліджуються регулятивно-юридичні механізми узгодження інтересів і захисту майнових прав суб'єктів шлюбу за нормами правового інституту посагу у контексті еволюції правової системи як структурного елемента Візантійської цивілізації.

Ключові слова: Візантія, цивілізація, ранньовізантійське право, регулювання, шлюб, посаг, еволюція.

Исследуются регулятивно-юридические механизмы согласования интересов и защиты имущественных прав субъектов брака за нормами правового института приданого в контексте эволюции правовой системы как структурного элемента Византийской цивилизации.

Ключевые слова: Византия, цивилизация, ранневизантийское право, регулирование, брак, приданое, эволюция.

The regulatory and legal machinery of concordance interests and defense of property rights of marriage's subjects are probed after the norms of legal institute of dowry in the context of evolution of the legal system as a structural element of Byzantine civilization.

Key words: Byzantium, civilization, early-byzantine right, concordance, marriage, dowry, evolution.

Закономірністю кожної з історичних цивілізацій є формування механізмів відтворення та розвитку суспільних тенденцій в контексті самоорганізації суспільства та у визначенні корелятивних зв'язків між особою, інститутом сім'ї та соціумом. Важливою рисою останнього є особливість основної мікроструктури соціальної організації – сім'ї – у контексті цивілізаційних тенденцій розвитку. Структурною основою кожної цивілізації є специфіка функціональних і корелятивних зв'язків між соціально-економічними, політико-правовими та культурологічними чинниками, що визначають та формують тенденції розвитку, суспільні та державні інститути, традиції, громадські ідеали у відповідних просторово-часових межах[1]. Такі зв'язки обумовлюються змістом морально-ціннісних понять, світоглядних доктрин, соціально-економічними, політичними та правовими регулятивними механізмами, стійкими ментальними стереотипами суб'єктів соціокультурного процесу відповідної релігійно-етнічної спільноти. Важливе значення для стабільного, поступального розвитку має право (позитивно-об'єктивне та індивідуально-суб'єктивне) як системний фактор цивілізації, яке, у контексті названих зв'язків, здатне забезпечувати свободу волевиявлення особи, іманентно не порушуючи правових інтересів та свободи волевиявлення інших суб'єктів правовідносин. Там де зовсім немає свободи, – писав видатний філософ права, професор Університету Св. Володимира, князь Євген Трубецький, – там взагалі не може бути ніякого права, оскільки свобода складає зміст права [2, с. 290-291]. Продовжуючи його думку зауважимо, що там, де немає права, яке ґрунтується в усіх випадках на релігійних цінностях, закорінених через різні форми соціально-духовного досвіду в первісних "табу" [3, с. 90-92], там немає свободи, оскільки "свобода передбачається правом" [2, с. 290]. Особливості корелятивних зв'язків свободи і відповідальності у суспільстві свідчать про специфіку кожної цивілізації і тенденції її історичного розвитку. Однією з характерних ознак візантійської християнської цивілізації було те, що християни "Ромейської" (Візантійської) імперії вперше в контексті світового духовного досвіду та власної самоідентифікації були наділені даром розуміння життя соціуму в напрямку історичної перспективи. В християнському середовищі історія уявлялась, на відміну від античних концепцій коловороту людського буття, як поступальний рух від створення світу до Різдва Христового і від актів Боговтілення та Воскресіння до другого Пришестя і Божого Суду. Головною телеологічною метою вселенської історії стало самовдосконалення кожної людини та усієї ecclesia за образом та у євхаристичному зв'язку з Спасителем. Тому для розуміння правової системи,

що формувалась на основі християнських цінностей, необхідно досліджувати усі її структурні елементи в контексті соціокультурних внутрішніх зв'язків візантійської цивілізації, що торкаються реалізації індивідуальної свободи – в сфері матерії та духу, іманентного та трансцендентного, тлінного та вічного. Об'єктом дослідження повинно стати людське (в контексті вказаних дихотомій) життя в його іманентних, зокрема, нормативно-правових відносинах, у контексті середньовічного і сучасного екзистенційного тлумачення. Вирішення таких завдань залежить від ефективного використання в наукових дослідженнях традиційних гносеологічно-евристичних властивостей історії права в контексті теоретико-методологічних підходів трьох основних напрямів сучасної юриспруденції: догми (аналітичної юриспруденції), філософії та соціології права. Безперечно, розглядаючи еволюцію правових явищ в контексті вказаного теоретико-методологічного синтезу (або принаймні логічного гносеологічного співіснування, щоб "повернути ці дисципліни обличчям одну до одної" [4, с. 6]), ми зобов'язані залучати підходи та методи історико-правової науки і, передовсім, історичний підхід, що реалізується через історико-генетичний метод юридичного дослідження. Оскільки тільки в контексті відповідних періодів, характерними ціннісними парадигмами, ми можемо з'ясувати історичне значення, філософсько-правовий зміст та мету, особливості та суспільні наслідки залучення тих чи інших регулятивно-юридичних механізмів. Йдеться про ідею (право як ідея) та мету права першого християнського соціуму.

В стародавніх східних та античній цивілізації механізм їх відтворення мав два рівні – матеріальний та ідеальний. Матеріальний передбачав виробництво матеріальних благ та продовження роду. Ідеальний – релігійне, філософське та правове осмислення і врегулювання матеріальних процесів. Завдяки християнській правовій доктрині процес фізичного відтворення суспільства набрав ідеального смислу, в якості сакрального явища – народження богоподібної істоти – людини. В такому контексті християнської парадигми прообразом особистих (майнових та немайнових) відносин подружжя були взаємини Ісуса Христа та його Церкви, що сприяло усвідомленню шлюбу як християнського таїнства [5, с.227-228].

Характерною рисою християнської правової доктрини і відповідної системи права була ідея забезпечення індивідуальної свободи на рівні суспільства та сім'ї. Тому особливу актуальність мають юридичні дослідження механізмів правових гарантій індивідуальної свободи та особистих інтересів суб'єктів правовідносин в контексті чинної правової системи. Особливість візан-

тійського права полягає у тому, що досягнення християнського правового ідеалу особистих відносин суб'єктів шлюбу на нормативно-правовому рівні відбувалось в процесі довготривалої і суперечливої еволюції шлюбно-сімейного права та його складових частин. Для того щоб з'ясувати механізми правового регулювання/забезпечення особистих прав подружжя необхідно вдатися до аналізу їх окремих елементів. Відомо, що ще Аристотель підкреслював роль дослідження аспектів цілісності в процесі пізнання. Натомість К. Поппер однозначно заявляв, що ціле не може бути предметом дослідження. Разом з тим існують так звані холістичні позиції, що цілісність може і повинна бути об'єктом наукового дослідження [1, с. 6-7]. Поділяючи таку думку мусимо зауважити, що йдеться як про структурно-системний аналіз цілісності, у нашому випадку візантійського шлюбно-сімейного права, так і про дослідження окремих елементів цілого – інститутів і норм шлюбу і сім'ї, оскільки вони мають свою особливу історію і специфіку правового регулювання на різних етапах еволюції і набуття нових правових ознак. Враховуючи дану ґносеологічну ситуацію дослідницьке завдання даної статті полягає в тому, що б проаналізувати еволюцію правового статусу суб'єктів шлюбу в контексті врегулювання шлюбно-сімейних відносин нормативними приписами правового інститутів посагу, який займав особливе місце через свої нормативно-регулятивні властивості у правовій системі Візантії. Таким чином, йдеться у кінцевому рахунку про забезпечення інтересів та свободи волі суб'єктів шлюбу та сім'ї через особисті майнові правовідносини, які вперше у світовій історії регулювались на засадах та аксіологічній основі християнського соціо-антропологічного вчення.

Усе вищесказане обумовлює **актуальність дослідження** візантійського шлюбно-сімейного права та його окремих галузей, оскільки Візантійська цивілізація накопичила унікальний досвід нормативно-правового регулювання суспільних відносин, яке здійснювалось завдяки системно-юридичним та ціннісним якостям візантійського права, що стало синтезом римської правової системи, греко-елліністичних інститутів права та юридичних явищ правової культури етнокультурних спільнот Візантійської імперії. Їх синтез і еволюція на основі християнських цінностей та принципів правової каноністики виражає ціннісно-юридичну суть візантійського права. Попри великий інтерес до візантійської правової культури – від падіння Візантійської імперії [6] і до сьогодення [7] – кількість наукових праць, присвячених шлюбно-сімейним відносинам, не відповідає значимості даної проблематики як у візантійській юриспруденції та її місцю в суспільних відносинах Візантії, так і в контексті рецепції шлюбно-сімейного права серед християнських народів трьох світових континентів. Так в Русі-Україні процес засвоєння візантійського правового досвіду, передовсім, регулювання шлюбно-сімейних відносин, почався у часи запровадження християнства і завершився появою останнього українського збірника права на початку XIX ст.

Серед вчених, що досліджували окремі аспекти шлюбно-сімейного права, слід відзначити наступних: М. Горчаков детально проаналізував заборони на шлюб через кровну спорідненість [8]; І. Соколов досліджував нормативно-правові акти Візантії по всиновленню [9] та юридичні підстави розлучень [10, с. 111-308]; Н. Гуляєв здійснив порівняльний аналіз інституту *дошлюбного дару* в римському та візантійському праві [11]; Ф. Шенвіц досліджував юридичні основи та еволюцію прав домовладки за римським та візантійським законодавством [12]; М. Неволін досліджував різні аспекти шлюб-

но-сімейних правових відносин, зокрема, історичну ретроспективу видів спорідненості як перепон для здійснення шлюб [13, с. 176-179, 180-188, 189-191]. Наукові оцінки інституту заручин здійснив відомий дослідник церковної проблематики Візантії А. Лебедев [14, с.85]. Окремі аспекти шлюбного права Візантії досліджували історики християнської Церкви та канонічного права: А. Павлов [15, с. 503-504], І. Громогласов [16], Н. Покровський [17], Н. Заозерський [18], Н. Суворов [19]. За відображенням проблематики цивільного візантійського шлюбу дане коло спорідненої літератури, опублікованої в другій половині XIX століття, можна поділити на три групи. Частина названих досліджень присвячена правовим аспектам світського шлюбу у Візантії. В інших розглядається взаємовплив державного та канонічного законодавства, об'єктом якого являються інститути та норми шлюбного права. Насамкінець, низка праць дотична до змісту названої проблематики, оскільки зосереджується на канонічній концепції чи окремих аспектах церковного шлюбу.

Окрім спеціальних досліджень шлюбного права Візантії є низка праць, в яких ця проблематика відображена в окремих розділах видань. Їх цінність полягає в розгляді шлюбно-сімейного права у системі з іншими правовими явищами. Досить вдалою та інформаційно насиченою, в цьому сенсі, є дослідження Михайла Бенеманського, присвячена відомому пам'ятнику візантійського права Прохірону [20 с. 275-324]. В короткому історико-правовому екскурсі він відобразив основні положення інституту шлюбу у їх відношенні до принципів канонічного права. Важливе значення для досліджень шлюбно-сімейних правових інститутів ранньовізантійського (античного) періоду історії візантійського права мають підручники дореволюційних авторів з римського права. Їх цінність полягає в широкому історико-правовому енциклопедизмі та глибокому аналітичному характері юридичних текстів. Йдеться про багатотомові видання курсів історії римського права І. Покровського [21], Н. Боголепова, [22], В. Хвостова [23] та ін. Для вирішення поставлених завдань інтерес викликають розділи названих видань, що охоплювали періоди посткласичного та юстиніанівського права, оскільки вони співпадають з ранньовізантійським періодом візантійської правової традиції. В цьому сенсі теоретико-методологічне значення має низка курсів з догми римського права. Йдеться про відомі праці Ю. Барона, Перетерського, Новицького, Д. Дождева, О. Підпригори, Є. Харитонова, Чезаре Санфіліппо (Італія) та інших відомих дослідників римського права [24]. Окрім публікацій з римського права Є. Харитонов окремі дослідження присвятив різним аспектам права Візантії (систематизація, рецепція і т. ін.) та розглянув її правову систему в якості *Східної традиції права* [25]. Останніми часом з'явилась низка досліджень молодих науковців з різних аспектів візантійського права: переважно в контексті його систематизації та рецепції (Ю. Цветкова [26], Форманюк В. [27], Харитонова Т. [28], Достдар Р. [29]). Однак майнові правовідносини подружжя у візантійському праві, зокрема інститути посагу, не стали предметом спеціальних наукових досліджень, що є додатковою підставою визначення **мети та завдань даної статті** в контексті розглянутих вище духовних та матеріальних явищ і процесів.

Генеza візантійського права почалась з християнізації інститутів та норм римської правової системи класичного періоду. Вона торкнулася як публічного, так і приватного права [30, с. 161-181]. Однак процес християнізації різних галузей права відбувався нерівномірно і лише окремі з них завдяки реформам імператора Лева

III та Константина V (VIII) ст. досягли рівня вимог християнської правової доктрини. Відомий дослідник візантійського та канонічного права з цього приводу писав, що видавці Еклоги намагались "узгодити свої постанови з вимогами Євангельської дисципліни" [20]. Йдеться, перш за все, про шлюбне право, що походило з римського класичного права, систематизація якого здійснювалась на християнських ціннісних засадах. Впродовж існування Візантійської імперії найбільш суттєві зміни у сфері шлюбно-сімейного права відбулись завдяки реформістським заходам візантійських імператорів. Серед них поворотне значення мали наступні:

1) початок християнізації римського права започаткований реформою імператора Константина (306-337 pp.); 2) визначення *lex generalis* – імператорської конституції у видовій формі едикту як основної форми права, а імператора як головного суб'єкта законодавства [31]; 3) реформа імператора Юстиніана (527-565 pp.): кодифікація римської спадщини (Дигести), імператорських конституцій попереднього періоду (IV-V ст.) (Кодекс), систематизація чинного права та створення підручника (Інституції Юстиніана), який отримав статус чинного джерела права, а також систематизація норм права на рівні окремих нормативно-правових актів (168 Новел), які були реакцією на необхідність врегулювання актуальних суспільних проблем; 4) реформа імператорів іконоборців в контексті соціальних ідей раннього християнства (Еклога, її доповнення та переробки); 5) реформа імператорів Македонської династії – Василя I (867-886) та Лева VI (886-912). Завдання останньої реформи полягало у систематизації усієї греко-римської правової традиції та сучасного законодавства, а також у переведенні у грекомовну юридичну систему. Тим не менше, візантійські систематизатори, здійснюючи названі реформи у контексті християнської правової доктрини, залучаючи до вирішення актуальних проблем інститути та норми грецької та інших правових систем (культури), в основу реформованої системи права у кожному разі закладали джерела римського права, систематизовані в *Corpus juris civilis*. Попри редакційні зміни, римський регулятивно-правовий досвід та юридична техніка стали теоретичною та юридично-технічною основою візантійської правової науки та законодавчої практики. Гносеологічні та онтологічні аспекти візантійського шлюбно-сімейного права обумовлюють необхідність звернення до римської правової традиції та юридичного досвіду, оскільки візантійські імператори та юристи вважали що греко-римське (візантійське) право історичним продовженням правової традиції Стародавнього Риму, але на якісній новій християнській ціннісній основі.

Початок майнових відносин подружжя захований на початках міфологізованої історії римського соціуму. Тоді ж разом з інститутом шлюбу з'являється норма звичаєвого права, що передбачала для здійснення шлюбу залучення посагу встановленого домовладикою нареченої для чоловіка дочки або його домовладки, якщо наречений був під його владою. Пізніше, увійшовши в римське юридичне джерело, норми посагу стали частиною позитивного цивільного права. Посаг, на думку Ф. Шуліна, тривалий час вважався лише моральним обов'язком *paterfamilias* нареченої і засобом для підтримки чоловіка з його боку для утримання створеної сім'ї [32, с.217]. Однак невиконання цієї норми, формою якої був правовий звичай, що став відображенням морально-релігійних цінностей в екзистенційному вимірі життя людини, передбачало моральний осуд, що у часи архаїчного права сприймався як *infamia* (безчестя, ганьба, погана репутація). Мотиви батька нареченої при встановленні посагу, окрім моральних факторів, були

пов'язані з цілком практичними наслідками шлюбної угоди: по-перше, завдяки одруженню доньки обов'язок надавати їй *alimenta* переходив від батька до її чоловіка або до особи, під владою якої він (чоловік) знаходився як *persona alieni juris* [32, с.217]; по-друге, батько змушений піклуватися про те, "щоб його дочка не вступала в дім чоловіка злидаркою, а рівною йому за походженням" [32, с.217]; по-третє, посаг розглядався як віддяка дочці за втрачені спадкові права у сім'ї батька і як засіб набуття відповідних прав у сім'ї чоловіка.

Будучи обов'язковим елементом шлюбу за сакральними цінностями, які втілювалися у відповідній нормі звичаєвого права, встановлення і передання посагу в часовому вимірі не завжди збігалось з укладенням шлюбної угоди, яка це було характерно для інших народів. Батько міг надати майно дочці при її *emansipatio*, а дочка згодом передавала його чоловікові як компенсацію за батьківський посаг. При цьому чоловік мав певні вигоди, оскільки не тільки батьківська частка, але й усе добросовісно набуте особисте майно нареченої, після здійснення акту шлюбу, через форму *traditio* (передача права власності) ставала власністю чоловіка, а римська власність, за *jus civile*, не передбачала жодних обмежень. Разом з тим в юридичній літературі існує інше тлумачення причин відсутності будь-яких прав дружини на посаг, яке по суті відповідає тогочасній правовій культурі і корелюється з попереднім: посаг входив до загального тіла майна *paterfamilias*, "так як дружина *in manu* [підвладна] свого майна не могла мати" [23, с.259]. Таким чином після укладення законного шлюбу посаг втрачав будь-яку чинність, а в матеріальному сенсі – перетворювався у невід'ємну частину власності чоловіка чи іншого домовладки. Тому судовою практикою цих часів не знала жодної форми позову щодо захисту майнових прав суб'єктів шлюбу (дружина чи її колишні родичі) та їх спадкоємців у контексті посагу. Натомість дружина, за нормами агнатської сім'ї, могла претендувати разом (і пропорційно) з дітьми на відповідну частку спадщини чоловіка, оскільки у шлюбі *cum manu* набувала сімейного становища дочки (*loco*) чоловіка чи іншого домовладки.

У випадку, коли суб'єктом шлюбної угоди була жінка (*persona sui juris*), то все її майно, як зауважив В. Хвостов (пославшись на відомий твір Ціцерона та компіляцію посткласичного (ранньовізантійського) періоду – *Fragmenta Vaticana*), заміняло собою посаг [23, с. 259]. У зв'язку з цим виникає цілком правомірне питання: чи можна вважати його посагом, чи лише майном, яке мало його функції. Дослідники римського права вирішували його неоднозначно. Так, Ю. Барон у визначенні самого поняття посагу писав: "Дос (*res uxoria*, посаг) є все те, що надається чоловікові (або його батьку, якщо він знаходиться під батьківською владою) дружиною чи за неї ким-небудь іншим як внесок для полегшення опіки *matrimonii* (витрат сімейного життя)" [33, с.823-824]. Натомість Ф. Шулін чітко визначає суб'єкта надання посагу (домовладка нареченої) та особу, що його отримувала (чоловік або його домовладка) [32, с.217]. Така позиція підтверджується відомими фрагментом з 31-ї книги Ульпіана "Коментарі до Сабіна" (D. 23. 3. 5), із тексту якого випливає наступний правовий зміст: посаг встановлювався і надавався батьком або з його волі.

Дана проблема, на наш погляд, вирішується таким чином. Як відомо, батько чи інший домовладка нареченої не тільки встановлював та передавав посаг, але й з'ясовував усі його умови, натомість наречена, як *persona sui juris*, при вступі у шлюб *cum manu* була позбавлена такого права – усе її майно автоматично входило до майна чоловіка, оскільки в результаті *capitas*

deminutio minima вона втрачала право власності. Отже, майно, яке втрачала наречена паралельно з правом власності та попереднім сімейним статусом, виконувало функцію посагу, але не було таким, оскільки при встановленні та передачі посагу батьком нареченої завжди був присутній вольовий момент щодо умов встановлення посагу (предмет посагу, його об'єм, час передачі та ін.). Натомість дочка, як *persona sui juris*, виявляла волевиявлення лише до шлюбу, але посаг не встановлювала, оскільки усе її майно було компенсацією за посаг, який чоловік уже не міг отримати від батька дружини, а вона ще раніше вийшла з-під його влади. Втім, очевидно, майно дочки чи його частина мала батьківське походження.

Коли ж дочка була підвладною (*persona alieni juris*), шлюбна угода, що опиралась на матеріальну основу посагу, підтверджувала її попередній статус. Однак, на наш погляд, її становище в контексті внутрішніх відносин у новій сім'ї у певному розумінні погіршувалось, оскільки, маючи рівні права з своїми дітьми, тобто вважаючись за правовим становищем дочкою свого чоловіка, вона не могла претендувати на особливу роль *materfamilias*. Інакше кажучи, правовий статус та відповідне становище підвладної дружини не сприяв її моральному статусу (авторитету). Після смерті чоловіка жінка не мала права на опіку над власними дітьми. Разом з тим, посаг став засобом відлучення дочки від спадщини своїх батьків та їхньої сім'ї. Передбачивши посаг за дочкою, батько втрачав будь-які зобов'язання щодо неї, як і дочка по відношенню до батька та його спадкоємців, оскільки юридично, за агнатським принципом, вона вже не вважалася дочкою своїх батьків. Зрозуміло, що така правова доктрина не тільки не відповідала майбутнім цінностям християнства, джерелом якого було Священне Писання, яке у частині Старого Заповіту було відоме у Римі періоду Республіки, але й суперечила природно-правовим інтенціям, що супроводжували людство впродовж його суспільно-правової еволюції.

Отже, юридична функція посагу, окрім його матеріального призначення – компенсації батьком нареченої витрат на її утримання та народжених нею дітей, передбачала певний регулятивно-правовий механізм для впорядкування традиційних шлюбно-сімейних відносин. В юридичному сенсі в до-класичні часи інститут посагу передбачав наступні правові та юридичні наслідки: 1) встановлення посагу (його передання, оголошення та обіцянка передати) надавала шлюбу законності; 2) батько не мав жодних зобов'язань щодо дочки, яка вступила у шлюб; 3) у зв'язку з витратами батька на посаг дочка, ставши агнатом сім'ї чоловіка, не мала жодних прав на батьківську спадщину, оскільки набувала відповідного правового статусу та становища у сім'ї чоловіка; 4) вона не мала традиційних для багатьох народів материнських прав та обов'язків, але як *loco* чоловіка або його домовладки, як член агнатської сім'ї (завдяки також посагу) була разом з дітьми спадкоємцем чоловіка; 5) посаг встановлювався батьком або мав батьківське походження; 6) встановлення посагу, очевидно, почалося з часів існування синкретичних сакральних норм, що поєднували релігійно-моральні приписи, понтифікальне сакральне право та норми приватного звичаєвого права (приватна частина майбутнього *ius civile*); 6) відмова від надання посагу сприймалась як порушення сакрального правового звичаю, що передбачало моральний осуд домовладки нареченої, а це мало більш серйозні наслідки для особи архаїчної доби, ніж приватно-цивільна відповідальність пізніших часів, оскільки сприймалось як порушення священних традицій та звичаїв (*mores*) предків. Отже, юридична

функція посагу пов'язана зі зміною правового становища жінки, підтвердження (або набуття) підвладного правового статусу та набуттям спадкових прав на майно чоловіка в якості (*loco*) його дочки.

З появою шлюбу *sine manu* правовий статус та сімейне становище жінки у шлюбі зазнали суттєвих змін. За догмою римського права такий вид шлюбу передбачав принцип роздільності майна. Це частково, зауважував Йосип Покровський, вплинуло на майнове становище дружини у шлюбі *cum manu*, коли майно дружини, надане їй у вільне розпорядження, юридично мало статус пекулія і могло в будь-який час повернутись чоловікові [21, с.357]. На думку професора Хвостова, який успішно поєднував дослідження з історії римського права та філософії загальної історії, появою шлюбу *sine manu* майнове становище дружини спочатку не змінилось. Посаг залишався у власності чоловіка. Дружина у такому шлюбі втрачала право після смерті чоловіка на спадщину (за законом), але відповідно до звичаю передбачалося повернення їй посагу або його еквівалента за заповітом [23, с. 259].

Зміни майнового становища дружини починаються у зв'язку з прийняттям нормативно-правового акту, який римські юристи датували 231 р. до н.е. Він започаткував еволюційний процес лібералізації прав подружжя на суб'єктивне припинення шлюбу. Свобода розлучень обумовила зміну правового статусу посагу, який при попередніх умовах міг стати предметом численних спекуляцій з боку *paterfamilias*.

Для того, щоб захистити майнові права дружини, в контексті норм інституту посагу, законодавець передбачив договір *cautio rei uxoriae*. Він укладався між тим, хто встановлював посаг (у переважній більшості батьком або іншою особою за волею батька чи у випадку наявності певних зобов'язань третьої особи перед *paterfamilias* нареченої), та чоловіком, який зобов'язувався у випадку розлучення чи припинення шлюбу повернути посаг дружині або, якщо вона залишалась *persona alieni juris*, її домовладці. З часом договір *cautio rei uxoriae* став сприйматися як традиційне правове явище. Під його впливом у суспільстві сформувалась думка про *bona fide* (добропорядність, без юридичного примусу) самого повернення посагу при відсутності спеціального договору. Для уникнення можливих непорозумінь та зловживань, щоб врегулювати таке становище, при передбаченні можливих недобросовісних дій чоловіка, ще в кінці передкласичного періоду (до 17 р. до н.е.), на початку доби принципату з'явився преторський едикт, що встановлював право на особливий позов (*actio rei uxoriae*) про повернення посагу при припиненні шлюбу на випадок, коли особливий договір про його повернення укладено не було. Право на цей позов отримувала виключно дружина, оскільки воно не поширювалось на її спадкоємців. Спочатку позов передбачався при розлученні, але пізніше – на випадок смерті чоловіка. Варто зауважити, що дружина, за *edictum de alteruro*, чинним до часів Юстиніана, мала право вибору: *actio rei uxoriae* або спадщину відписану чоловіком за заповітом [34, с. 436]. Преторський едикт передбачав повернення дружині посагу родичами померлого чоловіка. Оскільки цей едикт належав до так званих "добросовісних" актів, то судді при цьому брали до уваги різні обставини, що ґрунтувались на "справедливості" і не вимагали повернення усієї суми посагу. Виникла ціла система вирахувань із посагу (наприклад, вирахування на дітей) та різного роду пільг, що стосувались термінів повернення [35, с. 9-17]. Отже, сформувались дві системи повернення посагу: більш сувора, при укладенні договору, та ліберальна, при його відсут-

ності. Змінивши юридичний зміст посагу, встановивши його позовний захист та порядок повернення жінці або її когнатам, законодавець, очевидно керуючись принципом справедливості, передбачив певні гарантії захисту майнових прав чоловіка. Тим більше передбачена відповідальність чоловіка за посаг обумовлювала необхідність його реального встановлення та надання. В зв'язку з цим, як зауважив німецький дослідник Ф.Шулін, замість морального обов'язку встановлення посагу законодавець у відомому *Lex Julia et Papia Poppaea* доби Октавіана Августа зобов'язував домовладу надати посаг чоловікові його доньки [32, с.218]. Таким чином традиційний моральний обов'язок батька нареченої перетворився у юридичне зобов'язання.

Це, безперечно, не відповідало *jus civilis*, оскільки порушувався принцип свободи, однак стало можливим, при збереженні юридично-технічних і правових вимог до законодавчих актів, в добу принципату. Ініціатором закону, що мав досить широке значення за визначеними законодавцем об'єктами правового регулювання, був перший із сенаторів (*princeps*) Октавіан Август, але формально *Lex* ухвалювався сенатом, який отримав законодавчі повноваження від народних зборів (коміцій). Таким чином принцепс безпосередньо не ніс ні моральної, ні політичної, ні, тим більше, юридичної відповідальності за втручання в право приватної власності, а сенат, виражаючи волю народу (юридичні основа законодавства в Римі), не міг відповідати за справедливий, з точки зору наречених-чоловіків нормативно-правовий акт, що мав найбільшу, серед інших форм-джерел права, юридичну силу, оскільки, як вважалося, виражав волю народу. Отже, парадоксальність політико-правової ситуації полягала у тому, що принцепс-імператор, який поєднав владу найвищих магістратів, не міг формально вважатися суб'єктом законодавства, а тільки нормотворчості (імператорські інституції даного періоду). Однак до кінця принципату законів видавалося все менше, а імператорських конституцій – все більше. Тому останні на початку III ст. тлумачилися як такі, що мають силу закону (Ульпіан) (D. 1.4.1). Натомість на початку принципату Октавіан Август, як принцепс, імператор, батько держави, головний понтифік і т. ін., міг і був ініціатором видання відомих *Lex* (законів), не претендуючи на їх авторство. По суті, як принцепс – перший сенатор – він проводив відповідну законодавчу політику. Тому не випадково Й. Покровський вживав категорію "шлюбне законодавство Октавіана" [34, с. 428].

Задовольнивши чоловіків у праві вимоги посагу за *Lex Julia et Papia Poppaea* Октавіан Август заборонив відчуження земельних ділянок, що входили у посаг, без дозволу дружини. Їх заборонялось віддавати під заставу навіть із дозволу дружини. Юстиніан же взагалі заборонив будь-яке відчуження з посагу, навіть при згоді дружини (C. 5, 13, 1, 15; I. 2,8 pr). В юстиніанівський, як і в класичний період римського права домінував принцип роздільності майна чоловіка та дружини. У зв'язку з цим, щоб кожний із подружжя (передусім дружина) не втратили передбачених шлюбною угодою майнових прав, будь-які дарування між чоловіком та дружиною були заборонені (D. 24.1.1-5). У роки правління імператора Антоніна Каракали такі заборони дещо пом'якшуються, але не скасовуються (D. 24.1.32). Але якщо римське право класичної доби передбачало можливість успадкування посагу чоловіком після смерті дружини, то Юстиніан зобов'язував його повертати спадкоємцям дружини.

Неоднозначний характер права власності на посаг (з одного боку, посаг належить чоловікові, який може вільно відчужувати його і т. ін., а з іншого – дружина розпоряджається ним (у більшості випадків) після при-

пинення шлюбу) поставив римських юристів класичної доби у складне становище. Так, юрист класичного періоду Павло наголошував, що "посаг має постійне призначення і... завжди знаходиться у чоловіка" (D. 23.3.1). Натомість Трифонін зауважив: "Хоч посаг знаходиться у майні чоловіка, але він належить дружині ..." (D. 23.3.75). Варто взяти до уваги, що в класичний період римська власність взагалі вважалася абсолютною, всепоглинаючою, імунною та вільною від усіляких обмежень. Тому цей правовий казус викликав різні тлумачення серед романістів XIX та XX століття. Наприклад, проф. Московського університету В. Хвостов вважав, що посаг усе ж таки був власністю чоловіка, якою він користувався не у своїх інтересах, а для спільного сімейного життя. Після припинення шлюбу, у більшості випадків, чоловік втрачав право на посаг [23, с. 261]. Натомість проф. Київського університету Йосип Покровський підкреслював, що чоловік юридично був власником посагу, але фактично ні ким іншим, як користувачем [21, с. 360-361]. З нашої точки зору рацію мають обидва римські юристи, але в контексті певних періодів історії римського: Сентенція Павла відображає юридичний зміст посагу.

Отже, характер призначення посагу, який спочатку був компенсацією чоловікові за його витрати по утриманню сім'ї, згодом підтримкою становища жінки у новій сім'ї, а в добу лібералізації права на розлучення засобом забезпечення можливості жінки для другого шлюбу, дещо змінився. Завдяки тому, що за двома сенатконсультами доби принципату Андріана (117-138 рр.) та Марка Аврелія (161-180 рр.) між матір'ю та дітьми був установлений режим взаємного права на спадщину, посаг перетворюється у своєрідний фонд для забезпечення дітей. Юстиніан скасував існуючі позови стосовно посагу і створив новий, який поєднував риси двох попередніх. Передбачалось, що при відсутності угоди про посаг такий вважався укладеним на користь дружини (Nov. 89). Це означало, що посаг розглядався в режимі *cautio rei uxoriae*, отже, право на посаг залишалось за спадкоємцями дружини. Але позов обговорювався за "правилами доброго тону" (правда, без численних пільг на користь чоловіка, які передбачались *actio rei uxoriae*). До того ж на користь дружини встановлювалось право не тільки на першочергову компенсацію перед іншими кредиторами померлого чоловіка, що діяло з часів класичного періоду, але й іпотеки на усе майно чоловіка.

Посаг в законодавстві Юстиніана, не обов'язково передавався в момент укладення договору [33, с. 825-828]. Час встановлення та передачі посагу не визначався однозначно. Норми законодавства Юстиніана (систематизовані сентенції римських юристів та інституції імператорів, яким він надав юридичної сили) по суті у своїй сукупності передбачали три основні варіанти встановлення і передачі посагу а) він міг бути встановлений і переданий до шлюбу; б) встановлений до шлюбу та переданий опісля шлюбу; в) встановлений і переданий після шлюбу. Два останні варіанти не могли не визначити відповідних зобов'язань особи, яка встановлювала чи була зобов'язана встановити і передати особисто або через договірно-зобов'язальні відносини з третіми особами. З цими нормами Дігест цілком корелюються норми Кодексу Юстиніана. Так, Конституція імператора передбачала право чоловіка або його спадкоємців впродовж одного року з часу смерті чоловіка чи дружини або з часу припинення шлюбу закласти позов про обіцяний, але не переданий посаг (C. V.15. 1-3.). Після надання законності Кодексу, Дігестам та Інституціям імператор Юстиніан у новелі *De tempore non solutar dotis* [час (обставини) не звільняють від посагу]

передбачив позов чоловіка та його спадкоємців при існуючому шлюбі після двохрічного терміну, але впродовж одного року. Якщо шлюб тривав від 2 до 10 років, чоловік та його спадкоємці мали тримісячний термін на позов, а після 10 років його втрачали (Nov. 100). Вказані норми сприяли впорядкуванню інституту посагу і очевидно були спрямовані на збереження балансу інтересів чоловіка та дружини, а також їх кровних родичів та нащадків. Натомість до Юстиніана правові норми інституту посагу про юридичну суть, порядок та час встановлення і передання посагу, про права та відносини чоловіка і дружини, чоловіка та родичів дружини і навпаки, позови та зустрічні позови суб'єктів шлюбної угоди та сімейних відносин, родичів та третіх осіб, під час шлюбу та після його припинення – усе це до Юстиніана було не впорядковане, оскільки попередні спроби систематизації чинного норм права (вкрай заплутаного і колізійного) торкнулася лише кодифікації імператорських конституцій (Кодекс Грегоріана, Гермогеніана та Феодосія).

Отже, саме в контексті широких кодифікаційних робіт в добу Юстиніана було здійснено систематизацію норм інституту посагу (dos), оскільки в ранньовізантійському праві це була найбільш актуальна сфера регулювання майнові відносини суб'єктів шлюбу та сім'ї. В Кодексі були систематизовано конституції християнських імператорів та окремих імператорів II-III століть. Відповідно до принципів системи юстиніанівських юристів, які посилались на систему Постійного (вічного) едикту (perpetum edictum), Кодекс поділявся на 12 книг, кожна з яких представляла норми для врегулювання певної сфери суспільних відносин. Так, інститути та норми шлюбно-сімейного права увійшли у п'яту книгу Кодексу. Відповідно до порядку Постійного едикту вся сукупність норм шлюбу та сім'ї імператорських конституцій була впорядкована за предметами правового регулювання відповідних правових інститутів, розташованих в 75-х титулах п'ятої книги Кодексу та у межах титулів за хронологічним принципом з іменною ідентифікацією кожної імператорської інституції (С. 5. 1-75). Норми інституту dos, що регулювали його окремі аспекти, були розташовані в 13-х титулах п'ятої книги Кодексу (С. 5. 11-23). Їх можна поділити на три частини: 1) юридичний зміст dos, право на посаг, порядок його встановлення та наслідки недотримання, відповідальність за розтрату посагу (С. 5. 11; 12; 14; 15; 19); 2) правовідносини під час шлюбу за нормами інституту посагу (С. 5. 12-14), доля посагу після припинення шлюбу (С. 5. 17.18, 21-23). Аналізуючи структуру п'ятої книги Кодексу Юстиніана, необхідно зауважити, що окрім титулів, які за назвою та за змістом розкривають юридично-регулятивні аспекти правового інституту dos, окремі його норми або дотичні до нього нормативні приписи увійшли в інші титули відповідної книги, в контексті інших правових інститутів (С.5.1.6; С. 5. 3.20 та ін.). Однак в цілому можна стверджувати, що норми права (імператорські конституції) інституту посагу (за прикладом Постійний едикту II ст. н.е.) було впорядковано у Кодексі Юстиніана за принципами інституційної системи. Такий досвід кодифікації нормативно-правових джерел стане нормою у період системних законодавчих реформ імператорів іконоборської доби та Македонської династії.

Натомість систематизація сентенцій юристів класичного періоду римського права у Дигестах Юстиніана, що в 529 р. набули юридичної сили закону, здійснювалась за пандектною системою. Тому окрім книг, у які увійшли норми інституту опіки (D.26. 1-10; D. 27. 1-10), нормативні приписи dos представлені в усіх трьох книгах Дигест (D. 23-25), в яких систематизовані норми усіх

інститутів шлюбно-сімейного права римсько-візантійської правової традиції. В книзі 23-й після норм інститутів заручин (De sponsalibus: D. 23.1.) та шлюбу (De rita nuptiarum: D. 23.2) розташовані три наступні титули: про право посагу (De iure dotium: D. 23.3), про угоди щодо посагу (De pactis dotalibus: D. 23.4) та про майно, що входить у посаг (De fundo dotali: D. 23.5). Усі три титули дотичні до інституту шлюбу, що, власне, визначило їх розташування у 23-тій книзі, але в цілому це структурні елементи самостійного інституту посагу, мета якого полягає у регулюванні майнових та інших відносин суб'єктів шлюбу та сім'ї.

Наступний структурний елемент теоретичного аналізу та юридичного змісту інституту dos, що торкається становища посагу в сім'ї і після розлучення, був розташований у титулі про майнові взаємини подружжя та припинення сімейних відносин: De donationibus inter verum et uxorem [Про дарування між чоловіком та дружиною] та титулу (D. 24.2) De divortiis et repudiis [Про розлучення і заявах про припинення шлюбу] під назвою Solutio matrimonio dos quemadmodum [Яким чином посаг можна витребувати після припинення шлюбу] (D. 24.3). Отже, відповідний елемент інституту посагу розглядається в контексті врегулювання сімейно-майнових відносин та їх припинення.

Нарешті останній титул, який започатковує 25-ту книгу Дигест, увійшли норми інституту посагу що регулюють майнові відносини в контексті витрат з речей, тобто з його фізичного тіла. Ульпіан з цього приводу писав: "Деякі витрати являються необхідними, деякі – корисними, деякі робляться для задоволення" (D. 25. 1.1). Норми відповідного титулу застосовувались очевидно після припинення шлюбно-сімейних відносин при необхідності виконання тих чи інших зобов'язань, що випливали з юридичного змісту інституту посагу. Титули третьої книги з шлюбно-сімейного права Дигест (D. 25.1; 25.2; 25.3; 25.4) на перший погляд складають Varro (різне). З точки зору класичних римських та юстиніанівських юристів вони переважно пов'язані з процесуальним правом в контексті особистих та майнових відносин суб'єктів шлюбно-сімейних відносин.

Закінчуючи аналіз систематизації норм правового інституту посагу в Кодексі та Дигестах необхідно підкреслити, що вони відсутні в Інституціях. Тільки один раз назва інституту згадується в іншому контексті. Причина такої "прогалини" невідома. Очевидно, автори вважали, що на початковому рівні студентам Константинопольського університету (назва не аутентична) достатньо ознайомитись з нормами, що визначали шлюб і причини, з яких він не міг бути укладений (заборони на шлюб за різними принципами), норми усиновлення, про батьківську владу та емансипацію дітей та норми інституту опіки. Якщо в Дигестах основну частину норм шлюбу та сім'ї займають норми посагу, то в Інституціях з 17-титулів шлюбно-сімейного прав 11 титулів безпосередньо за назвою та юридичним змістом відносяться до інституту опіки. Якщо розглянути тематику норм шлюбно-сімейного права Інституцій в контексті приватного та канонічного права, Інституції за тематикою цілком відображають вплив канонічного права, оскільки майнові відносини в контексті шлюбу та сім'ї не регулювались канонічним правом (а лише торкалися Церкви як юридичної особи). Можна припустити, що це була основна причина відсутності норм посагу в Інституціях Юстиніана, який також проводив активну політику у сфері релігійно-церковних відносин та канонічного права. Церква завжди дивилась на людину в контексті трансцендентних зв'язків (таїнство народження, хре-

щення, свхаристії, шлюбу та ін.), натомість світське право розглядало її в контексті іманентних економічних (*jus commercii*), політичних (громадянських) (*jus publicum*) та шлюбних відносин (*jus conubii*). Тому, мабуть, не випадково за нормами Інституцій регулюється шлюб (без майнових аспектів), відносини батька і дітей, усиновлення, емансипація та опіка, але не посаг чи дошлюбний дар. Тобто Інституції за тематикою, але не завжди за правовим змістом, виявляли тенденцію гуманістично-антропологічних інтерпретацій суспільних відносин, яка найбільш повно виразилась в Еклозі (726 р.) Лева III та Константина V (Див. Вступ та I-III титули).

Розглянувши процес еволюції та з'ясувавши особливості систематизації структурних елементів інституту посагу, ми цілком усвідомлюємо необхідність спеціальних досліджень, присвячених аналізу системи інституту посагу. Таке дослідження викликає науковий інтерес, оскільки саме систематизоване законодавство Юстиніана було джерелом еволюції візантійського права, при наявності впливу інших факторів, до кінця існування Візантії. Так, відомий законодавчий збірник імператорів Лева III та Константина, в якому вперше був досягнутий найвищий ступінь розвитку шлюбно-сімейного права, у напрямі досягнення християнського правового та суспільного ідеалу, не дивлячись на вияв іншої ціннісної парадигми, не тільки називався "вибіркою" (Еклогою) із Кодексу, Дигест, Інституцій та Новел Юстиніана, але має з текстами вказаних збірник опосередковані та безпосередні паралелі. Однак Еклога, попри задекларовану у вступі загальну орієнтацію на законодавство Юстиніана, все ж таки відображала правову доктрину власної доби. Натомість *Basilicorum libri* (Василіки) Лева VI у більшості випадків майже дослівно відтворювали в контексті власної методики та методології текст норм складових частин *Corpus juris civilis* (*Codex*, *Digesta*, *Institutiones*, *Novellae Justiniani*). Окрім того вони також до певної міри стали джерелом компактних збірок права імператорів Македонської династії *Epanagoge* (*Isagoga*) Василя I (867 – 876 pp.) та *Procheiros nomos* (Прохірон) Лева VI (876 – 912 pp.). Тому актуальність догматичного аналізу інституту посагу за чинними нормами доби Юстиніана, яке необхідно відобразити у спеціальній публікації, зберігаючи цілісність її підходів та теоретико-методологічних засад, пов'язана з тим, що тільки в паралельних історико-правовому та догматичному дослідженнях розкрити правовий зміст та юридичні наслідки норм інституту дос зокрема, як джерела законодавства середнь – та пізньовізантійського періодів візантійського права. Завдяки юридичним збіркам цих періодів, які стали джерелами правової рецепції на Русі-Україні, окрім канонічного права як необхідної юридичної структури для регулювання релігійно-церковних відносин дістали поширення норми приватного та передусім шлюбно-сімейного права першої християнської країни – Візантії.

1. Хвостова К.В. Особенности византийской цивилизации – М., Наука, 2005. – 197 с. 2. Трубецкой Е. Н. Лекции по энциклопедии права // Труды по философии права / Вступ. ст., сост. и примеч. И.И. Евланпиева. – СПб.: Издательство РХГИ, 2002. – С. 290-291. 3. Бачинин В.А. Философия права и преступления. – Харьков: Фолио, 1999. – С. 90-92. 4. Гревцов Ю. И., Козлихин И.И. Энциклопедия права. – СПб.: Издательский дом С.-Петербург. гос. ун-та, Издательство юридического факультета С.-Петербург. гос. ун-та, 2008. – 772 с. 5. Павлов А.С. Курс церковного права. – СПб.: Издат. – во "Лань", 2002. – 384 с. 6. Хартман Г.М. Значение греческой культуры для развития итальянского гуманизма // Византийский временник. – Т. XV. – М., 1959. 7. Курбатов Г. Л. История Византии (Историография). – Л., Издат. ЛГУ, 1975. – 256 с. 8. Горчаков М.И. О тайне супружества. Исследование 50 главы печатной Кормчей книги. – СПб., 1880. 9. 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. 10. Соколов И.И. О поводах к разводу в Византии IX-XV вв. // Византийская традиция в Санкт-Петербургской Духовной академии. ... / Послес. А.В. Маркиданова. – СПб.: Издательство Олега Абышко, 2005. – С. 111-308 [320 с.]. 11. Гуляев А. Предбрачный дар в римском праве и в памятниках византийского законодательства: Исследование. – Дрпт: Тип. Шнакенбурга, 1891. – 156 с. 12. Шенвиц Ф. Власть римского домовладыки. – Варшава, 1914. – 347 с. 13. Неволлин. Полное собрание сочинений. Т. III. – К., 1880. 14. Лебедев А.П. Очерки внутренней истории Византийской Восточной церкви в IX-X в. – М., 1878. 15. Павлов А. Синодальное постановление Константинопольского патриарха Харитона (1177-1178) о третьем браке, редактируемое Федором Вальсмоном // Византийский Временник. – Т. IV, отд. I. – С. 503-504. 16. Громогласов И.М. Определения брака в Кормчей и значении их при исследовании вопроса о форме христианского бракосочетания. – Сергиев Посад, 1908. – 242 с. 17. Покровский Н.В. Брачные венцы и царские короны // Христианское чтение. – 1882. – Ч. IV. 18. Заозерский Н.А. На чем основывается церковная брачная юрисдикция. – Б.М., 1902, март. 19. Суворов Н.С. О гражданском браке. – Ярославль, 1887. 20. Бенеманский М. Прохирон. – Вып. I. – Сергеев Посад, Типография Св.- Тр. Сергиевой Лавры, 1906. – 556 с. 21. Покровский И.А. История римского права. 4-е изд. – Пг.: Изд. юрид. кн. кл. "Право", 1918 – 430 с. 22. Боголепов Н.П. Ученик истории римского права. – М., 1900. 23. Хвостов В. М. История римского права. – Пятое изд., исправл. и дополн. – М., Изд. Т-ва И.Д. Сытина, 1910. – 464 с. 24. Санфилиппо Чезаре. Курс римского частного права. Учебник / Под. ред. Д.В. Дождева. – М., БЕК, 2000. – 400 с. 25. Харитонов Е. О. История приватного права Европы: Східна традиція. – Одеса.: Юрид. літ.-ра, 2000. – 260 с. 26. Цветкова Ю.В. Сфремівська Кормча – джерело права Київської Русі (кінець XI – початок XII ст.): Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Ю.В. Цветкова; Київ. нац. ун-т ім. Т.Шевченка. – К., 2003. – 20 с. 27. Форманюк В. І., Матвєєнко Т. С. Правове регулювання стосунків між подружжям під час формування Візантійської системи шлюбно-сімейного права // Актуальні проблеми політики: зб. наук. праць. – Одеса, 1999. – Вип. 5. – С. 236-239. 28. Харитонова Т. С. Систематизація права у Візантійській імперії у першій половині VI ст. н.е. (Систематизація Юстиніана): Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.01. Одеська нац. юрид. академія, Одеса, 2003. – 18 с. 29. Достдар Р. М. Рецепція принципів візантійської Еклоги сучасним сімейним та спадковим законодавством України / Автореф. дис. канд. юрид. наук: Спец. 12.00.03 / Одеська національна юридична академія. – Одеса, – 20 с. 30. Рудоквас А. Д. О христианизации римского права в эпоху императора Константина Великого // Древнее право. *Jus antiquum*. №9. 1999. – М.: Спарк, 2002. 31. Сильвестров Е.В. *Lex generalis*. Императорская конституция в системе источников греко-римского права V – X вв. н.э. – М.: Индик, 2007. – 248 с. 32. Шулин Ф. Учебник истории римского права. Пер. с нем. И. И. Шукина. Под. ред. В.М. Хвостова. – М., Тип. Э. Лиснера и Ю. Романа, 1893. – 609 с. 33. Барон Ю. Система римского гражданского права: В 6 кн. – СПб.: Издательство Р. Асланова "Юридический центр Пресс", 2005. – 1102 с. 34. Покровский И.А. История римского права. – Мн.: Харвест, 2002. – 528 с. 35. Барон Ю. Система римского гражданского права. Вып. IV. Кн. V. – К., 1889.

Надійшла до редколегії 24.12.10

СФЕРА ДОПУСТИМОГО ЗАСТОСУВАННЯ ПРИМУСОВОГО ВІДЧУЖЕННЯ ЗЕМЕЛЬНИХ ДІЛЯНОК В УКРАЇНІ

На основі аналізу чинного законодавства про примусове відчуження земельних ділянок з мотивів суспільної необхідності та практики Європейського суду з прав людини у справах про захист права власності досліджуються: термінологічна проблема навколо понять "суспільна необхідність" та "інтереси суспільства"; проблема належного визначення переліку підстав для примусового відчуження; проблема забезпечення мінімальних гарантій захисту прав інших осіб (крім власників земельних ділянок) при примусовому відчуженні.

Ключові слова: право власності, примусове відчуження землі, суспільна необхідність, інтереси суспільства.

На основе анализа действующего законодательства о принудительном отчуждении земельных участков по мотивам общественной необходимости и практики Европейского суда по правам человека в делах о защите права собственности исследуются: терминологическая проблема касательно понятий "общественная необходимость" и "общественные интересы"; проблема надлежащего определения перечня оснований для принудительного отчуждения; проблема обеспечения минимальных гарантий защиты прав других лиц (кроме собственников земельных участков) при принудительном отчуждении.

Ключевые слова: право собственности, принудительное отчуждение земли, общественная необходимость, общественные интересы.

Based on analysis of current legislation in the sphere of land expropriation by reason of public necessity and the European Court of Human Rights practice in cases concerning the protection of property rights the authors study: the terminological problem regarding the concepts of "public necessity" and "public interest"; the problem of appropriate definition of the list of grounds for compulsory purchase; the problem of providing other persons (except land owners) with minimum standards of their rights protection in case of expropriation.

Key words: property law, land expropriation, public necessity, public interest.

Постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями. За даними Міжнародного індексу захисту прав власності, станом на 2010 рік Україна посідає 98 місце із 125 представлених країн [12, с. 34]. В свою чергу, чітко визначені та захищені права власності є умовою, без якої неможливе повноцінне залучення інвестицій та процвітання економіки. Інститут примусового відчуження земельних ділянок, знаходячись на перетині приватного і публічного права та будучи найекстремальнішою формою державного втручання, є лакмусовим папірцем, який яскраво проявляє існуючі проблеми захисту власності в Україні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор, виділення невирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття. Проблема примусового відчуження земельних ділянок ґрунтовно досліджувалася у працях М.В. Венеціанова, О.В. Дзери, О.В. Єлісєєвої, М.В. Красної, П.Ф. Кулинича, В.Є. Мармазова, В.В. Носіка, П.В. Пушара, М.С. Федорченка, В.Д. Швеця та інших вчених. Втім, масштабність проблеми та порівняно нещодавнє оновлення чинного законодавства у зв'язку із прийняттям Закону України "Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності" від 17.11.2009 р. №1559-VI [2] (далі – Закон) обумовлює необхідність нового аналізу окремих проблем, що залишаються актуальними у правовому регулюванні відносин примусового відчуження земельних ділянок. До таких проблем належить, зокрема, точна ідентифікація сфери, у якій допускається застосування примусового відчуження земельних ділянок.

Формулювання цілей статті (постановка завдання). Прийнятий майже рік тому Закон врегулював процедуру примусового відчуження, вирішив деякі із існуючих проблем, проте одночасно породив нові. На наше переконання, все ще не можна вважати задовільно вирішеним питання про те, коли саме допустимо застосовувати примусове відчуження земельних ділянок. Для відповіді на це питання необхідно: 1) вирішити термінологічні проблеми навколо понять "суспільна необхідність" та "інтереси суспільства"; 2) задовільно визначити перелік

підстав примусового відчуження. Крім того, при аналізі механізму примусового відчуження земельних ділянок стає очевидним, що при такому відчуженні відбувається не лише позбавлення власника його права власності; припиняються або звужуються також права інших суб'єктів, що робить актуальною ще одну проблему – 3) проблему забезпечення мінімальних гарантій захисту прав інших осіб (крім власників земельних ділянок) при примусовому відчуженні. Завданням даної статті є вироблення пропозицій щодо вирішення зазначених проблем.

Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів.

1) Згідно із Конституцією України (ст. 41) [3], примусове відчуження можливе тільки з мотивів "суспільної необхідності". Дане поняття є оціночним і абстрактним, проте наявність таких понять у законі – необхідна плата за загальний (а не казуальний) характер сучасного правового регулювання. Крім загального характеру правового регулювання, оціночні поняття забезпечують гнучкість правового регулювання, можливість його пристосування до сьогочасних потреб суспільства без зміни тексту закону.

Норми Основного закону, у т.ч. ст.41, є нормами прямої дії. Тому спроби визначити поняття "суспільна необхідність" у актах нижчої юридичної сили, зокрема, у абз. 6 ч. 1 Закону, є непотрібними і шкідливими. Яким би не було запропоноване визначення (вдалим чи, як у Законі, не дуже), суб'єкт застосування (насамперед, суд) завжди буде змушений звертатися до ст. 41 Конституції України і аналізувати наявну ситуацію з точки зору власного розуміння абстрактного поняття "суспільна необхідність". Шкідливість визначення, наведеного у Законі, полягає у тому, що воно буде заважати суб'єкту правозастосування аналізувати акт вищої сили – Конституцію України. Тому визначення, яке є зайвим, не слід аналізувати з точки зору, чи вдале воно, чи ні. Його слід просто ігнорувати.

Окрім поняття "суспільна необхідність", необхідно зважати також на інше абстрактне поняття – "інтереси суспільства". Згідно із § 1 ст. 1 Протоколу I до Європейської конвенції про прозахист прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенція) [5], лише наявність "інтересів суспільства" ("public interest") може виправдати примусове відчуження. Як видається, у сучасному розумінні "інтереси суспільства" (за

Конвенцією) є категорією ширшою, ніж "суспільна необхідність" (за Конституцією України), а отже, у цьому відношенні Конституція України надає вищий ступень гарантій при примусовому відчуженні. Втім, слід зважати, що право тлумачиться динамічно, тому зміст описаних понять, а отже, і їх співвідношення можуть змінитися. Тому, крім тесту на наявність суспільної необхідності за Конституцією України, завжди слід проводити тест на наявність "інтересів суспільства" за Конвенцією.

Аналіз прецедентної практики Європейського суду з прав людини, яка відповідно до ст. 17 Закону України "Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини" є джерелом права в Україні [1], дозволяє сформулювати загальні вимоги сучасного тесту на наявність інтересів суспільства за Конвенцією: блага від примусового відчуження повинні перевищувати витрати на нього; цінність нового використання земельної ділянки має бути вищою за існуючу; цілі примусового відчуження можна задовольнити виключно за рахунок окремо визначеної земельної ділянки [14, с. 4]. При цьому Європейський суд віддає на відкуп національному законодавцю визначення критеріїв поняття "суспільна користь" із умовою, що встановлені критерії не будуть явно суперечити раціональним основам [4, с. 145].

Таким чином, при визначенні поняття "суспільний інтерес" держава користується значним полем розсуду. При цьому нагляд Європейського суду обмежується лише випадками зловживання владою та явного свавілля, на що Суд вказує у справі *Former King Of Greece And Others v. Greece* [7]. Європейський суд також стверджує, що національні органи влади знаходяться у кращому становищі, ніж міжнародний суддя для оцінки того, що становить "суспільний інтерес". Отже, відповідно до системи захисту запровадженої Конвенцією саме національні органи мають здійснювати початкову оцінку існування проблеми, що становить суспільний інтерес, яка б вимагала таких заходів, як позбавлення власності. При цьому Суд поважатиме судження національного законодавця щодо того, що становить "суспільний інтерес" доки таке судження не є явно необґрунтованим [8].

За таких обставин Європейський суд тлумачить Конвенцію з метою дотримання принципу пропорційності державного втручання та балансу приватних і публічних інтересів в конкретній справі. Все це відбувається у відповідності із формулою, яка вимагає досягнення повноцінного справедливого балансу між вимогами загальних інтересів суспільства і вимогами захисту фундаментального права індивіда-власника [13, с. 313].

2) Поряд із оціночним критерієм "суспільної необхідності", Конституція України (ч.5 ст.41) допускає примусове відчуження об'єктів приватної власності *"лише як виняток ... на підставі, встановленій законом"*. За таких умов закон повинен, на наш погляд, вичерпно і чітко визначити цілі, для яких допускається примусове відчуження. Вичерпний перелік таких цілей зменшує невизначеність шляхом надання зрозумілого та такого, що не підлягає поширюваному тлумаченню, переліку підстав, за межами якого здійснення примусового відчуження неможливе [9, с. 14]. При цьому такий перелік цілей повинен відповідати оціночним критеріям "суспільної необхідності" та "публічного інтересу" (див. вище).

Перелік, передбачений ч.1 ст.15 Закону, на перший погляд, відповідає описаним вимогам. Втім, у абз.3 ч.1 цієї ж статті вміщено посилення на можливість примусового відчуження для розміщення об'єктів, необхідних для експлуатації лінійних об'єктів та об'єктів транспортної і енергетичної інфраструктури, які, таким чином, безпосередньо не належать до лінійних об'єктів та від-

повідної інфраструктури. Дане положення, на наш погляд, не відповідає вимогам "ясності та вичерпності" і потенційно створює можливість для зловживань. Втім, при належному правозастосуванні бар'єром для таких зловживань повинні бути положення ст.41 Конституції України та ч.2 ст.15 Закону, яка встановлює додаткові оціночні критерії правомірності відчуження.

3) Положення §1 ст.1 Протоколу 1 до Конвенції є мінімальним стандартом захисту права на вільне володіння своєю власністю, який є відправною точкою у розумінні міжнародно-правового змісту цього права [11, с. 7]. При цьому під "власністю" у Конвенції мається на увазі на даний час практично будь-який актив, включаючи, звичайно, й інші речові права на земельну ділянку, окрім власності (див. рішення Європейського суду у справі *Ostapenko v. Ukraine* [6]).

Між тим, у законодавстві України при примусовому відчуженні земельних ділянок інтереси інших осіб (крім власників ділянок, що відчужуються) враховані далеко не повною мірою.

Так, ч.2 ст.18 Закону передбачено, що у разі викупу земельної ділянки **"для суспільних потреб"** [виділення наше – А.М., А.Ш.] або їх примусового відчуження з мотивів суспільної необхідності припиняється дія обмежень (обтяжень) прав на такі об'єкти, що унеможливають їх використання для таких потреб. Особи, на користь яких були встановлені обмеження (обтяження) прав на відчужену земельну ділянку, інші об'єкти нерухомого майна, що на ній розміщені, мають право вимагати відшкодування збитків або встановлення обмежень (обтяжень) прав для користувача відчуженого об'єкта у встановленому законом порядку".

Не будемо коментувати допущеного в Законі недоречного отождолення понять "обмеження" та "обтяження". Більш важливо те, що першим із процитованих речень передбачено примусове припинення майнових прав (іншими словами, позбавлення майна) для суспільних потреб (в т.ч. за відсутності суспільної необхідності), водночас, другим процитованим реченням до Закону вміщено положення, яке позбавлене будь-якого регулятивного навантаження. Адже зрозуміло, що "вимагати відшкодування збитків" або "встановлення обмежень у встановленому законом порядку" особа може і без положень ч. 2 ст.18. Таким чином, до Закону включене зайве положення, що як мінімум шкідливе.

Крім того, ч. 2 ст. 14 Закону передбачає, що збитки, спричинені відчуженням земельної ділянки, відшкодовуються власникам та користувачам суміжних земельних ділянок. Це положення, знов-таки, зайве. Не надаючи жодних додаткових прав згаданим суб'єктам, воно є особливо шкідливим, створюючи враження, що збитки осіб, не згаданих у ч. 2 ст.14, не підлягають відшкодуванню. На наше переконання, таке тлумачення буде невірним, оскільки суперечить конституційному принципу рівності (ст.ст. 22, 24 та ін. Основного закону). Заподіяні збитки повинні відшкодовувати усім особам, яких зачіпає викуп, хоча б силу загальних положень ст.ст. 1166, 1173, 1174 та ін. Цивільного кодексу України [10].

Таким чином, незважаючи на описані недоліки, Закон може бути витлумачений та повинен тлумачитись у спосіб, що не входить у суперечність із Конвенцією та Конституцією України. Втім, набагато краще було б, якби Закон не просто не створював проблем для осіб, які не є власниками ділянок, що відчужуються, а навпаки, встановив би для таких осіб додаткові гарантії у зв'язку із відчуженням, бажано – аналогічні гарантіям, що передбачені для власників.

Розвиток права на сучасному етапі має характеризуватись повагою до індивіда, його прав, цінностей, по-

треб, забезпечувати належну протекцію приватної особи у відносинах із суб'єктом владних повноважень. Утвердження України як правової держави потребує наслідування кращого досвіду інших країн та імплементації міжнародних стандартів захисту прав особи, вимагає від вітчизняної юридичної науки та законодавця йти вперед, встановлюючи для зацікавлених осіб додаткові гарантії.

Висновки з цього дослідження і перспективи подальших розвідок у даному напрямку. Із проведеного аналізу проблем, що існують у сфері примусового відчуження земельних ділянок за законодавством України, впливають такі висновки:

1. Визначення поняття "суспільна необхідність", що вживається у ст. 41 Конституції України, у Законі України "Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності" є непотрібним і, більш того, шкідливим. У будь-якій ситуації примусового відчуження необхідно застосовувати оціночне поняття "суспільна необхідність", вжите в Конституції України, при цьому суб'єкт застосування повинен ігнорувати спроби визначення цього поняття в актах нижчої юридичної сили.

2. Крім тесту на наявність суспільної необхідності за ст. 41 Конституції України, слід завжди проводити тест на наявність "інтересів суспільства" за §1 ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, використовуючи при цьому практику Європейського суду з прав людини.

3. Інші особи, права яких зачіпаються примусовим відчуженням, окрім власників земельних ділянок, що відчужуються, мають право на відшкодування заподіяних їм збитків на загальних підставах. Положення Закону України "Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб

чи з мотивів суспільної необхідності" не можуть тлумачитися як такі, що обмежують це право. Доцільним є встановлення для таких осіб гарантій, аналогічних тим, що встановлені для власників земельних ділянок, що відчужуються.

1. Закон України "Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини" від 23.02.2006 р. №3477-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2006. – №30. – Ст. 260. 2. Закон України "Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності" від 17.11.2009 № 1559-VI // Голос України. – 2009. – № 238. 3. Конституція України від 28 червня 1996 р. №254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141. 4. Мингазова И.В. Защита права собственности иностранных юридических и физических лиц в международном праве : диссертация ... кандидата наук : 12.00.10, 12.00.03. – Казань. – 2006. – 207 с. 5. Перший Протокол до Конвенції по захист прав і основоположних свобод людини, ратифікований Законом України "Про ратифікацію Конвенції про захист прав і основних свобод людини 1950 року, Першого протоколу та протоколів №2, 4, 7 та 11 до Конвенції" №475/97-ВР від 17 липня 1997 року // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 1997. – №40. – Ст. 263. 6. Рішення Європейського суду у справі Ostapenko v. Ukraine від 14 червня 2007 року, № 17341/02. 7. Рішення Європейського суду у справі Former King Of Greece And Others v. Greece від 23 листопада 2000 р., № 25701/94, §87. 8. Рішення Європейського суду у справі James and Others v. the United Kingdom від 21 лютого 1986 р., Series A, No 98, § 46. 9. Сімон Кейт, Патрік МакАусіан, Рейчел Кнайт. Примусове відчуження земельних ділянок та компенсація (переклад з англійської М. Федорченка). – К. 2009. – 51 с. // Джерело в Інтернеті: <http://www.mylaw.org.ua/userfiles/file/FAOLTS10MLI6.pdf> 10. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №40. – ст. 356. 11. Яковлев А.А. Міжнародно-правове співробітництво у захисті права власності в системі Ради Європи: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.11. Нац. юрид. акад. України ім. Я.Мудрого. – Х., 2009. – 20 с. 12. International Property Rights Index Report (2010) // Джерело в Інтернеті: http://www.internationalpropertyrightsindex.org/2010_IPRI.pdf 13. Clare Ovey and Robin White, The European Convention on Human Rights. Third Edition. Oxford University Press. First published 2002. 14. Thomas Kalbro. Private Compulsory Purchase and the Public Interest (Presentation) // Джерело в Інтернеті: <http://www.tkk.fi/Yksikot/Kiinteisto/FIG/pdf-files/06092007Kalbro>

Надійшла до редколегії 07.12.10

С. Черноус, канд. юрид. наук

ВИПРОБУВАННЯ ПРИ ПРИЙНЯТТІ НА РОБОТУ: ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ ПРОБЛЕМИ

У статті розглядаються проблемні питання правового регулювання встановлення випробування при прийнятті на роботу та звільнення працівника за його результатами.

Ключові слова: випробування, умова трудового договору, звільнення.

В статье рассматриваются проблемные вопросы правового регулирования установления испытания при приеме на работу и увольнения работника по его результатам.

Ключевые слова: испытание, условие трудового договора, увольнение.

The problematic questions of the legal regulation of the hiring probation establishment and based on its results employee dismissal have been considered in the article.

Key words: probation; labor contract condition; dismissal.

Питання змісту трудового договору, і, зокрема, питання про таку його умову як випробування при прийнятті на роботу, завжди були предметом наукового пошуку фахівців у галузі трудового права. Науковими дослідженнями різних аспектів указаної проблематики займалися такі науковці, як Н.Б. Болотіна, В.С. Венедиктов, В.Я. Гоц, В.В. Жернаков, П.І. Жигалкін, В.В. Лазор, Н.О. Мельничук, О.С. Пашков, В.І. Прокопенко, О.І. Процевський, Б.С. Стичинський, К.П. Уржинський, Н.М. Хуторян, А.Д. Чайкін, Г.І. Чанишева та інші. Незважаючи на досить ґрунтовне вивчення проблем випробування, ціла низка питань залишаються дискусійними в доктрині трудового права і такими, що неоднозначно вирішуються в практиці застосування законодавства про працю. Щодо окремих з них автор висловить свої міркування.

Метою даної статті є дослідження доктринальних положень, законодавства, судової практики та проекту

Трудового Кодексу України (далі – пТК) відносно встановлення випробування та питань кваліфікації звільнення працівника як такого, що не витримує випробування; внесення пропозицій щодо правового регулювання означених відносин.

Як зазначається у науковій літературі "необхідно розмежовувати поняття умови щодо випробування як додаткової умови змісту трудового договору, що передбачає випробування, та випробування при прийнятті на роботу як обумовленої певним строком процесу взаємодії працівника і роботодавця з метою перевірки відповідності працівника роботі, яка йому доручається" [8, с. 15].

Статті 26-28 КЗпП України регламентують порядок, строки на наслідки встановлення випробування при прийнятті на роботу. Законодавством встановлено, що з метою перевірки відповідності працівника роботі, яка йому доручається при укладенні трудового договору може бути обумовлено угодою сторін умова про випро-

бування. Така умова повинна бути застережена в наказі (розпорядженні) про прийняття на роботу. [5]

Як відомо з теорії трудового права, умова про випробування належить до так званих додаткових (факультативних) умов, або, за іншою класифікацією, до істотних-ініціативних умов трудового договору [10, с.7].

Встановлення такої умови може бути ініційовано стороною (як правило роботодавцем), тобто є його правом. Відповідно, "...такі умови стають об'єктом переговорів лише в разі, коли одна зі сторін наполягає на включенні їх до змісту трудового договору" [16, с. 174]. В той же час, якщо умова про строк випробування стала об'єктом обговорення під час укладення трудового договору, сторони повинні дійти згоди по ній, в іншому випадку, на переконання автора статті, трудовий договір або укладається без встановлення строку випробування (за умови, що сторона (роботодавець) відмовилась від своєї ініціативи), або не укладається. Неоднозначні висновки висловлюються у наукових джерелах щодо того, чи може трудовий договір бути укладеним, за наявності відмови працівника пройти випробування. Так, Н.Б. Болотіна стверджує, що "[я]кщо працівник відмовляється від випробування, трудовий договір не може вважатись укладеним" [1, с.277]. Аналогічна позиція висловлювалась і представниками російської науки трудового права, зокрема зазначалося, що вказівка в законодавстві на встановлення випробувального терміну за угодою сторін може створити ілюзорне уявлення про те, що відсутність згоди з боку працівника унеможливує відмову його прийняття на роботу. Тому в кодексі повинно бути вказано, що якщо працівник, що претендує на роботу, не погодиться з умовою про попереднє випробування, роботодавець має право відмовити в укладенні трудового договору (контракту) [14].

Проте, дещо суперечливу позицію було висловлено О.І. Процевським, який, вказуючи на те, що за змістом і характером норма про випробування² диспозитивна, оскільки її застосування залежить від двостороннього волевиявлення, одночасно зазначав, що термін випробування обов'язково відображається у трудовому договорі; *відсутність бажання працівника виключає його встановлення* [13, с.161] (курсив – С.Ч.).

Звертає на себе увагу також думка, висловлена авторським колективом навчально-довідкового посібника "Трудове право України у запитаннях та відповідях" (далі – навчально-довідковий посібник). Зауважено "[я]кщо працівник надасть документи, що свідчать про його здатність виконувати роботу на належному рівні (трудова книжка із записом про виконання даної або аналогічної роботи на попередньому підприємстві, у якій можуть міститись відомості про заохочення, нагородження; документи, що підтверджують відповідну кваліфікацію, диплом, атестат, посвідчення про присвоєння відповідної кваліфікації й ін.), роботодавець не може відмовити йому у прийнятті на роботу з мотиву незгоди працівника пройти випробування" [17, с.68]. На нашу думку, висловлена позиція не є беззаперечною, адже по-перше, подання особою, яка претендує на отримання статусу працівника трудової книжки, а у випадках, визначених законодавством документа про освіту (атестат, диплом тощо) є обов'язком такої особи, який закріплений у статті 24 КЗпП України, виконання якого законодавцем ніяк не пов'язується з можливістю реалізації права на встановлення випробування. По-друге, випробування встановлюється з метою переві-

рки відповідності працівника *роботі, яка йому доручається*, як переконливо стверджується у літературі, "...інформація з наданих документів не може дати повне уявлення про ділові якості працівника. Ця інформація відображає трудову діяльність працівника в минулому, а при прийомі на роботу йдеться про майбутню роботу на новому місці, в іншому трудовому колективі, у нових умовах. Саме випробування і допомагає встановити, чи придатний працівник до виконання тієї чи іншої трудової функції в новій обстановці ..." [6, с. 68]. Крім того, у літературі наголошується, що необхідно враховувати підходи до розуміння поняття "невідповідність виконуваній роботі" (згідно частини 2 статті 28 КЗпП роботодавець має право звільнити працівника, саме у зв'язку з його невідповідністю роботі, на яку прийнято) як воно розглядається у пункті 2 частини 1 статті 40 КЗпП України [9, с.183]. Тлумачення пункту 21 постанови Пленуму Верховного Суду України "Про практику розгляду судами трудових спорів" (далі – постанова Пленуму Верховного Суду України) [11] дає підстави вважати, що наявність документів, які підтверджують рівень кваліфікації працівника є обов'язковою лише у випадку, коли освіта є обов'язковою умовою виконання роботи, обумовленої трудовим договором. У тому ж випадку, коли такої умови немає, відсутність документа про освіту не повинна розглядатися як підтвердження відсутності необхідної кваліфікації, і як наслідок – невідповідності працівника виконуваній роботі. Отже, якщо керуватися логікою авторів навчально-довідкового посібника (Г.С. Гончарової, В.В. Жернакова, С.М. Прилипка), то відмова від проходження випробування унеможливує укладення трудового договору тільки у випадку, коли особа працевлаштовується вперше (адже в неї ще відсутня трудова книжка, хоча й така особа подає атестат!), що зводить нанівець мету встановлення випробування. На нашу думку з таким висновком погодитись важко. Більш того, навіть наявність необхідної освіти (документа про неї) не свідчить про відповідність працівника виконуваній роботі, на це може вказувати лише результативність праці. Невипадково в частині 3 того ж пункту постанови Пленуму Верховного Суду України зазначено, що висновки атестаційної комісії щодо кваліфікації працівника підлягають оцінці у сукупності з іншими доказами по справі [11], отже, на нашу думку, і висновок роботодавця щодо відповідності працівника роботі повинен ґрунтуватися на оцінці всієї множини фактів, що підтверджують відповідність (або невідповідність) працівника роботі. І останнє, третє, умова про випробування є умовою трудового договору, отже укласти таку угоду сторони можуть лише у випадку, коли ними погоджені всі передбачені законодавством, або ініційовані ними самими умови. "Недосягнення згоди сторонами щодо факультативних умов так само не призводить до укладення договору, як і в разі відсутності погодження необхідних умов" [16, с. 174].

Отже, недосягнення згоди між сторонами щодо умови про випробування, як і щодо будь-якої іншої умови трудового договору, призводить до не укладення такого договору.

Не вирішено однозначно вказану проблему і у пТК України. У статті 46 пТК зазначається, що з метою перевірки відповідності працівника роботі, яка йому доручається, при прийнятті на роботу допускається погодження роботодавцем і працівником умови про випробування. Така умова вважається погодженою, якщо домовленість про неї зафіксована в трудовому договорі [12]. Одночасно частина 1 статті 40 пТК містить норму, відповідно до якої "[у] трудовому договорі зазначаються ... обов'язкові умови, без яких трудовий договір не мо-

² Йдеться про статтю 11 Основ законодавства Союзу РСР і союзних республік про працю від 15 липня 1970р., зміст якої відтворено у діючій нормі статті 26 КЗпП України.

