ВІСНИК
КИЇВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА

ISSN 1728-2195

ЮРИДИЧНІ НАУКИ 87/2011

Засновано 1958 року

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

Для науковців, правників, студентів.

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

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

ВІДПОВІДАЛЬНИЙ РЕДАКТОР	**І.С. Гриценко, д-р юрид. наук**
РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ	**Р.А. Майданик, д-р юрид. наук, проф. (заст. відп. ред.); О.В. Клепікова, канд. юрид. наук, доц. (відп. секр.); О.В. Кохановська, д-р юрид. наук, проф.; Г.І. Балюк, д-р юрид. наук, проф.; О.М. Вінник, д-р юрид. наук, проф.; Н.В. Пришва, д-р юрид. наук, проф.; О.В. Дзера, д-р юрид. наук, проф.; О.О. Шевченко, д-р юрид. наук, проф.; П.П. Андрушко, канд. юрид. наук, проф.; І.А. Безклубий, д-р юрид. наук, проф.; Ю.Д. Притика, д-р юрид. наук, проф.; Т.В. Боднар, д-р юрид. наук, проф.; О.В. Зайчук, д-р юрид. наук, проф.; А.Т. Комзюк, д-р юрид. наук, проф.**
Адреса редколегії	**02017, Київ-17, вул. Володимирська, 60, юридичний факультет ☎ (38044) 239 31 67**
Затверджено	**Вченою радою юридичного факультету 24.06.11 (протокол № 9)**
Атестовано	**Вищою атестаційною комісією України. Постанова Президії ВАК України № 1-05/4 від 14.10.09**
Зареєстровано	**Міністерством юстиції України. Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації КВ № 16528-5000Р від 19.04.10**
Засновник та видавець	**Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет". Свідоцтво внесено до Державного реєстру ДК № 1103 від 31.10.02**
Адреса видавця	**01601, Київ-601, б-р Т.Шевченка, 14, кімн. 43 ☎ (38044) 239 31 72, 239 32 22; факс 239 31 28**

© Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет", 2011

ЗМІСТ

Мяловицька Н.
Типологія держав у процесі державно-історичного розвитку ... 4
Фурса С.
Актуальні питання теорії і практики нотаріальних правовідносин ... 7
Краснова М.
Організаційно-правові гарантії належного укладання та реалізації договорів в екологічному праві ... 12
Клименко Н.
Проблеми сучасної криміналістичної дидактики ... 16
Бобровник С.
Компроміс і конфлікт при дотриманні заборон ... 18
Цірат Г.
Особливості міжнародно-правового регулювання надання правової допомоги у отриманні за кордоном доказів у цивільних та комерційних справах ... 22
Коваленко Т.
Види прогалин у земельному праві України ... 25
Совгиря О.
Процедура прийняття актів Уряду: конституційно-правові аспекти ... 29
Радзивілюк В., Назарова В.
Деякі аспекти видової систематизації боржників – суб'єктів відносин запобігання банкрутству (неспроможності) ... 32
Комзюк Л.
Деякі аспекти обмеження авторського права в Словацькій Республиці ... 35
Пацурія Н.
Генезис і сутність страхування: аналіз наукових концепцій ... 38
Попова А.
Цілі господарсько-правової відповідальності товарних бірж ... 42
Дячук Л.
Нормативно-праовий зміст інституту посагу у еклозі-візантійському законодавчому зводі ... 45
Краснова Ю.
Інформаційно-прогностичні засоби забезпечення екологічної безпеки в галузі авіації ... 52
Ковальчук О., Хаврук В.
Значення історичної школи праворозуміння в збагаченні системи цінностей права ... 55
Самбор М.
Право як поняття та підходи до його розуміння ... 59
Левківський Б.
Проблеми законодавчого регулювання реєстрації шлюбу та пов'язаних з реєстрацією правовідносин ... 63
Апанасенко К.
Управління державною власністю: законодавчі зміни і тенденції останніх часів ... 66
Прохоренко К.
Аксіологічні питання об'єктивації клімату в екологічному праві України ... 71
Руда Т.
Достовірність доказів у цивільному судочинстві США та України: порівняльно-правовий аспект ... 73
Лукомська О.
Правова природа іпотечних цінних паперів та рухомих речей ... 79
Гончарук Л.
Поняття концесії і концесійного договору в Україні ... 81
Музиченко А.
Порушення правил суддівської етики – підстава дисциплінарної відповідальності судді: межі застосування ... 84
Бажанов В.
Істотні умови авторських договорів ... 87
Сосемко А.
Адміністративно-правові аспекти правового захисту пацієнтів при наданні медичних послуг з джерелами іонізуючого випромінювання ... 90
Макарова З.
Історія становлення інституту глави уряду в Руській державі ... 93
Пірон І.
Правове регулювання зайнятості населення в перші роки радянської влади в Україні ... 97
Духовна О.
Історичні етапи становлення інституту місцевих запозичень в Україні ... 100
Словська І.
Поняття, зміст та властивості парламенту ... 103
Ющенко І.
Дія в часі Закону про Державний бюджет (теоретичні аспекти) ... 106
Дзюба В., Копанчук В.
Проблеми визначення правового статусу осіб, які здійснюють спеціальні публічні повноваження ... 110
Криштопа О.
Заповіти, процедура їх складання, нотаріального посвідчення і реєстрації: Україна та Іспанія ... 115

CONTENTS

Myalovitska N.
Typology of the states as reflection of the process of their state-historical development 4
Fursa S.
Issues of theory and practice of legal notary 7
Krasnova M.
Organizational and legal guarantees of the conclusion and realization proper of contracts in ecology law 12
Klimenko N.
Problems of criminalistic didactics 16
Bobrovnyk S.
Compromise and a conflict under keeping/confining a prohibition 18
Tsirat G.
Peculiarities of transborder regulation in granting legal assistance in obtaining proves abroad in civil and commercial matters 22
Kovalenko T.
The Types of Gabs in Ukrainian Land Law 25
Sovgiria O.
The Procedure for Adoption of the Acts of Government: Constitutional Legal Aspects 29
Radzyvilyuk V., Nazarova V.
Some aspects of form`s systematization of debtors – persons of relationships of prejudice of bankruptcy (insolvency) 32
Komzuk L.
Some aspects of copyright limitation in the Slovak republic 35
Patsuriya N.
The genesis of the concepts regarding of the essence of insurance 38
Popova A.
The purposes of economic-legal responsibility of commodity exchanges 42
Djatchuk L.
Norm and legal content of institute of dowry of Eclogue- Byzanntium legal act 45
Krasnova G.
Information and forecast measures of providing for environmental safety in the aviation sector 52
Kovalchuk O., Khavruk V.
Value of historical school of understanding of the right in enrichment of system of values of the law 55
Sambor M.
Law as the concept and approaches to the understanding concept of the law 59
Levkivskiy B.
Problems of the legislative adjusting of registration of marriage and legal relationships related to registration 63
Apanasenko K.
Administration by state property: legislative changes and tendencies of last years 66
Prokhorenko K.
Aksiological issues of climate as the object in environmental law of Ukraine 71
Ruda T.
Reliability of Evidence in Civil Court Procedures of the USA and Ukraine: A Comparative Law Aspect 73
Lukomska O.
The legal nature of mortgage-backed securities and things 79
Goncharuk L.
Concept of concession and concessional agreement in Ukraine 81
Muzychenko A.
Offense of judicial ethics as a reasons to discipline responsibilities of judges 84
Baganov V.
Essential conditions of copyright contracts 87
Sosemko A.
Administratively legal aspects of legal defences of patients in providing of medical services with the sources of ionizing radiation 90
Makarova Z.
History of its development period, the head of government of the Russian state 93
Piron I.
Legal regulation of population employment in the first years of Soviet power in Ukraine 97
Dukhovna O.
Historical stages of formation of local borrowing in Ukraine 100
Slovska I.
Concept, features and content of Parliament 103
Ughenko I.
Temporal Aspects of the Law on State Budget (A Theoretical Perspective) 106
Dzuba V., Kopanchuk V.
Problems of the definition of the legal status of the persons who are realizing the public functions 110
Krishtopa O.
Testament procedure their assembly, notarization and registration: Ukraine and Spain 115

УДК 342:2

Н. Мяловицька, д-р юрид. наук

ТИПОЛОГІЯ ДЕРЖАВ У ПРОЦЕСІ ДЕРЖАВНО-ІСТОРИЧНОГО РОЗВИТКУ

В статті досліджуються питання класифікації держава за їх типами у процесі державно-історичного розвитку.
Ключові слова: держава, типологія, суспільно-економічна формація, цивілізація, соціально-економічний лад, свобода особи.

В статье исследуются вопросы классификации государств по их типам в процессе государственно-исторического развития.
Ключевые слова: государство, типология, формация, цивилизация, социально-экономический строй, свобода личности.

The article deals with conceptions of states classification according to their types in the process of state-historical development.
Key words: state, typology, socio-economic formation, civilization, socio-economic system, human freedom.

Розвиток держави був обумовлений багатьма економічними й політичними чинниками: суспільним поділом праці, виникненням приватної власності, соціальною диференціацією та поділом суспільства на класи, касти, стани, боротьбою за владу, історичними особливостями кожної епохи тощо. Названі чинники впливали не лише на розвиток держави, а й на уявлення про неї, про її роль та призначення, які згодом стали підґрунтям окремої галузі науки про державу.

Будь-яке наукове дослідження, у тому числі й з проблем державного будівництва, не може обійтися без системи понять, тобто результату й інструментарію нового етапу пізнання, розширення горизонтів інтелектуальності, обумовлених рівнем розвитку суспільства, суспільної свідомості і мислення. Адже наука не має інших засобів відображення дійсності, ніж поняття, терміни, формули, концепції. Тому зробити глибокий аналіз будь-якого окремого аспекту інституту держави неможливо у відриві від розгляду деяких теоретичних питань, зокрема визначення типу і форми держави – понять, які найповніше відображають історичний процес державотворення.

Ці питання досліджувалися в працях вчених-правознавців Л. Гумпловича, Г. Єллінека, О. Зайчука, Б. Кістяківського, С. Комарова, О. Копиленка, В. Котюка, М. Марченка, Н. Матузова, Н. Оніщенко, П. Рабиновича, Р. Ромашова, О. Скакун, С. Хантінгтона, Ю. Шемшученка та ін., але класифікація держав за їх типами в процесі державно-історичного розвитку залишається актуальною проблемою. В юридичній літературі типологія або класифікація держав за їх типами є об'єктивно необхідним, закономірним процесом пізнання державно-історичного процесу розвитку держави. Вона виступає як відображення процесу історично необхідної зміни одних типів держави іншими [1, с. 88]. Водночас типологія держав певною мірою відображає хід історичного розвитку людства в цілому.

Відомий український правознавець Б. Кістяківський відзначав, що питання про типи державного існування є "питання про те, що методологічно правомірно мислити явища, незмінно плинні й мінливі, як сталі і тривкі" [2, с. 241].

Перші спроби раціонально-теоретичного підходу до типології держав з огляду на їх соціально-політичну характеристику були зроблені ще Арістотелем. Держава, за Арістотелем, – це необхідна і вічна форма співжиття, без якої люди ніколи і за жодних умов обходитися не можуть. Основними критеріями розмежування держав він вважав кількість володарів у державі, їхній майновий стан і здійснювану державою мету. Звідси його поділ державної влади на правління одного, правління небагатьох і правління більшості. А форми держави, на його думку, поділялись на правильні (де досягається загальне благо) і неправильні (де превалюють приватні інтереси) [3, с. 506]. З найвідоміших теоретиків держави і права XVIII–XIX ст., які досліджували питання класифікації державних форм, слід назвати німецького вченого Г. Єллінека та польського і австрійського соціолога й правознавця Л. Гумпловича. Г. Єллінек писав, що, незважаючи на постійний розвиток державотворення, все-таки можна встановити деякі ознаки, котрі надають державі або групі держав упродовж усієї їхньої історії рис певного типу. Він виділяв ідеальний та емпіричний типи держав, де держава першого типу – це уявна держава, якої в реальному житті не існує, вона лише має існувати, виступаючи мірилом реальної держави. Те, що відповідає цьому критерію, "має право виникнути й існувати, а що не відповідає йому, має бути відкинуте й скасоване" [4, с. 26]. Вивчення ідеального типу держави, на думку Г. Єллінека, не збагачує наукового пізнання. Його практичне значення полягає в тому, що цей тип держави слугує еталоном для наслідування і вдосконалення. Емпіричний тип держави виокремлюється в результаті порівняння держав одна з одною (стародавньосхідна, грецька, римська, середньовічна і сучасна).

Л. Гумплович, досліджуючи проблеми державотворення, розглядав їх з позицій соціології. Сучасні йому держави він класифікував залежно від їхніх розмірів території і чисельності населення, поділяючи їх на: 1) світові держави з територією понад 1 млн кв. км. і населенням понад 50 млн чоловік; 2) великі – з територією від 200 тис. до 1 млн кв. км. і населенням від 30 до 50 млн чоловік і 3) малі, територія яких не перевищує 200 тис. кв. км., а населення – 30 млн чоловік [5, с. 254-256]. Більше того, німецький філософ, теоретик держави і права Г. Гегель ототожнював державу з народом. Держава, на його думку, – це безпосередня дійсність **окремого** і за своєю **природною** властивістю визначеного народу [6, с. 364]. Він розробив концепцію історичних і неісторичних народів (націй). "Народ без державного устрою (**нація** як така) не має, власне, ніякої історії, подібно до народів, що існували ще до утворення держави, і до тих, котрі ще й понині існують як дикі нації" [6, с. 368]. Історичними вважалися лише ті народи, котрі мали або мають власну державу. До таких народів, за Гегелем, належали, зокрема, західноєвропейські народи. Німецький народ він розглядав як "всесвітньо історичний", за англійським народом закріплював роль "місіонера цивілізації в усьому світі", США характеризувались Гегелем як "країна майбутнього". До неісторичних філософ відносив абсолютну більшість тогочасних народів Азії, Африки та Латинської Америки. Щодо Росії, Польщі та інших держав слов'янських народів, то вони, на думку Г. Гегеля, лише наближаються до типу історичних держав. З виникненням марксистського вчення в середині XIX ст. в теорії держави і права проблеми типології держав поступово почали розглядатись переважно з позиції формаційного підходу. Його суть

© Мяловицька Н., 2011

полягає в тому, що в основу поділу історії соціального розвитку покладена ідея природно-історичного процесу зміни однієї суспільно-економічної формації іншою, кожній з яких відповідає свій особливий тип держави.

Відповідно до концепції й поняття суспільно-економічної формації, основними ознаками розмежування держав за їх типами були такі:

по-перше, економічний спосіб виробничих відносин або спосіб виробництва: рабовласницький, феодальний, капіталістичний тощо. Зв'язок держави з економічним базисом проявляється в тому, що вона захищає той чи інший спосіб виробництва, певні форми власності, економічно-торговельні відносини. За допомогою законодавчих актів держава закріплює і регулює існуючі економічні відносини;

по-друге, економічний базис, який визначає соціально-класову структуру суспільства. Внаслідок домінування тієї чи іншої форми власності, конкуренції у сфері виробництва та збуту продукції відбувається диференціація населення на касти і соціальні групи, які мають спільні економічні інтереси і намагаються або безпосередньо захопити державну владу, або впливати на представників державної влади і чиновників так, щоб ті виражали і захищали їхні інтереси. Панівний клас в економіці стає панівним і в політиці.

Протягом майже шести тисячоліть людство у своєму розвитку пройшло три антагоністичні суспільно-політичні формації, яким відповідають три типи держав. Першою і найбільш тривалою за часом існування була рабовласницька держава – диктатура класу рабовласників. На зміну їй прийшла феодальна держава. Вона базувалась на феодальних виробничих відносинах, основу яких становила власність феодалів на землю, а держава була диктатурою класу феодалів. В результаті антифеодальної революції виникає капіталістична держава у різних її формах. Основна тенденція розвитку цього типу держави – розширення її функцій і небувале зростання ідеологічної активності всередині країни та за її межами.

Справжнім, новим історичним типом держави є соціалістична держава, форми якої різні. Слід погодитися з В. В. Лазарєвим, який вважає, що соціалістична держава не тотожна сукупності держав, які до початку 90-х років входили до соціалістичної системи, а також кожній з існуючих нині соціалістичних держав. У теоретичному плані "соціалістична держава" означає абстракцію, яка містить набір ознак, принципів і норм, які відрізняють дану державу від капіталістичної. Це не виключає того, що держава, яка будує соціалізм, в рамках загальних закономірностей може мати свої особливості на шляху і в методах побудови суспільства соціальної справедливості [7, с. 100].

Зауважимо, що думку про нетотожність теоретичних обґрунтувань типів і форм держав їх реально існуючому різноманіттю ще на початку

XX ст. висловив уже згадуваний Б. Кістяківський. І хоча його підхід до типології держав був своєрідним (він поділяв держави на два типи: 1) держави як уособлення сили й насильства і 2) держави як втілення ідеї, вищий прояв особистості), однак його методологічні засади заслуговують на увагу. Скажімо, у своїй праці "Держава і особистість" він підкреслював, що "чисті державні форми рідко втілюються в конкретній дійсності як реальні факти. Але вони мають бути теоретично встановлені у вигляді ідеальних своєю довершеністю, повнотою і досконалістю типів" [2, с. 242]. Саме такі ідеальні типи державного буття у своїй непохитній теоретичній даності можуть слугувати за критеріями оцінки тієї чи іншої конкретної організації [2, с. 243].

Серед українських правознавців, які досліджують теорію держави і права, єдиної думки щодо типології держав не існує. Більшість вчених вважає, що наукова класифікація історичних типів держав має виходити з тих положень, що, по-перше, певним історичним етапам розвитку людства відповідають притаманні лише їм способи виробництва та характер виробничих відносин; по-друге, економічний лад обумовлює всі інші суспільні відносини і разом з ними утворює історичний тип суспільства; по-третє, кожному історичному типу суспільства властивий лише свій тип державної організації. Звідси випливає висновок, що історичний тип держави – це сукупність найбільш суттєвих ознак, властивих державі, що існувала на певних етапах історії людства [8, с. 27; 9, с. 209; 10, с. 35-36].

Крім формаційного підходу до типології держав, в останні десятиріччя виник і відносно новий підхід – цивілізаційний. В його основу закладена ідея співвідношення держави та соціально-економічного ладу суспільства з урахуванням науково-технічних, духовно-моральних, культурних та деяких інших чинників суспільного розвитку. Таким чином, при цьому підході основним критерієм класифікації типів держав виступає не суспільно-економічна формація, а категорія "цивілізація".

Відомим представником широкого цивілізаційного підходу до типології держав є англійський історик і соціолог А. Тойнбі. На його думку, цивілізація – це ні що інше, як певний тип людських співтовариств, що викликає "певні асоціації в галузі релігії, архітектури, живопису, моралі, звичаїв, словом, у сфері культури" [11, с. 34]. Всесвітня історія розглядається А. Тойнбі як послідовний ряд цивілізацій, що проходять однакові фази: зародження, росту, краху, розкладу і загибелі. При цьому держава і суспільство ототожнюються. Тому, за оцінкою деяких вчених, концепція А. Тойнбі є швидше типологією суспільств, ніж типологією держав [12, с. 59-60]. На наш погляд, можна погодитися з авторами, які вважають, що цивілізаційний підхід до типології держав має право на існування, однак методологічні засади цього підходу виглядають сумнівними, оскільки термін "цивілізація" належить до тих явищ і понять, які не піддаються скільки-небудь чіткому й однозначному визначенню. У літературі можна знайти багато трактувань поняття "цивілізація" – від розуміння її як ідеального стану людської культури або найвищого рівня технологічного розвитку до тлумачення цього поняття як принципової культурної різноманітності людства, усвідомлення абсолютно оригінальних, самодостатніх, внутрішньоцілісних культурних світів. Або візьмемо кількісний вимір цивілізацій. На відміну від А. Тойнбі, який виділяв понад двадцять цивілізацій, не пов'язаних між собою певними спільними закономірностями розвитку, С. Хантінгтон виділяє за своїми типологічними ознаками сім головних цивілізацій: західну, конфуціанську, японську, ісламську, хінді, слов'янсько-православну, латиноамериканську. Як проблематична кваліфікується восьма цивілізація – африканська. Водночас С. Хантінгтон визнає, що не всі країни можна чітко ідентифікувати за цивілізаційною належністю. За його термінологією, існують так звані роздерті країни, суспільства яких поділені за ознакою ставлення до різних цивілізацій. До таких країн, зокрема, він відносить Туреччину, Мексику, Росію [13, с. 52]. Деякі автори використовують термін "цивілізація" для характеристики певної стадії розвитку людського суспільства. Існує й інша точка зору, згідно з якою "цивілізація" характеризує певний рівень розвитку загальнолюдської культури. Наприклад, говорять про

європейську цивілізацію, американську, стародавні цивілізації, сучасні цивілізації тощо.

Отже, неоднозначність терміна "цивілізація", його внутрішня суперечливість і різноплановість разом з аморфністю його змісту та невизначеністю роблять дуже проблематичним використання цього терміна як критерію типології держав. Однак це не означає заперечення будь-якої методологічної ролі і значення в процесі типології держав цивілізаційного підходу. Більше того, це не означає також протиставлення формаційного і цивілізаційного підходів. Ми підтримуємо точку зору російського вченого В. С. Баруліна щодо того, що цивілізаційний підхід не слід протиставляти формаційному. На його думку, трактування формацій К. Марксом по суті не є альтернативою цивілізаційному підходові. Можна, звичайно, сперечатися, який підхід є базовим, а який його розвитком, частковим випадком. Формаційний підхід швидше є основоположним. Але суть справи не в цьому, а у їхній взаємній доповнюваності [14, с. 239]. Схожу позицію займають і деякі інші автори, які вважають, що "співіснування різних формацій та цивілізацій в одному синхронному зрізі, їх паралельний і взаємопересікаючий розвиток – невід'ємна риса всесвітньо-історичного процесу" [15, с. 20].

Цілком іншу точку зору з цієї проблеми має Р. А. Ромашов. Він вважає, що методи формаційної та цивілізаційної типології, що використовуються в теорії держави, в основному втратили свою функціональність. Як альтернативу автор пропонує комплексний метод порівняльного державознавства, який у свою чергу включає циклічний метод, що передбачає як критерій типологізації виокремлення і наступне співставлення етапів (циклів) політогенезу та метод теоретичного моделювання, основою якого є узагальнення політико-правових чинників. В комплексі обидва ці методи і складатимуть теоретичні моделі сучасних державних утворень [16, с. 6]. С. А. Комаров вважає, що для глибокого і всебічного розуміння процесів, що відбуваються в сучасному світі, важливо не замикатися в обмеженому колі підходів та ідей, нехай навіть таких, що добре перевірені і виправдали себе, а йти далі, відкриваючи і закріплюючи нові критерії і підходи. Важливою умовою при цьому є їх наукова обґрунтованість та визначеність. Одним з таких критеріїв, на його думку, міг би бути ступінь економічної, соціальної, політичної і духовної (культурної) свободи особи. Такий підхід вбирає в себе не лише об'єктивні критерії – соціально-класову сутність, зміст і соціальне призначення держави, характер виробничих відносин та відповідних їм рівнів розвитку продуктивних сил суспільства, принципи організації та функціонування державно-організованого суспільства тощо, а й суб'єктивний критерій – рівень людського в суспільстві [7, с. 104].

Таким чином, класифікація держав за їх історичними типами є об'єктивно необхідним, закономірним процесом пізнання розвитку держави і певною мірою розвитку людства в цілому.

Передумовою визначення критеріїв наукової класифікації історичних типів держав є врахування наступних положень:

а) певним історичним етапам розвитку людства відповідають притаманні лише їм способи виробництва та характер виробничих відносин;

б) економічний лад обумовлює всі інші суспільні відносини і разом з ними утворює історичний тип суспільства;

в) кожному історичному типу суспільства притаманний лише свій тип державної організації.

Виходячи з цих положень, можна стверджувати, що історичний тип держави – це сукупність найсуттєвіших ознак, притаманних державі, що існувала на певних етапах історії людства. Крім такого (формаційного) підходу до типології держав, який визнається переважною більшістю вітчизняних науковців, можливі й інші підходи, серед яких найвідомішим є цивілізаційний. В його основу закладена ідея співвідношення держави та соціально-економічного ладу суспільства, з урахуванням науково-технічних, духовно-моральних, культурних та деяких інших чинників суспільного розвитку. Отже, при цьому підході основним критерієм класифікації типів держав виступає не суспільно-економічна формація, а категорія "цивілізація". Однак, неоднозначність терміну "цивілізація", його внутрішня суперечливість і різноплановість разом з аморфністю його змісту та невизначеністю роблять дуже проблематичним його використання як критерію типології держав.

1. Марченко М. Н. Теория государства и права. Элементарный курс / М. Н. Марченко : [учеб. пособ.]. – М. : Юристъ, 2002. – 256 с. 2. Кістяківський Б. О. Вибране / Б. О. Кістяківський. : Бібліотека часопису "Філософська і соціологічна думка", серія "Українські мислителі" [пер. з рос. Л. Г. Малишевської, упоряд., передм. і примітки Л.П. Депенчук]. – К. : "Абрис", 1996. – 512 с. 3. Аристотель. Этика. Политика. Риторика. Поэтика. Категории / Аристотель. – Минск. : Литература., 1998. – 1392 с. 4. Еллинек Г. Общее учение о государстве / Г. Еллинек. – СПб. : Издние юрид. книжн. Магазина Н.К. Мартынова., 1908. – 600 с. 5. Гумплович Л. Общее учение о государстве [пер. со 2-го немецк. издания] / Л. Гумплович. – СПб. : Тип. т-ва "Общест. польза". – 1910. – 516 с. 6. Гегель. Энциклопедия философских наук / Георг Вильгельм Фридрих Гегель ; [отв. ред. Е.П. Ситковский] ; АН СССР, Ин-т философии. – М. : Мысль, 1977. – [Т. 3. Философия духа]. – 471 с. 7. Проблемы теории государства и права : учеб. пособ. – М. : Проспект, 1999. – 504 с. 8. Загальна теорія держави і права / За ред. В. В. Копейчикова. – К. : Юрінком, 1997. – 320 с. 9. Котюк В. О. Загальна теорія держави і права : [навч. посіб.] / В. О. Котюк. – К. : Атіка, 2005. – 592 с. 10. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави ; посіб. для студ. спеціальності "Правознавство" [вид. 2-е, зі змінами й доповн.] / П. М. Рабінович. – К., 1994. – 236 с. 11. Тойнби А.Дж. Цивилизация перед судом истории : сборник [пер. с англ.] / А.Дж. Тойнби. – СПб. : Ювента, М. : Прогресс, Культура., 1995. – 478 с. 12. Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права / Н. И. Матузов, А. В. Малько : [курс лекций]. – М. : Юристъ, 1997. – 672 с. 13. Міграційні процеси в сучасному світі: світовий, регіональний та національний виміри. (Понятійний апарат, концептуальні підходи, теорія та практика) : [енциклопедія] : / Упоряд. Ю.І. Римаренко (за ред. Ю. Римаренка). – К. : Довіра, 1998. – 912 с. 14. Барулин В. С. Социальная философия [учебн., Ч. 1, 2] / В. С. Барулин. – М. : Изд-во Московского ун-та, 1993. – Ч. І. – 336 с. 15. Гуревич А. Я. Философия и историческая наука / А. Я. Гуревич // Вопросы философии. – 1988. – № 10. – С. 20–23. 16. Ромашов Р. А. Типология государства в контексте сравнительного правоведения / Р. А. Ромашов : открытая лекция. – К. : Ин-т государства и права им. В. М. Корецкого, Киевский нац. ун-т имени Тараса Шевченка, Изд-во Логос, 2009. – Серия научно-методических изданий "Академия сравнительного правоведения". – Выпуск 15. –28 с.

Надійшла до редколегії 17.05.11

С. Фурса, д-р юрид. наук, проф.

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ НОТАРІАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

У даній статті розкривається правовий статус нотаріуса як обов'язкового суб'єкта нотаріальних процесуальних правовідносин. Має місце порівняльний аналіз із статусом судді в цивільному процесі. Сформульовано понятійний апарат щодо процесуальних прав та обов'язків нотаріуса, доповнено та уточнено їх перелік та запропоновано їх законодавче закріплення.

Ключові слова: нотаріус, обов'язковий суб'єкт, нотаріальні процесуальні відносини, процесуальні права, процесуальні обов'язки.

В данной статье раскрывается правовой статус нотариуса как обязательного субъекта нотариальных процессуальных правоотношений. Имеет место сравнительный анализ со статусом судьи в гражданском процессе. Сформулировано понятийный аппарат относительно процессуальных прав и обязанностей нотариуса, дополнено и уточнено их перечень и предложено их законодательное закрепление.

Ключевые слова: нотариус, обязательный субъект, нотариальные процессуальные отношения, процессуальные права, процессуальные обязанности.

This article reveals the legal status of the notary as a mandatory subject of notarial legal proceedings. There is a comparative analysis of the status of a judge in civil proceedings. Formulated the concepts of procedural rights and duties of a notary, amended and refined their list and asked them to legislative confirmation.

Keywords: notary, a required subject, notary procedural relations, procedural law, procedural obligations.

При всій зовнішній простоті правовідносин, якщо їх сприймати на елементарному рівні, що певному праву має відповідати конкретний обов'язок, питання про їх природу все ж таки тривалий час залишається дискусійним. Новим поштовхом для оригінального сприйняття правовідносин і подальшої заочної дискусії стала ґрунтовна монографія одеських вчених: Є.О. Харитонова та О.І. Харитонової, які на високому теоретичному рівні висловили своє бачення цивільних правовідносин [8]. У контексті даної статті питання полягає в тому, а як можна трансформувати і адаптувати, запропоновані даними вченими, теоретичні концепції цивільних відносин щодо відносин у процесуальних галузях правової науки?

Абсолютно можна погодитися із даними авторами, які поставили на перше місце після Конституції України цивільне право, яке найчастіше застосовується у суспільних відносинах навіть тоді, коли громадяни про це не підозрюють. Так, купуючи продукти, отримуючи послуги тощо громадяни вступають у цивільно-правові відносини. Народження дитини, вступ до шлюбу зумовлюють виникнення сімейних відносин. Умови проживання у квартирах, будинках конкретизуються нормами житлового законодавства. Тому у ієрархії галузей права після конституційного доцільно ставити норми матеріального права і, в першу чергу, цивільного, оскільки вони є основною і найбільш поширеною у застосуванні галуззю правової науки. Отже, ці норми мають розцінюватися як головні, базові серед норм матеріального права. Лише після норм матеріального права ми умовно можемо ставити норми адміністративного та кримінального права.

Якщо ж взяти до уваги той аспект, що значимі правочини фізичних та юридичних осіб мають посвідчуватися у нотаріальному порядку, бо без цього громадяни не здатні будуть підтвердити наявність своїх прав та обов'язків, то у ієрархії процесуальних галузей права перед цивільним процесом має стояти нотаріальний процес, який можна розцінювати за сучасним законодавством як невід'ємну частину та спосіб реалізації громадянами їх безспірних цивільних прав у позасудовій формі.

Виходячи з аналізу розвитку правовідносин та кількістю звернень фізичних та юридичних осіб до нотаріуса можна з впевненістю сказати, що нотаріальний процес випереджає цивільний процес і безперечно буде альтернативним та ефективним способом охорони та захисту прав громадян, коли у нотаріальний процес в Україні остаточно і на високому рівні ввійде медіація. Останнє зауваження ґрунтується на тому, що особам не потрібно буде звертатися до суду, оскільки вчинені нотаріусами виконавчі написи можуть ставати підставою для примусового їх виконання державною виконавчою службою. Тому абсолютно можна погодитися з Є.О. Харитоновим та О.І. Харитоновою щодо необхідності створення певної ієрархії між галузями правової науки [8, с. 20-21], доцільності акцентувати увагу на важливості певних галузей правової науки для студентів, істотній потребі в збільшенні годин для вивчення базових дисциплін, але представляється важливим уточнити систему координат, за допомогою якої ми розставлятимемо галузі права на відповідні місця в загальній ієрархії.