же вважатися укладеним, і додаткові умови, наявність яких не є обов'язковою". Частина 3 цієї ж статті відносить випробування до додаткових умов трудового договору і в абзаці 2 вказується на те, що "додаткові умови трудового договору можуть бути включені до нього після укладення". Викладене викликає ряд запитань, зокрема, чи може бути укладено трудовий договір при відмові працівника від встановлення випробування, з огляду на те, що наявність додаткових умов "не є обов'язковою"; чи може умова про випробування бути погодженою після укладення трудового договору і бути внесеною до нього, а також, якщо таку умову ініційовано після укладення трудового договору, то які юридичні наслідки відмови працівника від проходження випробування? Напевно варто говорити про те, що норма статті 46 пТК є спеціальною стосовно норми статті 40 пТК. Одночасно, законодавцю необхідно запобігати виникненню колізій у правовому регулюванні, формулюванню норми в такий спосіб, який дозволяє по-різному тлумачити їх зміст суб'єктами, що будуть їх реалізовувати. На переконання автора статті умову про випробування слід погоджувати лише в процесі укладення трудового договору (точніше в процесі погодження його умов), в іншому випадку, якщо дозволити встановлювати таку умову після укладення трудового договору, це призведе до зниження рівня гарантій сторін трудового договору. Адже "випробування при прийнятті на роботу як гарантія для роботодавця проявляється у тому, що застосовувавши його до працівника, роботодавець реалізує своє право на підбір підходящих кадрів для виконання певної роботи" [7, с. 9], відповідно реалізація такого права буде унеможливлена. Щодо працівника, то гарантія проявляється крім іншого в тому, що обмежено проміжок часу (етап укладення трудового договору), протягом котрого встановлюється умова, за результатами реалізації якої працівника може бути звільнено, в іншому ж випадку, існує велика вірогідність зловживання правом встановлення умови про випробування з боку роботодавця. Враховуючи викладене, вважаємо, що частину 1 статті 40 пТК варто викласти у наступній редакції: "[у] трудовому договорі зазначаються прізвище, ім'я, по батькові працівника та найменування роботодавця (прізвище, ім'я, по батькові роботодавця – фізичної особи), а також обов'язкові умови, без яких трудовий договір не може вважатися укладеним, і додаткові умови, включення яких до змісту трудового договору здійснюється тільки за угодою сторін". Абзац 2 частини 3 статті 40 пТК викласти у такий редакції: "[д]одаткові умови трудового договору, крім умови про випробування, можуть бути включені до нього після укладення".

Ще одна проблема, яку буде проаналізовано в цій статті, полягає в тому, що законодавством про працю чітко не визначено порядку звільнення працівника як такого, що не витримав випробування та юридичних гарантій при такому звільненні. Частина 2 статті 28 КЗпП вказує, що "якщо протягом строку випробування встановлено невідповідність працівника роботі, на яку його прийнято, власник або уповноважений ним орган протягом цього строку вправі розірвати трудовий договір. Розірвання трудового договору з цих підстав може бути оскаржене працівником в порядку, встановленому для розгляду трудових спорів у питаннях звільнення" [5].

У практиці застосування вказаної норми крім інших виникають запитання про те, чи може звільнення працівника як такого, що не витримав випробування бути кваліфіковано як звільнення з ініціативи роботодавця і, відповідно, чи розповсюджуються гарантії, передбачені законодавством про працю при звільненні з ініціативи роботодавця на припинення трудових відносин за статтею

28 КЗпП України. Слід зазначити, що судова практика в цій частині розходиться із доктриною трудового права.

Так, у практиці Верховного Суду України звільнення працівника, як такого, що не витримав випробування не розглядається як звільнення з ініціативи роботодавця. Про вказане свідчить рішення Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 23 січня 2008 р. У мотивувальній частині укашеного рішення зазначено, що "... згідно зі ст. 28 КЗпП розірвання трудового договору з працівником під час терміну випробування не можна визнати таким, що провадиться з ініціативи власника або уповноваженого ним органу, оскільки працівник при прийнятті на роботу, даючи згоду на випробування, фактично дає згоду і на можливість розірвання з ним трудового договору, якщо протягом строку випробування буде встановлено невідповідність його роботі, на яку його прийнято. За таких обставин звільнення працівника під час терміну випробування не можна вважати таким, що проводиться лише з ініціативи власника або уповноваженого ним органу ... у разі звільнення працівника з роботи за ст. 28 КЗпП на нього не поширюються правила про недопустимість звільнення з ініціативи власника або уповноваженого ним органу в період тимчасової непрацездатності, визначені ч. 3 ст. 40 КЗпП" (курсив – С.Ч.) [15].

У науковій літературі висловлюються протилежні (іноді суперечливі) позиції. Так, О.І. Процевський стверджує, що випробування виконує принаймні дві задачі: сприяє з'ясуванню ділових якостей працівника та надає можливість адміністрації спрощеного порядку припинення правовідносин за наявності негативного результату [13, с.162]. Н.Б. Болотіна зазначає, що "[з]вільнення за незадовільними результатами випробування проводиться за спрощеною процедурою (тобто порядок розірвання трудового договору з ініціативи власника або уповноваженого ним органу в цьому випадку не застосовується). Видається, таке положення не можна вважати правильним. ... Думається, порядок розірвання трудового договору з ініціативи власника має поширюватись і на випадки розірвання трудового договору в разі незадовільного результату випробування, обумовленого при прийнятті на роботу... звільнення за результатами випробування має бути віднесено до розряду звільнень з ініціативи власника" [1, с. 279-280, 281]. В.Г. Ротань, І.В. Зуб, Б.С. Стичинський висловлюють наступну думку: "[з]вільнення за результатами випробування ст. 28 КЗпП називає розірванням трудового договору, на яке дається право власникові (або уповноваженому ним органу). З урахуванням цього, на звільнення за результатами випробування поширюються обмеження на звільнення, встановлені частиною третьою ст. 40 і ст. 184 КЗпП" [9, с. 183]. Позицію про те, що звільнення працівника за результатами випробування слід розглядати як розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця висловлено і в інших наукових джерелах. Вказаної думки притримується І.А. Іоннікова, яка вважає, що звільнення працівника за результатами випробування слід вважати самостійною підставою розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця [4, с. 4]. І.А. Ветухова, котра стверджує, що "розірвання трудового договору з жінками, які поєднують роботу з материнством, у зв'язку з незадовільними результатами випробування слід визнавати звільненням з ініціативи власника або уповноваженого ним органу" [2, с.16].

То чи можна звільнення працівника як такого, що не витримав випробування, кваліфікувати як розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця? На думку автора статті варто виходити з наступного. Підставами припинення трудових правовідносин є юридичні факти.

У теорії трудового права підстави припинення трудового договору класифіковано у залежності від виду юридичного факту (вольові дії чи події), який спричинив таке припинення [3, с.14]. У свою чергу, у залежності від волевиявлення якого саме суб'єкта розривається трудовий договір, підстави припинення прийнято поділяти на ті, в основі яких є а) ініціатива роботодавця; б) ініціатива працівника; в) ініціатива осіб або органів, які не є стороною трудового договору (так звані треті особи); г) взаємне волевиявлення сторін. Викладене дає підстави стверджувати, що підставою звільнення працівника як такого, що не витримав випробування є ініціатива роботодавця, оскільки право оцінювати відповідність працівника виконуваній роботі належить саме йому і рішення щодо можливості звільнення такого працівника приймає саме роботодавець. Звичайно проти такої позиції можна заперечити, пославшись на імперативну норму частини 1 статті 40 КЗпП, яка передбачає, що трудовий договір може бути розірвано власником або уповноваженим ним органом *лише* у випадках перерахованих у цій статті, перелік яких носить вичерпний характер. Але, виникає питання, а чи тільки стаття 40 КЗпП України містить підстави припинення трудового договору з ініціативи роботодавця. Відповідь – ні, адже крім цієї статті і норми статті 41 КЗпП передбачають такі підстави для окремих категорій працівників, і норми деяких спеціальних законів. Підтвердження позиції про можливість кваліфікувати звільнення працівника як такого, що не витримав випробування як звільнення з ініціативи роботодавця можна віднайти і у законодавстві. Так, стаття 43-1 КЗпП містить норму, відповідно до якої *розірвання трудового договору з ініціативи власника або уповноваженого ним органу без згоди виборного органу первинної профспілкової організації (профспілкового представника) допускається у випадках: ...незадовільного результату випробування, обумовленого при прийнятті на роботу* (курсив – С.Ч.). Як бачимо законодавець визнає звільнення працівника як такого, що не витримав випробування звільненням з ініціативи роботодавця. Відповідно, щодо працівників, трудовий договір з якими було припинено з цієї підстави, повинно бути дотримано гарантій, передбачених законодавством про працю, крім тих, стосовно яких встановлено виключення (наприклад, непотрібна згода профспілки – стаття 43-1 КЗпП України, не виплачується вихідна допомога – стаття 44 КЗпП України). Інших гарантій повинно бути дотримано, зокрема, в частині заборони звільнення вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років (до шести років – частина шоста статті 179), одиноких матерів при наявності дитини віком до чотирнадцяти років або дитини-інваліда (стаття 184 КЗпП України [5]). Також роботодавцем повинно бути дотримано заборони звільнення працівника в період його тимчасової непрацездатності, та у період перебування працівника у відпустці (частина 3 статті 40 КЗпП України [5]). На наше переконання право роботодавця звільнити працівника у зв'язку із незадовільними результатами випробування в даному випадку не обмежується, адже відповідно до частини 3 статті 27 КЗпП якщо працівник в період випробування був відсутній на роботі у зв'язку з тимчасовою непрацездатністю або з інших поважних причин, строк випробування може бути продовжено на відповідну кількість днів, протягом яких він був відсутній. Тобто, роботодавець матиме можливість звільнити працівника після його виходу на роботу, продовживши строк випробування відповідно до правил частини 3 статті 27 КЗпП України.

Аналіз статей 49, 92, 116, 118 та інших пТК дає підстави дійти висновку, що питання про кваліфікацію звільнення працівника як такого, що не витримав випробування та, як наслідок, про розповсюдження гарантій при звільненні з ініціативи роботодавця на працівників, що звільнені за результатами випробування, залишаються не вирішеними. Хоча частина 1 статті 49 пТК і містить норму, відповідно до якої "[р]езультати випробування визначаються роботодавцем" [12], у переліку підстав розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця, наведених у статті 92 пТК (статті 98, 104-108 пТК) така підстава відсутня. Так само у статтях 116 та 118 пТК відсутні вказівки щодо розповсюдження на працівника звільненого за результатами випробування гарантій щодо заборони звільнення в період його тимчасової непрацездатності та звільнення вагітних жінок і жінок, які мають дітей. У зв'язку з цим вважаємо, що звільнення працівника як такого, що не витримав випробування, варто передбачити серед підстав звільнення з ініціативи роботодавця та встановити необхідність розповсюдження на таких працівників гарантій щодо заборони їх звільнення в період тимчасової непрацездатності та звільнення вагітних жінок і жінок, які мають дітей, про що внести відповідні доповнення у статті 92, 116, 118 пТК.

1. Болотіна Н.Б. Трудове право України: підруч. – [5-те вид., перероб. і доп.] / Н.Б. Болотіна. – К.: Знання, 2008. – 860 с. 2. Ветухова І.А. Особливості правового регулювання праці жінок, які поєднують роботу з материнством, та його подальше вдосконалення: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: 12.00.05 "Трудове право; право соціального забезпечення" / І.А. Ветухова. – Х., 2001. – 20 с. 3. Глазко С.М. Правове регулювання припинення трудового договору: теоретичний аспект: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: 12.00.05 "Трудове право; право соціального забезпечення" / С.М. Глазко. – Х., 2005. – 19 с. 4. Іоннікова І.А. Правове регулювання розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: 12.00.05 "Трудове право; право соціального забезпечення" / І.А. Іоннікова. – Х., 2004. – 19 с. 5. Кодекс законів про працю України від 10 грудня 1971 року // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1971. – № 50. – Ст. 375. 6. Кодекс законів про працю України: Науково-практичний коментар / [І.В. Арістова, В.В. Безусий, С.О.Бондар та ін.]; за ред. О.О.Погрібного, М.І.Іншина, І.М.Шопіної. – К.: Правова єдність, 2008. – 456 с. 7. Кохан Н.В. Гарантії трудових прав працівників та шляхи їх удосконалення: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: 12.00.05 "Трудове право; право соціального забезпечення" / Н.В. Кохан. – О., 2008. – 20 с. 8. Мельничук Н.О. Правове регулювання випробування при прийнятті на роботу за законодавством України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: 12.00.05 "Трудове право; право соціального забезпечення" / Н.О. Мельничук. – Х., 2006. – 21 с. 9. Науково-практичний коментар до законодавства України про працю / В.Г. Ротань, І.В. Зуб, Б.С. Стичинський. – [8-е вид., доп. і перероб.]. – К.: А.С.К., 2008. – 944 с. 10. Парпан Т.В. Істотні умови трудового договору: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: 12.00.05 "Трудове право; право соціального забезпечення" / Т.В. Парпан. – К., 2005. – 16 с. 11. 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. 12. Проект Трудового Кодексу України № 1108 (Текст законопроекту до другого читання 10.12.2009) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1 13. Процевський А.І. Метод правового регулювання трудових відносин / А.І. Процевський. – М.: Юрид. лит., 1972. – 288 с. 14. Прудинский А.М. О дальнейшем совершенствовании законодательства о труде / А. М. Прудинский. // Правоведение. – 1993. – № 5. – С. 58 – 62. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://law.edu.ru/article/article.asp?articleID=144536> 15. Рішення Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 23 січня 2008 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/829A53864EA00BE7C22574AC003DF01D> 16. Трудове право України: Академ. курс: підруч. [для студ. юрид. спец. виш. навч. закл.] / [П.Д. Пилипенко, В.Я. Буряк, З.Я. Козак та ін.]; за ред. П.Д. Пилипенка. – 3. вид., переробл. та доп. – К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 2007. – 536 с. 17. Трудове право України у запитаннях та відповідях: Навчально-довідковий посібник / За ред. В.В. Жернакова. – Х.: "Одісей", 2010. – 280 с.

УДК 346.56

О. Кологойда, канд. юрид. наук, доц.

ПОНЯТТЯ ТА ЮРИДИЧНА ПРИРОДА ЦІННИХ ПАПЕРІВ

Стаття присвячена аналізу легальних та доктринальних визначень поняття цінного паперу. Автор висвітлює основні підходи до визначення правової природи цінних паперів та їх місця в системі об'єктів господарського права.

Ключові слова: цінні папери, законодавство про цінні папери, правова природа цінного паперу.

The article is devoted to the analysis of legal and doctrine determinations of concept of securities. An author examines substantive provisions to determination of legal nature of securities and their place in the system of objects of economic law.

Key words: securities, legislation about securities, legal nature of securities.

Статья посвящена анализу легальных и доктринальных определений понятия ценных бумаг. Автор рассматривает основные подходы к определению правовой природы ценных бумаг и их места в системе объектов хозяйственного права.

Ключевые слова: ценные бумаги, законодательство про ценные бумаги, правовая природа ценных бумаг.

Питання визначення поняття та юридичної природи цінних паперів неодноразово було предметом наукових досліджень, однак залишається одним з найбільш дискусійних в наукових та практичних дослідженнях правових засад створення та функціонування фондового ринку. Дослідженню цього питання приділяли увагу в своїх роботах такі вчені правознавці як Мурзін Д.В., Майданник Р.А., Назарчук І.Р., Нерсесов Н.О., Онуфрієнко О.І., Панова Л.В., Посполітак В.В., Решетіна О.М., Яроцький В.Л. та ін.

Метою даної статті є дослідження законодавчих та доктринальних визначень поняття цінного паперу та особливостей його юридичної природи.

Відповідно до ст. 194 ЦК України цінним папером є документ встановленої форми з відповідними реквізитами, що посвідчує грошове або інше майнове право і визначає взаємовідносини між особою, яка його випустила (видала), і власником та передбачає виконання зобов'язань згідно з умовами його випуску, а також можливість передачі прав, що впливають з цього документа, іншим особам.

ГК України визначає, що цінним папером є документ встановленої форми з відповідними реквізитами, що посвідчує грошове або інше майнове право і визначає відносини між суб'єктом господарювання, який його випустив (видав), і власником та передбачає виконання зобов'язань згідно з умовами його випуску, а також можливість передачі прав, що впливають з цього документа, іншим особам (ч. 2 п. 1 ст. 163). Легальні визначення цінного папера, які містяться у п. 1 ст. 194 ЦК України та в п. 1 ст. 163 ГК України, є майже тотожними з однією лише відмінністю щодо суб'єкта який може випустити (видавати) цінний папір, яка зумовлена розмежуванням сфер правового регулювання обох кодексів.

Відповідно до ст. 3 Закону від 23.02.2006 р. "Про цінні папери та фондовий ринок" **цінні папери** – документи встановленої форми з відповідними реквізитами, що посвідчують грошові або інші майнові права, визначають взаємовідносини особи, яка їх розмістила (видала), і власника, та передбачають виконання зобов'язань згідно з умовами їх розміщення, а також можливість передачі прав, що впливають із цих документів, іншим особам. Аналізуючи це визначення слід звернути увагу на використання невідального словосполучення "розмістила (видала)" при визначенні зобов'язаної особи за цінним папером. Враховуючи те, що розміщення цінних паперів може здійснюватись не тільки емітентом, але і андерайтером, який не є зобов'язаною за цінним папером особою, на підставі відповідного договору з емітентом, пропонуємо замінити зазначене словосполучення терміном "випустила".

Цінні папери є титулами власності [32; С.93], що представляють капітал. Проте даний капітал не існує в подвійній формі, – один раз як капітальна вартість титулу власності, акцій, і інший раз як капітал, дійсно

вкладений або такий, що підлягає вкладенню... Капітал існує лише в цій останній формі... є лише титул власності... на додаткову вартість, що реалізовується. Насправді всі ці папери не що інше, як накопичені вимоги, юридичні титули на майбутнє [10; С. 515–527].

Капітал, що існує у формі цінних паперів (акцій, облігацій) і приносить дохід їх власникам, називають фіктивним капіталом [4; С.5, 14; С. 111, 16; С. 232], титулом (підставою права на майно), тому що цінні папери самі по собі не є продуктом праці і вартості не мають [9; С. 222]. Зазначений марксистський підхід, поширений в науковій літературі в 50 – 90 ті роки минулого сторіччя, зазнає змін з виникненням та розвитком ринкових відносин. Економісти починають визнавати, що за цінними паперами стоїть реальна вартість, яка відображена в ціні. Д.М. Кейнс, започаткувавши традицію виведення відсотка з грошового ринку, зосередив увагу на цінних паперах як активі, що конкурує з грошима, як засобом збереження. Для Д.М Кейнса та неокейнсіанців ліквідність була головним критерієм поділу цінних паперів дисконтова на вартість яких дорівнює номіналу [26].

В економічній теорії цінний папір визначають як:

- форму існування капіталу, відмінну від його товарної, виробничої і грошової форми, яка може передаватися замість нього самого, обертатись на ринку як товар і приносити дохід [21; С. 9];
- документ, що має юридичну силу, складений за встановленою формою, що надає його власнику стандартизований набір прав по відношенню до особи, що випустила цей документ, можливість передачі даного документа при дотриманні заздалегідь обумовлених умов, але без згоди емітентів іншій особі разом зі всім комплексом посвідчених ним прав [8; С. 368];
- грошовий або товарний документ, що дає їх власнику майнові права і право на одержання певних грошових сум, доходів [19; С. 377];
- сертифікат, що представляє власність на майно і на основі якого може бути здійснена передача або реалізація прав на майно [23; С. 251];
- джерело формування статутного капіталу АТ і фінансування витрат держави, територіально-адміністративних органів управління, муніципалітетів; форма вкладення грошових коштів фізичними і юридичними особами і спосіб набуття ними доходів від їх вкладення [15; С. 6];
- документарне свідоцтво про участь в капіталі акціонерного товариства або наданні позики, а також довгострокові зобов'язання емітентів виплачувати їх власникам дохід у вигляді дивіденду або відсотка [25; С. 216].

Алексєєв М.Ю. визначає цінний папір як документ, що відображає пов'язані з ним майнові права, може бути самостійним предметом обігу на ринку та бути

об'єктом купівлі-продажу та інших угод, є джерелом одержання регулярного чи одноразового прибутку, виступає різновидом грошового капіталу [2; С. 5]. Визначення достатньо чітке, однак якщо ми будемо застосовувати до предмета, що розглядається всі перераховані критерії, ми ризикуємо не визнати цінним папером те, що ним безумовно є, натомість, якщо визнавати достатнім наявність лише одного критерію, виникне підстава для віднесення до цінних паперів ряду інших документів.

Міркін Я.М. визначає цінні папери як документи встановленої форми, що засвідчують участь у корпоративній власності (акції) або про боргове зобов'язання [11; С. 5, 3; С. 319].

В юридичній літературі також існують різні визначення поняття цінного паперу. Так, професор Агарков М.М. в 20-ті роки XX століття визначав цінні папери як документи, для здійснення прав за якими необхідне їх пред'явлення [1; С. 178]. Однак в наш час таке визначення, по-перше, занадто розширило б кількість цінних паперів (Агарков М.М. відносив до них акції, облигації, векселі, чеки, вкладні документи кредитних установ, банківські білети, коносаменти, складське свідоцтво та ін., тобто багато фінансових інструментів, що сьогодні цінними паперами не є), а по-друге – ускладнило можливість чітко підвести під це визначення такі сучасні продукти, як бездокументарні цінні папери та похідні цінні папери.

Г.В. Шершеневич визначав цінний папір як документ, яким визначається суб'єкт втіленого в ньому майнового права [30; С. 60].

Цінний папір – втілення абстрактного майнового права, яке може передаватися від однієї особи до іншої за допомогою передачі самого цінного паперу [6; С. 4]. Цінний папір сам по собі не має цінності (не враховуючи вартості паперу з якого він зроблений та витрат на його випуск) і стає цінним лише завдяки праву, що в ньому виражене [13; С. 140].

Сутність цінного паперу полягає в особливому правовому зв'язку між правом на цінний папір (як на документ) та правом з цінного паперу (можливість реалізувати сукупність прав, посвідчених таким документом) [27; С. 242].

З правом на цінний папір нерозривно пов'язано право з цінного паперу, яке уособлює в собі грошове, інше майнове право, а у випадках визначений законом і немайнове право. Гостюк В.І. у своєму дослідженні відзначає, що система прав, що можуть бути посвідчені цінними паперами включає окремо або в сукупності речеві, зобов'язальні і членські (управлінські) права [5; С. 4].

Набуття права на цінний папір як документ обумовлює набуття і прав з цього цінного паперу, однак можливість реалізації прав з цінного паперу може потребувати вчинення додаткових формальних процедур.

Таким чином, цінний папір як об'єкт права є і закріплена законом сукупність майнових прав, що ним посвідчуються, і рухоме майно одночасно. Будь-який цінний папір характеризується нерозривним зв'язком між правами на цінний папір та правами, з цінного паперу. В цьому полягає *дуалістична (подвійна) правова природа цінного паперу*. Зміст прав, що надаються цінним папером включає права на цінний папір (речева складова) та права з цінного паперу (зобов'язально-правова складова) правової природи цінного паперу.

Дуалістична природа цінних паперів породжує постійний спір в юридичній літературі з приводу відповіді на питання: цінний папір – річ чи сукупність прав? Джерела цієї дискусії, на думку Решетіної О.Н. [20; С. 8], у неминучому злитті фундаментальних постулатів романо-германської та англосаксонської системи права, зокрема, в частині доктрини правової природи речі. Так,

зокрема, Мурзін Д.В. визначає, що германське право, особливо категоричне в цьому питанні, передбачає, що речами в значенні закону визнаються лише матеріальні предмети (параграф 90 ГГУ) [12; С.70]. В той же час американське законодавство прямо поширює речове право власності і на права і передбачає, що у власності може бути як майно, так і майнові і немайнові права. Цивільний кодекс штату Каліфорнія, зокрема, передбачає, що у власності можуть бути... всі зобов'язання, репутація фірми, товарні марки та знаки [24; С.27].

Відповідно до чинного законодавства України цінні папери є особливим видом майна суб'єктів господарювання (п. 7 ст. 139 ГК України). ЦК України, визнає цінні папери одним з об'єктів цивільних прав і прирівнює до речей, майна (ст. 177 ЦК України).

Відповідно до ст. 177 ЦК України об'єктами цивільних прав є речі, у тому числі гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні і нематеріальні блага. Таким чином вітчизняне законодавством визнає цінні папери, незалежно від форми їх випуску, речами.

Річчю є предмет матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права та обов'язки (ст. 179 ЦК України). Однак, вступаючи у цивільні правовідносини, слід мати на увазі, що у відносинах щодо цінних паперів проявляється дуалізм речових (права, що складають зміст права власності на цінні папери – володіння, користування та розпорядження) та зобов'язальних прав (права вимоги до особи, що розмістила або видала цінний папір) про виконання зобов'язань, які слідує з умов розміщення (видачі) цінних паперів. Поєднання речових та зобов'язальних прав гармонізовано у законодавчому визначенні цінного паперу [29; С. 314].

На думку Саватьє Р., право власності, об'єктом якого є безтілесні речі, має велике економічне значення. Але абстрактний характер цих речей має і незручності. Люди полюбують фізично володіти належним їм майном. Це неможливо по відношенню до безтілесних речей, які неможливо сприймати дотиком. Для того, щоб надати власнику можливість розпоряджатись ними, юридична техніка розробила засоби, завдяки яким абстрактні блага уявляються конкретними речами... Всі права вимоги, що представляють визначену суму грошей, і всі акції можуть таким же чином втілюватись у паперах, створених для того, щоб ці вимоги та акції могли брати участь в обігу як тілесні речі. Такими є цінні папери [22; С. 108].

В цінних паперах право завжди по значимості первинне по відношенню до документу навіть в цінних паперах на пред'явника. Саме право визначає цінність цінного паперу в сукупності, а документ, що виступає носієм цього права, завжди виступає допоміжним інструментом юридичної техніки [22; С. 109].

Габріель Феліксович відносив цінні папери до рухомих речей, однак вказував на неоднорідність та складність їх правової природи, зазначаючи, що цінний папір є лише там, де є зв'язок між папером та правом: хто володіє папером, той має право і може його здійснити, хто має право, тому й належить документ [30; С.60].

Посполітак В.В. у своїх дослідженнях також підтримує "речеву теорію", зазначаючи, що за своєю правовою природою цінні папери традиційно прийнято відносити до речей. На відміну від звичайних речей зазначена властивість цінних паперів визначається не природними властивостями та кількістю сертифікатів. Сутністю цінних паперів є зобов'язальні відносини. Без них не існує цінного паперу. Саме єдина зобов'язальна природа цінного паперу дозволяє переводити його з однієї

форми в іншу без зміни об'єму прав за цінним папером [17; С. 93, 18; С.89].

Цінний папір як документ є тим об'єктом на який розповсюджуються речеві права. Майновий характер цінного паперу дозволив спростити процедуру укладання та виконання угод з цінними паперами. Цінні папери були віднесені до майна ще й тому, що історично вони існували у вигляді матеріального об'єкту, тобто друкувались на папері, однак на відміну від договору, цінний папір став об'єктом правовідносин. Із розвитком інформаційних технологій документарні цінні папери поступились місцем "електронним" цінним паперам.

Науковцями виділяється ряд причин віднесення цінних паперів до рухомих речей:

1) цінні папери засвідчували переважне право на набуття майнових цінностей – речей у вузькому сенсі або грошей;

2) цінні папери самі існували у вигляді матеріальних об'єктів (паперових документів);

3) між цінними паперами і засвідчуваними ними правами існував тісний взаємозв'язок;

4) зв'язок цей носив такий характер, що спосіб передачі прав, засвідчених цінним папером, мав очевидну схожість з одним із способів передачі речових прав (і те і інше може здійснюватись шляхом матеріального предмету – документа або речі відповідно) [7; С. 61].

Основоположною ланкою в законодавчому регулюванні була мета, заради якої створювались ті або інші правові конструкції. Спочатку мета створення такої конструкції, як цінні папери, виражалась в підвищенні оборотоздатності прав. Але розвиток цивільного обороту, що слідував за стрімким науково-технічним прогресом, терміново потребував модифікації подібних об'єктів цивільних прав. В результаті науковці заткнулись з феноменом: цінні папери не втративши в своїй суті специфіки прав, що надаються, втратили спосіб оформлення або легітимізації цих прав в цивільному та господарському обороті, який фактично і визначав особливість останніх як спеціального інституту. Але прагнення зберегти за бездокументарними цінними паперами таку ознаку, як підвищена оборотоздатність, призводить до прагнення на практиці зберегти елементи речової природи при їх фактичній відсутності, що веде до сприйняття ідеї специфічної фікції – абстрактного документа, що надає права [20; С. 4].

Бездокументарні цінні папери у зв'язку з втратою паперового носія остаточно втратили схожість з одним із способів передачі речових прав; втрачається безпосередній зв'язок між документом і засвідченим в ньому правом, а виникає принципово новий зв'язок між ідеально існуючою абстракцією і правами, що надаються.

Відмінності інструментальної природи цінних паперів і сутності рухомих речей постають при їх порівнянні як об'єктів зовнішнього матеріального світу. Речі мають матеріально-речеву просторову форму і здатні задовольняти ті чи інші потреби людей за рахунок використання їх природних корисних властивостей. Цінні папери можуть і не набувати матеріально-речової просторової форми (бездокументарна форма випуску). Тоді вони забезпечують правовий інтерес до них властивостями суто юридичного характеру – як інструмент закріплення, посвідчення і забезпечення реалізації відповідного майнового права. В юридичній науці обґрунтовується точка зору що папір (документ) визнається цінним не з огляду на його природні властивості, а тому, що він підтверджує право його володільця на певні матеріальні блага (речі, гроші, дії третіх осіб, інші цінні папери) [28; С.137].

Права на рухомі та нерухомі речі найчастіше виникають на підставі договорів або односторонніх право-

чинів, але ніколи цивілістичні інструменти, що забезпечують виникнення прав на речі, не набувають характеру об'єктів цивільних прав. Щодо більшості рухомих речей, то сама річ визначає її фактичного володільця як власника. Адже чинне законодавство виходить з презумпції правомірності володіння річчю поки не доведено інше. Виключення складають нерухомі речі та речі, обмежені в обігу, реалізація прав на які потребує посвідчення правовстановлюючими документами.

Правовстановлюючі документи мають як спільні риси так і відмінності. Об'єднує їх те, що вони є інструментом посвідчення відповідних категорій майнових прав. Відмінності полягають в тому, що по-перше, правовстановлюючі документи, на відміну від документарних цінних паперів, не є оборотоздатними, а по-друге, кожна зміна власника відповідного об'єкта нерухомості викликає необхідність оформлення нових правовстановлюючих документів, що для цінних паперів, де законодавством встановлені відповідні особливості фіксації факту зміни уповноваженої особи (наприклад, шляхом здійснення індосаменту), не характерно [31; С. 137].

Споживча цінність речей заснована на їх природних (фізичних) властивостях, що забезпечують задоволення тих чи інших потреб людей. З огляду на це речі можуть бути повноцінними об'єктами речових прав, зокрема, основного з них – права власності. Специфіка права власності на цінні папери, як зазначає Яроцький В.Л., полягає в тому, що законодавче встановлення можливості набуття права власності на цінний папір (випущений як у документарній, так і бездокументарній формі) як правовий титул, що встановлює і підтверджує надалі відповідне майнове право, є прикладом використання правових фікцій у правовому регулюванні емісійно-посвідчувальних відносин. Фікція речі, встановлена щодо цінного паперу – документа, що посвідчує майнові та інші права, дає змогу додати заснованим на його оформленні і емісії правовим зв'язкам рис абсолютних правовідносин [31; С. 139].

Механізм здійснення права володіння і розпорядження цінними паперами практично збігається з порядком реалізації аналогічних правомочностей стосовно речей, а тому реалізується в межах абсолютних правовідносин. Однак здійснення права користування цінним папером неможливе без звернення права вимоги до емітента, а тому воно може бути реалізоване лише в межах відносних (зобов'язальних) правовідносин.

Крім того, завдяки встановленому законодавством тісному правовому зв'язку посвідченого цінним папером майнового права і власне документа як об'єкта речових прав власник набуває цілого ряду додаткових переваг, не характерних для зобов'язальних відносин. Їх реалізація забезпечується специфічним набором прийомів і способів правового регулювання, закріплених положеннями речового, зобов'язального права і спеціального законодавства про цінні папери, органічно поєднаних у межах їх єдиного правового режиму.

Значно відрізняються моменти виникнення права власності на цінний папір в документарній формі та річ. Крім того, фізична загибель речі завжди припиняє її існування як об'єкта права, тоді як права на втрачений (знищений) цінний папір у документарній формі можуть бути відновлені.

Вищезазначені положення ілюструють теоретичну необґрунтованість беззастережного віднесення цінних паперів до речей. Норми, що визначають правовий режим речей застосовуються до цінних паперів у випадках передбачених законодавством та з урахуванням особливостей дуалістичної (речової та зобов'язальної правової одночасно) правової природи цінних паперів.

У даному дослідженні авторкою було запропоновано аналіз діючої нормативно-правової бази та спеціальних юридичних досліджень в сфері визначення поняття та юридичної природи цінних паперів. Перспективи подальших досліджень окресленої проблематики пов'язані з дослідженням ознак цінного паперу, визначенням поняття сурогатів цінних паперів та внесенням пропозиції щодо удосконалення норм Закону України від 23.02.2006р. "Про цінні папери та фондовий ринок".

1. Агарков М.М. Основы банковского права: Курс лекций. Учение о ценных бумагах. Научное исследование. – М.: БЕК, 1994. – 350 с. 2. Алексеев М.Ю. Рынок ценных бумаг. – М.: Финансы и статистика, 1992. – 352 с. 3. Banking Terminology. – Wash., American Bankers Association. – 1989. р. 319. 4. Буренин А.Н. Введение в рынок ценных бумаг. – М.: ВНИИОЭНГ, 1992. – 48 с. 5. Гостюк В.І. Цивільно-правові договори з цінними паперами за законодавством України: Автореферат дис. к.ю.н. – К. – 2005. – 20с. 6. Доронин І.Г., Семилютіна Н.Г. Что нужно знать о ценных бумагах. – М.: Россия молодая, 1992. – 44 с. 7. Крылова М. Ценная бумага – вещь, документ или совокупность прав // Рынок ценных бумаг. – М. – 1997. – №2. – С.60 – 62. 8. Курс экономики / Под ред. Б.А. Райзберга. – М.: Инфра-М, 1997. – 720с. 9. Малая советская энциклопедия. – М.: Большая советская энциклопедия, 1958 – 1960. – С. 222. 10. Маркс К. Капитал. Критика политической экономики / Под ред. Ф. Энгельса. – М.: Политиздат, 1970. – С. 515-527. 11. Миркин Я.М. Рынок ценных бумаг. – Москва, 2002. – 87с. 12. Мурзин Д.В. Ценные бумаги – бестелесные вещи. Правовые проблемы современной теории ценных бумаг. – М., 1998. – 342 с. 13. Нерсисов Н.О. О бумагах на предъявителя с точки зрения гражданского права. – М. – 1889. – 194 с. 14. Никитин П.И. Основы политической экономики. 3-е изд. – М.: Мысль,

1964. – 407 с. 15. Остапенко В.В. Акционерное дело и ценные бумаги. – М.: Экономика, 1992. – 127 с. 16. Политическая экономия / Медведев В.А., Абалкин Л.И., Ожерельев О.И. и др. – М.: Политиздат, 1990. – 735 с. 17. Посполітак В.В. Правове визначення поняття цінні папери. Ознаки та класифікація цінних паперів // Юридичний журнал. – 2005. – №1. – С. 92–102. 18. Посполітак В.В. Правове регулювання цінних паперів в Україні: поняття та ознаки. Наукові записки. Т. 53. Юридичні науки. – 2006. – С. 87-92. 19. Райзберг Б.А., Лозовский Л.Ш., Стародубцева Е.Б. Современный экономический словарь. – М.: Инфра-М, 1996. – 480 с. 20. Решетина Е.Н. К вопросу о правовой природе бездокументарных ценных бумаг // Государство и право. – 1999. – №2. – С. 4–8. 21. Рынок ценных бумаг / Под ред. В.А. Галанова, А.И. Басова. – М.: Финансы и статистика, 1996. – 352с. 22. Саватье Р. Теория обязательств, юридический и экономический очерк. – М.: Прогресс, 1972. – С. 108. 23. Securities Market in Japan. – Tokyo, Japan Securities Research Institute. – р. 251. 24. Уильям Э. Батлер, Марианн Гаши Батлер Корпорации и ценные бумаги по праву России и США. – М.: Зерцало, 1997. – 127 с. 25. Финансово-экономический словарь. / Под ред. М.Г. Назарова. – М.: Финстатинформ, 1995. – 224 с. 26. Хикс Д.Р. Стоимость и капитал. Пер. с англ. / Общ. ред. и вступ. ст. Р.М. Енотова. М.: Прогресс, 1993. – 277 с. 27. Цивільне право України. Загальна частина: підручник за ред. О.В. Дзери – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 976с. 28. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. А.С. Довгента, Н.С. Кузнецової, В.В. Луця. – К.: Істина. – 2004. – 596 с. 29. Цінні папери: Збірка нормативних матеріалів та аналітичних статей / під ред. Нагорного А.М., Гуцалової К.М. – К.: Юстиніан, 2006. – 872 с. 30. Шершеневич Г.В. Курс торгового права. Т.2. Товар. Торговые сделки. – М.: Статут. – 2003. – 544 с. 31. Юрський В.Л. Цінні папери в механізмі правового регулювання майнових відносин (основи інструментальної концепції): Монографія. – Харків: Право, 2006. – 544 с. 32. World Bank Glossary. – Wash., The World Bank. – 1991. – р. 93.

Надійшла до редколегії 24.12.10

С. Марченко, канд. юрид. наук

ТЕНДЕНЦІЇ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТОВАРНОГО СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ВИРОБНИЦТВА В УКРАЇНІ

Зроблено загальний аналіз розвитку законодавства України в сфері товарного сільськогосподарського виробництва, виділено головні етапи в його нормативно-правовому регулюванні та основні тенденції розвитку, виявлені недоліки та запропоновані можливі шляхи вдосконалення чинного законодавства з питань товарного сільськогосподарського виробництва.

Ключові слова: *товарне сільськогосподарське виробництво, законодавство про товарне сільськогосподарське виробництво, сільськогосподарські товаровиробники, сільськогосподарська продукція, державна аграрна політика України.*

Проведен общий анализ развития законодательства в сфере товарного сельскохозяйственного производства, определены основные этапы в его нормативно-правовом регулировании и основные тенденции, выявлены недостатки и предлагаются возможные пути совершенствования существующего законодательства по вопросам сельскохозяйственного производства.

Ключевые слова: *товарное сельскохозяйственное производство, законодательство о товарном сельскохозяйственном производстве, сельскохозяйственные товаропроизводители, сельскохозяйственная продукция, государственная аграрная политика Украины.*

General analysis of the Ukrainian legislation development in the trade agricultural production sphere has been made; the main stages of its legal regulation and substantial tendencies of its development have been determined; legislation defects have been detected and possible ways of the current trade agricultural production legislation improvement have been suggested.

Key words: *trade agricultural production, trade agricultural production legislation, agricultural producers, agricultural products, Ukrainian state agricultural policy.*

У забезпеченні ефективного розвитку сільського господарства в сучасних умовах реформування земельних та аграрних відносин, інтеграційних процесів важливу роль відіграє аграрне та пов'язані з ним інші галузі національного законодавства.

Окремі питання ефективності аграрного законодавства досліджували в своїх працях Носік В.В., Погрібний О.О., Семчик В.І., Статівка А.М., Титова Н.І., Уркевич В.Ю., Янчук В.З. та інші вчені. Між тим, законодавство України в сфері товарного сільськогосподарського виробництва предметом спеціального дослідження не було.

В зв'язку з цим, залишається актуальним аналіз розвитку законодавства України в сфері товарного сільськогосподарського виробництва, виділення головних етапів в його нормативно-правовому регулюванні та основних тенденцій розвитку, виявлення недоліків та визначення можливих шляхів вдосконалення чинного законодавства з питань товарного сільськогосподарського виробництва.

Із здобуттям Україною незалежності законодавство, що регулює відносини в сфері господарської діяльності в АПК, розвивається досить динамічно. Так, на законодавчому рівні закріплено пріоритетність розвитку сільського господарства, визначено правове становище сільськогосподарських товаровиробників – колективних сільськогосподарських підприємств, фермерських господарств, сільськогосподарських кооперативів, особистих селянських господарств. Прийнято низку законодавчих актів, які регулюють порядок ведення сільськогосподарського виробництва в окремих галузях тваринництва (закони України "Про племінну справу в тваринництві"³, "Про бджільництво", "Про молоко і молочні продукти" тощо) та рослинництва (закони України "Про насіння і садивний матеріал", "Про державне регулювання виробництва та реалізації цукру", "Про виноград

³ В статті використано нормативно-правові акти з офіційного веб-сайту Верховної Ради України [Електронний ресурс] (код доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua>).

та виноградне вино" та ін.), виконання робіт та надання послуг в сфері сільськогосподарства (законодавство України "Про стимулювання розвитку вітчизняного машинобудування для агропромислового комплексу", "Про сільськогосподарську дорадчу діяльність", "Про систему інженерно-технічного забезпечення агропромислового комплексу України" та ін.).

Правові норми, що регулюють суспільні відносини в сфері товарного сільськогосподарського виробництва, знаходять своє вираження в нормативно-правових актах різного рівня, які мають чітко виражену специфіку, зумовлену особливостями сільськогосподарського виробництва, і складають "одну з підсистем аграрного законодавства, в якій є окремі компактні законодавчі комплекси, об'єднані цільовим призначенням" [1, с. 210].

Становлення національного аграрного законодавства про товарне сільськогосподарське виробництво пройшло ряд етапів, кожен з яких характеризується певними новаціями у правовому регулюванні.

Перший етап (1990-1992 роки) – розпочинається з прийняттям Закону Української РСР "Про пріоритетність соціального розвитку села та агропромислового комплексу в народному господарстві" від 17 жовтня 1990 р., який мав стати правовою основою для забезпечення пріоритетності соціального розвитку села та агропромислового комплексу. В ньому вперше на законодавчому рівні було закріплено основні засади товарного сільськогосподарського виробництва в Україні. Так, агропромисловим товаровиробникам гарантується самостійність у визначенні напрямку виробничої діяльності та право повної власності на свою продукцію, їм надається право на добровільне (на договірній основі) прийняття державного замовлення на продукцію чи на вільну торгівлю, крім випадків, передбачених законодавством. Подібні правові норми знайшли своє закріплення в законодавчих актах, якими було визначено правове становище сільськогосподарських товаровиробників – в законах України "Про підприємства в Україні" від 27 березня 1991 р., "Про господарські товариства" від 19 вересня 1991 р., "Про селянське (фермерське) господарство" від 20 грудня 1991 р., "Про колективне сільськогосподарське підприємство" від 14 лютого 1992 р.

В цей період було прийнято Земельний кодекс України, Закони України "Про власність" від 7 лютого 1991 р. та "Про форми власності на землю" від 30 січня 1992 р., якими визначено загальні засади використання землі та майна для ведення господарської діяльності, в тому числі і в сільському господарстві; законодавчо врегульовано порядок ведення підприємницької діяльності (Закон України "Про підприємництво" від 7 лютого 1991 р.) тощо.

Для цього етапу розвитку законодавства характерним є перехід до ринкових умов ведення товарного сільськогосподарського виробництва на основі приватизації землі та цілісних майнових комплексів. На думку М. В. Шульги, саме стан продовольчої безпеки виступав однією з передумов проведення земельної реформи [2, с.28]. Але, як зазначає П. Ф. Кулинич, поряд з позитивними результатами, реформування земельних відносин у сільському господарстві призвело й до негативних наслідків, зокрема до надмірного роздрібнення сільськогосподарського земельного фонду країни, що негативно позначилося як на розвитку сільськогосподарського виробництва, так і на якісному стані ґрунтів [3, с.15-16].

Незважаючи на проголошену незалежність України питання, безпосередньо пов'язані зі здійсненням діяльності в основних галузях сільського господарства – в сфері рослинництва і тваринництва, продовжували регулюватись законодавством УРСР. Сферою підзаконно-го правового регулювання залишалися питання збуту

сільськогосподарської продукції, ціноутворення, матеріально-технічного забезпечення тощо.

Принципи функціонування держави на той період виявилися не пристосованими до нових соціально-економічних умов і, врешті-решт, стали суттєвою перешкодою на шляху ринкових перетворень. Нехтуючи закріпленими на рівні законів гарантіями господарської діяльності, підзаконні нормативно-правові акти базувалися на застарілих командно-адміністративних принципах.

Започатковане реформування аграрного сектора економіки України об'єктивно супроводжувалось активним законотворчим процесом, спрямованим на правове поле перетворень. Як зазначає В.І. Семчик [4, с.76], у законодавчому плані виникла потреба у прийнятті ряду уніфікованих законів, спрямованих на інтеграцію правового регулювання аграрних відносин з метою побудови цілісної органічної системи внутрішньо комплексних нормативно-правових актів, наділених єдиним правовим змістом.

Другий етап розвитку законодавства в сфері товарного сільськогосподарського виробництва (з 1992 р. до 1999 р.) характеризується прийняттям інтегрованих (уніфікованих) законодавчих актів, які спрямовані на регулювання відносин в основних галузях сільського господарства – рослинництві та тваринництві. За предметом регулювання умовно можна виділити такі групи нормативно-правових актів, що стосуються товарного сільськогосподарського виробництва:

1) в сфері рослинництва: а) законодавство про селекцію, насінництво та розсадництво, основу якого складають Закони України "Про охорону прав на сорти рослин" від 21 квітня 1993 р., "Про насіння" від 15 грудня 1993 р.; б) законодавство про захист сільськогосподарських рослин (Закон України "Про карантин рослин" від 30 червня 1993 р.; Закон України "Про захист рослин" від 14 жовтня 1998 р.); в) законодавство про безпечність та якість сільськогосподарської продукції рослинного походження (Закон України "Про якість та безпеку харчових продуктів і продовольчої сировини" від 23 грудня 1997 р.); г) законодавство про меліорацію земель, захист ґрунтів від вітрової та водної ерозії (Закон України "Про пестициди і агрохімікати" від 2 березня 1995 р.).

2) в сфері тваринництва: а) законодавство про ветеринарну медицину (Закон України "Про ветеринарну медицину" від 25 червня 1992 р.); б) законодавство про розвиток племінної справи у тваринництві (Закон України "Про племінне тваринництво" від 15 грудня 1993 р.); в) законодавство про безпечність та якість сільськогосподарської продукції тваринного походження (Закон України "Про якість та безпеку харчових продуктів і продовольчої сировини" від 23 грудня 1997 р.).

Третій етап (умовно можна визначити з 1999 р. до 2002 р.) – започатковано прийняття законодавчих актів диференційованого характеру, спрямованих на регулювання відносин, що виникають в конкретній галузі сільськогосподарського виробництва. Зазначена тенденція розвитку законодавства збереглась дотепер.

В цей період почалися формуватись такі законодавчі інститути: 1) в рослинництві: а) законодавство про регулювання бурякоцукрового комплексу (Закон України "Про державне регулювання виробництва і реалізації цукру" від 17 червня 1999 р.); б) законодавство про регулювання виробництва олійних культур (Закон України "Про ставки вивізного (експортного) мита на насіння деяких видів олійних культур" від 10 вересня 1999 р.); в) законодавство про розвиток зернового господарства (Закон України "Про зерно та ринок зерна в Україні" від 4 липня 2002 р.); г) законодавство про розвиток садів-

ництва і виноградарства (Закон України "Про виноград та виноградне вино" від 16 червня 2005 р.);

2) в тваринництві: а) законодавство про розвиток бджільництва (Закон України "Про бджільництво" від 22 лютого 2000 р.); б) законодавство про розвиток рибництва (Закони України "Про рибу, інші водні живі ресурси та харчову продукцію з них" від 6 лютого 2003 р., "Про Загальнодержавну програму розвитку рибного господарства України на період до 2010 року" від 19 лютого 2004 р.).

Частково врегульовано суспільні відносини в галузі птахівництва, скотарства, вівчарства та конярства. Законодавство про розвиток інших галузей тваринництва знаходиться на стадії формування.

Четвертий етап (з 2002 р. до цього часу) – характеризується, поряд із збереженням диференційованого підходу до правового регулювання сільськогосподарського виробництва, активізацією законотворчого процесу в сфері гармонізації чинного аграрного законодавства до вимог Світової організації торгівлі та Європейського Союзу. Державна аграрна політика України, відповідно до Закону України "Про основні засади державної аграрної політики на період до 2015 року" базується на національних пріоритетах і враховує необхідність інтеграції України до Європейського Союзу та світового економічного простору.

З метою забезпечення виконання в Україні вимог директив Європейського Союзу та гармонізації стандартів і санітарних, екологічних, ветеринарних, фітосанітарних норм з міжнародними та європейськими вимогами на сільськогосподарську продукцію за даний період були прийняті наступні закони України: "Про охорону прав на сорти рослин" від 17 січня 2002 р., "Про карантин рослин" від 3 квітня 2003 р. в редакції Закону від 19 січня 2006 р.; "Про внесення змін до Закону України "Про ставки вивізних (експортних) мит на насіння деяких видів олійних культур" від 7 липня 2005 р.; "Про безпечність та якість харчових продуктів" в редакції Закону від 6 вересня 2005 р.; "Про внесення змін до Закону України "Про вивіз (експортне) мито на живу худобу та шкіряну сировину" від 16 листопада 2006 р.; "Про ветеринарну медицину" в редакції Закону від 16 листопада 2006 р. та ін.

Дослідження основних етапів становлення та розвитку законодавства про товарне сільськогосподарське виробництво дозволяють виділити такі його основні тенденції як, уніфікація правового регулювання товарного сільськогосподарського виробництва, диференціація законодавства про товарне сільськогосподарське виробництво, активізація законотворчого процесу в сфері гармонізації та адаптації чинного аграрного законодавства до вимог СОТ та ЄС.

Характерними особливостями нормативно-правових актів, що регулюють товарне сільськогосподарське виробництво, є:

1) *Збереження рекомендаційної нормотворчості*, зумовленої залежністю сільськогосподарського виробництва від природно-кліматичних умов, зональними особливостями ведення сільськогосподарського виробництва та підвищеним виробничим ризиком. Це дозволяє суб'єктам господарювання вільно реалізовувати господарську самостійність та підприємницьку ініціативу. Зокрема, велика кількість нормативних актів розробляється спільно з Українською Академією аграрних наук і містить науково обґрунтовані рекомендації щодо методів і способів господарювання.

2) Законодавство про товарне сільськогосподарське виробництво має *комплексний характер*. Відносини, які виникають в цій сфері господарювання, як правило, не

обмежуються лише аграрною сферою економіки. Це знаходить свій прояв у використанні правових норм, які одночасно є джерелами аграрного права та інших галузей права (господарського, цивільного, фінансового, земельного, екологічного тощо);

3) Цільова спрямованість товарного сільськогосподарського виробництва, використання в якості основного засобу виробництва землі та інших природних ресурсів зумовлюють *переважання в нормативно-правових актах публічно-правових методів правового регулювання* відносин в сільському господарстві. Зокрема, на сучасному етапі значно посилено державний ветеринарний контроль та нагляд, 80 відсотків змін в Законі України "Про ветеринарну медицину" відведено саме цьому питанню. В сфері сільськогосподарського виробництва окремі види господарської діяльності підлягають ліцензуванню. Крім ліцензування господарської діяльності в сільському господарстві застосовуються і інші заходи публічно-правового регулювання (патентування, державна атестація, сертифікація тощо);

4) Враховуючи вищезазначені риси законодавства у сфері товарного сільськогосподарського виробництва, зростає роль *норм процедурного характеру*, які визначають порядок ліцензування певних видів господарської діяльності в сільському господарстві, порядок проведення атестації виробників сільськогосподарської продукції, порядок проходження конкурсного відбору на виконання окремих державних програм та поставки продукції для державних потреб тощо;

5) Регулятивні норми законодавства у сфері товарного сільськогосподарського виробництва, які встановлюють певні права та обов'язки учасників правовідносин, майже не забезпечені *охоронними нормами*, що не сприяє неухильному дотриманню чинного законодавства. Наприклад, недотримання сільськогосподарськими товаровиробниками Плану породного районування бджіл не тягне ніякої відповідальності. Розділи законодавчих актів, присвячені відповідальності за порушення законодавства з питань насінництва та розсадництва (Розділ 7, ст. 35 Закону України "Про насіння і садивний матеріал"), зернового виробництва (Розділ 12, ст. 82 Закону України "Про зерно та ринок зерна"), ветеринарно-санітарного та епізоотичного благополуччя (Розділ 15, ст. 104 Закону України "Про ветеринарну медицину"), безпечності та якості сільськогосподарської продукції (Розділ 10, ст. 59 Закону України "Про безпечність та якість харчових продуктів") мають надто загальний характер, а отже, зможуть мінімально впливати на формування належної правосвідомості у відповідних суб'єктів;

6) Враховуючи особливості сільськогосподарського виробництва як специфічного виробничого процесу, законодавство у сфері господарської діяльності в АПК характеризується наявністю *великої кількості норм технічного характеру*, які стосуються технології вирощування сільськогосподарських культур (удосконалення землекористування, оптимізація структури посівних площ, освоєння науково-обґрунтованих сівозмін, вибір кращих попередників та ін.), виробництва продукції тваринництва, рибного господарства та лісового господарства. Виробництво сільськогосподарської продукції пов'язано з дотриманням норм державних стандартів та технічних умов (ТУ). Невідповідність вітчизняних державних стандартів європейським є однією з основних причин гальмування експорту сільськогосподарської продукції до країн Європейського Союзу. При цьому, переважна більшість державних стандартів та технічних умов приймалась ще за часів Радянського Союзу.

7) Дослідження нормативно-правового регулювання у цій сфері дозволяє констатувати, що регламентація

відносин щодо товарного сільськогосподарського виробництва здійснюється сьогодні за допомогою різних за формою законодавчих та підзаконних актів. При цьому, для законодавства про товарне сільськогосподарське виробництво характерним є *відсутність єдиного комплексного нормативно-правового акту*, який би визначав поняття товарного сільськогосподарського виробництва, його зміст, коло об'єктів та суб'єктів правовідносин, що виникають, види товарного сільськогосподарського виробництва та особливості їх ведення.

В сучасних умовах кодифікація аграрного законодавства є однією з тенденцій розвитку та вдосконалення чинного законодавства. Як зазначає Носік В.В. [5, с. 18] в сучасних умовах існує об'єктивна потреба систематизації і кодифікації прийнятих законодавчих та інших нормативно-правових актів з питань сільського господарства та інших галузей агропромислового комплексу, оскільки: чинне аграрне законодавство України має низьку ефективність; прийняті закони та інші законодавчі акти потребують узгодження з Конституцією України; вступ до СОТ зобов'язує узгодити принципи, норми, стандарти у сфері регулювання аграрних відносин з урахуванням вимог щодо адаптації аграрного законодавства до системи Європейського права; велике коло суспільних відносин у сільському господарстві та інших галузях АПК регулюються указами Президента України; правові норми багатьох законів мають декларативний і бланкетний характер і тому не виконуються на практиці; аграрно-правові норми вміщено у загальних законах щодо власності, приватизації, оподаткування тощо; у структурі аграрного законодавства велика кількість відомчих нормативно-правових актів; прийняття Закону України "Про основні засади державної

аграрної політики на період до 2015 року" зумовлює необхідність розробки нових підходів до законодавчого забезпечення реалізації такої політики у майбутньому.

Погоджуючись в цілому з думкою про необхідність прийняття кодифікованого акта у формі Аграрного кодексу, окремим розділом якого має регламентуватись товарне сільськогосподарське виробництво, необхідно зазначити, що на сучасному етапі розвитку аграрних відносин доцільним є розробка та прийняття Закону про товарне сільськогосподарське виробництво, який би забезпечував створення правових умов для реалізації суб'єктивного права громадян на ведення товарного сільськогосподарського виробництва, на працю та вибір професії, роду трудової діяльності в сільському господарстві, гарантування безпечності сільськогосподарської продукції, раціональне та ефективне використання земель сільськогосподарського призначення та інших природних ресурсів.

1. Павлович З. А. Проблеми розвитку законодавства про агропромисловий комплекс України / Здислав Антонович Павлович // Аграрне законодавство України : проблеми ефективності / За ред. В. І. Семчика. – К. : Наук. думка, 1998. – С. 197–224. 2. Шульга М. В. Актуальные правовые проблемы земельных отношений в современных условиях / Михаил Васильевич Шульга. – Х. : Консум, 1998. – 224 с. 3. Кулинич П. Ф. Консолідація сільськогосподарських земель України : правові питання / П. Ф. Кулинич // Проблеми вдосконалення земельного та аграрного законодавства України: перспективи в ХХІ ст. : мат. міжн. наук. конф. – Біла Церква, 2006. – С. 15–16. 4. Семчик В. І. Джерела аграрного права / Семчик В. І. // Аграрне право України : підручник / за ред. О. О. Погрібного. – К. : Істина, 2006. – С. 72–86. 5. Носік В. В. Проблеми кодифікації аграрного законодавства України / В. В. Носік // Проблеми вдосконалення земельного та аграрного законодавства України : перспективи в 21 ст. : мат. Міжн. наук. конф. – Біла Церква, 2006. – С. 17–19.

Надійшла до редколегії 24.12.10

УДК 347.732

В. Рєзнікова, канд. юрид. наук, доц.

ДЕРЖАВНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПОСЕРЕДНИЦТВА В СФЕРІ ГОСПОДАРЮВАННЯ

Статтю присвячено проблемам державного регулювання посередництва в сфері господарювання. Визначено поняття державного регулювання посередницької діяльності в сфері господарювання, основні засоби регулюючого впливу держави на посередницьку діяльність. Особливу увагу приділено питанням ліцензійного режиму провадження окремих видів посередницької діяльності, визначення напрямків вдосконалення державного регулювання посередницької діяльності, інституту саморегулювання діяльності посередників, а також державному контролю за господарською діяльністю посередників.

Ключові слова: посередництво, посередницька діяльність, державне регулювання посередництва, ліцензування посередництва, державно-правовий вплив на посередницьку діяльність, державний контроль за діяльністю посередників, саморегулювання діяльності посередників.

Стаття посвящена проблемам государственного регулирования посредничества в сфере хозяйствования. Определено понятие государственного регулирования посреднической деятельности в сфере хозяйствования, основные средства регулирующего влияния государства на посредническую деятельность. Особое внимание уделено вопросам лицензионного режима ведения отдельных видов посреднической деятельности, определению направлений усовершенствования государственного регулирования посреднической деятельности, институту саморегулирования деятельности посредников, а также государственному контролю над хозяйственной деятельностью посредников.

Ключевые слова: посредничество, посредническая деятельность, государственное регулирование посредничества, лицензирование посредничества, государственно-правовое влияние на посредническую деятельность, государственный контроль за деятельностью посредников, саморегулирование деятельности посредников.

This article is dedicated to problems of state regulation of mediation in economical field. Notion of state regulation of mediation in economical field has been determined, as well as notion of main means of regulation influence of state on economical activity. Special attention has been given to issues of license regime for conducting of certain kinds of mediation activity, issues of determination of direction of improvement of state regulation of mediation activity, issues of institution of self-regulation of mediators' activity, as well as state control on economical activity of mediators.

Key words: mediation, mediation activity, state regulation of mediation, licensing of mediation, state and legal influence on mediation activity, state control on activity of mediators, self-regulation of activity of mediators.

Ефективність здійснення посередницької діяльності в сфері господарювання досить часто залежить не тільки від здібностей та фінансових можливостей підприємців – посередників, а й від ефективної діяльності органів законодавчої і виконавчої влади всіх рівнів, від належного законодавчого і нормативно-правового забезпечення діяльності суб'єктів господарювання – посередників. Цілями державного регулювання ринку по-

середницьких послуг є: проведення єдиної та ефективної державної політики в сфері посередницьких послуг; захист інтересів осіб, що є споживачами посередницьких послуг (замовниками, послугоотримувачами); створення сприятливих умов для створення та функціонування ринку посередницьких послуг; забезпечення рівних можливостей для доступу на ринок посередницьких послуг, а також захисту прав учасників цього ринку;

додержання учасниками ринку посередницьких послуг вимог законодавства та нормативних актів; запобігання монополізації та створення умов учасниками розвитку добросовісної конкуренції на ринку посередницьких послуг; контроль за прозорістю та відкритістю ринку посередницьких послуг; сприяння ознайомленню з досвідом правового регулювання та організації ринку посередницьких послуг в Європі та в світі. Практика правового регулювання посередницької діяльності вказує на необхідність глибокого розуміння і всебічного врахування всього нового, що відбувається сьогодні як в нашій державі, так і за її межами. Це стосується як правових засад здійснення посередницької діяльності в сфері господарювання взагалі, так і діяльності посередників в окремих сферах господарювання (в сфері туризму, страхування, на товарній біржі, на ринку цінних паперів тощо).

Питанню державного регулювання господарської діяльності присвячено праці таких авторів, як: Т.Кравцова, О.Рябченко, А.Бейкун, В.Красовська, С.Н.Ревина, Е.Е.Бекірова та ін. В той же час не є дослідженим питання спеціального державного регулювання посередницької діяльності як специфічного різновиду господарської діяльності.

Метою даної публікації є висвітлення питань саме спеціального державного регулювання посередництва в сфері господарювання, в т.ч. ліцензування окремих видів посередницької діяльності.

Державне регулювання – це система заходів законодавчого, виконавчого та контролюючого характеру, які здійснюють органи та суспільні організації, яким законодавством надано повноваження з питань розвитку економіки з метою стабілізації і підтримки пріоритетних напрямів економічної (господарської) діяльності та створення сприятливих умов для розвитку господарського комплексу, тобто це вплив державних органів або посадових осіб за допомогою системи правових заходів на юридичних та фізичних осіб, які мають статус суб'єктів господарювання, щодо вирішення суспільних потреб, проблем господарського життя країни в цілому, задоволення публічних інтересів. *Предметом державного регулювання* є відносини між державними органами або посадовими особами і суб'єктами господарювання, завдяки яким і через які формуються державно-управлінські впливи. З наведеного визначення державного регулювання вбачається, що тільки на законодавчому рівні державні органи в межах встановлених законом повноважень можуть забезпечити економічну стабільність в Україні. Ці заходи в основному полягають в підвищенні ефективності державного регулювання та державного управління. Із розвитком ринкових відносин змінюється характер державного управління. Зміцнення державності, розвиток господарської (в т.ч. і посередницької) діяльності в Україні неможливе без створення оптимальної системи державного управління. Функції державного управління показують як, яким способом, у процесі яких взаємозв'язків із суспільством держава їх здійснює. Щодо співвідношення понять "державне регулювання" та "державне управління", слід відмітити, що вони тісно пов'язані між собою, тобто державне регулювання залежить від характеру державного управління і змінюється із розвитком ринкових відносин. Результативність державного регулювання залежить, насамперед, від дієвості державного управління, в основу якого покладено чіткий розподіл повноважень і відповідальності між органами влади і управління.

Державна регуляторна політика в сфері господарської діяльності – це напрям державної політики, спрямований на вдосконалення правового регулювання господарських відносин, а також адміністративних від-

носин між регуляторними органами та іншими органами державної влади та суб'єктами господарювання, недопущення прийняття економічно недоцільних і неефективних регуляторних актів, зменшення втручання держави у діяльність суб'єктів господарювання й усунення перешкод для розвитку господарської діяльності в межах, у порядку та у спосіб, визначених Конституцією України і законами України. Державне регулювання господарської діяльності є напрямом державної політики, спрямованим на вдосконалення правового регулювання господарських відносин, а також адміністративних відносин між регуляторними органами або іншими органами державної влади та суб'єктами господарювання, недопущення прийняття економічно недоцільних і неефективних регуляторних актів, зменшення втручання держави у діяльність суб'єктів господарювання та усунення перешкод для розвитку господарської діяльності, що здійснюється в межах, у порядку та способом, встановленим Конституцією та законами України. Державне регулювання як елемент державного впливу на підприємництво реалізується використанням регулятивних повноважень, наданих відповідним державним органам. Така діяльність здійснюється за допомогою системи правових засобів регулятивного, нормативно-організаційного впливу на суб'єктів господарювання. Своєрідністю такого регулювання є те, що воно має цілеспрямований, організований, результативний характер. Державне регулювання посередницької діяльності є діяльністю держави в особі її органів, спрямованою на забезпечення публічних інтересів шляхом використання засобів взаємодії у регулюванні посередницьких правовідносин. Підставою державного регулювання посередництва є необхідність забезпечення реалізації й охорони публічних (державних і суспільних) інтересів, а також державного контролю над процесом підготовки регуляторних актів і відстеження діючих державних регулювань як в органах виконавчої влади, так і в інших органах державної влади. *Державне регулювання посередницької діяльності* – це шляхи впливу держави на процес господарювання суб'єктів посередницьких правовідносин за допомогою правових норм. *Державне регулювання посередницької діяльності в сфері господарювання* – це також здійснення державою комплексних заходів щодо впорядкування, контролю, нагляду за посередницькою діяльністю у сфері господарювання та запобігання зловживанням і порушенням у цій сфері. Для досягнення зазначених результатів держава застосовує різноманітні засоби і механізми регулювання. *Основними засобами регулюючого впливу держави на посередницьку діяльність* є: 1) *засоби тарифного регулювання*, – до них належать регулювання цін і тарифів, встановлення різних видів мит, зборів та інших загальнообов'язкових платежів, надання інвестиційних, податкових та інших пільг, дотацій, компенсацій, встановлення штрафних санкцій за порушення правил здійснення посередницької діяльності, особливо в сфері зовнішньоекономічного господарювання; 2) *засоби нетарифного регулювання*, яким охоплюється комплекс таких засобів, як ліцензування, патентування, сертифікація, стандартизація, застосування нормативів та лімітів, встановлення індикативних цін тощо. *Основними важелями правового регулювання*, що використовуються державою у сфері господарювання, є: 1) *дозвіл* – надання суб'єктам господарювання права здійснювати певні особисті активні дії; 2) *заборона* – покладення на учасників господарювання обов'язку утримуватися від здійснення певних дій, визначених правовими нормами; 3) *позитивне стимулювання* – покладання на суб'єктів господарської діяльності обов'язку до активної поведін-

ки. Для визначення оптимального рівня правових засобів щодо правового регулювання господарських відносин законодавець, по-перше, обирає правові стимули та обмеження, які придатні для регулювання існуючих суспільних відносин в сфері господарювання; по-друге, спрямовує їх вплив на дії суб'єктів господарювання з метою їх перетворення на правомірну, соціально та економічно корисну поведінку; по-третє, не поширює регулюючий вплив господарсько-правових стимулів та обмежень на суспільні відносини, які знаходяться поза сферою дії господарського права. Оптимальна міра ефективності правових стимулів – максимально можлива в певних умовах реалізація правомірно правомірних інтересів найбільшої кількості суб'єктів господарювання. Оптимальна міра дієвості правових обмежень – максимально можливе утримання господарюючих суб'єктів від протиправних дій. В сучасній системі господарського права України склався доволі стійкий обмежувачий тип правового регулювання господарських відносин. Як правові засоби у цьому типі правового регулювання переважають на сьогодні обов'язки, заборони та державний примус. Шляхи перебудови правового регулювання посередництва в сфері господарювання, як і господарських відносин в цілому, мають бути спрямовані на правові стимули, на функцію розвитку сфери господарювання, оскільки ця функція може забезпечити поступовий розвиток економіки країни.

Правовий режим провадження посередницької діяльності – це правова форма, що характеризує процес правового регулювання посередницької діяльності в сфері господарювання і є комплексом правових засобів, якими забезпечується порядок динаміки посередницьких правовідносин у часі й просторі та визначаються напрями цього регулювання. *Зміст ліцензійного режиму провадження певних видів посередницької діяльності* полягає в тому, що: суб'єкти господарювання зобов'язані одержати ліцензію для здійснення окремих видів посередницької діяльності; тільки з моменту одержання такої ліцензії вони мають право здійснювати певний вид посередницької діяльності; конкретний перелік видів такої діяльності визначається ліцензією; на суб'єкта господарювання – посередника покладається обов'язок дотримуватися ліцензійних умов, а також виконувати інші обов'язки, переважно публічно-правового характеру. Основу правового режиму ліцензування складає дозвільний тип правового регулювання, який можна визначити як умовний тому, що: по-перше, правомочності можуть бути надані за умови, що суб'єкт (ліцензіат) має відповідну правоздатність; по-друге, ліцензіат зобов'язаний дотримуватися численних ліцензійних вимог та умов. Правовий режим ліцензування характеризується диспозитивністю правоволодіння, імперативністю право реалізації, поєднання цих методів при припинення діяльності у межах спеціального правового статусу суб'єкта ліцензійної діяльності. Ліцензуванню підлягають ті види посередницької діяльності, у стимулюванні розвитку яких зацікавлена держава (посередництво у працевлаштуванні за кордоном, митне посередництво, туристичне посередництво та ін.). Воно здійснюється з метою попередження можливих правопорушень, об'єктивно протиправних діянь і запобігання суспільно небезпечних дій через причини об'єктивного характеру. Ліцензій є важливим засобом управлінського впливу, індивідуальним регулятором суспільно значимої поведінки суб'єктів господарювання у сфері посередницької діяльності. *Ліцензування посередницької діяльності* – це діяльність уповноважених державою органів щодо надання у встановленому порядку суб'єктам господарювання дозволу на здійснення за певних

умов, передбачених законодавчими актами, видів посередницької діяльності. Основними причинами та цілями ліцензування окремих видів посередницької діяльності є: державний облік суб'єктів, які здійснюють певний вид посередницької діяльності, захист інтересів громадян і безпеки держави, інтересів суспільства в цілому, забезпечення державного контролю за здійсненням такої діяльності. Термін "ліцензія" в контексті ліцензування окремих видів посередницької діяльності означає документ дозвільного характеру державного зразка, що видається уповноваженим державою органом та засвідчує право суб'єкта господарювання на провадження зазначеного в ньому виду посередницької діяльності протягом визначеного строку за умови виконання ліцензійних умов. Система ліцензування посередницької діяльності в Україні перебуває в стадії становлення. Закладаються її законодавчі основи, нормативна база, продовжується формування системи органів, що здійснюють ліцензування окремих видів посередницької діяльності. Чинний Закон України від 1.06.2000 р. "Про ліцензування певних видів господарської діяльності", хоча і створив правову базу для ліцензування, проте не позбавлений деяких правових прогалин, що стримують розвиток ліцензування окремих видів посередницької діяльності. Одним з найбільш дискусійних питань в науці господарського права щодо видів діяльності, що ліцензуються, є визначення критеріїв, відповідно до яких той чи інший вид господарської діяльності підлягає ліцензуванню [1, 119-120]. Зараз в Україні критерії для віднесення того чи іншого виду діяльності до числа таких, що ліцензуються, не визначені на законодавчому рівні. Це є однією з істотних прогалин Закону України від 1.06.2000 р. "Про ліцензування певних видів господарської діяльності", оскільки не визначені ті параметри діяльності, що мають бути визначальними при доповненні або зміні переліку видів діяльності, що підлягають ліцензуванню, під час дії закону. Це означає, що цей перелік може бути підданий зміні довільно, за ініціативою та волевиявленням відповідного органу державної влади, без реального урахування необхідності захисту публічних інтересів, в силу конкретної заінтересованості того або іншого міністерства або відомства в одержанні права надавати ліцензії. Внесення до переліку, встановленого у ст.9 Закону України від 1.06.2000 р. "Про ліцензування певних видів господарської діяльності", нових видів діяльності, що підлягають ліцензуванню, а також вилучення з цього переліку конкретного виду діяльності повинні здійснюватися при дотриманні правових критеріїв, зазначених у законі. У Закону України від 1.06.2000 р. "Про ліцензування певних видів господарської діяльності" при визначенні видів діяльності, що підлягають ліцензуванню, слід виходити з двох юридичних критеріїв, якими повинні керуватися органи державної влади при визначенні видів діяльності, що підлягають ліцензуванню. Одним критерієм є потенційна шкідливість здійснення діяльності, що ліцензується. Другий критерій означає врахування можливості альтернативи ліцензуванню у вигляді інших засобів регулювання економіки. На сьогодні господарським законодавством не вироблені відповідно й *критерії віднесення видів посередницької діяльності до таких, що потребують ліцензування*, що призводять до різноманітних суперечок між державними органами та суб'єктами підприємництва в процесі ліцензування посередницької діяльності. Аналіз чинних нормативних актів господарського законодавства і юридичної літератури надає можливість віднести до ліцензованих ті види посередницької діяльності, які мають такі *ознаки*: небезпечність діяльності для необмеженого кола осіб, які безпосере-

дньо не беруть участі в її здійсненні; надзвичайна прибутковість діяльності, у зв'язку з чим щодо неї здійснюється оподаткування за підвищеними ставками, і це потребує особливого контролю та нагляду з боку державних органів; діяльність пов'язана із задоволенням невід'ємних потреб населення, діяльність пов'язана з використанням вичерпних природних ресурсів або ресурсів, які мають стратегічне значення для держави; діяльність, до якої залучається необмежене коло учасників, і пов'язана вона зі значними витратами ресурсів. В літературі мають місце спроби провести поділ ліцензування на ведення діяльності і здійснення дії (у тому числі й угоди) [3, 29]. З точки хору ліцензування посередництва цей поділ означає здійснення окремо ліцензування ведення посередницької діяльності та здійснення ліцензування окремих посередницьких дій (юридичних та/або фактичних). Г.В.Мельничук виділяє як ознаку об'єкта ліцензування – визначеність виду діяльності, що означає кількаразове (повторне) здійснення конкретних юридичних і фактичних дій. Ця ознака, на думку вченого, є конститутивною для ліцензування. При цьому не має значення, чи здійснюється діяльність, що належить до такої, яка ліцензується, з метою задоволення власних потреб або як підприємницької діяльності [2, 25]. В той же час, висловлений науковий підхід видається необґрунтованим та позбавленим ознак практичної доцільності. *Вид посередницької діяльності, що підлягає ліцензуванню* – це вид посередницької діяльності, для здійснення якого на території України необхідне одержання ліцензії відповідно до закону. *Види посередницької діяльності, що підлягають ліцензуванню* можна умовно поділити на *три групи*. До *першої групи* належать ті види посередницької діяльності, що прямо зазначені в ст.9 Закону України від 1.06.2000 р. "Про ліцензування певних видів господарської діяльності", а саме – посередництво діяльності митного брокера і митного перевізника, посередництво у працевлаштуванні за кордоном, посередництво діяльності туристичного оператора та туристичного агента й ін. До *другої групи* – види посередницької діяльності, що підлягають ліцензуванню й також зазначені в ст.9 Закону України від 1.06.2000р. "Про ліцензування певних видів господарської діяльності", однак вони не визначені як посередницькі, але можуть носити посередницький характер за певних умов. До них, зокрема, можна віднести: посередницьку діяльність в процесі оптової та роздрібною торгівлі ветеринарними медикаментами і препаратами; торговельне посередництво при оптовій та роздрібній торгівлі лікарськими засобами; посередництво в торгівлі піротехнічними засобами; посередництво в оптовій та роздрібній торгівлі пестицидами й агрохімікатами; посередництво в торгівлі насінням та ін. До *третьої групи* – види посередницької діяльності, що підлягають ліцензуванню відповідно до інших спеціальних законів. Це посередництво в сфері фінансових послуг, зовнішньоекономічної діяльності, освіти, електроенергетики, інтелектуальної власності, а також посередництво в торгівлі спиртом, алкогольними напоями та тютюновими виробами. *Процедура ліцензування посередницької діяльності* – це процедура публічного посвідчення компетентним органом ліцензування прав суб'єкта господарювання – посередника, який є здобувачем ліцензії, здійснювати конкретний вид посередницької діяльності. Ця процедура, за загальним правилом, відповідно до Закону України від 1.06.2000 р. "Про ліцензування певних видів господарської діяльності" має дозвільний характер. Учасниками процедури ліцензування є суб'єкт господарювання (спочатку як здобувач ліцензії, а потім як ліцензіат), а також орган ліцензуван-

ня. Ця процедура складається з таких послідовних обов'язкових стадій: звернення суб'єкта господарювання з заявою про видачу ліцензії; розгляд заяви і прийняття органом ліцензування рішення про видачу ліцензії або про відмову в її видачі; видача ліцензії. Правова сутність процедури ліцензування певних видів посередницької діяльності полягає в посвідченні компетентним органом ліцензування права суб'єкта господарювання, що є спочатку здобувачем ліцензії, а потім ліцензіатом, здійснювати конкретних вид посередницької діяльності. Контроль за провадженням суб'єктами господарювання ліцензованої посередницької діяльності здійснюється шляхом проведення планових і позапланових перевірок. Планові перевірки дотримання ліцензіатом ліцензійних умов провадження того чи іншого виду посередницької діяльності проводяться не частіше одного разу на рік. Позапланові перевірки здійснюють органи ліцензування або спеціально уповноважений орган з питань ліцензування лише на підставі надходження до них у письмовій формі заяви (повідомлення) про порушення ліцензіатом ліцензійних умов з метою перевірки виконання розпоряджень про усунення порушень ліцензійних умов. На сьогоднішній день питання відповідальності за порушення законодавства у сфері ліцензування суб'єктів господарювання – посередників вирішується дуже суперечливо, і, перш за все тому, що в Законі України від 1.06.2000 р. "Про ліцензування певних видів господарської діяльності" регулювання такої відповідальності здійснено лише в загальних рисах, без необхідної конкретизації.