Підходів до такої градації може бути декілька, тому розглянемо це на прикладі спеціальності із захисту дисертаційних досліджень: 12.00.03, в якій об'єднані цивільне право та цивільний процес, сімейне право та міжнародне приватне право. Отже, ці галузі правової науки об'єднані в одну групу і умовно відокремлені від інших галузей правової науки, виходячи з їх близькості і взаємозв'язків між ними. Якщо ж ми візьмемо за один із основних критеріїв поділу галузей права їх віднесення до публічного і приватного права, то виявиться, що до сфери публічного права відносять адміністративне право, кримінальне право, процесуальні галузі права тощо, а до приватного – цивільне і деякі інші галузі права [1]. Отже, аналізуючи спеціальність 12.00.03 можна зробити висновок, що у ній об'єднані різні за характером галузі права, тобто як матеріальні (цивільне, сімейне, міжнародне приватне право) та процесуальні (цивільний процес). Крім того, у паспорті спеціальності зазначено про те, що нотаріат є складовою цивільного процесу, але нотаріальний процес є досудовою процедурою охорони та захисту безспірних прав фізичних та юридичних осіб, а цивільний процес порядком розгляду цивільних справ судом.

Оскільки нотаріальний процес є процесуальною галуззю та при вчиненні нотаріальних дій виникають характерні йому нотаріальні процесуальні відносини, які передбачають наявність обов'язкового, спеціального суб'єкта-нотаріуса, який уповноважений державою на вчинення нотаріальних дій та які істотно відрізняються від матеріальних відносин, вважаємо доцільним зупинитися на їх аналізі.

Так, Є.О. Харитонов та О.І. Харитонова зазначають: "Сфера публічно-правова враховує інтереси насамперед публічні, загальні, а отже такі, що з деякою мірою умовності можуть бути названі "державними". У цій сфері суб'єктивне право формується за нормативним, вольовим принципом. Тому коли йдеться про публічне право саме держава за допомогою законодавчих актів визначає публічний інтерес. Він домінує у цих відноси-

© Фурса С., 2011

нах. Тут дістає вияв воля держави, і за допомогою правових норм відбувається узгодження індивідуальних інтересів у синтезованому інтересі публічному" [8, с. 19].

Але слід зазначити, що дане положення деякою мірою не враховує реальність нотаріальних процесуальних відносинах. Якщо слідувати за цією гіпотезою, то виходить, що нотаріальну діяльність було запроваджено для того, щоб громадяни сплачували державне мито за вчинювані державними нотаріусами нотаріальні дії, а також приватні нотаріуси сплачували податки з отриманих ними доходів. Будь-яка країна, насамперед, має дбати про права та інтереси своїх громадян, щоб вони краще жили – це інтерес держави, щоб в країні був спокій і країна була могутньою, тому у будь-якій, навіть, у приватно-правовій сфері існує інтерес держави.

У той же час, коли ми говоримо про цивільні права та обов'язки, які фіксуються в нотаріальному процесі по особливо важливим правовідносинам, то нотаріальна діяльність має бути спрямована не на охорону і захист державних інтересів, а на сприяння обом сторонам правочину в грамотному та законному їх оформленні, компенсації недостатньої обізнаності громадян в юридичних питаннях тощо. Існують країни, в яких нотаріальна діяльність зводиться до засвідчення дрібних юридичних фактів, а також такі, в яких нотаріальне посвідчення особливо важливих правовідносин не вимагається законодавством. У зв'язку з цим не можна нотаріат фетишизувати і вважати невіддільним "атрибутом" правової держави, а нотаріальну діяльність запорукою від можливих правопорушень. Для того, щоб досягти гармонійного розвитку нотаріату доцільно ставити акцент на найважливішому питанні, що мета нотаріальної діяльності полягає не стільки у суспільних (державних) інтересах, скільки в інтересах тих конкретних осіб, які звертаються до нотаріуса за вчиненням нотаріальної дії.

Сьогодні переважна більшість фахівців наголошує, що нотаріат виконує функцію превентивного правосуддя, тобто вирішує питання про законність або незаконність вимог заявника. Таким чином, ми ставимо осіб, які звертаються до нотаріуса за вчиненням нотаріального провадження на грань правопорушника або законослухняного громадянина і третього варіанту в такій ситуації не дано. Якщо до цього додати той апломб, з яким зустрічає громадян значна кількість нотаріусів, особливо, малодосвідчених, то стануть очевидними сучасні проблеми у досягненні суспільної мети і мети тих конкретних громадян, які змушені за вимогами законодавства звертатися до нотаріусів. Проблема полягає в тому, що переважна більшість громадян звертається до першого найближчого нотаріуса, припускаючи, що всі нотаріуси однакові. У той же час, значна кількість нотаріусів навіть не здатна вислухати громадян, а всі різновиди складних правовідносин оформлює за шаблонами наперед підготовлених договорів. Достатньо особі вказати, що вона хоче посвідчити договір купівлі-продажу автомобіля, квартири, заповіт і найпершим буде запитання нотаріуса: ваше прізвище, ім'я, по-батькові, технічний паспорт тощо. Зокрема, процедура посвідчення договорів, заповітів не передбачає простого принципу, що нотаріус має спочатку вислухати осіб, запропонувати їм найліпші умови договору, які б відповідали їх волі і лише потім він має посвідчувати правочин. Сьогодні до прав нотаріуса належить оплатне право щодо складання проектів договорів, але до процедури посвідчення будь-якого договору має входити складання нотаріусом його проекту під час спілкування із сторонами, оскільки кожна конкретна ситуація вимагає уточнення шаблону договору в інтересах конкретних осіб.

У зв'язку з цим можна і необхідно говорити про суспільні інтереси в якості нотаріальної діяльності, відповідності вимог законодавства тим реальним потребам громадян, які можна звести в найліпшому наданні їм правових послуг. При цьому, якщо забрати з діяльності нотаріусів ту складову, яка стосується творчого аспекту, необхідності індивідуально і з високим професіоналізмом підходити до вчинення кожної важливої нотаріальної дії, то чим нотаріуси будуть відрізнятися від інших суб'єктів, які надають послуги? Взяти з Інтернету проект договору можуть не тільки студенти, а й значна кількість пересічних громадян України. Тому саме завдяки розумовій і кваліфікованій діяльності та виконанні юрисдикційної функції держави нотаріуси не можуть відноситися до суб'єктів підприємницької діяльності.

Таким чином, нотаріальні відносини можна і потрібно сприймати не стільки в контексті отримання нотаріального акту, скільки у високопрофесійному наданні правових послуг нотаріусом і питання тут не тільки у формальній законності нотаріальних дій, а у відповідності волі особи тим правовим наслідкам, які мають настати після вчинення нотаріального провадження.

Нотаріус – це особа, яка уповноважена державою на виконання нотаріальної функції. З метою реалізації даної функції держава наділила нотаріуса та інших, уповноважених на вчинення нотаріальних дій, осіб певною компетенцією з посвідчення безспірних прав та фактів, що мають юридичне значення, а також вчинення інших нотаріальних дій з метою надання їм юридичної достовірності (ст. 1 Закону України "Про нотаріат" – надалі Закон).

Істотний вплив на професійну діяльність нотаріуса має комплекс його процесуальних прав та обов'язків, який зумовлюється і співвідноситься із загальноправовим його статусом, який доцільно порівнювати зі статусами інших осіб в державі. Так, нотаріус є публічною особою, але в силу методу правового регулювання нотаріального процесу, який є диспозитивно-санкціонованим [6] він не наділяється владними повноваженнями як суддя. Зв'язок між диспозитивністю та санкціонованістю проявляється у тому, що з одного боку він передбачає право особи на звернення до нотаріуса, а з іншого, – супроводжується обов'язком нотаріуса вчинити лише санкціоновані державою нотаріальні дії у визначеному законом порядку. В іншому випадку, на нотаріуса законом покладається обов'язок відмовити у вчиненні нотаріальної дії, якщо вона суперечить закону. Винятком із цього правила є можливість нотаріуса діяти в межах аналогії закону та праву.

Автором неодноразово зазначалось про необхідність нотаріуса в деяких випадках виходити за межі визначені законом, коли його спонукає до цього волевиявлення громадянина, яке не суперечить закону [4; 5; 7]. Нотаріус може виходити за межі визначені законом не тільки за волевиявленням громадян, а й з метою охорони прав та інтересів всіх суб'єктів, які беруть участь в правовідносинах.

Загальновідомим принципом цивільного права є положення, що дозволено все, що не заборонено законом і цей принцип чітко встановлений у ЦК, але трохи з іншим формулюванням щодо свободи договору, яка обмежується лише дією імперативних норм (ч. 3 ст. 6 ЦК). Тому загальна конструкція (шаблон) договорів може пропонуватися нотаріусом, а конкретні умови договору визначаються і уточнюються всіма учасниками нотаріального провадження з урахуванням імперативних норм законодавства.

Виконання таких завдань реалізується нотаріусом відповідно до нотаріальної процедури, тобто встановленого законом порядку вчинення нотаріальних дій,

який узгоджується із принципом єдиної нотаріальної процесуальної форми. Проте, не завжди у Законі та Інструкції існує процедура нотаріального посвідчення договорів, конкретний перелік документів, які мають надаватися нотаріусу для вчинення нотаріальної дії. Так, у ст.189 СК передбачено обов'язкове нотаріальне посвідчення аліментного договору, проте в Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України (надалі – Інструкція) відсутня послідовна і конкретна процедура вчинення такої нотаріальної дії. Крім того, ч. 2 ст. 189 СК передбачено положення, що у разі невиконання зобов'язаною особою умов аліментного договору, аліменти можуть стягуватися на підставі виконавчого напису нотаріуса, проте ні в СК, ні в Законі "Про нотаріат", ні в Інструкції не передбачено переліку документів, які б підтвердили факт безспірної заборгованості, щоб дало нотаріусу можливість вчинити на аліментному договорі виконавчий напис. Але це не означає, що нотаріус такі нотаріальні провадження не вчиняє, він у даному випадку виходить із аналогії закону, тобто вчиняє правочин згідно процедури, яка передбачена законом для подібних видів правочинів та загальних правил вчинення нотаріальних дій. Саме завдяки творчій діяльності нотаріуса можна встановити у договорі, на підставі яких документів буде встановлюватися факт невиконання або неналежного виконання аліментних зобов'язань.

Нотаріус не є суб'єктом владних повноважень, оскільки він не застосовує до осіб, які беруть участь у вчиненні нотаріального провадження заходи процесуального примусу. Саме на осіб покладається обов'язок подання усіх необхідним документів та відомостей для вчинення нотаріальної дії, бо у противному разі нотаріус, згідно п. 2 ч.1 ст. 49 Закону, відмовляє особам у її вчиненні. Нотаріус може лише сприяти особам у витребуванні документів з установ, підприємств, організацій, проте обов'язок щодо надання таких документів лежить на особі, яка звернулася до нотаріуса. У разі не подання таких документів, нотаріус не може застосувати заходи примусу до осіб, які такі документи не подали, а відповідальність для таких осіб не передбачена. Тобто нотаріальний процес та відповідні правовідносини в ньому мають характеризуватися ознаками диспозитивності, добровільності та безспірності.

Зазначені аспекти істотно впливають на становище нотаріуса та його процесуальні права та обов'язки.

Під час вчинення нотаріальних проваджень виникають складні, а іноді й тривалі багатоетапні нотаріальні процесуальні відносини між нотаріусом та особами, які звернулись до нього за наданням правової допомоги у формі безспірної юрисдикції. При цьому нотаріус займає статус обов'язкового суб'єкта таких відносин, тому що саме на нього згідно із Законом покладається обов'язок вчинення нотаріальних дій в інтересах кожної особи, яка до нього звернеться, але за певних і обумовлених законодавством умов. Тому при зверненні особи до нотаріуса характерними є первісне право особи та обов'язок нотаріуса. Але по мірі розвитку таких відносин всі суб'єкти наділяються комплексом процесуальних прав та обов'язків, які передбачені у Законі України "Про нотаріат" та в інших нормативних актах, а також обумовлені логікою таких відносин.

Процесуальні права і обов'язки нотаріуса в сфері здійснення нотаріального провадження визначаються межами дозволеної поведінки, які встановлюються на підставі законодавства України. Як свідчить практика, іноді суб'єктивні фактори не дозволяють вирішити прості правові ситуації, зокрема, коли нотаріус та інші особи, які беруть участь в нотаріальному провадженні, не можуть знайти компромісного варіанту викладення тієї чи іншої умови договору, що призводить до односторонньої відмови від подальшої участі в нотаріальних правовідносинах. Автор вважає, що поняття "ділова репутація нотаріуса" не абстрактне і воно не дозволить деяким з них посвідчувати угоди, в яких передбачається закріпити неграмотні або абсурдні положення, які хоча й не є незаконними, але з юридичної точки зору є некоректними. Це положення також допускає можливість відмови нотаріуса у посвідченні договору, хоча тут можна помітити й деяку розбіжність позиції автора з вимогами законодавства. У зв'язку з цим автор говорить про логіку нотаріальних правовідносин: нотаріус має користуватися авторитетом у нотаріальних відносинах. Але такий авторитет не виникатиме в силу звернення до нотаріуса "ваша честь", яке використовується у судочинстві при зверненні до судді. При зверненні кожної особи авторитет нотаріуса має бути підтверджений за рахунок кваліфікованих порад, грамотного викладення проекту документу, а також здібності знайти компромісний варіант врегулювання умов договорів тощо. У зв'язку з цим, реальні правовідносини в нотаріальному процесі значно складніші, ніж вони формально регламентовані у законодавстві.

Переходячи до аналізу тих прав, які передбачені у Законі слід одразу звернути увагу на ту обставину, що законодавець у ст. 4 "Права нотаріуса" не робить акцент на тому, що це саме процесуальні права нотаріуса, тобто ті права, якими нотаріус наділяється з метою вчинення нотаріальної дії як суб'єкт нотаріальних процесуальних відносин та учасник нотаріального процесу. Це питання є досить важливим, оскільки статус нотаріуса можна розглядати у декількох аспектах, зокрема:

- з точки зору організаційної структури нотаріату;
- з точки зору процесуальної діяльності нотаріуса.

Залежно від такого поділу мають формуватися права нотаріуса, які слід об'єднати у дві групи: загальні організаційні та процесуальні.

Як у Законі України "Про нотаріат", так і у багатьох теоретичних джерелах статус нотаріуса розкривається не коректно, тобто змішується організаційна та процесуальна діяльність нотаріуса, що призводить до плутанини. Так, деякі вчені визначають принцип процесуальності нотаріального права [2], та при цьому формулюючи групи суб'єктів нотаріального права [2, с. 56-57] зразу ж припускаються помилки при їх класифікації, зокрема, спочатку зазначають суб'єктів, які мають право вчиняти нотаріальні дії (це суб'єкти нотаріального процесу – **С.Ф.**), далі зазначають органи нотаріального самоврядування та органи державної влади (у п. 3 та 4 йдеться про організаційні питання), а п. 5 "Особи, які звертаються до нотаріуса за вчиненням нотаріальних дій" знову ж має відношення до нотаріального процесу [2, с. 58]. Зрозуміло, що така некоректна класифікація суб'єктів призвела до того, що даний автор у параграфі 2 розділу 3 "Особливості правового статусу нотаріуса" розкриває їх сумбурно, тобто змішує організаційні питання діяльності нотаріуса із його процесуальним статусом. Це саме стосується й прав та обов'язків нотаріуса, тобто не відокремлюються права та обов'язки нотаріуса, які стосуються організації його діяльності від процесуальних прав та обов'язків, якими він наділяється як обов'язковий суб'єкт нотаріальних процесуальних відносин з метою вчинення нотаріальної дії [2, с. 58-63]. Проте, інші вчені чітко проводять різницю між правовим статусом нотаріуса, який стосується організації та процесуальної діяльності [3; 9].

Для підкріплення аргументації думки автора доцільно звернутися до Закону України "Про судоустрій та

статус суддів", який регламентує організаційні питання, які стосуються статусу судді та ЦПК, який регламентує правовий статус судді як обов'язкового суб'єкта цивільних процесуальних відносин (суб'єкта цивільного процесу), залежно від цього й формулюються права та обов'язки суду. Але одним з найперших процесуальних питань, які висвітлюються у ЦПК є право на звернення до суду. Аналогічного положення у Законі взагалі не існує і навіть не встановлений адекватний такому праву обов'язок нотаріуса вчинити нотаріальне провадження.

Закон розпочинає регламентувати нотаріальні процесуальні правовідносини з прав нотаріуса, які викладені у ст. 4 Закону. Але у цій нормі перераховані не усі процесуальні права нотаріуса, оскільки у ч. 2 ст. 4 Закону передбачено, що чинним законодавством нотаріусу можуть бути надані й інші права. Наприклад, Законом передбачаються й інші процесуальні права нотаріуса, зокрема, якщо справжність поданого документа викликає сумнів, нотаріуси та інші посадові особи, які вчиняють нотаріальні дії, вправі затримати цей документ і направити його на експертизу (ч. 2 ст. 51 Закону).

Однак, віднесення законодавцем деяких положень до процесуальних прав нотаріусів в певній мірі потребують аналізу, оскільки вони можуть неадекватно тлумачитись. На нашу думку, віднесення до прав нотаріуса можливості витребувати від підприємств, установ і організацій відомостей і документів, необхідних для вчинення нотаріальної дії спрямоване на захист інтересів осіб, що звернулись за її вчиненням. Отже, це положення має трансформуватися у право особи і обов'язок нотаріуса сприяти громадянами у реалізації їх прав, але тільки у тих випадках, коли пересічні громадяни не здатні отримати необхідні документи або таке положення зумовлене об'єктивними чи суб'єктивними обставинами, інвалідністю особи тощо. В таких ситуаціях виникатимуть нові відносини, зумовлені правом нотаріуса на відповідь підприємств, які утримують необхідні для вчинення нотаріальних дій документи. Але не зазначення аналогічного положення в обов'язках нотаріуса або не зазначення в його компетенції про вчинення відповідного нотаріального провадження, позбавляє громадян та юридичних осіб реальної можливості вимагати його вчинення. Як можна вимагати, щоб нотаріус скористався власним правом?

Іноді громадянам службові особи безпідставно усно відмовляють у видачі деяких документів. Отже, це позбавляє їх права оскаржити дії посадових осіб, тому в цьому випадку право-обов'язок нотаріуса надати юридичну допомогу у витребуванні таких документів. При офіційному зверненні нотаріуса за ч. 2 ст. 46 Закону відповідні відомості і документи, необхідні для вчинення нотаріальних дій, повинні бути надані підприємствами, установами та організаціями в строк, передбачений нотаріусом, але такі відносини мають забезпечуватися відповідальністю відповідних організацій за невиконання ними обов'язків. Представляється, що нотаріус має бути наділений правом витребувати відомості від таких організацій, якщо в нього виникли сумніви в достовірності отриманих документів. В такому випадку доцільно ставити питання про термінове надання таких відомостей за запитом нотаріуса, щоб застерегти випадки правопорушень і скоєння злочинів з підробленими документами.

Тому, на думку автора, витребування документів від підприємств має належати також до обов'язків нотаріуса, як і виготовлення копій документів та виписок з них, складання проектів угод і заяв. Ці дії є складовою частиною нотаріального провадження і визначають можливість комплексно надавати юридичну допомогу. У зв'язку, з цим слід доповнити п. 2 ч. 1 ст. 5 Закону, де йдеться про обов'язок нотаріуса сприяти громадянам та юридичним особам у здійсненні їх прав та захисті законних інтересів положенням про витребування відомостей та документів, необхідних для вчинення нотаріальної дії, виготовлення копій документів та виписок із них, складання проектів угод та заяв, якщо про це клопоче особа.

У зв'язку з цим, можна говорити про істотні недоліки в систематизації правовідносин за їх суб'єктним складом. Якщо в цивільному праві всі суб'єкти мають певний статус: покупець і продавець, кредитор і боржник, треті особи та інші, то систематизувати відносини в нотаріальному процесі необхідно не тільки навколо нотаріуса, а й з урахуванням відповідних статусів осіб, які встановлені в нормах матеріального права. Наприклад, коли мова йде про роз'яснення нотаріусом тих наслідків, які виникнуть після посвідчення договору, то відповідна інформація має бути адресною. Коли у договорі купівлі-продажу об'єкту нерухомості штучно занижується вартість майна, то можливе наступне визнання його недійсним судом негативно позначатиметься на правах саме покупця, який не здатен буде підтвердити кількість коштів, переданих продавцю. Тому роз'яснення нотаріуса в даному випадку має орієнтуватися на покупця, а роз'яснення негативних наслідків появи претензій з боку третіх осіб на предмет договору купівлі-продажу – на продавця тощо.

Так само ґрунтовно необхідно кваліфікувати й інші права нотаріуса, зокрема, яке передбачене ч. 2 ст. 51 Закону щодо затримання документа, якщо його справжність викликає сумнів у нотаріуса і направлення його на експертизу потребує, на нашу думку, уточнення, оскільки вимагає від нотаріуса з одного боку героїзму, не властивого цій професії, а з іншого для приватного нотаріуса – власних грошей, оскільки проведення експертизи не безкоштовне. Крім того, у цьому конкретному випадку в особи має виникати право на компенсацію тих негативних наслідків, які в неї виникнуть через сумніви нотаріуса. Наприклад, при продажу квартири і виникненні сумніву у достовірності правовстановлюючих документів ставиться під сумнів не тільки можливість укладання договору, а й порядність продавця, оскільки покупець отримує інформацію про ніби підроблені документи і, скоріш за все, не буде очікувати протягом місця висновку експерта. В цьому випадку особі буде завдана шкода і перспектива лише оскарження дій нотаріуса сумнівна через те, що він діяв в силу прямої вказівки в законі і під впливом власних сумнівів. Тому нотаріусу доречно повідомляти про документи, які викликають у нього сумнів в їх достовірності, наявності підробки, правоохоронні органи, а нотаріальна процедура має передбачати такі випадки і дозволяти знайти таку особу, зокрема, доцільно в таких випадках копіювати паспорт заявника, особливо його фотокартку, і залишати в матеріалах нотаріального провадження тощо.

З метою формулювання процесуальних прав нотаріуса доцільно звернутися знову до аналізу ст. 4 Закону та інших норм, у яких вони регламентовані. Так, п. 2 ч. 1 ст. 4 Закону передбачає право нотаріуса одержувати плату за надання консультацій правового характеру, які не пов'язані із вчинюваними нотаріальними діями. На нашу думку, таке право не може відноситись до процесуальних прав нотаріуса, оскільки така діяльність не пов'язана безпосередньо із вчинюваною нотаріальною дією, тобто нотаріальним процесом, а пов'язана із загальною компетенцією нотаріуса – правом на надання консультацій правового характеру. У той же час складання проектів угод (договорів) має вважатися складовою вчинюваної нотаріальної дії та поглинатися її вар-

тістю. Якщо ми синтезуємо ці права нотаріуса, то можемо дійти висновку, що можливими є угоди між досвідченим нотаріусом та молодим, предметом яких може бути фактична купівля проектів нотаріальних актів досвідченого нотаріуса молодим нотаріусом, що може юридично кваліфікуватися як надання правової консультації, що не пов'язана з вчинюваним нотаріальним провадженням. Така угода вигідна всім, оскільки передана молодому нотаріусу інформація застереже випадки порушення прав громадян, а досвідчений нотаріус отримає додатковий стимул для творчого ставлення до своєї роботи та удосконалення і розвитку проектів нотаріальних актів. На сьогодні такий досвід отримується незаконним шляхом, а саме через помічників нотаріусів, які мають доступ до інформації нотаріуса і таку інформацію безвідповідально копіюють. Отже, у цьому випадку необхідно більш досконало регламентувати організаційні правовідносини, які притаманні нотаріусу та його помічнику. Зокрема, за всі виявлені недоліки в нотаріальній діяльності нестиме особисту відповідальність нотаріус, але певні організаційні дії вправі вчиняти й помічник нотаріуса, тому ці специфічні відносини необхідно регламентувати договором про прийняття на роботу.

Перед формулюванням процесуальних прав нотаріуса досить вважливим є аналіз точок зору, щодо віднесення вчинення нотаріусом нотаріальної дії в інтересах фізичних та юридичних осіб, які до нього звернулися до його прав, а не до обов'язків [9, с. 99]. На нашу думку, така позиція є сумнівною. З метою аргументації своєї точки зору вважаємо доцільним звернутися до аналізу ст. 49 Закону, якою передбачений вичерпний перелік підстав, за яких нотаріус повинен відмовити особі у вчиненні нотаріальної дії. Крім того, ч. 3 даної норми передбачено, що нотаріусу або посадовій особі, яка вчиняє нотаріальні дії забороняється безпідставно відмовляти у вчиненні нотаріальної дії. Тому вчинення нотаріальної дії за заявою особи, яка звернулась до нотаріуса, це його обов'язок, а не право та невиконання якого без поважних причин тягне для нотаріуса негативні наслідки – оскарження безпідставної відмови до суду.

Під **процесуальними правами нотаріуса** слід розуміти законодавчо закріплені межі дозволеної, самостійно ініційованої поведінки нотаріуса або ті повноваження, які, згідно Закону, зумовлені обов'язками осіб, які звернулися до нотаріуса. Такі права спрямовані на здійснення нотаріусами нотаріальної функції, шляхом посвідчення безспірних прав та фактів, що мають юридичне значення, а також вчинення інших нотаріальних дій з метою надання їм юридичної вірогідності.

Нотаріальні процесуальні обов'язки особи, що вчиняє нотаріальні дії, – це визначений державою перелік можливих правоохоронних та правозахисних засобів, які нотаріус зобов'язаний вжити за заявою громадянина або юридичної особи, а також в разі встановлення ним ознак правопорушення або злочину. Тобто разом з правами вони складають повноваження нотаріуса і входять до визначеної законодавством нотаріальної процедури.

Нотаріальні процесуальні обов'язки нотаріуса визначають його зобов'язання перед особою, яка звернулась за вчиненням нотаріальних дій, та перед державою, яка наділила його відповідними повноваженнями.

На підставі ст. 5 Закону можна виділити нотаріальні процесуальні обов'язки нотаріуса і на першому місці має стояти, на наш погляд, наступний обов'язок: вчинити нотаріальну дію за зверненням до нього кожної фізичної та юридичної особи відповідно до вимог законодавства, волі таких осіб, а також відмовити у вчиненні нотаріальної дії, якщо він виявить незаконність вимог заявника або суперечність таких вимог закону і правам та інтересам інших осіб.

Виходячи з єдиної нотаріальної процесуальної форми, доцільно було б аналогічно сформулювати процесуальні права та обов'язки осіб, які державою уповноважені на вчинення нотаріальних дій, зокрема, посадових осіб органів місцевого самоврядування, посадових осіб консульських установ та дипломатичних представництв, посадових осіб, передбачених ст. 40 Закону України "Про нотаріат", але з деякими винятками.

Щодо уповноважених на вчинення нотаріальних дій посадових осіб органів місцевого самоврядування, то комплекс їх прав та обов'язків порівняно із нотаріусом є дещо урізаним, оскільки виконання нотаріальної функції не є їх основним напрямом діяльності. Так, ці особи не можуть вчиняти усіх тих нотаріальних дій, які вчиняють нотаріуси. Це положення є виправданим через те, що такі особи не мають відповідної кваліфікації, здійснюють нотаріальні дії за сумісництвом тощо, хоча для вчинення таких нотаріальних дій й можуть уповноважуватися юристи, але без належної спеціальної підготовки від них неможливо вимагати кваліфікованих дій. Це положення стосується й посадових осіб, перелічених у ст. 40 Закону "Про нотаріат", оскільки вони вчиняють лише дві нотаріальні дії: посвідчення заповітів та довіреностей, за вчинення яких державне мито не сплачується. У силу нотаріальної процедури вони не можуть посвідчувати секретні заповіти, заповіти подружжя. Права і обов'язки громадян вимагають, що хоча б елементарні правові аспекти їх діяльності з вчинення нотаріальних дій офіційно були їм доведені до відома, а також необхідно забезпечувати таких осіб спеціальною літературою. Це положення зумовлене тим, що некомпетентність останніх взагалі ставить під сумнів можливість реалізації громадянами своїх прав у важкому для них становищі.

Процесуальні права та обов'язки посадових осіб консульських установ та дипломатичних представництв, які уповноважені на вчинення нотаріальних дій щодо фізичних та юридичних осіб України за кордоном обумовлені специфікою діяльності консула, дипломата, а також законодавством країни перебування. Слід зазначити, що нотаріальний процес як навчальна дисципліна останнім часом викладається в Інституті міжнародних відносин Київського національного університету, тому успішні випускники цього навчального закладу будуть здатні виконувати нотаріальні функції в якості консулів або їх помічників за кордоном.

Залишається невирішеним лише декілька другорядних питань, пов'язаних з тим, що правовідносини не можуть існувати лише при одному суб'єкті. Тому, в кінці кінців, необхідно надати офіційний статус тим особам, які звертаються до нотаріуса, та визначити їх права та обов'язки. Автор та інші вчені пропонували їх називати "клієнт", "заявник". Але найперше право таких осіб може бути визначено за аналогією з ЦПК: "Будь-яка особа вправі, в порядку встановленому законом, звернутися до нотаріуса за вчиненням нотаріальної дії (провадження) в її інтересах та інтересах інших осіб, а також в інтересах держави, коли вона належно уповноважена до цього". Сподіваюсь, що наступні дослідження розвинуть систему нотаріальних правовідносин, а підняті вкотре автором проблеми слугуватимуть підґрунтям для таких досліджень.

1. Алексеев С.С. Частное право: научно-публицистический очерк. – М: Статут, 1999. – С. 24-25. 2. Дякович М.М. Нотаріальне право України. – К.: Алерта, ЦУЛ, КНТ, 2009. – С. 34. 3. Комаров В.В., Баранкова В.В. Нотаріат в Україні. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 56, 73, 91-92. 4. Фурса С.Я. Межі нотаріальної творчості // Юридичний вісник. – 2003. – №5 (397). 5. Фурса С.Я. Нотаріальний процес. Теоретичні основи. – К., Істина, 2003. – С. 13-14. 6. Фурса С.Я., Фурса Є.І. Нотаріат в Україні: Теорія і

практика. – К.: А.С.К., 2001. – С. 57. 7. Фурса С.Я.Теоретичні основи нотаріального процесу в Україні / Автореф. дис.… докт. юрид. наук(12.00.03), 2003. – С.4. 8. Харитонов Є.О. Цивільні правовідносини: моногр. / Є.О. Харитонов, О.І. Харитонова. – 2-ге вид., перероб і доп. – Одеса : Фенікс, 2011. – 456 с. 9. Ярков В.В. Нотариальное право Росии. – М.: Волтерс Клувер, 2003. – С.85-103.

Надійшла до редколегії 17.05.11

М. Краснова, д-р юрид. наук

ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ ГАРАНТІЇ НАЛЕЖНОГО УКЛАДАННЯ ТА РЕАЛІЗАЦІЇ ДОГОВОРІВ В ЕКОЛОГІЧНОМУ ПРАВІ

В статті досліджуються організаційно-правові гарантії належного укладання та реалізації договорів в екологічному праві.

Ключові слова: договори, договірні екологічні відносини,організаційно-правові гарантії.

В статье исследуются организационно-правовые гарантии заключения и реализации договоров в экологическом праве.

Ключевые слова: договоры, договорные экологические отношения, организационно-правовые гарантии.

The article describes the organizational and legal guarantees of the conclusion and realization contracts in ecology law of contracts in ecology law.

Key words: agreements, contract ecology relations, organizational and legal guarantees.

Одним із питань, яке стає актуальним як в теорії, так і на практиці правозастосування, є питання можливості існування договорів в екологічному праві. Зважаючи, що договори є здебільшого категорією цивільного, або господарського права, в межах реалізації еколого-правових договірних відносин розглядаються переважно публічно-правові аспекти цього диспозитивного методу регулювання. Наприклад, сучасна господарсько-правова наука змушена досліджувати питання правового забезпечення державного регулювання економіки [1], господарського керівництва екологічним підприємством [2], державно-приватного партнерства (в тому числі у галузі використання природних ресурсів) [3], спеціалізації в регулюванні господарських, особливо публічних, договірних відносин [4]. Тому метою даної статті є науковий аналіз положень еколого-правової науки та законодавства щодо розширення сфер правових зв'язків між органами державної влади, органами місцевого самоврядування та суб'єктами, діяльність яких реалізується в галузі використання природних ресурсів, охорони довкілля та забезпечення екологічної безпеки на договірних умовах. Особливо з огляду на те, що такі зв'язки, з одного боку вказують на можливість реалізації повноважень цих осіб у зазначеній сфері на умовах договорів, з іншого – визначають існуючу систему державних органів та їх повноваження як гарантії реалізації прав суб'єктів господарювання в сучасних умовах розвитку суспільства.