Окремої уваги потребують питання визначення напрямків вдосконалення державного регулювання посередницької діяльності в Україні. Так, сьогодні постає питання, чи всі важелі державного регулювання економіки задіяні повною мірою та ефективно використовуються для становлення та розвитку посередницької діяльності, а також для сталого соціально-економічного розвитку країни в цілому. На жаль, сьогодні не є можливим дати на це питання стверджувальну відповідь. Пріоритетними напрямками вдосконалення державного регулювання господарської діяльності в сучасних умовах є: розвиток малого та середнього бізнесу, гарантування недоторканості майна, вдосконалення податкової системи та законодавчої бази. Законодавча база України (нормативно-правове регулювання як підприємництва загалом, так і посередництва зокрема) є недостатньою правовою основою для зміцнення економічної безпеки. Правові засади та механізми забезпечення економічної безпеки підприємництва не передбачені у жодному з державних, регіональних чи місцевих стратегічних програмних документів. Забезпечення сприятливої для розвитку посередництва у сфері господарювання нормативно-правової бази є основною функцією держави в умовах ринкової економіки. Недосконалість законодавства є основною перешкодою України виходу на світовий ринок товарів і послуг, а також розвитку малого та середнього бізнесу. Недосконалість нормативно-правової бази з питань регулювання посередництва в сфері господарювання, недостатність, а, в переважній більшості випадків, і відсутність відповідних правових норм щодо посередництва як виду господарської діяльності, посередницького договору тощо, зумовлюють з огляду на сферу дії посередництва (господарський оборот) зростання ролі звичаїв ділового обороту як ненормативного джерела господарського права, що може справляти безпосередній вплив на регулювання відносин посередництва, на укладення посередницьких договорів тощо. Оскільки розвиток та поступове вдосконалення господарського законодавства обумовлені тими якісно новими процесами, які відбуваються у полі-

тичному і правовому життю України, і знаходять свій прояв у демократизації всіх сфер суспільного життя, а також приведення законодавчої бази у відповідність зі стандартами, визнаними на міжнародному рівні. У ч.1 ст.7 ЦКУ закріплене нормативне визначення звичаю як правила поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин. Однак нормативного визначення поняття звичаю ділового обороту чинне законодавство не містить, обмежуючись лише формулюванням загального визначення звичаю. В той же час, у правовій доктрині звичай ділового обороту тлумачиться як одноманітне усталене правило поведінки в підприємницькій діяльності. Існує також інша позиція щодо тлумачення даного терміну як правила поведінки, яке не встановлене актами цивільного та/або господарського законодавства, але є усталеним у сфері ділового обороту. Врахування звичаїв ділового обороту має місце при тлумаченні таких оціночних понять, як: "розумний строк", "вимоги, що звичайно ставляться", "звичайна ціна" та ін. Традиційно найпоширенішими звичаями ділового обороту є звичаї в торговельному посередництві, в сфері фінансів, в т.ч. в розрахункових операціях, торговельному мореплавстві тощо. На сучасному етапі в регулюванні господарсько-правових відносин посередництва звичаї ділового обороту переважають у зв'язку з відсутністю належного нормативно-правового врегулювання зазначених відносин (відсутні не лише спеціальні правила здійснення посередницької діяльності, але й нормативне визначення понять посередництва, посередницької діяльності, посередницького правовідношення, посередницького договору, посередника тощо). Варто звернути увагу на те, що застосування звичаю з метою задоволення потреб практики господарювання, заповнення прогалин нормативно правового врегулювання посередництва в сфері господарювання, передбачене у судовій практиці. Так, суддя може, спираючись на положення, закріплене у ст.7 ЦКУ, використовувати звичай при вирішенні конкретного господарського спору, у випадку наявності прогалин у господарському праві. Разом з тим існують певні проблеми з реалізацією цього положення на практиці. Така ситуація обумовлена, по-перше, тим, що, застосування звичаїв ділового обороту для регулювання посередницьких відносин в сфері господарювання потребує високої правової та загальної культури всіх учасників відповідних відносин; по-друге, необхідним є приведення норм господарського процесу у відповідність до положень матеріального права, яке містить посилання на можливість застосування звичаїв, зокрема, звичаїв ділового обороту; по-третє, закріплення можливості застосування звичаю на законодавчому рівні відбулося порівняно нещодавно і потрібен час для засвоєння цього положення з метою його застосування на практиці. Існування звичаїв ділового обороту об'єктивно зумовлене як динамічним розвитком у суспільстві товарно-грошових відносин загалом, так і стрімким розвитком відносин посередництва в сфері господарювання зокрема, помітним відставанням законодавчої бази в цьому аспекті від реальних потреб практики господарювання, а подекуди і неможливістю врегулювання на законодавчому рівні всіх можливих шляхів поведінки учасників приватноправових відносин. За таких умов звичаю ділового обороту належить провідна роль у заповненні існуючих прогалин у законодавстві. Разом з тим загальні правові засади щодо інституту посередництва, як видається, мають бути встановленими саме на законодавчому рівні (наприклад, в рамках окремої глави ГКУ).

Саме законодавство та контроль є основними сторонами державного регулювання посередництва і сфері господарювання. Закони та правила мають винятково важливе значення для нормального функціонування вітчизняної сфери господарювання. Але необхідно підкреслити, що закони по своїй суті ефективними є лише тоді, коли вони виконуються. А для цього потрібен *контроль*.

Зауважмо, що здійснення державою комплексних заходів щодо забезпечення належного контролю за господарською діяльністю посередників на різноманітних ринках (товарному, фінансовому ринках, ринку праці), а також запобігання зловживанням і правопорушенням у цій сфері – покладено в основу державного регулювання вітчизняної сфери господарювання. Державна політика стосовно ефективного регулювання господарської діяльності професійних посередників в сфері господарювання повинна базуватися на таких засадах: 1) соціальна підтримка курсу ринкових реформ; 2) забезпечення соціальної стабільності в суспільстві; 3) відновлення довіри населення до держави як гаранта його добробуту тощо. Загалом, контроль (франц. *controle* – перевірка, від старофранцузького *contre-role* – список, що має дублікат для перевірки) – це перевірка виконання законів, рішень тощо. Є однією з найважливіших функцій державного управління. За об'єктами, суб'єктами і сферами поділяється на державний, відомчий, надвідомчий, виробничий та інші види контролю.

В сучасних умовах одним з напрямів вдосконалення державного контролю за господарською діяльністю посередників у сфері господарювання є розвиток інституту саморегулювання діяльності посередників на відповідних ринках (на ринку нерухомості, на страховому ринку, на ринку цінних паперів тощо). У зв'язку з цим розвиток саморегулюваних організацій посередників в Україні необхідно спрямувати в першу чергу на забезпечення додаткового контролю за діяльністю своїх членів. Основною підставою для надання об'єднанням професійним посередникам статусу саморегулюваних організацій, відповідно до чинного законодавства, повинна бути здатність забезпечити ефективний контроль за діяльністю своїх членів. Діяльність саморегулюваних організацій посередників у відповідних сферах (туризму, реклами, зовнішньоекономічної діяльності, страхування тощо) повинна здійснюватися у тісному співробітництві та під загальним наглядом відповідного державного органу (наприклад, на ринку цінних паперів – Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку). Разом з тим законодавче закріплення функціонування однієї саморегулювальної організації з кожного виду професійної посередницької діяльності (митного посередництва, ріелторської та/або девелоперської діяльності, діяльності з посередництва у працевлаштуванні за кордоном тощо) буде дещо обмежувати встановлене чинним законодавством право підприємств на добровільних засадах об'єднувати свою виробничу, наукову та інші види діяльності, а також суперечити самому поняттю саморегулюваних організацій в частині добровільного створення таких об'єднань.

До напрямків удосконалення державного контролю за діяльністю посередників в сфері господарювання також варто віднести: визначення повноважень держави в цілому та їх розподіл між державними органами виконавчої влади; незалежність органів виконавчої влади з регулювання; незалежність органів виконавчої влади з регулювання різних ринку (товарного, фінансового ринків, ринку праці) від політичного тиску та незаконного втручання окремих зацікавлених груп; послідовність регулювання та координація діяльності окремих органів виконавчої влади; відповідність працівників ор-

ганів виконавчої влади з регулювання сегменту відповідного ринку (товарного, фінансового ринків, ринку праці) високим професійним стандартам. Визначення повноважень держави має бути реалізовано через оптимальний розподіл функцій між конкретними органами державної виконавчої влади; наділення таких органів чітко визначеними засобами виконання своїх повноважень; налагодження взаємодії між органами виконавчої влади; визначення єдиного координуючого органу держави на кожному з відповідних ринків; застосування механізму відповідальності перед державою як посадових осіб органів виконавчої влади, так і учасників відповідного ринку. Бажаним є докладне визначення на законодавчому рівні умов, при котрих настає господарсько-правова відповідальність за здійснення недобросовісних дій та/або бездіяльність професійних посередників в сфері господарювання, а також розробка комплексної системи заходів відповідальності за такі порушення й її відображення у тексті Господарського кодексу України. Із аналізу господарсько-правових форм здійснення захисту прав учасників підприємницької діяльності, що користуються послугами професійних посередників у сфері господарювання, котрі в окремих випадках вимагають додаткового захисту з боку держави, вбачається, що професійний посередник в господарському обороті має нести підвищену відповідальність за невиконання та/або неналежне виконання взятих на себе зобов'язань. Наостанок слід резюмувати, що в сучасних умовах дуже важливо, щоб одночасно з прийняттям законодавчих актів з питань вдосконалення державного регулювання, в т.ч. і контролю за господарською діяльністю посередників в сфері господарювання вносились зміни до нормативно-правових документів у суміжних галузях, що значно підвищило б ефективність як застосування цих актів, так і в цілому регулювання посередництва.

Висновок

Найбільш ефективним є поєднання державного контролю за господарською діяльністю професійних посередників із контролем саморегулювних організацій посередників, самих посередників за добросовісним здійсненням ними посередницької діяльності, дотриманням економічної конкуренції в сфері господарювання тощо. *Державно-правовий вплив на посередницьку діяльність* має бути спрямованим не тільки на додержання публічних інтересів, а й на створення сприятливих умов для розвитку приватної ініціативи шляхом інституціонального розвитку ринкових механізмів та подолання можливого негативного впливу у процесі формування нової системи господарювання. *Державне регулювання посередницької діяльності в сфері господарювання* – це діяльність державних органів, що здійснюється за допомогою використання засобів впливу на посередницькі відносини, визначених законодавством, з метою забезпечення рівного підпорядкування всіх учасників посередницьких відносин правовому господарському порядку та рівного захисту державою всіх суб'єктів посередництва. На даний час *державне регулювання посередницької діяльності в сфері господарювання* виражається, зокрема, у наступних заходах: 1) державній реєстрації окремих категорій професійних посередників у сфері господарювання (йдеться, наприклад, про ведення державних реєстрів митних посередників (митних брокерів, митних перевізників, ліцензійних митних складів), страхових посередників тощо); 2) ліцензуванні окремих видів посередницької діяльності (наприклад, туристичного посередництва, – господарської діяльності туристичних операторів та агентів; посередництва з працевлаштування на роботу за кордоном тощо); 3) застосуванні підвищених ставок податків (зокрема,

для торговельно-посередницької діяльності); 4) підвищеному контролю за господарською діяльністю посередників (наприклад, господарських організацій – посередників у торгівлі ювелірними виробами з дорогоцінних металів та дорогоцінного каміння тощо). Під *державно-правовим впливом на посередницьку діяльність* слід розуміти діяльність органів державної влади, спеціалізованих установ та організацій, некомерційний самоврядований, посадових осіб вказаних органів, наділених певною компетенцією стосовно суб'єктів посередництва (включаючи застосування санкцій), яка базується на чинному законодавстві. Саморегулювання в сфері посередництва повинно обмежуватися лише визначеними законом засобами державного регулювання посередницької діяльності, що забезпечують оптимальне поєднання саморегулювання та державного регулювання посередницької діяльності при формуванні правового господарського порядку в системі посередництва.

Основними теоретичними й практично-прикладними проблемами, що виникають в процесі та з приводу державного регулювання посередництва є наступні: 1) необхідність забезпечення оптимального рівня між державним впливом на економічні процеси та ринковою саморегуляцією в сфері посередництва; 2) відсутність законодавчо-вироблених критеріїв віднесення окремих видів посередницької діяльності до переліку таких, що потребують ліцензування; 3) питання відповідальності за порушення законодавства у сфері ліцензування суб'єктів господарювання – посередників вирішується дуже суперечливо, і, перш за все тому, що в Законі України від 1.06.2000 р. "Про ліцензування певних видів господарської діяльності" регулювання такої відповідальності здійснено лише в загальних рисах, без необхідної конкретизації; 4) надзвичайно гостро стоїть питання визначення напрямків вдосконалення державного регулювання посередницької діяльності; 5) недосконалість нормативно-правової бази з питань регулювання посередництва в сфері господарювання, недостатність, а, в переважній більшості випадків, і відсутність відповідних правових норм щодо посередництва як виду господарської діяльності, посередницького договору тощо, зумовлюють з огляду на сферу дії посередництва (господарський оборот) зростання ролі звичай ділового обороту як ненормативного джерела господарського права, що може справляти безпосередній вплив на регулювання відносин посередництва, на укладення посередницьких договорів тощо; 6) тривають наукові дискусії щодо доцільності запровадження в науковий оборот терміну "управлінські (адміністративно-господарські) послуги", дослідження змісту, так званих, управлінських (виконавських, публічних) послуг в сфері посередництва; 7) законодавцем не визначено чітких критеріїв віднесення відповідних видів посередницької підприємницької діяльності до таких, що мають дозвільний характер і потребують проходження відповідних дозвільних процедур, а це також призводить до суперечок і неузгодженості між органами виконавчої влади і суб'єктами господарювання – посередниками (у зв'язку з цим нагріла потреба прийняття відповідного законодавчого акта, який чітко врегулював би зазначені питання); 8) потребує розвитку інститут саморегулювання діяльності посередників на відповідних ринках (на ринку нерухомості, на страховому ринку, на ринку цінних паперів тощо); 9) із аналізу господарсько-правових форм здійснення захисту прав учасників підприємницької діяльності, що користуються послугами професійних посередників у сфері господарювання, котрі в окремих випадках вимагають додаткового захисту з боку держави,

вбачається, що професійний посередник в господарському обороті має нести підвищену відповідальність за невиконання та/або неналежне виконання взятих на себе зобов'язань.

1. Бекірова Е.Е. Критерії визначення видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню / Е.Е.Бекірова // Вісник Хмельницького

інституту регіонального управління та права: науковий часопис. – 2004. – №4 (12). – С.119-124. 2. Мельничук Г.В. Лицензирование предпринимательской деятельности / Г.В.Мельничук. – Санкт-Петербург: Информационный центр "Кадис", 2003. – 126с. 3. Трофименко И.Н. Некоторые проблемы лицензирования / И.Н. Трофименко // Юридический мир. – 1998. – №8. – С.29.

Надійшла до редколегії 24.12.10

УДК 349.2

В. Божко, канд. юрид. наук, доц.

АНАЛІЗ ВПЛИВУ ПРИНЦИПІВ ПРАВА НА ЗАКОНОДАВСТВО КРІЗЬ ПРИЗМУ ПРАВОВИХ ПОЗИЦІЙ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ

Стаття присвячена з'ясуванню того впливу, який здійснюють принципи права на федеральне законодавство Російської Федерації, відповідно до правових позицій Конституційного Суду Російської Федерації. Автор приходить до висновку, що саме принципи права мають зумовлювати зміст законодавства, а не навпаки.

Ключові слова: принципи права, принципи оплати праці, Конституційний Суд Російської Федерації, законодавство.

Статья посвящена исследованию того влияния, которое оказывают принципы права на федеральное законодательство Российской Федерации, согласно правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации. Автор приходит к выводу, что именно принципы права должны определять содержание законодательства, а не наоборот.

Ключевые слова: принципы права, принципы оплаты труда, Конституционный Суд Российской Федерации, законодательство.

The article is concerned with clarification of the effect performed by the laws principles on the Russian Federation legislation according to the judicial line of Constitution Court of Russian Federation. The author reached a conclusion that laws principles must specify the sense of Russian Federation federal legislation, but not vice versa.

Keywords: laws principles, labor payment principles, Constitution Court of Russian Federation, legislation.

Постановка проблеми. Для того, щоб з'ясувати сутність принципів оплати праці, дослідимо принципи права. Адже їм притаманні спільні юридичні властивості, котрі вирізняють їх з-поміж інших правових явищ, і, водночас, ті, які єднають їх з принципами різних галузей права, принципами правових інститутів. Тому, виявивши загальні властивості принципів права, їх можна екстраполювати, наприклад, на принципи трудового права чи оплати праці.

Актуалізує наше дослідження і той факт, що серед вчених досі немає одностайності в розумінні сутності принципів права та їх впливу на законодавство. Так, наприклад, прихильники природної концепції розуміння права переконані, що принципи права зумовлюють зміст правових норм, в той час як прихильники позитивістської концепції праворозуміння навпаки, впевнені в тому, що принципи права потрібно виводити саме із норм права. Зокрема, О.М.Ярошенко стверджує, що "принципи трудового права, як і принципи права в цілому, самі по собі не регулюють ті чи інші суспільні відносини. Принципи права впливають на суспільні відносини не безпосередньо, а як би опосередковано – через відповідні норми права" [1, с.255]. Натомість П.Д.Пилипенко впевнений, що "принципи права є первинними відносно права юридичного і становлять його сутність і зміст ... не перетворюючись на якісь інші правові субстанції існують реально" [2, с.55-56].

Спробуємо вирішити цей спір крізь призму правових позицій Конституційного Суду Російської Федерації (далі – КС РФ). Хочемо наголосити на тому, що важливість аналізу його правових позицій зумовлена тим, що відповідно до ст.125 Конституції Російської Федерації та ст.1 Федерального конституційного закону від 21 липня 1994 року "Про Конституційний Суд Російської Федерації" він є судовим органом конституційного контролю, який здійснює судову владу шляхом конституційного судочинства [3]. До того ж, згідно ст.ст. 6, 79 названого Закону, відповідно до правових позицій КС РФ, сформульованих у визначеннях від 13 січня 2000 року №6-О, від 11 листопада 2008 року №556-О-Р, його рішення є загальнообов'язковими до виконання на всій території Росії, остаточноми та оскарженню не підлягають. Відповідно до частини 3 ст.79 Федерального конституцій-

ного закону ті акти, які визнані неконституційними, втрачають силу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Науково-теоретичною основою дослідження стали праці Лівишиця Р.З., Пилипенка П.Д., Процевського О.І., Смірнова О.В., Ярошенка О.М. та інших дослідників.

Формулювання цілей статті. Метою нашого дослідження є пошук відповіді на запитання: чи є принципи права похідними від правових норм, чи навпаки, останні зумовлюють їх зміст? Тобто, чи принципи оплати праці є похідними від трудового законодавства, чи між ними існує зворотній причинно-наслідковий зв'язок?

Виклад основного матеріалу дослідження. Відповідно до Постанови Конституційного Суду РФ від 23 січня 2007 року №1-П "федеральний законодавець ... не може діяти довільно, адже він обмежений необхідністю дотримання принципів" (абзац 3 пункту 2 мотивувальної частини Постанови) [4]. І далі: "Правозастосовна практика має ґрунтуватись на конституційних принципах, основних засадах цивільного законодавства з дотриманням основ публічного правопорядку" (абзац 2 підпункту 3.3. пункту 3 мотивувальної частини).

В абзаці 1 підпункту 3.3. пункту 3 мотивувальної частини Постанови від 20 грудня 2010 року №22-П КС РФ наголошує, що "законодавець ... обмежений принципом неприпустимості перекошування самої сутності права" [5].

Відповідно до абзацу 15 мотивувальної частини Постанови Конституційного Суду РФ від 27 січня 1993 року №1-П "виявлений звичай правозастосовної практики суперечить перш за все загально-правовим принципам справедливості, юридичної рівності, гарантованості державою прав і свобод людини і громадянина. Ці принципи мають вищу ступінь нормативного узагальнення, зумовлюють зміст конституційних прав людини, галузевих прав громадян, мають універсальний характер і тому здійснюють регулятивний вплив на всі сфери суспільних відносин. Загальнообов'язковість таких принципів полягає як в їх пріоритетності щодо інших правових приписів, так і в поширеності їх дії на всіх суб'єктів права" [6].

Саме тому, в абзаці 2 пункту 1 резолютивної частини цієї Постанови Конституційний Суд РФ стверджує, що "наведений звичай правозастосовної практики су-

перечить загально-правовим принципам і принципам довірливих відносин".

Про те, що загально-правові принципи володіють вищою мірою нормативного узагальнення, а тому не лише зумовлюють зміст конституційних і галузевих прав, але й мають універсальний характер і завдяки цьому здійснюють регулятивний вплив на всі сфери суспільних відносин, Конституційний Суд РФ послідовно наголошував у абзаці 3 підпункту 3.3. пункту 3 Постанови від 23 січня 2007 року №1-П, абзаці 4 пункту 2 Постанови від 20 квітня 2010 року №9-П, абзаці 2 підпункту 3.3. пункту 3 Постанови від 20 грудня 2010 року №22-П.

Згідно абзацу 2 пункту 4 Постанови КС РФ від 20 квітня 2010 року № 9-П "законодавець ... зобов'язаний дотримуватись принципів справедливості, рівності задля підтримання довіри громадян до закону та дій держави, а тому не має права надавати зворотної дії новому регулюванню" [7].

Відповідно до пункту 3 мотивувальної частини Постанови КС РФ від 24 лютого 1998 року №7-П "законодавець повинен враховувати ... принципи рівності ... і принцип пропорційності обмеження прав і свобод громадян соціально значимим інтересам та цілям" (абзац 1) [8]; "принципи справедливості та рівності вимагають ..." (абзац 2); дослідивши зміст оспорюваних норм, КС РФ прийшов до висновку, що "законодавець порушив названі принципи" (абзац 3).

Згідно абзацу 3 пункту 3 мотивувальної частини Постанови КС РФ від 15 червня 2006 року №6-П "законодавець ... не може діяти довільно та допускати відступи від принципу рівності" [9].

Відповідно до Постанови КС РФ від 20 квітня 2010 року №9-П "принцип рівності має універсальний характер та здійснює регулятивний вплив на всі сфери суспільних відносин, дотримання якого означає, окрім всього іншого, заборону на запровадження відмінностей в правах осіб, які належать до однієї і тієї ж категорії, якщо таке обмеження не має об'єктивного та розумного виправдання" (абзац 4 пункту 2 названої Постанови) [7]. Наведену правову позицію КС РФ відображено і в постановках від 7 березня 1996 року №6-П, від 17 липня 1998 року №23-П, від 24 травня 2001 року №8-П, від 19 лютого 2002 року №5-П, від 16 липня 2007 року №12-П, від 31 січня 2008 року №2-П, від 28 лютого 2008 року №3-П, від 9 липня 2009 року №12-П.

Конституційний Суд РФ також неодноразово вказував, що реалізація прав має здійснюватись на основі загально-правових принципів (наприклад, у своїх постановках від 20 грудня 2010 року № 22-П, від 10 квітня 2003 року № 5-П, від 6 червня 2000 року № 9-П).

Про те, що "реалізація майнових прав має здійснюватись на основі загально-правових принципів недоторканості власності та свободи договору", КС РФ послідовно наголошував у абзаці 3 підпункту 3 мотивувальної частини Постанови від 10 квітня 2003 року №5-П та у пункті 2 мотивувальної частини Постанови від 6 червня 2000 року №9-П [10].

При цьому, роз'яснюючи зміст норми права, КС РФ виходить із презумпції добросовісності законодавця та його відданості загально-правовим та конституційним принципам (абзац 2 підпункту 3.3. Постанови від 20 грудня 2010 року №22-П).

Згідно абзацу 1 підпункту 2.2. пункту 2 мотивувальної частини Постанови від 27 листопада 2008 року №11-П "сама по собі зміна способів визначення розмірів тих чи інших грошових виплат – при дотриманні конституційних принципів справедливості, рівності, пропорційності, а також стабільності та гарантованості прав громадян – є прерогативою законодавця" [11]. Таку ж

правову позицію сформульовано і в Постанові від 19 червня 2002 року №11-П, Визначеннях від 11 липня 2002 року №191-О, від 16 травня 2007 року №375-О. Тобто волевиявлення законодавця обмежене названими принципами права.

У своїй Постанові від 19 червня 2002 року №11-П КС РФ теж сформулював низку правових позицій, відповідно до яких "федеральний законодавець має керуватись принципами справедливості та рівності прав і свобод людини й громадянина незалежно від жодних обставин" (абзац 7 пункту 2 мотивувальної частини) [12]; "рішення законодавця ... не мають суперечити конституційно-значимим цілям та мають відповідати принципам справедливості та пропорційності" (абзац 1 підпункту 3.1. пункту 3 мотивувальної частини). При цьому свою правову позицію КС РФ формулює, "виходячи із принципів справедливості, рівності всіх перед законом та рівноцінності життя та здоров'я всіх громадян" (абзац 4 підпункту 3.2. пункту 3); "виходячи із принципів справедливості та рівності всіх перед законом" (абзац 2 підпункту 3.3. пункту 3). І далі: "Вибір способів визначення розміру тих чи інших видів грошової компенсації ... є прерогативою законодавця ... дотримуючись принципів справедливості, рівності, пропорційності, а також стабільності та гарантованості прав громадян" (абзац 1 підпункту 5.1. пункту 5 мотивувальної частини).

Підсумовуючи вищевикладене, в абзаці 5 підпункту 5.3. пункту 5 КС РФ робить висновок, що оспорювані статті суперечать принципам справедливості, рівності, пропорційності, не відповідають Конституції РФ.

"Неконституційність законодавства ... зумовлена тим, що воно ... запроваджує непропорційне обмеження права власності" (абзац 2 підпункту 1.1. пункту 1 мотивувальної частини Постанови Конституційного Суду РФ від 20 грудня 2010 року №№ 22-П) [5].

В абзаці 1 підпункту 5.2. пункту 5 мотивувальної частини Постанови від 27 листопада 2008 року №11-П КС РФ стверджує, що "законодавець ... повинен дотримуватись принципів справедливості, рівності, пропорційності". Крім того, на виконання принципу конституційної стриманості, як вказано в абзаці 2 підпункту 6 цієї Постанови, визнавши оспорювану норму неконституційною, КС РФ зобов'язав законодавця в першочерговому порядку ввести в дію нову норму не пізніше 1 липня 2009 року. Тобто, керуючись принципом права, КС РФ зобов'язує законодавця (формулюючи цю вимогу у мотивувальній частині своєї Постанови) ухвалити норму права, на виконання окреслених принципів.

Подібний підхід КС РФ використав і в Постанові від 20 жовтня 2010 року № 18-П, стверджуючи, що Федеральним Збором належить, виходячи з правових позицій Конституційного Суду Російської Федерації, сформульованих відповідно до принципів рівності та соціальної справедливості й викладених у названій Постанові (абзац 1 підпункту 5.2.), внести до діючого законодавства зміни (абзац 2 підпункту 5.2. пункту 5 мотивувальної частини) [13].

У своїй Постанові від 24 лютого 1998 року № 7-П КС РФ, виявивши порушення принципів рівності та пропорційності обмеження прав і свобод громадян соціально-значимим інтересам та цілям, визнав ст.ст. 1, 5 Федерального закону від 5 лютого 1997 року "Про тарифи страхових внесків до Пенсійного фонду Російської Федерації, фонду соціального страхування Російської Федерації, Державного фонду зайнятості населення Російської Федерації та до фондів загальнообов'язкового медичного страхування на 1997 рік" не конституційними (пункти 1, 2 резолютивної частини) [8]. Проте, Конституційний Суд РФ у пункті 4 резолютивної частини також

зобов'язав Федеральні Збори впродовж шестимісячного терміну внести відповідні зміни до Федерального закону від 8 січня 1998 року "Про тарифи страхових внесків до Пенсійного фонду Російської Федерації, Фонду соціального страхування Російської Федерації, Державного фонду зайнятості населення Російської Федерації та до фондів загальнообов'язкового медичного страхування на 1998 рік", а протягом цього часу заборонив застосовувати оспорювані норми.

Інакше вчинив КС РФ у своїй Постанові від 20 квітня 2010 року № 9-П. Спочатку він визнав частину 1 ст.7 Федерального закону "Про додаткові гарантії соціального захисту суддів та працівників апаратів судів Російської Федерації" в редакції ст.4 Федерального закону "Про внесення змін в окремі законодавчі акти Російської Федерації у зв'язку з прийняттям Федерального закону "Про протидію корупції" від 25 грудня 2008 року № 274-ФЗ такою, що суперечить Конституції РФ (пункт 1 резолютивної частини Постанови). А далі вказав, що в подальшому має застосовуватись колишня норма права, яка втратила чинність відповідно до Федерального закону "Про внесення змін в окремі законодавчі акти Російської Федерації у зв'язку з прийняттям Федерального закону "Про протидію корупції" від 25 грудня 2008 року № 274-ФЗ (абзац 2 підпункту 4.2. пункту 4 Постанови). Щоправда, після цього КС РФ наголосив, що цим він "не зачіпає прерогативу федерального законодавця щодо вдосконалення правового регулювання у сфері матеріального та соціального забезпечення суддів Російської Федерації" [7].

Тобто, цього разу КС РФ не звертався до законодавця із вимогою привести норми права у відповідність до загальновизначених принципів права, а всупереч загально-правовому принципу поділу влади на законодавчу, виконавчу та судову сформулював нову норму права.

Щоправда, розмірковуючи над конституційністю позбавлення права на соціальний захист тих осіб, які віднесені законодавцем до самозайнятих, а тому таких, що не можуть отримати статус безробітного, у своїй Постанові від 25 травня 2010 року №11-П КС РФ наголошує, що законодавець не вийшов за межі своїх дискреційних повноважень, а тому не порушив Конституцію РФ (абзац 7 пункту 3) [14]. Але, в останньому абзаці мотивувальної частини цієї Постанови КС РФ зробив висновок, що "це не перешкоджає федеральному законодавцю в порядку реалізації своїх дискреційних повноважень внести з урахуванням ... принципів справедливості та рівності необхідні з його точки зору зміни у критерії віднесення громадян до категорії зайнятих або встановити щодо засновників (учасників) комерційних організацій, які не отримують доходу у вигляді частини прибутку від їх діяльності, або якщо вони отримують названий дохід у розмірі, нижчому від величини прожиткового мінімуму ... запровадити інше правове регулювання, яке б передбачало надання представникам цієї категорії населення гарантій соціального захисту, передбачених для безробітних громадян" [14].

Таким чином, виявивши порушення загально-правових принципів, цього разу КС РФ не вжив жодних заходів для того, аби відновити справедливість.

Відповідно до абзацу 1 пункту 5 мотивувальної частини Постанови КС РФ від 27 листопада 2008 року №11-П "універсальний принцип юридичної рівності та логічно зумовлений ним загально-правовий принцип формальної визначеності права передбачають, що закон має бути зрозумілим, точним та недовозначним" [11]. І далі: "Порушення принципу формальної визначеності норм допускає необмежений розсуд в процесі правозастосування та неминує призводити до сваволі, а, отже,

до порушення принципу рівності" (абзац 2 пункту 5 названої Постанови). Згідно абзацу 3 пункту 4 Постанови КС РФ від 20 квітня 2010 року № 9-П "законодавець – виходячи з необхідності дотримання принципу правової визначеності та передбачуваності законодавчої політики – повинен був забезпечити ..." [7].

Згідно Постанови КС РФ від 13 липня 2010 року №15-П "неточність, неясність та невизначеність закону породжує можливість неоднозначного його тлумачення і, як наслідок, його довільного застосування, що суперечить принципам рівності та справедливості, із яких витікає звернена до законодавця вимога визначеності, ясності, недовозначності правових норм та їх узгодженості в системі чинного правового регулювання; інакше виникне суперечлива правозастосовна практика, що послабить гарантії державного захисту прав, свобод та законних інтересів громадян" [15]. Або: "Принцип формальної визначеності закону, який передбачає точність та ясність законодавчих приписів, будучи невід'ємним елементом верховенства права, виступає і в законотворчій діяльності, і в правозастосовній практиці необхідно гарантією забезпечення ефективного захисту від свавільних переслідувань, засудження та покарання" [16].

"Не забезпечивши належної формальної визначеності закону ... законодавець порушив загальновизначений принцип *nullum crimen, nulla poena sine lege*", – наголошує КС РФ в абзаці 2 підпункту 3.4. пункту 3 мотивувальної частини Постанови від 13 липня 2010 року №15-П.

Отже, судовий орган конституційного контролю Російської Федерації із принципів права виводить вимоги до норм права, яким вони мають відповідати, інакше вони будуть визнані неконституційними. Такі правові позиції КС РФ є дуже близькими до позицій Європейського суду з прав людини, який неодноразово оцінював приписи внутрішньодержавного права з точки зору загальних принципів, які містяться або випливають із Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Відповідно до його правових позицій, закон має відповідати стандарту, встановленому Конвенцією, який вимагає, щоб законодавчі норми були сформульовані з достатньою чіткістю та дозволяли особі передбачити, удаючись в разі необхідності до юридичної допомоги, до яких наслідків можуть призвести ті чи інші її дії.

Так, у Рішенні Європейського суду з прав людини від 19 лютого 2009 року у справі "*Микола Кучеренко проти України*" (*Kucherenko v. Ukraine*) сформульовано правову позицію, відповідно до якої "Суд має з'ясувати, чи відповідає Конвенції сам національний закон і, зокрема, чи відповідають їй загальні принципи, які сформульовані в ньому або випливають з нього. Щодо таких принципів Суд наголошує, що, коли йдеться про позбавлення свободи, то надзвичайно важливою умовою є забезпечення загального принципу юридичної визначеності. Його вимога полягає в тому, що умови, за яких здійснюється позбавлення волі, мають бути чітко сформульовані в національному законі, а застосування самого закону має бути передбачуваним і відповідати "законності", яку встановлює Конвенція. Згідно з цією вимогою всі закони повинні бути сформульовані з достатньою чіткістю, що дає особі можливість передбачити ... ті наслідки, до яких може призвести певна дія" (пункт 33). І далі: "Правова ситуація, коли обвинуваченого тримають під вартою протягом невизначеного часу без відповідної судової санкції ... несумісна з принципом юридичної визначеності та гарантією захисту від свавілля, які наскрізною ідеєю наповнюють усі положення Конвенції та принцип верховенства права" (пункт 37).

У Рішенні від 29 квітня 2003 року у справі "*Алієв проти України*" (*Aliiev v. Ukraine*) Європейський суд з прав

людини наголосив: "Вираз "згідно із законом" ... стосується якості відповідного законодавства, і вимагає, щоб воно було доступним відповідній особі, яка, зокрема, може передбачити його наслідки для себе, а крім того, це законодавство має відповідати принципу верховенства права" (пункт 170). У Рішенні від 24 жовтня 1979 року у справі *"Вінтерверп проти Нідерландів"* (*Winterwerp v. the Netherlands*) сформульовано наступну правову позицію: "Сам по собі національний закон має відповідати Конвенції, в тому числі й загальним принципам, які викладені в ній або випливають з неї" (пункт 45).

Аналогічну правову позицію було відтворено Європейським судом з прав людини і в своїх рішеннях від 26 квітня 1979 року у справі *"Санді Таймс проти Сполученого Королівства (№1)"* (*The Sunday Times v. the United Kingdom (№1)*); від 24 квітня 1990 року у справі *"Круслен проти Франції"* (*Kruslin v. France*); від 28 березня 2000 року у справі *"Барановський проти Польщі"* (*Baranowski v. Poland*), від 31 липня 2000 року у справі *"Йечюс проти Литви"* (*Jeciuc v. Lithuania*); від 28 жовтня 2003 року у справі *"Ракевіч проти Росії"* (*Rakevich v. Russia*); від 6 вересня 2005 року у справі *"Салов проти України"* (*Salov v. Ukraine*); від 24 травня 2007 року у справі *"Ігнатов проти Росії"* (*Ignatov v. Russia*); від 27 листопада 2008 року у справі *"Свершов проти України"* (*Svershov v. Ukraine*); від 19 лютого 2009 року у справі *"Доронін проти України"* (*Doronin v. Ukraine*); від 12 березня 2009 року у справі *"Світлорусов проти України"* (*Svitlorusov v. Ukraine*); від 18 лютого 2010 року у справі *"Гарькавій проти України"* (*Garkavyy v. Ukraine*); від 18 лютого 2010 року у справі *"Гаваржук проти України"* (*Gavazhuk v. Ukraine*) тощо.

Отже, відповідно до правових позицій Європейського суду з прав людини принципи права також є тими чинниками, які висувають певні вимоги до змісту законодавства.

Задля справедливості слід визнати, що і попередник КС РФ, Комітет конституційного нагляду СРСР (далі – Комітет) також стверджував, що саме норми права мають відповідати його принципам. Так, 21 червня 1990 року Комітет ухвалив Висновок №2 "Про невідповідність норм законодавства, які виключають для низки категорій працівників судовий порядок індивідуальних трудових спорів, приписаним Конституції СРСР, законам СРСР, міжнародним актам про права людини". І хоча об'єктом порівняння, як випливає з назви Висновку, були лише нормативно-правові акти, обґрунтовуючи свою правову позицію, Комітет визнав не лише "необхідність усунення проявів соціальної несправедливості та підвищення рівня соціальної захищеності особи у сфері трудових відносин" (абзац 3 мотивувальної частини), але й прийшов до висновку, що "законодавство ... необґрунтовано обмежило право на судовий захист" (абзац 8 мотивувальної частини Висновку). Більш категоричну позицію щодо ролі принципів права невдовзі Комітет сформулював у Висновку "Про приписи законодавства, які обмежують рівність можливостей громадян у сфері праці та зайнятості" від 4 квітня 1991 року №20. Він проголосив, що "втілення принципів права у трудове законодавство є найважливішою умовою дотримання прав і свобод людини" (абзац 4 мотивувальної частини Висновку). І далі: "Дослідивши норми трудового законодавства СРСР, Комітет встановив, що вони ще не в повній мірі відповідають принципам антидискримінаційної політики".

Отже, навіть за часів СРСР, відповідно до правових позицій органів державної влади, трудове законодавство мало відповідати принципам права, а не навпаки.

Таку ж позицію підтримує і Конституційний Суд України. Так, відповідно до частини 1 ст.8 Конституції України в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Тому, в Рішенні від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004 Конституційний Суд України зазначив, що "верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо" [17].

Отже, на думку Конституційного Суду України, принципи права є тими правовими явищами, які по-перше, зумовлюють, визначають зміст не лише правотворчої, але й правозастосовної діяльності держави, а, по-друге, принципи не спонукають, не роблять можливим, а вимагають від держави їх втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність.

Подібну правову позицію сформульовано і в Рішенні Конституційного Суду України від 11 жовтня 2005 року № 8-рп/2005, де він стверджує, що "діяльність правотворчих і правозастосовних органів має здійснюватися за принципами справедливості, гуманізму, верховенства і прямої дії норм Конституції України" (абзац 2 пункту 4 мотивувальної частини) [18]. І далі: "Зазначені ... принципи ... передбачають ... правові гарантії, правову визначеність і пов'язану з ними передбачуваність законодавчої політики ... необхідні для того, щоб учасники відповідних правовідносин мали можливість завбачати наслідки своїх дій і бути впевненими у своїх законних очікуваннях, що набуте ними на підставі чинного законодавства право, його зміст та обсяг буде ними реалізовано" (абзац 3 пункту 4 мотивувальної частини).

Згідно Рішення Конституційного Суду України від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005 принцип правової держави вимагає від неї утримуватися від обмеження загальноновизнаних прав і свобод людини і громадянина (абзац перший підпункту 5.3 пункту 5 мотивувальної частини) [19]. І далі: "Принцип правової держави передбачає встановлення правопорядку, який повинен гарантувати кожному утвердження і забезпечення прав і свобод" (абзац перший підпункту 5.4. пункту 5 мотивувальної частини).

Завершуючи формулювання власної правової позиції, Конституційний Суд України зробив красномовний висновок: "Із конституційних принципів рівності й справедливості випливає вимога визначеності, ясності й недовизначеності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці і немінуче призводить до сваволі" (абзац другий підпункту 5.4. пункту 5 мотивувальної частини). "Цей принцип ... гарантує впевненість громадян у тому, що їхнє теперішнє становище не буде погіршено прийняттям нового закону чи іншого нормативно-правового акта" (абзац четвертий підпункту 5.4. пункту 5 мотивувальної частини).

Отже, єдиний орган конституційної юрисдикції України також із принципів права виводить вимоги до норм права, яким вони мають відповідати, інакше вони будуть визнані неконституційними.

Висновки. Узагальнивши правові позиції КС РФ прийшли до висновку, що будучи своєрідним джерелом права, саме принципи права мають зумовлювати зміст федерального законодавства. Тобто, принципи трудового права є похідними від принципів права, а не від трудового законодавства, а принципи оплати праці формують, зумовлюють механізм правового регулювання оплати праці. Іншими словами, принципи оплати праці потрібно виводити не із законодавства, дія якого спрямована на упорядкування оплати праці, а із тих ціннос-

тей та ідей, які панують в суспільстві та відображені в принципах права.

Саме тому вітчизняним ученим потрібно більше уваги зосереджувати на аналізі першоджерел – з'ясуванні змісту принципів права взагалі та принципів оплати праці зокрема з тим, щоб напрацювати конкретні пропозиції щодо вдосконалення існуючого механізму правового регулювання оплати праці, і, водночас, модернізувати трудове законодавство.

1. Ярошенко О.М. Теоретичні та практичні проблеми джерел трудового права України: Монографія / О.М.Ярошенко. – Х.: Видавець СГД ФО Вапнярчук Н.М., 2006. – 456 с. 2. Пилипенко П.Д. Проблеми теорії трудового права / П.Д.Пилипенко. – Л.: Видавничий центр Львів. нац. ун-ту. – 1999. – 214 с. 3. О Конституционном Суде Российской Федерации: Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 года №1-ФКЗ // Собрание законодательства РФ. – 1994. – №13. – Ст.1447. 4. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 23 января 2007 года №1-П // Собрание законодательства РФ. – 2007. – №6. – Ст.828. 5. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 20 декабря 2010 года № 22-П // Собрание законодательства РФ. – 2011. – №1. – Ст.264. 6. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27 января 1993 года №1-П // Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. – 1993. – № 14. – Ст.508. 7. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 20 апреля 2010 года № 9-П // Собрание законодательства РФ. – 2010. – №18. – Ст.2277. 8. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 24 февраля 1998 года № 7-П // Собрание законодательства РФ. – 1998. – №10. – Ст.1242. 9. Поста-

новление Конституционного Суда Российской Федерации от 15 июня 2006 года № 6-П // Собрание законодательства РФ. – 2006. – №26. – Ст.2876. 10. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 6 июня 2000 года №9-П // Собрание законодательства РФ. – 2000. – №24. – Ст.2658. 11. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27 ноября 2008 года №11-П // Собрание законодательства РФ. – 2008. – №51. – Ст.6205. 12. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 19 июня 2002 года №11-П // Собрание законодательства РФ. – 2002. – №27. – Ст.2779. 13. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 20 октября 2010 года № 18-П // Собрание законодательства РФ. – 2010. – №43. – Ст.5578. 14. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 25 мая 2010 года №11-П // Собрание законодательства РФ. – 2010. – №23. – Ст.2934. 15. Абзац 3 пункта 2 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 13 июля 2010 года № 15-П // Собрание законодательства РФ. – 2010. – №29. – Ст.3983. 16. Абзац 4 пункта 2 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 27 мая 2008 года №8-П // Собрание законодательства РФ. – 2008. – №24. – Ст.2892. 17. Абзац второй подпункта 4.1 пункта 4 мотивировочной части Решения Конституционного Суда Украины від 2 листопада 2004 року №15-рп/2004 (справа про призначення судом більш м'якого покарання) // Офіційний вісник України. – 2004. – №45. – Ст.2975. 18. Решения Конституционного Суда Украины від 11 жовтня 2005 року № 8-рп/2005 (справа про рівень пенсії і щомісячного довічного грошового утримання) // Офіційний вісник України. – 2005. – №42. – Ст.2662. 19. Решения Конституционного Суда Украины від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005 (справа про постійне користування земельними ділянками) // Офіційний вісник України. – 2005. – №39. – Ст.2490.

Надійшла до редколегії 07.12.10

УДК 346.545+346.546. 4+346.546. 5

І. Лукач, канд. юрид. наук

ЗАГАЛЬНИЙ ОГЛЯД КОНКУРЕНТНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ

В статті досліджуються конкурентні правопорушення, особливості їх складу та класифікація. Окремо дається аналіз обмежувальної діяльності та недобросовісним конкурентним діям.

Ключові слова: конкурентні правопорушення, обмежувальна діяльність, недобросовісні конкурентні дії, монополістична діяльність, антиконкурентні узгоджені дії.

В статье исследуются конкурентные правонарушения, особенности их состава и классификация. Отдельно дается анализ ограничительной деятельности и недобросовестным конкурентным действиям.

Ключевые слова: конкурентные правонарушения, ограничительная деятельность, недобросовестные конкурентные действия, монополистическая деятельность, антиконкурентные согласованные действия.

The article investigates the competitive offense, particularly their composition and classification. Restrictive and unfair competition actions are analyzed separately.

Keywords: competitive offense, restrictive and unfair competition actions, monopolistic activity, anti-competitive practice.

Порушення нормального процесу перебігу конкурентних відносин має не тільки негативні економічні, але і соціальні наслідки, оскільки конкуренція є основою побудови нормального демократичного суспільства.

Науково-практичною базою статті стали праці таких вчених як О. М. Вінник, Ю. В. Журик, Н. М. Корчак, О. Л. Чернелевська, І. А. Шуміло. Метою статті є комплексний огляд конкурентних порушень з метою наукового аналізу та виявлення проблем.

Автори всесвітньо відомого Економікса виділяють чотири різних моделі ринкової структури [8, 503-504]:

1) абсолютно чиста конкуренція – в галузі народного господарства діє велика кількість фірм, що виробляють стандартизовану продукцію. Нові фірми можуть легко потрапити на ринок;

2) абсолютна (чиста) монополія – єдиний продавець повністю контролює всю галузь, є єдиним товаровиробником і відсутня галузь, яка виробляла б аналогічні товари (замінники); – наприклад, місцеві комунальні послуги по водо-та теплопостачанню (природні монополії). Проникнення в галузь іншими фірмами заблоковано;

3) при олігополії на ринку існує невелика кількість фірм, які відчувають вплив такими конкурентами, який вони мають враховувати при становленні власних цін та плануванні об'ємів виробництва;

4) монополістична конкуренція – для неї характерним є ринок з великою кількістю продавців, що виготовляють диференційовану продукцію. Ця ринкова струк-

тура схожа на досконалу конкуренцію, але відрізняється тим, що товари, які пропонуються, не є ідентичними (диференційовані реально чи дійсно за своїми суттєвими ознаками товари).

Останні три моделі є прикладом недосконалої конкуренції. Це є економічний критерій. За великим рахунком, якщо немає відповідного державного регулювання, "непокараною" може залишитися навіть абсолютна монополія, як це було, наприклад в Радянському Союзі чи якщо відповідне підприємство є природною монополією.

Однак, деякі з учасників економічної конкуренції зловживають своїми можливостями, ігноруючи публічні та приватні інтереси окремих учасників ринкових відносин. Меті забезпечення збалансованого врахування цих інтересів у сфері економічної конкуренції відвідає її державне регулювання [3, 419-420].

Зазначимо, що ступінь регулювання конкурентних відносин може бути різний. Так само різним може бути діяння, які визнаються державою як правопорушення чи ні. Особливістю анти конкурентних порушень можна виділити, що їм може передувати такий стан, коли суб'єкт фактично має певний негативний стан (наприклад, займає монополічне становище на ринку), але самого порушення не скоює. Тобто, для визначення діяльності як порушення потрібно не лише наявність кількох чинників: наявність певного стану та порушення конкретної норми закону.

При цьому слід зазначити, що вина не є універсальною умовою відповідальності за правопорушення, хоча в якості суб'єктивної підстави виникнення відповідальності може бути ризик як допущення вірогідних, випадкових обставин, що спричиняють негативні наслідки для здійснення змагальності як умови ефективної економічної конкуренції. Це підтверджує і практика розгляду господарськими судами антиконкурентних правопорушень. Згідно з п. 3 Рекомендації Вищого господарського Суду України (далі – ВГСУ) [14] конкурентне законодавство не ставить застосування передбаченої ним відповідальності за порушення цього законодавства у залежність від наявності у суб'єкта господарювання вини в будь-якій формі. А усунення суб'єктом господарювання наслідків відповідного порушення на час вирішення спору господарським судом саме по собі не є підставою для звільнення його судом від відповідальності (якщо провадження у справі про порушення названого законодавства не закрито Антимонопольним комітетом України чи його територіальним відділенням у встановленому законом порядку).

Тому ми не погоджуємося з позицією І.А. Шуміло у частині визначення вини, що антиконкурентне правопорушення визначається як здійснення суб'єктом господарювання, посадовою особою чи громадянином винного діяння, що завдало або реально може завдати шкоди конкурентним відносинам в господарській діяльності, які гарантуються та охороняються державою [12, 8]. Ми підтримуємо думку Н. М. Корчак, що вина не є універсальною презумпцією в антиконкурентних правопорушеннях, проте в окремих випадках законодавець вказує на чинники, що стосуються вини [6, 7].

Для кваліфікації дій суб'єктів господарювання як зловживання монополієм (домінуючим) становищем на ринку, або як антиконкурентних узгоджених дій, або як недобросовісної конкуренції не є обов'язковим з'ясування настання наслідків у формі відповідно недопущення, усунення чи обмеження конкуренції, ущемлення інтересів інших суб'єктів господарювання (конкурентів, покупців) чи споживачів, зокрема через заподіяння їм шкоди (збитків) або іншого реального порушення їх прав чи інтересів, чи настання інших відповідних наслідків.

Самого факту порушення могло ще і не бути, наприклад, перенесення місце проведення торгів у день проведення аукціону може привести до недопущення, усунення чи обмеження конкурентів у разі, якщо аналіз ситуації на ринку товару спростовує наявність об'єктивних причин для вчинення таких дій або бездіяльності. Такі дії будуть кваліфікуватися як правопорушення за ч. 3 ст. 6 ЗУ "Про захист економічної конкуренції".

Таким чином, для кваліфікації дії суб'єкта господарювання як антиконкурентного правопорушення достатньо такі фактори: наявність відповідного стану; винна чи безвинна діяльність (дії чи бездіяльність); встановлення самого факту порушення чи можливість настання негативних наслідків.

КЛАСИФІКАЦІЯ

До першої групи антиконкурентних правопорушень належать дії, що призводять або можуть призвести до недопущення, усунення або суттєвого обмеження конкуренції – обмежувальна діяльність. Загальною рисою даних правопорушень є те, що вони встановлюють для інших суб'єктів господарювання певні "бар'єри" входу на ринок чи виходу з нього. В зарубіжному законодавстві згадані дії об'єднуються поняттям "обмежувальна діяльність" [12, 8].

Другою групою антиконкурентних правопорушень є недобросовісні конкурентні дії [12, 9].

Інша класифікація антиконкурентних правопорушень може бути зроблена залежно від видів суб'єктів господарювання, які їх вчиняють: правопорушення з боку суб'єктів господарювання (підприємств, окремих підприємців, груп підприємств або підприємців) у вигляді зловживання монополієм становищем та обмеження конкуренції, та правопорушення з боку органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю, які дискримінують суб'єктів господарювання [4, 9].

ЗЛОВЖИВАННЯ МОНОПОЛЬНИМ (ДОМІНУЮЧИМ) СТАНОВИЩЕМ

Саме монополіє (домінуюче) становище за законодавством України не є правопорушенням. Однак таке становище суб'єкта господарювання викликає посилену увагу з боку держави через потенційну небезпеку загрози економічній конкуренції. Саме тому визначення суб'єкта монополієм має велике значення.

На думку С. Б. Мельник Закон України "Про захист економічної конкуренції" містить дві презумпції щодо монополієного становища. По-перше, становище суб'єкта господарювання, частка якого на ринку певного товару складає більш 35%, презюмується в якості монополієного (домінуючого), однак ця презумпція спростована за допомогою доведення суб'єктом господарювання зворотного. Тобто, якщо частка суб'єкта господарювання на ринку понад 35%, то ст. 12 Закону про захист конкуренції встановлено презумпцію домінуючого становища, тягар її спростування (доведення зворотного) покладається на суб'єкта господарювання.

По-друге, становище суб'єкта господарювання, частка якого складає 35% і менше, визнається в якості монополієного (домінуючого), якщо це доведено органами Антимонопольного комітету України. Тобто, якщо частка суб'єкта господарювання 35% і нижче, встановлена презумпція відсутності домінуючого становища, при цьому тягар її спростування покладено на органи Антимонопольного комітету.

Автор робить висновок про те, що у законодавстві України не встановлена незаперечна презумпція відсутності у суб'єкта господарювання монополієного (домінуючого) становища [9, 7]. З таким твердженням не можна погодитися, оскільки кількісний показник не є визначальним при визначенні суб'єкта монополієм.

Відмітимо, що не всі науковці пов'язують виникнення монополієного становища з 35 % бар'єром. Так, О. Л. Чернелевська межу частки на ринку в 35 %, при якій мова може йти про монополієне (домінуюче) становище згідно з статтею 12 Закону України "Про захист економічної конкуренції", визнає занадто високою, тому пропонує чіткіше визначити ті критерії, що повинні братися до уваги при визнанні становища домінуючим. Зокрема, доповнити процедуру проведення досліджень щодо заборони зловживання монополієм становищем аналізом наслідків прийняття рішення [11, 10].

Потребує з'ясування ключове для конкурентного права поняття монополієного або домінуючого становища суб'єкта господарювання. Український законодавець розглядає дані поняття як тотожні, хоча і економічна наука і зарубіжне законодавство їх розрізняє. Існування класичного монополієного становища, коли на певному товарному ринку панує лише один продавець, – досить рідке явище в сучасній економіці. Найбільш поширеним є олігополістичний стан ринку, коли ринкова влада зосереджується у невеликій групі суб'єктів господарювання. Крім того, для визначення ознак ринкової влади у одного чи декількох суб'єктів господарювання, що є покупцями на ринку, використовуються відповідно поняття монополієного чи олігополієного становища.

Таким чином, І. А. Шуміло доводить доцільність вживання більш широкого та теоретично виваженого поняття "домінуюче становище", яким охоплюються поняття як монопольного та олігопольного становища, так і монопольного та олігопольного становища [12, 8].

Науковцем обґрунтовується думка про те, що основним критерієм визначення домінування на ринку суб'єкту господарювання мають бути ознаки ринкової влади, які вичерпно наведені у чинній методиці визначення монопольного становища суб'єктів господарювання.

У деяких випадках держава має відмовитися від вільної конкуренції з метою забезпечення державних та суспільних потреб, а також забезпечити споживачів. В такому випадку держава проголошує природні монополії, що є специфічними різновидами структурного монопольного типу ринку, на якому виключне право суб'єкта господарювання здійснювати діяльність виникає не в результаті його конкурентної боротьби, а унаслідок визнання державою неефективності конкуренції, тобто її усунення і недопущення на визначеному ринку [1, 6].

Необхідність спеціального державного регулювання діяльності суб'єктів природних монополій обумовлена виключним характером режиму природних монополій. На відміну від інших видів монополій, діяльність яких регулюється законодавством про захист економічної конкуренції, сфери природних монополій вимагають не антимонопольних засобів впливу, а спеціального державного регулювання [1, 6]. Їх діяльність в Україні регулюється Законом України "Про природні монополії". Проте деякі економісти заперечують переваги природних монополій, які, на їх думку, вигадали економісти в 19 ст. з метою закріплення *de ure* існуючих *de facto* державних монополій, що є застарілим для 21 ст. [13].

Під зловживанням монопольним (домінуючим) становищем деякі науковці розуміють особливий тип поведінки суб'єкта господарювання на ринку, яке означає використання ним своєї влади недоволеними способами, що суперечать конкуренції, через що спричинюється шкода суспільним інтересам, правам суб'єктів господарювання та споживачів [10, 5]. Більш коротко зловживання монопольним (домінуючим) становищем можна визначити як монополістичне правопорушення, тобто поведінка суб'єкта господарювання, що займає монопольне (домінуюче) становище на ринку, яка порушує норми законодавства про захист економічної конкуренції [4, 7]. Воно може бути скоєно лише суб'єктом, що займає монопольне (домінуюче) становище на ринку товарів.

АНТИКОНКУРЕНТНІ ДІЇ

Особливістю антиконкурентних дій є те, що, фактично, їх суб'єктом може бути будь-який суб'єкт господарювання, а не лише монополісти. Їх можна поділити на антиконкурентні дії суб'єктів господарювання та органів державної влади та місцевого самоврядування.

Антиконкурентні дії є правопорушеннями, тобто протиправними і винними діями суб'єктів господарювання, органів влади, місцевого самоврядування, адміністративно-господарського управління та контролю, що завдають або можуть завдати шкоди економічній конкуренції. Це правопорушення, що вчиняються вказаними суб'єктами і посягають на відносини у сфері реалізації свободи господарської діяльності та економічної конкуренції [5, 7].

Антиконкурентні дії ЗУ про захист конкуренції поділяє на анти конкурентні узгоджені дії та антиконкурентні дії органів влади.

АНТИКОНКУРЕНТНІ УЗГОДЖЕНІ ДІЇ

Згідно з ст. 5 ЗУ про захист конкуренції узгодженими діями є укладення суб'єктами господарювання угод у будь-якій формі, прийняття об'єднаннями рішень у

будь-якій формі, а також будь-яка інша погоджена конкурентна поведінка (діяльність, бездіяльність) суб'єктів господарювання; у тому числі створення суб'єкта господарювання, об'єднання, метою чи наслідком створення якого є координація конкурентної поведінки між суб'єктами господарювання, що створили зазначений суб'єкт господарювання, об'єднання, або між ними та новоствореним суб'єктом господарювання, або вступ до такого об'єднання.

В науковій літературі обґрунтовується доцільність закріплення на законодавчому рівні загально визнаного у світі поділу антиконкурентних угод на "вертикальні" та "горизонтальні", що дозволить правозастосовчим органам використовувати диференційований підхід при визначенні їх неправомірності та ступеню впливу на конкуренцію [12, 9].

На підставі аналізу зарубіжного досвіду, І.А. Шуміло зазначає, що одним з напрямків підсилення конкурентоспроможності вітчизняних товаровиробників є визначення категорій антиконкурентних угод, на які, за певних умов, не поширюється загальна заборона. Такими винятками повинні стати угоди між виробниками сільськогосподарської продукції; малими підприємствами, якщо вони не стосуються ціноутворення і не суттєво обмежують конкуренцію; угоди, спрямовані на впровадження нових технологій, розвиток науково-технічного прогресу, подолання кризових явищ в окремих галузях. При цьому необхідно передбачити, що визнання згаданих угод правомірними можливо лише на основі рішення антимонопольних органів, в якому зазначені умови та строк дійсності угоди, з обов'язковою публікацією рішення про надання такого дозволу в офіційних джерелах.

АНТИКОНКУРЕНТНІ ДІЇ ОРГАНІВ ВЛАДИ

Згідно з ч. 1 ст. 15 Закону про захист конкуренції антиконкурентними діями органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю є прийняття будь-яких актів (рішень, наказів, розпоряджень, постанов тощо), надання письмових чи усних вказівок, укладення угод або будь-які інші дії чи бездіяльність органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю (колегіального органу чи посадової особи), які призвели або можуть призвести до недопущення, усунення, обмеження чи спотворення конкуренції.

Їх особливістю є те, що суб'єктом порушення можуть бути лише такі групи суб'єктів: 1) органи влади; 2) органи місцевого самоврядування; 3) органи адміністративно-господарського управління. Важливо відмітити, що суб'єктом третьої групи може бути будь-який орган, незалежно від форми власності.

Аналіз цієї групи правопорушень, що розглядаються як обмежувальна діяльність, – антиконкурентних діянь органів влади, місцевого самоврядування та адміністративно-господарського контролю та управління надав підстави для науковців до висновку про доцільність встановлення в законодавстві загальної заборони на суміщення однією юридичною особою функцій державної влади, управління чи контролю та функцій господарювання, як не сумісних з ринковою економікою. Така норма сприяла б усуненню причин значної кількості антиконкурентних діянь, яких припускаються органи влади та управління [12, 9].

НЕДОБРОСОВІСНА КОНКУРЕНЦІЯ

Захист від недобросовісної конкуренції регулюється особливим Законом України "Про захист від недобросовісної конкуренції".

Добросовісну конкуренцію можна визначити як правомірну, з дотриманням норм чинного законодавства,

торгових та інших чесних звичаїв змагальність суб'єктів господарювання, метою якої є досягнення найбільш вигідних умов виробництва та реалізації товарів [4, 7]. Її антиподом є недобросовісна конкуренція, яку ст. 1 вказаного Закону визначає як будь-які дії у конкуренції, що суперечать торговим та іншим чесним звичаям у господарській діяльності.

Ст. 10 бис Паризької конвенції про охорону промислової власності встановлює, що країни Союзу зобов'язані забезпечити громадянам країн, що беруть участь у Союзі, ефективний захист від недобросовісної конкуренції. Актом недобросовісної конкуренції вважається будь-який акт конкуренції, що суперечить чесним звичаям у промислових і торговельних справах.

Наведемо деякі наукові визначення недобросовісної конкуренції. Ю. В. Журик визначає такі дії як протиправні, які вчиняються у конкуренційних відносинах (відносинах змагальності) суб'єктами господарювання і спрямовані на обмеження діяльності окремих суб'єктів господарювання (порушення їх прав та законних інтересів) або отримання певних переваг завдяки чужим досягненням [4, 7].

Натомість О.В. Безух розуміє недобросовісну конкуренцію як антиконкурентні дії суб'єктів господарювання чи бездіяльності, пов'язаних з порушенням чинного законодавства, торгових правил та звичок, прав на інтелектуальні продукти, вимог добросовісності і справедливості шляхом вчинків, здатних викликати змішування відносно підприємства, продукції або діяльності конкурента, ввести громадськість в оману, дискредитувати конкурента [2,5].

Більш коротко визначає недобросовісну конкуренцію В.С. Кулішенко як поведінку, що у будь-який спосіб суперечить правилам, торговим та іншим чесним звичаям підприємницької діяльності, у відносинах між конкуруючими суб'єктами господарювання [7, 7].

За своєю природою недобросовісна конкуренція дещо схожа на монополістичні правопорушення. В обох випадках є наявним порушення конкуренційного законодавства та загроза конкуренції.

Наведемо таке співвідношення недобросовісної конкуренції (далі – НК) та обмежувальної діяльності (далі – ОД).

1. НК та ОД – це порушення правил конкуренції.

2. В обох випадках наноситься шкода конкуренції як такий.

3. Присікання НК направлено на нечесні дії конкурентів проти конкретних конкурентів, а ОД – всіх суб'єктів господарювання та споживачів.

4. НК шкода наноситься як конкурентам, так і споживачам (прямо більш притаманно ОД).

5. ОД – направлено переважно на посилення влади на ринку, а для НК доля на ринку товарів не є критерієм для кваліфікації.

6. Переважно НК тісно пов'язано з правом промислової власності.

Подальшому науковому осмисленню підлягає розгляд конкурентних правопорушень через призму адаптації українського законодавства до вимог Європейського союзу.

1. Анохіна І. О. Правове регулювання діяльності суб'єктів природних монополій. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Д.: 2005. – 19 с. 2. Безух О. В. Захист від недобросовісної конкуренції у сфері промислової власності. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Д.: 2001. – 18 с. 3. Вінник О. М. Господарське право: Навчальний посібник: 2-ге вид., змін. та доп. – К.: Всеукраїнська асоціація видавців "Правова єдність", 2008. – 766 с. 4. Журик Ю. В. Розгляд Антимонопольним комітетом України справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К.: 2004. – 16 с. 5. Каштанов О. С. Правовий захист від антиконкурентних дій в економічній конкуренції. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Д.: 2005. – 18 с. 6. Корчак Н. Матеріально-правове значення презумпцій в інституті антимонопольного регулювання. – Підприємство, господарство, прав. – 2003. – № 1. – с. 6-9. 7. Кулішенко В. С. Захист від неправомірного використання ділової репутації суб'єктів господарювання у конкуренції. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Д.: 2003. – 18 с. 8. Макконнелл К. Р., Брю С. Л. Економікс: принципи, проблеми и политика: Пре. с. 14-го англ. изд. – М.: ИНФРА-М, 2005. – 972 с. 9. Мельник С. Б. Монопольне (домінуюче) становище суб'єкта господарювання на ринку. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Д.: 2001. – 20 с. 10. Саніахметова Н., Мельник С. Зловживання монополієм (домінуючим) становищем суб'єкта господарювання на ринку: поняття та види // Підприємство, господарство і право. – 2003. – № 1. – с. 3-5. 11. Чернелівська О. Л. Конкурентне законодавство України: формування, зміст та розвиток. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К.: 2006 – 16 с. 12. Шуміло І. А. Відповідальність за порушення законодавства про захист конкуренції. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Д.: 2001. – 18 с. 13. DiLorenzo, Thomas J. (1996). The Myth of the Natural Monopoly, The Review of Austrian Economics 9(2). – (с. 42-58) с. 58 // http://mises.org/journals/rae/pdf/rae9_2_3.pdf. 14. Рекомендація ВГСУ від 29 жовтня 2008 р. № 04-5/247 "Про деякі питання практики застосування конкурентного законодавства" – "Юридичний вісник України". – № 17. – 25.04.2009.

Надійшла до редколегії 24.12.10

УДК 349.2.

О. Тищенко, канд. юрид.наук, доц.

ПРАВОВИЙ ЗАХИСТ ВІД ДИСКРИМІНАЦІЇ ЗА ВІКОМ В ТРУДОВИХ ВІДНОСИНАХ: ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ

В статті аналізується протиправне явище дискримінації за ознакою віку в трудових правовідносинах, розглядаються проблеми правового регулювання захисту трудових прав працівників в процесі реалізації права на працю.

Ключові слова: ринок праці, дискримінація за віком, трудова діяльність, захист трудових прав.

В статье анализируется неправомерное явление дискриминации по возрастному признаку в трудовых правоотношениях, рассматриваются проблемы правового регулирования защиты трудовых прав работников в процессе реализации права на труд.

Ключевые слова: рынок труда, дискриминация по возрасту, трудовая деятельность, защита трудовых прав.

The article analyzes the phenomenon of illegal discrimination based on age in the employment relationship, the problems of legal regulation of labor rights in the implementation of the right to work.

Keywords: labor market, age discrimination, labor activities, protection of labor rights.

Тенденції соціально-економічного розвитку засвідчують, що ринок праці фіксує всі негативні явища, які породжує нестабільна економіка. Насамперед негаразди впливають на процес реалізації права на працю. В цих умовах значних проявів набуває жорстка конкуренція на ринку праці, що в свою чергу, призводить до суттєвого збільшення порушень трудових прав працівників у формі дискримінації. Проблема дискримінації у тру-

дових правовідносинах піднімалась в працях науковців Болотіної Н., Дуюнової О., Венедиктової В., Дашковської О., Жернакова В., Орловського О., Лаврів О., Лагутіної І., Кохан Н., Панькова Д., Панасюка О., Пилипенка П., Пузирного В., Черноус С., Ярошенка О. та інших. Утім, залишається малодослідженою проблема дискримінації за ознакою віку, яка в умовах сьогодення набула знач-

ного поширення на ринку праці та потребує комплексного вивчення та аналізу.

Досліджуючи загальнотеоретичні аспекти дискримінації у сфері праці, російська вчена Роговичене Л., визначає дискримінацію, як диференційоване відношення роботодавця до працівника чи групи працівників, які вирізняються за певною соціально-демографічною ознакою, що обмежує їх можливості в процесі трудової діяльності і на ринку праці. Підставою для дискримінації на ринку праці виступають расові, етнічні, гендерні, вікові та інші характеристики робочої сили [12, с.8]. Як слушно наголошує Руднева О., дискримінація в будь-якому випадку призводить до порушення фундаментального правового принципу – принципу рівності прав і свобод людини [13, с.15]. Спробуємо розглянути та проаналізувати дієвість функціонування правового механізму в Україні щодо недопущення протиправного явища дискримінації за віком на практиці.

Згідно ст.1 Конвенції Міжнародної організації праці (далі – МОП) №111 1958р., про дискримінацію в галузі праці та занять, термін "дискримінація" охоплює:

а) будь-яке розрізнення, недопущення або перевагу, що робиться за ознакою раси, кольору шкіри, статі, релігії, політичних переконань, іноземного походження або соціального походження і призводить до знищення або порушення рівності можливостей чи поведінки в галузі праці та занять;

б) будь-яке інше розрізнення, недопущення або перевагу, що призводить до знищення або порушення рівності можливостей чи поведінки в галузі праці та занять і визначається відповідним членом Організації після консультації з представницькими організаціями роботодавців і працівників, де такі є, та з іншими відповідними органами.

Будь-яке розрізнення, недопущення або перевага відносно певної роботи, що ґрунтується на її специфічних вимогах, дискримінацією не вважається [8]. Як бачимо, вказана Конвенція в переліку розрізнь, недопущень або переваг, які розглядаються як дискримінація, не містить поняття "вік", що не сприяє реалізації ефективного захисту працівників від поширення на практиці фактів дискримінації за віком. Не досить чітко, вважаємо, це питання врегульоване і в Конституції України, а саме: згідно ст.24 Основного Закону, 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 [5]. Поняття "інші ознаки" дозволяє нам зробити припущення, що до "інших ознак" слід відносити ознаку віку. Зрозуміло, що вказана нечіткість не допомагає створенню належних умов для дієвого захисту трудових прав працівників.

Щодо Кодексу законів про працю України (далі – КЗпП), то у ч.3 ст.22 даного нормативного акту уточнюється, що вимоги щодо віку, рівня освіти, стану здоров'я працівника можуть встановлюватися законодавством України [3]. Проблема полягає в тому, що на практиці здебільшого дана норма роботодавцями некоректно трактується як фактичний дозвіл встановлення обмежень трудової правосуб'єктності працівників за віковим критерієм. І при цьому ігнорується імперативне правило, що відповідні вимоги можуть встановлюватися лише законодавством. Хоча, на нашу думку, допустимість законодавчого закріплення можливості встановлення обмежень до праці на підставі віку, а саме факту досягнення особою певного віку, не узгоджується зі ст.43 Конституції України, згідно якої, кожен має право на

працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується. Держава створює умови для повного здійснення громадянами права на працю, гарантує рівні можливості у виборі професії та роду трудової діяльності [5]. В контексті даної норми звучить ст.11 Закону України "Про основні засади соціального захисту ветеранів праці та інших громадян похилого віку" від 16.12.1993 р. № 3721-XII, згідно якої, громадяни похилого віку мають право на працю нарівні з іншими громадянами, яке додатково гарантується державними цільовими програмами зайнятості населення. Забороняється відмова у прийнятті на роботу і звільнення працівника за ініціативою власника або уповноваженого ним органу з мотивів досягнення пенсійного віку [9]. На підставі наведених положень Законом України від 12.07.94р. №92-94-ВР було скасовано чинність п.1-1 ст.40 КЗпП, відповідно до якого трудовий договір, укладений на невизначений строк, а також строковий трудовий договір до закінчення строку його чинності міг бути розірваний власником або уповноваженим ним органом на підставі досягнення працівником пенсійного віку при наявності права на повну пенсію по старості [2, с.19]. На перший погляд, здавалося були усунуті протиріччя щодо даного питання і повсюдно пропагується принцип, що право на працю – довічне право людини. Проте деякі законодавчі акти продовжують містити обмеження за віком для окремих категорій працівників щодо реалізації їх права на працю. Зокрема, до таких працівників належать державні службовці, яким згідно ст. 23 Закону "Про державну службу" від 16.12.1993 р. № 3723-XII, встановлено граничний вік перебування на державній службі. А саме: граничний вік перебування на державній службі становить 60 років для чоловіків і 55 років для жінок. У разі необхідності керівник державного органу за погодженням з Начальником Головного управління державної служби при Кабінеті Міністрів України може продовжити термін перебування на державній службі, але не більш як на п'ять років. У виняткових випадках після закінчення цього терміну державні службовці можуть бути залишені на державній службі лише на посадах радників або консультантів за рішенням керівника відповідного державного органу [7]. Але враховуючи специфіку державної служби, слід визнати, що дана норма є цілком аргументованою і її не варто трактувати як дискримінаційну, хоча б тому що державна служба – це той особливий різновид діяльності, змістом якої є виконання функцій та завдань держави, що зумовлює необхідність встановлення додаткових вимог до осіб, які претендують обіймати відповідні посади в сфері державної служби. Як вказано в Рішенні Конституційного Суду України від 18.04.2000р. №5-рп/2000 (у справі про віковий ценз), Конституція України не містить терміна "ценз", проте встановлює відповідні кваліфікаційні вимоги до претендентів на певні державні посади. Це стосується кандидатів у народні депутати України (частина друга статті 76), претендентів на посаду професійного судді (частина третя статті 127), судді Конституційного Суду України (частина третя статті 148). Конституція України передбачає наявність певних кваліфікаційних вимог і до кандидата на пост Президента України (частина друга статті 103). Нерідко кваліфікаційні вимоги до окремих категорій державних службовців встановлюються відповідними законами України, зокрема до тих, які претендують на посади Голови та суддів Верховного Суду України, Голови та суддів Вищого арбітражного суду України, членів Вищої ради юстиції, членів Центральної виборчої комісії. Кваліфікаційні вимоги зумовлені родом і характером діяльності зазначених

посадових осіб, а тому не можуть розглядатися як обмеження громадян у користуванні рівним правом доступу до державної служби.