Доцільність аналізу аспектів організаційно-правових засобів забезпечення укладання та реалізації договорів в екологічному праві обумовлена Основними засадами (стратегією) державної екологічної політики на період до 2020 року, затверджених Законом України від 21 грудня 2010 р. № 2818-VI (далі – Стратегія). Зокрема, такі зв'язки відповідають меті національної екологічної політики, особливо щодо інтеграції екологічної політики до соціально-економічного розвитку України для гарантування екологічно безпечного природного середовища для життя і здоров'я населення, впровадження екологічно збалансованої системи природокористування та збереження природних екосистем (абз. 1 розділу 2 Стратегії), а також окремим принципам Стратегії, таких як: посилення ролі екологічного управління в системі державного управління України з метою досягнення рівності трьох складових розвитку (економічної, екологічної, соціальної), яка зумовлює орієнтування на пріоритети сталого розвитку; міжсекторальне партнерство та залучення зацікавлених сторін.

Реалізувати зазначені мету та принципи можливо за допомогою реалізації стратегічних цілей та завдань державної екологічної політики. Так, удосконалення системи інтегрованого екологічного управління (ціль 4) можливе шляхом: інституційної розбудови і посиленням ефективності державного управління в природоохоронній галузі; впровадженням систем екологічного управління та підготовкою державних цільових програм з екологізації окремих галузей національної економіки, що передбачають технічне переоснащення, впровадження енергоефективних і ресурсозберігаючих технологій, маловідходних, безвідходних та екологічно безпечних технологічних процесів; розробленням і впровадженням до 2015 року системи стимулів для суб'єктів господарювання, що впроваджують систему екологічного управління, принципи корпоративної соціальної відповідальності, застосовують екологічний аудит, сертифікацію виробництва продукції, її якості згідно з міжнародними природоохоронними стандартами, покращують екологічні характеристики продукції відповідно до встановлених міжнародних екологічних стандартів тощо, що в більшості реалізується шляхом укладання відповідних договорів.

Аналогічно вищезазначена ціль має враховувати забезпечення екологічно збалансованого природокористування (ціль 6), завданням якого є технічне переоснащення виробництва на основі впровадження інноваційних проектів, енергоефективних і ресурсозберігаючих технологій, маловідходних, безвідходних та екологічно безпечних технологічних процесів до 2020 року.

Беззаперечно, що реалізувати такі цілі національної екологічної політики можливо шляхом здійснення основних інструментів цієї політики, в тому числі й тих, що досліджуються у цій статті, а саме: удосконаленням дозвільної системи у сфері охорони навколишнього природного середовища; екологічною експертизою та оцінкою впливу об'єктів екологічної експертизи на стан навколишнього природного середовища; екологічним аудитом, системою екологічного управління тощо, що на практиці може здійснюватися за допомогою укладання окремих договорів у цій галузі.

Отже, нагальним є визначення місця організаційно-правових засобів у механізмі правового регулювання екологічних правовідносин взагалі та їх вплив на регулювання еколого-правових договірних відносин зокрема. Традиційно організаційно-правові засоби в зазначеній галузі розглядаються у контексті таких понять як "система державного управління в галузі охорони навколишнього природного середовища", "система управління в галузі екології (тектоекології"), "система

© Краснова М., 2011

управління природокористуванням та охороною навколишнього природного середовища" тощо такими вченими як Ю.С. Шемшученко, В.І. Андрейцев, Н.Р. Малишева, А.П. Гетьман та іншими. При цьому береться до уваги, що система такого управління, його мета і завдання визначені концептуально Законом України від 25 червня 1991 р. "Про охорону навколишнього природного середовища". Це, зокрема, Кабінет Міністрів України, Рада Міністрів Автономної Республіки Крим, центральні органи виконавчої влади та їх територіальні підрозділи, місцеві державні адміністрації, а також органи виконавчої влади сільських, селищних та міських рад, яким делеговані певні повноваження органів державного управління в галузі охорони навколишнього природного середовища, та метою діяльності яких є реалізація екологічного законодавства, контроль за додержанням вимог екологічної безпеки, забезпечення проведення ефективних і комплексних заходів щодо охорони навколишнього природного середовища, раціонального використання природних ресурсів, досягнення узгодженості дій державних і громадських органів у галузі охорони навколишнього природного середовища (ст. 16 вищезазначеного Закону).

Як видно, положення Стратегії дещо розширюють поняття такого управління, коло органів управління в цій галузі, передусім закріпленням таких категорій як "екологічне управління", "система[и] екологічного управління". Слід звернути увагу, що такі категорії вже набули легітимного значення. Так, ст. 1 Закону України від 17 травня 2001 р. № 2406-III "Про підтвердження відповідності" закріплює поняття системи екологічного управління, під яким розуміється сукупність організаційної структури, діяльності та відповідних ресурсів і методів для формування, здійснення, аналізу і актуалізації екологічної політики. Впровадження цього поняття дає переваги передусім виробничому управлінню, тобто підприємствам, установам та організаціям, особливо щодо: цілеспрямованого зменшення обсягів матеріальних та енергетичних ресурсів, що споживаються, відходів виробництва і, відповідно, розмірів платежів за них; зменшення захворювань та впливу на генофонд; зменшення ризику відповідальності за забруднення довкілля; формування довіри населення до таких підприємств; врегулювання відносин з громадськістю, місцевою владою та підвищення іміджу підприємства; залучення інвестицій; отримання переваг над конкурентами під час участі у конкурсах і тендерах; підвищення авторитету серед кредитних організацій.

Отже, саме в сучасній інтерпретації поняття екологічного управління слід говорити про ті організаційно-правові засоби забезпечення належного укладання та реалізації еколого-правових договорів. Цих питань побічно торкалися такі вчені як А.К.Соколова, Л.М. Мороз, М.М. Бринчук, О.Ф. Суров, М.О. Геталова, Д.В. Хаустов та інші, які досліджували питання договорів у галузі використання природних ресурсів, договорів на покращення природних ресурсів (меліоративних договорів), договірних відносин у галузі охорони навколишнього середовища, ліцензійно-договірних засад природокористування та охорони навколишнього середовища, публічно-правових договорів у галузі природокористування тощо.

Посилення ролі і значимості організаційно-правових засобів реалізації еколого-правових договорів підтверджується прийняттям Закону України від 1 липня 2010 р. № 2404-VI "Про державно-приватне партнерство", яким державно-приватне партнерство визначено як співробітництво між державою Україна, Автономною Республікою Крим, територіальними громадами в особі відповідних органів державної влади та органів місцевого самоврядування (державними партнерами) та юридичними особами, крім державних та комунальних підприємств, або фізичним особами – підприємцями (приватними партнерами), що здійснюється на основі договору в порядку, встановленому цим Законом та іншими законодавчими актами. За своїми юридичними ознаками державно-приватне партнерство включає: забезпечення вищих техніко-економічних показників ефективності діяльності, ніж у разі здійснення такої діяльності державним партнером без залучення приватного партнера; довготривалість відносин (від 5 до 50 років); передача приватному партнеру частини ризиків у процесі здійснення державно-приватного партнерства; внесення приватним партнером інвестицій в об'єкти партнерства із джерел, не заборонених законодавством (ст. 1).

Серед сфер застосування державно-приватного партнерства чітко окреслюються сфери використання природних ресурсів (пошук, розвідка корисних копалин та їх видобування), охорони навколишнього природного середовища (збір, очищення та розподілення води; туризм, рекреація, культура і спорт; забезпечення функціонування зрошувальних і осушувальних систем), забезпечення екологічної безпеки (оброблення відходів). Закон передбачає можливість застосування й інших сфер діяльності. Важливим положенням є те, що державно-приватне партнерство застосовується з урахуванням особливостей правового режиму щодо окремих об'єктів та окремих видів діяльності, встановлених законом (ст. 4 вищезазначеного Закону). Це означає, що при застосуванні державно-приватного партнерства у сфері екології мають бути дотримані порядки надання природних ресурсів у користування та власне правовий режим використання та охорони таких ресурсів, а також режим забезпечення екологічної безпеки при здійсненні тих видів господарювання, які за юридичними ознаками віднесено до категорії екологічно небезпечних (поводження з небезпечними речовинами, агрохімікатами, відходами тощо).

Важливо, що законодавчо визначені функції, які виконуються при здійсненні державно-приватного партнерства та які цілком "вписуються" у сферу охорони довкілля, забезпечення екологічної безпеки та природокористування, це – проектування, фінансування, будівництво, відновлення (реконструкція, модернізація), експлуатація, пошук, обслуговування, а також інші функції, пов'язані з виконанням договорів, укладених у рамках державно-приватного партнерства (ч. 3 ст. 4). Такими функціями можуть бути, наприклад, еколого-експертна, еколого-аудиторська, еколого-інформаційна, екологічна проектно-вишукувальна тощо.

У рамках здійснення державно-приватного партнерства відповідно до цього Закону та інших законодавчих актів України можуть укладатися договори, які передбачені й екологічним законодавством, про: концесію, розподіл продукції, спільну діяльність, інші договори (ст. 5), наприклад, оренди природних ресурсів, підряду на виконання експертно-оціночних, аудиторських робіт, на проведення рекультиваційних, меліоративних, водоочисних, риборозведних, лісовідновних, дезактиваційних та інших природоохоронних заходів, надання послуг у сфері екології.

Крім цього, істотні умови договорів, що укладаються в рамках здійснення державно-приватного партнерства, мають відповідати вимогам, встановленим законами України. Так, для еколого-правової сфери важливими істотними умовами традиційно є визначення об'єктів договорів, якими виступають природні ресурси чи їх частини, що знаходяться на праві власності Українського народу, їх цільове використання, додержання в процесі їх експлуатації вимог екологічного законодавства,

терміни їх використання, ціна договорів, яка може включати й види спеціальних платежів (зборів) та інше. Предметом таких договорів можуть виступати різні види робіт і послуг, які можуть надаватися у межах здійснення державно-приватного партнерства.

Для еколого-правових договорів, що можуть здійснюватися в межах державно-приватного партнерства, характерним є джерела їх фінансування, які можуть бути виконані за рахунок ресурсів приватного партнера, коштів державного та місцевих бюджетів, фінансових ресурсів, запозичених в установленому порядку в кредитних установах, інших джерел, не забороненим законодавством, наприклад, за рахунок коштів фондів охорони навколишнього природного середовища (ст. 47 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища"). Так, порядок закупівлі товарів, робіт, послуг за рахунок бюджетних коштів здійснюється відповідно до Закону України від 1 червня 2010 р. № 2289-VI "Про здійснення державних закупівель". Традиційно Урядом України щорічно затверджуються порядки використання коштів, передбачених у державному бюджеті для реалізації тих чи інших природоохоронних заходів. Наприклад, постановою Кабінету Міністрів України від 28 лютого 2011 р. № 163 затверджено Порядок використання коштів, передбачених у державному бюджеті для комплексної реалізації державної екологічної політики, здійснення природоохоронних заходів.

Організаційно-правові засоби належного укладення та виконання договорів в екологічному праві пов'язані з питанням законодавчої чіткості найменування сторін в еколого-правових договорах, які традиційно називаються *суб'єктами таких договорів*. Як зазначається в літературі суб'єктний склад еколого-правових договорів саме й відмінний тим, що обов'язково хоча б одна із сторін має виступати як суб'єкт публічного права [7, с. 20]. Такими суб'єктами можуть бути державні органи – Кабінет Міністрів України, Міжвідомча комісія з організації укладення та виконання угод про розподіл продукції, Міністерство екології і природних ресурсів України, Національне агентство екологічних інвестицій України, інші міністерства та відомства, їх територіальні органи, державні адміністрації, тендерні комітети, 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 законодавство називає *державними (генеральними) замовниками, державними партнерами, орендодавцями, концесіодавцями* тощо.

Наприклад, ст. 5 Закону України від 14 вересня 1999 р. № 842-XIV "Про угоди про розподіл продукції" однією із сторін угод про розподіл продукції прямо визначає державу в особі Кабінету Міністрів України. Водночас, на Кабінет Міністрів України при цьому покладаються організаційно-правові повноваження, такі як: затвердження положення про Міжвідомчу комісію як постійно діючий урядовий орган з цих питань (ст. 5); затвердження Переліку ділянок надр (родовищ корисних копалин), що можуть надаватися у користування на умовах угод про розподіл продукції (ст. 6); прийняття рішення про проведення конкурсу на укладення угоди про розподіл продукції; визначення порядку та розміру плати за участь у конкурсі на укладення угоди про розподіл продукції; визначення порядку реєстрації заяв інвесторів на участь у конкурсі на укладення угоди про розподіл продукції; визначення переможця конкурсу; укладання угоди про розподіл продукції (ст. 7 Закону); затвердження порядку реєстрації першого та остаточного варіантів проекту угоди про розподіл продукції (п. 6 ст. 11 Закону) тощо.

Важливим організаційно-правовим засобом забезпечення укладання та реалізації еколого-правових договорів є розробка та затвердження Кабінетом Міністрів України форм Типових договорів, наприклад, Типового концесійного договору (постанова від 12 квітня 2000 р. № 643), Типового договору оренди землі (постанова від 3 березня 2003 р. № 220) тощо.

Кабінет Міністрів України постановою від 16 березня 2000 р. № 509 затвердив Положення про Міжвідомчу комісію з організації укладення та виконання угод про розподіл продукції, як постійно діючий орган Кабінету Міністрів України, постановою від 12 липня 2000 р. № 1119 утворено Міжвідомчу комісію з організації укладення та виконання угод про розподіл продукції, а постановою від 14 квітня 2010 р. № 314 перезатверджено її склад.

Комісія відповідно до покладених на неї завдань: подає разом з відповідним центральним органом виконавчої влади Кабінету Міністрів України пропозиції про затвердження Переліку ділянок надр (родовищ корисних копалин), що можуть надаватися у користування на умовах, визначених угодами про розподіл продукції; розглядає звернення інвесторів з пропозиціями про включення певної ділянки надр до зазначеного Переліку; публікує Перелік в офіційних друкованих виданнях України та іноземних засобах масової інформації; організує проведення конкурсів на укладення угод; реєструє заяви інвесторів щодо участі у зазначених конкурсах, розглядає матеріали, подані їх учасниками, готує і подає Кабінетові Міністрів України пропозиції про визначення переможців конкурсів; організує проведення експертизи проектів угод щодо їх відповідності вимогам до укладення таких угод; погоджує проекти угод з органами місцевого самоврядування, на території якого розташована ділянка надр, що відповідно до угоди передається у користування; розробляє в окремих випадках за рішенням Кабінету Міністрів України проекти угод та організовує їх переклад англійською мовою, якщо однією із сторін угод є іноземний інвестор; розглядає проекти угод та подає Кабінету Міністрів України пропозиції щодо їх укладення; здійснює державну реєстрацію проектів угод; надає інвесторам висновки, зауваження, результати проведених експертиз або нову редакцію угод; перевіряє повноваження представників інвесторів на підписання угод; розробляє пропозиції щодо продовження чи дострокового припинення дії угод, а також договорів передачі прав та обов'язків за угодами з особами, які беруть на себе такі права та обов'язки; здійснює контроль за виконанням угод та розглядає хід їх виконання не рідше одного разу на квартал на засіданнях Комісії, розробляє відповідні пропозиції та подає їх Кабінетові Міністрів України.