Аналогічним чином вирішено питання щодо кваліфікаційних вимог, включаючи вікові, до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. З огляду на особливу важливість його діяльності, змістом якої є здійснення парламентського контролю за дотриманням конституційних прав і свобод людини і громадянина, Верховна Рада України повноважна встановлювати кваліфікаційні вимоги до особи, яка претендує на цю посаду. Конституція України (стаття 101) цього не забороняє. До таких кваліфікаційних вимог належать, зокрема, життєвий досвід та соціальна зрілість, які набуваються лише з досягненням певного віку. Критерієм у законодавчому встановленні кваліфікаційних вимог до віку є доцільність [14]. Відповідно до Рекомендації МОП №162 1980р. щодо літніх працівників, літні працівники без дискримінації за віком повинні користуватися рівністю можливостей та ставлення нарівні з іншими працівниками, зокрема, стосовно доступу, з урахуванням їхніх особистих здібностей, досвіду та кваліфікації, до роботи за їхнім вибором як у державному, так і в приватному секторах; однак у виняткових випадках можуть встановлюватися вікові обмеження з огляду на особливі вимоги, умови або правила для деяких видів роботи [4, с.124]. Попри це, необхідно звернути увагу, що Конвенцією МОП №151 1978р. Про захист права на організацію та процедури визначення умов зайнятості на державній службі [4, с.69], не передбачається необхідність обмеження перебування на державній службі за віковим критерієм. Відтак, прослідковується тенденція до заборони дискримінації за віковим критерієм без допущення будь-яких винятків стосовно окремих категорій працівників.

В контексті реформування законодавства про працю, беззаперечно позитивним є включення до ст.4 Проекту Трудового кодексу України №1108, положення про заборону дискримінації у сфері праці, зокрема щодо заборони порушення принципу рівності прав і можливостей, пряме або непряме обмеження прав працівників залежно від віку [11], але залишається відкритим питання дієвої фактичної реалізації судового захисту трудових прав працівників, порушених у зв'язку з дискримінацією їх за ознакою віку. Аналіз інформації, яка міститься в пошуковій базі інтернет-ресурсу JOB.ukr.net, дає змогу констатувати, що 90% оголошень про вакантні посади містять вікову вимогу до претендентів. Таким чином нівелюються права на реалізацію своєї здатності до праці цілих поколінь громадян України, які досягли 40-річного віку. З огляду на це, правозахисники впевнені, що для подолання зростання дискримінації в Україні необхідно здійснити низку заходів. А саме: 1) розробити та прийняти рамковий закон про заборону дискримінації; 2) створити спеціальний антидискримінаційний орган державної влади; 3) впровадити механізм збору інформації про факти дискримінації, дії органів влади та надану допомогу жертвам дискримінації; 4) законодавчо забезпечити диверсифікацію відповідальності за дискримінацію та забезпечити невідворотність покарання за конкретні дискримінаційні дії: слід впровадити адміністративну відповідальність за вчинення конкретних адміністративних проступків в сфері дискримінації і розвивати культуру покарання за дискримінаційні дії; 5) запровадити на державному рівні навчальні та освітні програми з толерантності та протидії дискримінації [1].

До речі, слід наголосити, що дана проблема є актуальною не лише для України, а й для багатьох країн

Європейського Союзу, про що засвідчують дані проведеного опитування, представленого Єврокомісією. В ньому зазначається, що 58 відсотків усіх опитаних вважають, що в їхній країні панує вікова дискримінація. Дві третини респондентів переконані, що через економічну кризу слід очікувати збільшення вікової дискримінації на ринку праці. Страждають від цього не лише люди у віці, але й молодь, наголосили європейські експерти. Вони вказали на високий рівень безробіття серед молодих людей у багатьох країнах ЄС. Найбільш песимістичні оцінки пролунали від угорців, 79 відсотків яких вказали на вікову дискримінацію в своїй країні. На вікову дискримінацію особливо часто скаржаться також чехи (74 відсотки) та французи (68 відсотків) [6]. Актуальна проблема вікової дискримінації і в країнах колишнього Радянського Союзу, зокрема в Росії. За даними соціологічного дослідження, проведеного за ініціативою Департаменту Федеральної служби зайнятості Москви, 56 % респондентів зізналися, що під час прийому на роботу стикалися з віковою дискримінацією. Розпочинаючи пошук роботи, люди наштовхуються на психологічну стіну. Дізнавшись про зрілий вік претендента, роботодавець прагне якнайшоріше закінчити розмову. В результаті у цілої вікової групи людей складається спільна думка: середньостатистичній людині, старшій 45-50 років, працевлаштуватися практично нереально. Мабуть, найбільш неприваблива особливість – недооцінка жінок після сорока років. Жінку в цьому віці традиційно сприймають як "незатребувану кадрову одиницю", обтяжену до того ж особистими і сімейними проблемами. Такий підхід – просто ганьба для нашого суспільства, свідчення збережених стереотипів минулого. Статистика останнього десятиріччя у всьому світі показує, що цілеспрямовані жінки після сорока тільки розпочинають свою кар'єру. І це легко пояснюється і є закономірним: створена сім'я, підрастають діти, і у жінки з'являється можливість самореалізуватися, застосовуючи накопичений з роками професійний та соціальний досвід [10, с.19].

У зв'язку з цим, в законодавстві більшості країн світу останнім часом посилюється тенденція до впровадження більш жорсткого правового механізму регулювання заборони дискримінації за ознакою віку. Адже вік належить до особистих персональних даних працівника, які не повинні впливати на можливість особи працевлаштуватися.

Виходячи з наведеного, варто підкреслити, що стратегія формування цивілізованого суспільства, в першу чергу, має базуватися на повазі до людини, визнанні її найвищою соціальною цінністю держави, недопущення втручання в приватне життя особи, реального та дієвого впровадження заборони дискримінації, зокрема в сфері трудових правовідносин. Лише за таких умов Україна та її громадяни зможуть відчувати себе європейцями не тільки за географічним місцезнаходженням, а також за рівнем цивілізованості та демократичності правової системи, а відповідно рівнем захисту прав громадян.

1. В Україні все більше дискримінують за віком та станом здоров'я – Режим доступу: // <http://www.epochtimes.com.ua>. 2. Законодавство України про працю / Упоряд. І.В. Зуб – 2-ге вид., допов. – К.: А.С.К., 2002. – 304 с. 3. Кодекс законів про працю України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 25 серп.2010р.: К.: ПАЛИВОДА А.В., 2010. – 104 с. – (Кодекси України). 4. Конвенції и рекомендації МОТ: В 2 т. – Женева, 1991. 5. Конституція України (із змінами і доп.). – К.: Атіка, 2006. – 64 с. 6. Опитування: в ЄС розвивається дискримінація за віком – Режим доступу: // www.dw-world.de 7. Про державну службу: Закон України від 16.12.1993 р. №3723-ХІІ // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1993, N 52, ст.490. 8. Про дискримінацію в галузі праці та занять: Конвенція МОП №111 1958р. – Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua> 9. Про основні засади соціального захисту ветеранів праці та інших громадян похилого віку в Україні: Закон України від 16.12.1993 №3721-ХІІ // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1994, N 4, ст.18. 10. Проблема возраста в трудовых отношениях // Работа. Образова-

ние. – 2006. – №6 (215). – С.18-20. 11. Проект Трудового кодекса Украины №1108 – Режим доступу: <http://www.gada.gov.ua> 12. Рогавичене Л. Дискриминация на рынке труда современной России. Автореф. дисс. ... канд. экон. наук :08.00.05 / Л. И. Рогавичене. – СПб., 2009. – 21 с. 13. Руднева О.М. Поняття і сутність принципу недискримінації

// Проблеми законності. – 2010. – №110. – С.12-16. 14. Систематизоване зібрання правових позицій Конституційного Суду України. – К.: ВРУ, 2001. – 72 с.

Надійшла до редколегії 24.12.10

Б. Малишев, канд. юрид. наук

КАТЕГОРІЇ "ЦІЛЬ ПРАВА" ТА "ДОЦІЛЬНІСТЬ ПРАВА" У ПРАЦІ ГУСТАВА РАДБРУХА "ФІЛОСОФІЯ ПРАВА"

Стаття присвячена аналізу використання Г. Радбрухом телеологічного методу при розкритті змісту своєї концепції право розуміння.

Ключові слова: Радбрух, ціль права, доцільність права.

Статья посвящена анализу применения Г. Радбрухом телеологического метода при раскрытии содержания своей концепции правового понимания.

Ключевые слова: Радбрух, цель права, целесообразность права.

The article is devoted to the analysis of application of teleological method in G. Radbruch's conception of law.

Key words: Radbruch, purpose of law, expediency of law.

Густав Радбрух (1878-1949р.р.) є найвпливовішим правознавцем неокантіанського спрямування ХХ століття. Основні ідеї його праць активно використовуються багатьма відомими науковими юридичними школами сучасної Європи. Вчений залишив по собі досить великий науковий спадок, втім саме "Філософія права" (1932р.) [7] принесла Г. Радбруху всесвітнє визнання, оскільки містить цілісний виклад основних засад його праворозуміння.

На даний час дослідження наукових поглядів Г. Радбруха розпочато у статтях таких українських правознавців, як В. Бігун [1,2] та В. Дудченко [4]. Втім, у їхніх працях не у повній мірі висвітлено специфіку використання Г. Радбрухом у роботі "Філософія права" потенціалу телеологічного принципу пізнання права. В той же час у концепції праворозуміння, яка була розгорнута викладена Г. Радбрухом у зазначеній роботі, категорія "мета" та пов'язані з нею поняття, посідають одне з основних місць. Методологічно і змістовно вони відображені в усіх головних положеннях праці, однак при цьому залишаються поза увагою вітчизняної та російської юридичної літератури. Відтак метою цієї статті є аналіз ролі та місця категорії "мета" та телеологічного методу у вказаній роботі Г. Радбруха.

З самого початку необхідно вказати, що Г. Радбрух у руслі неокантіанської традиції розглядає право передусім в якості елементу культури, тобто як явище, що відноситься до цінностей. Він вважає, що поняття права неможна визначити інакше, ніж "данність", смисл якої полягає у реалізації ідеї права. Право – це дійсність, що іде до ідеї права. Це відношення не можна вписати в рамки простої антитези сущого та належного. Ідея права – цінність, право – віднесена до цінності дійсність, явище культури, культурна цінність [7, с.16,38].

Вчений розрізняє три складових частини ідеї права: 1) справедливості; 2) доцільності; 3) правова стабільності.

Справедливість вказує, що рівне слід врегульовувати однаково, і нерівне – неоднаково, але вона нічого не каже про критерії, у відповідності до яких те чи інше слід характеризувати як рівне та нерівне. Вона визначає лише відносини, але не вид регулювання. На ці два питання можна відповісти, виходячи з доцільності права.

Доцільність дозволяє визначити критерії, у відповідності до яких те чи інше явище слід характеризувати як рівне або нерівне. Доцільність – визначає вид регулювання, а справедливості – відносини. Однак на питання про цілі та доцільність не можна відповісти однозначно. Відповідь буде носити лише відносний характер і може бути отримана завдяки систематичному вивченню різноманітних правових, державних і партійно-політичних поглядів [7, с. 86].

Третя складова ідеї права – правова стабільність. Стабільності права вимагає позитивності права: якщо неможливо встановити, що є справедливим, то необхідно постановити, що повинно бути справедливим.

З трьох елементів правової ідеї Г. Радбрух вважав доцільність відносним елементом, релятивістським за своєю суттю. Стосовно ж справедливості та правової стабільності він вказував, що вони знаходяться над суперечностями державно-правових поглядів, над боротьбою політичних партій. На думку вченого, існування правопорядку є важливішим, ніж його справедливості і доцільності.

При характеристиці категорії "суб'єкт права" вчений також звертається до телеологічної термінології. Більше того, за допомогою неї він обґрунтовує принцип рівності: "...суб'єкт права – не основна, але необхідна і всезагальна юридична категорія, оскільки суб'єкт права – істота, яка розглядається певним, історично даним правом як самоціль. Об'єкт права трактується як звичайний засіб досягнення певної цілі. Самоціль виключають систему підпорядкування одне одному. Тому поняття особи – поняття рівності" [7, с.146].

Отже, у даному випадку ми бачимо досить цікаве обґрунтування принципу рівності у праві за допомогою методологічної конструкції "людина як суб'єкт права=самоціль", яка знаходиться у повній відповідності з широко відомим постулатом І. Канта ("з людиною ніколи не можна поводитися лише як з засобом досягнення цілі іншої людини") [5, с.366].

Далі, розглядаючи процесуальний бік права, Г. Радбрух звертає увагу на те, що право, будучи інструментом для досягнення цілей держави, тим не менш має здатність діяти в ім'я свого власного буття, жити як самоціль за власними законами. На практичному рівні це видно на прикладі автономізації механізму функціонування права і правосуддя, які завжди відмежовуються від цілеспрямованої діяльності органів законодавчої і виконавчої влади. На думку автора, в цьому виражається смисл основного принципу незалежності суддів. Функціонування даного принципу обумовлено тезою про те, що правова система і система державної влади не ідентичні, і що право, яке підкоряється власним законам, протистоїть державі. Продемонстрований вище взаємозв'язок між правом та його метою: виникнення права з мети і в той же час незалежність його дії від цієї мети – ілюструється автором прикладом взаємовідносин між матеріальним і процесуальним правом: мета процесуального права полягає у тому, щоб допомогти реалізації матеріального права. Але воно діє безумовно, і навіть замість того, щоб служити меті реалізації матеріального права, може перешкоджати цьому [7, с.195].

Отже, вчений є прихильником тієї точки зору, що право, будучи багато в чому залежним від держави (а конкретніше – від цілком історично-конкретних представників політичної еліти певного суспільства), разом з тим є і самоціллю, тобто явищем, розвиток якого обумовлений досягненням власної мети, яка є незалежною від мети держави.

З викладеного вбачається, що у "Філософії права" фігурують дві різні за змістом телеологічні категорії, які відіграють надзвичайно важливу роль при аналізі праворозуміння Г. Радбруха: 1) доцільність права; 2) ціль права.

Доцільність права Г. Радбрух розглядає по-перше, у взаємозв'язку з державою, з її правотворчою та правозастосовною (за виключенням діяльності судів) функцією; по-друге, в якості суб'єктивного за своєю сутністю явища. Саме з суб'єктивного характеру доцільності і впливає релятивізм її змісту. Власне кажучи, доцільність права тут збігається з метою держави. Тому автор часто характеризує доцільність права через поняття "політика права". Незважаючи на деякі лінгвістичні нюанси, саме у розрізі доцільності слід розуміти відоме твердження Г. Радбруха про те, що "оскільки право переважно виражає волю держави, а держава у великій мірі є правовою установою, то питання про ціль права і ціль держави є нероздільними" [7, с.64].

В той же час ціль права є об'єктивною за своєю природою, вона не залежить від держави. Так, вчений пише: "при постановці питання про ціль права інтерес викликає не емпіричні аспекти цілепокладання (тобто доцільності – Б.М.), які могли б розглядатися як джерела виникнення права, а "надемпірична" ідея права, яка повинна слугувати критерієм істинності права" [7, с.64].

У чому для Г. Радбруха полягає ціль права? Слід відмітити неоднозначність позиції автора у відповіді на вказане питання, оскільки у різних частинах роботи він в якості цілі права розглядає одну з трьох цінностей: 1) справедливості; 2) правову безпеку; 3) Добро.

Так, на початку автор вказує на те, що смисл права полягає у служінні справедливості [7, с.41, 44]. Однак далі він спеціально наголошує, що ціль права – це правова стабільність (безпека). На його думку, правова стабільність є цінністю, і може слугувати виправданням для дії несправедливого та недоцільного права. Наскільки не було б несправедливим право за своїм змістом, воно завжди досягає однієї цілі вже навіть простим фактом свого існування – правової стабільності (безпеки) [7, с.99-100].

Разом з тим у спеціальному параграфі, присвяченому цілі права, Г. Радбрух акцентує на тому, що право покликане служити Добру, яке є критерієм істинності права [7, с.65].

Проте більш детальний аналіз праці дає нам підстави вважати, що вчений ототожнює Добро і справедливість (справедливість є формою морального Добра) [7, с.42].

З іншого боку, після практичної реалізації фашистським режимом у Німеччині принципу примату правової стабільності у вигляді, за виразом самого автора, "законного неправу" [7, с.235], Г. Радбрух, як відомо, визнає верховенство справедливості (у формі вимоги дотримання принципу рівності) як прояву природного права над позитивним правом (цінність якого полягає у правовій стабільності і порядку) у тому випадку, коли у процесі прийняття закону принцип рівності свідомо заперечується [7, с.226, 233-234].

Таким чином, ціллю права є справедливість як моральна форма найвищої етичної цінності – Добра. В той же час сутністю правової справедливості є рівність [7, с.203], тобто "однакове регулювання рівних та від-

повідно неоднакового регулювання різних людей та відносин" [7, с.86].

Виходячи з викладеного, метою права за Г. Радбрухом є рівність.

В той же час, як було вже зазначено вище, критерії, відповідно до яких те чи інше слід характеризувати як рівне та нерівне, визначаються доцільністю, тобто цілями держави як основного правотворчого суб'єкта. Зважаючи на це, взаємозв'язок між категоріями "ціль права" та "доцільність права" у концепції Г. Радбруха зводиться до відносин між принципом рівності та доцільністю, а також до їхніх взаємозв'язків з правовою стабільністю. Автор наголошує на тому, що субординація між трьома зазначеними явищами є відносною: "всі три елементи права тісно взаємопов'язані, але в той же час суперечать одне одному" [7, с.88].

Такий стан Г. Радбрух називає антиноміями ідеї права і зазначає, що справедливість та доцільність висувають протилежні вимоги. Справедливість є рівністю, а рівність вимагає всезагальності правових норм. Справедливість має певну узагальнюючу дію. Але рівність у дійсності не є щось абстрактне, вона завжди є лише як абстракція даної нерівності, що розглядається з певної точки зору. З точки ж зору доцільності будь-яка нерівність залишається істотною. Доцільність необхідно максимально індивідуалізувати. У свою чергу справедливість та доцільність вступають у протиріччя з правовою стабільністю. Правова стабільність – це феномен позитивного права. А воно діє без врахування власної справедливості і доцільності. Позитивність – це факт. Позитивне право передбачає наявність влади, яка його встановлює. Виходить, що право і факт, право і влада хоча і суперечать одне одному, але виступають у тісному взаємозв'язку. Правова стабільність вимагає не лише дії правової норми, яку встановлює влада і яка реалізується на практиці. Вона висуває також вимоги до змісту норм права. Вимагає більш гарантованого застосування права, його ефективності. Це в свою чергу посилює ті риси права, які входять у протиріччя з індивідуалізуючою доцільністю. Наприклад, право проводить чітку межу там, де у житті відбуваються плавні переходи, або приймає до уваги у фактичному складі лише зовнішні симптоми замість дійсно важливих фактів [7, с.88-89].

Втім, автор не пропонує ані чіткого алгоритму, ані хоча б вказівки на напрямки вирішення цього глобального внутрішнього протиріччя між трьома складовими ідеї права, обмежившись висловом про те, що "філософія не повинна вирішувати проблеми, її обов'язок – ставити питання для вирішення" [7, с.91].

При цьому вчений зауважує, що у різні епохи пріоритет віддавався різним елементам ідеї права: у поліцейській державі первинною була доцільність; в час панування ідей природного права із формального принципу справедливості намагалися розгорнути весь зміст права; під час панування юридичного позитивізму на перше місце виходила правова стабільність [7, с.91]. Разом з тим на думку Г. Радбруха, суть права полягає у тому, що вказані три елементи ідеї права перебувають у своєрідному взаємно стримуючому відношенні і таким чином несуть всю конструкцію, подібно тому, як контрфорси підтримують будову готичного собору.

Зважаючи на те, що для Г. Радбруха право належить до сфери цінностей, то критично важливого значення набуває питання про підхід до самих цінностей. Іншими словами, які цінності слід покласти в основу права: індивідуальні, колективні чи творчі? При цьому творчі цінності суперечать індивідуальним, а колективні – індивідуальним. Розв'язання цього питання вчений здійснює також при активному використанні категорії "ціль".

Так, він визначає призначення права і держави зважаючи на те, що для індивідуалізму кінцевою метою є свобода; для колективізму (або надіндивідуалізму чи авторитаризму) – нація; для трансперсоналізму – культура. З точки зору індивідуалістського суспільства (яке є суспільством у прямому смислі слова) право і держава є ланками, що пов'язує індивідів. З точки зору колективістського суспільства (яке скоріше є спільнотою колективів людей) право і держава є єдиним цілим, що стоїть над індивідами. З точки зору трансперсоналістського суспільства (яке скоріше є співтовариством) – держава і право є зв'язком людей з чимось, що знаходиться поза ними: спільною працею, спільною творчістю.

На думку вченого, існування трьох точок зору на право і державу пояснюється можливістю виділяти різні елементи одного неділюмого цілого. При цьому він зауважує, що не існує держав або правових систем, побудованих на основі трансперсоналізму.

Підсумовуючи вищевикладене, відмітимо наступне.

Г. Радбрух визнає телеологічну обумовленість права, яка присутня у його концепції, у двох вимірах: об'єктивному (ціль права) та суб'єктивному (доцільність права). При цьому категорія "ціль права" є набагато важливішою для розкриття сутності права, ніж категорія "доцільність права".

Ціль права розуміється автором як іманентно притаманна праву властивість регулювати суспільні відносини на основі рівності. При цьому він отожднює рівність, справедливість та добро. Однак така позиція є досить вразливою для критики. Наприклад, є очевидним, що з юридичної точки зору вказане отожднення є некоректним, адже принцип рівності за своїм змістом є значно вужчим, ніж принцип справедливості. Крім того розгляд рівності в якості основної мети права є явно недостатнім, що побічно підтверджує і сам Г. Радбрух, вказуючи, що для індивідуалістських суспільств (які є більш прогресивними, ніж колективістські) кінцевою метою є свобода. Безсумнівною є те, що свобода також має свій відмінний від рівності та справедливості юридичний зміст.

Так, сучасна юридична наука визнає взаємозв'язок між вказаними принципами, проте досліджує їх в якості автономних явищ [6].

Питання про пріоритет об'єктивного або суб'єктивного телеологічного виміру у правовому регулюванні логічним чином перетворюється у класичну дилему стосовно первинності права чи держави. Вчений вказує на те, що взаємовідносини між ідеєю права та ідеєю держави характеризуються крайньою напруженістю: "Право поряд з метою держави "служить" ідеї, яка може вступити у конфлікт з більш близькою їй ідеєю держави – ідеєю правової стабільності і найбільш чужою для держави ідеєю справедливості. Держава, звичайно, включає, так би мовити, заднім числом, справедливість і правову стабільність у число своїх цілей і є готовою заради них

частково пожертвувати своєю сутністю" [7, с.201]. Вище була показана еволюція поглядів Г. Радбруха на розв'язання вказаної дилеми: на момент видання "Філософії права" вчений однозначно вказував на пріоритет держави, в той же час після Другої світової війни він змінює свою точку зору і визнає пріоритет ідеї справедливості (у формі рівності) над правовою стабільністю.

Досить показовим є те, що у концепції Г. Радбруха не знайшли свого місця права людини, незважаючи на те, що з точки зору практичного виміру права як соціального регулятора такі цінності як справедливість, добро, свобода, рівність набувають реального юридичного змісту (тобто перестають бути моральними категоріями або філософськими абстрактними ідеями) лише внаслідок їх виразу та конкретизації у правах людини, особливо у тих з них, які відносяться до невід'ємних та невідчужуваних. Як вірно у зв'язку з цим зазначається у літературі, "завдання прав людини – підтверджувати реальність справедливості" [3, с.116]. В той же час Г. Радбрух, розглядаючи ідею правової держави, не погоджується з позитивістським трактуванням критерію обмеження державної волі, який є суто формальним ("Держава наділяється правом видавати закони лише з метою гарантувати їх дію. Ця гарантія була б пустим звуком, якщо сама держава звільнилася від підкорення цим законам" [7, с.202]), але разом з тим так само критично ставиться і до природно-правового критерію обмеження державної влади. Тим самим вчений по суті не підтримує позицію про те, що права людини є метою права.

Проте у ракурсі теми цієї статті найбільш важливим є акцентування Г. Радбрухом на існуванні закономірностей автономного існування права, які є відокремленими від держави, політичних еліт. Використовуючи сучасну теоретико-правову термінологію, в даному випадку йдеться про те, що вчений розглядав мету права як таку, що існує в незалежності від мети суб'єкта правотворчості – держави.

Напрямок подальших наукових розвідок наукової спадщини Г. Радбруха може бути проблематика розуміння вченим принципу рівності, а також вивчення шляхів розкриття ним питань взаємозалежності та взаємодії держави і права.

1. Бігун В.С. Густав Радбрух – видатний німецький філософ права // Проблеми філософії права. – 2004. – Том II. – С.33-48.
2. Бігун В. Філософія правосуддя як критерій розмежування неправового та правового законодавства (прикладна філософія Г. Радбруха) // Юридична Україна. – 2009. – №11. – С.4-9.
3. Глухарева Л. И. Права человека в современном мире (социально-философские основы и государственное правовое регулирование). – М.: Юрист, 2003. – 303с.
4. Дудченко В.В. Антиномії права в ученні Густава Радбруха // Часопис Київського університету права. – 2005. – №3. – С.38-44.
5. Кант И. Собрание сочинений в 8 томах: Том 6. / Пер. с нем. – М.: ЧОРО, 1994. – 612 с.
6. Погребняк С.П. Основоволожні принципи права (змістовна характеристика). – Х.: Право, 2008. – 238с.
7. Радбрух Г. Філософія права / Пер. с нем. – М.: Международные отношения, 2004. – 240 с.

Надійшла до редколегії 24.12.10

Ю. Цветкова, канд. юрид. наук

ДО ПИТАННЯ ПРО ПОДІЛ РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СІМ'І НА ПІДСІМ'І

В статті пропонується обґрунтування поділу романо-германської правової сім'ї на підсім'ї північно-західного, південно-західного та східно-європейського права.

Ключові слова: порівняльне правознавство, романо-германська правова сім'я.

В статье предложено обоснование разделения романно-германской правовой семьи на подсемьи.

Ключевые слова: сравнительное правоведение, романно-германская правовая семья.

The article proposes the division of the Roman-German legal family to the North-Western, South-Western and Eastern European subfamilies.

Key words: comparative law, Roman-German legal family.

Романо-германська правова сім'я в світі є найбільшою сім'єю за кількістю держав, що до неї входять. На-

віть відповідно до вузького розуміння складу романо-германської сім'ї до неї беззаперечно включають усі

держави континентальної Європи. Разом з тим, практично усі дослідники погоджуються з думкою, що правові системи окремих країн романо-германської сім'ї інколи дуже сильно відрізняються одна від одної. Така ситуація призвела до численних пропозицій про поділ романо-германської правової сім'ї на підгрупи або, як їх ще називають, на підсім'ї.

Поділяти романо-германську правову сім'ю на підсім'ї пропонують практично усі відомі компаративісти. Більшість із дослідників, зокрема, Р. Давид [1], Цвайгерт і Кьотц, М.Н. Марченко [2], М.В. Савчин [3], О.Ф. Скакун [4] виділяють групи романських та германських держав. Деякі дослідники, такі як А. Есмен, Г. Сюзер – Холл, Д. Вігмор виділяють окремо слов'янську або руську підсім'ю [5]. Не заперечуючи можливості існування таких поділів, на думку автора статті він не відбиває усі тонкощі та особливості правових систем європейських держав романо-германської правової сім'ї.

Нам здається, що іншим варіантом поділу романо-германської сім'ї на підсім'ї може бути поділ на північно-західну, південно-західну та східно-європейську підсім'ї. Цей поділ можна провести на підставі чотирьох основних параметрів державно-правового розвитку, які є тісно пов'язаними один з одним: географічного, історичного, економічного та релігійного.

Першою у запропонованій класифікації є група північно-західних держав, до якої входять Франція, Німеччина, Нідерланди, Швейцарія, Австрія, Бельгія, Люксембург та деякі інші. Крім спільного географічного розташування (на північ від Альпійської гряди) ці держави об'єднує схожий історичний економічний шлях розвитку, який не міг не вплинути на вибір релігії – в усіх цих державах переважає протестантизм.

Державність у цих країнах розвинулася дещо пізніше порівняно з південно-західними європейськими державами, які були колись державами інститутів Стародавнього світу. Крім того, починаючи з самих перших етапів свого розвитку, зокрема з феодалізму, державний лад північно-західних європейських держав мав свої характерні риси – відносну децентралізованість та слабкість королівської влади, елементи станової феодальної демократії, боротьбу за інвеституру між світськими та церковними владами.

Внаслідок більш холодного клімату зазначені держави досить швидко відмовилися від сільського господарства як основної економічної галузі та акцентували свою увагу на промисловості та торгівлі. Ця зміна класичних економічних пріоритетів призвела до більш швидкої появи на їхніх теренах буржуазії та кризи усієї феодальної системи, включно з послабленням королівської та папської влади. У північно-західній Європі зародився та поширився протестантизм, який охопив широкі кола різних верств суспільства та ще пришвидшив активність буржуазії та державно-правові реформи.

Саме у північно-західних європейських державах почалася хвиля буржуазних революцій, що змінили не лише форму їхнього державного правління з абсолютних монархій на республіки або обмежені монархії, а й суттєво вплинули на розвиток права. Багато класичних правових інститутів сучасності такі як права і свободи людини і громадянина, принцип розподілу влади в державі, відокремлення діяльності релігійних організацій від державних інститутів були започатковані та вперше реалізовані саме тут.

Рецепція римського права, проведення якої є безперечною ознакою включення правової системи держави до романо-германської правової сім'ї, відбувалася в цих державах дуже специфічно. Впливове міщанство (у феодальний період) а пізніше буржуазія (за нового часу)

ставилися до римського спадку раціонально та утилітарно: запозичувалися не стільки правові норми та громіздкі правотворчі конструкції, скільки правові механізми та доктрини, на досвіді яких формувалися існуючі місцеві звичаєві норми, які набагато краще відповідали вимогам свого часу та місцевим обставинам життя.

Через активний розвиток промисловості та торгівлі ці держави першими почали кодифікаційні роботи та уніфікацію правових норм, причому акценти в першу чергу ставилися на приватних галузях права – цивільному, сімейному, торговельному тощо. Такий напрям у розвитку правової системи більше за все цікавив буржуазію та був вкрай необхідним для її успішної діяльності. Характерними рисами для правових систем цих держав є проголошення принципів святості приватної власності, свободи підприємницької діяльності, свободи договору, мінімальне втручання держави у підприємництво та торгівлю.

Не дивлячись на постійні зусилля в цьому напрямку, сильна буржуазія північно-західних європейських держав не завжди мала значний вплив на державні інститути, а отже наполягала на запровадженні принципів невтручання державних органів в особисте життя, ринкової економіки з мінімальним державним впливом, дотримання особистісних прав і свобод, переваг приватних галузей права над публічними, незалежної судової влади тощо. Саме цими тенденціями, наприклад, пояснюється визначна роль у правозастосуванні у цих державах нотаріусів, в тому числі й приватних, дії яких можуть створювати юридичні факти нарівні з державними органами.

Через свою консервативність та підтримку феодальної моделі суспільства католицизм дуже швидко втратив свої позиції серед новоствореної буржуазії а згодом і серед більшості населення північної Європи. А поширення протестантизму у північній Європі стало додатковим чинником відмежування її від південної Європи, і також не могло не вплинути на своєрідну еволюцію правових систем цих держав. Тут досить рано почалася секуляризація державних та правових інститутів, зменшення ролі церковного права, об'єднання галузей цивільного та сімейного права.

Правові системи південно-західних європейських держав романо-германської правової сім'ї мають дещо інші особливості розвитку, які, тим не менш так само логічно обґрунтовані специфікою еволюції їхніх суспільств.

В першу чергу слід зазначити що саме на півдні Європи створився та розвивався античний Рим. Звичайно, деякі землі північної Європи також входили до складу Римської імперії за часів її максимального розміру, але в багатьох випадках таке включення було формальним: населення цих територій не було повністю римським ані за національністю, ані за культурою, а само панування Риму було короткостроковим. Землі південної ж Європи входили до складу Римської держави століттями, а отже й вплив римського права, римської культури, римської моделі управління суспільством та державою тут був набагато більшим та стійкішим. Римські державно-правові традиції перейшли до південно-західних європейських держав плавно, досить суцільно й без століть перерви, як це було на півночі.

Рецепції римського права як цілеспрямованої діяльності тут практично не було, адже римське право на півдні Європи при переході від античності до середньовіччя повністю й не зникло [6]. Класичні римські кодекси на початку середньовіччя були вульгаризовані та оброблені відповідно до місцевих потреб, але все одне перенесли до південно-європейських правових систем значну кількість своїх правових норм та навіть цілих інститутів. Цей процес був жорстко узгоджений з нор-

мами та доктринами християнства, адже з початку середньовіччя та до сьогодення держави цього регіону залишаються католицькими. Зрозуміло, що порівняно з середньовіччям роль церкви в регулюванні суспільних відносин та формуванні правосвідомості населення на сучасному етапі суттєво зменшилася. Починаючи з періоду революцій та нового часу на півдні Європи так само як і на півночі проводилася секуляризація. Однак тут її результати не були такими глобальними і католицька церква зберегла свою впливову роль.

На півдні Європи, особливо в Італії, не відбувалося й такого жорсткого протистояння фінансово впливової буржуазії та родової феодалної аристократії. Фактично, в багатьох випадках вони були поєднані, як, наприклад, родини Медичі та Борджіа, що теж можна відзначити як один із впливів Римської держави, де після реформ Сервія Туллія встановився саме такий суспільний лад при якому поняття знатності та багатства роду практично ототожнювалося. Як наслідок, південна Європа не зазнала бурхливих буржуазних революцій та стрімкої й радикальної зміни правової системи з феодалної до буржуазної.

В подальшому тенденція об'єднання владного та майнового впливу на державну політику й суспільство зберігалася недоторканою та благополучно дожила до наших днів. На відміну від північної Європи де політичні дії займаються державною службою професійно десятиліттями, і особа частіше не змішує у своїй діяльності "великий бізнес" та "велику політику", у південній Європі на високі посади у ієрархії державної служби претендують крупні бізнесмени, як, наприклад, прем'єр-міністр Італії С. Берлусконі.

Якщо розвиток правових та державницько-управлінських інститутів у північній Європі відбувався революційними стрибками, то у південній мала місце поступова плавна еволюція, при якій державницько-правові традиції змінюються та поступово трансформуються під впливом обміну досвідом з сусідами. Наприклад в межах однієї Італії століттями існували пліч-о-пліч торговельні республіки та монархічні князівства; типові феодалні інститути сюзеренітету-васалітету та вільні купецькі корпорації з цивільними правовідносинами рівня будь-якої північноєвропейської держави нового часу.

Не дивлячись на подібну різноманітність у суспільно-державному житті, правові системи південноєвропейських держав з самого початку їхнього існування були набагато більш цілісними ніж у північній Європі. Види феодалного права (маноріальне, сюзеренно-васальне, торговельне, цехово-гільдійське та інші) не розрізнялися докорінно за змістом, структурою та правотворчою технікою, а отже, при переході до нового буржуазного часу не вимагали такої значної корекції й уніфікації. Через це й кодифікації у південній Європі не були такими потрібними як у північній та відбувалися скоріше як данина загальноєвропейській традиції.

Постійна підприємницько-торгівельна активність південноєвропейських держав призвела до швидкого розвитку та вдосконалення на їхніх теренах інститутів а згодом й галузей приватного права, які практично остаточно сформулювалися ще до епохи Відродження. Отже, тут дуже рано думка юристів та науковців звернулася на вдосконалення інститутів публічного права. Так к XIX століттю, к моменту формування сучасних правових сімей, інститути публічного та приватного права були тут більш врівноважені між собою порівняно з північною Європою, де приватне право переважало. Саме південна Європа принесла до романо-германської правової сім'ї значну долю інститутів фінансового, банківського, податкового та адміністративного права.

До підсім'ї східноєвропейських держав можна включити такі країни як Греція, Сербія, Болгарія, Україна, Російська Федерація, Білорусія тощо.

Відокремленість держав цієї підсім'ї від західноєвропейських була закладена ще при поділі Римської держави на Західну та Східну (Візантійську) імперії, а в подальшому заглиблена через близькість східної Європи до мусульманського сходу.

Протягом усього свого історичного розвитку та до сьогодення держава, суспільство та право східноєвропейської сім'ї значно відрізняється від західноєвропейської. Цей поділ настільки суттєвий, що деякі компаративісти взагалі виключають найбільш відмінні держави цієї групи із романо-германської правової сім'ї, обґрунтовуючи існування інших сімей: євро-азійської та пост-соціалістичної та т.п.

Із самого свого становлення та до сучасності східноєвропейські держави вважають сільське господарство основою своєї економіки, навіть якщо прибутки цієї галузі і не становлять більшу долю державного бюджету. Для суспільного ладу цих держав з античних часів і до XXI ст. є характерним поділ населення в першу чергу на сільське та міське, а вже в другу чергу – в межах зазначених категорій – на знатних та незнатних; заможних, середніх та бідних; владно-впливових та пересічних. На відміну від західноєвропейських, у східноєвропейських суспільствах протистояння прошарків між собою ніколи не було активно розвинутим, а більш типовим є об'єднання прошарків між собою для протиставлення з владними структурами та всією державною системою, як, наприклад, повстання Б.Хмельницького [7].

Державний лад східноєвропейських держав починаючи з візантійського періоду тяжіє до централізованої сильної влади та унітаризму в територіальному устрої. Протягом свого історичного розвитку усі східноєвропейські держави втратили монархічність та на даному етапі свого існування є республіками або із впливовим президентом, або з переважанням в парламенті однієї численної політичної сили. Зазначена особливість централізації влади є наслідком тривалої специфіки розвитку цих держав, пов'язаної з двома основними чинниками. Першим є те, що протягом століть вони перебували на кордоні із потенційно ворожим східним світом у стані постійної готовності до бойових дій та консолідації усіх своїх внутрішніх резервів, а через це влада була повинна не допускати ані найменших послаблень свого авторитету та впливу всередині держави, а населення здебільшого з цим свідомо погоджувалося. Другим чинником була і залишається вже зазначена сільськогосподарська спрямованість економіки східної Європи, адже за загальними світовими тенденціями сільськогосподарські країни більше ніж торговельно-промислові є схильними до централізації влади.

Загальна централізація влади у державах східноєвропейської підсім'ї призвела до характерної для них унітарності у територіальному поділі та слабкого й малоповноважного місцевого самоврядування (порівняно із державами південно-західної й північно-західної підсім'ї) [8].

Починаючи з XI ст. та до сьогодення східноєвропейські держави перебувають під впливом православної церкви, а більшість їхнього населення визнає себе православними. На відміну від католицької, православна церква як правило не протиставляла себе світським правителям, а якщо боротьба між ними за владу й мала місце, відбувалася вона приховано, на самих вищих рівнях, не зачіпаючи великі прошарки пересічного населення та не створюючи революційних ситуацій в суспільстві та державі. Наслідком такого становища церкви у східноєвропейських державах стала її співпраця з

державними органами та взаємна підтримка при будь-яких обставинах[9]. У державному ладі це призвело до об'єднання церковних та світських інститутів влади та додаткових чинників на користь централізації державних органів. У суспільному ладі така політика церкви призвела до появи специфічного суспільного поділу, де на відміну від традиційних західноєвропейських прошарків духовенство – дворянство – міщанство – селянство створилася двіривнева схема, при якій у вищому прошарку знаходилися представники духовенства, правитель та наближене до нього дворянство, а на нижчому – поодинокі особи з дрібного духовенства, більша частина дворянства, міщанство, селянство.

В праві така політика взаємодії церкви та держави призвела до більшої узгодженості світського державного права та релігійних канонів, суттєво меншої та проведеної на століття пізніше (порівняно із західною Європою) секуляризації права, відсутності жорсткого поділу феодального права на види (торгівельне, васальне і т.п.), пізнішого та не такого яскравого розподілу галузей на публічні та приватні, привілейованості галузей публічного права щодо приватних тощо.

Щодо джерел – форм права, то й тут східноєвропейська підсіма має свої особливості в межах романо-германської сім'ї. Як відомо, основним джерелом формою права у романо-германській правовій сім'ї виступає нормативно-правовий акт, у галузях приватного права та у багатьох інститутах публічного активно використовується нормативно-правовий договір та правовий звичай, чільне місце посідають правова доктрина та правовий прецедент. Східноєвропейська підсіма, зберігаючи загальні принципи ієрархії, властиві усій сім'ї, разом з тим, має свою специфіку. Так нормативно-правовий акт у цих державах займає безспірне переважне перше місце, загальна кількість нормативно-правових актів у системі права є настільки великою, що більшість дослідників навіть ведуть розмову про систему законодавства, інколи якщо не отожднюючи її з сис-

темою права, то визначаючи їх спільність на 70 – 80 відсотків. Східноєвропейська система має великий дисбаланс за кількістю та реальним правозастосуванням між законами та підзаконними актами на користь останніх.

Укладання нормативно-правових договорів у східноєвропейській підсімі навіть у галузях приватного права сильно регламентується як за формою, так і за змістом нормативно-правовими актами. Правовий звичай та правовий прецедент (порівняно із західноєвропейською підсімою) використовуються в виключних поодиноких випадках, а інколи й взагалі не визнаються.

Через великий масив нормативно-правових актів у східноєвропейській підсімі більш активно ніж у інших підсімах романо-германської правової сім'ї використовуються різноманітні способи систематизації законодавства, причому перевага віддається кодифікації.

Таким чином, підсумовуючи вищезазначене на нашу думку як в сучасних умовах, так і в історичному процесі формування правових систем романо-германської правової сім'ї можна говорити про її розподіл на підсіми північно-західного, південно-західного та східноєвропейського права.

1. Р. Давид, К. Жоффре-Спинози Основные правовые системы современности. – М.: "Международные отношения", 1998. – С. 54 – 55.
2. Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. Общая часть – М.: "Зерцало", 2001. – С. 263.
3. Савчин М.В. Порівняльне правознавство. Загальна частина. – К.: ЦНЛ, 2005. – С. 149-150.
4. Скакун О.Ф. Общее сравнительное правоведение. – К.: Ин Юре, 2008. – С. 86-88.
5. Скакун О.Ф. Общее сравнительное правоведение. – К.: Ин Юре, 2008. – С. 64-67.
6. Соколовский П.Е. Рецепция римского гражданского права у современных народов и его прямое значение для России // Римское право в университетах Святого Владимира. За ред. проф. І.С. Гриценка – К.: "Либідь", 2010. – Т. 1. – С. 315.
7. В.М. Литвин, В.М. Мордвинцев, А.Г. Слюсаренко Історія України. – К.: "Знання", 2008. – С. 263.
8. Іжа М.М. Політико-правові аспекти становлення регіонального рівня управління в країнах Східної Європи // Порівняльне правознавство. Сучасний стан і перспективи розвитку. – К.: "Логос", 2009. – С. 292 – 295.
9. Смыкалин А.С. Особенности взаимоотношений РПЦ и Российского государства: история и современность // Порівняльне правознавство. Сучасний стан і перспективи розвитку. – К.: "Логос", 2009. – С. 184-191.

Надійшла до редколегії 24.12.10

УДК: 346:58

В. Поєдинок, канд. юрид. наук, В. Назарова

ПРАВОВІ РЕЖИМИ ЗОВНІШНЬОТОРГОВЕЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

У статті висвітлюються сутність та сфера дії режиму найбільшого сприяння та національного режиму як опор системи СОТ. З'ясовується характер впливу цих режимів на внутрішній господарський правопорядок. Проводиться порівняльний аналіз положень угод СОТ та законодавства України, що становлять нормативну основу зазначених режимів.

Ключові слова: зовнішньоекономічна діяльність; зовнішня торгівля; режим найбільшого сприяння; національний режим.

В статье освещаются сущность и сфера действия режима наибольшего благоприятствования и национального режима как опор системы ВТО. Определяется характер влияния этих режимов на внутренний хозяйственный правопорядок. Проводится сравнительный анализ положений соглашений ВТО и законодательства Украины, составляющих нормативное основание упомянутых режимов.

Ключевые слова: внешнеэкономическая деятельность; внешняя торговля; режим наибольшего благоприятствования; национальный режим.

The article deals with the essence and coverage of the most-favoured nation and national treatment principles constituting the pillars of WTO system. The character of these regimes' influence upon national economic legal order has been defined. The comparative analysis of relevant provisions in WTO agreements and Ukrainian legislation has been conducted.

Key words: international economic activities; international trade; most-favoured nation treatment; national treatment.

Одним з найбільш важливих кроків на шляху розбудови функціонуючої ринкової економіки в Україні стало набуття нашою державою членства в Світовій організації торгівлі (СОТ), що обумовило необхідність підпорядкування процесів регулювання зовнішньоекономічної діяльності (ЗЕД) Україною в особі її органів нормам та вимогам цієї міжнародної організації. В основі системи СОТ лежить **принцип торгівлі на недискримінаційній основі**, який забезпечується шляхом запровадження режиму найбільшого сприяння (РНС) та національного режиму (НР).

Правові режими зовнішньої торгівлі досліджуються передусім в рамках наук міжнародного права та міжнародної економіки. У науці господарського права про проблематику цих режимів опосередковано йдеться лише в поодиноких роботах [3; 4], при тому, що їх зміст визначає можливі рамки реалізації організаційно-господарських повноважень в сфері ЗЕД, виступає формуючим чинником правового господарського порядку. Це негативно відбивається і на змісті господарського законодавства: так, ст.6 Господарського кодексу України одним із загальних принципів господарювання без-

застережно називає захист національного товаровиробника, тоді як можливості такого захисту істотно обмежуються зобов'язаннями щодо надання НР.

Завданнями статті є: визначення змісту і сфери дії РНС та НР; систематизація положень угод СОР щодо РНС та НР; з'ясування характеру впливу цих режимів на правовий господарський порядок в Україні; критична оцінка положень законодавства України щодо РНС та НР.

І. "Режим найбільшого сприяння" ("Most-Favoured-Nation (MFN) treatment") вимагає від країн-членів СОР поширювати найбільш сприятливий тарифний та регуляторний режим, що надається товару будь-якого члена, на імпорту або експорт "подібних товарів" ("like products") решти членів. У силу РНС, у разі, якщо член СОР А в ході переговорів з країною В (якій не обов'язково бути членом СОР) погодиться знизити ставку ввізного мита на певний товар Х з десяти відсотків до п'яти, така ж сама знижена митна ставка повинна стосуватися і подібних товарів усіх інших членів СОР. Іншими словами, всупереч буквальному прочитанню, "найбільше сприяння" означає однакове ставлення до усіх країн – членів СОР як торговельних партнерів.

Власне ідея РНС має тривалу історію. Закріпленню застереження про найбільше сприяння в ГАТТ 1947 р. передувало часте включення його до двосторонніх торговельних угод, що значно прислужилося лібералізації міжнародної торгівлі. Однак у 30-х роках ХХ ст. були вжиті заходи щодо обмеження дії РНС, які призвели до поділу світової економіки на торговельні блоки. Внаслідок усвідомлення помилковості такого шляху, після Другої світової війни безумовне правило щодо РНС було встановлене в ГАТТ на багатосторонній основі.

(1) Положення ГАТТ щодо РНС

РНС закріплений у статтях І, ХІІІ та ХVІІ ГАТТ.

(а) Ст. І:1 ГАТТ. Ст. І:1 ГАТТ зобов'язує членів СОР надавати РНС подібним товарам інших членів СОР щодо тарифів, правил у зв'язку з експортом та імпортом, внутрішніх податків і зборів та інших правил внутрішнього регулювання. Іншими словами, "подібні" товари з усіх країн-членів СОР повинні отримувати найвигодніший режим, що надається товарам будь-якої країни.

Якщо країна-імпортер неприховано диференціює подібні товари за ознакою походження, наприклад, застосовуючи різні ставки ввізного мита, це, безсумнівно, становитиме порушення ст. І:1 ГАТТ. Однак порушення ст. І:1 ГАТТ можуть мати місце навіть за відсутності прямої (*de jure*) дискримінації товару іншого члена, як-от коли країна-імпортер надає різний правовий режим товарам, які вважаються "подібними", що результує у фактичній (*de facto*) дискримінації товарів конкретних членів. Хрестоматійним прикладом є встановлення країною вищої ставки мита на окремі сорти необсмаженої кави: якщо цей сорт та інші сорти кавових зерен вважатимуться "подібними товарами" згідно з критеріями смаків споживачів та кінцевого призначення, диференційований тариф може впливати на імпорту лише з окремих країн, а відтак становити порушення РНС (справа *Spain – Tariff Treatment of Unroasted Coffee*, BISD 28S/102).

(б) Недискримінаційне застосування кількісних обмежень. Ст. ХІІІ ГАТТ встановлює, що кількісні обмеження або тарифні квоти на будь-який товар повинні застосовуватися у спосіб, недискримінаційний щодо подібних товарів. Члени СОР повинні прагнути розподіляти частки участі у торгівлі якнайближче до такого розподілу, який очікувано мав би місце за відсутності кількісних обмежень.

(в) Державні торговельні підприємства. Під державними торговельними підприємствами розуміються державні підприємства, створені або утримувані чле-

нами СОР, або приватні підприємства, яким членами СОР надані виключні або спеціальні привілеї, що здійснюють закупівлі або продажі, пов'язані з імпортом або експортом. Використовуючи власне монополієне становище, такі підприємства можуть діяти всупереч принципам системи світової торгівлі. Ст. ХVІІ ГАТТ зобов'язує членів СОР забезпечувати відповідність діяльності державних торговельних підприємств правилам недискримінації, включаючи правило РНС.

(2) Винятки з правил РНС

ГАТТ передбачає ряд винятків з правил щодо РНС, які описані нижче.

(а) Регіональна інтеграція (ст. ХVІІІ ГАТТ). Регіональна інтеграція лібералізує торгівлю між країнами всередині регіону, водночас дозволяючи торговельні бар'єри щодо країн за межами регіону. Таким чином, регіональна інтеграція призводитиме до результатів, які суперечать принципу РНС, оскільки ставлення до країн у межах та за межами регіону різнитиметься. Це може негативно впливати на країни, що не є учасниками регіональної інтеграції, а відтак мати наслідки, зворотні до лібералізації торгівлі.

Тому ст. ХVІІІ ГАТТ встановлює, що регіональна інтеграція може бути дозволена як виняток з правила РНС, тільки якщо дотримуються наступні умови: по-перше, країни-сторони регіональних домовленостей скасують тарифи та інші торговельні бар'єри, що впливають на значну частину усієї торгівлі між ними; по-друге, домовленості не призводитимуть до виникнення нових торговельних бар'єрів у торгівлі з іншими країнами.

Наразі регіональна інтеграція справляє величезний вплив на світову економіку та виступає предметом дискусій на різноманітних форумах, включаючи Комітет СОР з регіональних торговельних угод.

(б) Генеральна система преференцій (ГСП). Генеральна система преференцій (*The Generalized System of Preferences*) – це система, що адресує товарам походженням з країн, що розвиваються, тарифні ставки, нижчі за ті, що як правило застосовуються згідно з РНС. Це розглядається як захід, що збільшує надходження країн, що розвиваються, від експорту та сприяє їх економічному розвитку. ГСП запроваджена Рішенням країн-учасниць ГАТТ від 25 червня 1971 р. та має наступні характеристики. По-перше, преференційні тарифи можуть застосовуватися не тільки до країн, що мають особливі історичні та політичні зв'язки (як-от: Співдружність Британських держав), а до країн, що розвиваються, загалом (тому система іменується "генеральною"). По-друге, отримувачами преференцій можуть бути тільки країни, що розвиваються. По-третє, переваги надаються розвиненими країнами країнам, що розвиваються в односторонньому порядку.

(в) Незастосування багатосторонніх торговельних угод між окремими членами (ст. ХІІІ Угоди про СОР). Марракеська угода про створення Світової організації торгівлі 1994 р. (Угода про СОР) встановлює, що ця Угода та багатосторонні торговельні угоди, перераховані у додатках 1 та 2 до неї, не будуть застосовуватися між будь-яким членом СОР та іншим членом СОР, якщо один з них не погоджується на таке застосування тоді, коли інший стає членом СОР.

Положення ст. ХІІІ Угоди про СОР спрямовані на вирішення проблем приєднання до СОР нових членів. Можлива ситуація, коли країна А, яка вже є членом СОР, з певних причин не бажає поширювати права та обов'язки в рамках СОР на нового члена В. Приєднання до СОР вимагає згоди лише двох третин існуючих членів, тому ймовірно, що країна А проти своєї волі буде змушена надавати РНС країні В. Таким чином, ст. ХІІІ

Угоди про СОТ є способом задоволення інтересів країни А щодо незастосування правил СОТ у відносинах між А і В. З іншого боку, ця стаття дає країні В можливість приєднатися навіть коли більше третини членів, як-от країна А, заперечують проти поширення правил СОТ на відносини з В (за відсутності права незастосування цим країнам довелося б заперечувати проти приєднання як такого).

(г) Інші винятки. Інші специфічні винятки з принципу найбільшого сприяння встановлені ст. XXIV:3 ГАТТ, яка стосується прикордонної торгівлі з сусідніми країнами, та ст. I:2, яка стосується історичних преференцій, чинних на момент підписання ГАТТ. Загальні винятки зі сфери дії ГАТТ, що можуть бути застосовані до принципу найбільшого сприяння, включають ст. XX щодо заходів, необхідних для захисту публічної моралі, життя та здоров'я тощо, та ст. XXI щодо винятків з міркувань безпеки.

(3) Положення щодо РНС за межами ГАТТ

Угода про СОТ поширила ідею режиму найбільшого сприяння на сфери торгівлі послугами та об'єктами інтелектуальної власності, де вона набула суттєвої специфіки порівняно зі сферою торгівлі товарами. Як випливає з викладеного вище, положення щодо РНС згідно з ГАТТ стосуються тільки *товарів* та не включають в свою сферу дії осіб – фізичних і юридичних. Таким чином, ці положення *не здійснюють прямого впливу на внутрішній правопорядок країн-членів*. Тимчасом, і Генеральна угода з торгівлі послугами (ГАТС), і Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (ТРИПС) передбачають, що їх дестинаторами є фізичні та юридичні особи, які в переважній більшості випадків виступатимуть суб'єктами господарювання.

Ст. II (2) ГАТС встановлює, що РНС поширюється як на *подібні послуги*, так і на *постачальників послуг*. У свою чергу, ТРИПС надає режим, передбачений цією Угодою, у тому числі і РНС, "підданим" країн-членів (ст. I (3) та примітка I). У силу цього як ГАТС, так і ТРИПС мають певний *прямий вплив* на внутрішній правопорядок країн-членів СОТ. Наприклад, учасники процесу в національному суді вправі послатися на ці Угоди, і суд зобов'язаний їх застосувати у повному обсязі, навіть якщо їх положення суперечать внутрішнім нормам [2, с.194-195].

(4) РНС за законодавством України

Тривалий час РНС надавався Україною на основі взаємної угоди суб'єктам господарювання інших держав згідно з відповідними міжнародними договорами України у сфері зовнішньої торгівлі (абз. 3 ч. 4 ст. 7 Закону України "Про зовнішньоекономічну діяльність"). Тобто, режим, що стосувався однієї іноземної держави, з якою укладений торговельний договір, поширювався лише на ті держави, з якими також укладений торговельний договір з аналогічних питань (так зване *обумовлене* застереження про РНС). З набранням чинності Законом №360-V від 16 листопада 2006 р. "Про внесення змін до Закону України "Про зовнішньоекономічну діяльність", сфера застосування Україною РНС значно розширилася – відтепер він надається товарам, що імпортуються з усіх країн-членів СОТ.

Відповідно до нових частин ст. 7 Закону України "Про зовнішньоекономічну діяльність", РНС стосується мит, митних зборів, методів стягнення таких мит і зборів, правил і формальностей у зв'язку з імпортом і означає, що будь-яка перевага, сприяння, привілей чи імунітет, які надаються стосовно будь-якого товару, що походить з будь-якої держави, повинні негайно і безумовно надаватися аналогічному товару, який походить з території держав – членів СОТ або держав, з якими укладено двосторонні або регіональні угоди щодо РНС. Виключення щодо РНС в формі преференцій можуть

бути зроблені для товарів, що походять з держав, з якими Україна уклала угоди про вільну торгівлю або митний союз чи проміжні угоди, що у майбутньому приведуть до створення зон вільної торгівлі або митних союзів у межах розумного періоду часу (10 років), чи угоди про прикордонну торгівлю та застосування генеральної системи преференцій.

Таким чином, визначення РНС у сфері торгівлі товарами згідно з українським законодавством загалом відповідає ГАТТ. Разом з тим, слід відзначити "вибірковість" уваги законодавця, оскільки ст. 7 Закону "Про зовнішньоекономічну діяльність" не була доповнена будь-якими положеннями щодо РНС в сфері торгівлі послугами та об'єктами інтелектуальної власності, де його застосування має істотну специфіку.

II. Національний режим (*national treatment*), закріплений у ст. 3 ГАТТ, поряд з РНС є однією з опор системи СОТ. Згідно з правилом НР, країни-члени СОТ не повинні дискримінувати імпортні товари порівняно з подібними вітчизняними (за винятком стягнення ввізних мит). Це правило забороняє країнам, з одного боку, вживати дискримінаційних заходів щодо імпорту, а з іншого боку, компенсувати ефект тарифів через нетарифні інструменти. Останнє має місце, наприклад, коли член А знижує ставку мита на товар Х з десяти відсотків до п'яти, але водночас запроваджує п'ятивідсотковий податок на внутрішнє споживання імпортного товару Х, компенсуючи, таким чином, втрати від зниження тарифу. Метою НР є усунення членами СОТ прихованих національних бар'єрів для торгівлі через надання імпортним товарам режиму, не менш сприятливого, ніж той, що надається подібним товарам вітчизняного походження. Аналогічні положення з урахуванням особливостей сфери регулювання містять ГАТС та ТРИПС.

(1) Ст. III ГАТТ

Ст. III ГАТТ вимагає від членів СОТ застосування національного режиму до усіх інших членів. Ст. III:1 встановлює загальний принцип, згідно з яким члени не повинні застосовувати внутрішні податки та інші внутрішні збори, закони, правила та вимоги, що впливають на імпортні або вітчизняні товари так, щоб створювати захист для вітчизняного виробництва.

Ст. III:2 передбачає, що імпортні товари походження з будь-якої країни-члена не повинні обкладатися внутрішніми податками та зборами, що перевищують податки та збори, застосовувані до подібних товарів вітчизняного походження. Окрім того, члени не повинні будь-яким іншим чином застосовувати внутрішні податки та збори так, щоб це суперечило принципам, викладеному в параграфі 1. Щодо внутрішніх законів та правил, то ст. III:4 встановлює, що члени повинні надавати імпортним товарам режим, не менш сприятливий, ніж той, що надається вітчизняним подібним товарам.

Варто відзначити, що подібність ("*likeness*") товару вважається однією з найважливіших проблем міжнародного торговельного права. У типовому провадженні у спорі в рамках СОТ незадоволений член-експортер доводить, що його товар подібний до вітчизняного, який отримує сприятливіший правовий режим, тоді як член-імпортер заперечуватиме таку подібність.

Критерії розрізнення "подібних" та "таких, що не є подібними" товарів ніколи чітко не визначалися у праві ГАТТ/СОТ. Це частково завдячує використанню концепції "подібного товару" у цілому ряді положень ГАТТ, які слугують різним по суті цілям [5]. Більшість рішень у справах, розглянутих в рамках ГАТТ/СОТ, визначає подібність двох товарів, беручи до уваги такі чинники, як: (1) їхня фізична подібність; (2) розрізнення їх митними класифікаціями світу; (3) комерційна взаємоза-

мінність на ринку з точки зору споживачів; (4) однакове кінцеве призначення. Замість того, щоб намагатися вибудувати несуперечливу систему рішень щодо врахування відповідних чинників, арбітражі ГАТТ/COT традиційно наполягають на тому, що аналіз має здійснюватися у рамках кожної конкретної справи, відкидаючи, таким чином, необхідність забезпечення послідовного підходу до вирішення справ.

(2) Винятки з національного режиму

Хоч НР є базовим принципом ГАТТ, вона ж передбачає і деякі винятки зі сфери його дії.

(а) **Державні закупівлі.** Ст. III:8 (а) ГАТТ дає можливість урядам закуповувати вітчизняні товари на преференційних засадах. Цей виняток з НР дозволений, оскільки члени COT визнають роль державних закупівель у національній політиці. Наприклад, потреба у виготовленні та придбанні товарів всередині держави може визначатися потребами національної безпеки, або ж державні закупівлі можуть використовуватися як засіб сприяння малому підприємству, локальному виробництву або високим технологіям.

Тимчасом як ГАТТ розглядає державні закупівлі як виняток з НР, Угода з державних закупівель, яка є результатом Уругвайського раунду торговельних переговорів, зобов'язує її учасників поширювати НР і на сферу державних закупівель. Однак члени COT не зобов'язані приєднуватися до цієї Угоди, тож участь у ній бере є лише відносно невелика частина членів (переважно розвинені країни). Відтак у сфері державних закупівель НР застосовується лише між країнами, що приєдналися до Угоди з державних закупівель, а для інших залишається в силі традиційний виняток.

(б) **Внутрішні субсидії.** Ст. III:8 (b) ГАТТ дозволяє виплату субсидій виключно вітчизняним виробникам як виняток з НР за умов, що це не порушує інших положень ст. III ГАТТ та Угоди про субсидії та компенсаційні заходи. Цей виняток ґрунтується на усвідомленні важливості субсидій як інструмента державного регулювання, застосування якого є, у свою чергу, визнаною компетенцією вітчизняних регуляторних органів. Разом з тим, оскільки субсидії можуть справляти негативний вплив на торгівлю, Угода про субсидії та компенсаційні заходи жорстко регламентує їх використання.

(в) **Ст. XVIII:С ГАТТ.** Країни-члени на ранніх стадіях розвитку можуть підвищувати власні стандарти життя через підтримку виробництв, що зароджуються, однак це потребуватиме урядової підтримки і, ймовірно, не буде реалізовано за допомогою заходів, що узгоджуються з ГАТТ. У таких випадках країни можуть використати положення ст. XVIII:С ГАТТ для повідомлення членів COT та ініціювання консультацій. Після закінчення консультацій та за деякими обмеженнями цим країнам дозволяється застосовувати заходи, несумісні з ГАТТ, за виключенням статей I, II та XIII.

(г) **Інші винятки з національного режиму.** Спеціальним винятком з НР є положення щодо демонстраційних квот на кінофільми, передбачені статтями III:10 та IV ГАТТ. Приписи ст. XX ГАТТ щодо загальних винятків стосовно заходів, необхідних для захисту публічної моралі, життя та здоров'я тощо та ст. XXI щодо винятків з міркувань безпеки так само стосуються НР.

(3) Положення щодо НР за межами ГАТТ

Зі вступом у силу Марракеської угоди про створення COT ідея національного режиму була поширена, хоч і у дещо обмеженому вигляді, на угоди з торгівлі товарами, послугами та об'єктами інтелектуальної власності. З-поміж угод про товари, наприклад, ст. 5.1.1 Угоди з технічних бар'єрів у торгівлі така само посилюється на НР. Ст. XVII ГАТС передбачає НР для послуг та поста-

чальників послуг, а ст.3 ТРИПС встановлює НР захисту прав інтелектуальної власності. Угода з державних закупівель, що має обмежену кількість учасників, теж містить умову про НР.

(4) НР за законодавством України

Донедавна застосування Україною НР у сфері зовнішньої торгівлі було обмеженим. Згідно з абз. 2 ч. 4 ст. 7 Закону "Про ЗЕД", в Україні НР застосовувався щодо інвестиційної діяльності іноземних суб'єктів господарювання, а також щодо експортно-імпорتنих операцій суб'єктів господарювання лише тих країн, які входять разом з Україною до економічних союзів (наразі Україна не входить до жодного економічного союзу – нагадаємо, що *економічний союз* є найскладнішою формою економічної інтеграції і являє собою економічне угруповання, члени якого уніфікують економічну політику у грошово-кредитних, податкових та соціальних аспектах [1, с.228]). З набранням чинності Законом №360-V від 16 листопада 2006 р. "Про внесення змін до Закону України "Про зовнішньоекономічну діяльність", НР, як і РНС, надається товарам, що імпортуються з усіх країн-членів COT.

Відповідно до нової ч.5 ст. 7 Закону України "Про зовнішньоекономічну діяльність", НР означає, що стосовно імпортованих товарів походженням з держав – членів COT надається режим не менш сприятливий, ніж для аналогічних товарів українського походження щодо податків, зборів, встановлюваних законами та іншими нормативно-правовими актами правил та вимог до внутрішнього продажу, пропозиції до продажу, купівлі, транспортування, розподілу або використання товарів, а також правил внутрішнього кількісного регулювання, які встановлюють вимоги щодо змішування, переробки або використання товарів у певних кількостях чи пропорціях.

Ці положення є не надто вдалою спробою стисло передати зміст доволі об'ємної ст. III ГАТТ. У приписах ГАТТ щодо застосування правил внутрішнього кількісного регулювання поняття "подібності" та "не менш сприятливого режиму" взагалі не фігурують. Йдеться про інше: такі правила не повинні вимагати постачання будь-якої кількості або пропорції товару, що є об'єктом регулювання, з внутрішніх джерел, більше того, внутрішнє кількісне регулювання не повинне застосовуватися таким чином, щоб створювати захист для внутрішнього виробництва (ст. III:5 ГАТТ); ніяке внутрішнє кількісне регулювання, що стосується змішування, переробки або використання товарів у певних кількостях чи пропорціях, не повинно застосовуватися таким чином, щоб будь-яка така кількість або пропорція розподілялася між зовнішніми джерелами постачання (ст. III:7 ГАТТ).

Крім того, законодавець не завдав собі клопоту консолідувати нові норми щодо НР (а також і РНС) та вже існуючі, натомість механічно додав до ст. 7 Закону "Про зовнішньоекономічну діяльність" частини 5 та 6, тим самим ускладнивши і без того непросте прочитання цієї статті. Зокрема, "стара" частина 4 ст. 7 говорить про надання відповідних режимів *суб'єктам* зовнішньоекономічної діяльності, а "нові" – товарам, тобто *об'єктам* зовнішньої торгівлі. Жодних приписів щодо НР (як, втім, і щодо РНС) для іноземних послуг та об'єктів інтелектуальної власності нові норми Закону "Про зовнішньоекономічну діяльність" взагалі не містять.

Проведене дослідження дає змогу дійти таких висновків:

1. Положення угод COT щодо РНС та НР є важливим чинником впливу на правовий господарський порядок в Україні. Однак у сфері торгівлі товарами такий вплив є *опосередкованим* (зміст і сфера дії цих режимів повинні враховуватися при вжитті Україною в особі уповноважених органів заходів державного регулювання ЗЕД, а не

відповідність таких заходів може бути предметом спору між Україною та іншим заінтересованим членом СОТ в Органі з вирішення спорів СОТ). У сфері торгівлі послугами та об'єктами інтелектуальної власності такий вплив може бути *прямим*, оскільки відповідні угоди СОТ встановлюють не лише обов'язки для країн-членів, а й права для суб'єктів господарювання цих країн.

2. Положення Закону України "Про зовнішньоекономічну діяльність" щодо РНС та НР є змістовно та редакційно недосконалими. Вважаємо, що з огляду на членство України в СОТ потреба дублювання в національному законодавстві положень угод СОТ про РНС та НР взагалі відсутня. Увага законодавця і господарсько-правової науки повинна бути зосереджена на пошуку і використанні можливостей реалізації національних регуляторних інтересів в рамках цих режимів, а також на визначенні особливостей дії цих режимів у сферах, які не охоплюються (або охоплюються не повною мі-

рою) регулюванням СОТ (як-от відносини з країнами, що не є членами СОТ, сфера іноземного інвестування). Спеціальне дослідження окреслених питань становить перспективи подальших наукових розвідок проблематики РНС та НР.

1. Бураковский И. Теория международной торговли / И. Бураковский. – К.: Основы, 2000. – 241 с. 2. Карро Д., Жюйар П. Международное экономическое право: Учебник / Д. Карро, П. Жюйар. – М.: Международные отношения, 2002. – 608 с. 3. Чайковська В.В. Методи нетарифного регулювання зовнішньоекономічної діяльності: господарсько-правові аспекти: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.04 / В.В. Чайковська; НАН України, Ін-т екон.-прав. дослідж. – Донецьк, 2010. – 19 с. 4. Юсупов В.А. Господарсько-правове забезпечення зовнішньоекономічної політики держави: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.04 / В.А. Юсупов; Нац. юрид. акад. України ім. Я.Мудрого. – Х., 2009. – 19 с. 5. Hudec R. "Like product": the differences in meaning in GATT articles I and III [Electronic resource] / R. Hudec. – Mode of access: www.worldtradelaw.net/articles/hudeclikeproduct.pdf.

Надійшла до редколегії 07.12.10

УДК 347.1

О. Кармаза, канд. юрид. наук

СПОСОБИ ПОДОЛАННЯ ПРОГАЛИН У ЖИТЛОВОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

У статті досліджуються прогалини житлового права (законодавства) та вказуються способи їхнього подолання. Стаття направлена на изучение понятия "пробел жилищного права" та раскрытие способов их преодоления

The article studies deficiencies of housing law (legislation) and outlines the ways of relevant corrections.

Ключові слова: прогалина права, подолання прогалин права без внесення змін до законодавства, аналогія закону, аналогія права, судові рішення (судовий прецедент), дефект права, помилка в праві, субсидіарне застосування норм права.

Ключевые слова: пробел права, преодоление пробелов права без внесения изменений к законодательству, аналогия права, аналогия закону, судебное решение (судебный прецедент), дефект права, ошибка в праве, субсидиарное применение норм права.

Key words: law gap, overcoming of law gaps without law amendment, analogy of legislation, analogy of law, court decision (judicial precedent), Law defect, mistakes in law, subsidiary law implementation.

Найдосконаліших законів не буває. Сучасне житлове законодавство, як і будь-яке інше законодавство України, не позбавлено прогалин, які виникли, зокрема, внаслідок кардинальної зміни правової системи, ускладненого законодавчого процесу та багатьох інших причин. Прогалини в праві (законодавстві) завжди були є і будуть навіть у самих стабільних правових системах, оскільки об'єктивно неможливо передбачити всі життєві ситуації, які в майбутньому вимагатимуть правового регулювання.

Загальнотеоретичне поняття "прогалина в жиллому праві" є малодослідженим у доктрині, тому введення його до понятійного апарату житлового права та з'ясування змісту є актуальним і новим кроком. Крім цього, привернення уваги науковців та практиків до конструктивного діалогу і обговорення проблем житлового законодавства з метою його подальшого удосконалення і розвитку, а в результаті – дійсного забезпечення судового захисту конституційних житлових прав та законних інтересів громадян та юридичних осіб, підкреслює актуальність дослідження.

Беручи до уваги, що "право не слід зводити тільки до норм", "право створюється суспільством, а закон – державою" [6, С.202], наша мета дослідити прогалини (неповноту юридичної бази) у формі відбиття нормативної частини житлового права – у житловому законодавстві.

О.Скаун зазначає, що прогалину в праві не можна ототожнювати з "помилкою в праві" як результат невірної оцінки об'єктивних умов і вияву не тієї законодавчої волі, яку слід було б втілити в нормативно-правовому акті. "Помилка в праві" можлива у випадках, коли правотворчий орган: помилково вважає якісь відносини такими, що не підлягають правовому регулюванню; помилково покладається на конкретизацію права в ході його застосування; помилково передає питання на розсуд того, хто застосує право; видає норму, яка не потрі-

бна; помилково вирішує питання в установленій нормі. У перших трьох випадках "помилка в праві" домислює наявність прогалин [12, С.400].

Відмітимо, що у теорії держави і права крім термінів "прогалина в праві", "помилка в праві" вживається і не юридичний термін – "дефект права".

Словник іншомовних слів розкриває "дефект" (лат. defectus – недолік / defecere – бракувати, не вистачати) як ваду, хибу, недолік, слабе місце, пошкодження тощо [14]. Тлумачний словник української мови "помилку" розглядає як неправильну думку, хибне уявлення, неправильність та неточність у законі [11]. Як вбачається ці терміни мають різне значення.

Хоча в літературі термін "дефект" вживається у більшості випадків не в значенні права, дефекти права, а саме дефекти законодавства, існують на сьогодні. Визначаючи місце поняття "дефект права" в системі інших правових категорій, можливо необхідно розрізняти це поняття в широкому та у вузькому значенні. Так, в широкому значенні поняття "дефект права" є більш ширшим ніж поняття "прогалина в праві", оскільки прогалина в праві є одним із видів правових дефектів, одним із проявів недосконалості права. У вузькому значенні – може бути ідентифіковано з одним із видів прогалин в праві – із суб'єктивними прогалинами, прогалинами, які засвідчують недостатність законодавчої техніки. Тобто, це внутрішні протиріччя, колізії матеріальних норм, помилки законодавця тощо.

Наприклад, дефект права може бути усунено Конституційним Судом України відповідно до повноважень, наданих йому законом (справи щодо конституційності законів та інших нормативно-правових актів).

Найчастіше прогалини з'являються (виникають) в процесі реалізації норм права (законодавства). Тлумач-

ний словник розкриває термін "прогалина" як упущення, пропуск, вада, біла пляма; недолік, недоробок, хиба [11].

В теорії держави і права термін "прогалина в праві" визначається, зокрема, як: часткова або повна відсутність у чинних нормативно-правових актах необхідних правових норм, тобто правової регламентації певного виду суспільних відносин [15, С.124]; випадки відсутності правових норм, необхідних для регулювання суспільних відносин (вирішення конкретної життєвої ситуації) або неповнота правових моделей [6, С.303]; повна або часткова відсутність у чинних нормативно-правових актах необхідних юридичних норм [12, С.400]; часткова відсутність нормативно-правових приписів у межах правового регулювання, зумовлена станом розвитку суспільних відносин та відставання від нього правотворення [8, С.283] тощо.

Прогалина у праві виникає, як правило, в результаті того, що та чи інша ситуація не була передбачена при розробці нормативного акту, або склалася після його прийняття в результаті розвитку суспільних відносин у відповідній сфері, чи з'явилися нові відносини, не передбачені цим правом актом [16]; внаслідок недоліків юридичної техніки [6, С.304]; невисокого рівня правової та професійної культури законодавця [15, С.124]; лобіювання "потрібного" голосування; скасування застарілих нормативно-правових актів [8, С.292] тощо.

Так, наприклад, відповідно до статті 10 Житлового кодексу України громадяни зобов'язані дбайливо ставитися до будинку, в якому вони проживають, економно витрачати воду, газ, теплову енергію тощо. У зв'язку з цим виникає запитання, а юридичні особи, маючи нежитлове приміщення у житловому будинку, можуть порушувати зазначену норму? Згідно із статтею 3 Закону України "Про житловий фонд соціального призначення" соціальне житло не підлягає піднайму, бронюванню, приватизації, продажу, даруванню, викупу та заставі. А успадковувати громадянам таке житло можна? Крім цього, у цьому ж Законі (стаття 10) передбачено, що у договорі найму соціального житла обов'язково зазначається вичерпний перелік підстав для припинення дії такого договору, визначених цим Законом, однак зі змісту статей Закону незрозуміло чи можна змінювати за ініціативою сторони положення такого договору.

Тобто, у зв'язку з тим, що житлове законодавство не здатне, та й не призначене встановлювати норми на "всі випадки життя", виникає проблема "прогалин у праві (законодавстві)" та їх подолання.