У своїй роботі Комісія взаємодіє з міністерствами, іншими органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, виробничими та науковими організаціями, інвесторами. Комісія має право створювати робочі групи і в разі потреби залучати до її роботи виробничі та наукові організації, експертів, консультантів. Робочим органом комісії є Мінприроди України. Технічне та організаційне забезпечення Міжвідомчої комісії щодо реєстрації проектів угод про розподіл продукції та державної реєстрації угоди про розподіл продукції здійснюється Мінекономіки України. Комісія залучає для проведення експертизи документів, пов'язаних з укладанням угод, відповідні центральні органи виконавчої влади та Національну академію наук, зокрема: наукової – Національну академію наук; техніко-економічної –

Мінекономіки; фінансово-економічної – Мінфін; технічної – Мінприроди (з питань пошуку та розвідки корисних копалин), відповідне міністерство разом з Мінприроди і Держгірпромнаглядом (з питань видобування та експлуатації родовищ); екологічної – Мінприроди, Держгірпромнагляд; охорони надр – Мінприроди, Держгірпромнагляд; безпеки та охорони праці – Держгірпромнагляд.

Відповідно Уряд Автономної Республіки Крим на своїй території може згідно з повноваженнями, визначеними в ст. 18 Закону України від 25 червня 1991 р. № 1264-XII "Про охорону навколишнього природного середовища" організовувати розробку та реалізацію екологічних програм, встановлювати порядок утворення і використання, в тому числі на договірних умовах, республіканського фонду охорони навколишнього природного середовища у складі республіканського бюджету АРК, організовувати управління і контроль в галузі охорони навколишнього природного середовища, проведення, в тому числі шляхом замовлення, державної екологічної експертизи об'єктів, що створюються та функціонують на території АРК, виконувати інші організаційні повноваження щодо укладання угод в галузі екології.

Міністерство екології та природних ресурсів України відповідно до повноважень, визначених в ст. 20 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища", положенні про Міністерство, затвердженне постановою Кабінету Міністрів України від 2 грудня 2006 р. № 1524, здійснює комплексне управління в зазначеній галузі, проводить єдину науково-технічну політику з цих питань, координує діяльність інших міністерств, відомств, підприємств, установ, організацій та громадян. Безпосередньо у сфері укладання та виконання еколого-правових договорів Міністерство може виступати: організатором – при забезпеченні роботи міжвідомчих комісій з визначення переможців конкурсів на отримання спеціальних дозволів на користування нафтогазоносними надрами, з організації укладення та виконання угод про розподіл продукції; замовником – на проведення екологічної експертизи, екологічного аудиту, на розробку державних екологічних стандартів та нормативів; стороною договору – при укладанні угод на виконання умов дозволів на спеціальне використання природних ресурсів, угод на проведення наукових досліджень, угод про міжнародне співробітництво в галузі екології; розпорядником бюджетних коштів – при використанні коштів державного бюджету для реалізації природоохоронних заходів; контрольним органом – при укладанні та реалізації договорів екологічного страхування, екологічного аудиту, оренди природних ресурсів, угод про розподіл продукції, угод про додержання ліцензійних умов у сфері використання та охорони природних ресурсів, вимог екологічної безпеки, в межах своєї компетенції радіаційної безпеки, режиму територій та об'єктів природно-заповідного фонду, у сфері поводження з відходами, небезпечними хімічними речовинами, пестицидами, агрохімікатами та інше.

Державне агентство екологічних інвестицій України відповідно до положення про нього, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 30 липня 2007 р. № 977, бере участь у формуванні та забезпеченні реалізації державної інвестиційної політики у сфері охорони навколишнього природного середовища та державної політики у сфері регулювання негативного антропогенного впливу на зміну клімату; виконання вимог Рамкової конвенції ООН про зміну клімату та провадження механізмів, передбачених Кіотським протоколом до неї, в тому числі в частині реалізації проектів, спрямованих на охорону навколишнього природного середовища, залучення інвестицій в охорону навколишнього природного середовища; створення та забезпечення функціонування національної системи торгівлі викидами. В межах виконання своїх завдань Державне агентство екологічних інвестицій України, зокрема: здійснює організаційно-методичне керівництво і координацію роботи, пов'язаної з регулюванням викидів парникових газів; розглядає та схвалює в установленому порядку проекти, спрямовані на зменшення обсягу антропогенних викидів або збільшення абсорбції парникових газів; розглядає та забезпечує в межах своїх повноважень реалізацію та фінансування проектів цільових екологічних (зелених) інвестицій; готує і погоджує у порядку, визначеному законодавством, пропозиції щодо фінансування проектів впровадження механізмів Кіотського протоколу до Рамкової конвенції ООН про зміну клімату; бере участь у підготовці міжнародних договорів, готує пропозиції щодо їх укладання та денонсації, укладає у межах своїх повноважень міжнародні договори України, забезпечує виконання зобов'язань, взятих Україною за міжнародними договорами, з питань, що належать до його компетенції; спрямовує бюджетні кошти на освоєння нових технологій, провадження іншої техніко-економічної діяльності з питань зміни клімату, здійснює інші повноваження.

Органи місцевого самоврядування в межах повноважень, визначених ст. 15 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища", іншими джерелами екологічного законодавства, а також Законом України від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР "Про місцеве самоврядування в Україні" уповноважені укладати угоди оренди земельних ділянок, водних об'єктів чи їх частин, що знаходяться на праві комунальної власності, угоди на виконання місцевих екологічних програм, на здійснення природоохоронних заходів за кошти місцевих бюджетів, або за кошти місцевих фондів охорони навколишнього природного середовища, угоди на виконання послуг по утилізації чи знешкодженні відходів, інші види договорів.

Важлива роль в організаційно-правових засобах належного укладання та реалізації еколого-правових договорів відводиться юридичним службам міністерств, відомств, підприємств, установ, організацій. Так, згідно із Загальним положенням про юридичну службу міністерства, іншого органу виконавчої влади, державного підприємства, установи та організації, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 26 листопада 2008 р. № 1040, така служба, крім всього іншого, організує роботу, пов'язану з укладенням договорів (контрактів), бере участь у їх підготовці та здійсненні заходів, спрямованих на виконання договірних зобов'язань, забезпеченні захисту майнових прав і законних інтересів органу виконавчої влади, а також погоджує (візує) проекти договорів за наявності погодження (візи) керівників заінтересованих структурних підрозділів; організовує претензійну та позовну роботу, здійснює контроль за її проведенням; проводить разом із заінтересованими структурними підрозділами аналіз господарської діяльності органу виконавчої влади, вивчає умови і причини виникнення непродуктивних витрат, порушення договірних зобов'язань, а також стан дебіторської та кредиторської заборгованості (пп. 11-13).

Відповідною гарантією належного виконання еколого-правових договорів виступає діяльність органів судової влади. З метою однакового і правильного застосування норм матеріального і процесуального права у розгляді спорів, пов'язаних із відносинами у галузі використання природних ресурсів, охорони навколишнього природного середовища вищі органи судової влади готують та доводять до відома усіх судів рекомендації,

якими відповідні суди можуть керуватися при виникненні схожих ситуацій. Так, рекомендаціями Президії Вищого Господарського Суду України від 2 лютого 2010 р. № 04-06/15 схвалено постанову "Про практику застосування господарськими судами земельного законодавства", а рішенням Вищого Господарського Суду України від 1 січня 2010 р. схвалені Узагальнення судової практики розгляду господарськими судами справ у спорах, пов'язаних із земельними правовідносинами. Аналогічно на засадах рішення Вищого Господарського Суду України від 1 січня 2009 р. узагальнено судову практику розгляду господарськими судами справ у спорах, пов'язаних із охороною навколишнього природного середовища, а рішенням президії Вищого Господарського Суду України від 27 червня 2001 р. № 02-5/744, зі змінами від 25 березня 2009 р. № 04-06/44, схвалено постанову "Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із застосуванням законодавства про охорону навколишнього природного середовища".

Отже, законодавчо визначена система державних, самоврядних, виробничих органів та підрозділів і їх компетенція у сфері організації укладання та виконання договорів у галузі використання природних ресурсів, охорони навколишнього природного середовища та забезпечення екологічної безпеки виступають належними гарантіями досягнення мети і завдань державної екологічної політики України, паритету публічних та приватних інтересів різних осіб у цій сфері.

1. Мамутов В. Загальні проблеми науки господарського права на стику XX та XXI століть // Право України. – 2010. – № 8. – С. 4-11. 2. Бобкова А. До питання господарського керівництва екологічним підприємництвом Право України. – 2010. – № 8. – С.4-11. 3. Вінник О. Державно-приватне партнерство з використанням угод акціонерів // Право України. – 2010. – № 8. – С. 47-55. 4. Беляневич О. Про спеціалізацію в правовому регулюванні господарських договірних відносин // Право України. – 2010. – № 8. – С. 64-71. 5. Екологічне право України : Академічний курс : Підручник / За заг. ред. Ю. С. Шемшученка. – К. : ТОВ "Видавництво "Юридична думка", 2005. – 848 с.

Надійшла до редколегії 17.05.11

Н. Клименко, д-р юрид. наук, проф.

ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОЇ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ДИДАКТИКИ

Висвітлено проблеми криміналістичної дидактики. Розглянуто особливості підготовки фахівців-криміналістів в Україні і зарубіжних країнах та необхідність її вдосконалення.

Ключові слова: криміналістична дидактика, методи та система навчання, підготовка кадрів, західні технології, електронні лекції, телемости в системі Інтернет.

Изложены проблемы криминалистической дидактики. Рассмотрены особенности подготовки специалистов-криминалистов в Украине и зарубежных странах и необходимость её совершенствования.

Ключевые слова: криминалистическая дидактика, методы, система науки и обучения, подготовка кадров, западные технологии, электронные лекции, телемосты в системе Интернета.

The article deals with problems of criminalistic didactics. It focuses on the specificity of training specialists-criminalists in Ukraine and foreign countries as well as on the ways of its improvement.

Key words: criminalistic didactics, methods, system of science and teaching, personnel training, western technologies, online lectures, Internet telebridges.

Заходи протидії злочинності сьогодні не дадуть належного результату, якщо потраплять до рук професійно непідготовлених працівників, а тому на одному з перших місць повинно бути підвищення ефективності навчання фахівців-криміналістів. Під час підготовки фахівців слід забезпечити різноманітність методів навчання обґрунтування їх теоретичних основ і більш тісний зв'язок їх з практикою.

Проблемним питанням в наукознавстві та юридичній науці є, перш за все, співвідношення понять "наука" та "навчальна дисципліна". Це питання важливе для побудови відповідних навчальних курсів [1; С. 4].

Співвідношення науки й навчальної дисципліни розв'язується на основі діалектичних принципів, таких як єдність історичного й логічного, конкретного й абстрактного, індукції та дедукції тощо. Учбова дисципліна криміналістики не збігається зі змістом науки, вона більш вужча ніж наука криміналістики. Історична послідовність розвитку наукових знань відображається в учбовому предметі у формі, яка вільна від випадковостей, сторонніх дискусій, описання методів, деяких відомостей з інших галузей знань відображає найістотніше закономірності цієї послідовності. Тому учбова дисципліна включає не всі наукові знання, а тільки частину їх. Це як правило, основні знання і деякі відомості з інших галузей знань.

Система учбової дисципліни криміналістики не завжди співпадає з системою науки. Система юридичних наук об'єктивна і лише одна Система ж юридичних дисциплін суб'єктивна, їх може бути декілька. Залежно від спеціалізації, розроблених моделей майбутніх фахівців, криміналістика у системі кримінально-правових дисциплін може викладатись у різному обсязі, за різною системою з виділенням окремих тем [5; 6].

Методи навчально-пізнавальної діяльності відрізняються від методів наукового пізнання завданнями, умовами й межами їх застосування з метою отримання нових знань і закономірностей, які становлять предмет її пізнання, узагальнень і систематизації цих знань у навчальному пізнанні – з метою вирішення завдань навчання, оволодіння знаннями конкретної науки, умінь і навичок фахівця. В епоху науково-технічної революції, коли зміст навчання все більше ускладнюється, вища школа покликана застосовувати методи науково-дослідної діяльності, змоделювати їх стосовно навчального процесу, застосувати методи наук з метою одержання нових знань [3; 4].

Системна організація науки і її розвинута методологія не тільки підвищили ефективність наукових досліджень і практичної криміналістичної діяльності, а й безпосередньо вплинути на якість підготовки спеціалістів, рівень їхньої спеціалізації, структуру криміналістичних і експертних закладів, формування інформаційних фондів та інші сторони функціонування криміналістичних закладів.

Сьогодні виникла проблема вдосконалення системи вищої освіти і покращення підготовки спеціалістів для чого необхідне створення моделі спеціаліста конкретного профілю.

Ця модель є еталоном, який слід впровадити в заходи навчально-виховного процесу протягом найближчого часу. Практична цінність такої моделі в тому, як адекватно і повно вона буде відображати основні вимоги, що ставляться до спеціаліста з вищою освітою на даному етапі розвитку нашої країни. Під моделлю розуміють систему показників, які повинен задовольняти випускник вузу.

© Клименко Н., 2011

Побудова і використання моделей, вимоги, що ставляться до неї, визначаються рамками системного підходу. Модель спеціаліста як його образ, яким він повинен стати для повного періоду часу, виражається певною документацією. Модель спеціаліста включає, перш за все, паспорт спеціаліста, як описання об'єктивних вимог до нього (своєрідний ДОСТ) [3; с. 8].

Модель спеціаліста – це визначення навчальних планів, програм і інших документів, які описують і регламентують процес його підготовки у вузі.

Ми поділяємо концепцію про необхідність розробки моделі спеціаліста на основі моделі його діяльності [7; с. 46]. Критерієм її обґрунтованості є практика з її сьогоднішніми вимогами. В їх світлі виявляється суттєві недоліки сьогоднішньої підготовки спеціалістів. Таким чином, виділяють модель діяльності і модель підготовки спеціаліста.

Першу модель діяльності розробляють комплексно спеціалісти відповідної галузі – психологи, економісти і математики. Другу модель підготовки спеціаліста розробляють педагоги (як вчені, так і практики), які навчають спеціалістів. В літературі розроблені різні моделі фахівців правоохоронних органів: слідчого, судді, експерта, оперативно-розшукового працівника тощо.

Так, в США та інших зарубіжних країнах в університетах на юридичних факультетах криміналістика майже не вивчається. Вона викладається і достатньо глибоко в поліцейських академіях з метою оволодіння і використання під час розкриття і розслідування злочинів. Пропозицію виключення криміналістики із числа дисциплін, що читаються в університетах, була висловлена в Міністерстві освіти Росії, але поки що це питання не вирішено в зв'язку з запереченням кафедри криміналістики МДУ [8]. Вважаємо, що криміналістика повинна вивчатися і в університетах, проте у звуженому обсязі (50 – 70 годин) майбутнім суддям, адвокатам, нотаріусам, працівникам виконавчої служби, експертам. Таким фахівцям потрібно читати також відповідні спецкурси з використанням того предмета, який визначає специфіку їх діяльності слідчим, дізнавачам, оперативним працівникам слід читати криміналістику понад 150 – 200 навчальних годин відповідно існуючих на сьогодні програм на криміналістику для спеціалістів конкретної спеціалізації.

Проблемним питанням є і підготовка кадрів для ОВС. Випускники навчальних закладів системи МВС, як зазначають деякі вчені, не одержують необхідних спеціальних знань і навичок для кваліфікованого виконання службових обов'язків на практичній роботі [9].

Необхідно вжити відповідних заходів, щоб навчальний процес максимально відповідав потребам спеціалізації у підготовці фахівців того чи іншого профілю. Вважаємо, що для цього необхідно зменшити час, відведений на навчання дисципліни з участю викладача, і збільшити години для самостійної роботи курсантів. "Криміналістика" є одним із базових предметів для юриста-правоохоронця. Під час її вивчення курсанти повинні вміти аналізувати інформацію, яка надходить з процесуальних і оперативних джерел, правильно оцінювати її та приймати рішення про виконання слідчих і розшукових дій, а також оперативно-розшукових заходів, складати процесуальні документи, оскільки при вивченні кримінального процесу на це також відведено обмаль годин.

З метою реформування відомчої освіти слід переглянути навчальні плани і зміст курсів із спеціальних навчальних закладів, які готують фахівців різних профілів, курсів перепідготовки, підвищення кваліфікації, розробити нові типові навчальні плани зі спеціальних дисциплін, у вищих навчальних закладах з підготовки експертів-криміналістів право на самостійне проведення криміналістичних експертиз надавати не в повному обсязі, а по окремих видах експертиз (дактилоскопія, трасологія, балістика тощо) [6; 9].

Необхідно зробити акцент на використання комп'ютерних тренажерів з метою вироблення навичок і вмінь проведення окремих слідчих дій з розподіленням ролевих функцій між студентами, комплексні ділові ігри, що включають декілька дисциплін (наприклад, кримінальне право, кримінальний процес, криміналістика), практичні заняття з натуральними об'єктами для вироблення навичок знаходження, виявлення, фіксації і вилучення речових доказів з використанням засобів криміналістичної техніки.

Слід покращити професійний відбір для підготовки фахівців, кандидатів на навчання доцільно перед вступом до ВНЗ направляти їх до практичного підрозділу для ознайомлення з їх роботою. Слід поновити інститути громадських помічників оперативного працівника, слідчого, які існували ще за радянських часів в Україні, що надасть можливість ознайомлюватися зі специфікою роботи вказаних фахівців. Це сприятиме зменшенню кількості звільнень молодих працівників [9].

Проблемою є впровадження досвіду західних педагогічних технологій (партнерських вузів Німеччини, Норвегії, Швеції, Фінляндії) Перш за все це викладання дисциплін кримінального циклу, включаючи і криміналістику – методи порівняльного правознавства, про поширені в західній юриспруденції. Така інформація використовується не тільки в науковій діяльності викладачів (дисертації, монографії, статті), але й під час підготовки курсів, лекцій, розробки нових спецкурсів, складанні планів практичних занять. Це викладання юридичних дисциплін однотиповими блоками і наприклад на 1 – 3 курсах предмети цивільно-правового циклу, а на 4 курсі – кримінально-правові дисципліни, такі як кримінальне право, кримінологія, кримінально-процесуальне право, юридична психологія, прокурорський нагляд, кримінально-виконавче право, а в ряді спеціалізованих вузів – і криміналістика.

Вдосконалення технології викладання лекцій, активне використання проблемного метода навчання, застосування нових можливостей комп'ютерного навчання, активізація і розробка нових форм контролю самостійні роботи студентів (протягом семестру проводиться поточний, проміжний та стоговий контроль), письмові завдання.

Диференційна підготовка до різних видів лекцій: і лекції-установчі, лекції-дискусії, проблемні лекції. Цікавою є французька форма бінома – читання лекції двома викладачами (викладач і практик або викладач і аспірант, або два викладача в формі дискусії).

Збільшення інформаційного насичення лекцій, активне використання в ході лекції роздаточних матеріалів, слайдів, комп'ютерних презентацій.

В системі заочного навчання ефективним є використання фондів електронних лекцій. Проблемою сьогоднішнього дня є і досвід використання інтернет-технологій у викладанні криміналістики й організації телемостів – відеоконференцій між ученими та практиками різних регіонів і держав, використання їх для підвищення ефективності педагогічної і науково-дослідної діяльності [10].

Науково-технічний прогрес в галузі комунікаційних технологій, розвиток мережі Інтернет дозволяє організувати постійне спілкування студентів як між собою, так і з викладачами, практиками з метою більш ефективного вивчення дисципліни.

Прикладом може бути практика кафедри кримінального процесу та криміналістики Таврійського національного університету імені В.І.Вернадського. Вона стала піонером застосування цього методу. Спочатку Інтер-

нет використовувався студентами лише для обговорення різних тем, потім для відповідей викладачів на питання студентів, "Консультації студентів з криміналістики", потім використання порталів дистанційного навчання (доступ www.crimea.edu).

Крім традиційної навчально-методичної документації на порталі є посилання на джерела з усіх тем, мультимедійні презентації, словники, довідники, електронні тексти для самостійної перевірки знань. Їх завдання ефективно використовуються для модульного контролю. Корисливою є практика проведення тематичних телемостів з допомогою Інтернет-відеозв'язку. Такі дискусії і конференції відбувалися з 2008 р. між Таврійським університетом, державним університетом Луганська ім. Е.О. Дідоренка і Омською академією МВС Росії "Загальне дактилоскопування населення і утопія або справи близького майбутнього, "Проблема охорони даних досудового розслідування". Організована лекція з криміналістики в on-line режимі між Улан-Уде – Сімферополя проф. д.ю.н. Ю.П. Гармаєва на тему "Протидія кримінальному переслідуванню і засоби його запобігання".

Магістрам кафедри теорії права та держави юридичного факультету Київського національного університету спецкурс "Верховенство права" читає кандидат юридичних наук, працівник Європейського суду (Франція, Страсбург) Пушкарев Павло Валентинович за складеною програмою.

Телемости можуть використовуватись і для зв'язку з школами, ліцеями з метою реклами учбового закладу і залучення студентів.

1. Смирнова Е.Э. Пути формирования модели специалиста с высшим образованием. – М, 1977. – 136 с. 2. Сигов .И.И. Проблемные разработки конкретных социальных моделей специалистов широкого профиля. – Л., 1974. – с. 8. 3. Клименко Н.И. Криминалистика как наука и учебная дисциплина, Днепропетровск, 1995, с. 16. 4. Клименко Н.І. Криміналістика як наука та навчальна дисципліна // Про українське право, ч. IV К і Грамота, 2009, с. 144 – 147. 5. Рассинская Е.Р. Современные проблемы криминалистической дидактики // Криміналістика XXI Матеріали міжн. науково-практ. конф. Харків: "Право", 2010. – с. 795 – 800. 6. Варцаба В.М. проблеми викладання криміналістики в навчальних закладах // Криміналістика XXI, Матеріали міжн. науково-практ. конф. Харків: "Право", 2010. – с. 779 – 782. 7. Клименко Н.И. Криминалистические знания в структуре профессиональной подготовки следователя, К.: Вища школа, 1990 с. 45 – 81. 8. Волчецкая Т.С. Актуальные проблемы преподавания криминалистики на современном этапе (по материалам зарубежного опыта) // Криміналістика XXI Матеріали міжн. науково-практ. конф. Харків: "Право", 2010. – с. 783 – 787. 9. Топчій Б.В. Деякі проблеми підготовки фахівців для слідчих підрозділів органів внутрішніх справ // Криміналістика XXI Матеріали міжн. науково-практ. конф. Харків: "Право", 2010. – с. 804 – 809. 10. Михайлов М.А. Телекоммуникационные технологии в преподавательской деятельности и научном обучении криминалистов // Криміналістика XXI Матеріали міжн. науково-практ. конф. Харків: "Право", 2010. – с. 791 – 795. 11. Бахин В.П., Карпов Н.С., Александренко Е.В. Чем могут быть полезны юридической практике кандидатские диссертации // Криміналістичний вісник № 2 (14), К.: ДнДЕКЦ МВС України, 2010, с. 6 –12.

Надійшла до редколегії 17.05.11

С. Бобровник, проф.

КОМПРОМІС І КОНФЛІКТ ПРИ ДОТРИМАННІ ЗАБОРОН

В статті визначається місце дотримання заборон в системі форм реалізації права, наведені приклади із діючого законодавства, визначені аспекти прояву конфліктних ситуацій, охарактеризовані їх причини і суб'єкти, визначена система правокомпромісних засобів.

Ключові слова: реалізація права, дотримання заборон, причини конфлікту, суб'єкти конфлікту, правокомпромісні засоби.

В статье определенно место соблюдение запретов в системе форм реализации права, наведены примеры действующего законодательства, определенны аспекты проявления конфликтных ситуаций, дана характеристика их причин и субъектов, определенна система компромиссных средств.

Ключевые слова: реализация права, соблюдение запретов, причины конфликтов, субъекты конфликта, правокомпромиссные средства.

The article defines the place of keeping prohibitions in the system of realization of law. There are examples from the active legislation given, aspects of play of confrontational situations defined, causes and subjects characterized, the system of lawful compromising means determined.

Key words: realization of law, keeping a prohibition, causes of conflict, subjects of conflict, lawful compromising means.

Однією з важливих складових механізму правового регулювання є реалізація правових норм. При всій важливості процесу прийняття нормативно – правових актів, вирішального значення має здійснення на практиці вміщених у них вимог. сформульовані у законах норми стають "працюючими" лише за умови їх втілення в дійсність, реалізації у свідомо – вольовій діяльності суб'єктів.

Визначаючи особливості процесу реалізації норм права, слід зазначити, що в залежності від особливостей змісту та характеру суспільних відносин, опосередкованих правом, а також специфіки засобів впливу права на поведінку людей, особливостей змісту норм права, в юридичній літературі обґрунтовується різноманітна класифікація форм реалізації права. Найбільш поширеною вона є в залежності від характеру правореалізуючих дій суб'єктів права. Важливого значення в системі форм реалізації у відповідності до зазначеного критерію є дотримання. Його соціальне призначення полягає у недопущенні вчинення дій, які можуть спричинити шкоду інтересам суспільства, держави, особистості. Це форма реалізації забороняючих норм, що полягає у пасивній поведінці суб'єктів та усвідомленому утриманні від вчинення заборонених законом дій. Суттєве збільшення значення цієї форми реалізації права і визначає актуальність її наукового дослідження.

Дотримання заборон як самостійна форма право реалізації була предметом дослідження у наукових працях М.І. Козюбри, В.А. Лазарева, Д.В. Малько, М.І. Матузова, М.М. Марченка, А.С. Піголкіна, О.В. Петришина, П.М. Рабіновича, О.Ф. Скакун, М.В. Цвіка. Однак, такий важливий аспект дотримання, як конфліктність та компроміс ще не були предметом наукового пошуку.

Метою цієї наукової публікації є визначення місця дотримання заборон в системі форм реалізації права, характеристика причин та аспектів прояву конкретних ситуацій в процесі дотримання заборон та обґрунтування правокомпромісних засобів їх подолання.

Досягнення поставленої мети, на нашу думку, безпосередньо пов'язаний із характеристикою дотримання як форми реалізації.

Дотримання є формою реалізації забороняючих правових норм, що встановлюють юридичні обов'язки пасивного типу, яка полягає у відмові зобов'язаних осіб від юридично заборонених видів поведінки [1, с. 408].

У свою чергу, А. М. Головістикова вказує на те, що при дотриманні суб'єкти утримуються від вчинення протиправних дій, іншими словами, дотримуються вимог

© Бобровник С., 2011

правових норм. Із правової точки зору поведінка індивіда може бути правомірною, або неправомірною, або юридично байдужою. Дотримання правових норм є видом правомірної поведінки, його перша та найбільш загальна форма реалізації прав, оскільки якщо люди поводять себе правомірно, спокійно живуть, працюють, нічого не порушують, є законослухняними громадянами, то тим самим досягаються ті цілі, на які розраховував законодавець.

Особливості цієї форми реалізації автор вбачає у наступному:

а) це в основному пасивна форма поведінки суб'єктів – утримуватися від вчинення неправомірних дій;

б) це найбільш загальна та універсальна форма реалізації права, що охоплює всіх без винятку індивідуальних та колективних суб'єктів – від пересічного громадянина до президента, від самих нижчестоящих структур влади до парламенту та уряду;

в) вона торкається головним чином правових заборон;

г) здійснюється поза конкретних правовідносин;

д) відбувається у більшості випадків природно, звичайно, непомітно, ніяк не фіксується [2, с. 549-550].

Ф. А. Григор'єв та А. Д. Черкасов вважають, що дотримання норм права має місце тоді, коли суб'єкти утримуються від вчинення дій, заборонених правом. Це пасивна форма поведінки суб'єктів у сфері правового регулювання. У більшості випадків дотримання права відбувається непомітно, як правило, не фіксується. Саме тому його юридичний характер яскраво не проявляється. У цій формі реалізуються забороняючі норми. На думку, А.О. Осауленко всі охоронні норми містять заборону, яка хоч і не формулюється прямо, однак логічно виводиться зі змісту норми. Забороняючі та охоронні норми передбачають абсолютні чи відносні обмеження. Основною їх метою є попередження негативних дій, а додатковою – спрямування суб'єктів на бажану поведінку [3, с. 171].

Інші автори, аналізуючи форми реалізації норм Основного Закону України зазначають, що під дотриманням конституційних норм розуміють пасивну поведінку суб'єктів, які не порушуючи відповідні конституційні заборони, тим самим реалізують конкретні конституційні норми, в яких ці заборони містяться. Так, наприклад, для реалізації частини 6 статті 17 Конституції, відповідно до якої на території України забороняється створення і функціонування будь-яких збройних формувань, не передбачених законом, суб'єкт просто не повинен створювати, або брати участь у створенні таких формувань. У тому разі, якщо у цьому аспекті поведінка суб'єкта буде пасивною, то відповідно ця поведінка буде правомірною, а відповідна норма Конституції України буде непорушена, а значить реалізована [4, с. 52].

На відміну від інших форм реалізації права, дотримання норм права пов'язано тільки з реалізацією забороняючих норм. Іноді дотримання норм права розглядається лише як дотримання зобов'язань. Однак сенс дотримання норм у всіх випадках завжди один і той же: утримання від вчинення дій, що знаходяться під забороною, тобто заборонені нормами права. Соціальна роль та призначення цієї форми реалізації права полягає у тому, щоб не допустити вчинення дій, які б могли спричинити шкоду не тільки суспільству та державі, але й особистості. Дотримання завжди має не активний, а пасивний характер. Реалізація цієї форми досягається не в силу вчинення активних дій суб'єктів права, а завдяки утриманню від вчинення заборонених законом дій [5, с. 684].

Дотримання норм права – це форма реалізації норм права, що знаходить своїй вираз в узгодженні суб'єктами своєї поведінки з нормами-заборонами. Дотримання норм полягає в тому, що суб'єкт утримується від порушення заборон, що містяться у тих чи інших правових нормах. Характерна риса цієї форми – пасивна поведінка суб'єктів: вони не здійснюють дій, що заборонені нормами права, і в такий спосіб реалізують правові заборони. Наприклад, утримання громадянина від спроб вивезти за кордон держави предмети, заборонені для вивозу, чи дотримання швидкості руху автомобіля в місті, яка дорівнює шістдесят кілометрів на годину [6, с. 166].

На думку В. В. Копєйчикова, дотримання норм права – це форма реалізації норм права, яка знаходить свій вираз в узгодженні суб'єктами своєї поведінки з нормами-заборонами. Іншими словами, сутність дотримання норм права полягає у тому, що суб'єкт утримується від порушення заборон, які містяться у тих чи інших правових нормах. Характерна риса цієї форми – пасивна поведінка суб'єктів: вони не чинять дій, що заборонені нормами права і таким чином виконують правові заборони. Як приклад додержання норм права – утримання громадянина від спроб вивезти за межі країни предмети, заборонені для вивозу. Саме в цьому виявляється соціальна користь цієї форми реалізації права [7, с. 166].

Т.І. Тарахонич визначає дотримання як форму реалізації забороняючи норм, змістом якої є утримання суб'єкта від порушення заборон, які містяться у правових нормах [8, с. 171].

Як бачимо, зазначені вище визначення не відрізняються різноманітністю підходів авторів до характеристики дотримання. На нашу думку, належність цієї категорії до форм реалізації права надає можливість виокремити їх спільні риси, що об'єднують використання, виконання, дотримання і застосування в єдиний засіб втілення приписів у поведінку суб'єктів. Так, дотримання, як і інші форми право реалізації:

- це реалізація правомірної поведінки суб'єктів права;
- її зміст складає втілення вимог норм права у поведінці;
- пов'язується з необхідністю досягнення певного результату;
- охоплює як юридично значиму поведінку, так і її кінцевий результат;
- характеризується подвійною сутністю, змістом якої є як процес, так і результат втілення вимог правових норм у поведінці суб'єктів;
- наявність суб'єктів, якими є як фізичні, так і юридичні особи і держава;
- характеризуються об'єктивною та суб'єктивною сторонами;
- обумовлюється специфікою засобів правового впливу та різновидом правових норм.

Самостійний характер дотримання визначає наявність лише їй притаманних особливостей. А саме:

- це форма реалізації забороняючи та охоронних норм;
- полягає у пасивній поведінці суб'єктів;
- змістом є утримання від заборонних діянь [9, с. 261];
- це спосіб гарантування суб'єктивного права;
- реалізується поза правовідносин;
- має не чітко виражений юридичний характер.

Самостійний та складний характер дотримання зобов'язань зумовлює необхідність аналізу факторів, що обумовлюють його ефективність. Важливе значення серед них належить конфлікту та компромісу.