Під час дослідження ми беремо до уваги тільки ті відносини, які можливо врегулювати за допомогою норм права. Наприклад, не є предметом правового регулювання відносини, які виникають, скажімо, між подружжям під час розміщення меблів у квартирі, вибору шпалер, оскільки ці відносини можна віднести до естетичних відносин. Тому відсутність відповідних норм у житловому праві (законодавстві) не можна розглядати як прогалину в праві. Однак, прогалиною у житловому законодавстві є відсутність у Цивільному кодексі України норм стосовно обміну житла між власниками.

Таким чином, прогалину можна розглядати як неповноту у змісті права (а отже, й у формі його відбиття) лише стосовно фактів суспільного життя, які знаходяться у сфері правового регулювання [17, С.30].

Теорія держави і права класифікує прогалини в праві, зокрема так. На думку В.Лазарєва та С.Липня, прогалини існують у двох видах: у вигляді повної відсутності регуляторів поведінки та у вигляді неповноти наявного регулювання [7]. Інші науковці (О.Скакун) класифікують прогалини в праві за критерієм наявності (відсутності) умислу законодавця у виникненні прогалин [12,

С.402-403]. Ґрунтуючись на критеріях наявності та відсутності умислу законодавця, А.Венгеров розрізняє прогалини у праві, що мають об'єктивну та суб'єктивну природу. Так, об'єктивні за своєю природою прогалини в праві, на його думку, виникають тоді, коли законодавець "не готовий прийняти той чи інший законодавчий акт, наприклад, через політичні протистояння". Суб'єктивні прогалини – відсутність належної законодавчої техніки [4]. На аналогічні прогалини в праві вказує також і Л.Морозова [9]. Є.Харитонов, зокрема виділяє реальні та формальні прогалини. Так, реальні прогалини означають дійсну відсутність правового регулювання суспільних відносин, що знаходяться у сфері права, а формальні – відбивають такий стан речей, коли те чи інше питання законодавство прямо не регулює, але відповідь на нього можна знайти за допомогою аналізу та різноманітних прийомів тлумачення правових норм [17, С.30]. Л.Луць нормативно-правові прогалини поділяє на шість груп. Так, за зовнішньою формою права: прогалини у нормативно-правових договорах та у нормативно-правових актах; за видами нормативно-правових актів, у яких вони містяться: прогалини у законах та у підзаконних актах; за елементами норми права: прогалини у гіпотезі, диспозиції та санкції; за галузевою належністю: конституційні, трудові, цивільні та інші нормативно-правові прогалини; за часом виникнення: первинні, вторинні прогалини; за причинами виникнення: об'єктивні та суб'єктивні прогалини [8, С.293].

Тобто, наявність прогалин у житловому праві є нормальним явищем для комплексної галузі права, зокрема, та права взагалі. Причинами виникнення прогалин у житловому праві (законодавстві), зокрема, є безперервний розвиток суспільних відносин у сфері житлового права, відставання темпів правотворення від суспільних відносин, "затягування" прийняття нового кодифікованого Житлового кодексу України, існування деформації у процесі правотворення, а також недоліки правотворчої техніки та практики тощо.

Загальноприйнятими способами подолання прогалин в праві (законодавстві), зокрема, є: 1) аналогія (субсидіарне застосування норм права) – подолання прогалин без внесення змін у житлове законодавство; 2) прийняття нових джерел (форм) права чи внесення відповідних змін та доповнень у законодавство. Що ж стосується другого способу, то законотворці можуть усувати раніше допущені недбалості при прийнятті законів шляхом внесення змін та доповнень як в чинні закони, так і в закони, які були прийняті, але чинності ще не набрали.

Відмітимо, що законодавство деяких державах надає можливість певним суб'єктам вирішувати зазначені проблеми без звернення до законодавців стосовно прийняття нових законів. Наприклад, відповідно до австрійського цивільного кодексу надається право суддям долати, або за певних умов заповнювати, прогалини в законі.

Є.Харитонов звертає увагу на те, що подолання прогалин без внесення змін у цивільне законодавство багатьма країнами здавна розглядається "як більш перспективний прийом, який більше відповідає демократичним засадам життя суспільства та сутності приватного права" [17, С.31].

Подолання прогалин без внесення змін у житлове право (законодавство) можливе за допомогою застосування аналогії: аналогії закону та аналогії права. Питання про застосування аналогії закону та аналогії права для юристів завжди є актуальними [18].

Вперше поділ на аналогію закону та аналогію права встановив криміналіст Грольман в середині XVIII ст. Доповнений та розвинутий в подальшому Отто Густа-

вом Вехтером та іншими юристами, такий поділ повністю зберіг своє значення в науці права й до нині [2].

Аналогія (грец. *analogia* – відповідність) часткова схожість, деяка подібність між предметами, явищами або поняттями [14, С.51]; подібність схожість в чому-небудь між предметами, явищами, поняттями; висновок, зроблений на підставі схожості, подібності у чому-небудь предметів, явищ та понять [11, С.30].

В юридичній літературі аналогія закону визначається, зокрема, як: вирішення справи або окремого юридичного питання на основі правової норми, розрахованої на подібні випадки [12, С.402]; поширення в процесі правозастосування дії закону на конкретні не врегульовані правом суспільні відносини, що є аналогічними та потребують регламентування в межах певної галузі права (наприклад, до договору міни застосовуються правила договору купівлі-продажу) [15, С.124]; вирішення конкретної справи на основі норми права, яка розрахована на регулювання подібних суспільних відносин, близьких за значенням і характером [6, С.304] тощо.

Аналогія виключається, якщо вона прямо заборонена законом або якщо закон пов'язує настання юридичних наслідків з наявністю конкретних норм. При цьому термін "закон" вживається у широкому значенні як будь-який нормативний правовий акт, а не тільки акт, прийнятий парламентом у формі закону.

Крім доктрини, термін "аналогія" також вживається і в законодавстві. Так, статтею 8 Цивільного кодексу України передбачається аналогія закону та аналогія права: якщо цивільні відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими актами цивільного законодавства або договором, вони регулюються тими правовими нормами цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, що регулюють подібні за змістом цивільні відносини (аналогія закону). На думку Є.Харитонов, усувати прогалини у такий спосіб може тільки суд [17, С.33].

Тобто, при усуненні прогалин за допомогою аналогії закону необхідно мати на увазі те, що подібність врегульованих та не врегульованих правом відносин повинна бути істотною в юридичних ознаках. Призначення аналогії закону полягає у тому, що від подібності матеріальної основи відносин відбувається перехід до подібностей на юридичній основі, за допомогою чого і відбувається розповсюдження дії норми на відносини, подібні предмету його регулювання.

Отже, аналогія закону у житловому праві застосовується за таких умов: необхідно щоб житлові відносини, через які виник спір, не були врегульовані спеціальними нормами житлового законодавства або договором сторін; в житловому законодавстві є закон (правова норма), який регулює подібні за змістом відносини і який може застосовуватися за аналогією; необхідно щоб відносини були житловими тощо. В деяких випадках законодавець сам вказує на необхідність застосування аналогії закону. Так, наприклад, виходячи із "нормативної економії" та з метою недопущення зайвих повторів у статі 20 Закону України "Про житловий фонд соціального призначення", зокрема зазначається, що "наймач соціального житла вправі в установленому порядку за письмовою згодою всіх членів сім'ї, які проживають разом з ним, вселити в займане ним жиле приміщення свою дружину, своїх дітей, батьків". Порядок вселення зазначеної категорії осіб, зокрема, регулюється статтею 65 Житлового кодексу України тощо.

Спочатку реалізується механізм аналогії закону, і тільки при неможливості його використання – механізм аналогії права.

В доктрині аналогія права розглядається, зокрема як: вирішення конкретної справи за наявності прогалин

у законодавстві та відсутності аналогічної правової норми, виходячи із принципів права в цілому або принципів галузі чи інституту цієї галузі права [6, С.305]; спосіб заповнення правового вакууму шляхом вирішення конкретної юридичної справи на підставі загальних принципів права або нових нормативно-правових приписів та принципів права, створених у процесі правозастосування [8, С.284]; вирішення справи або окремого юридичного питання на основі принципів права, загальних засад і змісту законодавства [12, С.402]; застосування до конкретних відносин загальних положень законодавства в разі відсутності норм, які регулюють найбільш подібні суспільні відносини [15, С.124] тощо.

У житловому законодавстві (стаття 8 Цивільного кодексу України) також вживається термін "аналогія права". Так, у разі неможливості використати аналогію закону для регулювання цивільних відносин вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства – використовується аналогія права.

Тобто, якщо використати аналогію закону для регулювання відносин неможливо, то застосовується аналогія права – використовуються загальні засади законодавства, зокрема встановлені статтею 3 Цивільного кодексу України.

Так, умовами застосування аналогії права щодо врегулювання житлових відносин, зокрема є: повна відсутність нормативно-правових приписів чи принципу права у межах правого регулювання; аналогія права не заборонена; можливість використання в конкретній справі загальних принципів права; існування реальної потреби у правовому регулюванні житлових відносин, щодо яких вона відсутня, та можливість такого регулювання тощо.

Аналогію права, на відміну від аналогії закону, як зазначає Є.Харитонов, можуть використовувати будь-які суб'єкти цивільного права, що мають цивільну юрисдикцію (суди, прокурор, нотаріус тощо) [17, С.34].

Також слід зазначити, що крім аналогії права та закону існує також й інший спосіб подолання прогалин без внесення змін до житлового законодавства – субсидіарне застосування норм права.

У доктрині субсидіарне застосування норм права, зокрема розглядається як: додаткове застосування одного інституту або галузі права до відносин, що регулюються іншим інститутом або галуззю права [12, С.403]; застосування до конкретних відносин додатково норм права іншого інституту чи галузі права, що регулюють найбільш подібні відносини та мають схожість у правовому регулюванні [15, С.124]; використання конкретних приписів суміжного правового інституту або суміжної (спорідненої) галузі права [17, С.34] тощо. Також доводиться, що субсидіарне застосування норм права – є міжгалузевою аналогією, використання якої зумовлено системою права, її поділом на взаємозалежні та взаємодіючі галузі та інститути права [16].

Зазначимо, що субсидіарне застосування правових норм до різних відносин, як правило, закріплене в законі. Наприклад, в статті 9 Цивільного кодексу України зазначено, що положення цього Кодексу, зокрема, застосовуються до врегулювання сімейних відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства. Тобто, такий підхід продиктований тим, що Цивільний кодекс України є приватним кодексом і йому відводиться основна роль у законодавстві, що регулює приватні відносини. Крім цього, Житловий кодекс України (стаття 62) також згадує можливість субсидіарного застосування норм права: до відносин, які виникають із договору найму житлового приміщення, у відповідних випадках застосовуються також норми цивільного законодавства.

Крім того, в законі може бути відсутня вказівка на субсидіарне застосування норми права, але вона буде слідувати із самої суті відповідних відносин.

Як вбачається із раніше наведеного, існує дві позиції стосовно питання, хто має право застосовувати аналогію. Так, аналогія закону застосовується тільки судом, а аналогія права – будь-яким суб'єктом, який має цивільну юрисдикцію. На нашу думку, вирішення цього питання лежить у площині закону.

Так, відповідно до статті 32 Закону України "Про судоустрій і статус суддів" Вищий спеціалізований суд дає спеціалізованим судам нижчого рівня рекомендаційні роз'яснення з питань застосування законодавства щодо вирішення справ відповідної судової юрисдикції. Тобто, формально роз'яснення суду покликані лише роз'яснювати зміст законодавства, зокрема і житлового, – є одним із способів подолання прогалин за допомогою аналогії, однак вони є обов'язковими для судів, а тому фактично є формою права.

Відмітимо, що питання щодо правової природи судових роз'яснень дискутується дуже давно. Так, одним з найперших висловився на підтримку постанов Пленуму Верховного Суду СРСР як джерел (форм) права П.Орловський. В подальшому його підтримали М.Ісаєв, М.Шаргородський, тоді як І.Новицький та І.Тишкевич категорично заперечували приналежність судових актів до джерел (форм) права [3].

В сучасній вітчизняній доктрині житлового права єдності у цьому питанні також немає. Так, одні вчені вважають судові роз'яснення джерелами (формами) права, інші не розглядають їх взагалі. М.Галантич, зокрема, зазначає, що "рішення Пленуму Верховного Суду України носять допоміжний характер. Роз'яснення видаються Верховним Судом України в рамках його повноважень, мають правову силу, стають обов'язковими для виконання всіма учасниками судочинства і є джерелом житлового права" [5]. С.Сліпченко, Є.Мічурін, О. Соболев доводять, що "судова практика, роз'яснення вищих судових органів не є джерелом права і носять рекомендаційний характер" [13].

Тобто, судові акти, зокрема, Постанови Пленуму Верховного Суду України відносять до джерел (форм) права тому, що вони є обов'язковими для виконання, видаються компетентним органом – Верховним Судом України. Противники цієї точки зору аргументують свої погляди тим, що ці акти не є обов'язковими для судів та інших органів, оскільки ці органи (судді) зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені законом, тому їх не можна розглядати ні як джерела (форми) права, ні як акти легального нормативного тлумачення, оскільки таке тлумачення є доктринальним, хоча і дуже авторитетним [10].

Звертаємо увагу на те, що судова практика є найдавнішим джерелом (формою) права. Її розвиток почався з відокремлення судової влади від виконавчої (королівської) відповідно до Великої хартії Вільностей 1215 р. [1].

В доктрині термін "судова практика" вживається в декількох аспектах: як роз'яснення вищих судів відносно застосування законодавства, наприклад постанови Пленуму Верховного Суду "Про деякі питання, що виникають у судовій практиці щодо позовів до органів суддівського самоврядування" від 19.12.2008 N 17, та цим терміном позначається багаторазове уніфіковане вирішення судами однієї і тієї самої категорії справ [17, С.36].

На нашу думку, суд відповідно до закону може застосовувати аналогію закону і права, однак його рішення не є правовим прецедентом, а отже і формою житлового права (законодавчим актом), оскільки при розгляді цього питання, необхідно також брати до уваги і те, що значення судової практики залежить від системи приватного права. Так, в англо-американській системі вона є формою права,

зокрема і житлового, в інших – континентальній – відіграє допоміжну роль. Українська правова система тяжіє до континентальної системи права, в якій судова практика (рішення) не є джерелом (формою) права.

Підсумовуючи викладене відмітимо, що засобами запобігання виникненню прогалин у житловому праві (законодавстві), зокрема, є: прийняття нового кодифікованого акту з житлового права та створення ефективної системи джерел (форм) права, "бажання" законотворців мати досконалу правотворчу техніку та займатися досконалою правотворчою діяльністю, а також вміння прогнозувати виникнення нових житлових відносин у суспільному житті тощо. Крім цього також необхідно налагодити автоматизований облік чинних житлових нормативно-правових актів.

Нині на розгляді у Верховній Раді України перебуває проект Житлового кодексу України (реєстраційний №2307-д від 04.09.09 р.), який, на наш погляд, необхідний доопрацювати. Зокрема, в проекті слід було б передбачити положення про застосування житлового законодавства за аналогією, а саме: у випадку, коли житлові відносини не врегульовані Житловим кодексом України, іншими актами житлового законодавства або сторонами таких відносин у договорі, і при відсутності норм цивільного або іншого законодавства, що прямо регулює такі відносини, до них, якщо це не суперечить їхній сутності, застосовується житлове законодавство, що регулює подібні відносини (аналогія закону). При неможливості застосувати аналогію закону права та обов'язки учасників житлових відносин визначаються виходячи із загальних основ та змісту житлового законодавства (аналогія права), а також вимог добросовісності, гуманності, розумності та справедливості.

Висновок: Існує два способи подолання прогалин у житловому праві (законодавстві): аналогія, в тому числі субсидіарне застосування норм права (без внесення змін до законодавства) та прийняття нових нормативно-правових актів чи внесення змін і доповнень до прийнятих нормативно-правових актів.

Крім терміну "прогалина в праві" доктрина житлового права може використовувати також і термін "дефект права", який за змістом є більш ширшим ніж "прогалина в праві".

1. Аннерс Э. История европейского права. – М.: Наука, 1994. – 398 с.
2. Брайнин И.Я. Аналогия и распространительное толкование в истории уголовного права и в советском уголовном праве. – Дис. ... канд.юрид.наук. – К., 1946. – С. 217. 3. Братусь С.Н., Венгеров А.Б. Понятие содержания и формы судебной практики // Судебная практика в советской правовой системе / Под ред. С.Н. Братуся. – М., 1975. – С. 29 – 30. 4. Венгеров А.Б. теория государства и права: Учебник. 3-е изд. – М.: Юриспруденция, 2000. – С. 436. 5. Галантич М.К. Житлове право України: Навч. посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С. 54. 6. Кельман М.С., Мурашин О.Г. Загальна теорія держави і права: Підручник. – К.: Кондор, 2008. – 477 с. 7. Лазарев В.В., Липень С.В. Теория государства и права: Учебник. 2-е изд. – М.: СПАРК, 1998. – С. 370. 8. Луць Л.А. Загальна теорія держави і права: Навчально-методичний посібник (за кредитно-модульною системою). – К.: Атіка, 2007. – 412 с. 9. Морозова Л.А. Теория государства и права. – М.: Юристы, 2002. – С. 288. 10. Нерсесянц В.С. Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право // Судебная практика как источник права. – М., 1997. – С. 354 – 541. 11. Новый тлумачний словник української мови у трьох томах 42000 слів. – К., 2004. – С. 22. 12. Скакун О.Ф. Теорія держави і права: Підручник / Пер. з рос. – Харків: Консум, 2008. – 656 с. 13. Сліпченко С.О., Мічурін Є.О., Соболев О.В. Житлове право України: Науково-практичний посібник. – Харків: Еспада, 2003. – С. 29. 14. Сучасний словник іншомовних слів: Близько 20 тис. слів та словосполучень / Уклали О.І. Скопненко, Т.В. Цимбалюк. – К.: Довіра, 2006. – С. 216. 15. Теорія держави і права: Посіб. для підготов. до іспитів / С.М. Тимченко, Р.А.Калужний, Н.М. Пархоменко, С.М. Легуща. – 2-ге вид. виправ. та перероб. – К.: Вид. ПАЛІВОДА А.В., 2006. – 176 с. 16. Тихомирова Л.В., Тихомиров М.Ю. Юридическая энциклопедия. 5-е изд., доп. и перераб. – М., 2002. – С. 707. 17. Харитонов Є.О. Цивільне право України. Елементарний курс: Навчальний посібник. – Суми: ВТД "Університетська книга", 2006. – 352 с. 18. Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / О.В.Дзера (кер. авт. кол.), Д.В. Боброва, А.С. Довгерт та ін.; За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. – 2-е вид., допов. і перероб. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Кн. 1. – С. 39.

МІСЦЕ ДОКТРИНИ В СИСТЕМІ ДЖЕРЕЛ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

У статті аналізується можливість визнання правової доктрини нарівні з нормативним актом джерелом кримінального права України.

Ключові слова: джерело права, кримінальний кодекс, правова доктрина.

В статье анализируется возможность признания правовой доктрины наряду с нормативным актом источником уголовного права Украины.

Ключевые слова: источник права, уголовный кодекс, правовая доктрина.

The article is devoted to analysis of the opportunity for recognition of law doctrine as a source of the Ukrainian criminal law the same as a normative act.

Key words: source of law, criminal code, law doctrine.

Питання про визнання правової доктрини джерелом права не є новим як для загальної теорії права, так і для науки кримінального права загалом.

Домінуючою в науці кримінального права України є позиція, згідно з якою джерелом кримінального права України є виключно нормативно-правовий акт. Разом з тим, на даному етапі розвитку кримінального права України досить актуальним видається питання про можливість віднесення правової доктрини до джерел цієї галузі права, оскільки через неповноту нормативного регулювання в ряді випадків доктринальні положення відіграють таку ж роль як і кримінально-правова норма, зокрема при визначенні змісту ознак конкретного складу злочину і застосуванні самої кримінально-правової норми.

Мета цієї статті – визначення можливості віднесення правової доктрини до джерел кримінального права України шляхом розкриття дійсної значимості правової доктрини в застосуванні закону України про кримінальну відповідальність.

У загальній теорії права визнається, що правова доктрина як джерело права не втратила свого значення, оскільки як сукупність ідей та поглядів втілюється в правових приписах законодавства, тобто в змісті первинних джерел права [4, С.178].

Таким чином, правовій науці відводиться головна роль у визначенні часу прийняття, змісту і форми правового рішення, оскільки саме вона має необхідний для цього науково-пізнавальний інструментарій, який дозволяє виявляти проблеми суспільного розвитку і юридичні засоби їх вирішення [11, С.300].

В сучасних дослідженнях у сфері загальної теорії права в основному виділяється чотири види джерел права: нормативно-правовий акт, нормативно-правовий договір, правовий звичай та правовий прецедент, хоча домінуючим джерелом права в Україні визнається нормативно-правовий акт [11, С.296; 4, С.180-181].

Такий загальнотеоретичний підхід щодо домінантності нормативного акта серед джерел права знаходять своє продовження й в існуючих підходах вчених до розуміння джерел кримінального права України.

Так, на думку П.В. Кобзаренка та П.С. Матишевсько-го: "Кримінальне право України ... характеризується множинністю джерел. Це система внутрішніх національних кримінальних законів та міжнародно-правових актів, що містять норми кримінального права", "джерелами кримінального права, згідно зі ст.152 Конституції України, можуть бути і рішення Конституційного Суду України про неконституційність кримінальних законів чи їх окремих положень. Такі закони чи їх окремі положення втрачають чинність із дня ухвалення Конституційним Судом рішення про їх неконституційність" [6, С.25-26].

Подібний підхід висловлює й В.І. Борисов: "Закон про кримінальну відповідальність ... є і нормативним вираженням, і основним джерелом кримінального права". На думку цього вченого: "Кримінальне право України дістає своє вираження в законодавстві про криміна-

льну відповідальність, що являє собою єдину нормативну систему – Кримінальний кодекс України, який ґрунтується на Конституції України та загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права", "окремі приписи, що містять кримінально-правові положення, можуть міститися в чинних міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України" [7, С.37-39].

Схожі позиції висловлюють й В.А. Клименко [8, С.21] та М.І. Хавронюк [9, С.16].

Таким чином, домінуючим джерелом кримінального права України визнається нормативно-правовий акт – Кримінальний кодекс України 2001 року (далі – КК України) та Кримінальний кодекс України 1960 року (далі – КК України 1960 року).

Вочевидь, таке наукове розуміння переліку можливих джерел кримінального права України базується на тому, яку роль виконує КК України, оскільки виключно цей нормативний акт містить вичерпний перелік діянь, які є злочинами, встановлює підстави кримінальної відповідальності. Наукові ж дослідження в сфері кримінального права зазвичай розглядаються лише як джерело додаткової інформації роз'яснювального характеру щодо змісту ознак складу злочину, які зафіксовані в нормі кримінального закону.

Однак, в ряді випадків результати наукових досліджень в сфері кримінального права України виконують принципово іншу роль, оскільки беруть безпосередню участь в формуванні змістовних ознак протиправного діяння, передбаченого в Особливій частині КК України, і впливають на застосування кримінально-правових норм.

Зокрема, можна виділити принаймні три напрями означеного впливу правової доктрини на утворення змісту протиправного діяння та застосування норм кримінального закону:

1) вироблення правил розв'язання ситуацій так званої конкуренції кримінально-правових норм. Навіть найпростіша ситуація конкуренції загальної та спеціальної норм розв'язується виключно згідно з виробленим в науці кримінального права правилом – в цих випадках повинна застосовуватись лише спеціальна норма [10, С.420], подібні нормативні приписи в КК України відсутні;

2) визначення форми вини, яка відображає психічне ставлення суб'єкта до вчиненої ним протиправної дії (бездіяння), та вини, яка відображає психічне ставлення суб'єкта до спричинених його дією (бездіянням) протиправних наслідків. Завдяки такому визначенню специфіки вини як ознаки конкретного злочину: а) відбувається системне визначення ознак складу конкретного злочину; б) встановлюється співвідношення складу досліджуваного злочину зі складами інших злочинів, з'ясовуються ситуації конкуренції норм, визначаються суміжні склади злочинів та відповідні критерії розмежування;

3) визначення форми вини, яка характеризує конкретний різновид злочину з подвійною формою вини в цілому – умисний він чи необережний. Специфіка вини,

яка характеризує злочин в цілому є важливим чинником, який впливає на кримінальну відповідальність суб'єкта, оскільки враховується: а) при призначенні покарання як один з показників ступеню тяжкості вчиненого злочину (п.3 ч.1 ст.65 КК України); б) при визначенні можливості звільнення від кримінальної відповідальності, звільнення від відбування призначеного покарання, заміни невідбутої частини покарання більш м'яким, в тому числі в порядку застосування амністії.

Зокрема, врахування характеристики злочину в цілому з точки зору вини передбачене в наступних положеннях законодавства України:

– ч.3 ст. 81 КК України: "Умовно-дострокове звільнення від відбування покарання може бути застосоване після фактичного відбуття засудженням:

1) ... за необережний тяжкий злочин;

2) ... за умисний тяжкий злочин чи необережний особливо тяжкий злочин, а також ... за умисний злочин і до погашення або зняття судимості знову вчинила умисний злочин, ...;

3) ... за умисний особливо тяжкий злочин, а також ... знову вчинила умисний злочин ...";

– ч.4 ст. 82 КК України: "Заміна невідбутої частини покарання більш м'яким можлива після фактичного відбуття засудженням:

1) ... за необережний тяжкий злочин;

2) ... за умисний тяжкий злочин чи необережний особливо тяжкий злочин, а також ... за умисний злочин і до погашення або зняття судимості знову вчинила умисний злочин...;

3) ... за умисний особливо тяжкий злочин, а також ... новий умисний злочин ..." [1];

– ст.3 Закону України "Про застосування амністії в Україні" від 1 жовтня 1996 року: "Не допускається застосування амністії:

в) ... за вчинення умисних тяжких та (або) особливо тяжких злочинів;

д) ... за вчинення умисного тяжкого або особливо тяжкого злочину..." [2];

– ст.1 Закону України "Про амністію" від 12 грудня 2008 року: "... засуджених за умисні злочини, які не є тяжкими або особливо тяжкими ... та за злочини, вчинені з необережності, які не є особливо тяжкими ..." [3];

Таким чином, в окреслених напрямках використання результатів наукових досліджень спільним є те, що саме вони визначають специфіку змісту вини як ознаки злочину, передбаченого в Особливій частині КК України, та встановлюють правила, які визначають норму кримінального закону, що підлягає застосуванню в конкретній ситуації. Отже, питання, які вирішуються правовою доктриною за юридичною значимістю, такі як і ті, що врегульовані нормами КК України, зокрема форма вини з якою може бути вчинено злочин і яка його характеризує в цілому, є такою ж ознакою злочину як і саме діяння, яке завжди конкретизується в нормі КК України.

З огляду на відсутність у доктринальних положеннях юридичної сили норми закону, окреслені питання застосування кримінального закону потребують чіткого нормативного регулювання. Як приклад можливого варіанту нормативного врегулювання окреслених ситуацій доцільно навести норми Кримінального кодексу Російської Федерації 1996 року (далі – КК Російської Федерації), зокрема:

– ч.3 ст.17 "Сукупність злочинів": "Якщо злочин, передбачено загальною та спеціальною нормами, сукупність злочинів відсутня і кримінальна відповідальність настає за спеціальною нормою";

– ч.2 ст.24 "Форми вини": "Діяння, вчинене лише з необережності, визнається злочином лише у випадку,

якщо це спеціально передбачено відповідною статтею Особливої частини цього Кодексу";

– ст.27 "Відповідальність за злочин, вчинений з двома формами вини": "Якщо в результаті вчинення умисного злочину спричиняються тяжкі наслідки, які по закону тягнуть більш суворе покарання і які не охоплюються умислом особи, кримінальна відповідальність за такі наслідки настає лише у випадку, якщо особа передбачала можливість їх настання, але без достатніх для того підстав самонадіяно розраховувала на їх відвернення, або, у випадку, якщо особа не передбачала, але повинна була і могла передбачити можливість настання цих наслідків. В цілому такий злочин вважається вчиненим умисно" [12].

Звичайно окреслена роль наукових досліджень не є в усіх напрямках їх використання однаковою і безальтернативною. Що стосується другого напрямку, то в частині норм Особливої частини КК України, законодавець чітко вказав на форму вини, яка характеризує суб'єктивну сторону складу злочину: ч.1 ст.115: "...умисне протиправне заподіяння смерті...", "умисне вбивство" – ч.2 ст.115, ст.ст.116, 117, 118; ч.1 ст.119: "вбивство, вчинене з необережності" тощо. Однак, відносно значної частини складів злочинів, передбачених в Особливій частині КК України, законодавець взагалі не визначив форму вини, яка характеризує відповідний злочин, тому вирішення цього питання повністю здійснюється в наукових дослідженнях.

Щодо першого та третього з окреслених напрямків використання наукових положень, то альтернатива їм відсутня повністю.

Для визначення того, яким є злочин з точки зору притаманної для нього форми вини в цілому – умисним чи необережним, в науці кримінального права України сформувалися декілька правил.

Зокрема, як зазначає П.С. Матишевський, злочини з подвійною формою вини в цілому вважаються умисними, якщо відповідно до викладеного в законі складу злочину вина особи щодо вчиненого нею діяння та його "прямих" наслідків може бути лише у формі умислу, а щодо "похідних" наслідків – у формі як умислу, так і необережності або лише у формі необережності.

Злочин з подвійною формою вини в цілому вважається необережним, якщо відповідно до викладеного в законі складу злочину вина особи щодо вчиненого нею діяння може бути як у формі умислу, так і у формі необережності, а щодо "прямих" наслідків такого діяння – лише у формі необережності [6, С.181].

Подібний підхід висловлює і Л.М. Кривоченко, яка зазначає, що у першій групі злочинів зі змішаною формою вини, в яких діяння саме по собі не є злочином, а стає ним тільки за умови, що воно спричинило тяжкі наслідки, вирішальне значення має необережне ставлення до цих наслідків. Саме воно і визначає віднесення цих злочинів в цілому до необережних. У другій групі, де до діяння і найближчого (обов'язкового) наслідку передбачається умисел (прямий або непрямий), а до віддаленого – необережність, злочин в цілому визнається умисним, оскільки саме умисне ставлення до діяння і найближчого наслідку визначає спрямованість злочину, його суспільну небезпечність [7, С.183-184].

В наведених прикладах результати наукових досліджень, в частині визначення конкретної форми вини як ознаки злочину, передбаченого в Особливій частині КК України, так само як і норми Особливої частини визначають одну з ознак злочину, отже виконують роль необхідних для вирішення таких питань нормативних приписів КК України, які на даний час в Кодексі відсутні.

Таким чином, наукові дослідження в окреслених напрямках їх використання при застосуванні кримінального закону, виконують таку ж роль, як і нормативні положення КК України, зокрема, ті, в яких законодавцем зафіксовано конститутивні ознаки складу злочину, що дозволяє розглядати доктрину як джерело кримінального права навіть при позитивістському розумінні права як такого.

Слід зазначити, що в правових системах сучасного світу є позитивний досвід визнання доктрини в якості джерела кримінального права. Зокрема, це має місце в правовій системі Великобританії, де, як зазначають дослідники, самостійним і досить вагомим джерелом англійського кримінального права є доктрина, відображена в авторитетних працях.

Щоправда авторитетними визнаються лише чотири праці написані в XIII, XVII та XVIII століттях. Вважається, що саме в цих працях англійське кримінальне право представлене найбільш повно, абстрактно, аналітично і системно:

1) Генрі де Брактон "Про закони та звичаї Англії" (1254 – 1256 р.р.) – серед англійських науковців Брактон вважається найдавнішим авторитетом в частині кримінальних законів, що витікають зі звичаєвого права. Цим вченим були закладені основні поняття кримінального права, що досі існують;

2) Едвард Коук "Інститути права Англії" (1628 – 1644 р.р.) – робота містить викладення окремих злочинів зі спробою створення інститутів загальної частини і вважається відправною точкою для вивчення сучасного кримінального права Англії;

3) Метью Хейл "Історія судових процесів корони" 1736 р. – більш систематизована і фундаментальна праця ніж попередні. Перший том праці умовно вважається "Загальною частиною кримінального права";

4) Вільям Блекстоун "Коментарі до законів Англії" (1765 – 1769 р.р.) – праця є останнім за часом написання авторитетним джерелом в якому має місце виклад змістовних характеристик основних інститутів кримінального права Великобританії, на цю працю прийнято

посилатись навіть у вироків судів по кримінальних справах [5, С.104-108].

Висновки: Звичайно встановлення правил розв'язання ситуацій конкуренції, визначення конкретної форми вини як ознаки злочину, передбаченого в Особливій частині КК України, мало б здійснюватись не на доктринальному рівні, а на нормативному, що потребує внесення відповідних змін до КК України.

Однак, до внесення таких змін в КК України окреслена вище, фактично виконувана, роль наукових досліджень в процесі творення змісту та застосування норм кримінального права України цілком закономірно обумовлює необхідність перегляду домінуючої позиції щодо його джерел в бік визнання й правової доктрини джерелом кримінального права України.

1. Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25-26. – Ст.131.
2. Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 48. – Ст.263. Відомості Верховної Ради України. – 2009. – № 15. – Ст.189.
3. Загальна теорія держави і права: Підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів / М.В. Цвік, О.В. Петришин, Л.В. Авраменко та ін.; За ред. М.В. Цвіка, О.В. Петришина. – Харків: Право, 2010. – 584 с.
4. Есаков Г.А. Англо-американское уголовное право: эволюция и современность состояние общей части: монография. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – 736 с.
5. Кримінальне право України. Загальна частина: Підруч. для студентів юрид. вузів і фак. / Г.В. Андрусів, П.П. Андрушко, В.В. Беньківський та ін.; За ред. П.С. Матишевського, С.Д. Шапченка, П.П. Андрушка. – К.: Юрінком Інтер, 1997. – 512 с.
6. Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, Л.М. Кривченко та ін.; За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 3-є вид., перероб. і доп. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 496 с.
7. Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник. (Ю.В. Александров, В.І. Антипов, О.О. Дудоров та ін.). – Вид. 4-е, перероб. та допов. / За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – К.: Атіка, 2008. – 376 с.
8. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. – 4-те вид., перероб. та доповн. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2007. – 1184 с.
9. Навроцкий В.О. Основы криминально-правовой квалификации: Навч. посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 704 с.
10. Теория государства и права: Учебник для вузов. 2-е изд., изм. и доп. / Под ред. В.М. Корельского и В.Д. Первалова. – М.: Издательская группа НОРМА – ИНФРА-М, 2000. – 616 с.
11. Уголовный кодекс РФ от 13 июня 1996 г. N 63-ФЗ // Официальный сайт Совета Федерации Федерального собрания Российской Федерации / Федеральные законы. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.council.gov.ru/> – Заголовок з екрана.

Надійшла до редколегії 24.12.10

Ю. Краснова, канд. юрид. наук

РЕГУЛЯТИВНО-СТИМУЛЮЮЧІ ЗАХОДИ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕКОЛОГІЧНОЇ БЕЗПЕКИ В ГАЛУЗІ АВІАЦІЇ

Стаття присвячена дослідженню таких правових засобів забезпечення екологічної безпеки в галузі авіації, як стандартизація, нормування та зонування територій; визначенню ефективності таких засобів та основних проблем їх практичного застосування.

Статья посвящена исследованию таких правовых средств обеспечения экологической безопасности в области авиации, как стандартизация, нормирование и зонирование территорий; определению эффективности таких средств, а также проблем их практического использования.

The articles deals with research of such legal measures of providing for environmental safety in the aviation sector as standardization, rationing and territorial zoning, as well as defining efficiency of the above measures and the main problems of their implementation.

Ключові слова: регулятивно-стимулюючі заходи; забезпечення екологічної безпеки; авіація; стандартизація; нормування; зонування територій.

Ключевые слова: регулятивно-стимулирующие мероприятия; обеспечение экологической безопасности; авиация; стандартизация; нормирование; зонирование территорий.

Key words: regulatory and incentive measures, environmental safety guarantee, aviation, standardization, rationing, territorial zoning.

В юридичній літературі регулятивно-стимулюючі заходи забезпечення екологічної безпеки віднесені до складу механізму правового забезпечення екологічної безпеки [1, с. 94]. Їх основу становить система юридичних норм і правил, спрямованих на регулювання відносин, забезпечення дотримання пріоритетів, нормативів, стандартів, лімітів та інших вимог у галузі екологічної безпеки, які поділяються на: а) нормативно-правові; б) нормативно-технічні; в) нормативно-економічні; г) нор-

мативно-обмежувальні засоби [1, с. 96]. Не становить виключення й авіаційна галузь господарювання.

Метою статті є дослідження особливостей регулятивно-стимулюючих заходів забезпечення екологічної безпеки в галузі авіації на прикладі дослідження таких правових засобів, як: 1) нормативно-технічні, та 2) нормативно-обмежувальні (організаційні) заходи.

Враховуючи загальнотеоретичні підходи щодо нормативно-технічних засобів, як складової регулятивно-

стимулюючих заходів у механізмі правового забезпечення екологічної безпеки [1, с. 96] можна зробити висновок, що в основі таких заходів в галузі авіації покладено врегульовану правовими нормами діяльність спеціально уповноважених органів та їх організацій щодо розроблення і встановлення комплексу обов'язкових правил, вимог, норм і нормативів екологічного характеру в галузі авіації.

Важливу роль в системі таких заходів відіграє *стандартизація* в сфері забезпечення екологічної безпеки в галузі авіації. Відповідно до положень Декрету Кабінету Міністрів України "Про стандартизацію і сертифікацію" від 10 травня 1993 року, стандартизація на авіаційному транспорті, з метою недопущення та зменшення його негативного впливу на навколишнє природне середовище, має здійснюватися, насамперед, шляхом встановлення відповідних нормативів та правил у *державних стандартах України*, оскільки, згідно із п. 2 ст. 5 Декрету, державні стандарти України поділяються на організаційно-методичні, загально-технічні види, складові елементи народногосподарських об'єктів державного значення (у тому числі на транспорт та на охорону навколишнього природного середовища), продукцію міжгалузевого призначення, продукцію для населення та народного господарства, методи випробувань, які належать до обов'язкових вимог державних стандартів.

Статтею 32 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" визначено, що державні стандарти в галузі охорони навколишнього природного середовища є обов'язковими для виконання. Однак згідно із Законом України "Про стандартизацію": "Стандарти застосовуються на добровільній основі, за винятком випадків, коли застосування цих стандартів вимагають технічні регламенти". В даному випадку, на нашу думку, слід застосовувати положення Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" як спеціального нормативно-правового акту у досліджуваній сфері.

У сфері охорони довкілля від негативного впливу авіації об'єктами стандартизації виступають: 1) фізичні авіаційні впливи; 2) викиди відпрацьованих газів авіаційних двигунів, скиди забруднюючих речовин та розміщення відходів підприємствами авіаційного транспорту; 3) перевезення небезпечних вантажів; 4) будівництво аеродромів.

До державних стандартів, які врегульовують такі питання на авіаційному транспорті, належать: ДСТУ 2325-93 Шум. Терміни та визначення; ДСТУ 3437-96 Нафтопродукти. Терміни та визначення; ДСТУ 3464-96 Авіаційні палива, мастильні матеріали, технічні рідини. Терміни та визначення; ДСТУ 3982-2000 Авіаційні палива, оливи, мастильні матеріали і технічні рідини. Організація і правила контролю якості. Загальні положення; ДСТУ 3430-96 Перевезення повітряним транспортом. Терміни та визначення та ін.

Поряд із державними стандартами України в сфері охорони довкілля в галузі авіації застосовуються й інші нормативні документи такі як державні будівельні норми та правила, а також державні класифікатори техніко-економічної та соціальної інформації, зокрема: ДБН А.2.2-1-2003 "Склад і зміст матеріалів оцінки впливів на навколишнє середовище (ОВНС) при проектуванні і будівництві підприємств, будинків і споруд та ін.

Як державні стандарти України використовуються державні стандарти колишнього СРСР (ГОСТ), які залишаються чинними на території України до розробки власних документів у сфері стандартизації: ГОСТ 17229-85 "Самолеты пассажирские и транспортные. Метод определения уровней шума, создаваемого на местности"; ГОСТ 26120-84 "Акустика авиационная.

Термины и определения"; ГОСТ 12.1.012-90 "Вибрационная безопасность. Общие требования"; ГОСТ 17.2.1.01-76 "Охрана природы. Атмосфера. Классификация выбросов по составу"; ГОСТ 17.2.2.04-86 "Охрана природы. Атмосфера. Двигатели газотурбинные самолетов гражданской авиации. Нормы и методы определения выбросов загрязняющих веществ" та інші.

Галузеві стандарти розробляються за відсутності державних стандартів України чи у разі необхідності встановлення вимог, які перевищують або доповнюють вимоги державних стандартів. Обов'язкові вимоги галузевих стандартів підлягають безумовному виконанню підприємствами, установами і організаціями, що входять до сфери управління органу, який їх затвердив (наприклад, ВСН 1.02.01-85. Ведомственные строительные нормы по выбору площадок для строительства аэропортов и вертолетных станций ГА).

Розроблення проектів стандартів в галузі авіації, які стосуються охорони довкілля здійснюють, в залежності від об'єктів забруднення: Міністерство охорони навколишнього природного середовища України, Міністерство транспорту та зв'язку України, Міністерство регіонального розвитку та будівництва України за погодженням з Державним комітетом України з питань технічного регулювання та споживчої політики.

Міжнародні, регіональні та національні стандарти інших країн застосовуються в Україні відповідно до її міжнародних договорів. Так, на сьогоднішній день, питання охорони довкілля від негативних впливів авіаційного транспорту закріплюються у нормативних документах із стандартизації (стандартах) та рекомендаційній документації Міжнародної організації цивільної авіації (ІКАО). Однак існує проблема у їх застосуванні. Так, більшість національних стандартів щодо шуму та викидів відпрацьованих газів повітряних суден прийняті ще в 70-80-х роках ХХ століття і з того часу жодного разу не переглядалися, незважаючи на те, що Україна є членом ІКАО, яка переглядає екологічну політику щодо зменшення негативних фізичних та хімічних впливів авіації на довкілля, як правило кожні п'ять років.

Водночас, документи ІКАО щодо зменшення негативного впливу авіації на довкілля (зменшення шумового впливу та викидів відпрацьованих газів авіаційних двигунів) носять рекомендаційний характер. Єдиним стримуючим чинником в такій ситуації виступає заборона здійснювати міжнародні польоти повітряними суднами країн, що не врахували встановлені рекомендації до країн, які їх врахували. На національному ж рівні хоч і діють Авіаційні правила, прийняті в рамках СНД (АП-36 щодо шуму та АП-34 щодо емісії авіаційних двигунів), на основі Додатку 16 до Чиказької конвенції (Охорона навколишнього природного середовища), але на фоні процесу встановлення більш жорстких міжнародних норм по охороні навколишнього природного середовища, стан вітчизняних повітряних суден за шумовими та емісійними характеристиками визнається незадовільним. Близько 80% парку авіаційних двигунів цивільної авіації не відповідає сучасним міжнародним і національним нормам по емісії шкідливих речовин та шумовим впливам, оскільки розроблені ще в 70–80-х роках минулого тисячоліття [6, с. 18-19].

З метою розв'язання цих питань доцільно переглянути існуючі національні стандарти щодо фізичних та хімічних впливів авіаційного транспорту на довкілля шляхом імплементації міжнародних норм ІКАО.

Не менш важливе значення в сфері забезпечення екологічної безпеки в галузі авіації посідає і *екологічне нормування*.

На думку В.І. Андрейцева, під екологічними нормативами доцільно розуміти такі різновиди нормативних документів, які містять якісні та кількісні показники безпечного для життя та здоров'я людей, інших живих організмів стану довкілля та визначають можливі рівні ризикованого антропогенного чи природного навантаження на нього [7, с. 47].

Відповідно до ст. 33 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища", екологічні нормативи встановлюють гранично допустимі викиди та скиди у навколишнє природне середовище забруднюючих хімічних речовин, рівні допустимого шкідливого впливу на нього фізичних та біологічних факторів, проте робиться зауваження, що законодавством України можуть бути встановлені і нормативи використання природних ресурсів та інші екологічні нормативи.

Необхідно відзначити проблематичність застосування екологічних нормативів на авіаційному транспорті, оскільки до транспортних засобів практично неможливо встановити (а головне – проконтролювати дотримання) граничнодопустимих викидів та скидів забруднюючих хімічних речовин. Тому регулювання викидів відбувається шляхом встановлення вимог щодо процентного вмісту забруднюючих речовин у відпрацьованих газах повітряних суден.

Так, у ст. 5 Закону України "Про охорону атмосферного повітря" визначаються нормативи вмісту забруднюючих речовин у відпрацьованих газах пересувних джерел та шкідливого впливу їх фізичних факторів.

На сьогоднішній день нормативи вмісту забруднюючих речовин у відпрацьованих газах повітряних суден та нормативи їх шумового впливу на місцевості встановлюються лише вищезазначеними стандартами радянського періоду та ІКАО для кожного прототипу повітряного судна. Національне ж законодавство (ст. 56 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища", ст. 17 Закону України "Про охорону атмосферного повітря") встановлює лише загальну заборону проектувати, виробляти та експлуатувати транспортні та інші пересувні засоби (повітряні судна) і установки, вміст забруднюючих речовин у відпрацьованих газах яких перевищує нормативи або рівні впливу фізичних факторів.

В основу нормативно-обмежувальних заходів правового забезпечення екологічної безпеки в галузі авіації покладено сукупність юридично значимих дій суб'єктів господарської діяльності та спеціально уповноважених органів державної влади і місцевого самоврядування, які спрямовані на встановлення спеціальних територіальних (просторових) обмежень з метою зниження шкідливого впливу авіації на навколишнє природне середовище та життя і здоров'я людей.

Головну роль в системі такого заходу відіграє функція *зонування* [1, с. 96; 9, с. 363]. Так, підтвердженням того, що сфера шкідливого впливу авіаційного транспорту на довкілля суттєва, є законодавча вимога встановлювати навколо аеропортів *спеціальні охоронні зони* (п. "б" ч. 1 ст. 112 ЗК України) для забезпечення нормальних умов їх експлуатації, запобігання їх негативного впливу на людей та довкілля, суміжні землі та інші природні об'єкти.

В науково-практичній літературі такі зони визначаються як зони, призначені для запобігання негативному впливу джерел екологічної небезпеки [10, с. 420]. При цьому зауважується, що категорія охоронних зон є загальною і родовою щодо різних видів охоронних зон. З цією метою визначимо, які спеціальні зони встановлюються навколо аеропортів.

Так, вже вибір місця розміщення аеропорту (аеродрому) вимагає дотримання спеціальних охоронних

зон, які включають *приаеродромні території та смуги повітряних підходів*. З урахуванням вимог ст. 41 Повітряного кодексу України, під *приаеродромною територією* (прилегла до аеродрому зона контролю і обліку об'єктів та перешкод), розуміється обмежена встановленими розмірами місцевість навколо аеродрому, над якою здійснюється маневрування повітряних суден. На такій території запроваджується особливий режим одержання дозволу на будівництво (реконструкцію) житлових масивів з дотриманням спеціально встановлених карт *приаеродромної території* (п. 3.2. Додатку 3 до наказу Державної служби України з нагляду за забезпеченням безпеки авіації від 25 жовтня 2005 року № 796 "Про затвердження Правил сертифікації цивільних аеродромів України").

Відповідно до вимог ч. 3 ст. 54 Повітряного кодексу України, власники аеродромів, експлуатанти, командири і члени екіпажів повітряних суден зобов'язані запобігати шумам або зводити їх до мінімуму. Згідно п. 25 розділу II Положення про використання повітряного простору України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 29 березня 2002 року № 401, з метою зменшення забруднення атмосферного повітря та впливу пов'язаних з ним фізичних факторів на здоров'я людей і діяльності підприємств, установ, організацій, для кожного аеродрому встановлюється зона обмеження житлово-громадського, культурно-побутового та промислового будівництва, межі якої доводяться до відома органів місцевого самоврядування. Такі межі враховуються під час планування, будівництва і здійснення розвитку міст та інших населених пунктів, будівництва та реконструкції промислових, сільськогосподарських та інших об'єктів.

В п.7.3. СНіП 2.05.08-85 "Аеродроми" зазначається, що аеродроми та вертольотодроми, які будуються, необхідно розмішувати за межами міст та населених пунктів. При цьому відстань від кордону аеродрому (вертольотодрому) до кордону території житлової забудови необхідно визначати в кожному конкретному випадку з урахуванням допустимих максимальних та еквівалентних рівнів авіаційного шуму, встановлених ГОСТ 22283-76 "Шум авиационный. Допустимые уровни шума на территории жилищной застройки и методы его измерения", відповідно до якого рівень авіаційного шуму не повинен перевищувати з 7 до 23 годин 85 дБ, в інший час – 75 дБ.

Так, наприклад, щодо Державного підприємства "Міжнародний аеропорт "Бориспіль" встановлені такі зони обмеження житлової забудови: 1) зона заборони житлової забудови (рівень шуму дорівнює 75 дБА) – повна заборона будівництва; 2) зона захисту від шуму (рівень шуму дорівнює 65 дБА) – частковий дозвіл будівництва при дотриманні умов забезпечення захисту від шуму в середині житлових приміщень); 3) зона житлової та громадської забудови (рівень шуму не перевищує 55 дБА) [14]. Встановлення таких зон відповідає також вимогам наказу Міністерства охорони здоров'я України від 19 червня 1996 року № 173 "Про затвердження Державних санітарних правил планування та забудови населених пунктів".

Для аеродромів, будівництво яких знаходиться на стадії проектування, відстань від межі льотного поля до межі території житлової забудови з урахуванням їх перспективного розширення в районах аеродрому, в межах та поза межами повітряних підходів до них будівель, споруд, враховуючи лінії електрозв'язку, радіотехнічні та інші об'єкти, які можуть загрожувати безпеці польотів повітряних суден або створювати перешкоди для нормальної роботи радіотехнічних засобів аеродромів, а також порядок узгодження розміщення цих об'єктів необхідно виконувати з урахуванням вимог СНіП II-60-75.

При цьому, якщо траса польотів не перетинає межі території житлової забудови, необхідно також забезпечувати мінімальну відстань між горизонтальною проекцією траси польотів по маршруту заходу на посадку і межею території житлової забудови, для аеродромів класів А, Б і В на відстані 3 км, для класів Г і Д – 2 км.

Посадочні площадки вертольотодромів повинні розміщуватися не ближче 2 км від території житлової забудови і мати відстань між боковою межею посадкової площадки і межею території житлової забудови не менше 300 метрів.

Відповідно до п. 3.2 розділу 3 Додатку 3 до наказу Державної служби України з нагляду за забезпеченням безпеки авіації від 25 жовтня 2005 року № 796 "Про затвердження Правил сертифікації цивільних аеродромів України", для цивільних аеродромів встановлюються приаеродромні території, які для аеродромів класу А, Б, В, Г досягають 50 км, для класів Д, Е і некласифікованих – 25 км з планом зовнішньої горизонтальної обмежувальної поверхні (для аеродрому класу А, Б, В, Г – в радіусі 15 км, для класів Д, Е і некласифікованих – 8 км).

Одним із заходів запобігання шкідливому впливу повітряних суден на навколишнє природне середовище та життя і здоров'я людей є встановлення в конкретних районах мінімальної висоти польоту, єдиної для всіх повітряних суден чи окремо за типами повітряних суден. Наприклад, відповідно до п.1 ч.1 ст. 16 Закону України "Про природно-заповідний фонд України" від 16 червня 1992 року, на території природних заповідників забороняється, зокрема, проліт літаків та вертольотів нижче 2000 метрів над землею та подолання літаками звукового бар'єру над територією заповідника.

Крім цього, законодавством встановлені певні обмеження щодо польотів повітряних суден над населеними пунктами. Так, в Положенні про використання повітряного простору України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 29 березня 2002 року № 401, немає згадки про використання авіації в населених пунктах, проте в п. 22 згадуються демонстраційні польоти над населеними пунктами, які виконуються за наявності спеціального дозволу органів місцевого самоврядування та спеціальних органів у сфері авіаційного транспорту.

В той-же час, п. 3.1.9 Правил польотів повітряних суден та обслуговування повітряного руху в класифікованому просторі України, затверджених наказом Міністерства транспорту України від 5 травня 2003 року № 293, забороняється здійснювати польоти: а) над густонаселеними районами великих міст, містами чи селищами або над скупченням людей або приміщеннями на дійсній висоті менше 300 метрів; б) у будь-яких інших районах, крім вище зазначених на дійсній висоті менше 150 метрів над землею або водною поверхнею. Винятком є випадки, коли це потрібно при зльоті чи посадці або коли на польоти нижче зазначених дійсних висот видається дозвіл Державної авіаційної адміністрації України.

Навколо об'єктів шкідливого впливу авіаційного транспорту на довкілля встановлюється також *санітарно-захисні зони*, які, відповідно до статті 114 Земельного кодексу України, створюються навколо об'єктів, що є джерелами виділення шкідливих речовин, запахів, підвищених рівнів шуму, вібрації, ультразвукових і електромагнітних полів, іонізуючих випромінювань тощо, з метою відокремлення таких об'єктів від територій житлової забудови. В межах аеропорту такі зони встановлюються навколо: 1) аеродромів; 2) радіолокаційних станцій; 3) місць розміщення відходів (ч. 2 п. 147 постанови Кабінету Міністрів України "Про затвердження Положення про використання повітряного простору Украї-

ни"). Режим таких територій визначається чинним законодавством України.

Так, ст. 54 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища", СНіП 2.05.08-85 "Аеродроми", а також ГОСТ 12.006-84 "Уровни интенсивности электромагнитных излучений" встановлюються єдині екологічні вимоги щодо запобігання та недопущення перевищення встановлених рівнів електромагнітного, іонізуючого впливу на навколишнє природне середовище. Вищезазначеним стандартом встановлені спеціальні вимоги до розміщення радіолокаційних станцій, відповідно до яких останні, під час розміщення їх в містах та інших населених пунктах повинні встановлюватися в спеціальних санітарно-захисних зонах.

Такі санітарно-захисні зони поділяються на декілька підзон: 1) санітарно-захисної підзони суворого режиму, що включає в себе технічну територію радіолокаційного об'єкта. На її кордоні, щільність потоку енергії не повинна перевищувати 10 мкВт/см². В цій зоні дозволяється розміщувати виробничі споруди аеропортів, автотранспортні засоби і господарсько-складські приміщення; 2) санітарно-захисної підзони обмежень, що включає територію, яка безпосередньо прилегла до території підзони суворого режиму. На її внутрішній території щільність потоку енергії не повинна перевищувати 10 мкВт/см², а на зовнішній – 5 мкВт/см². В такій підзоні дозволяється зберігати існуючу жилу забудову за умови проведення комплексу заходів по зниженню в приміщеннях рівня опромінення до граничного допустимого.

Спеціальні зони встановлюються і для розміщення відходів. Так, ч. 2 п. 147 постанови Кабінету Міністрів України "Про затвердження Положення про використання повітряного простору України", на відстані ближче 15 км від визначеної території аеропорту забороняється розташування місць концентрованих викидів харчових відходів, звалищ, будівництво тваринницьких ферм та інших об'єктів, які сприяють масовому скупченню птахів та гризунів.

Як бачимо, частина норм, які визначають обов'язок встановлення спеціальних охоронних зон закріплені в нормативних актах радянської доби, а це вимагає термінового їх перегляду з метою встановлення відповідності сучасним вимогам національного, міжнародного законодавства та законодавства Європейського Союзу.

Однією зі спроб вирішення даної проблеми стала розробка фахівцями авіаційного транспорту проекту Інструкції щодо визначення зон обмеження житлової забудови навколо аеропортів з урахуванням умов впливу авіаційного шуму [19], якою запропоновано, зокрема, встановити вимоги до зон захисту та обмеження житлової і громадсько-адміністративної забудови та інших видів використання земель на околицях аеропортів (аеродромів) з урахуванням умов забезпечення захисту населення від погіршення здоров'я та самопочуття, а також інших збитків, викликаних несприятливим впливом авіаційного шуму.

Однак в проекті зазначається, що вимоги Інструкції не будуть розповсюджуються на визначення та обмеження впливу звукових ударів, які утворюються під час прольоту повітряних суден з надзвуковою швидкістю, хоча шумовий вплив останніх на довкілля є найбільш шкідливим з поміж усіх інших видів фізичного впливу повітряних суден цивільного призначення та потребує не меншої уваги.

Проведене дослідження регулятивно-стимулюючих заходів правового забезпечення екологічної безпеки в галузі авіації дозволяє зробити висновок, про необхідність:

а) розробки та прийняття спеціального нормативно-правового акту про визначення зон обмеження житло-

вої забудови навколо аеропортів за різними критеріями впливу авіаційного шуму;

б) оновлення системи державних стандартів у сфері забезпечення екологічної безпеки в галузі авіації шляхом приведення їх у відповідність до сучасних вимог та гармонізації їх основних положень з європейською системою стандартів.

1. Андрейцев В.І. Екологічне право: Курс лекцій: Навч. посібник для юрид. фак. вузів. / В.І. Андрейцев. – К.: Вентурі, 1996. – 207 с. 2. Владимир Скибин, Сергей Волков Выбросы вредных веществ от авиационных двигателей. // Аэрокосмический курьер. – 2003. – № 2. – С. 18-19.

3. Екологічне право: Особлива частина: Підруч. для студ. юрид. вузів і фак.: Повний акад. курс / За ред. акад. АПРН В.І. Андрейцева. – К.: Істина, 2001. – 543 с. 4. Мірошниченко А.М. Земельне право України: Навчальний посібник. / А.М. Мірошниченко. – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 2007. – 432 с. 5. Земельний кодекс України: Науково-практичний коментар / За заг. ред. В.І. Семчика. – 3-тє вид., перероб. і доп. – К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 2007. – 896 с. 6. Правила визначення зон обмеження житлової забудови навколо аеропортів з умов впливу авіаційного шуму. – Київ, Укроевропроект, 1996. 7. Інструкція щодо визначення зон обмеження житлової забудови навколо аеропортів із умов впливу авіаційного шуму: проект // Офіційний сайт Державної авіаційної адміністрації України / Режим доступу до документу: <http://www.avia.gov.ua>.

Надійшла до редколегії 24.12.10

УДК 347.93+347.919

М. Самбор, канд. юрид. наук

СУДОВИЙ ЗАХИСТ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ ПІД ЧАС ПЕРВИННОГО НАБУТТЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ЗЕМЛЮ

У статті автор розглядає підстави та способи судового захисту первинного набуття права власності на землю. Виділяється два основні напрямки судового захисту прав та інтересів осіб під час первинного набуття права власності на землю, які обумовлені видом рішення органів виконавчої влади та місцевого самоврядування, що оскаржуються. До таких рішень відносять рішення про відмову заявнику у виділенні місця розташування земельної ділянки та надання дозволу на розроблення проекту її відведення та відмову в передачі у приватну власність земельної ділянки, на яку було отримано дозвіл на розроблення проекту її відведення. Розглядаються особливості підготовки до позовного провадження у адміністративному суді щодо захисту прав та інтересів.

Ключові слова: захист прав та інтересів набувачів, земельна ділянка, позов, рішення органів виконавчої влади та місцевого самоврядування.

В статье автор рассматривает основания и способы судебной защиты первичного приобретения права собственности на землю. Выделяются два основных направления судебной защиты прав и интересов лиц во время первичного приобретения права собственности на землю, обусловленные видом решений органов исполнительной власти и местного самоуправления, которые обжалуются. К таким решениям относятся решения об отказе в разрешении на разработку проекта отвода и отказа в передаче в право частной собственности земельного участка, на который было получено разрешение на разработку проекта ее отвода. Рассматриваются особенности подготовки к исковому производству в административном суде по защите прав и интересов.

Ключевые слова: защита прав и интересов приобретателей, земельный участок, иск, решения органов исполнительной власти и местного самоуправления.

The article examines the reasons and ways to remedy the initial acquisition of land ownership. Provided two main areas of judicial protection of rights and interests of persons during the initial acquisition of land property rights, caused by overlooking the decision of executive bodies and local government, which appealed. Such decisions are those decisions to deny the applicant in the selection of the location of the land and permit drafting its withdrawal and refusal to transfer to private ownership of land on which it received permission to drafting its withdrawal. The features of preparation of a limitation in administrative court proceedings to protect the rights and interests.

Key words: protection of rights and interests of the receivers, plot, action, decision by the executive and local government.

Забезпечення прав громадян на власність, зокрема на власність на землю в Україні, зараз перебуває на стадії становлення, тому захищеність прав громадян на власність на земельні ділянки потребує методологічного забезпечення, вирішення проблем нормативно-правового та прикладного характеру, пов'язаного із доступністю, гарантованого ст. 55 Конституції України [1], права на звернення до судових органів за оскарженням в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб.

Формування ефективного механізму захисту права на власність на землю в Україні забезпечить особу від свавілля органів виконавчої влади та місцевого самоврядування, наділених функціями держави щодо розпорядження землею у межах відповідних адміністративно-територіальних одиниць, та гарантує законність, рівність та справедливість для кожного, хто виявив бажання набути у приватну власність ту чи іншу земельну ділянку незалежно від будь-яких антропологічних, соціальних чи політичних прихильностей та особливостей конкретного набувача.

Виявлення таких інтересів фізичних чи юридичних осіб вимагає аналізу правозастосовної діяльності спеціально уповноважених органів щодо забезпечення інтересів осіб, як їх спрямованості, так і прав, як конкретної можливості щодо набуття права власності на землю та його захисту.

Для реалізації прав потрібна правозастосовна діяльність, що розглядається як діяльність органів державної влади (законодавчої, виконавчої та судової), органів місцевого самоврядування, що спрямована на виконання всіма фізичними та юридичними особами, управлінськими структурами нижчого рівня, іншими членами суспільства встановлених нормами земельного права приписів і зобов'язань, на використання дозвільного права у своїх інтересах або в інтересах інших осіб чи суспільства [6, с. 6]. Не поглиблюючись у визначення того чи іншого права або інтересу особи щодо набуття права власності на земельні ділянки, а відтак відстоювання цих прав та захисту, у разі виявлення порушень на шляху їх здійснення, зупинимось саме на судовому їх захисті.

Питаннями гарантій прав на землю приділялися увага у працях Андрейцева В.І., Балюка Г.І., Єрофєєва Б.В., Малишева Н.Р., Погрібного О.О., Рубаника В.Є., Семчика В.І., Фролова М.О., Шульги М.В., Яковлева В.Н., Янчука В.З. та інших. Однак, незважаючи на значимість таких праць та досліджень їх авторів, питання судового захисту прав та у першу чергу інтересів осіб під час первинного набуття права власності на землю приділялася незначна увага. По-перше, на що вважаємо за необхідне звернути увагу, це те, що оскільки особа не набула у встановленому законом права власності на землю, не має правостановлюючих документів, яким є державний акт на право власності на землю, то ж дис-

кусійним буде питання про захист саме права власності на землю, тоді як, на наш погляд, доцільно вести мову про інтерес особи щодо набуття права власності на землю, відтак і його захисту, у випадку, коли той чи інший орган чи посадова особа чинитимуть перешкоди на шляху його реалізації та здобуття омріяного права власності на землю.

Перш за все вважаємо за необхідне піддати науковому екскурсу суспільні відносини, змістом яких є права та інтереси осіб, які виявляють наміри набути права власності на землю в Україні та, відповідно акцентувати увагу на тих правовідносинах, що пов'язані з відстоюванням інтересів набувачів права власності на землю.

Серед усієї сукупності суспільних відносин, що породжують публічно-правові спори з участю органів виконавчої влади і органів місцевого самоврядування, абсолютно впевнено не можна віднести до "управлінських" таку групу адміністративно-правових відносин: щодо підготовки і прийняття різного роду індивідуальних рішень стосовно реалізації численних суб'єктивних прав приватних (фізичних і юридичних) осіб, а також щодо реагування на різноманітні інші звернення приватних осіб, включаючи розгляд в адміністративному порядку їхніх скарг. Адже за буквальною тлумаченням КАС, всі спори, що породжуються даною групою не управлінських відносин з участю суб'єктів владних повноважень, не потрапляють під юрисдикцію адміністративних судів через те, що не пов'язані зі здійсненням "управлінських функцій". Хоча насправді всі подібні відносини регулюються саме адміністративним правом і тому мають визнаватися справами адміністративної юрисдикції [4, с. 8].

Для ефективного вирішення спору, в тому числі публічно-правового, вирішальну роль відіграють умови реалізації учасниками їх прав, свобод та інтересів, а також механізм охорони від можливих протиправних впливів на права, свободи та інтереси учасників правовідносин та комплексна система захисту прав, свобод та інтересів як доконаного факту їх порушень.

Керуючись позиціями пріоритетності судового захисту, не можна залишити осторонь окремі питання, що постають у практиці судової діяльності у сфері, що розглядається, визнаючи такий порядок захисту найбільш дієвим, прозорим і демократичним механізмом вирішення земельних спорів [5, с. 11]. Однак, відносини, пов'язані із захистом прав та інтересів є похідними від тих взаємовідносин, що виникають у зв'язку з реалізацією норм матеріального права. Неможливість знаходження компромісу, задоволення прав та інтересів учасників таких правовідносин, зумовлює потребу звернення окремих суб'єктів відносин до уповноважених органів з метою відстоювання своїх прав та інтересів. Тому, вважаємо, що дослідження механізму захисту прав та інтересів під час первинного набуття права власності на землю, потребує визначення конфліктних аспектів взаємовідносин осіб, які виявляють інтерес набути право власності на землю з відповідними уповноваженими органами виконавчої влади та місцевого самоврядування, котрі наділені повноваженнями у прийнятті рішень про задоволення цих інтересів або у відмові у їх задоволенні.

Однією з перших перешкод, з якими може зустрітися громадянин під час реалізації свого права на приватну власність на земельну ділянку – це органи виконавчої влади або місцевого самоврядування, до компетенції яких входять права щодо вирішення питання про надання дозволу на розроблення проекту відводу земельної ділянки та прийняття рішення про передачу такої земельної ділянки громадянину у власність. Особливо

актуалізуються дані органи та їх посадові особи, коли мова заходить про земельні ділянки у великих містах, де виявляється величезна конкуренція бажаючих отримати той чи інший клаптик землі у власність. Звучання набуває протиставлення інтересів фізичних та юридичних осіб. Зрештою, виявляється один переможець, якого й визначає орган виконавчої влади або місцевого самоврядування, при цьому інколи цілком зневажаючи не лише інтереси, а й права користувачів земельних ділянок, осіб, які мають пріоритетне право у набутті права власності на таку земельну ділянку.

В такому разі найбільш ефективним способом захисту порушених прав, або нереалізованих прав, інтересів є звернення до суду з відповідним позовом.

Виходячи з викладеного **метою нашої статті** є дослідження можливих перешкод у первинному набутті права власності на землю в Україні окремими громадянами чи юридичними особами, з'ясування механізму захисту прав та інтересів фізичних та юридичних осіб на приватну власність на землю та побудова стратегії захисту цих прав та інтересів.

На підставі аналізу нормативного матеріалу, а також юридичної практики слід сформулювати основні дві можливі перешкоди, пов'язані із первинним набуттям права власності на землю, а саме: 1) відмова сільської, селищної, міської ради у виділенні місця розташування земельної ділянки та надання дозволу на розроблення проекту її відведення; 2) відмова сільської, селищної, міської ради передати громадянину в приватну власність земельну ділянку, надану йому для ведення особистого підсобного господарства, будівництва й обслуговування жилого будинку та господарських будівель (присадибну ділянку), садівництва, дачного й гаражного будівництва, на які було отримано дозвіл на розроблення проекту відведення.

Таким чином, на підставі озвучених перешкод, вимальовується два основні шляхи судового захисту прав та інтересів осіб щодо первинного набуття права власності на землю: 1) звернення з позовною заявою у порядку адміністративного судочинства про визнання незаконним рішення сільської, селищної, міської ради про відмову у виділенні місця розташування земельної ділянки та надання дозволу на розроблення проекту її відведення; 2) звернення з позовною заявою у порядку адміністративного судочинства про визнання незаконним рішення сільської, селищної, міської ради про відмову передати громадянину в приватну власність земельну ділянку, надану йому для ведення особистого підсобного господарства, будівництва й обслуговування жилого будинку та господарських будівель (присадибну ділянку), садівництва, дачного й гаражного будівництва.

Адже нерідко останнім часом має місце той факт, що органи місцевого самоврядування відмовляють громадянам у дозволі на розроблення проекту відведення земельної ділянки, яка тривалий (тривалість у таких випадках інколи обчислюється десятиліттями, адже до здобуття незалежності в Україні була відсутня приватна власність на землю) час перебуває у користуванні цих же громадян. Отримавши відмову органу місцевого самоврядування на приватизацію земельної ділянки, громадянин використовує наданий йому Законом, а саме нормою ст. 152 Земельного кодексу України [2], спосіб – визнання недійсними рішень органів виконавчої влади або органів місцевого самоврядування, захисту своїх прав та інтересів та звертається до адміністративного суду із заявою про визнання недійсним такого рішення.

Для розуміння процесу захисту, побудови лінії захисту прав та інтересів щодо первинного набуття права

власності на землю у суді, необхідно розглянути передумови, що змушують особу звертатися до суду за захистом своїх прав.

У разі коли особа, яка виявила бажання набути право власності на земельну ділянку у відповідності до ст. 116, 118, 120, 121, 122 Земельного кодексу України звернулася до відповідних органів місцевого самоврядування із заявою про передачу земельної ділянки із земель комунальної власності відповідних територіальних громад у власність такій особі, та за результатами розгляду даної заяви відповідна рада на сесії приймає рішення про відмову в передачі земельної ділянки громадянину, остання повинна мотивувати своє рішення.

Однією з найважливіших умов реалізації, охорони та захисту права на власність в Україні є норми прямої дії (саме такими є норми Конституції України), зокрема ст. 55, де зазначається, що права і свободи людини і громадянина захищаються судом. Кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань. Однак, чинне законодавство України, як норми матеріального права, так і норми процесуальні, вказують на те, що звернення за захистом порушених прав людини і громадянина відбувається із суворим дотриманням Закону.

Слід пам'ятати, що 6 липня 2005 року був прийнятий Кодекс адміністративного судочинства України [3], у ст. 2 якого зазначено, що завданням адміністративного судочинства є захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень. До адміністративних судів можуть бути оскаржені будь-які рішення, дії чи бездіяльність суб'єктів владних повноважень, крім випадків, коли щодо таких рішень, дій чи бездіяльності Конституцією чи законами України встановлено інший порядок судового провадження. У справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень адміністративні суди перевіряють, чи прийняті (вчинені) вони: на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України; з використанням повноваження з метою, з якою це повноваження надано; обґрунтовано, тобто з урахуванням усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення (вчинення дії); безсторонньо (неупереджено); добросовісно; розсудливо; з дотриманням принципу рівності перед законом, запобігаючи несправедливій дискримінації; пропорційно, зокрема з дотриманням необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи і цілями, на досягнення яких спрямоване це рішення (дія); з урахуванням права особи на участь у процесі прийняття рішення; своєчасно, тобто протягом розумного строку.

Ст. 104 Кодексу адміністративного судочинства України надає право особі, яка вважає, що порушено її права, свободи чи інтереси у сфері публічно-правових відносин, звернутися до адміністративного суду з адміністративним позовом. Норми ст. 105 КАС України вказують на те, що позов може бути поданий як особисто позивачем, так і його представником до суду, а також може бути надісланий поштою. П. 1 ч. 3 ст. 105 КАС України зазначає, що особа, звертається з позовом до адміністративного

суду з вимогою скасування або визнання нечинним рішення відповідача – суб'єкта владних повноважень, якими є органи виконавчої влади або місцевого самоврядування, повністю чи окремих його положень.

Виходячи з того, що рішення про відмову у передачі земельної ділянки у власність або залишення заяви без розгляду приймаються органами виконавчої влади або органами місцевого самоврядування, тобто суб'єктом владних повноважень, які здійснюють управлінські функції на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень, тому за захистом своїх прав громадянам необхідно звертатися до адміністративного суду шляхом пред'явлення адміністративного позову.

В такому разі важливим є дотримання процесуальної форми заяви, з якою той чи інший громадянин, який вважає, що має місце порушення його прав, пов'язаних із набуттям, здійсненням права власності на землю, звертатиметься до суду. Безумовно дотримання процесуальної форми у оформленні даного позову має важливу роль, однак суттєвим буде зміст такої позовної заяви, де громадянину необхідно викласти суть проблеми, обґрунтувати доцільність та законність надання земельної ділянки у власність саме цьому громадянину, посилаючись на норми чинного законодавства України.

У цілому загальні вимоги до адміністративного позову особливих відмінностей від цивільного позову не мають, однак, враховуючи специфіку правового врегулювання відносин особи з органом виконавчої влади чи місцевого самоврядування у сфері використання землі, вважаємо за необхідне наголосити на структурі та особливостях адміністративного позову, в якому необхідно вказати найменування адміністративного суду, до якого подається позовна заява; ім'я позивача, його поштову адресу, а також номер засобу зв'язку, адресу електронної пошти, якщо такі є; найменування відповідача, адже саме до органу виконавчої влади чи місцевого самоврядування позивається особа. Поряд з правильною його назвою необхідно вказати поштову адресу, а також номер засобу зв'язку, адресу електронної пошти, якщо такі відомі позивачу. Особливу увагу слід привертати саме правильності найменування органу виконавчої влади чи місцевого самоврядування, адже невірно зазначене найменування відповідача може стати підставою для відмови у розгляді позову.

Чи не найважливішим у змісті позовної заяви є виклад обставин, якими позивач обґрунтовує свої вимоги. Залежно від ступеня обґрунтованості, мотивування своїх вимог значною мірою залежатиме те, наскільки суд проникнеться порозумінням до тих обставин, що на думку позивача, порушують його суб'єктивні права та інтереси, пов'язані із володінням та користуванням земельними ділянками. У цій частині важливим є не лише вказати, що порушено, а необхідно послатися на матеріальну норму закону, яка визначає таке право позивача, зазначити, яка саме процесуальна норма дає можливість судового захисту таких порушених прав. Не менш важливим є зазначення доказів, що підтверджують кожну обставину, наявність підстав для звільнення від доказування. При цьому виклад матеріалу у змісті позовної вимоги має будуватися таким чином, щоб фактичні обставини справи підкріплювалися нормативним складовим. Наступним не менш важливим складовим елементом буде обґрунтування незаконності прийняття рішення органом місцевого самоврядування про відмову у задоволенні заяви громадянина. У цій частині, по-перше, необхідно відтворити ті обставини, якими сам орган місцевого самоврядування обґрунтовує свою відмову. По-друге, необхідно зазначити спростування цих підстав, по-третє, спираючись на норми позитивно-

го права та юридичну практику, зокрема рішення вищих спеціалізованих судів України, подібну міжнародну судову практику, звісно на узагальнення судової практики, які знаходять себе у відповідних постановках Пленуму Верховного суду України, навести докази на спростування зазначених у описовій частині рішення органу місцевого самоврядування обставин. Поряд з цим вважаємо, що вихідною позицією має стати зазначення неправомірних дій органів влади або місцевого самоврядування, потім зазначення законності мотивації оскарження такого рішення та наприкінці має відобразитися логічно підсумовуючий складовий елемент, у якому позивач, посилаючись на норми позитивного права, вмотивує законність своїх прав та інтересів, за захистом власне яких він і звернувся до адміністративного суду.

Одночасно у адміністративному позові може бути зазначено клопотання про звільнення від сплати судового збору, коли позивач користується відповідними соціальними пільгами; про звільнення від оплати правової допомоги і забезпечення надання правової допомоги, якщо відповідний орган відмовив особі у забезпеченні правової допомоги; про призначення судової експертизи; про витребування доказів; про виклик свідків тощо. В обов'язковому порядку вказати у позові перелік документів та інших матеріалів, що додаються, та долучити ці документи до позовної заяви. Слід пам'ятати, що адміністративний позов необхідно подавати разом з його копією та копіями всіх документів, що приєднуються до нього, відповідно до кількості відповідачів, а також квитанцію про сплату судового збору, за винятком тих випадків, коли позивач звільняється від сплати судового збору. Декрет Кабінету Міністрів України "Про державне мито" від 21 січня 1993 року встановив, що від сплати державного мита звільняються: громадяни, віднесені до категорій 1 і 2 постраждалих внаслідок Чорнобильської катастрофи; громадяни, віднесені до категорії 3 постраждалих внаслідок Чорнобильської катастрофи, – які постійно проживають до відселення чи самостійного переселення або постійно працюють на території зон відчуження, безумовного (обов'язкового) і гарантованого добровільного відселення, за умови, що вони за станом на 1 січня 1993 року проживали або відпрацювали у зоні безумовного (обов'язкового) відселення не менше двох років, а у зоні гарантованого добровільного відселення – не менше трьох років; громадяни, віднесені до категорії 4 потерпілих внаслідок Чорнобильської катастрофи, які постійно працюють і проживають або постійно проживають на території зони посиленого радіоекологічного контролю, за умови, що за станом на 1 січня 1993 року вони проживали або відпрацювали в цій зоні не менше чотирьох років; інваліди Великої Вітчизняної війни та сім'ї воїнів (партизанів), які загинули чи пропали безвісти, і прирівняні до них у встановленому порядку особи; інваліди I та II груп.

До того ж усього доцільно зазначити необхідність забезпечення позову з дотриманням вимог ст.ст. 73, 74, 75, 117, 118 КАС України, шляхом подання відповідної заяви до адміністративного суду. Однією з вимог щодо забезпечення позову, з метою забезпечення відновлення прав та інтересів особи, на нашу думку, є заборона прийняття будь-яких інших рішень органів виконавчої влади або місцевого самоврядування відносно цієї земельної ділянки спір про набуття права власності на який розглядається у адміністративному суді. Також доцільно як один із способів забезпечення позову вказати у заяві необхідність витребування документів, а саме рішення органу місцевого самоврядування чи органу виконавчої влади, яким вони відмовили у задоволенні прав та інтересів осіб на первинне набуття права

власності на землю (а якщо це рішення колективного органу – доцільно зауважити про витребування протоколу або стенограми їх засідання, або мати можливість з'ясувати істину причину відмови).

Зовсім у іншому світлі постає питання про захист прав набувачів права власності на землю в Україні, у разі коли орган місцевого самоврядування, задовольнивши заяву громадянина на вибір місця розташування земельної ділянки, надав дозвіл на розроблення проекту відведення цієї земельної ділянки, у подальшому відмовляє у наданні дозволу на передачу громадянину в приватну власність земельну ділянку, надану йому для ведення особистого підсобного господарства, будівництва й обслуговування жилого будинку та господарських будівель (присадибну ділянку), садівництва, дачного й гаражного будівництва.

У відповідності до ч. 7 ст. 151 Земельного кодексу України відповідний орган державної влади або орган місцевого самоврядування згідно із своїми повноваженнями розглядає заяву (клопотання) і в тиждень строк з дня її реєстрації направляє її копії на розгляд територіальних органів виконавчої влади з питань земельних ресурсів, органів містобудування і архітектури та охорони культурної спадщини, природоохоронних і санітарно-епідеміологічних органів, а також до відповідних територіальних органів виконавчої влади з питань лісового або водного господарства (у разі вилучення (викупу), надання, зміни цільового призначення земельних ділянок лісгосподарського призначення чи водного фонду). У житті орган місцевого самоврядування вручає громадянину своє рішення про надання дозволу на збір відповідних документів з відведення земельної ділянки, решту роботи, а саме отримання погоджень з усіма органами виконавчої влади (природоохоронні, археологічні тощо) здійснює особисто громадянин, який виявив бажання набути права приватної власності на землю. Слід пам'ятати, що жоден з цих органів не працює та, відповідно, не надає свої послуги безкоштовно. Тому громадянину необхідно сплатити безліч зборів, платежів за отримання відповідних дозволів, не рахуючи затраченого часу, нервів. Крім того, особі необхідно звернутися до недержавних підприємств щодо виконання проектних робіт, адже ч. 8 ст. 118 Земельного кодексу України вказує на те, що проект відведення земельної ділянки розробляється за замовленням громадян організаціями, які мають відповідні дозволи (ліцензії) на виконання цих видів робіт, у строки, що обумовлюються угодою сторін. Знов-таки такі організації працюють далеко не безкоштовно. У такій ситуації порушуються не лише право на набуття у приватну власність земельної ділянки, а й такими діями заподіюється матеріальна шкода правам та інтересам громадян. Тому, оскарження таких рішень органів виконавчої влади та місцевого самоврядування поряд із вимогою про визнання такого рішення недійсним та незаконним позивачу слід зазначити вимогу визнати за ним право власності на таку земельну ділянку, а також вказати ціну відшкодування моральної та, звісно, матеріальної шкоди, заподіяної внаслідок таких рішень посадових осіб органів виконавчої влади та місцевого самоврядування.

Підводячи підсумок, слід зазначити, що відносини, пов'язані із захистом прав та інтересів на набуття права власності мають специфічний характер, перш за все, виходячи з того, що позивач, чий права та інтереси порушені, немає жодних правовстановлюючих документів, що посвідчують його право власності на земельну ділянку, а саме відсутній державний акт на право власності. По-друге, вважаємо, що мотивування про відмову

у задоволенні заяви особи на набуття права власності на землю має бути належним чином обґрунтоване, не просто побажанням, а з посиланням на відповідні програми, норми, стандарти, проекти містобудування, забудови територій тощо, а не простим зазначенням відмови в інтересах громади, навколишнього природного середовища тощо. По-третє, узагальнення судової практики, яке має знаходити відповідні пропозиції щодо розгляду подібних судових справ у постановках пленуму Верховного суду України або Вищого адміністративного суду України, мають залишати свободу вибору для кожного конкретного випадку, а не вирішувати всі справи за аналогією, користуючись тим самим судовим прецедентом. По-четверте, сформований ефективний механізм захисту інтересу особи на первинне набуття права власності на землю має гарантувати право власності на землю та забезпечити стабільність у земельних правовідносинах. По-п'яте, за таких обставин має виробитися та усталитися підхід самих органів виконавчої влади та місцевого самоврядування до забезпечення права власності на землю та компромісу індивідуальних та суспільних інтересів громади у земельних відносинах.

УДК 349.41

Таким чином, побудова ефективно діючого механізму первинного набуття права власності та системи охорони і захисту прав, свобод та інтересів набувачів (фізичних та юридичних осіб) в Україні має стати підґрунтям до цивілізованого, правового ринку землі, де основоположні принципи права знайдуть своє місце. Вся система правовідносин, пов'язаних з набуттям, переходом, відчуженням права власності на землю відбуватиметься шляхом компромісу приватних та публічних інтересів з неухильним дотриманням суб'єктивних прав учасників у відповідності до встановлених законодавством правил.

1. Конституція України: від 28 червня 1996 року. – ВВР. – 1996. – № 30. – ст. 141. 2. Земельний кодекс України: від 25 жовтня 2001 року. – ВВР. – 2002. – № 3-4. – ст. 27. 3. Кодекс адміністративного судочинства України: 6 липня 2005 року. – ВВР. – 2005. – № 35-36, № 37 – ст. 446. 4. Авер'янов В. Кодекс адміністративного судочинства України: необхідність і шляхи усунення концептуально-понятійних вад / В. Авер'янов, Д. Лук'янець, Ю. Педько. // Право України. – 2006. – № 3. – с. 7-12. 5. Погрібний О. Щодо місця інституту земельних спорів у системі земельного права / О. Погрібний // Право України. – 2009. – № 9 – с. 11-14. 6. Семчик В. До питання про механізм реалізації права на землю громадянами та юридичними особами / В. Семчик // Право України. – 2009. – № 9. – с. 6-10.

Надійшла до редколегії 07.12.10

В. Сидор, канд. юрид. наук, доц.

СПІВВІДНОШЕННЯ СИСТЕМИ ЗЕМЕЛЬНОГО ПРАВА І СИСТЕМИ ЗЕМЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Публікація присвячена дослідженню характеру співвідношення системи земельного права і системи земельного законодавства шляхом проведення їх порівняльного аналізу з метою визначення напрямків подальшого удосконалення земельного законодавства України.

Публикация посвящена исследованию характера соотношения системы земельного права и системы земельного законодательства путем проведения их сравнительного анализа с целью определения направлений последующего усовершенствования земельного законодательства Украины.

Publication is devoted to researching of character of correlation of the system of land law and system of land legislation by the leadthrough of them comparative analysis with the purpose of decision of directions of subsequent improvement of land legislation of Ukraine.

Ключові слова: земельні відносини, земельне право, земельне законодавство, система земельного права, система земельного законодавства, норма права, нормативно-правовий акт.

Ключевые слова: земельные отношения, земельное право, земельное законодательство, система земельного права, система земельного законодательства, норма права, нормативно правовой акт.

Key words: land relations, land law, land legislation, system of land law, system of land legislation, norm of law, normatively legal act.

Питання про зміст понять системи земельного права і системи земельного законодавства, а також про їх співвідношення відноситься до розряду постійно актуальних. Процес збагачення системи земельного законодавства України системою земельного права і навпаки досі триває. Система земельного права наповнює змістом систему земельного законодавства. Вона визначає цілі, завдання розвитку системи земельного законодавства. За допомогою системи земельного права система земельного законодавства вбирає в себе загальнолюдські цінності, підвищуючи при цьому свою цінність як регулятора земельних відносин. З іншого боку, система земельного законодавства України також відображає в системі земельного права сучасні тенденції зміни земельних відносин, особливості земельної політики тощо. Цей процес безперервний і, якщо не підтримувати його на належному рівні, то відбудеться зниження якості правового життя в суспільстві. Динаміка такого процесу може значно відрізнитися в різні періоди розвитку держави і суспільства. У зв'язку з цим значно актуалізують питання про характер співвідношення системи земельного права і системи земельного законодавства України.

Ідеї створення чітко побудованої системи земельного законодавства України як умови досягнення стабільності і порядку в земельних відносинах присвячено роботи таких вчених-правознавців в галузі земельного

аграрного та екологічного права, як В.І.Андрейцев, 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 не дивлячись на пильну увагу сучасної наукової думки до зазначених проблем, питання про поняття і співвідношення системи земельного права і системи земельного законодавства в Україні розроблене недостатньо.

Завданням даної публікації є дослідження характеру співвідношення системи земельного права і системи земельного законодавства шляхом проведення їх порівняльного аналізу з метою визначення напрямків подальшого удосконалення земельного законодавства України.

Переходячи до викладення основного матеріалу, хочемо зазначити, що не дивлячись на те, що в сучасній юридичній науці активно виявляється інтерес до проблем системи земельного права і системи законодавства, процесів його систематизації, рівень розробленості даної теми залишається практично на рівні ідей кінця ХХ століття. В даний час з'явилася безліч нових можливостей у вивченні системи земельного права і системи земельного законодавства, які повною мірою так і не реалізовані. Наприклад, досі в наукових розробках не було названо нових форм систематизації земельного законодавства, мало внесено пропозицій щодо правового регулювання цієї діяльності, недостатньо уваги приділено

здійсненню систематизації, в теоретичному аспекті немає нових ідей про тенденції розвитку структурних елементів земельного законодавства України.

В національній системі законодавства галузі складають його горизонтальну структуру, а вертикальна будується відповідно до юридичної сили нормативно-правових актів і умов, що багато в чому залежать від місця суб'єкта законодавства в системі нормотворчих органів [1, С. 173-174]. Категорія "система законодавства" використовується для позначення певних сукупностей, не завжди однакових за формою і за рівнем юридичної сили нормативно-правових актів, які приймаються різними органами держави, посадовими особами, самоврядними організаціями.

Поняття "система законодавства" і "структура законодавства" не є тотожними. Система законодавства – диференційована система правових актів, заснована на принципах субординації і координації її структурних компонентів [2, С. 264]. Структура законодавства – теоретична конструкція, що відображає внутрішню побудову законодавства; сукупність взаємодіючих та змістовно узгоджених елементів, яка визначається системою права, потребами впорядкування суспільних відносин і рівнем розвитку юридичної техніки [3, С. 92]. Під системою законодавства можна розуміти форму існування права, спосіб надання юридичного значення нормам права, засіб їх організації та поєднання в конкретні статті, нормативні приписи, нормативно-правові акти, інститути і галузі законодавства. Ознаками системи законодавства є: вертикальна (ієрархічна) будова; цілісність, системність і єдина спрямованість; інтегративний характер – від того, наскільки оптимально система законодавства інтегрує в собі нормативно-правовий матеріал, залежить ефективність правового регулювання. Отже, законодавству притаманна своя структура – спосіб зв'язку між її елементами. Розрізняють функціональну, горизонтальну, ієрархічну (вертикальну) структуру законодавства. Залежно від функціонального призначення нормативно-правових актів можна виокремити: головні нормативно-правові акти, які виконують основну функцію інтегратора (носія) певної сукупності нормативно-правових приписів; допоміжні нормативно-правові акти, тобто такі, які вносять часткові зміни в чинні головні нормативно-правові акти; нормативно-правові акти, які виконують функцію припинення юридичної сили окремих нормативних положень або їх первісних структурних частин. Елементами горизонтальної структури законодавства є: нормативно-правовий припис, тобто письмове викладення правила поведінки, принципу, дефініції, за своєю формою – це граматично, логічно і юридично завершена частина нормативно-правового акта, виражена в його структурних текстових підрозділах; нормативно-правовий акт – письмовий акто-документ державного органу, який містить сукупність нормативно-правових приписів, спрямованих на регулювання окремої сукупності суспільних відносин; інститут законодавства, який являє собою сукупність взаємопов'язаних та взаємодоповнюючих нормативно-правових приписів, спрямованих на регулювання відповідної уособленої сукупності суспільних відносин [4, С. 270-271].

Важливим теоретичним і практичним завданням для науки земельного права є встановлення правильного співвідношення між системою земельного права і системою земельного законодавства. Вирішення його на належному рівні має на меті забезпечити доступність земельного законодавства, скорочення непотрібної кількості актів, їх узгодженість між собою тощо. Законодавство може істотно впливати на розвиток формування права. В одних випадках цей вплив зводиться

до оформлення права. Відбувається це тоді, коли суспільні відносини набули очевидної юридичної значущості (визначається це передусім їх повторюваністю). Важливим напрямком впливу законодавства на розвиток права є формування правових режимів галузі права, адже без участі держави право не змогло б набути тих якостей, що перетворили б його на одну із загальнолюдських цінностей.

Показниками відмінностей системи права і системи законодавства є їх характерні ознаки: право завжди є вираженням справедливості, закони можуть виражати як справедливість, так і несправедливість; система права має об'єктивний характер, а система законодавства залежить від суб'єктивного актора – діяльності законодавця; первинним елементом системи права є норма права, а системи законодавства – нормативно-правовий припис [4, С. 269].

Фактори формування та розвитку системи законодавства – це сила, що визначає її зв'язок з іншими соціальними явищами, її зміст, форму і, як результат, – ефективність правового регулювання. Вплив кожного з цих факторів на формування і розвиток законодавства не рівнозначний. Одні з них мають домінуюче значення на час появи (зародження) закону, інші більше пов'язані з процесом його реалізації (фактори зворотнього зв'язку). Суттєво і те, що вплив кожного фактора залежить і від природи самого законодавчого акта. Для того, щоб з'ясувати міру впливу різних факторів на формування і розвиток законодавства, доцільно провести їх класифікацію. До факторів, які визначають процес формування та розвитку системи законодавства на значному проміжку історичного розвитку суспільства і держави належать: співвідношення політичних сил на час виникнення форми держави (зокрема, делегування законодавчих повноважень Кабінету Міністрів України); стан розвитку економічних, політичних, соціальних та інших відносин, що постійно штовхає законодавця до змін, доповнень або скасування чинних нормативно-правових актів; становище держави на міжнародній арені (політика замкнутості веде до самотності, відриву законодавства від інших національних систем права; політика ж відкритості, орієнтованість держави на інтеграцію у світові економічні, політичні та інші процеси є передумовою необхідності дотримуватись міжнародно-правових стандартів правового регулювання).

Залежно від характеру впливу на процес формування та розвиток системи законодавства фактори можна поділити на три групи. Перша група – це фактори, які визначають предмет правового регулювання. Їх особливістю є те, що вони здебільшого перебувають поза межами системи законодавства. Саме вони містять первинні імпульси, які йдуть від суспільства і держави. Наприклад, проведення аграрної і земельної реформ в Україні обумовили прийняття законів, спрямованих на регулювання нового правового режиму земельної власності, статусу землевласників і землекористувачів. Друга група факторів виражає позиції учасників законодавчої діяльності. Вони відбивають її суб'єктивну сторону, оскільки є діяльністю суб'єктів законодавчої ініціативи, лобізму, дією політичних партій тощо. Третю групу становлять фактори суто юридичного характеру. В них знаходять свій вияв притаманні системі законодавства принципи побудови і функціонування, внутрішньо системні зв'язки і залежності. Визначальним тут є взаємозв'язок системи права і системи законодавства. Чим повніше сприйматиметься зміст права законодавством, тим ефективніше буде правове регулювання. Важливу роль відіграють тут фактори, які визначають характер процесуальних дій. Одні з них проявляють себе на ста-

дії зародження, підготовки і прийняття законів (вибір засобів правового регулювання, правового регулювання), інші – на стадії реалізації закону (розуміння законів, їх підтримка або відчуження, виконання або невиконання). Ці фактори виконують функції зворотнього впливу на діяльність законодавця, спонукають його до удосконалення, зміни, систематизації чинного законодавства [4, С. 273-274].

Система земельного права і система земельного законодавства взаємозв'язані. Говорячи про співвідношення системи права і системи законодавства, мають на увазі певні аспекти диференціації і взаємозв'язку юридичних правових норм. Система права – це внутрішня будова права, системна організація права, а система законодавства – це форма вираження цього змісту [5, С. 168].

Збільшення кількості земельних нормативно-правових актів ставить завдання формування системних комплексів земельного законодавства України. Для визначення тенденцій становлення і перспектив розвитку повноцінного земельного законодавства важливо виявити співвідношення системи земельного права і системи земельного законодавства, оскільки концепції структури галузі земельного права є орієнтиром в правотворчій діяльності. Під системою права розуміється об'єктивний істотний взаємозв'язок правових норм, їхня цілісна будова, що виражається в єдності, узгодженості і диференціації на правові галузі та інститути. Під системою законодавства розуміється система форм вираження правових норм (їх джерел).

Під системою земельного права В. І. Семчик розуміє науково обгрунтоване послідовне розміщення однорідних інститутів і норм, що об'єднані в інститути, залежно від змісту, функцій, цільового призначення і способів їх реалізації, які обумовлені характером і особливостями суспільних земельних відносин, що ними регулюються [6, С. 54]. У правовому регулюванні земельних відносин простежується певна тенденція щодо запровадження організаційно-правових важелів, спрямованих на ефективне використання земельних ресурсів шляхом встановлення загальнообов'язкових вимог, а в окремих випадках – і правових приписів-заборон, здатних гарантувати ефективне довгострокове використання властивостей земель. В.І. Андрейцев стверджує, що в системі земельного законодавства України зосереджена значна частина прийнятих у різному часовому вимірі та за різних соціально-економічних умов правових приписів, спрямованих на урегулювання відносин щодо ефективного використання земель, земельних ділянок, а також корисних властивостей земельних ресурсів. Така сукупність правових норм сьогодні недостатньо кодифікована за предметом правового регулювання, але її наявність у системі земельного законодавства свідчить про реальність існування правових засад формування об'єктивного права – міжгалузевого комплексного правового інституту ефективного використання земель, земельних ділянок та земельних ресурсів. Ретельний аналіз норм земельного законодавства дає В.І. Андрейцеву підстави стверджувати не лише про те, що метою земельного законодавства є досягнення раціонального використання та охорони земель, але й про реальне існування комплексних земельних правовідносин щодо ефективного використання категорій земель, земельних ділянок та земельних ресурсів, у межах яких і можливе досягнення зазначеної мети [7, С. 56].

Співвідношення системи права і системи законодавства в літературі розглядається по-різному. З одного боку, вони отождоковуються, і це пояснюється вченими недосконалістю законодавства, неможливістю виділення структурних елементів його системи, посиланням

на те, що система права і система законодавства виражають один і той же феномен – право, але з різних сторін – внутрішньої і зовнішньої. Звідси їх загальне соціальне призначення. З іншого боку, поняття "системи права" і "системи законодавства" існують окремо, чим підкреслюються як загальні їх ознаки, так і відмінності, і виділяються самостійні підстави побудови системи права і системи законодавства, звертається увага на особливості елементів системи права і системи законодавства [8, С. 3].

Дискусійним залишається питання про виникнення системи права і системи законодавства. Система правових норм, що не увійшла до сфери суспільної свідомості, не може вважатися об'єктивно існуючим явищем правової дійсності. Проте по мірі впровадження в науку і практику реалізується процес її об'єктивізації. Таким чином, виникнення системи права здійснюється як процес правотворення, обумовлений об'єктивними і суб'єктивними чинниками суспільного розвитку. Більш того, не всі угруповання правових норм, що визнаються як галузі права, можуть вважатися такими, що завершили процес своєї об'єктивізації саме в цій якості. Ієрархічна структура в системі радянського законодавства вважалася головною, оскільки в її формуванні брав участь визначальний чинник її елементів – юридична сила нормативно-правових актів. Галузева структура законодавства сприяла виявленню типології нормативно-правових актів, створюючих структурні частини системи законодавства, обумовлених залежностями, що існують між системою законодавства і системою права [9, С. 58].

Проведене дослідження дозволяє зробити висновки, що система земельного права і система земельного законодавства розвиваються в сучасному суспільстві дуже швидко. Внаслідок цього неможливо уникнути їх ускладнення, що вимагає використання системного підходу до формування, вдосконалення і вивчення системи земельного права і системи земельного законодавства. Критерії структурної диференціації системи земельного законодавства на сьогодні чітко не визначені. На відміну від системи земельного права система земельного законодавства має не доктринальний, а практичний характер. Основним суб'єктом її диференціації є законодавець. Система земельного законодавства являє собою органічну єдність нормативних правових актів, що регулюють земельні відносини, і обумовлена єдністю державної волі і поєднанням приватноправових і публічно-правових засад. Система земельного законодавства більш глибоко розкривається в порівняльному аналізі з системою земельного права. По-перше, якщо система земельного права – це сукупність земельно-правових норм, то система земельного законодавства – це сукупність джерел земельного права, які є формою вираження земельно-правових норм; по-друге, якщо система земельного права відображає внутрішню будову права, то система земельного законодавства – це зовнішня форма системи земельного права; по-третє, якщо система земельного права носить об'єктивний характер, оскільки відображає стан земельних відносин, то система земельного законодавства будується за іншим принципом – у її формуванні значне місце займає суб'єктивний чинник, обумовлений потребою юридичної практики; по-четверте, якщо система земельного права є сукупністю норм права, розділених за ознакою однорідності регулювання земельних відносин на земельно-правові інститути, то система земельного законодавства – це сукупність нормативно-правових актів, яка будується як з урахуванням галузевого принципу, так і без його врахування; по-п'яте, первинним елементом системи земельного права служить

норма права, що складається з гіпотези, диспозиції і санкції; первинним елементом системи земельного законодавства є стаття нормативно-правового акту, яка не завжди містить всі три структурні елементи правової норми.

1. Загальна теорія держави і права : Навч. посіб. / [А. М. Колодій, В. В. Копейчиков, С. Л. Лисенков та ін.; За ред. В. В. Копейчикова.] — Стер. вид. — К. : Юрінком Інтер, 2001. — 320 с. 2. Кельман М. С. Загальна теорія держави і права : Підручник / [М. С. Кельман, О. Г. Мурашин]. — К. : Кондор, 2006. — 477 с. 3. Пендюра М. М. Теорія держави і права : [Посібник для підготовки до іститів] / М. М. Пендюра. — К. : Текст, 2008. — 192 с. 4. Загальна теорія держави і права: підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / [М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, Л. Л. Богачова та ін.; За ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина]. — Харків : Право,

2002. — 432 с. 5. Общая теория права и государства : [Учеб. для студентов вузов, обучающихся по спец. "Юриспруденция"] / [Афанасьев В.С., Герасимов А.П., Гойман В.И. и др.]; Под ред. В.В. Лазарева. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Юрист, 2001. — 517 с. 6. Семчик В.І. Земельне право України : підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / [В. І. Семчик, П. Ф. Кулинич, М. В. Шульга]. — К. : Вид. Дім "Ін Юре", 2008. — 600 с. 7. Андрейцев В. І. Земельне право і законодавство суверенної України : Актуальні проблеми практичної теорії / В. І. Андрейцев. — К. : Знання, 2005. — 445 с. 8. Бобылев А. И. Теоретические аспекты понятий системы права и системы законодательства / А. И. Бобылев // Теоретические основы формирования аграрного, земельного, предпринимательского законодательства в субъектах РФ. — Оренбург. — 1997. 9. Поленина С. В. Научные основы типологии нормативных правовых актов в СССР / С. В. Поленина, Н. В. Сильченко. — М., 1987. — С. 56-60.

Надійшла до редколегії 07.12.10

О. Совгиря, канд. юрид. наук

УРЯД ЯК СУБ'ЄКТ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОЇ ТА ПОЛІТИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

У статті досліджується питання щодо правової природи конституційно-правової відповідальності як різновиду юридичної відповідальності, характеризуються особливості конституційно-правової відповідальності Уряду, розглядається співвідношення конституційно-правової та політичної відповідальності як елемент конституційно-правового статусу зазначеного суб'єкта.

Ключові слова: Уряд, конституційно-правовий статус, конституційно-правова відповідальність, політична відповідальність.

В статье исследуются вопросы относительно правовой природы конституционно-правовой ответственности как разновидности юридической ответственности, характеризуются особенности конституционно-правовой ответственности Правительства, рассматривается соотношение конституционно-правовой и политической ответственности как элемент конституционно-правового статуса указанного субъекта.

Ключевые слова: Правительство, конституционно-правовой статус, конституционно-правовая ответственность, политическая ответственность.

The article examines the issue of the legal nature of constitutional legal liability as a kind of legal liability. Distinctive features of constitutional legal liability of Government are characterized as well as the correlation between constitutional legal and political responsibility as part of constitutional legal status of the subject mentioned above.

Keywords: government, constitutional legal status, constitutional legal liability, political liability.

Перш ніж розпочати аналіз питання щодо конституційно-правової відповідальності Уряду та його членів, слід визначитися із розумінням змісту даного виду відповідальності. Аналіз цього питання ми вважаємо за необхідне здійснити у вигляді визначення основних положень, виходячи з яких ми розуміємо конституційно-правову відповідальність і будемо характеризувати цей вид відповідальності стосовно Уряду та його членів.

Одразу для уникнення термінологічної плутанини відзначимо, що ми підтримуємо позицію тих дослідників, які відзначають, що такі терміни, як: конституційно-правова відповідальність, державно-правова відповідальність та конституційна відповідальність є тотожними, але такі поняття, як: конституційна відповідальність та відповідальність за порушення норм конституційного права не є повністю тотожними. Так, у тій частині, під якою розуміється конституційна відповідальність за порушення конституційних норм взагалі, ці поняття збігаються. Однак, оскільки порушення норм конституційного права породжує не тільки власне конституційну, а й відповідальність, передбачену іншими галузями права, поняття відповідальності за порушення норм конституційного права є ширшим [13, с. 45-48].

Відповідальність уряду безпосередньо стосується конституційно-правового статусу уряду, оскільки визначає характер взаємовідносин уряду з вищими органами державної влади, насамперед, главою держави та парламентом [5, с. 36-37]. Для з'ясування сутності конституційно-правової відповідальності важливо визначитися зі співвідношенням даного поняття із категоріями підзвітності та підконтрольності.

Так, Лазарев Б. М. із приводу даного співвідношення відзначає, що в юридичній літературі висловлене міркування, згідно із яким підзвітність і підконтрольність — це елементи відповідальності. Підзвітність (право вимагати звіту, заслуховувати або розглядати його) необхідно визнати вищою формою підконтрольності, але підко-

нтрольність у цілому і підзвітність розглядаються щодо відповідальності як самостійні явища, а не як її елементи. Можливе одночасне існування і відповідальності, і підзвітності. Але вони можуть існувати й окремо [10, с. 145].

На думку Мартинюка Р. С., наслідком підзвітності та підконтрольності уряду перед парламентом є його відповідальність перед представницьким органом [11, с. 225]. Дахова І. І. вважає, що відповідальність проявляється не тільки у відставці уряду, але і у його поточному звітуванні перед парламентом [5, с. 36-37]. Однак, з нашої точки зору, наведені позиції є дискусійними, оскільки у такому разі мета такого "завульованого" встановлення відповідальності видається незрозумілою. Крім того, законодавець вживаючи поняття відповідальності по відношенню до стосунків між Урядом та главою держави (частина 2 статті 113 Конституції України), у цій же нормі відмовляється від цього поняття по відношенню до парламенту, вживаючи для характеристики відносин цих суб'єктів поняття "підзвітність" та "підконтрольність". З нашої точки зору, саме таке формулювання частини 2 статті 113 обумовлене політичними причинами та бажанням зробити акцент на ролі Президента у політичній системі держави та підкреслити її президентсько-парламентську форму правління.

Слід також звернути увагу на визначений у законодавстві вичерпний перелік звітів, які Верховна Рада України може вимагати від Кабінету Міністрів України. До них належать: звіт про виконання Державного бюджету України та звіти про хід виконання загальнодержавних програм.

Хоча на практиці спроби вимагати від Уряду подання звітів, не передбачених законодавством, мають місце (прикладом чого може слугувати проект постанови Верховної Ради України про заслуховування звіту Прем'єр-міністра України М.Я. Азарова щодо кадрових призначень Кабінету Міністрів України, здійснених у березні 2010 року (реєстр. № 6229 від 26.03.2010 р. [14]).

Також потрібно звернути увагу на те, що порядок підготовки та розгляду Верховною Радою питання про відповідальність Кабінету Міністрів України визначений статтями 231, 232 Закону України "Про Регламент Верховної Ради України" від 08. 10. 2010 р. При цьому, зазначені статті вміщені у главі 38, що має назву "Розгляд питань, пов'язаних з парламентським контролем за діяльністю Кабінету Міністрів України". Зважаючи на викладені аргументи щодо співвідношення понять "відповідальність" та "контроль", є некоректним вживання терміну "парламентський контроль" у назві цієї глави Регламенту.

Отже, підзвітність і підконтрольність є самостійними характеристиками відносин між суб'єктами, що можуть бути як пов'язані із відповідальністю, тобто призводити до її настання, так і вичерпувати свою дію застосуванням відповідних форм відносин у межах підзвітності та підконтрольності.

Позиції, що висловлюються у літературі стосовно сутності конституційно-правової відповідальності, досить різноманітні, однак, як правило, визнається наявність двох аспектів (видів) конституційно-правової відповідальності – позитивного та негативного (ретроспективного).

Відповідальність першого виду несуть всі суб'єкти конституційно-правових відносин, відповідальність другого виду пов'язана із застосуванням спеціальних заходів впливу, що випливають з неналежної поведінки суб'єктів конституційно-правових відносин. Прибічники першого вважають, що конституційно-правова відповідальність проявляється головним чином в її позитивній спрямованості – як відповідальне ставлення суб'єктів до своїх конституційних обов'язків, добросовісне і ефективне їх виконання. Позитивну спрямованість конституційно-правової відповідальності асоціюють із підзвітністю, юридичною компетентністю. Ми ж, підтримуючи точку зору Виноградова В. А. вважаємо, що спроби розгляду конституційно-правової відповідальності одночасно із двох позицій можуть призвести, зокрема, до не застосування заходів державного впливу до винних у неправомірній поведінці під приводом несення ними позитивної відповідальності [3].

Таким чином, слід погодитися із тим, що, по-перше, позитивна відповідальність знаходиться у площині морально-етичних норм – адже при характеристиці цього виду відповідальності ми оперуємо неюридичними категоріями, які спрямовані на характеристику внутрішнього сприйняття особою об'єктивної реальності (відповідальне ставлення, сумлінність, обов'язковість тощо). До того ж відповідальність повинна виникати і виникає внаслідок усвідомленої дії чи бездіяльності суб'єкта. Наміри суб'єкта, не об'єктивовані у діянні, не можуть бути об'єктом правового регулювання. По-друге, відповідальність передбачає попереднє виникнення правовідносин. Вони, у свою чергу, мають виникати між певними суб'єктами. У цьому випадку, "правовідносини" виникають, так би мовити, між суб'єктом та його сумлінням. Другий суб'єкт вступає у правовідносини тільки з вчиненням протиправного діяння, яке є підставою виникнення ретроспективної відповідальності. Отже, позитивна відповідальність виникає за межами правовідносин, а тому не може розглядатися як окремий різновид юридичної відповідальності. По-третє, обов'язковою підставою юридичної відповідальності є юридичний факт. Юридичні факти бувають двох видів – події та дії. Тому не можна визнати певні нормативні акти, які зобов'язують керівників органів виконавчої влади до відповідальної поведінки, в їх статичному стані юридичним фактом, адже самі по собі вони не створюють, не змінюють або не припиняють правовідносин: для цього потрібне головне – волевиявлення, діяння суб'єкта. По-

четверте, процес звільнення з посади керівника органу виконавчої влади за "політичними мотивами" (за недоліки в роботі тощо) має чітко виражений розподіл на стадію позитивної відповідальності, коли вступаючи на посаду, керівник мав би усвідомити виключність авторитету своєї посади та висувати підвищені вимоги до своєї працездатності, тобто бути відповідальним службовцем; та стадію ретроспективної відповідальності – застосування певної санкції (у цьому випадку звільнення з посади), адже реалізація санкції лежить в площині саме ретроспективної відповідальності [1, с. 152].

Отже, саме в ретроспективному аспекті конституційно-правова відповідальність проявляється найбільш яскраво і саме ретроспективна відповідальність не викликає сумнівів як юридична відповідальність. Що ж стосується позитивного аспекту відповідальності, то він може і має досліджуватися як особливий вид неюридичної відповідальності.

Характеризуючи підстави конституційно-правової відповідальності, слід відмітити, що, на думку Виноградова В. А., слід виділяти три підстави цієї відповідальності: нормативну, фактичну та процесуальну. Зазначений автор відмічає, що для настання конституційно-правової відповідальності має значення наявність всіх трьох підстав. Важлива також послідовність: перш за все має бути конституційно-правова норма, що встановлює модель поведінки та санкцію за відхилення від неї. Потім може виникнути фактична підстава – діяння, що не відповідає конституційно-правовій нормі. За наявності норми та діяння, що їй не відповідає, уповноважена інстанція в порядку, встановленому конституційно-правовими нормами, може визначити захід конституційно-правової відповідальності за вказане діяння. Нормативна підстава конституційно-правової відповідальності – це сукупність конституційно-правових норм, що закріплюють: а) склади конституційних деліктів; б) конституційно-правові санкції та принципи їх застосування; в) коло суб'єктів, уповноважених застосовувати конституційно-правові санкції – інстанції відповідальності; г) процедуру застосування заходів конституційно-правової відповідальності, тобто її процесуальну форму. Фактичною підставою конституційно-правової відповідальності є конституційний делікт, тобто діяння (дія або бездіяльність) суб'єкта конституційно-правових відносин, що не відповідають належній поведінці, передбаченій нормами конституційного права і зумовлюють застосування встановлених заходів конституційно-правової відповідальності. Формулювання "невідповідність належній поведінці" охоплює будь-яке діяння, що відхиляється від конституційної моделі, порушує заборони, виходить за межі дозволеної поведінки, що закріплене нормами конституційного права, або, хоча і не передбачене конкретною нормою права, суперечить загальним принципам та нормам Конституції. Таким чином, конституційний делікт – це один із видів юридичних фактів (неправомірних дій). В якості процесуальної підстави конституційно-правової відповідальності Виноградов В. А. пропонує розуміти рішення компетентного суб'єкта (інстанції відповідальності) про застосування певної конституційно-правової санкції за конкретний конституційний делікт. Провідну роль в механізмі реалізації конституційно-правової відповідальності, на думку зазначеного дослідника, відіграє суб'єкт юрисдикції (інстанція). Якщо немає процесуальних підстав, то неможливо говорити про притягнення до конституційно-правової відповідальності; власне немає і самої відповідальності. Інстанцією, уповноваженою на притягнення до конституційно-правової відповідальності, може бути суд. Констатація настання конституційно-правової від-

повідальності таким суб'єктом юрисдикції уявляється найбільш доцільною. Особливо підходить для цієї ролі Конституційний Суд. Отже, при закріпленні конституційно-правової відповідальності має бути чітко визначена не тільки фактична підстава відповідальності, а і обов'язково – процесуальна [4].

Погоджуючись у цілому із наведеними базовими положеннями щодо розуміння підстав конституційно-правової відповідальності, визначеними Виноградовим В. А., вважаємо, однак, що окреме виділення процесуальної підстави є недоцільним, оскільки вона повністю охоплюється підставою нормативною.

Цікаво, що Конституційний Суд Російської Федерації сформулював низку принципів, якими повинен керуватися законодавець, при регулюванні конституційно-правової відповідальності. Серед них: принцип визначеності підстав відповідальності – чіткого встановлення всіх елементів складу конституційного делікту, щоб уникнути неоднозначного розуміння і, відповідно помилок, при застосуванні; заходи конституційно-правової відповідальності повинні відповідати вимогам справедливості та пропорційності; санкції мають співвідноситися із конституційно встановленими цілями та цінностями, а також з характером вчиненого конституційного делікту та з іншими факторами [3].

Потрібно відмітити, що спроби розробити універсальні підходи до визначення особливостей відповідальності органів виконавчої влади мають місце і у вітчизняному законодавстві. Так, за Концепцією адміністративної реформи в Україні, затвердженою Указом Президента України від 22. 07. 1998 р. № 810/98 [8], відповідальність (крім політичної) органів виконавчої влади – це певний стан (режим) організаційних відносин між органами виконавчої влади, за яким певний орган (посадова особа) вправі застосовувати заходи дисциплінарної (службової) відповідальності до інших органів (посадових осіб), а відповідальність (політична) Кабінету Міністрів України – це конституційно встановлений обов'язок Кабінету Міністрів скласти свої повноваження за умов, визначених Конституцією України.

З нашої точки зору, такий підхід до визначення видів відповідальності зазначених органів та Уряду, зокрема, є дуже спрощеним та не враховує всіх можливих видів правовідносин, в яких може мати місце правопорушення з боку як Уряду, так і окремих його членів, та застосування санкцій за його вчинення.

Окремі дослідники пропонують виділяти у межах конституційно-правової відповідальності її різновиди, пов'язані із специфікою статусу окремих суб'єктів. Так, вітчизняна дослідниця проблем конституційно-правової відповідальності Мельник О. В., виділяє такий різновид конституційно-правової відповідальності як конституційно-правова відповідальність вищих органів державної влади [12, с. 5, 9]. Деякі автори (наприклад, Белкін А. А., Бурмистров А. С., Барциц І. Н.) виділяють такий вид конституційно-правової відповідальності як урядова відповідальність. Однак, як слушно відзначає Виноградов В. А., визначити такі особливості, які необхідні і достатні для виокремлення такого виду відповідальності як самостійного досить складно [3]. З нашої точки зору, зазначений аргумент є слушним і для аргументації проти виділення такого різновиду конституційно-правової відповідальності як конституційно-правова відповідальність вищих органів державної влади.

З'ясування сутності конституційно-правової відповідальності неможливе без визначення її співвідношення із відповідальністю політичною. Особливо актуальним є визначення такого співвідношення у зв'язку із тим, що Уряд виступає суб'єктом не лише конституційно-

правових, а і політичних відносин. При цьому дослідження зазначеного питання має не тільки теоретичне, а і суто практичне значення, наприклад, з точки зору оскарження рішення про притягнення уряду до парламентської відповідальності в судових органах [2, с. 212-215].

Історично політична відповідальність уряду перед парламентом була встановлена у Великобританії у процесі формування парламентарної монархії. У ході цього процесу ця відповідальність заступила відповідальність урядовців у порядку імпічменту. Укорінення в державну практику відповідальності уряду перед парламентом засвідчувало визнання за нею значущості важливого політичного інституту. За відповідних часів члени кабінету вже сприймалися як політичні діячі, котрі відігравали суттєву роль у вирішенні державних справ [6, с. 51-52].

Політичну відповідальність у літературі пропонується визначати як відповідальність політичного діяча за свою діяльність, а також за діяльність органу, до складу якого він входить, перед народом України, а також перед органом, що його призначив, у формі усунення з посади, оголошення резолюції недовіри, відставки [7, с. 12]. Відповідно до Концепції реформування публічної адміністрації в Україні, політична відповідальність – це відставка всього складу органу державної влади (колегіальна політична відповідальність) чи особи, яка обіймає державну політичну посаду (персональна політична відповідальність), внаслідок втрати політичної підтримки на підставі оцінки реалізації задекларованої політичної програми, засад державної політики [9].

У науці існують різні точки зору щодо співвідношення конституційної та політичної відповідальності. Їх аналіз дозволив здійснити наступні узагальнення.

Конституційно-правова відповідальність може наставати у разі застосування, у порядку визначеному законодавством, до уряду або його членів законодавчим визначених санкцій з боку парламенту або Президента через припинення їх (уряду або окремих членів) повноважень. При цьому підстави такої відповідальності можуть носити політичний характер.

Перелік таких підстав визначити неможливо і непотрібно, оскільки у даному випадку будь-які сумніви загальнодержавного представницького органу (парламенту) у здатності ефективного здійснення Урядом управління державними справами можуть бути підставою для припинення повноважень останнього. І така позиція є цілком логічною з точки зору того, що первинний орган влади (утворений безпосередньо народом) контролює діяльність органу вторинного (уряду), тобто утвореного первинними суб'єктами владних повноважень. Отже, за діяльність Уряду безпосередньо перед народом відповідальність несе не сам Уряд, а органи, що його сформували (парламент і президент).

Наприклад, у грудні 2010 р. в італійському парламенті обговорювалося питання щодо винесення вотуму недовіри прем'єр-міністрові країни Сильвіо Берлусконі через його надто скандальне особисте життя. У підсумку у нижній палаті вирішили залишити главу уряду [16, с. 22].

Вважаємо, що найбільш вдало особливості конституційно-правової відповідальності Уряду відображені у Рішенні Конституційного Суду України від 07.05.2002 р. № 8-рп/2002 [15], згідно із яким даний вид відповідальності визначено як конституційно-політичну відповідальність, а до її заходів, згідно із зазначеним Рішенням, віднесено відставку Прем'єр-міністра, інших членів Кабінету Міністрів, прийняття Верховною Радою України резолюції недовіри Кабінетові Міністрів України.

Крім того, при аналізі співвідношення політичної та конституційно-правової відповідальності слід виходити із того, що: 1) політична відповідальність до уряду та

його окремих членів може застосовуватися за умов, коли норми права взагалі не порушуються; 2) підставою політичної відповідальності виступає не невиконання або неналежне виконання урядом своїх обов'язків, а спосіб їх виконання; 3) вона застосовується на основі політичного рішення, що залежить, наприклад, від розстановки політичних сил у парламенті або позиції Президента щодо здійснюваної Урядом політики; 4) основною формою політичної відповідальності слід вважати публічне висловлення негативної оцінки діяльності окремих урядовців чи Уряду в цілому; 5) політична відповідальність може обмежитися публічним осудом політика (органу), з боку зазначених суб'єктів і не мати будь-яких юридичних наслідків; 6) політичну відповідальність слід розглядати як одну із передумов настання конституційно-правової відповідальності.

1. Армаш Н. О. Керівник органу виконавчої влади: адміністративно-правовий статус: [монографія] / Н. О. Армаш. — Запоріжжя: ГУ "ЗІДМУ", 2006. — С. 152. 2. Барабаш Ю. Г. Державно-правові конфлікти в теорії та практиці конституційного права: [монографія] / Ю. Г. Барабаш. — Х.: Право, 2008. — С. 212–215. 3. Виноградов В. А. Актуальные проблемы конституционно-правовой ответственности [Електронний ресурс]. — Режим доступу <http://constitution.garant.ru/science-work/modern/3942121/> 4. Виноградов В. А. Основание конституционно-правовой ответственности [Електронний ресурс]. — Режим доступу http://www.constitution.garant.ru/DOC_3967918.htm 5. 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. 36–37. 6. Ермолін В. П. Конституційні засади виконавчої влади в Україні (проблеми теорії і практики): дис. ... канди-

дата юрид. наук: 12.00.02 / Ермолін Володимир Павлович. — К., 2002. — С. 51–52. 7. Коліушко І. Про запровадження у сферу виконавчої влади посад державних політичних діячів / І. Коліушко, В. Тимошук // Право України. — 2000. — № 2. — С. 12. 8. Концепція адміністративної реформи в Україні, затверджена Указом Президента України від 22. 07. 1998 р. № 810/98 // Офіційний вісник України. — 1999. — № 21. — стор. 32. 9. Концепція реформування публічної адміністрації в Україні // Розвиток публічного права в Україні (доповідь за 2007-2008 роки) / [за заг. ред. Н. В. Александрової, І. Б. Коліушка]. — К.: Конус-Ю, 2009. — С. 383. 10. Лазарєв Б. М. Цит. за Дерещ В. А. Органи виконавчої влади України та управлінські відносини: [монографія] / Вікторія Анатоліївна Дерещ. — К.: ТОВ "Видавництво "Юридична думка", 2007. — С. 145. 11. Мартинюк Р. С. Реалізація принципу поділу влади в сучасній Україні: політико-правовий аналіз / Мартинюк Р. С. — Острог: Вид-во Національного університету "Острозька академія", 2007. — С. 225. 12. Мельник О. В. Конституційно-правова відповідальність вищих органів державної влади: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.02 "Конституційне право" / О. В. Мельник. — К., 2000. — С. 5, 9. 13. Наливайко Л. Проблеми визначення поняття, специфічних ознак та функцій конституційної відповідальності у сучасній конституційній теорії / Л. Наливайко // Право України. — 1999. — № 10. — С. 45-48. 14. Проект постанови Верховної Ради України про заслуховування звіту Прем'єр-міністра України М.Я. Азарова щодо кадрових призначень Кабінету Міністрів України, здійснених у березні 2010 року (реєстр. № 6229 від 26.03.2010 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=37635 15. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо офіційного тлумачення положень частин другої, третьої статті 124 Конституції України (справа щодо підвідомості актів про призначення або звільнення посадових осіб) від 07.05.2002 р. № 8-рп/2002 // Офіційний вісник України. — 2002. — № 20. — ст. 101. 16. Стадільна Я. Італійці відповіли погрозами парламентаріям і Берлусконі / Стадільна Я. // Голос України. — 16.12.2010. — № 238. — С. 22.

Надійшла до редколегії 24.12.10

О. Лагнюк, асп.

ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ СУБ'ЄКТА НЕЗАКОННИХ ДІЙ ЩОДО МАЙНА, НА ЯКЕ НАКЛАДЕНО АРЕШТ АБО ЯКЕ ОПИСАНО ЧИ ПІДЛЯГАЄ КОНФІСКАЦІЇ (СТ. 388 КК УКРАЇНИ)

Стаття присвячена питанням визначення суб'єкта незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт або яке описано чи підлягає конфіскації. Суб'єктом пропонується визнавати фізичну осудну особу, що досягла 16-річного віку і є власником майна, яке підлягає конфіскації або на яке накладено арешт чи яке описано, або будь-яка інша особа, якій таке майно доручено зберігати чи охороняти.

Ключові слова: суб'єкт, злочин, майно, особа.

Стаття посвящена вопросам определения субъекта незаконных действий относительно имущества, на которое наложен арешт или которое описано или подлежит конфискации. Субъектом предлагается называть физическое осудное лицо, которое достигло 16-летнего возраста и является владельцем имущества, что подлежит конфискации или на которое наложен арешт или которое описано, либо любое другое лицо, которому такое имущество надлежит хранить.

Ключевые слова: субъект, преступление, имущество, лицо.

The article dedicates the problems of determination the subject of illegal actions concerning the property under arrest, inventory property or the property which is the subject to confiscation. The subject is a physical person over the age of 16 and is the owner of the property under arrest or any other person who is entrusted to protect the property.

Key words: subject, crime, property, person.

Постановка проблеми. В умовах переходу українського суспільства до ринкових відносин, відмови від командно-адміністративної системи управління істотно зростає значення реалізації конституційних норм, що гарантують захист прав власників (громадян, організацій, держави).

Виконуючи охоронну функцію, чинний Кримінальний кодекс України, забезпечує зокрема захист власності (майна) від злочинних посягань. Однією з актуальних проблем виконання цієї функції є ефективна боротьба з таким протиправним діянням, як незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт або яке описано чи підлягає конфіскації.

Актуальність розгляду даної проблеми, на мою думку, в даний час особливо зростає у зв'язку зі збільшенням кількості злочинів проти правосуддя. А саме, на перший план виходить роль особи, яка вчинює той чи інший злочин, тобто суб'єкта цього злочину.

Емпіричною базою та теоретичним підґрунтям дослідження стали роботи відомих вчених в галузі кримінології та кримінального права: П.П. Андрушка, А.А. Стрижевської, І.І. Давидович, В.І. Тютюгіна, О.О. Дудорова, М.І. Мельника, В.В. Сташиса, В.Я. Тація, Є.В. Фесенка, М.І.Хавронюка та інших науковців.

Мета дослідження полягає у визначенні з позиції сучасної кримінально-правової і кримінологічної науки суб'єкта незаконних дій щодо майна, на яке накладено арешт або яке описано чи підлягає конфіскації, а також у розробці пропозицій щодо аналізу змісту даного поняття.

Взагалі, суб'єктом злочину, згідно з ч. 1 ст. 18 КК, є фізична осудна особа, яка вчинила злочин у віці, з якого відповідно до Кримінального кодексу може наставати кримінальна відповідальність.

Суб'єкт злочину є одним із елементів складу злочину, без якого не може наставати кримінальна відповідальність. Особа може нести кримінальну відповідальність за вчинений нею злочин, якщо вона: 1) є фізичною

особою, тобто людиною; 2) є осудною; 3) досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність. Зазначені ознаки визнаються загальними юридичними ознаками суб'єкта злочину. Вони належать до обов'язкових ознак будь-якого складу злочину, і відсутність однієї з них означає відсутність у діянні особи складу злочину.

Фізична особа – це завжди людина, яка володіє не тільки всіма названими обов'язковими ознаками, а й іншими якостями, які можуть мати певне кримінально-правове значення. Тварини, неживі істоти, предмети, сили природи, юридичні особи не можуть бути суб'єктами злочинів, а заходи, які вживаються для відвернення завданої ними шкоди, не є покарання.

Поряд з поняттям "суб'єкт злочину" в кримінальному праві та в кримінології існує поняття "особа злочинця", яке розкриває індивідуальні риси кожного суб'єкта злочину. Розмежовуючи ці поняття, слід підкреслити, що ознаки суб'єкта злочину впливають передусім на вирішення питання про те, чи присутні у скоєному конкретному суспільно небезпечному діянні ознаки складу злочину, передбачені кримінальним законом [10, с. 112-113].

Розкривши в загальному поняття суб'єкта злочину, слід, на мою думку, визначити позиції вчених з цього приводу.

Так, на думку І.І. Давидович, суб'єкт злочину за ч. 1 ст. 388 КК – спеціальний. У разі вчинення злочину у будь-якій з альтернативних форм (розтрата, відчуження, приховування, підміна та ін.) ним є особа, якій майно ввірене на збереження. Це може бути як приватна особа (сам правопорушник або члени його родини, опікун тощо), так і представник підприємства, установи чи організації, якій майно ввірене на відповідальне збереження у зв'язку з його описом, арештом або конфіскацією.

Вона вказує, що відповідно до закону під час проведення опису, арешту або вилучення майна як приватні особи, так і представники організацій, яким це майно передається (ввіряється) на збереження, попереджаються під розписку про відповідальність за його незбереження. Отже обов'язковою умовою кримінальної відповідальності за ч. 1 ст. 388 КК для таких осіб є наявність належним чином оформленого процесуального документу – письмового попередження.

Злочин у формі здійснення банківських операцій з коштами (вкладами), на які накладено арешт, може бути вчинено лише представником банківської або іншої фінансової установи.

Суб'єкт злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК, є загальним – це будь-яка осудна фізична особа, яка досягла 16 років і вчинила заборонені дії щодо конфіскованого майна [7, с. 476].

В.І. Тютюгін вважає, що суб'єкт цього злочину – спеціальний, і ним може бути: а) приватна особа (наприклад, сам винний або його родич), якій майно ввірено на збереження після його опису чи арешту; б) службова особа (наприклад, представник органу місцевого самоврядування), якій майно ввірене на відповідальне збереження у зв'язку з його описом, арештом чи конфіскацією; в) представник банківської або іншої фінансової установи, на рахунках якої перебувають заарештовані або конфісковані кошти (вклади) [8, с. 1083].

Найбільш повну оцінку суб'єкта даного злочину, на мою думку, наводить О.О. Дудоров. За його твердженням, суб'єкт злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК, – спеціальний: 1) особа, якій ввірене майно, на яке накладено арешт або яке описано; 2) представник фінансової установи, який здійснив відповідну операцію.

Він зазначає, що законодавча вказівка на ввіреність майна тому, хто вчиняє з ним незаконні дії, означає, що стосовно першої категорії суб'єктів злочину необхідним

є процесуальний аспект – наявність проведеного у спеціальному порядку попередження зберігача майна (боржника, члена родини обвинуваченого або боржника, опікуна, представника підприємства, установи, організації тощо) про відповідальність за розтрату, приховування та інші дії з цим майном. Щодо другої категорії суб'єктів злочину вимагається з'ясування компетенції того чи іншого службовця (представника) банківської або іншої фінансової установи. Керівник останньої, який дав вказівку здійснити незаконну банківську операцію з арештованими коштами, має притягуватись до відповідальності за підмовництво до розглядуваного злочину, а за наявності підстав – і за злочин у сфері службової діяльності. За пособництво у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК, можуть відповідати особи, яких державний виконавець повідомив про накладення арешту на нерухоме майно (нотаріус – за місцезнаходженням майна і треті особи, які володіють заставленим майном), а також поінформовані про арешт працівники органів, що здійснюють реєстрацію окремих різновидів майна (наприклад, автотранспортних засобів).

Суб'єкт злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК, є загальним. Це будь-яка фізична особа, якій виповнилось 16 років, у володінні, користуванні або розпорядженні якої знаходиться конфісковане майно [9, с. 1032].

Таким чином, підсумовуючи вищесказане і поділяючи думки вчених, я висловлюю думку про те, що суб'єктом злочину, передбаченого ст. 388 КК, може бути фізична осудна особа, що досягла 16-річного віку і є власником майна, яке підлягає конфіскації або на яке накладено арешт чи яке описано, або будь-яка інша особа, якій таке майно доручено зберігати чи охороняти.

На підставі аналізу викладених підходів, вважаю також за доцільне визначити поняття таких суб'єктів як: а) приватна особа; б) службова особа; в) представник банківської або іншої фінансової установи, адже саме вони дозволять розкрити змістовні характеристики суб'єкта злочину, передбаченого ст. 388 КК України.

Приватна особа – це конкретна особа, якій притаманні певні соціальні властивості, сукупність яких визначає окрему людину. Іншими словами можна сказати, що це будь-яка фізична особа, яка живе, працює і взагалі існує в світі. В даному конкретному випадку, цією приватною особою є так званий зберігач майна (боржник, член родини обвинуваченого або боржника, опікун, представник підприємства, установи, організації тощо), якому майно ввірено на збереження після його опису чи арешту, і який попереджається у спеціальному порядку про відповідальність за розтрату, приховування та інші незаконні дії з цим майном.

Говорячи про службову особу, треба сказати, що загальне її поняття наводиться у п. 1 примітки до ст. 364 КК України, де сказано, що службовими особами є особи, які постійно чи тимчасово здійснюють функції представників влади, а також обіймають постійно чи тимчасово на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або виконують такі обов'язки за спеціальним повноваженням.

М.І. Мельник в свою чергу констатує, що КК визнає певних осіб службовими незалежно від сфери їх діяльності. Такими можуть бути визнані особи, які займають відповідні посади чи виконують відповідні функції в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, в державних підприємствах, в установах і організаціях, підприємствах приватної чи колективної форм власності (у т. ч. спільних, кооперативних та інших підприємствах), комерційних банках тощо [9, с. 983].

Особа, на його думку, є службовою не тільки тоді, коли вона виконує відповідні функції чи обов'язки постійно, а й тоді, коли вона робить це тимчасово або за спеціальним повноваженням за умови, що зазначені функції чи обов'язки покладені на неї у встановленому законом порядку правомочним органом або правомочною службовою особою.

Не вважаються службовими особами працівники підприємств, установ і організацій, які виконують професійні (адвокат, вчитель, лікар, викладач тощо), виробничі (наприклад, водій) або технічні (друкарка, технічний секретар, охоронник, провідник вагонів тощо) функції. Такі працівники можуть визнаватися службовими особами лише за умови, що поряд з цими функціями вони виконують організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські обов'язки.

Свою думку з приводу поняття службової особи має і П.П. Андрушко, яка більш конкретно визначена і деталізована в його спільній разом з А.А. Стрижевською праці "Злочини у сфері службової діяльності: кримінально-правова характеристика".

Так, зокрема, аналізуючи позиції інших вчених щодо даного питання, вони зазначають, що у законодавчому визначенні поняття службової особи вказується на п'ять видів функцій чи обов'язків, виконання яких особами, наділеними правом на їх виконання, є підставою для визнання їх службовими особами: 1) функції представника влади; 2) організаційні обов'язки; 3) розпорядчі обов'язки; 4) адміністративні обов'язки; 5) господарські обов'язки.

При цьому виконання кожного з останніх чотирьох видів обов'язків окремо недостатньо для визнання особи службовою, такою вона може визнаватися при їх поєднанні: одночасно або організаційні і розпорядчі, або адміністративні і господарські [14, с. 159].

Говорячи в контексті злочину, передбаченого ст. 388 КК, варто зазначити, що тут службовими особами як суб'єктами злочину, на мою думку, можуть визнаватися: а) представник органу державної влади чи місцевого самоврядування, якому майно ввірене на відповідальне збереження у зв'язку з його описом, арештом чи конфіскацією; б) керівник банківської або іншої фінансової установи, який дав вказівку здійснити незаконну банківську операцію з арештованими коштами (тут варто відзначити про той факт, що він має притягуватися до відповідальності за підмовництво до розглядуваного злочину, а за наявності підстав – і за злочин у сфері службової діяльності).

Додатково до вищезазначеного, я вважаю, треба сказати (і в даному випадку, я думаю, варто погодитися з думкою О.О. Дудорова) про те, що за пособництво у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК, можуть відповідати також і особи, яких державний виконавець повідомив про накладення арешту на нерухоме майно (нотаріус – за місцезнаходженням майна і треті особи, які володіють заставленим майном), а також поінформовані про арешт працівники органів, що здійснюють реєстрацію окремих різновидів майна (наприклад, автотранспортних засобів). Варто зазначити, що вказані особи також, я гадаю, можуть бути віднесені до категорії службових осіб, але в даному випадку вимагається з'ясування їхньої компетенції.

Що стосується представника банківської або іншої фінансової установи, то його, на мою думку, хоча і можна визнавати службовою особою, але за наявності декількох обов'язкових умов.

Так, представником банківської або іншої фінансової установи можна визначити особу, яка займає певну посаду у відповідній установі і виконує покладені на неї

професійні обов'язки та функції (це може бути, наприклад, керівник відділу, бухгалтер тощо). Він може здійснювати від імені банку різні банківські операції (перелік відповідних банківських операцій можна знайти у Законі України "Про банки і банківську діяльність") або надавати певні фінансові послуги (якщо це є інша фінансова установа), тобто робити операції з фінансовими активами, що здійснюються в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, також і за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів, з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів.

Разом з цим, представник банківської або іншої фінансової установи може визнаватися суб'єктом цього злочину лише в тому випадку, якщо: а) на рахунках відповідної установи перебувають заарештовані або конфісковані кошти (вклади); б) він здійснив незаконні банківські операції із заарештованими або конфіскованими коштами (вкладами).

Під здійсненням представником банківської або іншої фінансової установи банківських операцій з коштами (вкладами), на які накладено арешт або які конфісковані, треба розуміти проведення хоча б однієї видаткової операції за рахунком, на кошти на якому накладено арешт, якщо її результатом стає вихід коштів з-під арешту (видача вкладу, закриття рахунка, здійснення розрахунків, перерахування коштів на інший рахунок, кредитування тощо). При цьому слід враховувати, що за наявності на рахунку коштів у розмірі, що перевищує суму, на яку накладено арешт, банк продовжує виконання операцій за рахунком клієнта у межах суми перевищення, постійно зберігаючи на рахунку заарештовану суму [9, с. 1033].

Загалом, ми маємо думку про те, що суб'єктом злочину, передбаченого ст. 388 КК, може бути фізична осудна особа, що досягла 16-річного віку і є власником майна, яке підлягає конфіскації або на яке накладено арешт чи яке описано, або будь-яка інша особа, якій таке майно доручено зберігати чи охороняти.

Проте, виходячи з думок та позицій вчених, проаналізованих вище, можна зробити висновок, що суб'єкт злочину, передбаченого ст. 388 КК України, є все ж таки спеціальний, оскільки містить значну кількість спеціальних характеристик, які саме і визначають його зміст.

При цьому обов'язково слід встановлювати спеціальні ознаки конкретної особи, яка може бути суб'єктом злочину, оскільки це має суттєве значення для індивідуалізації кримінальної відповідальності, зокрема і призначення покарання.

1. Конституція України від 28 червня 1996 р., зі змінами, внесеними Законом України "Про внесення змін до Конституції України" від 08.12.2004 р. № 2222-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 2. – Ст. 44.
2. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25-26. – Ст. 131.
3. Кримінально-процесуальний кодекс України від 28.12.1960 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1961. – № 2. – Ст. 15.
4. Закон України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України" від 03.03.2005 № 2456-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 16. – Ст. 260.
5. Закон України "Про виконавче провадження" від 21.04.1999 р. № 606-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 24. – Ст. 207.
6. Закон України "Про банки і банківську діяльність" від 07.12.2000 р. № 2121-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 5-6. – Ст. 30.
7. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: У 2 т. / За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – 3-тє вид., перероб. та доп. – К.: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009.
8. Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін. За заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. Вид. четверте, доповн. – Х.: ТОВ "Одісей", 2008. – 1208 с.
9. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. – 5-тє вид., переробл. та доповн. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2008. – 1216 с.
10. Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник / За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – К.: Юридична думка, 2008. – 484 с.
11. Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – К.: Юридична думка, 2008. – 657 с.

12. Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – К.: Істина, 2006. – 540 с. 13. Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: Навч. посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 704 с. 14. П.П. Андрушко, А.А. Стрижевська. Злочини у сфері службо-

вої діяльності: кримінально-правова характеристика. Навчальний посібник. – К.: "Юрисконсульт", 2006 – 342 с.

Надійшла до редколегії 24.12.10

Н. Златіна, асп.

ДІЯЛЬНІСТЬ МІЖНАРОДНИХ ОРГАНІЗАЦІЙ У СФЕРІ БАНКІВСЬКОГО НАГЛЯДУ ТА ЇХ ВПЛИВ НА ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ БАНКІВСЬКОГО НАГЛЯДУ В УКРАЇНІ ТА ІНШИХ КРАЇНАХ ЄВРОПИ

У статті розглядається діяльність Базельського комітету з банківського нагляду, та прийняті ним стандарти (принципи) ефективного банківського нагляду (Базель I, Базель II, Базель III) та їх вплив на національне законодавство країн Європи та України зокрема. Проведено також аналіз діяльності інших міжнародних організацій у сфері здійснення нагляду за різними напрямками роботи фінансових інститутів.

Ключові слова: банківський надзор, Базельський комітет з банківського нагляду, Базельські стандарти, міжнародні організації.

В статье рассматривается деятельность Базельского комитета по банковскому надзору и принятые им стандарты (принципы) эффективного банковского надзора (Базель I, Базель II, Базель III) и их влияние на национальное законодательство стран Европы, и Украины в частности. Проведен также анализ деятельности других международных организаций в сфере осуществления надзора по иным направлениям работы финансовых институтов.

Ключевые слова: банковский надзор, Базельский комитет по банковскому надзору, Базельские стандарты, международные организации.

The article deals with the activities of the Basel Committee on Banking Supervision, and taken his standards (principles) for Effective Banking Supervision (Basel I, Basel II, Basel III) and their impact on the national legislation of European countries and Ukraine in particular. An analysis also of other international organizations in monitoring the various areas of financial institutions.

Key words: Banking Supervision, Basel Committee on Banking Supervision, the Basel standards and international organizations.

У сфері правового регулювання банківського нагляду країн Європи та України зокрема, важливе значення мають норми, принципи та рекомендації, що напрацьовані міжнародними структурами, діяльність яких опосередковано або безпосередньо впливає на функціонування фінансових ринків.

Питання банківського нагляду досліджується багатьма вченими-економістами, але з правової точки зору цю тему розробляють у своїх працях вчені-юристи, зокрема Л.К.Воронова, І.Б.Заверуха, О.А.Костюченко, В.Л. Кротюк, О.П.Орлюк, В.В. Пасічник, А.О.Селіванов та інші.

Банківський надгляд має сприяти ефективній та конкурентоспроможній діяльності банківської системи, яка б реагувала на потреби населення у наданні якісних фінансових послуг. Крім того, банківський надгляд має динамічно реагувати на всі зміни ринку, виявляти готовність періодично переглядати політику та практику нагляду з урахуванням нових змін та тенденцій ринку. Для цього необхідна достатньо гнучка законодавча система [1, С.16].

Основні рекомендації міжнародних організацій (діяльність яких буде розглянуто пізніше), насамперед Базельського комітету з банківського нагляду мають виключно важливе значення для формування банківського права України та інших країн. Базельський комітет не наділений функціями регулювання, його акти не носять нормативного характеру, але його роль у формуванні систем банківського нагляду різних країн та застосування його рекомендацій у сфері банківського нагляду мають велике значення, тому потребують докладнішого розгляду.

Варто відзначити, що створенню Базельського комітету з банківського нагляду передувало дві події: банкрутство західнонімецького банку Херштадт і банкрутство банку США "Національний банк імені Франкліна". Банкрутство зазначених банків, не зважаючи на їх національний статус, справило великий вплив на фінансовий стан багатьох банків в інших країнах. На фоні цих подій в кінці 1974 року було створено Комітет з банківського нагляду на базі Банку міжнародних розрахунків у швейцарському місті Базель керівниками центральних банків таких держав, як США, Канада, Японія, Велика Британія, Німеччина, Франція, Італія, Нідерланди,

Бельгія, Швейцарія, Люксембург, Швеція. На сьогодні до них приєдналися Ірландія та Іспанія [2, С.67-68].

Базельський комітет з банківського нагляду є ключовим інститутом, який займається уніфікацією існуючих у світі важливих правил нагляду за банківською діяльністю, а в перспективі і правил нагляду за всім фінансовим ринком. Комітет розробляє правила, які базуються на узагальненні кращих зразків практики банківського сектору. Зазвичай ці правила називаються стандартами. Документи Базельського комітету необхідно розглядати як загальні стратегічні вказівки, які орієнтують піднаглядні інститути усіх країн з широкого кола напрямків їх діяльності. Найважливіші правила Базельського комітету з банківського нагляду офіційно затверджуються керівниками центральних банків вищезазначених країн [3, С.311].

Базельські основні принципи – це 25 принципів, дотримання яких обумовлює ефективність банківського нагляду. Ці принципи були опубліковані у вересні 1997 під назвою "Основоположні принципи ефективного банківського нагляду". У цьому документі сформульовані питання, що стосуються:

- необхідних умов ефективного банківського нагляду (принцип 1);
- ліцензування та погодження змін організаційної структури компанії (принципи 2-5);
- положення щодо безперервного нагляду за банківською діяльністю та мінімальних вимог (принципи 6-15);
- методів безперервного нагляду за банківською діяльністю (принципи 16-20);
- вимог щодо інформації (принцип 21);
- офіційних повноважень наглядових органів (принцип 22);
- міжнародних банківських операцій (принципи 23-25).

Базельський комітет з банківського нагляду спільно з Банком міжнародних розрахунків докладають зусиль до того, щоб у органів нагляду склалось єдине та глибоке розуміння вищенаведених основних принципів ефективного банківського нагляду, а також розробляють заходи нагляду, що сприяють реалізації і забезпе-

ченню застосування цих принципів у якомога більшого числа країн [4, С. 317].

Першим вагомим кроком на шляху до міжнародної гармонізації банківського регулювання стало прийняте у 1988 році Міжнародне наближення розрахунку капіталу та стандартів капіталу, відоме як Угода про капітал або Базельська угода. Пізніше цей документ отримав назву – Базель I.

Базель I у редакції 1988 року містив такі три основні положення:

- капітал банку складається з основного та додаткового (в Україні це передбачено статтею 30 Закону України "Про банки і банківську діяльність" [5]);
- банки мають утримувати капітал для покриття кредитного ризику, який оцінювався за допомогою вагомих коефіцієнтів (в Україні це передбачено Положенням "Про порядок формування та використання резерву для відшкодування можливих втрат за кредитними операціями банків", що затверджене постановою Правління Національного банку України від 06.07.2000 №279 [6]);
- у будь-який момент співвідношення між капіталом банку та його активами, взятими з урахуванням коефіцієнта кредитного ризику, не може бути меншим ніж 8% (Інструкція "Про порядок регулювання діяльності банків в Україні", що затверджена постановою Правління Національного банку України від 28.08.2001 №368 [7], передбачає норматив адекватності регулятивного капіталу/платоспроможності (H2) не менше 10%).

Згодом до першої Угоди про капітал було внесено ряд поправок. У червні 2004 року Базельський комітет з банківського нагляду прийняв нову редакцію Угоди про капітал – Базель II, який не замінює попередні редакції Угоди, а лише доповнює їх у тій частині, яку було необхідно доопрацювати. Трьома основними компонентами Базеля II є: мінімальні вимоги до капіталу (I компонента), контроль нагляду (II компонента) та ринкова дисципліна (III компонента), які тісно пов'язані між собою [8, С.11-13].

Принципи наглядової діяльності щодо контролю інших сфер банківської діяльності наведені в інших документах Базельського комітету з банківського нагляду, зокрема у "Ключових принципах ефективного банківського нагляду" [9] та "Методології ключових принципів" [10]. На базі цих документів здійснюється періодична оцінка діяльності органу банківського нагляду кожної окремої країни. Причому така оцінка може бути зроблена і самим органом нагляду (так звана самооцінка), і міжнародними організаціями. Згідно з оцінкою спільної Місії Міжнародного валютного фонду та Світового банку, яка відбулась у рамках Програми оцінки фінансового сектору України у травні 2002 року (була переглянута в травні 2003 року), із 25 принципів Україна повністю або в основному виконує 22 принципи, що є досить високим показником для країни, що розвивається. Але з часу проведення зазначеної оцінки відбулися значні зміни в нормативно-правовій базі банківського нагляду та рівні її практичного впровадження [11, С.5-6].

Перегляд других Базельських стандартів почався ще у 2005 році, але поштовхом для посилення регулювання стала криза, що охопила більшість країн світу. Нові норми передбачають загальне підвищення капіталізації банків, поліпшення якості капіталу, впровадження короткострокових та середньострокових нормативів ліквідності і нормативу боргового навантаження, антициклічне регулювання.

Стандарти Базеля III почнуть вводитися поступово – з 2013 до 2019 року. А питання регулювання глобаль-

них, системно важливих фінансових установ було відкладено до 2011 року. Банки мають сформувати статутні фонди за новими правилами до 2015 року, а буферний капітал (акції та нерозподілений прибуток) – до 2019 року. Так, на випадок кризи банкам доведеться мати буферний капітал (в таблиці наведені порівняльні вимоги Базеля II та Базеля III):

Капітал	Базель II	Базель III
Статутний фонд (звичайний акціонерний капітал):		
- мінімальний	2,0	4,5
- буферний капітал	–	2,5
- потрібний	–	7,0
Капітал першого рівня (Tier 1):		
- мінімальний	4,0	6,0
- потрібний	–	8,5
Загальний капітал:		
- мінімальний	8,0	8,0
- потрібний	–	10,5

На думку аналітиків, окремі країни можуть впровадити більш високі вимоги до капіталізації банків, ніж того вимагає Базель III. Наприклад, Швейцарія при обговоренні нових стандартів пропонує більш жорсткий підхід, в той час як Франція і Німеччина наполягли на пом'якшенні вимог.

Не зважаючи на значний період переходу у Західній Європі на нові стандарти капіталізації банків, не в усіх країнах ними задоволені. Так, підрахунки, які проводились у Німеччині, засвідчили, що першій десятці німецьких банків для цього знадобиться понад 140 млрд. доларів додаткового капіталу. Але з найбільшими труднощами можуть зіткнутися саме регіональні банки цієї країни. Зокрема, аналітики підраховували, що німецькому банку Commerzbank може знадобитися 6 років для приведення своїх показників у відповідність до нових вимог Базеля III, тоді як французькому Credit Agricole для цього потрібно буде 4 роки.

Водночас, деякі спеціалісти стверджують, що в довгостроковому періоді від нових правил виграють усі, оскільки банківська система стане більш стійкою та стабільною. Нововведення будуть впроваджуватися протягом 6 років, тому банки мають достатньо часу для зміцнення своєї бази капіталу та системи ризик-менеджменту. З іншого боку, передбачуване посилення банківської системи може призвести до подорожчання кредитів.

Існує також застереження, що посилення вимог до капіталів банків призведе до зменшення темпів росту світової економіки і банківського сектору, водночас дозволить фінансовим установам збільшити вільний капітал для покриття можливих майбутніх фінансових втрат і тим самим зменшить вірогідність банкрутства, підвищить здатність банків протистояти системним кризам [12, С. 24-25].

Впровадження Базеля III на Україну вплине опосередковано. Нині банківський сектор в країні приведений у відповідність до стандартів Базеля I, а імплементація інших стандартів є винятком. Ці вимоги реалізували переважно банки з іноземним капіталом. Наприклад, Укрсоцбанк повністю відповідає стандартам Базеля II. На думку, фахівців світові, зокрема європейські банки, будуть вимагати від українських дочірніх компаній відповідності стандартам Базеля III. Але швидше за все це буде відбуватися поетапно і в межах індивідуального переходу. Національний банк України навряд чи почне адаптувати свою нормативну базу до нових світових стандартів. Для вітчизняного ринку найближчим часом значну роль, очевидно, зіграє звичайне збільшення вимог до розміру капіталу.

Водночас, не можна недооцінювати непрямий вплив Базеля III на Україну. По-перше, у європейських підприємств, які зіткнулися з подорожчанням позикових коштів та зростанням витрат, буде більше можливостей для здійснення прямих інвестицій. По-друге, материнські компанії не зможуть підтримувати українські банки так активно, як вони це робили під час кризи. Однак, керівники банків вважають, що такі міркування щодо зникнення іноземних банків з банківського сектору України є дещо перебільшеними. Але європейським фінансовим інститутам доведеться просити кошти у існуючих акціонерів або шукати нових інвесторів, а деяким доведеться займатися розпродажем активів на таких проблемних ринках, як вітчизняний [13, С.26].

Банківська справа є багатогранною, тому ефективним шляхом підвищення якості системи банківського нагляду будь-якої країни є співпраця з наглядовими органами інших країн та міжнародними організаціями, які узгоджують та передають позитивний світовий досвід. У зв'язку з цим Базельський комітет з банківського нагляду за певними напрямками роботи співпрацює з іншими міжнародними організаціями [14, С.18]. До таких організацій, зокрема, належать:

1. Рада з міжнародних стандартів фінансової звітності (IASB,) яка розробляє єдиний комплекс високоякісних стандартів фінансової звітності для забезпечення отримання повної, прозорої та порівняльної інформації, що можуть використовуватись в міжнародній практиці.

2. Міжнародна організація комісій з цінних паперів (IOSCO), місією якої є об'єднання регулюючих органів фондових ринків, які відповідають за здійснення постійного контролю щодо організації ринків цінних паперів та проведення на них операцій. Членами даної організації є представники понад 100 країн, що здійснюють контроль за ринком цінних паперів та нагляд за дотриманням законодавства у цій сфері.

3. Група з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей (FATF), яка розробляє політику, що спрямована на мобілізацію політичної волі для проведення національних реформ у сфері законодавства та регулювання заходів протидії легалізації (відмивання) доходів, отриманих злочинним шляхом, та фінансуванню тероризму.

На сьогодні ця група включає 33 члени, серед яких 31 країна та дві міжнародні організації. Крім того, до її складу входять понад 20 спостерігачів: 5 регіональних структур за типом FATF та більш як 15 інших міжнародних організацій та органів.

Важливим документом Групи з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей є "Сорок рекомендацій", які, на думку самих розробників, являють собою новий загальний комплекс заходів у боротьбі з відмиванням грошей та фінансуванням тероризму. Перші сорок рекомендацій були розроблені у 1990 році як ініціативи по протидії використанню фінансових систем особами, що відмивають доходи, що отримані від незаконного обігу наркотичних засобів. У 1996 році ці рекомендації були вперше переглянуті з метою відображення розвитку технологій відмивання грошей. Сорок рекомендацій 1996 року були погоджені більш ніж з 130 країнами і на сьогодні являють собою міжнародний стандарт по протидії відмиванню грошових коштів, отриманих злочинним шляхом. Рекомендації знайшли своє відображення у національному законодавстві багатьох країн, а також Європейського Союзу.

У жовтні 2001 року Група з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей розширила свій мандат за рахунок включення до своєї компетенції питань, що пов'язані із фінансуванням тероризму, що

знайшло своє відображення у Восьми спеціальних рекомендаціях, Ці рекомендації містять заходи, що спрямовані на боротьбу із фінансуванням терористичних актів та терористичних організацій. Вони доповнюють сорок попередньо прийнятих рекомендацій. Таким чином, сорок основних і вісім спеціальних рекомендацій FATF визнані Міжнародним валютним фондом та Всесвітнім банком як міжнародні стандарти у сфері боротьби з відмиванням грошових коштів та фінансуванням тероризму.

Група з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей визнає, що країни мають різні правові та фінансові системи і тому не можуть застосовувати ідентичні заходи для досягнення загальної мети, особливо це стосується окремих конкретних питань. Внаслідок цього вищезазначені рекомендації застосовують мінімальні загальні стандарти дій по застосуванню заходів кожною країною відповідно до своїх конкретних умов та конституційних структур. Рекомендації охоплюють усі заходи боротьби з відмиванням доходів та фінансуванням тероризму, які варто мати у національних системах кримінального правосуддя та регулювання, а також превентивні заходи, які необхідно застосовувати фінансовим установами, іншим визначеним підприємствам та міжнародному співтовариству у зазначеній сфері [15, С.73-75].

4. Форум фінансової стабільності (FSF), місією якого є забезпечення міжнародної фінансової стабільності за допомогою інформаційного обміну та міжнародної співпраці у сфері фінансового нагляду і контролю.

5. Міжнародна асоціація органів нагляду за страховою діяльністю (IAIS) здійснює нагляд за діяльністю у сфері страхування як на рівні конкретної країни, так і на міжнародному рівні з метою підтримки ефективних, законних, надійних та стабільних страхових ринків.

6. Комітет з питань платіжних та розрахункових систем (CPSS) займається розробкою правил і стандартів функціонування міжнародних платіжних систем.

7. Група банківського нагляду країн Центральної та Східної Європи завданням якої є встановлення ефективного співробітництва між банківськими наглядовими органами країн-учасниць [16, С.20].

Варто відзначити, що рекомендації та принципи, які розробляються вищезазначеними організаціями не носять обов'язкового характеру для впровадження їх у національне законодавство країн. Однак, вони є результатом домовленостей між регулюючими органами та учасниками фінансових ринків, тому й використовуються ними на практиці. Такий підхід дає змогу зробити банківські системи окремо взятих країн узгодженими та конкурентноспроможними.

Серед розглянутих міжнародних організацій варто звернути увагу на Групу банківського нагляду країн Центральної та Східної Європи. Дана група була утворена у Будапешті у 1990 році країнами з перехідною економікою. Ними стали Польща, Угорщина, Чехія, Росія а з 1996 року – Україна та інші країни. Базельський комітет з банківського нагляду постійно підтримує Групу банківського нагляду країн Центральної та Східної Європи, консультуючи її з питань організації систем банківського нагляду, підготовки адекватної законодавчої бази, створення міжрегіональних схем нагляду, а в окремих випадках і допомагаючи у підвищенні кваліфікації спеціалістів у сфері банківського нагляду [17, С.20-21].

1. Міщенко В.І., Яценюк А.П., Коваленко В.В., Коренева О.Г. Банківський нагляд: Навч. посіб. – К.: Знання, 2004. – 406 с. – (Вища освіта XXI століття). – С. 16. 2. Линников А.С. Правовое регулирование банковской деятельности и банковский надзор в Европейском Союзе. – М.: Статут, 2009. – 190с. – С.67-68. 3. Нобель Петер Швейцарское финансовое право и международные стандарты / П.Нобель; [пер. с англ.] – М.: Волтерс Клувер, 2007. – 1152 с. – С.311. 4. Там само. –

C.317. 5. Закон України "Про банки і банківську систему" від 7 грудня 2000р. //Відомості Верховної Ради України, 2001р., №5-6, Ст.30. 6. Положення "Про порядок формування та використання резерву для відшкодування можливих втрат за кредитними операціями банків", затверджене постановою Правління Національного банку України від 06.07.2000 №279, затверджене в Міністерстві юстиції України 3 серпня 2000 року №474/4695. 7. Інструкція "Про порядок регулювання діяльності банків в Україні", затверджена постановою Правління Національного банку України від 28.08.2001 №368, і затверджена Міністерством юстиції України 26 вересня 2001 року №841/6032. 8. Гудзь Т.П. Банківський нагляд: Навч. посібник., К.: Ліра-К. – 2008. – 380 с. – С.11-13. 9. Core Principles for Effective Banking Supervision. Basel Committee on Banking

Supervision, Basel, Oct. 2006/www. bis. org. 10. Core Principles Methodology. Basel Committee on Banking Supervision, Basel, Oct. 2006/www. bis. org. 11. Кротюк В., Куценко О. Базель II: контроль з боку органу нагляду та ринкова дисципліна // Вісник НБУ №5 (135), 2007р. – С. 5-6. 12. Задерей Н. Капитальные реформы Базеля/Эксперт. Украинский деловой журнал. – 2010г. – №45(282). – С.24-25. 13. Там само. – С. 26. 14. Гудзь Т.П. Банківський нагляд: Навч. посібник., К.: Ліра-К. – 2008. – 380с. – С.18. 15. Линников А.С. Правовое регулирование банковской деятельности и банковский надзор в Европейском Союзе. – М.: Статут, 2009. – 190 с. – С.73-75. 16. Гудзь Т.П. Банківський нагляд: Навч. посібник, К.: Ліра-К. – 2008. – 380с. – С.20. 17. Там само. – С. 20-21.

Надійшла до редколегії 24.12.10

УДК 340.1

М. Кравченко, здобувач

ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ЗАКОНІВ В УКРАЇНІ (ТЕОРЕТИЧНИЙ АСПЕКТ)

Стаття присвячена аналізу, з позиції теорії права, особливостей реалізації законів в Україні.

Ключові слова: реалізація закону, особливості реалізації закону, закономірності реалізації закону.

Статья посвящена анализу, с позиции теории права, особенностей реализации законов в Украине.

Ключевые слова: реализация закона, особенности реализации закона, закономерности реализации закона.

Article is devoted the analysis from a position of the theory of the right of features of realization of laws in Ukraine.

Keywords: realization of the law, feature of realization of the law, law of realization of the law.

Нині в Україні відбувається активний процес оновлення діючого законодавства та прийняття нових законів для регулювання різноманітних питань суспільного та державного життя. Безперечно, як нові так і вже діючі закони, мають реалізовуватися в повній мірі, виконувати покладені на них завдання і функції. В іншому випадку закон буде лише сукупністю ідей і не буде виконувати свого функціонального призначення. Таким чином, питання про реалізацію юридичних законів стає одним із ключових питань, як теорії так і практики.

Практика реалізації законів в Україні нині далеко від ідеалу. В цьому легко перекоонатися відкривши будь-яку спеціалізовану юридичну літературу. Більше половини нинішніх досліджень присвячені різним проблемам реалізації окремих законів та підзаконних нормативно-правових актів. На нашу думку, варто наголосити на тому, що вирішення потребують не тільки конкретні проблеми реалізації окремих законів та підзаконних нормативно-правових актів але й вдосконалення самого процесу реалізації законів, підвищення його ефективності.

Ключова роль у вирішенні цього питання мала б належати державі. На жаль держава надзвичайно мало уваги приділяє питанню вдосконалення саме процесу реалізації закону, підвищенню його ефективності. Чи не єдиною спробою адекватно врегулювати на законодавчому рівні дане питання є розділ 6-й проекту Закону України "Про нормативно-правові акти" (реєстр. N 1343-1), поданий народним депутатом України Лавриновичем О.В.

За таких обставин надзвичайно цінними стають праці науковців у даній сфері. Процес реалізації права та його ефективність активно досліджували в 60–ті – 80–ті роки ХХ століття. За цей період було опубліковано багато фундаментальних досліджень. Серед вчених, які займалися дослідженнями в той період, можна виділити таких відомих дослідників, як: Недбайла П.О., Шайтіна М.І., Маликова М.К., Русінова Р.К., Шабурова А.С., Семідко А.П., Власенко Н.А. та багато інших.

Серед російських вчених, які досліджували деякі питання реалізації права, можна назвати: С.С. Алексєєва, В.В. Глазиріна, В.М. Кудрявцева, В.В. Лазарева, Р.З. Лівшица, В.А. Леванського, А.В. Малько, М.І. Матузова, В.С. Нерсисянца, С.В. Полєніна, Л.І. Спірідонова, Ю.О. Тіхомірова, Сапуна В.А. та ін.

В Україні розвиток наукових досліджень проблем реалізації права характеризується теоретичними розробками окремих питань цієї проблематики такими відомими вченими, як: Андрусяком Т.Г., Бобровник С.В.,

Головченко В.В., Козюброю М.І., Копейчиковим В.В., Лисенковим С.Л., Нагребельним В.П., Оніщенко Н.М., П.М. Рабіновичем, Селівановим В.М., Сіренко В.Ф., Скакун О.Ф., Цветковим В.В., Шемшученком Ю.С., Ющиком О.І. та ін.

Незважаючи на проведені дослідження, дослідження питання про ефективність реалізації закону не можна вважати до кінця вирішеним. На нашу думку для покращення практики реалізації законів в Україні необхідно в першу чергу поглиблено дослідити сам процес реалізації законів, відмежувати закономірне від випадкового в даному процесі, визначити його особливості в Україні зокрема.

Загальноприйнятим в юриспруденції є науковий підхід відповідно до якого особливості реалізації законів визначають крізь призму того, норми, якої галузі права в цьому законі містяться. З такої позиції можна говорити про особливості реалізації Кримінального та Цивільного кодексів України. Це насамперед обумовлене тим, що кожна галузь права має власний предмет правового регулювання, тобто певну частину однорідних суспільних відносин, які врегульовані за допомогою права, метод правового регулювання, принципи відповідної галузі права, суб'єктний та об'єктний склад, тощо. Ці чинники визначають специфіку реалізації відповідних законів.

Разом із тим можна використати і інші критерії для визначення особливостей реалізації законів. В першу чергу варто звернути увагу на те, що певну специфіку реалізації мають окремі види законів. Так, про таку специфіку можна говорити по відношенню до реалізації норм Конституції України. Чинна Конституція України в ч.3 ст. 8 закріпила правило, відповідно до якого норми Конституції України є нормами прямої дії. Звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується [1]. Закріплення даної норми у Конституції України створило передумову для безпосередньої реалізації норм Конституції без їх деталізації у законах та підзаконних нормативно-правових актах. Це обумовлене особливим значенням приписів закріплених в нормах Конституції України для: особи, суспільства і держави. Так, наприклад, принцип невинуватості відповідно до якого особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її провину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком

суду є одним із засобів для захисту від зловживань зі сторони державних органів.

Окрім того, норми Конституції України можуть реалізовуватися через прийняття окремих законів, які деталізують їх положення. Таким чином, як вірно зауважує Каюмов А.Д., з одного боку для реалізації цих законів необхідним є власний механізм реалізації. З іншого боку вони є частиною механізму реалізації конституції [2].

Існує також особливість реалізації такої групи законів, як закони Української РСР, що не втратили чинності. Такий висновок ґрунтується на ст. 3 Закону України "Про правонаступництво України", де зокрема зазначається, що закони Української РСР та інші акти, ухвалені Верховною Радою Української РСР, діють на території України, оскільки вони не суперечать законам України, ухваленим після проголошення незалежності України [3].

Певну специфіку реалізації мають також забезпечуючі (оперативні) закони, тобто закони якими ратифікуються міжнародні договори згода на обов'язковість, яких надана Верховною Радою України, вводяться в дію окремі закони та закони про внесення змін і доповнень до вже діючих законів. Їхня реалізація має надзвичайно цікаву природу. Наприклад, реалізація законів про внесення змін до вже діючих законів з однієї сторони ніби закінчується з моменту прийняття та опублікування даного закону. З іншої сторони кожен раз коли буде застосовуватися норма закону, яка була уточнена необхідно буде звертатися до закону про внесення змін до відповідного закону. До певної міри специфічна природа у законів, якими ратифікуються міжнародні договори згода на обов'язковість, яких надана Верховною Радою України. По суті вони виконують технічне призначення і засвідчують факт того, що Верховна Рада України дала згоду на ратифікацію відповідного міжнародного договору після чого він стає частиною національного законодавства України.

Цікавою є також реалізація законів прийнятих на всеукраїнських референдумах. Варто звернути увагу, що хоча сама можливість появи такого виду законів існує давно, Закон України "Про всеукраїнський та місцеві референдуми" був прийнятий ще 03.07.1991 року, проте реалізації цієї можливості і досі немає [5]. Навіть нині чинна Конституція України була прийнята не шляхом проведення всеукраїнського референдуму, а Верховною Радою України. Разом із тим, чинним законодавством досить чітко регламентуються: підстави, порядок проведення референдуму та його наслідки.

В суспільній практиці законами називають правила, які затверджені підзаконними нормативно-правовими актами. Наприклад, правила дорожнього руху – по суті є законом для всіх водіїв і громадян, але формально законом не є.

Іншою підставою для визначення особливостей реалізації закону є форма адміністративно-територіального устрою в країні, де реалізуються закони. Україна є унітарною державою і тому тут відсутня проблема неузгодженості реалізації приписів федеративних законів та актів суб'єктів федерації. Що ж стосується держав із федеративним устроєм наприклад Російської Федерації то тут давно існує проблема узгодження приписів федеративних законів та актів суб'єктів федерації.

Останнім критерієм для визначення особливостей реалізації законів є вид державного (політичного) режиму в країні, де реалізуються закони. Від цього залежать способи і методи, якими реалізуються закони. Історії відомо багато прикладів тоталітарного режиму. Прикладом цього є практика реалізації законів у Німеччині 30-40 років XX століття. Досвід антидемократичних, антиправових способів і методів реалізації законів має

також Україна в XX столітті. Яскравими рисами такої практики реалізації законів були: реалізація приписів нормативно-правових актів на підставі "наказу з гори"; пріоритетне значення підзаконних нормативно-правових актів в правовій системі держави; застосування різних видів санкцій до особи не на підставі приписів закону.

В демократичних країнах реалізація законів відбувається природнім шляхом. Цей процес здійснюється на підставі врахування всіх закономірностей, факторів та тенденцій, які впливають на реалізацію законів. Врахування цих чинників істотно впливають на якість та ефективність самого процесу реалізації закону та результати реалізації закону в цілому.

Визначити всі чинники, які впливають на процес реалізації законів надзвичайно важко. Однак серед вже відомих чинників, які обумовлюють процес реалізації закону можна виділити: закономірності процесу реалізації закону, тенденції та фактори, які впливають на даний процес. Розпочнемо із закономірностей процесу реалізації закону. Для зручності аналізу ми проведемо класифікацію закономірностей реалізації закону залежно від їх змісту. За цим критерієм ці закономірності можна поділити на: закономірності виникнення, функціонування і розвитку процесу реалізації закону. Проте перш ніж перейти безпосередньо до аналізу закономірностей процесу реалізації закону варто, на наш погляд, визначити співвідношення між такими категоріями, як: закономірність процесу реалізації закону, тенденція процесу реалізації закону і фактор, який впливає на процес реалізації закону. На наш погляд аналіз даних категорій варто розпочати з того, що ми розуміємо під закономірністю процесу реалізації закону. Під закономірністю реалізації закону варто розуміти вид державно-правових закономірностей, які розглядаються як об'єктивний, необхідний, суттєвий, сталий і систематичний зв'язок державно-правових явищ та процесів між собою, а також з іншими соціальними явищами і процесами, який обумовлює юридичні властивості процесу реалізації закону. При цьому варто зазначити наступне: по-перше, з позиції філософії фактор і тенденція є початковим етапом закономірності. Чинником, який визначає перетворення фактора або тенденції в закономірність поряд із об'єктивністю, необхідністю та суттєвістю є тривалість її існування. По-друге, як в теорії так і на практиці надзвичайно важко відокремити закономірність від тенденції або фактора оскільки існує така категорія як тимчасова закономірність. Таким чином, на нашу думку, не є закономірностями процесу реалізації закону всі ті чинники, які ситуативно, випадково, одноразово вплинули на процес реалізації закону. Так, наприклад такі закономірності процесу реалізації закону, як підвищення ефективності процесу правореалізації або послідовна інтенсифікація законодавства можна було б розглядати, як певні тенденції в розвитку законодавства, проте нині вони є об'єктивними вимогами, закономірностями подальшої діяльності із вдосконалення діючого законодавства. Що ж стосується випадкових чинників, які можуть впливати на процес реалізації законів то прикладом цього може бути світова економічна криза 2008 року, яка істотно вплинула на реалізацію положень Закону України "Про державний бюджет на 2009 рік", або введення воєнного або надзвичайного стану, який може суттєво впливати на реалізацію прав і обов'язків закріплених в чинному законодавстві наприклад права власності відповідно до ч.5 ст. 41 Конституції України[4].

З'ясувавши співвідношення понять: закономірність процесу реалізації закону, тенденція процесу реалізації закону та фактор, який впливає на даний процес ми

можемо перейти безпосередньо до аналізу видів закономірностей та окремих чинників, які впливають на процес реалізації закону.

До першої групи можна віднести наступні закономірності: 1) будь-який юридичний закон має бути реалізованим; 2) результати реалізації закону залежать від його якості; 3) якість закону обумовлюється юридичними, економічними, політичними та іншими чинниками. Ці закономірності мають визначальне значення для процесу реалізації закону, адже початкова якість закону впливає на весь подальший процес його реалізації.

До другої групи можна віднести наступні закономірності: 1) реалізація закону відбувається у відповідних формах правомірної поведінки та діяльності; 2) реалізація закону обумовлюється межами його дії; 3) реалізація закону, як правило, вимагає прийняття відповідних підзаконних нормативно-правових актів, які розвивають відповідні приписи закону; 4) реалізація закону, як правило, вимагає використання відповідних економічних, організаційних, інформаційних, юридичних заходів; 5) у разі виникнення колізій в процесі реалізації закону застосовуються єдині правила для їх вирішення; 6) однакові правила щодо реалізації окремих компонентів закону: преамбули, статей, кінцевих і перехідних положень; 7) залежність реалізації закону від узгодженості між окремими частинами закону та всієї правової системи в цілому; 8) застосування різних видів юридичної відповідальності до суб'єкта у разі порушення приписів закону; 9) залежність реалізації закону від рівня правосвідомості та правової культури людини, від її рівня освіти, індивідуальних цінностей, орієнтирів, досвіду, тощо; 10) залежність реалізації закону від поінформованості адресатів щодо змісту та мети правової норми; 11) залежність реалізації закону від якості і рівня професійної діяльності державних службовців.

Розглядаючи цю групу закономірностей процесу реалізації закону не можна залишити поза увагою наступне:

1. Процес реалізації закону відбувається не окремо, а у тісному взаємозв'язку із процесом реалізації інших компонентів правової системи. Отже, важливою закономірністю, яка впливає на ефективність законодавства в цілому, є узгодженість між окремими частинами закону та узгодженість всієї правової системи в цілому. Без такої узгодженості виникають колізії при реалізації приписів закону. Таким чином знижується загальна ефективність реалізації закону.

2. В теоретичній літературі обґрунтовується думка про те, що реалізація закону має відбуватися на певному рівні. Цей фактор, який впливає на ефективність реалізації закону, є мало дослідженим. Цікавими в контексті розкриття його суті є напрацювання Каюмова А.Д. [5]. Вчений звертає увагу на те, що реалізація законодавства має відбуватися на певному рівні. Цей рівень є багатограним та обумовлюється багатьма факторами. В цілому такий рівень, на думку вченого, утворюється на певному етапі розвитку держави і суспільства. Варто звернути увагу на те, що для кожної країни він визначається окремо, оскільки це обумовлюється різним співвідношенням факторів, які на нього впливають.

Вчений також звертає увагу на те, що в різних сферах життя суспільства рівень реалізації законів різний. Наприклад, приписи норм кримінального або цивільного законодавства реалізуються частіше ніж норми, які регламентують охорону історичних пам'яток. Таким чином, в певних сферах суспільного життя існують норми, які реалізуються на більш високому рівні ніж інші. У цих випадках, за інших рівних умов, норма права повніше розкриває свою здатність позитивно впливати на

суспільна відносини. Це цілком природно, оскільки правова норма тим ефективніше, чим вище рівень її реалізації, чим свідоміше, повніше та оптимальніше здійснюються всі її приписи, в тому числі повноваження, які випливають із норми (суб'єктивні права, юридичні обов'язки) учасників суспільних відносин.

Однак, у багатьох сферах суспільного життя існує ситуація, коли норма права з тих або інших причин не реалізується в повній мірі. У такій ситуації норма не реалізує той регулятивний потенціал, який у ній закладений.

Таким чином, можна вивести наступні закономірності процесу реалізації закону: по-перше, однією із загальних закономірностей процесу реалізації закону є різна інтенсивність реалізації законів (Конституції та звичайних законів, процесуальні кодекси і звичайні закони; норми Цивільного кодексу України і Закону України "Про молоко і молочні продукти"); по-друге, однією із загальних закономірностей процесу реалізації закону є різна інтенсивність реалізації статей в межах конкретного закону (в процесуальних кодексах є загальні і спеціальні процедури). Таким чином, норми, які регламентують загальні процедури реалізуються частіше ніж норми, які регламентують спеціальні процедури.

1. Чинником, який істотно впливає на процес реалізації закону є встановлення процедур реалізації приписів закону. Цей чинник знаходить свою деталізацію в об'єктивній потребі конкретизації приписів закону на рівні підзаконних нормативно-правових актів. Часто для реалізації приписів закону необхідними є видання підзаконних актів, які мають конкретизувати зміст приписів, які закріплені в законі. Підзаконні нормативно-правові акти, більш деталізовано і чітко визначають права та обов'язки учасників суспільних відносин, регламентують порядок реалізації окремих прав та свобод людини. Отже, ігнорування цього фактору може призвести до зниження ефективності реалізації закону.

2. Істотне значення для швидкості досягнення результатів процесу реалізації закону мають комп'ютерні технології. Закордонна практик свідчить про те, що багато сфер суспільного життя регулюється за допомогою комп'ютерних мереж. Використання комп'ютерів позитивно вплинуло на підвищення ефективності, швидкості отримання результатів в цих сферах. Отже, комп'ютеризація процесу реалізації закону або його окремих етапів істотно вплине на такий чинник як проміжок часу за який реалізуються приписи закону.

3. Серед інших чинників, які впливають на процес реалізації закону, але знаходяться поза його межами, можна виділити наступні види факторів та умов ефективності його реалізації:

Макросоціальні фактори. До них належать: наявність реальних можливостей свідомого застосування об'єктивних законів суспільства; рівень збігу суспільно об'єктивних потреб та індивідуальних і колективних інтересів; стан свідомості та політико-моральної єдності народу.

Політичні умови. Тут, передусім, йдеться про діяльність партій з питань розвитку та зміцнення правопорядку, боротьби з правопорушеннями; про якість правотворчої діяльності держави; про активну участь працівників та їх громадських організацій (особливо профспілок) у діяльності при застосуванні права.

Мікрофактори. Йдеться про визнання у колективах і малих соціальних групах, у сім'ях моральних та інших нормативних систем; соціальні зв'язки громадян з трудовими колективами та профспілками; ставлення до права на підприємствах та установах.

Особистісні фактори, що передбачають рівень освіти, індивідуальні ціннісні орієнтири, досвід тощо [8]. До

останньої підгрупи групи факторів можна також віднести належний рівень правосвідомості та правової культури, а також поінформованість адресатів щодо змісту та мети правової норми.

Однією із загальних закономірностей реалізації законів є те, що відмінені закони та нормативно – правові акти продовжують діяти у суспільстві і переходять у правові звичаї та традиції. Інколи приписи законів глибоко входять в суспільну практику. Така ситуація можлива у випадках коли закони створені із врахуванням тих суспільних відносин, які об'єктивно склалися у суспільстві та деяких інших факторів. Таким чином їх відміна не є підставою для втрати їх фактичного впливу на регулювання суспільних відносин.

До третьої групи закономірностей можна віднести наступні закономірності: 1) подальше вдосконалення вже діючого законодавства; 2) послідовна інтенсифікація законодавства; 3) підвищення якості та ефективності процесу правореалізації; 4) удосконалення механізму правового регулювання суспільних відносин. Коротко розкриємо зміст даних закономірностей.

1. Подальше вдосконалення вже діючого законодавства. Ця закономірність обумовлена тим, що відбувається постійний розвиток усіх сфер життєдіяльності суспільства. Така ситуація потребує свого адекватного відображення у законодавстві. Такий процес забезпечує реальну відповідність юридичних норм об'єктивно-існуючим суспільним відносинам і реалізується через своєчасне прийняття законів та інших нормативно-правових актів. Однак, варто звернути увагу на те, що будь-яка зміна закону повинна бути виправданою. Незнання законодавцем об'єктивних тенденцій розвитку певних сфер суспільного життя, у разі внесення змін у діючі закони, може призвести до негативних результатів його реалізації.

2. Послідовна інтенсифікація законодавства. Законодавство має розвиватися не лише за рахунок прийняття нових юридичних норм, а переважно завдяки підвищенню якості вже діючих норм, посилення їх соціальної віддачі. Адже екстенсивні фактори, по-перше, не безмежні, по-друге, не завжди досягають потрібного наслідку, а інколи навіть призводять до небажаних наслідків (невиправдана зарегульованість, яка не залишає місця для самостійності та ініціативи суб'єктів, колізії тощо) [6].

3. Підвищення якості та ефективності процесу правореалізації. Ефективність закону виявляється під час його застосування або у процесі його дії. Не варто забувати того, що будь-який нормативно-правовий акт, в тому числі і закон, є лише певним текстом з юридичним змістом. Головне призначення правових норм, які закріплені в статтях законів та інших підзаконних нормативно-правових актів, перетворитися із сфери необхідного в сферу реального життя. Тільки реальний регулятивний вплив на суспільні відносини складає істинне призначення державного закону та законодавства в цілому. Без реалізації приписів, закріплених в чинному законодавстві, у реальному житті, останні залишаються лише формально існуючою сукупністю правил. Таким чином, чим більше актів застосування закону, тим імовірніша його ефективність.

4. Удосконалення механізму правового регулювання суспільних відносин. Мельник О.М. звертає увагу на те, що удосконалення механізму правового регулювання суспільних відносин передбачає комплексний, сукупний вплив усіх компонентів правової системи на основні сфери суспільного життя, що перебувають в її полі зору. У сучасних умовах важливо забезпечити оптимальну взаємодію між усіма "блоками" правової системи,

сприяти їх узгодженій роботі як єдиного механізму. Вона має бути внутрішньо узгодженою і цілеспрямованою, адже правові важелі прискорюють соціально-економічний і науково-технічний розвиток країни [7].

Більшість сучасних досліджень, які присвячені проблемам реалізації закону основну увагу звертають на аналіз чинників, які впливають на процес реалізації закону. Менше уваги приділяється такому важливому суб'єкту, який істотно впливає на процес реалізації закону, як держава. Держава активно впливає на даний процес. Це насамперед обумовлене тим, що держава займає особливе місце серед суб'єктів, які приймають участь у процесі реалізації закону. Безперечно передумовою цього є особлива природа такого складного утворення, яким є держава. Отже, спробуємо визначити, якою є роль та призначення держави в процесі реалізації закону.

Роль та призначення держави в процесі реалізації законів обумовлюється тими функціями, які покладені на державу. Держава, виражаючи волю народу, визначає цілі і зміст законів, характер і межі законодавчого регулювання, межі і термін їх дії. Функцій держави надзвичайно багато, проте є деякі функції, які мають істотне значення для процесу реалізації законодавства. Мова йде про: законотворчу, правореалізаційну та правоохоронну.

Держава створює умови для реалізації та забезпечує виконання законів. Закон не може існувати і реалізовуватися окремо від державних та інших соціальних інститутів. Закон має бути забезпеченим саме з боку держави, оскільки він видається від її імені. Крім того, варто звернути увагу на комплексну природу, державного забезпечення закону, яка включає різні способи цього забезпечення. Державне забезпечення застосовується на всіх стадіях існування закону від виникнення, розгляду, набрання чинності, до втрати юридичної сили відповідним законом.

Недооцінка державного забезпечення, як однієї із важливих передумов реалізації закону може негативно вплинути на ефективність реалізації закону та результати його реалізації. Державне забезпечення реалізації закону складається із певних компонентів. Серед таких компонентів можна виділити наступні: а) державний примус; б) матеріальне забезпечення реалізації закону; в) організаційне забезпечення реалізації закону; г) ідеологічне забезпечення реалізації закону.

Спробуємо коротко охарактеризувати кожен із компонентів державного забезпечення реалізації закону. В теорії права існує думка, що компонент примусу в законі і в праві в цілому є непотрібним. Оскільки право виражає вічні, незмінні ідеї, виражає загальну волю, то примус є зайвим фактором, який впливає на поведінку людей примушуючи їх виконувати приписи, закріплені в законах. Проте, на думку автора, об'єктивно необхідним є авторитет і, зокрема, в особі держави, якому має підкоритися будь-яка людина. При цьому, немає істотного значення чи є ця людина громадянином держави, закону якої вона підкоряється, чи вона є іноземцем, чи особою без громадянства.

На стадії дії і виконання положень закону державне забезпечення закону виявляється у застосуванні примусу, яке виявляється у визначеній законом можливості застосування державою, в особі уповноважених органів примусу до осіб, які частково або повністю не виконують положення закону. Цей примус або вплив має фізичну та психологічну природу. Так, до особи у випадках, передбачених в законі, з однієї сторони можуть застосувати заходи кримінального, адміністративного, дисциплінарного та іншого характеру, а з іншої сторони

сама можливість настання негативних наслідків є важливим стимулом, який спрямовує поведінку особи у русло дотримання вимог законодавства.

Матеріальне забезпечення реалізації положень закону зводиться до створення фактичних умов його реалізації. Даний напрямок забезпечення реалізації положень закону нині є одним із основних в Україні. Нажаль, сьогодні велика кількість нормативно-правових актів не може бути реалізована через нестачу матеріального забезпечення.

Організаційне забезпечення реалізації положень закону зводиться до вірної організаційної діяльності державних органів. Від вірної організації діяльності державних органів залежить швидкість реалізації громадянами своїх прав і виконання покладених на них обов'язків. Так, наприклад, вірні організаційні рішення змогли б пришвидшити процедуру реєстрації господарюючих суб'єктів або пришвидшити процедуру подання звітності про результати господарської діяльності до контролюючих органів.

Ідеологічне забезпечення реалізації положень закону зводиться до засобів ідеологічної та політико-масової роботи. Ідеологічний вплив держави є об'єктивно необхідним для виховання у громадян поваги до закону. Такий вплив має своїм результатом позитивні зміни в правовій культурі та правосвідомості громадян.

Особливістю участі держави в процесі реалізації закону є те, що вона виступає в якості суб'єкта, який монопольно реалізує певну сукупність норм законодавства. Це обумовлено виконанням державою покладених на неї функцій. Таких актів надзвичайно багато, проте їх суть зводиться до визначення повноважень, які належать виключно державні. Так, наприклад, Інструкція "Про проведення виконавчих дій" N 74/5 від 15 грудня 1999 року визначає перелік повноважень державного виконавця під час проведення виконавчого провадження, а, зокрема, право накладення арешту на майно боржника. Варто зазначити, що ці повноваження належать виключно державному виконавцю і не можуть бути використані жодним іншим суб'єктом.

Таким чином, в результаті проведеного дослідження ми прийшли до наступних висновків:

1. Питання про особливості реалізації законів в Україні можна розглядати з декількох позицій. Поряд із традиційним підходом, відповідно до якого особливості реалізації закону визначаються на підставі використання таких чинників, як: предмет правового регулювання, метод правового регулювання, принципи відповідної галузі права, суб'єктний та об'єктний склад, тощо, можна використати і інші критерії для визначення таких особливостей. В першу чергу варто звернути увагу на те, що певну специфіку реалізації мають окремі види законів. Так, певну специфіку реалізації мають норми Конституції України. По-перше, окремі норми Конституції України є нормами прямої дії, а отже для їх реаліза-

ції немає необхідності їх деталізації у законах та підзаконних нормативно-правових актах. По-друге, норми Конституції України можуть реалізовуватися через прийняття окремих законів, які деталізують її положення. Певні особливості мають закони Української РСР, що не втратили чинності, а також забезпечуючі (оперативні) закони. Цікавим є питання про реалізацію законів прийнятих на всеукраїнських референдумах. Варто звернути увагу, що хоча сама можливість появи такого виду законів існує давно проте реалізації цієї можливості і досі немає. Навіть нині чинна Конституція України була прийнята не шляхом проведення всеукраїнського референдуму, а Верховною Радою України.

2. Іншою підставою для визначення особливостей реалізації закону є форма адміністративно територіального устрою в країні, де реалізуються закони. Україна є унітарною державою і тому тут відсутня проблема неузгодженості реалізації приписів федеративних законів та актів суб'єктів федерації. Що ж стосується держав із федеративним устроєм наприклад Російської Федерації то тут давно існує проблема узгодження приписів федеративних законів та актів суб'єктів федерації.

3. Останнім критерієм для визначення особливостей реалізації законів є вид державного (політичного) режиму в країні, де реалізуються закони. Від цього залежать способи і методи, якими реалізуються закони. Історії відомо багато прикладів антидемократичних режимів. Прикладом цього є практика реалізації законів у Німеччині 30-40 років XX століття. Досвід антидемократичних, антиправових способів і методів реалізації законів має також Україна в XX столітті. Яскравими рисами такої практики реалізації законів були: реалізація приписів нормативно-правових актів на підставі "наказу з гори"; пріоритетне значення підзаконних нормативно-правових актів в правовій системі держави; застосування різних видів санкцій до особи не на підставі приписів закону. В демократичних країнах реалізація законів відбувається природнім шляхом. Цей процес здійснюється на підставі врахування всіх закономірностей, факторів та тенденцій, які впливають на реалізацію законів. Врахування цих чинників істотно впливають на якість та ефективність самого процесу реалізації закону та результати реалізації закону в цілому.

1. Конституція України: 28 черв. 1996 р. – К.: Преса України, 1997. – 80 с.
2. Каюмов А.Д. Закон и его реализация: дис. канд. юрид. наук: 12.00.01 / Каюмов Айрат Дамирович. – Казань, 1999. – С.92.
3. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1991, N 46, ст.617.
4. Відомості Верховної Ради УРСР (ВВР), 1991, N 33, ст.443.
5. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, N 30, ст. 141.
6. Мельник О.М. Фактори ефективності законодавства // Держава і право. – 2008. – №41. – С. 28–35.
7. Так само.

Надійшла до редколегії 24.12.10

**БЕЗПОСЕРЕДНІЙ ОБ'ЄКТ НЕЦІЛЬОВОГО ВИКОРИСТАННЯ БЮДЖЕТНИХ КОШТІВ,
ЗДІЙСНЕННЯ ВИДАТКІВ БЮДЖЕТУ ЧИ НАДАННЯ КРЕДИТІВ З БЮДЖЕТУ
БЕЗ ВСТАНОВЛЕНИХ БЮДЖЕТНИХ ПРИЗНАЧЕНЬ АБО З ЇХ ПЕРЕВИЩЕННЯМ
(СТ. 210 КК УКРАЇНИ)**

В статті характеризується об'єкт злочину передбаченого ст.210 КК України "Нецільове використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням". Робиться акцент на тому, що характеристика об'єкта злочину сприяє уточненню встановлених законодавцем обмежень та має визначальне значення для правильної кваліфікації вчиненого діяння і його наслідків.

Ключові слова: кримінальна відповідальність за порушення бюджетного законодавства, об'єкт злочину, об'єктивні ознаки злочину, нецільове використання бюджетних коштів.

В статье характеризуется объект преступления предусмотренного ст.210 УК Украины "Нецелевое использование бюджетных средств, осуществление расходов бюджета или предоставления кредитов из бюджета без установленных бюджетных назначений или с их превышением". Делается акцент на том, что характеристика объекта преступления способствует уточнению установленных законодателем ограничений и имеет определяющее значение для правильной квалификации совершенного деяния и его последствий.

Ключевые слова: уголовная ответственность за нарушение бюджетного законодательства, объект преступления, объективные признаки преступления, нецелевое использование бюджетных средств.

The article characterized the object offense defined st.210 Criminal Code of Ukraine "inappropriate use of budget funds expenditure budget or loans from the budget without a set budget allocations or their excess. Emphasizes that the characteristics of the object crime contributes to specification limits set by the legislator and is crucial for the proper qualification of the committed act and its consequences.

Key words: criminal liability for violation of budgetary legislation, the object of a crime, objective evidence of a crime, misuse of budget funds.

Актуальність. Характеристика об'єкта злочину сприяє уточненню встановлених законодавцем обмежень і, відповідно, дії кримінально-правової норми, розмежуванню злочинного від незлочинного в поведінці конкретної особи, а також може служити у правозастосовній діяльності орієнтиром для правильної кваліфікації вчиненого діяння і його наслідків.

Визначення і детальний розгляд змісту об'єкта злочину передбаченого ст.210 Кримінального кодексу України (далі –КК) "Нецільове використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням" дозволяє з'ясувати сутність соціальних цінностей, що забезпечуються суспільними відносинами та перебувають під охороною закону про кримінальну відповідальність, суб'єктів, які безпосередньо заінтересовані в їх охороні, та соціального зв'язку між особами, що є учасниками таких відносин.

З огляду на те, що останнім часом відбуваються певне реформування нормативно-правового регулювання сфери бюджетних правовідносин, зокрема прийняття Закону України "Про внесення змін до Бюджетного кодексу України" від 08.07.2010 р. (набув чинності з 01.01.2011 р.) [1] та враховуючи бланкетний характер диспозиції ст.210 КК в редакції Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Бюджетного кодексу України" від 08.07.2010 р." (набула чинності з 01.01.2011 р.) [1] вирішення питання про те, на що посягає злочин, допомагає зрозуміти сутність останнього як суспільно небезпечного діяння.

Міра дослідженості. Теоретичні та практичні напрацювання, які стали підґрунтям дослідження особливостей безпосереднього об'єкту злочинів пов'язаних із порушенням бюджетного законодавства взагалі стали праці таких дослідників, як П. П. Андрушка, П. С. Берзіна, А. Ф. Волобуєва, Н. О. Гуторової, О. О. Дудорова, М. І. Мельника, В. О. Навроцького, В. О. Останіна, О. І. Перепелиці, І. А. Сикорської, Р. Л. Степанюка Г. З. Яремко та деяких інших вчених.

Метою статті є дослідження проблем кримінально-правової охорони бюджетної системи шляхом визначення та уточнення безпосереднього об'єкту злочину, відповідальність за вчинення якого передбачена ст. 210 КК України.

Виклад основних положень. У національній теорії кримінального права склад злочину – це передусім сукупність юридичних (об'єктивних і суб'єктивних) ознак, що характеризують вчинене суспільно небезпечне діяння як злочин. Загальновизнаною є позиція, що склад злочину утворює обов'язкова (універсальна) кількість властивих йому елементів: об'єкт; об'єктивна сторона; суб'єкт; суб'єктивна сторона. При цьому кожен з елементів складу злочину містить відповідні йому ознаки. Стосовно об'єкту злочину: соціальні цінності (власне об'єкт злочину); предмет злочину; потерпілий від злочину.

Традиційним в кримінальному праві України є досить ґрунтовна розробка проблем об'єкта злочину. Як зазначається в науковій літературі, це пов'язано з тим, що протягом багатьох років школа кримінального права будує концептуальний каркас теорії на основі матеріального визначення злочину, тобто поняття, що ґрунтується перш за все на ознаці суспільної небезпеки [1, с.198]. Така позиція була пануючою в російській науці кримінального права XIX – початку XX ст., радянській науці кримінального права і залишилися в науці кримінального права сучасної України.

Останнім часом намітилася певна тенденція відмови від розуміння об'єкта злочину як суспільних відносин, що охороняються кримінальним законом. А.А. Тер-Акопов вважає, що визнання об'єктом злочину суспільних відносин не відповідає новим завданням кримінального права і що загальним об'єктом посягання слід визнати особистість і відносини, котрі забезпечують її розвиток [1, с.52]. А.В. Наумов, визначаючи трактовку об'єкта злочину як певних суспільних відносин цілком справедливо стосовно багатьох випадків вчинення суспільно-небезпечних діянь, стверджує, що ця теорія "спрацьовує" не завжди. Об'єктом злочину він пропонує визнати ті блага (інтереси), на котрі посягає злочинне

діяння і котрі охороняються кримінальним законом [1, с.147]. Таку ж позицію займає А.В. Пашковська [1, с.197].

У вітчизняній науці кримінального права із критикою концепції суспільних відносин як об'єкта злочину виступили П.П. Андрушко, С.Б. Гавриш, Є.В. Фесенко та інші вчені. Так, на думку С.Б. Гавриша, розуміння об'єкта як суспільних відносин обумовлено, з одного боку, концепцією складу злочину, де об'єкт відіграє центральну роль, а з іншого, звісно, – марксистським підходом до пояснення дійсності, що завжди соціалізована і являє собою "сукупність суспільних відносин". Правознавець зазначає, що конструкція об'єкта як суспільних відносин є штучною, більшою мірою надуманою. Вона, безумовно, призначена для здійснення впливу "економічно пануючого класу" на політику застосування кримінального права як інструменту боротьби спочатку класової, а потім – партійно-державної олігархії зі злочинними про-явами в "соціалістичному суспільстві". Замість концепції суспільних відносин як об'єкта злочину С.Б. Гавриш пропонує концепцію "об'єкт – правове благо як певна цінність". На його думку правове благо завжди піддається злочинному впливу, а тому цьому благу завдається шкода, що може бути встановлена завдяки, насамперед, саме розумінню його як цінності. Від цінності правового блага як об'єкта залежить характер, зміст і розмір наслідків злочинного діяння особи. Наслідки злочину і є оцінкою ступеня враження охоронюваного правового блага і викликаних цим змін у дійсності, котрі мають вираз у конкретній кількісно-якісній категорії (тяжкі тілесні ушкодження, масова загибель тварин, руйнування екосистеми тощо) [1, с.203].

П.П. Андрушко, найбільш обґрунтованою в концептуальному плані вважає аксіологічну теорію об'єкта злочину: об'єкт злочину – це соціальні цінності, які є об'єктом кримінально-правової охорони, проти яких спрямоване злочинне діяння і яким воно може заподіяти або спричинити шкоду [1, с.67].

На думку Фесенко Є.В., об'єктом злочину мають визнаватися людські, суспільні або державні цінності [1, с. 72]. Він пропонує включати до складу цінностей такі елементи: суб'єкти, блага, які їм належать, і предмети (потерпілі, їх інтереси та права, соціальні зв'язки, предмети (матеріалізовані блага), нематеріалізовані блага, які належать потерпілим) [1, с. 52].

У науці кримінального права найпоширенішою є триступенева класифікація об'єктів злочину "по вертикалі", тобто залежно від рівня їх узагальнення. Окремими науковцями запропоновано також двоступеневу й чотириступеневу класифікації [1; 2].

Прихильники триступеневої класифікації об'єктів злочину на загальний, родовий і безпосередній зазначають, що вона ґрунтується на співвідношенні філософських категорій "загального", "особливого" й "окремого". Загальним є вся сукупність суспільних відносин (загальний об'єкт), котрі охороняються кримінальним законом, особливим – окремі однорідні за своїми політичними й економічними властивостями групи цих відносин, певна сукупність кримінально-правових норм (родовий об'єкт), окремим – конкретні суспільні відносини, охоронювані певною кримінально-правовою нормою від будь-яких злочинних посягань (безпосередній об'єкт). Така класифікація об'єктів злочину, як вбачається, є цілком логічною, відповідає потребам практики, а тому й послідовно обстоюється багатьма науковцями.

Серед прихильників двоступеневої класифікації об'єктів злочину єдність думок відсутня. Так, М.І. Федоровим було запропоновано вирізняти лише родовий і безпосередній об'єкти злочину [1, с.191]. На думку цього

правознавця, загального об'єкта злочину не існує, бо він являє собою лише поняття, а не реальну дійсність, реальне явище суспільного життя, нічого не дає ні для науки, ні для практики, і від нього слід відмовитися. Зауважу, що дана позиція не знайшла підтримки серед науковців, оскільки в науці кримінального права доведено, що загальний об'єкт злочину має важливе значення для визначення природи й сутності злочинів, ступеня їх суспільної небезпеки, відмежування від незлочинних суспільно – небезпечних діянь тощо.

Напевне, найбільш вірною, є класифікація об'єктів злочинів на три види. Під загальним об'єктом слід розуміти сукупність всіх суспільних відносин, що охороняються кримінальним законом. Наступний вид, це родовий об'єкт, під яким розуміється певне коло однорідних або тотожних за своєю сутністю суспільних відносин. Він є критерієм класифікації всіх злочинів і кримінально – правових норм, що встановлюють відповідальність за їх вчинення. В межах родового об'єкта інколи виділяють видовий об'єкт. Під безпосереднім об'єктом слід розуміти соціальні цінності, на які посягає конкретне злочинне діяння.

Питання про родовий об'єкт злочинів, що передбачають відповідальність за порушення бюджетного законодавства протягом багатьох років у кримінальному праві залишалося спірним і малодосліджуваним, хоча уваги до захисту державних фінансів взагалі не бракувало. Так, ще кримінальне законодавство в Уложенні про покарання кримінальні й виправні 1845 р. (у редакції 1885 р.) Зведення Законів Російської імперії містило окрему главу "Про злочини та проступки проти майна і доходів скарбниці", норми якої передбачали відповідальність за контрабанду, ухилення від сплати зборів, мита і "податей", митних та ін. платежів, порушення правил розробки корисних копалин у частині здобуття дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, фальшивомонетництво.

На сучасному ж етапі, під родовим об'єктом злочинів, що посягають на законодавство про бюджетну систему є відносини, що регулюють встановлений порядок формування та витрачання бюджетних коштів, тобто відносини у сфері розподілу, перерозподілу та використання централізованих і децентралізованих фондів. Такі відносини виникають на підставі фінансово – правових норм, між державою і фізичними особами, у процесі формування та витрачання бюджетних коштів. Тому, хоча злочин, передбачений ст. 210 КК і розміщений у розділі "Злочини у сфері господарської діяльності", але фактично, безпосередньо він стосується не сфери господарської діяльності, а фінансової сфери діяльності держави.

У межах родового об'єкта злочину, може відбуватися поділ злочинів на певні групи за видовими ознаками. Щодо розглядуваного злочину, то, очевидно, що даний злочин безпосередньо стосується бюджетної системи держави, а тому, його можна віднести за цією ознакою, до злочинів, що посягають на бюджетну систему.

Стосовно ж безпосереднього об'єкта злочину, то в науці кримінального права безпосередній об'єкт поділяють на основний і додатковий. Питання про безпосередній об'єкт злочинів, що посягають на бюджетну систему в літературі вирішується майже однаково. Так, зокрема, Б. Львов та І. Бенедисюк під основним безпосереднім об'єктом даних злочинів розуміють кредитно – фінансову систему України в сфері бюджетної діяльності [1, с.28].

О.О. Дудоров, основним безпосереднім об'єктом даних злочинів визначає встановлений законодавством порядок виконання державного і місцевого бюджетів,

порядок використання бюджетних ресурсів, покликаних з фінансового боку забезпечувати виконання державними органами та органами місцевого самоврядування покладених на них завдань і функцій [1, с.103].

М.І. Хавронюк М. та М.І. Мельник вказують, що дані злочини безпосередньо посягають на встановлені законодавством України порядок використання бюджетних коштів та порядок виконання бюджетів [1, с.28]. Андрушко П.П. під безпосереднім об'єктом даних злочинів розуміє встановлений бюджетним законодавством порядок використання фінансових ресурсів держави для забезпечення функцій, здійснюваних органами державної влади України та органами місцевого самоврядування [1, с.26]. Проте не всі з названих науковців виділяють додатковий безпосередній об'єкт, а підходить до його розуміння є різними. В окремих працях додатковим обов'язковим об'єктом даних злочинів встановлений порядок здійснення службовими особами органів виконавчої влади власних повноважень [1, с.103]. О.О. Дудоров під додатковим обов'язковим об'єктом цих злочинів розуміє конституційні права і законні інтереси громадян, а також порядок здійснення службовими особами покладених на них службових повноважень. Н.О. Гуторова зазначає, що обов'язковим додатковим об'єктом у даних злочинах виступають суспільні відносини, що забезпечують правомірне функціонування державних або самоврядних органів, підприємств, установ чи організацій незалежно від форм власності та їх авторитет. Шкода даному об'єкту, при вчиненні злочинів передбачених ст.210 та ст.211 КК, завдається у всіх випадках [1, с.91].

Висновок. Проаналізувавши зазначені вище точки зору, можна зробити висновок, що під основним безпосереднім об'єктом порушення бюджетного законодавства, передбаченого ст. 210 КК України, на мою думку, слід розуміти певні соціальні цінності, а саме, встановлений бюджетним законодавством порядок використання фінансових ресурсів держави для забезпечення функцій, здійснюваних органами державної влади України та органами місцевого самоврядування, на який посягає конкретне злочинне діяння, а саме, нецільове використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням всупереч Бюджетному кодексу України чи закону про Державний бюджет України на відповідний рік.

Але вчинення такого злочину службовою особою неминуче призводить і до порушення порядку здійснення нею своїх службових повноважень, тобто службова особа порушує при цьому і свої службові обов'язки, чим посягає і на авторитет підприємства, установи чи організації, від імені котрої вона виступає. Оскільки такі незаконні дії з бюджетними коштами посягають і на встановлений порядок формування або використання всупереч вимогам закону та всупереч інтересам громадян і

юридичних осіб, що ґрунтуються на таких вимогах закону, то можна дійти висновку, що такими незаконними діями службова особа посягає на законні права та інтереси фізичних та юридичних осіб.

Таким чином, зміст складу злочину, описаного в ст. 210 КК, включає за своїми об'єктивними ознаками два види загальних службових злочинів – зловживання владою або службовим становищем (ст. 364) та перевищення влади або службових повноважень (ст. 365). Разом з тим він охоплює такі ознаки, які у своїй сукупності утворюють особливий спеціальний вид злочину, вчинюваного службовою особою у сфері використання бюджетних коштів.

1. Закон України від 23.12.2010 № 2856-VI "Про внесення змін до Бюджетного кодексу України та деяких інших законодавчих актів України" // Офіційний вісник України від 10.01.2011 – 2010 р., № 101.
2. Закон України від 08.07.2010 № 2457-VI "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Бюджетного кодексу України" // Офіційний вісник України від 13.08.2010 – 2010 р., № 59, стор. 84.
3. Курс уголовного права: Общая часть. – Т.1: Учение о преступлении / Учебник / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой и И.М. Тяжковой. – М.: ЗЕРЦАЛО, 1999. – С.198.
4. Тер-Акопов А.А. Защита личности – принцип уголовного закона // Современные тенденции развития уголовной политики и уголовное законодательство. – М., 1994. – С.52.
5. Наумов А.В. Российское уголовное право: Общая часть: Курс лекций. – С. 147-151.
6. Курс уголовного права: Общая часть. – Т.1: Учение о преступлении / Учебник / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой и И.М. Тяжковой. – С. 197-202.
7. Гавриш С.Б. Кримінально-правова охорона довілля в Україні: Пробл. теорії, застосування, і розв. кримін. законодавства. / Верховна Рада України. Ін-т законодавства. – К., 2002. – 633.
8. Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом: кримінально-правова характеристика. – Андрушко П.П., Короткевич М.Є. – К.: Юрисконсульт, 2005. – 292 с.
9. Фесенко Е. Объект преступления с точки зрения ценностной теории / Е.Фесенко // Уголовное право. – 2003. – № 3. – С. 71 – 73.
10. Фесенко Е. В. Злочини проти здоров'я населення та системи заходів з його охорони: [монографія] / Е. В. Фесенко. – К.: Атіка, 2004. – 279 с.
11. Фролов Е.А. Спорные вопросы общего учения об объектах преступлений // Сборн. учен. Труд. Свердл. ин-та, 1969. – Вып.10.
12. Коржанский Н.И. Объект и предмет уголовно – правовой охраны. – М.: Акад. МВД СССР, 1980. – С.180.
13. Федоров М.И. Понятие объекта преступления по советскому уголовному праву //Т. XI. – Пермь, 1957. – С. 191.
14. Львов Б., Бенедикс И. Уголовная ответственность за нарушение бюджетного законодательства // Бизнес. – 1998. – № 1. – С. 28.
15. Дудоров О.О., Звіряка В.А. Кримінальне право: загальна частина; М-во внутр. справ України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е.О. Дідоренка. – Луганськ: РВВ ЛДУВС, 2008. – 231 с.
16. Мельник Н., Хавронюк Н. Уголовная ответственность за нарушение бюджетного законодательства: комментарий и некоторые выводы // Предпринимательство, хозяйство право. – 1997. – № 11. – С. – 28.
17. Андрушко П.П. Коментар до статті 210 Кримінального кодексу України. Юридичний вісник України. – № 2. – 2002. – С. 26.
18. Кримінальне право. Особлива частина. – К.: НАВСУ – Правові джерела, 1998. – С.103.
19. Гуторова Н.О. Кримінально – правова охорона державних фінансів України. Харків. – 2001. – С. 92.

Надійшла до редколегії 24.12.10

ДЕРЖАВНИЙ ФІНАНСОВИЙ КОНТРОЛЬ У СФЕРІ ДЕРЖАВНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ В СВІТЛІ НОВОГО ЗАКОНУ УКРАЇНИ "ПРО ЗДІЙСНЕННЯ ДЕРЖАВНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ"

У статті проведено науково-практичний аналіз положень нового Закону України "Про здійснення державних закупівель" від 1 червня 2010 року № 2289-VI на предмет створення в Україні належних умов для ефективного державного фінансового контролю у сфері державних закупівель. Зосереджено увагу на найсуттєвіших недоліках Закону, які можуть, і з високою вірогідністю створюють істотні перешкоди для ефективного державного фінансового контролю у сфері державних закупівель. Розглянуто велику кількість норм, які суперечать діючій Конституції України та науці фінансового права. Запропоновано внести до Закону істотні зміни з метою забезпечення державних та суспільних інтересів та унеможливлення корупції та зловживань при здійсненні державних закупівель.

Ключові слова: державні закупівлі, процедура здійснення державних закупівель, державний фінансовий контроль.

В статье проведен научно-практический анализ положений нового Закона Украины "О совершении государственных закупок" от 1 июня 2010 № 2289-VI на предмет создания в Украине надлежащих условий для эффективного государственного финансового контроля в сфере государственных закупок. Сосредоточено внимание на наиболее существенных недостатках Закона, которые могут, и с высокой вероятностью создадут существенные препятствия для эффективного государственного финансового контроля в сфере государственных закупок. Рассмотрено большое количество норм, противоречащих действующей Конституции Украины и науке финансового права. Предложено внести в Закон существенные изменения в целях обеспечения государственных и общественных интересов и предотвращения коррупции и злоупотреблений при осуществлении государственных закупок.

Ключевые слова: государственные закупки, процедура совершения государственных закупок, государственный финансовый контроль.

The article provides the scientific and practical analysis of the new Law of Ukraine "On public procurement" from June 1, 2010 № 2289-VI to verify the creation in Ukraine of appropriate conditions for effective public financial control in public procurement. The article focuses on the most significant shortcomings of the law, which may, and very likely create significant barriers to effective public financial control in public procurement. Examined a large number of rules of the new Law that are contrary to the Constitution of Ukraine and the science of financial law. Proposed to make substantial changes to the law to ensure state and public interests and to prevent corruption and abuse in public procurement.

Key words: public procurement, procedure of public procurement, public financial control.

На сьогодні стан правового регулювання та фінансового контролю за здійсненням державних закупівель викликає серйозне занепокоєння. Відповідно до Звіту Державної контрольно-ревізійної служби України "Про стан державних закупівель в Україні у 2009 році" рівень втрат зведеного бюджету України від неефективного витрачання державних коштів складає близько 100 млрд. гривень, що становить 1/2 загального об'єму державних закупівель та 1/3 видатків Зведеного бюджету України [12].

Тривалий час правове регулювання здійснення державних закупівель та державного фінансового контролю у сфері державних закупівель не досліджувалися в Україні на дисертаційному рівні безпосередньо, як самостійна сфера суспільних відносин. Зокрема, Савченко Л.А. зазначає, що "на жаль, процесу фінансового контролю вченими приділялося мало уваги, йому присвячені поодинокі наукові праці, у яких розглядаються окремі його аспекти, не зважаючи на наявність публікацій, у яких висвітлено порядок проведення фінансового контролю, ми не можемо констатувати, що проблеми, пов'язані з удосконаленням процесу фінансового контролю, розв'язані, залишається ще багато дискусійних і майже не досліджених питань" [6]. Проте, на сьогодні, завдяки працям багатьох науковців – представників науки адміністративного та фінансового права, в цілому створена серйозна наукова база з питань державного контролю. У процесі підготовки цієї публікації автор спірався, зокрема, на наукові доробки Андрійко О.Ф. [1], Савченко Л.А. [10], Пашченко О.П. [9] та ін. Значний науковий та практичний внесок у розробку теоретичних засад державного фінансового контролю зробили також представники науки державного управління, зокрема Зайцев В.М. [4], та вчені-економісти, зокрема Овсянюк-Бердадіна О.Ф. [7].

Метою цієї статті є аналіз положень Закону "Про здійснення державних закупівель" (далі – Закон) та зосередження уваги на найсуттєвіших недоліках, які можуть створити істотні перешкоди для ефективного державного фінансового контролю у сфері державних закупівель.

1 червня 2010 року Верховною Радою України було прийнято новий Закон України "Про здійснення державних закупівель" №2289-VI, який є завершенням багаторічної роботи над законопроектом №2263-1 від 12.05.2008 року. Процедура державних закупівель давно потребувала законодавчого врегулювання, адже її регулювання підзаконним нормативно-правовим актом (Постановою Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2008 року №921 "Про затвердження Положення про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти") суперечило п.8 ч.1 статті 92 Конституції України.

Проте, прийняття Верховною Радою України нового Закону "Про здійснення державних закупівель" незаплановано було позбавлено серйозної уваги як засобів масової інформації, так і уваги наукових кіл. Можна було б припустити, що таке загальне мовчазне схвалення відбулося завдяки ідеальному врегулюванню відповідних суспільних відносин. Проте, досліджуючи новий Закон на предмет створення умов для ефективного державного фінансового контролю у сфері державних закупівель, можна говорити про наявність у ньому достатньо великої кількості недоліків.

Зокрема, пункт 3 статті 2 Закону передбачає, що дія Закону не поширюється на випадки, якщо предметом закупівлі є товари і послуги, пов'язані з розробленням дизайну, виготовленням захищеного паперу, послуги, закупівля яких здійснюється державними банками та банками, в капіталізації яких взяла участь держава, послуги, необхідні для обслуговування і погашення державного боргу (наприклад, консультації, юридичний супровід), товари, роботи і послуги, закупівля яких здійснюється замовниками, розташованими за межами України (наприклад, дипломатичними представництвами України), товари, роботи і послуги, закупівля яких здійснюється для підготовки і проведення виборів та референдумів в Україні тощо. При цьому, незрозуміло, за якими критеріями цей перелік визначено і немає жодного його обґрунтування. У такий спосіб зі сфери дії цього Закону виводяться величезні обсяги бюджетних коштів. Це не тільки не сприяє створенню конкурентно-

го середовища у сфері державних закупівель та забезпеченню раціонального та ефективного використання державних коштів, тобто досягненню основної мети, закріпленої в преамбулі цього Закону, та реалізації вимог Закону України "Про захист економічної конкуренції", а і робить неможливим ефективний державний фінансовий контроль за закупівлями, відносини щодо яких не входять до предмету регулювання єдиного кодифікованого Закону, а регулювання яких буде розпорошене у різних нормативно-правових актах та здійснюватиметься по-різному. На цю наукову проблему звертає увагу і Савченко Л.А., яка зазначає, що для ефективного використання можливостей фінансового контролю при виконанні поставлених перед ним завдань вагомим значенням набуває реалізація контрольної діяльності, яка повинна проводитися відповідно до чітко визначених етапів, детальна регламентація яких у законодавстві створить правові гарантії дотримання прав та інтересів його учасників [6].

Пункт 4 статті 2 Закону передбачає величезний перелік товарів робіт та послуг, особливості закупівлі яких регулюються окремими законами України. У такий спосіб замість єдиного законодавчого акту у сфері здійснення державних закупівель передбачається створення величезної кількості спеціалізованих законів, що може призвести до виникнення серйозних колізій у законодавстві. По-перше, до кожного з таких спеціальних законів будуть вноситись зміни, які, як показує практика, рідко узгоджуються з іншими законодавчими актами. По-друге, різноманіття законів виключає можливість реалізувати принцип єдиного підходу у правовому регулюванні здійснення державних закупівель.

Відповідно до ч.1 ст. 8 Закону до основних функцій Уповноваженого органу у сфері державних закупівель (Міністерства економіки України) віднесено погодження застосування процедури закупівлі в одного учасника, а затвердження Порядку погодження застосування процедури закупівлі в одного учасника делеговано Кабінету Міністрів України (абзац 17 ч.1 ст. 39 Закону). Зазначені положення суперечать рішенням Конституційного Суду України від 9 жовтня 2008 року у справі №22-рп/2008. Як випливає з пункту 3.3 мотивувальної частини вказаного Рішення Конституційного Суду України, дозволяючи врегульовувати порядок здійснення державних закупівель підзаконним актом, Верховна Рада України делегує "власні, визначені Конституцією України, повноваження щодо встановлення правил конкуренції у сфері здійснення закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти, проте, право делегування законодавчої функції парламентом іншому органу влади Конституцією України не передбачено, у цьому випадку Верховна Рада України порушила вимоги частини другої статті 19 Конституції України". Таким чином, порядок та умови здійснення закупівель товарів, робіт і послуг повинні встановлюватися виключно законом. Особливого занепокоєння це положення викликає з тієї причини, що масштаби державних закупівель на неконкурентній основі вражають: у 2009 році з 200 млрд. гривень загальної суми державних закупівель лише 76 млрд. гривень було витрачено через відкриті тендери. Таким чином, 2/3 державних закупівель відбуваються за процедурами з обмеженою участю або через закупівлі у одного учасника. На таких процедурах втрати державного бюджету іноді досягають величезних показників, а суми закупівель часто вимірюються мільярдами гривень за одну закупівлю. Ефективність державного фінансового контролю та можливість повернення незаконно витрачених коштів серйозно залежать від якості

та детальності законодавчого врегулювання процедур державних закупівель. Проте, за нормами нового Закону, Уповноважений орган буде надавати погодження на закупівлі у одного учасника і, таким чином, опосередковано розпоряджатися величезними коштами. Крім того, в порушення норм Конституції України Закон надає Кабінету Міністрів України занадто широкі повноваження, що відкриває можливості для зловживань та корупції. Така концепція порушує також і наукові принципи. Так, не можна не погодитись з думкою Омарова А.М., який вважає, що ключовою функцією організації у фінансовому контролі є забезпечення динамічної рівноваги внутрішніх процесів системи [8]. Проте, як бачимо, ні про яку рівновагу не можна говорити, якщо повноваження у сферах організації, проведення та контролю за державними закупівлями віддані до обмеженого, вузького кола державних органів та не передбачають взаємоконтроль та баланс.

Пункт 19 статті 1 Закону визначає Антимонопольний комітет України органом оскарження та надає йому широкі повноваження щодо розв'язання конфліктів у сфері здійснення державних закупівель. Надання таких повноважень замість судової гілки влади Антимонопольному комітету України фактично передбачає відродження в Україні колишньої тендерної палати з іншою назвою. Як і раніше, орган оскарження має повноваження зупиняти будь-які державні закупівлі шляхом призупинення та скасування проведених тендерів. Згідно з новим законом легітимність тендерів буде визначати Постійно діюча адміністративна колегія з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері державних закупівель у складі Антимонопольного комітету України, що може призвести до зловживань правом оскарження та корупційних діянь.

Відповідно до пункту 3 Статті 8 Закону безпосередньо законом утворюється "Постійно діюча адміністративна колегія з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері державних закупівель" у складі Антимонопольного комітету України, що порушує вимоги частини другої статті 19, пункту 15 статті 106 Конституції України в частині реалізації Президентом України конституційних повноважень утворювати, реорганізовувати та ліквідовувати за поданням Прем'єр-міністра України міністерства та інші центральні органи виконавчої влади. Така норма Закону порушує також і важливий науковий принцип форм створення і діяльності державних органів, а саме принцип розподілу державної влади на три незалежні гілки влади, повноваження яких хоча, безперечно, і є взаємопов'язаними, проте в жодному разі не повинні перетинатися, конкурувати між собою, а діяльність з реалізації таких повноважень – втручатися або обмежувати повноваження та діяльність інших гілок.

Законом, зокрема, п.3 статті 18, передбачена можливість для будь-якого учасника або суб'єкта звернення відповідно до цього Закону подати скаргу до органу оскарження або до суду. Разом з тим, подання скарги або звернення до одного із суб'єктів, уповноважених відповідно до цього Закону на розгляд скарг, не позбавляє права учасника або суб'єкта звернення подати скаргу або звернення до іншого суб'єкта, уповноваженого відповідно до цього Закону на розгляд скарг. Таким чином, Закон робить можливим одночасний розгляд однієї і тієї ж скарги одного і того ж суб'єкта звернення двома різними суб'єктами розгляду скарги, однак, не містить механізмів розв'язання можливих конфліктів у разі прийняття по такій скарзі взаємовиключних рішень. На нашу думку, ця проблема викликана ігноруванням авторами Закону основ науки фінансового пра-

ва, а саме теорії організації фінансового контролю, дублювання повноважень різними державними органами та закладений на законодавчому рівні конфлікт інтересів. Слушною та корисною цьому контексті є наукова думка Белухи Н.Т., яка зазначає, що лише *упорядкована взаємодія* окремих елементів (в тому числі державних органів як суб'єктів фінансового контролю), що перебувають у функціональній залежності, є ключовою складовою організації фінансового контролю [2].

8 липня 2010 року до цього Закону, а також до Закону України "Про організацію та проведення фінальної частини чемпіонату Європи 2012 року з футболу в Україні" були внесені зміни, які стосуються особливостей здійснення державних закупівель під час здійснення підготовки та проведення в Україні фінальної частини чемпіонату Європи 2012 року з футболу.

Шляхом розширення частини 4 статті 2 Закону, у якій закріплено перелік товарів, робіт і послуг, особливості здійснення закупівлі яких визначаються окремими законами, передбачено особливу процедуру закупівель товарів, робіт і послуг, закупівля яких здійснюється за кошти, розпорядником яких є спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади із забезпечення здійснення заходів з підготовки та проведення в Україні фінальної частини чемпіонату Європи 2012 року з футболу, а також закупівель, які здійснюються за Державною цільовою програмою підготовки та проведення в Україні фінальної частини чемпіонату Європи 2012 року з футболу.

Пункт 1 Статті 5¹ Закону України "Про організацію та проведення фінальної частини чемпіонату Європи 2012 року з футболу в Україні" передбачає, що "закупівля товарів, робіт і послуг за кошти, розпорядником яких є спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади із забезпечення здійснення заходів з підготовки та проведення в Україні фінальної частини чемпіонату Європи 2012 року з футболу, для виконання завдань і заходів Державної цільової програми підготовки та проведення в Україні фінальної частини чемпіонату Європи 2012 року з футболу, може здійснюватися за процедурою закупівлі в одного учасника без погодження з Уповноваженим органом у сфері державних закупівель, відповідно до якої замовник укладає договір про закупівлю з учасником після проведення з ним переговорів. При цьому, як у зазначеному Законі, так і у пояснювальній записці до законопроекту, відсутні будь-які пояснення та/або обґрунтування позиції з приводу доцільності запровадження процедури закупівель в одного учасника та здійснення її застосування без погоджень. Такі норми Закону порушують не тільки здоровий глузд, а і основоположні наукові принципи фінансового контролю. Так, Кадькаленко С.Т. звертає увагу, що фінансовий контроль спрямований на забезпечення законності, фінансової дисципліни і раціональності під час використання грошових фондів держави [3]. Проте, про яку дисципліну можна говорити, якщо на суб'єктів державних закупівель не покладено обов'язок дотримуватись жорстких законодавчо врегульованих процедур, державні закупівлі здійснюються за непрозорими неко-

нкурентними процедурами, а раціональність таких закупівель є під питанням.

Крім того, стаття 39 Закону, яка регулює порядок застосування процедури закупівлі у одного учасника, містить вичерпний перелік випадків, в яких допускається застосування такої процедури, тоді як, виходячи з норм спеціального закону, процедура закупівлі у одного учасника не тільки не погоджується з Уповноваженим органом у сфері державних закупівель, а і здійснюється при здійсненні закупівель будь-яких товарів, робіт або послуг незалежно від наявності конкуренції на ринку таких товарів, робіт або послуг. Запровадження механізмів здійснення державних закупівель без будь-яких конкурентних процедур порушує принципи державних закупівель, зокрема, основоположний принцип добросовісної конкуренції, закріплений у ст. 3 Закону, та основну мету законодавства у цій сфері.

На підставі вищевикладеного, можна констатувати, що з прийняттям нового Закону "Про здійснення державних закупівель" можливість ефективного державного фінансового контролю послаблена через наявність великої кількості прогалин, які можуть, і з високою вірогідністю будуть, використовуватись для корупції та не ефективного витрачання державних коштів. Як наслідок, загальні втрати державних коштів від прийнятого Закону можуть істотно зрости. Встановлена процедура державних закупівель врегульована з великою кількістю порушень вимог Конституції та законів України. У зв'язку з цим, зазначений Закон потребує внесення до нього істотних змін з метою забезпечення державних та суспільних інтересів.

1. Андрійко О.Ф. Організаційно-правові проблеми державного контролю у сфері виконавчої влади: Дис... д-ра юрид. наук: 12.00.07 / НАН України; Інститут держави і права ім. В.М.Корецького. – К., 1999. – 378 с. 2. Белуха Н.Т. Теория финансово-хозяйственного контроля: Учебник / Н.Т. Белуха. – К.: Вища шк., 1990. – С. 58. 3. Воронова Л.К., Алисов Е.О., Кадькаленко С.Т. та ін. Финансовое право: підручник / Керівник авт. колективу і відп. ред. Л.К. Воронова. – Х.: Фірма "Консул", 1998. 4. Зайцев В.М. Удосконалення фінансового контролю в системі державного управління: автореф. дис... канд. наук з держ. упр.: 25.00.02 / Академія муніципального управління. – К., 2009. – 20 с. 5. Закон України "Здійснення державних закупівель" від 1 червня 2010 року № 2289-VI; офіційне опублікування: Голос України від 30.06.2010 №118. 6. Мельник О.П., Савченко Л.А., Правові проблеми процесу фінансового контролю: монографія. – К.: КиМУ, 2009. – 236 с. 7. Овсянюк-Бердадіна О.Ф. Організаційно-економічний механізм державних закупівель послуг: автореф. дис... канд. екон. наук: 08.00.03 / Тернопільський національний економічний ун-т. – Т., 2009. – 20с. 8. Омаров А.М. Социальное управление. Некоторые вопросы теории и практики – М.: Мысль, 1980. 9. Пашченко О.П. Правове регулювання процесу фінансового контролю (за законодавством України): Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.07 / Національна академія держ. податкової служби України. – Ірпінь, 2005. – 17с. 10. Савченко Л.А. Правові проблеми фінансового контролю в Україні: Дис... д-ра юрид. наук: 12.00.07 / Академія держ. податкової служби України. – Ірпінь, 2002. – 455 с. 11. Статистичні дані Міністерства статистики України, Міністерства фінансів України та Державного казначейства України. 12. Загальна сума касових видатків зведеного бюджету України за січень-грудень 2009 р. становила 307,312 млрд. грн // Міністерство фінансів України; режим доступу: <http://www.newsru.ua/finance/28jan2010/budjet.html>

Надійшла до редколегії 24.12.10

УДК 349.6:504.38

К. Прохоренко, асп.

ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ ПОНЯТТЯ "КЛІМАТ" В ЕКОЛОГО-ПРАВОВОМУ РЕГУЛЮВАННІ

Проаналізовано теоретичні та нормативно-правові підходи до визначення поняття "клімат" з метою обґрунтування місця у системі об'єктів екологічного права та розробки відповідного еколого-правового регулювання.

Ключові слова: клімат; кліматична система; навколишнє природне середовище; еколого-правове регулювання; Рамкова конвенція ООН про зміну клімату.

Проанализированы теоретические и нормативно-правовые подходы к определению понятия "климат" с целью обоснования его места в системе объектов экологического права и разработки соответствующего эколого-правового регулирования.

Ключевые слова: климат; климатическая система; окружающая природная среда; эколого-правовое регулирование; Рамочная конвенция ООН об изменении климата

The article analyses theoretical and regulatory approaches to the definition of "climate" in order to justify its place within the objects of environmental law and to develop appropriate environmental regulation.

Key words: climate; climate system; environment; environmental and legal regulation; United Nations Framework Convention on Climate Change.

Правове регулювання впливів діяльності на клімат є важливою умовою сталого розвитку суспільства [3] та пріоритетним завданням стратегії державної екологічної політики України [17]. Специфіка правового регулювання впливів на клімат детермінована змістом, який вкладається у поняття "клімат" на даному етапі суспільної свідомості, адже за словами видатного науковця В.І. Вернадського, "поняття – річ навідину від поняття – слова різко змінює свій зміст із історичним плином часу, в різних стадіях наукового мислення" [22, с. 32].

Доктринальні джерела свідчать про дискусійність питання щодо самостійної ідентифікації клімату в системі об'єктів екологічного права [1, с. 15; 4, с. 166 – 168; 6, с. 532; 10, с. 14; 11, с. 4; 20, с. 46], що зумовлено відсутністю законодавчого визначення цього поняття. Етимологічне, історичне, природничонаукове, легальне тлумачення свідчать про поліаспектність поняття клімату, що змушує проаналізувати підходи до його визначення іншими науками на предмет їх придатності для відповідного законодавчого регулювання.

Термін "клімат" походить від грецького слова "klima", "klimatos" ("нахил") і буквально означає кут нахилу земної поверхні до сонячних променів. Вважається, що в науковий обіг цей термін вперше введено древньогрецьким астрономом Гіпархом Нікейським (190 – 120 р. до н.е.), який поділив земну поверхню на п'ять регіонів, у відповідності з нахилом сонячних променів до неї, і назвав їх окремими кліматичними зонами [2, с. 9].

Залежно від ступеня "озброєності" науково-технічними винаходами і відкриттями теорія формування клімату розкривала ті якості клімату, які цікавили суспільство в міру накопичених знань про навколишнє природне середовище і людський вплив на нього. Так, у 19 столітті розуміння клімату зводилося до так званої "середньої погоди" (середніх величин метеорологічних елементів) та типових змін режиму погоди [2, с. 11]. Відкриття вченими теорії "парникового ефекту", який полягає у підвищенні глобальних температур на планеті внаслідок спалювання викопних видів палива, акцентувало кліматологічні дослідження на проблему динаміки клімату під впливом людської діяльності та викликало потребу в системному осмисленні цього поняття.

Сучасному поняттю клімату притаманна дуалістична природа, яка виявляється у необхідності розрізняти клімат у глобальному і регіональному масштабі, розглядаючи його у статичі і динаміці.

Енциклопедичне визначення глобального клімату передбачає, що клімат – це статистичний ансамбль станів, які проходить *кліматична система* (виділено – К.П.) атмосфера – океан – суходіл за період декількох десятиліть [5, с. 313]. Інші вчені вважають, що клімат – це *притаманний певній місцевості багаторічний ре-*

жим погоди (виділено К.П.), зумовлений сонячною радіацією, її перетворенням у діяльному шарі земної поверхні та пов'язаною з нею циркуляцією атмосфери і океанів (регіональний клімат) [7, с. 27-28]. Аналогічне визначення клімату передбачене на рівні Державного стандарту України ДСТУ: 3992-2000 "Кліматологія. Терміни та визначення основних понять" [8].

Генетичний територіально-просторовий зв'язок із певною місцевістю дозволяє розглядати клімат через сукупність фізико-географічних і фізико-хімічних ознак природного середовища: атмосферного повітря (температури, вологості повітря, кількості опадів, снігового покриву, атмосферного тиску, швидкості руху повітряних мас і т.д.), особливостей рельєфу, ґрунтового покриву, біологічного різноманіття, наявності водних об'єктів, тощо. Наявність прямих і зворотних зв'язків з усіма природними оболонками планети – біосферою, атмосферою, геосферою, гідросферою, кріосферою – які у такому значенні є ланками кліматичної системи, свідчить про інтегруюче значення клімату для навколишнього природного середовища.

На підставі зазначеного можна стверджувати про те, що клімат відповідає таким основним ознакам, як: природне походження, нерозривний екологічний зв'язок із навколишнім природним середовищем, життєзабезпечувальне значення для життя і здоров'я людини, що в еколого-правовій доктрині вважаються традиційними підставами для віднесення природного об'єкта до системи об'єктів еколого-правової охорони [1, с. 16; 9, с. 28].

Для юридичної ідентифікації клімату має значення його державний облік і фіксація у Кадастрі з клімату України, який розробляється відповідно до Кліматичної програми України, затвердженої постановою Кабінету Міністрів України №650 від 28.06.1997р. [16], та Національному кадастрі антропогенних викидів та абсорбції парникових газів, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України № 554 від 21.04.2006р., що є частиною національної системи оцінки впливів діяльності на клімат [15].

Разом з тим, поняття клімату становить собою суспільний і законодавчий інтерес не стільки в якості синтетичної категорії, скільки у значенні опосередкованих ним правових зв'язків, сформованих відповідним нормативно-правовим регулюванням поведінки суб'єктів суспільних відносин щодо впливів діяльності на клімат. У зв'язку з цим доцільно провести юридичний аналіз стану чинного законодавства у цій сфері.

Слід констатувати, що спеціальний закон, покликанний до комплексного правового регулювання та охорони клімату в Україні відсутній, а Закон України "Про охорону навколишнього природного середовища" № 1264-XII в ред. від 02.12.2010р. не містить спеціальних положень щодо впливів діяльності на клімат і ви-

значення поняття "клімат" зокрема [19]. Відповідно до ст. 16 Закону України "Про охорону атмосферного повітря" №2707-12 у ред. від 02.12.2010р. правове регулювання впливів на погоду та клімат здійснюється в рамках правової охорони атмосферного повітря [18].

Легальне тлумачення клімату ускладнене відсутністю інтерпретації цього поняття у Рамковій конвенції ООН про зміну клімату, навідмину від наявного визначення семантично подібного поняття "кліматична система" [21]. Показово, що назва Конвенції говорить не про зміну кліматичної системи, а про зміну клімату, чим вказує на відмінність розглядуваних понять.

Відповідно до роз'яснення Міжурядової групи експертів зі зміни клімату, клімат у вузькому розумінні цього слова звичайно визначається як "середній режим погоди" або, у більш суворому розумінні, як статистичний опис середньої величини та змінності відповідних кількісних параметрів протягом періоду часу, який може коливатися від декількох місяців до тисяч або мільйонів років, а в широкому розумінні клімат представляє собою стан кліматичної системи, у тому числі її статистичний опис [12, с. 80].

Однак, таке офіційне тлумачення не робить суттєвої відмінності між погодою і кліматом, що позбавляє останнє адекватного нормативно-правового закріплення. Як справедливо відмічають дослідники, клімат – це не результат погоди, а її причина, і "ця невідповідність причинно-наслідкового зв'язку у визначенні клімату блокує шлях до подальшої розробки проблем зміни клімату" [23].

Варто додати, що поняття "погода" означає фізичний стан атмосфери в конкретний проміжок часу, є миттєвим станом [13], тоді як клімат є результатом взаємодії всіх природних оболонок землі і розглядається в рамках декількох десятиліть. Про різницю між погодою і кліматом також свідчать відмінності у кліматичному та метеорологічному прогнозуванні [24], розмежування метеорології та кліматології як окремих наук.

На противагу вказаному, чинне законодавство України включає до сфери правового регулювання діяльності, що впливає на клімат, правові норми щодо штучної зміни атмосфери і атмосферних явищ у господарських цілях [14, 18], що слугує підставою для невиправданого обмеження предмета правового регулювання впливів діяльності на клімат окремим напрямком правової охорони атмосферного повітря, як закріплено у ст. 16 Закону України "Про охорону атмосферного повітря" [18], або ж цілковитого заперечення можливості самостійної об'єктивації клімату в еколого-правовому регулюванні, про що стверджується у науковій літературі [11, с. 4; 20, с. 9, 46].

На підставі зазначеного, вузьке визначення клімату через поняття "середньої погоди" видається сумнівним з точки зору достатності наведених у ньому характеристик для комплексного правового регулювання питання впливів діяльності на клімат.

Таким чином, у загальному (глобальному) розумінні клімат – це стан кліматичної системи, що проявляється у процесах взаємодії щодо передачі енергії між всіма природними компонентами навколишнього середовища. При цьому, терміном "кліматична система" позначено сукупність основних природних оболонок планети Земля як цілісного природного об'єкта у глобальному значенні, який підлягає зміні під впливами людської діяльності у відношенні "людина – природа".

Контекстуальне тлумачення Конвенції вказує на те, що захист кліматичної системи виступає кінцевою метою правового регулювання, а правове регулювання впливів діяльності на клімат – засобом для досягнення цієї мети. Тому юридичний інтерес становить не власне

клімат як такий, а забезпечена ним природна рівновага кліматичної системи у тій мірі, в якій вона здатна підтримувати безпечне, якісне та стабільне навколишнє природне середовище з метою гарантування безпеки життєдіяльності та сталого розвитку людства.

Екологічне значення кліматичної системи слугує підставою для встановлення приналежності останньої до категорії об'єктів еколого-правової охорони як уособлення блага нинішнього і майбутніх поколінь, що можливо лише шляхом комплексного правового регулювання впливів діяльності на клімат у відповідності зі спільною, але диференційованою відповідальністю і можливостями.

Отже, в еколого-правовому аспекті клімат необхідно розглядати як цілісну сукупність (систему) природних умов і процесів, що полягають у безперервній взаємодії, обміні та розподілі енергії між природними об'єктами та підлягають правовій охороні в якості умови, джерела та ознаки безпечного, стабільного і якісного навколишнього природного середовища – інтегрованого об'єкта екологічного права.

1. Балуєк Г.І. Екологічне право України: Конспект лекцій у схемах (Загальна і Особлива частини): Навч. посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 192 с.
2. Волощук В.М. та ін. Глобальне потепління і клімат України: регіональні, екологічні та соціально-економічні аспекти [Волощук В.М., Бойченко С.Г., Степаненко С.М., Бортник С.Ю., Тищенко П.Г.]. – К.: Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет", 2002. – 116 с.
3. Декларація Ріо-де-Жанейро з навколишнього середовища і розвитку: від 14 червня 1992 року // Действующее международное право. Т. 3. – М.: Московский независимый институт международного права, 1997 г., с. 687 – 692.
4. Дубовик О.Л. Екологическое право в вопросах и ответах: Учебное пособие. – М.: Проспект, 2001. – 304 с.
5. Экологический энциклопедический словарь. – М.: Издательский дом "Ноосфера", 1999. – 930с.
6. Экологическое право: учеб. / Т.С. Бакунина, Г.Е. Быстров, Г.В. Выпханова и др.; отв. Ред. Г.Е. Быстров, Н.Г. Жаворонкова, И.О. Краснова. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – 656с.
7. Клімат України. Монографія / [за заг. ред. В.М. Ліпінського, В.А. Дячука, В.М. Бабіченка]. – К.: "Видавництво Раєвського", 2003. – 343 с.
8. Кліматологія. Терміни та визначення основних понять": ДСТУ 3992 – 2000. – К.: Держспоживстандарт України. 2000 // [Електронний ресурс]: http://www.ukrnc.org.ua/index.php?option=com_terminus&Itemid=194&task=view&id=56747
9. Кобецька Н.Р. Екологічне право України: навч. посіб. / Н.Р. Кобецька. – 2-ге вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 352с.
10. Комарницький В.М., Шевченко В.І., Елькін С.В. Екологічне право. Навчальний посібник. – 2-е вид. / МВС України. Луган. Акад. внутр. справ ім. 10-річчя Незалежності України. Крим. юрид. ін-т. Нац. ун-ту внутр. справ України. [Відп. Ред. Канд. юрид. наук М.І. Єрофеев]. – Луганськ: РВВ ЛАВС, 2005. – 224с.
11. Кузнецова Н.В. Экологическое право: Учебное пособие. – М.: Юриспруденция, 2000. – 168 с.
12. МГЭИК, 2007: Изменение климата, 2007 г.: Обобщающий доклад. Вклад рабочих групп I, II и III в Четвертый доклад об оценке Межправительственной группы экспертов по изменению климата [Пачаур, Р.К., Райзингер, А., и основная группа авторов (ред.)]. МГЭИК, Женева, Швейцария. – 104с.
13. Метеорологія. Терміни та визначення основних понять": ДСТУ 3513-97. – К.: Держспоживстандарт України. 1997. // [Електронний ресурс]: http://www.ukrnc.org.ua/index.php?option=com_terminus&Itemid=194&task=view&id=45422
14. Про затвердження Порядку погодження і видачі дозволів на провадження діяльності, пов'язаної із штучними змінами стану атмосфери та атмосферних явищ у господарських цілях // Постанова Кабінету Міністрів України : від 13 березня 2002 р. N 301 [із змінами від 16.06.2004] // Офіційний вісник України від 05.04.2002 – 2002 р., № 12, стор. 59, стаття 573, код акту 21874/2002.
15. Про затвердження Порядку функціонування національної системи оцінки антропогенних викидів та абсорбції парникових газів, які не регулюються Монреальським протоколом про речовини, що руйнують озоновий шар // Постанова Кабінету Міністрів України : від 21 квітня 2006 року №554 [із змінами від 17.04.2008р.] // Офіційний вісник України від 10.05.2006 – 2006 р., № 17, стор. 62, стаття 1266, код акту 36098/2006.
16. Про Кліматичну програму України : Постанова Кабінету Міністрів України : від 28 червня 1997 року N 650 [із змінами від 24.09.99р.] // [Електронний ресурс] : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=650-97-%EF>
17. Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2020 року : Закон України : від 21 грудня 2010 року N 2818-VI // Офіційний вісник України від 24.01.2011 – 2011 р., № 3, стор. 13, стаття 158, код акту 54464/2011.
18. Про охорону атмосферного повітря : Закон України : від 16 жовтня 1992 року №2707-12 [у ред. від 02.12.2010р.] // Відомості Верховної Ради. – 1992. – №50. – ст. 678.
19. Про охорону навколишнього природного середовища : Закон України : від 25 червня 1991 року № 1264-XII [у ред. від 02.12.2010р.] // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 41. – Ст. 546.
20. Пучинина Т.Г. Основы экологического права. Учебное пособие. – Красноярск. – 1999. – 139с.
21. Рамкова конвенція ООН

про зміну клімату : Ратифікована Законом України : від 29 жовтня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 50. – Ст. 277. 22. Учение В.И. Вернадского о переходе биосферы в ноосферу, его философское и общенаучное значение / Филос. о-во. СССР. Секция глобал. пробл. современности при Президиуме ФО СССР; Отв. ред. Э.В. Гирусов. ч. 1. – М. – 1990. – 236с. 23. Arnd Bernaerts, "Warming up – Science or climate", L.O.S. Lieder it 28, Vol. 5, January 1993 // [Електронний ресурс]: http://www.whatisclimate.com/1993-LOS-warming-up-science-or-climate.html#_ftn1 24. What is the Relationship

between Climate Change and Weather? IPCC, 2007: Climate Change 2007: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Solomon, S., D. Qin, M. Manning, Z. Chen, M. Marquis, K.B. Averyt, M.Tignor and H.L. Miller (eds.)] // Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA // [Електронний ресурс]: http://www.ipcc.ch/publications_and_data/ar4/wg1/en/faq-1-2.html

Надійшла до редколегії 24.12.10

УДК 349.6

Т. Шоха, асист.

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ЕКОЛОГІЧНОГО СТРАХУВАННЯ

Стаття присвячена дослідженню окремих теоретико-правових аспектів екологічного страхування. На підставі аналізу законодавства, із урахуванням існуючих науково – теоретичних підходів автором зроблено спробу визначити межі екологічного страхування як правового явища.

Ключові слова: екологічне страхування, екологічний ризик, страхування відповідальності, шкода.

Статья посвящена исследованию отдельных теоретико-правовых аспектов экологического страхования. На основе анализа законодательства, учитывая существующие научно-теоретические подходы, автор попытался определить границы экологического страхования как правовой категории.

Ключевые слова: экологическое страхование, экологический риск, страхование ответственности.

The article is dealing with the research of judiciary theoretic aspects of ecological insurance. Basing on the legislation analyses and considering the current principled approaches the author determines the limits of ecological insurance as legal category.

Key terms: ecological insurance, ecological risk, liability insurance.

Екологічне страхування є важливим елементом еко-номіко-правового механізму охорони навколишнього природного середовища та забезпечення екологічної безпеки. Про необхідність його запровадження і розвитку йдеться у багатьох нормативно-правових актах сьогодення. Однак, незважаючи на всі спроби створити достатнє законодавче підґрунтя для ефективного функціонування відповідного правового інституту, законодавство у даній сфері характеризується відсутністю чіткого поняття "екологічне страхування", невизначеністю ознак та меж цього явища, відсутністю системності в частині співвідношення окремих його видів.

У якості прикладу колізії правових норм, присвячених окремим питанням екологічного страхування, можна навести положення, передбачені Основними засадами (стратегією) державної екологічної політики України на період до 2020 року, затвердженими Законом України від 21 грудня 2010 року № 2818- VI [6], та Законом України "Про охорону навколишнього природного середовища" від 25 червня 1991 року № 1264-XII [4].

Згідно з розділом 4 Основних засад (стратегії) державної екологічної політики України на період до 2020 року екологічне страхування віднесено до основних інструментів реалізації національної екологічної політики, а розвиток відповідної нормативно-правової бази визнано одним із завдань, спрямованих на досягнення стратегічної цілі – безпечного для здоров'я людини стану навколишнього природного середовища (розділ 3).

У той же час, привертає увагу та обставина, що відповідно до п. 4.6. цього документу екологічне страхування визнається лише одним із видів страхування цивільної відповідальності власників або користувачів об'єктів підвищеної екологічної небезпеки у зв'язку з ймовірним аварійним забрудненням ними навколишнього природного середовища та спричиненням шкоди життєво важливим інтересам третіх осіб.

Очевидно, що таке визначення суперечить положенням базового у відповідній сфері Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища", згідно зі статтею 49 якого екологічним страхуванням є добровільне і обов'язкове державне страхування громадян та їх майна, майна і доходів підприємств, установ і організацій на випадок шкоди, заподіяної внаслідок забруднення навколишнього природного середовища та погіршення якості природних ресурсів".

Основна відмінність полягає у тому, що за логікою Закону "Про охорону навколишнього природного середовища" межі екологічного страхування розуміються ширше, ніж страхування цивільної відповідальності власників або користувачів об'єктів підвищеної екологічної небезпеки. На підставі ст. 49 до екологічних видів страхування зараховуються також особисте і майнове страхування, що здійснюється на випадок негативних змін у навколишньому природному середовищі, передбачено добровільну і обов'язкову форми його запровадження.

Водночас важливим є те, що відповідно до такого підходу передбачено і значно ширше коло страхових ризиків. Це впливає з того, що єдина по суті спеціальна ознака екологічного страхування відповідно до Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" полягає у тому, що воно здійснюється на випадок шкоди, заподіяної внаслідок забруднення навколишнього природного середовища та погіршення якості природних ресурсів. Причинами такої шкоди можуть бути як аварії при здійсненні діяльності, пов'язаної з підвищеною екологічною небезпекою, так і інші події, передусім – стихійні природні явища. Іншими словами, коло страхових ризиків у даному випадку не обмежується техногенними ризиками, а характеризується поєднанням екологічних ризиків природного та природно-техногенного походження.

До цього варто додати, що відповідно до Закону України "Про страхування" від 7 березня 1996 р. № 85-96/ВР [5] страхування цивільної відповідальності власників або користувачів об'єктів підвищеної екологічної небезпеки є далеко не єдиним видом обов'язкового страхування відповідальності на випадок реалізації екологічних ризиків.

Дійсно, згідно з п. 14 ст.7 Закону "Про страхування" до обов'язкових видів страхування віднесено "страхування цивільної відповідальності суб'єктів господарювання за шкоду, яку може бути заподіяно пожежами та аваріями на об'єктах підвищеної небезпеки, включаючи пожежовибухонебезпечні об'єкти та об'єкти, господарська діяльність на яких може призвести до аварій екологічного та санітарно-епідеміологічного характеру". Але поряд з цим до обов'язкових видів страхування включено також і інші види, які за ознакою – "здійснюються на випадок шкоди, заподіяної внаслідок забруднення навколишнього природного середовища та погір-

ршення якості природних ресурсів" – можна віднести до екологічних. Йдеться, зокрема, про "страхування відповідальності суб'єктів перевезення небезпечних вантажів на випадок настання негативних наслідків при перевезенні небезпечних вантажів" (п. 26 ст. 7); "страхування відповідальності експортера та особи, яка відповідає за утилізацію (видалення) небезпечних відходів, щодо відшкодування шкоди, яку може бути заподіяно здоров'ю людини, власності та навколишньому природному середовищу під час транскордонного перевезення та утилізації (видалення) небезпечних відходів" (п. 20 ст. 7); "страхування цивільної відповідальності інвестора, в тому числі за шкоду, заподіяну довкіллю, здоров'ю людей, за угодою про розподіл продукції" (п. 15 ст. 7); "страхування цивільної відповідальності суб'єктів господарювання за шкоду, яку може бути заподіяно довкіллю або здоров'ю людей під час зберігання та застосування пестицидів і агрохімікатів" (п. 41 ст. 7) та інші.

При цьому слід відмітити, що навіть контроль за наявністю та правильністю укладення договорів щодо деяких із перелічених видів страхування віднесено на сьогодні до повноважень органів державного управління, що діють у складі Мінприроди. Зокрема, Держекоінспекція має право контролювати наявність та правильність укладення договорів не тільки "обов'язкового страхування цивільної відповідальності суб'єктів господарювання за шкоду, яку може бути заподіяна внаслідок пожеж та аварій на об'єктах підвищеної небезпеки", але й договорів "страхування відповідальності суб'єктів перевезення небезпечних вантажів, експортерів та осіб, які відповідають за утилізацію (видалення) небезпечних відходів" [19]. До повноважень Державної екологічної інспекції в областях, містах Києві та Севастополі [18], Державної екологічної інспекції з охорони довкілля Північно-Західного регіону Чорного моря [17], Державної екологічної інспекції Азовського моря [16] поряд із вже зазначеними віднесено також контроль за наявністю та правильністю договорів "обов'язкового страхування відповідальності суб'єктів перевезення небезпечних вантажів".

З цих позицій, визначення екологічного страхування, передбачене Основними засадами (стратегією) державної екологічної політики України на період до 2020 року є, на думку автора, не виправдано обмеженим порівняно з позицією Закону "Про охорону навколишнього природного середовища".

Із урахуванням того, що подібний підхід є поширеним також і у спеціальній науковій літературі [15, с.91-95; 8, с.3; 9, с.71; 7, с.170; 12, с.57], на користь своєї позиції зазначимо наступне:

1. Обмеження поняття "екологічне страхування" лише страхуванням відповідальності підприємств – джерел підвищеної екологічної небезпеки, є не виправданим з точки зору логіки. Критерієм, за яким екологічне страхування принципово виокремлюється у системі страхових правовідносин є рід небезпек – екологічний ризик, на випадок реалізації якого здійснюється даний вид страхування [22, с.84-88]. Згадаємо, що класифікація вважається побудованою правильно лише за умови використання при одному і тому ж поділі одного і того ж критерію [20, с.42]. Тому обмеження обсягу поняття "екологічне страхування" лише страхуванням відповідальності є безпідставним, а формулювання "екологічне страхування – це страхування цивільної відповідальності..." – нелогічним. У цьому випадку має місце одночасне обрання у якості критеріїв класифікації абсолютно різних за своєю природою істотних складових страхування.

Однак, класифікація страхування із використанням у якості критерію страхового ризику, не відкидає можливості другорядного поділу екологічного страхування в

залежності від майнових інтересів – на екологічне майнове страхування, екологічне особисте страхування, екологічне страхування відповідальності.

2. Деякі автори вважають, що принципова перевага встановлення страхового захисту майнових прав шляхом запровадження екологічного страхування відповідальності полягає у тому, що лише в цьому випадку відбувається персоніфікація забруднювача та реципієнта. Таким чином відбувається реалізація принципу "забруднювач платить"... в майновому та особистому страхуванні на випадок забруднення навколишнього природного середовища вклад окремого забруднювача не виділяється [15, с.91-95; 14, с.19].

З цим важко не погодитись, але при екологічному майновому та особистому страхуванні персоніфікація забруднювача та реалізація принципу "забруднювач платить" можлива шляхом регресу страховика після виплати ним страхового відшкодування до заподіювача шкоди. Так, відповідно до ст. 993 Цивільного Кодексу України до страховика, який виплатив страхове відшкодування за договором майнового страхування, у межах фактичних витрат переходить право вимоги, яке страховальник або інша особа, що одержала страхове відшкодування, має до особи, відповідальної за збитки. При цьому, як справедливо зазначає В.М. Яковлев, регресна вимога виступає не тільки у якості звичайної вимоги, що витікає з факту платежу за третю особу, але й у якості *невідвратної необхідності доведення відповідальності за порушення делікту до винної особи (курсив – Т.Ш.)* [23, с.272-274], правового засобу, що дозволяє реалізувати у страхуванні принцип відшкодування шкоди її заподіювачем [13, с.41].

Загальне співвідношення страхових, деліктних та регресних правовідносин полягає у тому, що при настанні страхового випадку за договором екологічного страхування обов'язок страховика по виплаті страхового відшкодування виникає одночасно із обов'язком забруднювача по відшкодуванню шкоди; виплата ж страхового відшкодування є підставою припинення страхових правовідносин та юридичним фактом, що в свою чергу, виступає підставою виникнення регресного зобов'язання. Таким чином, взаємодія *правовідносин екологічного страхування та екологічних правовідносин по відшкодуванню шкоди*, відбувається, перш за все, на *рівні об'єктивного критерію*, наявності реальної шкоди, що є: 1) підставою майнової відповідальності; 2) підставою зміни правовідносин екологічного страхування, в залежності від умов страхового договору в частині визначення страхового випадку. Внаслідок чого, при настанні страхового випадку така взаємодія існує також *на рівні суб'єктного складу*: при страхуванні відповідальності, договір якого укладається на користь третьої особи, – "страховальник – забруднювач", "вигодонабувач – потерпілий від забруднення"; при особистому та майновому екологічному страхуванні – "страховальник – потерпілий від забруднення". Але поряд з цим основна відмінність між екологічним страхуванням та відшкодуванням шкоди, заподіяної порушенням законодавства про охорону навколишнього природного середовища полягає у тому, що такі правовідносини є *абсолютно різними за своїм змістом*. Таким чином, на наш погляд, можливість реалізації принципу "забруднювач платить" не є достатнім аргументом на користь обмеження страхового захисту в галузі екології страхуванням відповідальності, оскільки майнові інтереси третіх осіб (потерпілих) та "доведення відповідальності за порушення делікту" забезпечуються за допомогою деліктних та регресних, а не страхових правовідносин. Останні виступають лише *гарантією реалізації права на відшкодування відповідної шкоди, що є можли-*

вим шляхом використання різних форм і видів цього виду страхування.

Окрім того, використовуючи загальне співвідношення страхового, деліктного та регресного зобов'язання, можна стверджувати, що *правовідносини екологічного страхування та правовідносини по відшкодуванню шкоди*, заподіяної порушенням законодавства про охорону навколишнього природного середовища, нерозривно пов'язані між собою – вони *взаємодіють, перетинаються, але не поєднуються*. Із урахуванням наведеного, дещо неточним видається також визначення екологічного страхування як форми відшкодування шкоди здоров'ю людини, заподіяної внаслідок забруднення або інших негативних впливів навколишнього природного середовища [11, с.430; 12, с.49], оскільки *правовідносини екологічного страхування є самостійними і характеризуються відносною відокремленістю*.

4. В той же час, *екологічне страхування відповідальності* має певні обмеження. Загальними ознаками страхової події є випадковість і вірогідність. *Випадковість* означає, що дана подія повинна наступити поза волевиявленням страхувальника (вигодонабувача) в результаті впливу зовнішніх чинників, а *вірогідність* полягає в тому, що настання такої події можливо у майбутньому, але на момент страхування його реальні ознаки відсутні. Невідповідність наведеним ознакам виключає саму можливість страхування [10, с.10].

Таким чином: 1) незалежно від виду страхування *страховий випадок не відбувається*, якщо причиною події, що потягла несприятливі наслідки, є винні дії страхувальника (вигодонабувача); 2) шкода, що сталася внаслідок винних дій з боку страхувальника (вигодонабувача), не підлягає страховому відшкодуванню; 3) страховий захист майнових інтересів у вигляді екологічного страхування відповідальності можливий лише на випадок майнової відповідальності, що настає за умови відсутності вини страхувальника, тобто, у випадках, коли шкода заподіюється джерелом підвищеної небезпеки, в тому числі при здійсненні екологічно небезпечної діяльності (ч. 5 ст. 1187 Цивільного Кодексу України – особа, яка здійснює діяльність, що є джерелом підвищеної небезпеки, відповідає за завдану шкоду, якщо не доведе, що шкоди було завдано внаслідок непереборної сили або умислу потерпілого).

Це означає, що *страхувальником* в екологічному страхуванні відповідальності (до моменту укладення договору страхування – заявником) виступає *виключно* особа – суб'єкт господарської діяльності, яка несе відповідальність незалежно від вини із урахуванням того, що така особа свідомо припускає можливість негативних наслідків для третіх осіб, доквілля, а також можливих власних витрати, пов'язані із обов'язком відшкодувати шкоду, заподіяну нею внаслідок негативного впливу на навколишнє природне середовище.

На підставі вимоги щодо випадковості настання страхової події, Моткин Г.О. робить висновок, що теорія страхової справи, у відповідності до якої страхування повинно відшкодувати шкоду, яка виникла в результаті настання екстраординарних або, у крайньому випадку, неочікуваних випадкових подій, свідчить на користь покриття страховим захистом при екологічному страхуванні збитків, заподіяних тільки аварійним забрудненням навколишнього природного середовища [14, с.18-19].

Але, нагадаємо, що така ознака страхового випадку як *випадковість* пов'язана із відсутністю волевиявлення щодо певної події саме з боку страхувальника (вигодонабувача) і, тому, у даному випадку носить *суб'єктивний характер*. Окрім того, наведений підхід не враховує можливості покриття екологічним страхуванням

негативних майнових наслідків інших подій, загальною ознакою яких є виникнення незалежно від волювальної поведінки осіб і невольовий характер наслідків, зокрема, дії непереборної сили.

На відміну від *випадку* (події або *випадкової дії*, яка настає не в силу направленої на неї волі особи і протиставляється вині), непереборна сила є зовнішньою по відношенню до діяльності особи природною або суспільною подією. Негативні майнові наслідки, заподіяні внаслідок дії непереборної сили (наприклад, стихійних лих) протягом багатьох століть покривались страховим захистом і по суті є страхуванням екологічних ризиків природного походження, яке не можна відкидати і на сьогодні.

Поряд з цим, з точки зору зовнішності впливу, випадковості та вірогідності настання страховим випадком може також виступати заподіяння шкоди внаслідок винних дій третіх осіб. Враховуючи суб'єктивний характер такої ознаки страхової події, як випадковості настання, при *екологічному майновому та особистому страхуванні* страховий випадок вважається таким, що відбувся, страховик сплачує страхове відшкодування, в залежності від того, чи було заподіяння такої шкоди наслідком винних дій страхувальника (у *правовідносинах по відшкодуванню зазначеної шкоди – потерпілого від забруднення*), але незалежно від того чи було заподіяння шкоди винним з боку третіх осіб (*забруднювача*).

Використання страхування не тільки для покриття збитків, завданих аварійним забрудненням навколишнього природного середовища є досить актуальним на сьогодні. Хоча, як свідчить практика, розвиток страхування ризиків стихійних подій знаходиться на досить низькому рівні. Наприклад, в результаті повені на Західній Україні у 2008 році був завданий збиток на суму понад 5 млрд. грн., з яких частка страховиків складала близько 40 млн. грн. (менше 1%) [24].

5. Основним доводом, що висувається на користь запровадження екологічного страхування у вигляді страхування відповідальності є те, що страхування відповідальності за аварійне забруднення навколишнього природного середовища, має на меті забезпечення екологічної безпеки, екологічне ж страхування у формі майнового страхування, може розглядатись як елемент забезпечення екологічної безпеки лише у тому випадку, коли воно не схвалює екологічну безвідповідальність страховика, у будь-якому випадку компенсуючи його збитки [14, с. 19].

По-перше, при страхуванні власних збитків на випадок аварії вимога щодо випадковості страхової події і відсутності вини страхувальника розповсюджується так само, як і щодо страхування відповідальності. Тому, напевно можна вести мову про схвалення безвідповідальності. *По-друге*, як зазначалось вище, майнове екологічне страхування може використовуватись у залежності від умов, передбачених страховим договором, як на випадок аварії в процесі здійснення екологічно небезпечної діяльності так і на випадок погіршення екологічної обстановки в результаті дії інших факторів природного або техногенного походження.

6. До цього варто додати, що оскільки екологічний ризик виступає системоутворюючим фактором для правовідносин екологічного страхування, саме класифікація екологічних страхових ризиків повинна стати основою для поділу екологічного страхування на окремі види. При цьому деяким з них, таким, як наприклад, екологічне страхування відповідальності може надаватися першочергове значення. Але зумовлено це лише тим, що у даному випадку мова йде про підвищений порівняно з іншими видами діяльності ступінь екологічного ризику, і не означає, що такий *вид* екологічного

страхування можна ототожнювати з більш широким загальним поняттям "екологічне страхування", таким чином обмежуючи його і відкидаючи існування інших видів відповідного поняття. У цьому випадку буде мати місце не тільки термінологічна неточність, але й порушення системності і, як наслідок, виникнуть прогалини у правовому регулюванні.

Отже, для відмежування екологічного страхування від інших видів страхування та поділу його на окремі види набуває значення ідентифікація екологічних ризиків як основа такого відмежування та класифікації.

У науковій літературі зазначається, що екологічний ризик є різновидом більш широкої категорії ризику та може бути представлений у вигляді формули його рівності сумі ризиків для людини (на мікрорівні) і суспільства (на макрорівні), довкілля і природи в цілому [2; с.62-69]. Такий вид ризику відрізняється за джерелом походження, оскільки є ризиком настання негативних наслідків, які можуть статися через погіршення якості навколишнього природного середовища [21, с.31].

Використовуючи ці положення у якості аксіом, спробуємо визначити особливості екологічного ризику як основної категорії екологічного страхування. Перш за все, розглянемо екологічний ризик як явище динамічне, що відображається в системі "суспільство-природа" і передбачає наступну *послідовність*:

1. Екологічний ризик – це, *по-перше*, техногенний (зовнішній) вплив, що відбувається як в результаті аварії при здійсненні екологічно небезпечної діяльності (випадок), так і внаслідок умисних або необережних дій (злочини, правопорушення); *по-друге*, вплив внутрішніх факторів природного походження; *по-третьє*, вплив, природно-техногенного характеру на стан навколишнього природного середовища, що ймовірно може призвести до зміни його якості.

2. Екологічний ризик – це *якісно змінене навколишнє природне середовище* як наслідок техногенного та/або природного впливу, що поряд із зазначеними факторами є *джерелом його походження*.

3. Екологічний ризик – це *вплив якісно зміненого навколишнього природного середовища* – заподіяння шкоди життю та/або здоров'ю людини, знищення або пошкодження майна, спричинення інших негативних наслідків – *реалізація екологічного ризику (настання ризикового випадку або реальної екологічної небезпеки)*.

Отже, ризик, який у соціально-філософському розумінні передбачає невизначеність, наявність джерела походження (як сукупності умов), можливість спричинення певних наслідків [1; с.16-31], присутній на усіх етапах наведеної послідовності. У даному випадку вплив зазначених факторів та якісно зміненого навколишнього природного середовища є *можливим* (мірою можливості є вірогідність) або *дійсним*, а наслідки такого впливу, що виражаються, в тому числі, і у заподіянні шкоди, можуть бути *випадковими* (випадковість визначається з точки зору можливості причинно-наслідкового зв'язку [3, с.133-136]) або необхідними. Структура екологічного ризику ускладнюється також тим, що система "суспільство-природа" не обмежується зв'язками, представленими у такій послідовності, а характеризується складним типом причинно-наслідкових зв'язків – взаємодією.

Можливість заподіяння шкоди життю та/або здоров'ю людини, знищення або пошкодження майна, інших негативних наслідків в результаті впливу якісно зміненого навколишнього природного середовища у якості зворотньої реакції визначає суспільну потребу щодо запобігання:

по-перше, негативному впливу зазначених факторів на навколишнє природне середовище, в тому числі шляхом запровадження екологічного страхування;

по-друге, впливу якісно зміненого навколишнього природного середовища на людину, що також є можливим шляхом запровадження екологічного страхування.

Значення наведеної послідовності для екологічного страхування полягає також у тому, що чітке відмежування екологічного ризику від інших видів ризику дозволить встановити критерії та ознаки страхового ризику, страхового інтересу, страхового випадку в екологічному страхуванні.

З огляду на вищенаведене важливо відмітити, що настання страхового випадку, як реалізація страхового екологічного ризику, відбувається лише за умови наявності *реальної шкоди та причинно-наслідкового зв'язку*:

1) при особистому та майновому екологічному страхуванні – між 1) якісно зміненим станом навколишнього природного середовища та 2) шкодою, заподіяною погіршенням стану здоров'я людини або втратою та пошкодженням майна;

2) при екологічному страхуванні відповідальності – між 1) проявом техногенного впливу, 2) якісно зміненим навколишнім природним середовищем і 3) шкодою, заподіяною погіршенням стану здоров'я людини або втратою та пошкодженням майна.

На підставі цього, можна зробити висновок, що оскільки навколишнє природне середовище виступає у якості джерела походження екологічного ризику, можливість екологічного страхування виключається:

по-перше, на випадок заподіяння шкоди життю, здоров'ю, майну, в тому числі внаслідок здійснення екологічно небезпечної діяльності, *безпосередньо*, тобто, без урахування зміни *якісного стану навколишнього природного середовища або його складових як об'єкту впливу техногенного або природного походження або джерела негативного впливу*;

по-друге, при відсутності причинно-наслідкового зв'язку між станом навколишнього природного середовища та наявністю шкоди здоров'ю людини, втратою або пошкодженням майна, іншими негативними наслідками.

У цьому полягає основна відмінність екологічного страхування від інших видів страхування, зокрема, медичного, страхування від нещасних випадків, майнового, страхування цивільної відповідальності тощо.

1. Альгин А.П. Риск и его роль в общественной жизни / А.П. Альгин. – М.: Мысль, 1989. – 187с.
2. Андрейцев В.І. Екологічний ризик в системі правовідносин екологічної безпеки: проблеми практичної теорії / В.І. Андрейцев // Право України. – 1999. – № 1. – С. 62-69.
3. Введение в философию: Учебник для вузов. Ч.2 / Фролов И.Т., Араб-Огли С.А., Арефьева Г.С. и др. – М.: Политиздат, 1990. – 639с.
4. Відомості Верховної Ради України. – 1991 – № 41 – Ст.546.
5. Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 7. – Ст.50.
6. Голос України від 14.01.2011 – № 6.
7. Ерофеев Б.В. Экологическое право: учебник / Б.В. Ерофеев. – М.: Юриспруденция, 1999. – 448 с.
8. Ключенко Л. Некоторые аспекты страхования экологической ответственности / Л. Ключенко, О. Супотаева, А. Чопорняк // Страховое дело. – 1994. – № 3. – С.3.
9. Костицкий В. Екологічне страхування / В. Костицкий // Право України. – 1998. – № 11. – С.68-73.
10. Пылов К. Понятие страхового случая / К.Пылов // Советская юстиция – 1981. – №2. – С. 10-12.
11. Меркушев И.А. Правовая основа возмещения ущерба за ухудшение здоровья населения вследствие неблагоприятного воздействия факторов окружающей среды / И.А.Меркушев, Г.Н.Новожилов, И.В.Петров // Жизнь и безопасность. – 1998. – №2-3. – С. 424-430.
12. Мисник Г.А. Правовые формы возмещения экологического вреда / Г.А. Мисник // Государство и право. – № 7. – 2006. – С. 49-57.
13. Михеев В. Суброгация в страховом праве России / В.Михеев // Страховое дело. – 2000. – № 3. – С. 41-45.
14. Моткин Г.А. Основы экологического страхования / Г.А. Моткин. – М.: Наука, 1996. – 192 с.
15. Моткин Г.А. Экологическое страхование в рыночной экономике / Г.А.Моткин // Экономика и математические методы. – 1996. – том 32. – Вып. 1. – С. 91-95.
16. Наказ Міністерства охорони навколишнього природного середовища від 06.12.2006 року № 527 // Офіційний вісник України від 10.05.2006 – 2006 р., № 17, стор. 114, стаття 1285, код акту 36090/2006.
17. Наказ Міністерства охорони навколишнього природного середовища від 06.12.2006 року № 528 // Офіційний вісник України від 02.02.2007 – 2007 р., № 5, стор. 102, стаття 193, код акту 38534/2007.
18. Наказ Міністерства охорони навколишнього природного середовища від 19.02.2006 року № 548 // Офіційний вісник України від 23.02.2007 – 2007 р., № 11, стор. 42, стаття 399,

код акту 38753/2007. 19. Положення про Державну екологічну інспекцію України, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 16 червня 2004 року № 770 // Офіційний вісник України від 07.12.2001 – 2001 р., № 47, стор. 78, стаття 2084, код акту 20510/2001. 20. Розова С.С. Классификационная проблема в современной науке / С.С.Розова. – Новосибирск: Наука, 1986. – 224 с. 21. Фролов М.О. Правові аспекти екологічного ризику: дис... канд. юрид. наук: 12.00.06. / Київський націо-

нальний ун-т ім. Тараса Шевченка / М.О. Фролов. – К., 2001. – 211 с. 22. Шоха Т. Поняття екологічного страхування та його місце в загальній системі страхових правовідносин / Т.Шоха // Юридична Україна. – № 7(91). – 2010. – 84-88. 23. Яковлев В.Н. Страховые правоотношения в сельском хозяйстве / В.Н.Яковлев. – Кишинев, 1973. – С. 272-274. 24. <http://www.niss.gov.ua/Monitor/mart2009/36.htm>

Надійшла до редколегії 24.12.10

УДК 346.9

О. Заярный, асп.

ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ В МЕХАНІЗМІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ГОСПОДАРСЬКИХ ВІДНОСИН

Стаття присвячена господарсько-правовій відповідальності, як одному з різновидів юридичної відповідальності. Автор в межах цієї статті досліджує господарсько-правову відповідальність, як наукове поняття, правовий засіб, міру і форму впливу на економічні інтереси правопорушника, визначає зв'язок з іншими категоріями правознавства: санкціями, юридичним обов'язком, інститутами права.

Ключові слова: господарсько-правова відповідальність, господарсько-правові санкції, міра відповідальності, неустойка, оперативно-господарські санкції, правова норма, форма юридичного впливу, правові засоби.

Статья посвящена хозяйственно-правовой ответственности, как одному из видов юридической ответственности. Автор в рамках настоящей статьи исследует хозяйственно-правовую ответственность, как научное понятие, правовое средство, меру и форму воздействия на экономические интересы правонарушителя, определяет связь с иными категориями правоведения: санкциями, юридической обязанностью, институтами права.

Ключевые слова: хозяйственно-правовая ответственность, хозяйственные санкции, мера ответственности, неустойка, оперативно-хозяйственные санкции, правовая норма, форма юридического воздействия, правовое средство.

Key words: economy-legal responsibility, economy-legal sanctions, the measure of responsibility, forfeit executive-economy sanctions, legal standard, the form of juridical impact, legal methods.

The subject of the article is one of the most controversial problems: correlation of conceptions of economy-legal responsibility and economy-legal sanctions. The aim of the article is a systematical expound of the opinions of scientists on the problem, determination of the place of responsibility and sanctions in the mechanism of legal regulation. In the proposed article, the author on the base of rules of dialectic takes under consideration sanction, as a measure, form and method of economy-legal responsibility, researches the views of scientists that take sanctions as an independent method or impact.

Господарсько-правова відповідальність – багатозначне поняття, що відіграє важливу роль у механізмі правового регулювання господарських відносин. В юридичній літературі господарсько-правова відповідальність була предметом дослідження багатьох науковців і практиків: О.М. Вінник, В.К. Мамутова, Б.І. Пугінського, В.С. Щербини та інших, але окремі питання реалізації механізму відповідальності не втратили своєї дискусійності.

Не однозначне ставлення науковців та практиків до цього правового інституту обумовлено різноманітністю форм господарсько-правової відповідальності, функціями, що покладаються на цей правовий засіб в механізмі правового регулювання господарських відносин.

Метою цієї публікації є виявлення сутності та ознак господарсько-правової відповідальності, дослідження різнопланових аспектів її прояву в механізмі правового регулювання господарських відносин.

Предмет статті становить господарсько-правова відповідальність, як наукове поняття, та правовий засіб впливу на економічні інтереси правопорушника, що посідає провідне місце у забезпеченні господарського правопорядку.

Відсутність на протязі багатьох років нормативної дефініції господарсько-правової відповідальності зумовило виникнення численних концепцій, в яких ставиться акцент на різних аспектах даного правового явища.

Наслідком відповідної дискусії стало формулювання різноманітних понять, якими позначається господарсько-правова відповідальність.

В літературі можна зустріти поняття економічні, оціночні, планово-господарські санкції [14, с.251], економічна, загальногосподарська відповідальність [18, с.14] тощо. Однак, з метою забезпечення єдності законодавства і практики його застосування, дослідження доктринальних положень з відповідної проблематики в подальшому ми будемо використовувати легальний термін – господарсько-правова відповідальність. Будучи одним з видів юридичної відповідальності, господарсько-

правова відповідальність, як наукове поняття і правовий засіб розкривається через категорії теорії права. В літературі можна зустріти доктринальні погляди, відповідно до яких, юридична, в тому числі господарсько-правова відповідальність являє собою реалізацію санкції правової норми [16, с.16], міру державного примусу [8], перетерпіння несприятливих наслідків застосування санкцій [13, с.26]. Але, найбільшу підтримку одержав погляд, за яким відповідальність – це додатковий обов'язок для правопорушника, що покладається на нього поряд з належним виконанням зобов'язання чи його заміна іншим обов'язком якого не існувало до правопорушення.

Широке, багатопланове використання в юридичній площині понять відповідальності та обов'язку зумовило встановлення кількох форм їх співвідношення. Існуючі в доктрині погляди на цю проблему умовно можна об'єднати у три групи: 1) відповідальність та обов'язок є різними поняттями і не пов'язані між собою за змістом та формою; 2) юридична відповідальність виступає для учасника господарських відносин, який вчинив правопорушення у формі додаткового обов'язку або у заміні невиконаного обов'язку новим, якого не існувало до вчинення правопорушення; 3) господарсько-правова відповідальність виступає у формі додаткового обов'язку, який виникає для учасника господарських відносин після вчинення правопорушення і не має наслідком звільнення від виконання господарського зобов'язання. При дослідженні цієї проблеми, ми будемо виходити з розуміння обов'язку, як міри необхідної, обов'язкової поведінки, котрої вимагає від учасника господарських відносин закон або договір для підтримки належного господарського правопорядку.

Прибічники першої точки зору вважають, що категорії обов'язок протистоїть суб'єктивне право вимоги належного виконання прийнятого зобов'язання, а відповідальність кореспондує до безвідповідальності [1, с.308;]. Дослідники, які розділяють поняття відповідальності і обов'язок, перше розглядають як поєднання по-

зитивного та ретроспективного аспектів, а обов'язок, як елемент змісту зобов'язання. В межах цієї концепції обов'язок охоплюється позитивним аспектом відповідальності і полягає у відповідальному ставленні до прийнятих зобов'язань [21, с.26; 4, с. 16,17].

В цьому контексті слід погодитися з тими науковцями, які ототожнюють відповідальність у позитивному аспекті з належним виконанням прийнятих зобов'язань [8]. Отже, категорія обов'язок перебуває в межах зобов'язання, а юридична відповідальність являє собою перетерпіння правопорушником несприятливих наслідків, в результаті застосування до нього санкцій [1, с.279]. Невиконання суб'єктом господарювання прийнятого зобов'язання тягне за собою виникнення для правопорушника обов'язку відшкодувати збитки чи сплатити неустойку. При цьому, новий обов'язок безпосередньо залежить від двох факторів: по-перше від змісту порушеного зобов'язання, зокрема, умов про предмет, строк виконання сторонами прийнятих обов'язків; по-друге – настання господарсько-правової відповідальності не є автоматичним наслідком правопорушення, а залежить від волевиявлення управленої сторони зобов'язання або рішення компетентного державного органу, на якого покладений обов'язок по застосуванню санкцій.

Цікавою, але небезспірною є точка зору за якою відповідальність – це така санкція, застосування якої призводить до настання певного обтяження у формі додаткового або заміни існуючого обов'язку новим обов'язком чи позбавленні певних прав [10, с.549].

У ч. 2 ст.193 та ч.3 ст.216 ГК закріплений універсальний принцип господарсько-правової відповідальності, відповідно до якого відшкодування суб'єктом господарювання завданих збитків чи сплата неустойки не звільняє його від виконання прийнятих зобов'язань. Припинення зобов'язання через неможливість його виконання відповідно до ч. 2 ст. 205 ГК не звільняє порушника від юридичної відповідальності, крім випадків, коли суб'єкт наділений правом застосування санкцій відмовитися від їх реалізації. Слід підкреслити, не застосування до зобов'язаної сторони санкцій є не відмовою від суб'єктивного права покладення відповідальності, а відмовою від його реалізації. Господарсько-правова відповідальність в цій ситуації спрямована на відновлення майнового становища управленої сторони зобов'язання шляхом стягнення на її користь певної грошової суми. Однак, застосування санкцій не завжди відповідає меті, яку суб'єкти господарювання переслідували, вступаючи у зобов'язання. Адже наприклад, управлінські дії, які має вчиняти зобов'язаний суб'єкт і результат їх виконання не може замінюватися відшкодованими збитками, тим більше значна група управлінських функцій виконується органами державної влади та місцевого самоврядування, котрі не підлягають делегуванню. Головним чином ідея про можливість заміни невиконаного зобов'язання мірами відповідальності розрахована на майново-господарські відносини, де не поставлена продукція чи виконані роботи можуть бути замовлені у іншого контрагента за рахунок суми сплачених санкцій. При цьому, за загальним правилом, передбаченим ч. 3 ст. 193 та ст. 204 ГК, заміна виконання зобов'язання сплатою санкцій допускається у випадках, передбачених законом чи договором і не суперечить обов'язковому правовому акту, з якого виникло попереднє зобов'язання.

В юридичній літературі найбільш розповсюдженою є думка, відповідно до якої господарсько-правова відповідальність існує у формі додаткового обов'язку, що покладається на зобов'язаного суб'єкта після порушення ним зобов'язання і полягає у сплаті неустойки, відшкодуванні збитків, завданих управленому суб'єкту.

Форма реалізації, обсяг і наслідки виконання додаткового обов'язку безпосередньо залежать від змісту господарського зобов'язання. Водночас, виконання додаткового обов'язку до змісту основного зобов'язання не включається, хоча положення про форми та види санкцій, як правило, супроводжують інші його умови. В цьому аспекті справедливе зауваження зробив В. П. Грибанов, вказуючи на те, що для виникнення у боржника додаткового обов'язку потрібні не тільки наявність факту порушення зобов'язання, але і волевиявлення кредитора по притягненню до відповідальності [11, с.286]. Такий погляд є цілком прийнятний і в контексті чинного господарського законодавства. Щоправда, ГК допускає дві ситуації по застосуванню відповідальності. З одного боку, суб'єкт господарювання, який завдав збитки, згідно зі ч.1 ст.222 ГК повинен їх відшкодувати ще до пред'явлення претензії чи звернення до господарського суду. З іншої сторони управлений суб'єкт може і не застосовувати до боржника господарські санкції. Не виключається також практична ситуація, в якій порушник чинитиме перешкоди у застосуванні до нього санкцій і управлений суб'єкт буде змушений звертатися до уповноваженого органу з метою примусового виконання додаткового обов'язку. Спільним критерієм для змодельованих ситуацій є покладення на суб'єкта, яким вчинено правопорушення господарсько-правової відповідальності. Різниця полягає лише у способі її реалізації – добровільному чи примусовому порядку.

Таким чином, додатковий характер обов'язку, що виступає у формі господарсько-правової відповідальності, зумовлений наступним: по-перше – виконання додаткового обов'язку здійснюється поряд із основним зобов'язанням; по-друге – якщо зобов'язаний суб'єкт повинен виконати юридичні обов'язки, що випливають із зобов'язання, то питання про застосування господарських санкцій вирішується потерпілим чи органом на якого покладені відповідні обов'язки; по-третє – обов'язок, що виступає у формі відповідальності, є результатом застосування господарських санкцій, не виникає автоматично і має ретроспективний характер; по-четверте – господарсько-правова відповідальність реалізується в межах охоронних відносин і виступає як додатковий обов'язок для зобов'язаної сторони виконання котрого породжує для нього відповідні наслідки майново-організаційного характеру, а для управленої сторони є способом захисту суб'єктивних прав.

Серед науковців відсутній єдиний погляд відносно виду наслідків, що виникають для правопорушника в результаті застосування до нього господарських санкцій. Найбільше розповсюдження одержала точка зору, відповідно до якої покладення на учасника господарських відносин господарсько-правової відповідальності породжує передбачені законом або договором майнові наслідки [18, с.21]. Такий погляд ґрунтується на видових ознаках окремих форм відповідальності, в першу чергу, відшкодування збитків та неустойки [12, с.6]. Застосування до правопорушника цих санкцій має наслідком зменшення у нього наявного майна у вигляді компенсації завданих збитків чи сплати конкретно встановленої суми у якості неустойки, наперед погоджених збитків. Оскільки суб'єкти господарювання несуть переважно майнові витрати при застосуванні до них господарських санкцій: відшкодування збитків, сплата неустойки, адміністративно господарських штрафів, відповідальність за господарські правопорушення набуває майнового змісту [15, с.372].

На наш погляд, такий підхід веде до звуження змісту господарсько-правової відповідальності, при цьому з предмета дослідження виключаються окремі види сан-

кцій, в тому числі адміністративно-господарські організаційного характеру. Їх систему за змістом норми, передбаченої у ст. 239 ГК, поряд з майновими санкціями утворюють заходи, що викликають наслідки майново-організаційного характеру. Як приклад можна навести скасування державної реєстрації, анулювання ліцензії. Дія вказаних мір позначається як на майновій основі суб'єкта господарювання шляхом обмеження майнових інтересів, так і викликає певні організаційні труднощі, зокрема неможливість здійснювати окремі господарські операції або господарську діяльність в цілому.

За видом наслідків, що утворюють господарсько-правову відповідальності, всі форми відповідальності, слід поділяти на майнові, організаційні та змішані. Саме три групи заходів утворюють систему господарсько-правової відповідальності. На цій основі ми поділяємо доктринальний погляд, згідно з яким господарське правопорушення і відповідальність має майново-організаційний характер [6, с.382].

Покладена на учасника господарських відносин відповідальність завжди у певній формі позначається на його економічних інтересах. Інтерес, як загальнонаукова категорія широко використовується у правознавстві та інших суспільних науках. В доктрині господарського права інтерес визначається, як об'єктивно існуюча орієнтація суб'єкта на отримання певного блага, що сформувалося в суспільстві [7, с.132]. Виходячи з наведеного, можна визначити господарсько-правову відповідальність як правовий засіб впливу на економічні інтереси, що являє собою форму відновлення майнового становища потерпілого учасника господарських відносин і обмеження майнового характеру чи створення організаційних труднощів для порушника.

Дослідження різних аспектів господарсько-правової відповідальності дозволяє нам сформулювати змістоутворюючі ознаки цього поняття. Господарсько-правовій відповідальності притаманні як загальні (родові) властивості, так і видові ознаки, характерні виключно для цього виду юридичної відповідальності:

1) юридичною підставою відповідальності може бути не тільки нормативно-правовий акт, але і укладений з дотриманням встановлених вимог господарський договір [6, с.382], або доведене до суб'єкта господарювання планує завдання;

2) суб'єктом права, до якого можуть застосовуватися господарські санкції є учасники господарських відносин, визначені у ст. 2 ГК, за винятком споживачів; 3) змістом відповідальності є додатковий обов'язок, якого не існувало до моменту вчинення правопорушення;

4) покладення на правопорушника господарсько-правової відповідальності тягне за собою зменшення наявного у нього майна чи виникнення додаткових організаційних труднощів у процесі здійснення господарської діяльності чи управління нею;

5) господарсько-правова відповідальність виступає покаранням для правопорушника і способом захисту, відновлення прав управленої сторони;

6) за загальним правилом, реалізація господарсько-правової відповідальності заснована на презумпції вини зобов'язаної сторони.

Об'єднання вказаних ознак в єдине поняття дозволяє нам сформулювати доктринальне визначення господарсько-правової відповідальності: Господарсько-правова відповідальність – це передбачений нормами закону чи умовами договору обов'язок, що може покладатися потерпілим або компетентним державним органом на учасника господарських відносин, який вчинив господарське правопорушення, виконання котрого має

наслідком вплив на його економічні інтереси і породжує негативні майново-організаційні наслідки.

В юридичній науці тривалий час залишається не вирішеною проблема співвідношення понять відповідальності та господарські санкції.

У ч.1 ст.217 ГК закріплена дефініція господарських санкцій, під якими розуміються заходи впливу на правопорушника у сфері господарювання, в результаті застосування яких для нього настають несприятливі економічні або правові наслідки [9]. Порівняльно-правове дослідження положень, передбачених у ч.1 ст.216 та ч.1ст.217 ГК, призводить до висновку, відповідно до якого у ГК поняття господарсько-правова відповідальність розкривається через господарські санкції.

В юридичній науці останнє поняття розглядається у різних аспектах. Перш за все, санкція являє собою елемент логічної структури норми [1, с.317] чи розглядається як самостійна охоронна норма [22, с.172]. В іншому аспекті санкція виступає як міра, форма чи засіб господарсько-правової відповідальності. Поряд з вказаними аспектами поняття санкції застосовується як правоохоронний засіб, негативні та небажані наслідки майново-організаційного характеру, тобто виступають мірою впливу на боржника [19, с.3]. На наш погляд санкція – це відображена у нормах закону чи умовах договору міра майново-організаційного впливу на економічні інтереси порушника, що проявляється в установленій формі і вступає в дію після вчинення господарського правопорушення.

Існуючі розбіжності між науковцями і практиками щодо співвідношення понять господарсько-правова відповідальність і господарські санкції заглиблюються своїми коріннями в інструментальний аспект механізму правового регулювання господарських відносин.

Дія механізму розпочинається з формулювання у тексті закону правових норм [2, с.11]. На даному рівні правового регулювання санкція виступає структурним елементом норми [5, с.165] і одночасно слугує мірою відповідальності. Норма права до моменту виникнення конкретних господарських правовідносин перебуває у стані "очікування" ініціативи з боку учасників господарських відносин щодо реалізації встановлених прав та законних інтересів з дотриманням встановлених вимог щодо здійснення господарської діяльності. На етапі виникнення господарських правовідносин закріплена у правових нормах санкція має загальну дію. Іншими словами, загроза настання наслідків, зафіксованих у санкції, спрямована проти всіх, хто може порушити охоронювані нею приписи. Норма без санкцій перестав бути мірою, масштабом поведінки, оскільки вихід за визначені межі не призведе до відповідної реакції з боку держави або уповноважених суб'єктів [4, с.67]. Завдяки охоронним властивостям санкція чинить стимулюючий (профілактичний) вплив на учасника господарських відносин, що перебуває в межах дії відповідної норми. При цьому зміст санкції складають негативні кількісні зміни, яких може зазнати господарська організація, орган, наділений господарською компетенцією чи фізична особа підприємця у випадку вчинення ними правопорушення [3, с.173].

Після виникнення господарських правовідносин міра відповідальності в окремих випадках набуває певних змін. Перш за все, це стосується договірної визначення форм та розмірів відповідальності. Сторони договору, конкретизуючи міру відповідальності, перетворюють абстрактні результати порушення норм на конкретні негативні наслідки, яких може зазнати суб'єкт господарювання після вчинення правопорушення. Однак, якщо санкція визначена у імперативних нормах закону, офі-

ційна реакція держави на правопорушення співпадає з наслідками, яких повинен зазнати порушник. В обох випадках господарські санкції виступають мірою, масштабом кількісних економічних змін, яких може зазнати учасник господарських відносин у разі вчинення ним господарського правопорушення.

На наш погляд, дослідники, що розглядають санкцію у наведеному контексті, виходять з розуміння цього поняття в якості елементу логічної структури норми [5, с.165] чи самостійної охоронної норми. В цьому випадку категорія "міра" виступає підставою поділу санкцій на відносно визначені та абсолютно визначені. Відносно визначеними є санкції, у яких передбачені межі, виходячи з котрих юрисдикційний орган встановлює відповідну міру впливу на правопорушника з урахуванням обставин справи. У абсолютно визначених санкціях закріплюється конкретна форма та розмір заходів впливу на суб'єкта господарювання за вчинення правопорушення.

У юридичній літературі відносно визначеними, зазвичай, називають санкції, що визначають розміри відповідальності. У абсолютно визначених санкціях, як правило, встановлюються способи захисту суб'єктивних прав громадян та юридичних осіб [1, с.272;].

Як вже зазначалося, реалізація господарсько-правової відповідальності має наслідком для правопорушника зменшення його майнової бази чи виникнення певних організаційних труднощів, а для потерпілого слугує способом відновлення і захисту його інтересів. Фактично це означає, що міра відповідальності одночасно є мірою захисту прав суб'єктів господарювання [13, с.36], тобто форма закріплення санкції (норма закону) є однаковою для вказаних понять. Іншими словами, господарська санкція, визначає максимальну та або мінімальну межу кількісних чи організаційних змін, яких може зазнати учасник господарських відносин при вчиненні ним правопорушення.

На першій стадії механізму правового регулювання санкція, закріплена конкретною нормою, в той же час відокремлена від інших норм: норм-принципів, норм-дефініцій, норм, які встановлюють підстави юридичної відповідальності. Міра, як межа кількісних змін, в межах яких предмет не втрачає своїх властивостей [20, с.159], виступає критерієм об'єднання санкцій в єдину за юридичними наслідками форму. При цьому, міра обумовлює внутрішню закономірність, зв'язки, що об'єднуються в однорідну форму. Остання, в свою чергу розкриває загальні властивості предмета, в контексті цього дослідження – господарсько-правової відповідальності.

У діалектиці під формою прийнято розуміти зовнішнє відображення предметів і явищ на основі їх взаємодії з іншими предметами матеріального світу, без зміни їх властивостей. Застосування методу аналізу і синтезу в межах категорій діалектики дозволяє виявити окремі закономірності, що виникають у процесі взаємодії міри і форми. Перша з наведених категорій об'єднує предмети і явища за спільними кількісними властивостями в межах конкретної форми. В свою чергу форма є зовнішнім відображенням змістоутворюючих ознак предмету чи явища. Зміна кількісних або якісних властивостей конкретного предмету за законами діалектики тягне за собою зміну міри. Цей діалектичний зв'язок позначається на формі предмету, шляхом зміни родових ознак. При такому підході, форма господарсько-правової відповідальності визначається конкретною нормативно встановленою мірою (видом економічних та правових наслідків для правопорушника), тим самим постає критерієм об'єднання однорідних господарських санкцій.

Включення в конкретну форму одно порядкових за видовими ознаками санкцій стало причиною формуван-

ня окремих правових інститутів, наприклад, відшкодування збитків, інституту неустойки тощо. Механізм правового регулювання, об'єднуючи окремі норми у інститути права, поступово рухається від загальних приписів до особливостей застосування конкретного інструменту в межах правової системи. На цьому рядку логічної побудови механізму правового регулювання, санкція перетворюється зі способу закріплення наслідків правопорушення на форму відображення видових ознак господарсько-правової відповідальності. Саме видові ознаки окремих господарських санкцій виступають критерієм поділу відповідальності за формами реалізації на відшкодування збитків, неустойку, адміністративно-господарські санкції [14, с.252], а також за наслідками, що виникають в результаті їх застосування, на майнові, організаційні та змішані.

Не дивлячись на окремі специфічні риси, що розкриваються в межах конкретного інституту, більшість, правових засобів в системі господарського права взаємопов'язані загальними положеннями законодавства про господарсько-правову відповідальність: підставою, умовами, межами та строками її реалізації, передбаченими нормами ГК. Побудова системи права на засадах інтеграції і диференціації правових норм зумовлює формування більш широких спеціалізованих правових утворень, одним з яких і є інститут господарсько-правової відповідальності [23; с.311].

Структура права, як надбудова над суспільними відносинами відображає різні рівні суспільних відносин. Саме тому відбувається інтеграція первинних елементів права у більш складні органічно пов'язані юридичні утворення, якими є інститути, галузі права. Завершається інтеграційний процес формуванням єдиної структури права. При застосуванні загальної діалектичних методів виявляється також зворотній зв'язок між первинними елементами системи права і інтегрованими правовими об'єктами, комплексними інститутами і галузями права, що на основі функціональних властивостей поєднують у собі різні елементи норми дефініції, норми-принципи, санкції, тощо. Доктринальне обґрунтування і юридичне виокремлення із системи права комплексного правового інституту господарсько-правової відповідальності базується на філософському постулаті про відсутність у суспільному бутті одиничних явищ і понять у чистому вигляді поза зв'язками з іншими поняттями і категоріями. Говорячи мовою юридичних категорій, інститут господарсько-правової відповідальності на основі системно-функціональних зв'язків різних норм та інститутів в кінцевому підсумку формує об'єктивну основу механізму впливу на економічні інтереси учасника господарських відносин, яким вчинено правопорушення у сфері господарювання. Інститут господарсько-правової відповідальності, як складний елемент галузі господарського права концентрує в собі більш дрібні правові утворення (підінститути), тотожні формам відповідальності, але при цьому не посягає на їх самостійність. Навпаки, генетичні зв'язки окремих підінститутів (субінститутів) в межах господарсько-правової відповідальності обумовлені спільним понятійним апаратом, принципами, підставами, межами відповідальності. Одночасно, включені в інститут господарсько-правової відповідальності норми диференціюються за юридичною силою, сферою та наслідками застосування, чим забезпечується внутрішня логічна структура складного правового утворення. Разом з тим, його елементи тісно взаємодіють з іншими інститутами господарського права: договірною, транспортною, інвестиційною, антимонопольно-конкурентною права тощо, забезпечуючи при

цьому дотримання нормативних вимог до здійснення господарської діяльності.

Існування комплексних правових інститутів не штучне об'єднання норм, а є результатом необхідності врегулювання конкретних правовідносин [21, с.51]. Розгалужена система норм, об'єднаних в інститут господарсько-правової відповідальності, дозволяє розповсюдити їх дію на окремі правовідносини, які не є за змістом і сутністю господарсько-правовими. В першу чергу, це стосується порушення податкового, бюджетного, банківського законодавства відповідальність за яке ґрунтується на загальних положеннях ГК про господарсько-правову відповідальність, зокрема, нормах про підстави, строки і порядок застосування адміністративно-господарських санкцій. Як приклад субсидіарного застосування норм інституту господарсько-правової відповідальності, можна вказати на механізм відшкодування збитків, завданих органами, наділеними господарською компетенцією.

Інтегровані в структуру інституту господарсько-правової відповідальності більш дрібні підінститути: відшкодування збитків, штрафні санкції, адміністративно-господарські санкції не позбавлені видових ознак, і є самостійними формами відповідальності. З наведеного слідує, що комплексний характер інституту господарсько-правової відповідальності обумовлений кількома обставинами:

1. господарсько-правова відповідальність має власний понятійний апарат, завдяки якого розкриваються ознаки, властивості, підстави і принципи цього виду відповідальності;

2. досліджуваний інститут концентрує в собі загальні і спеціальні норми, тим самим зв'язує однорідні під інститути, сприяє уникненню дублювання положень законодавства, розрахованих на однопорядкові правовідносини;

3. інститут відповідальності поєднує в собі норми матеріального і процесуального права, необхідні для реалізації господарськими санкціями функцій і завдань по забезпеченню господарського правопорядку;

4. інститут господарсько-правової відповідальності забезпечує дотримання вимог, встановлених регулятивними нормами інститутів господарського, а іноді інших галузей права.

На стадії виникнення господарських правовідносин господарська санкція, не втрачаючи зв'язку з інститутом господарсько-правової відповідальності, одночасно перетворюється на правовий засіб впливу на економічні інтереси сторін господарського зобов'язання. На думку Б.І. Пугінського, правові засоби являють собою інтегровані утворення, поєднання дій заснованих на правових приписах і поглядах суб'єктів правозастосовчої діяльності, що відображає особливий аспект правового регулювання, невід'ємно пов'язаний з нормативним, але такий, що не зводиться до останнього [17, с.101]. Іншими словами, конкретним правовим засобом кореспондують відповідні правові норми або інститути. Разом з тим, співвідношення норм та інститутів з правовими засобами не повинно розглядатися, як зв'язок форми і змісту. Санкція не втрачає нормативно встановлених ознак, набуває додаткові індивідуальні властивості, пов'язані з правозастосовчою діяльністю.

Компетентний орган державної влади чи місцевого самоврядування, або сторони договору, застосовуючи конкретний правовий засіб, пристосовують його охоронюваних прав та законних інтересів суб'єктів конкретних правовідносин, крім випадків, коли санкція встановлена імперативною нормою закону. На стадії правозастосу-

вання господарські санкції перетворюються із загально визначених форм відповідальності у адаптований до індивідуальних відносин засіб впливу на економічні інтереси зобов'язаного суб'єкта. Вчинення ним господарського правопорушення приводить санкцію в дію, а відповідальність перетворюється на динамічне явище [1, с.280].

На наш погляд, саме на стадії реалізації господарсько-правової відповідальності санкція вичерпує свою дію, а правопорушник притягається до відповідальності.

Таким чином, господарсько-правова відповідальність, як міра, форма і правовий засіб впливу на економічні інтереси учасника господарських відносин, що вчинив правопорушення, являє собою самостійне наукове поняття, сформоване на основі загальних ознак юридичної відповідальності, вироблених теорією права. Однак, саме господарсько-правова відповідальність покликана запобігати господарським правопорушенням в механізмі правового регулювання, забезпечувати належну організацію та управління господарською діяльністю.

На жаль, чинне законодавство і практика його застосування часто не розкривають всіх властивостей відповідальності, що породжує певні правозастосовчі колізії, виявлення яких повинно перед усім забезпечити єдиний підхід у застосуванні тієї чи іншої господарської санкції.

1. Алексеев С.С. Общая теория права. В двух томах. Том I / С.С. Алексеев. – М.: Юридическая литература. -1981. – 361с. 2. Алексеев С.С. Общая теория права. В двух томах. Том II / С.С. Алексеев. – М.: Юридическая литература. – 1982. – 360с. 3. Беляневич О.А. Про деякі особливості відповідальності споживача в договірних відносинах енергопостачання / О.А. Беляневич // Вісник господарського судочинства. – 2005 – №2. – С. 172-179. 4. Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность: (очерк теории) / С.Н. Братусь // – М.: Юридическая литература. 1976. – 215 с. 5. Васильев А.М. Правовые категории: Методологические аспекты разработки системы категорий теории права / А. М. Васильев // – М.: Юридическая литература, 1976. – 264 с. 6. Винник О. М. Господарське право: Навчальний посібник. – 2-ге вид., змін. та доп. / О. М. Винник // – К.: Всеукраїнська асоціація видавців "Правова єдність", 2008. – 766 с. 7. Винник О. М. Теоретичні аспекти правового забезпечення реалізації публічних і приватних інтересів в господарських товариствах / О. М. Винник // Дис. на здоб. ступеня док. юрид. наук. – Київ. – 2004. – 631 с. 8. Витрук Н.В. Общая теория юридической ответственности / Витрук Н.В. / Москва. Норма. – 2009. По системе Консультант Плюс. 9. Господарський кодекс України. Відомості Верховної Ради (ВВР), 2003, (№18-22, ст. 144). З наступними змінами та доповненнями. 10. Гражданское право. Учебник. Часть I. Издание третье, переработанное и дополненное. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.:ПРОСПЕКТ, 1998. – 632 с. 11. Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав / В.П. Грибанов // – М.: "Статут", 2000. – 411 с. (Классика российской цивилистики). 12. Кантафарова І. С. Договірна відповідальність юридичних осіб у комерційному обігу. Автореф. дис. на здобуття наук ступеня канд. юрид. наук / І. С. Кантафарова // Київ – 1999. – 19 с. 13. Мамутов В.К. Предприятие и материальная ответственность / Мамутов В. К., Овсиенко В. В., Юдин В.Я. // – К.: Наукова думка, 1971. – 190 с. 14. Мартеньянов В. С. Хозяйственное право. Том 1. Общие положения. Курс лекций / В. С. Мартеньянов // – М.: Издательство БЕК, 1994. – 312 с. 15. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України: 2-е вид., перероб. і допов. / За заг. ред. Г. Л. Знаменського, В. С. Щербини; Кол. авт.: О.А. Беляневич, О. М. Винник, В. С. Щербина та ін. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 720 с. 16. Ойгензихт В. А. Имущественная ответственность в хозяйственных договорах : учебн. пособие. / В. А. Ойгензихт // – Душанбе, 1980. – 111 с. 17. Пугинский Б.И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях / Б. И. Пугинский // М.: Юрид. лит., 1984. – 202 с. 18. Пугинский Б. И. Ответственность хозяйственных организаций и их руководителей / Б. И. Пугинский // М.: Знание. – 1981. – 64 с. 19. Савичев В. Г. Предприятие и правовые санкции / В. Г. Савичев // – М.: Юрид. лит., 1981. – 111 с. 20. Філософія: Навчальний. посібник. – 3-тє вид., стер. / Л.В. Губерський, І.Ф. Надольний, В.П. Андрущенко та ін.; За ред. І.Ф. Надольного. – К.: Вікар, 2003. – 457 с. 21. Чирков А.П. Ответственность в системе права: Учебное пособие / А. П. Чирков // Калининградский. ун-т. – Калининград, 1996. – 77 с. 22. Черданцев А.Ф. Теория государства и права: Учебник для вузов / А. Ф. Черданцев // – М.: Юрайт, 2000. – 432 с. 23. Щербина В.С. Господарське право: підручник / В.С. Щербина // – 4-тє вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – 640 с.

Надійшла до редколегії 24.12.10

Наукове видання



ВІСНИК
КИЇВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА

ЮРИДИЧНІ НАУКИ

Випуск 86

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 18.04.11. Формат 60х84^{1/8}. Вид. № Ю3. Гарнітура Arial. Папір офсетний.
Друк офсетний. Наклад 300. Ум. друк. арк. 13,4. Обл.-вид. арк. 14,4. Зам. № 211-5640

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_div.chief@univ.kiev.ua
<http://vpc.univ.kiev.ua>