Частина 1 статті 122 Кодексу України про адміністративні правопорушення [23] встановлює адміністративну відповідальність за перевищення водіями транспортних засобів встановлених обмежень швидкості руху транспортних засобів більш як на двадцять кілометрів на годину, порушення вимог дорожніх зна-

ків та розмітки проїзної частини доріг, правил перевезення вантажів, буксирування транспортних засобів, зупинки, стоянки, проїзду пішохідних переходів, надання переваги у русі пішоходам на неврегульованих пішохідних переходах, а так само порушення встановленої для транспортних засобів заборони рухатися тротуарами чи пішохідними доріжками.

Відповідно до КпАП адміністративна відповідальність з перевищення швидкості настає, коли водій рухався на транспортному засобів більше, ніж на двадцять кілометрів на годину. У той же час, Правила дорожнього руху, затверджені Постановою Кабінету Міністрів України від 10 жовтня 2001 року [24] встановлюють єдиний порядок дорожнього руху на території України та визначають, що у населених пунктах рух транспортних засобів дозволено зі швидкістю не більше шістдесяти кілометрів на годину. У жилих і пішохідних зонах швидкість руху не повинна перевищувати двадцяти кілометрів на годину. Поза населених пунктів Правилами для транспортних засобів установлені такі швидкісні режими:

а) автобусам (мікроавтобусам), що здійснюють перевезення організованих груп дітей, легковим автомобілям із причепом і мотоциклам – не більше вісімдесяти кілометрів на годину;

б) транспортним засобам, якими управляють водії зі стажем до двох років, – не більше сімдесяти кілометрів на годину;

в) вантажним автомобілям, які перевозять людей у кузові, – не більше шістдесяти кілометрів на годину;

г) автобусам (за винятком мікроавтобусів) – не більше дев'яноста кілометрів на годину;

д) іншим транспортним засобам: на автомагістралях – не більше ста тридцяти кілометрів на годину, на дорогах для автомобілів – не більше 110 кілометрів на годину, на інших дорогах – не більше дев'яноста кілометрів на годину. Під час буксирування швидкість не повинна перевищувати п'ятдесяти кілометрів на годину.

Отже, Правила дорожнього руху не тільки встановлюють швидкісний режим для різних транспортних засобів у різних умовах, але й передбачають чіткі обмеження швидкості. Наприклад, у населених пунктах рух транспортних засобів дозволено зі швидкістю не більше шістдесяти кілометрів на годину, а це означає, що шістдесят один кілометр на годину розглядається з точки зору Правил дорожнього руху як перевищення швидкості та порушення швидкісного режиму.

Проте, незважаючи на таку заборону, вона жодним чином не підкріплена засобами юридичної відповідальності, а отже залишається лише "на папері". З огляду на це, виникає *правовий конфлікт*, що породжує наслідки у вигляді недотримання Правил дорожнього руху значною кількістю водіїв. Вони рахують швидкісний режим не за Правилами дорожнього руху, а за Кодексом України про адміністративні правопорушення, тобто на двадцять кілометрів на годину більше. Водії в цьому випадку керуються не нормами, встановленими у Правилах дорожнього руху, а нормами, передбаченими Кодексом України про адміністративні порушення.

Більш того, цей *правовий конфлікт* може призвести до "несподіваного" для таких водіїв притягнення до кримінальної відповідальності. Проблема полягає у тому, що частина 1 статті 286 Кримінального кодексу України [25] "Порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами" встановлює кримінальну відповідальність за порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особою, яка керує транспортним засобом, що спричинило потерпілому середньої тяжкості тілесне ушкодження.

Варто зазначити, що диспозиція цієї норми є бланкетною, тобто такою, що відсилає до інших нормативно-правових актів. Якщо розглядати аспект, пов'язаний з перевищенням швидкості, то Кримінальний кодекс України відсилає саме до Правил дорожнього руху, а не до Кодексу України про адміністративні порушення. Більш того, Пленум Верховного Суду України у своїх постановах зобов'язує суди робити посилання на конкретні пункти саме Правил дорожнього руху, а не інших нормативно-правових актів.

Таким чином, невідповідність між положеннями Правил дорожнього руху та Кодексу України про адміністративні правопорушення породжують низку *складних правових конфліктів.* Разом із тим, слід зазначити, що "двадцяти кілометровий" розрив було встановлено для більш чіткого вирішення питання про притягнення до водіїв до адміністративної відповідальності. Звичайно, певний "зазор" повинен існувати, але не такий як на сьогодні. Вважаємо за необхідне, внести зміни до частини 1 статті 122 Кодексу України про адміністративні правопорушення замінивши слова "двадцять кілометрів на годину" на слова "п'ять кілометрів на годину".

Варто зазначити, що наведений *правовий конфлікт є внутрішнім правовим конфліктом, що породжує зовнішній правовий конфлікт* на *зовнішньому* рівні взаємодії суб'єктів у межах організації дорожнього руху та дотримання швидкісного режиму.

Проаналізований правовий конфлікт передбачає наступну структуру: **1) причини:** колізійність норм Правил дорожнього руху, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 10 жовтня 2001 року та положеннями Кодексу України про адміністративні правопорушення, які встановлюють швидкісний режим для водіїв транспортних засобів на території України та адміністративну відповідальність за його недотримання; **2) суб'єкти:** водії транспортних засобів та органи Державної автомобільної інспекції МВС України, а також дізнання, досудового слідства та суди; **3) правокомпромісні засоби:** внесення змін до законодавства, правозастосовна практика, судова практика.

Пропонуємо наступні зміни до законодавства, зокрема, у частині 1 статті 122 Кодексу України про адміністративні правопорушення, слова "двадцять кілометрів на годину" замінити словами "п'ять кілометрів на годину".

Стосовно вищевикладеного правового конфлікту варто зазначити, що він має місце не лише у сфері адміністративного права, але й кримінального.

У межах проблематики дотримання правових норм варто проаналізувати форми реалізації права спеціальними суб'єктами – державними службовцями та правові конфлікти, що виникають у зв'язку з цим.

На державних службовців законодавством покладаються різноспрямовані функціональні обов'язки, а також дотримання значної кількості заборон. Вони стосовно кожного державного службовця різні (залежить від органу влади, де проходиться державна служба; посади та інших ознак). За невиконання таких обов'язків та недотримання встановлених заборон законодавство про державну службу встановлює різні види юридичної відповідальності (конституційно-правова, кримінальна, адміністративна, цивільно-правова та дисциплінарна). Наявність кожної з них, а також належного механізму притягнення до відповідної відповідальності є однією з умов належного виконання покладених на державного службовця обов'язків та дотримання встановлених законодавством заборон.

Серед наведених видів юридичної відповідальності не останнє місце займає проблема притягнення державних службовців до дисциплінарної відповідальності. Як

зазначають С. В. Ківалов та Л. Р. Біла-Тіунова, особливість дисциплінарної відповідальності державних службовців проявляється в тому, що підставою її настання може бути: а) дисциплінарний проступок; б) порушення морального характеру [26, с. 277-278]. Варто зазначити, що у сучасному законодавстві давно виявилась необхідність взаємопроникнення норм права та норм моралі. Проте у будь-якому випадку необхідно чітко розуміти відповідні категорії, а особливо це стосується тих випадків, коли постає питання про притягнення до будь-якого виду юридичної відповідальності. Зважаючи на це, необхідно детально розкрити у законодавстві поняття порушення державним службовцем морального, етичного характеру (безперечно, без перелічення конкретних випадків порушення вимог моралі), а найголовніше чітко прописати процесуальний порядок притягнення державних службовців до такої відповідальності.

На жаль, ні підстав, ні детально врегульованого порядку притягнення державних службовців до такого виду відповідальності законодавство не містить, а всі питання віданні на особисте вирішення керівником. Такий стан справ не сприяє зміцненню законності та правопорядку у процесі проходження державної служби, негативно впливає на об'єктивність притягнення державних службовців до дисциплінарної відповідальності.

Отже, *існує правова прогалина притягнення державного службовця до дисциплінарної відповідальності за аморальну поведінку*, що прямо суперечить вимогам пункту 22 статті 92 Конституції України [10], де прямо передбачено, що підстави притягнення до дисциплінарної відповідальності повинні встановлюватися законами. Такий правовий конфлікт породжує складні наслідки для різних аспектів державотворення в незалежній Україні.

Варто зазначити, що наведений правовий конфлікт є внутрішнім правовим конфліктом, який породжує цілу низку зовнішніх правових конфліктів як на внутрішньому, так і на зовнішньому рівні взаємодії суб'єктів у межах проходження державної служби.

Проаналізований правовий конфлікт передбачає наступну структуру: **1) причини:** правова прогалина у вигляді відсутності підстав та порядку притягнення державних службовців до дисциплінарної відповідальності за аморальну, неетичну поведінку; **2) суб'єкти:** державні службовці (підлеглі та начальники, громадяни); **3) правокомпромісні засоби:** внесення змін до законодавства, правозастосовна практика керівників, службові та дисциплінарні розслідування, рішення судів.

Пропонується ухвалити кодифікований законодавчий акт (відповідні проекти вже реєструвались у Верховній Раді України), який би передбачав підстави та порядок притягнення до дисциплінарної відповідальності всіх категорій державних службовців, у тому числі за аморальну, неетичну поведінку.

Нарешті, варто зазначити, що проблема подібного ґатунку існує й у царині притягнення до відповідальності за невиконання трудових обов'язків та дотримання встановлених законодавством заборон працівниками. Так, стаття 135-2 Кодексу законів про працю [27] встановлює колективну (бригадну) відповідальність. Разом із тим, у статті 61 Конституція України [10] прямо встановлює положення, відповідно до якого юридична відповідальність будь-якої особи повинна мати виключно індивідуальний характер. Здебільшого цей правовий конфлікт є відтворенням застарілих стереотипів та рудиментів тоталітарного режиму, який довгий час функціонував на теренах нашої держави. Проте на сьогодні цей правовий конфлікт необхідно терміново розв'язувати шляхом скасування статті 135-2 Кодексу законів про працю України, а ще краще ухвалити новий Трудовий кодекс України, який би регламентував трудові відносини на якісно новому конституційному підґрунті.

Наведений правовий конфлікт є зовнішнім правовим конфліктом на внутрішньому рівні взаємодії суб'єктів у межах притягнення працівників до матеріальної відповідальності.

Проаналізований правовий конфлікт передбачає наступну структуру: 1) причини: суперечності між нормами Кодексу законів про працю України та Конституції України щодо встановлення колективної (бригадної) матеріальної відповідальності працівників; 2) суб'єкти: працівники та власник або уповноважений орган; 3) правокомпромісні засоби: скасування статті 135-2 Кодексу законів про працю України, або ухвалення нового Трудового кодексу України, що регламентував би трудові відносини на якісно новому конституційному підґрунті.

Стосовно вищевикладеного правового конфлікту варто зазначити, що він має місце не лише у сфері трудового права, але й негативним чином впливає на реалізацію конституційних норм.

Наведене вище дає підстави сформулювати такі висновки.

1. Встановлено, що правовий конфлікт та правовий компроміс мають свій прояв у різних формах реалізації права, у тому числі у формі виконання та дотримання. На сучасному етапі розвитку соціальних процесів ускладнилось сприйняття суб'єктами необхідності виконання покладених на них обов'язків та дотримання зобов'язань. З огляду на це, у межах названих форм виникають різноманітні правові конфлікти, що значно ускладнюють процес реалізації норм права, а отже гальмують розвиток держави, розбудову дієздатних структур громадянського суспільства.

2. Виявлено, що правові конфлікти динаміка яких здійснюється у межах дотримання правових норм безпосередньо пов'язана з їх використанням. Це пов'язано з тим, що кожному праву одного суб'єкта кореспондує відповідний обов'язок іншого. Такі правові конфлікти у рамках наведених форм реалізації права існують у всіх галузях права. При цьому найбільш ефективними правокомпромісними засобами їх упорядкування є внесення змін до законодавства та рішення уповноважених суб'єктів, у першу чергу, судів.

3. Детально проаналізовано:

правовий конфлікт, пов'язаний із притягненням до відповідальності за порушення обмежень швидкості руху, який спричинений колізійністю норм КпАП та спеціальних норм, передбачених Правилами дорожнього руху;

правові конфлікти, що виникають у межах додержання та виконання правових норм державними службовцями, спричинені відсутністю дієвого механізму притягнення до юридичної відповідальності таких осіб, зокрема, за аморальну, неетичну поведінку;

правові конфлікти, пов'язані із притягненням до відповідальності за невиконання трудових обов'язків та дотримання встановлених законодавством заборон працівниками, які спричинені колізійністю норм, що встановлюють як колективну, так і суб'єктивну відповідальність за такі порушення.

4. Наведено найбільш поширені правокомпромісні засоби упорядкування конфліктів у межах виконання та дотримання норм права, зокрема, до них віднесено внесення змін до законодавства, рішення спеціально уповноважених суб'єктів.

1. Загальна теорія держави і права: [Підручник для студентів] / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; За ред. д-ра юрид. наук, проф., акад АПрН України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України О. В. Петришина. – Харків: Право, 2009. – 584 с.
2. Головистикова А. Н., Дмитриев Ю. А. Проблемы теории государства

и права : Учебник. – М. : Изд-во Эксмо, 2005. – 832 с. – (Российское юридическое образование). 3. Актуальні проблеми теорії держави і права / За заг. ред. О.Є. Біди. – К.: ФоП О.С. Ліпкан, 2010 – 260 с. 4. Григоренко Є. І. Конституція та засади конституційного ладу України у питаннях та відповідях: навч. посіб. / Є. І. Григоренко, О. С. Передерій. – Х. : ХУПС, 2010. – 172 с. 5. Марченко М.Н. Проблемы теории государства и права: учеб. – М.: ТК Велби, Из – во Проспект, 2007 – 768 с. 6. Теорія держави і права : навч. посіб. / [О. М. Головко, І. М. Погрібний, О. В. Волошенюк та ін.] ; за заг. ред. І. М. Погрібного ; МВС України, Харк. нац. Ун-т внутр. справ. – Х. : ХНУВС, 2010. – 274 с. 7. Загальна теорія держави і права / за заг. ред. В. В. Копейчикова. – К. : Юрінком Інтер, 1998. – 320 с. 8. Загальна теорія держави і права (основні поняття, категорії, правові конструкції та наукові концепції). – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 400 с. 9. Мала енциклопедія теорії держави і права. – К; Вид-во Європейського університету, 2010. – 368 с.

Надійшла до редколегії 17.05.11

УДК 341.983:340.137:341.24

Г. Цірат, канд. юрид. наук

ОСОБЛИВОСТІ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ НАДАННЯ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ У ОТРИМАННІ ЗА КОРДОНОМ ДОКАЗІВ У ЦИВІЛЬНИХ ТА КОМЕРЦІЙНИХ СПРАВАХ

В статті розглянуті приклади міжнародно-правової уніфікації процедур отримання доказів за кордоном в цивільних та комерційних справах на прикладі Гаазьких конвенцій 1954 и 1970 років, конвенцій СНД, ОАД, Регламенту ЄС та основні способи отримання доказів за кордоном.

Ключові слова: правова допомога, судові доручення, отримання доказів, запитуюча держава, запитувана держава, центральні органи, дипломатичні та консульські представники, попередній дозвіл.

В статье рассмотрены примеры международно-правовой унификации процедур получения доказательств за рубежом по гражданским и коммерческим спорам на примере Гаагских конвенций 1954 и 1970 годов, конвенций СНГ, ОАГ, Регламента ЕС и основные способы получения доказательств за рубежом.

Ключевые слова: правовая помощь, судебные поручения, получение доказательств, запрашивающее государство, центральные органы, дипломатические и консульские представители, предварительное разрешение.

Examples of international law unification of procedures as well as ways to take evidence abroad in civil and commercial matters are examined on the basis of 1954 and 1970 Hague Conventions, CIS and LAS Conventions and EU Regulation.

Key words: grant of the legal assistance, letters rogatory, taking of evidence, requesting state, central authority, diplomatic and consular agents, prior permission.

Необхідність в отриманні правової допомоги виникає тоді, коли у суду, який розглядає справу, виникає необхідність в здійсненні відповідних процесуальних дій за межами території, на яку розповсюджується його юрисдикція. Загально відомо, що юрисдикція кожного суду розповсюджується лише на територію, яка визначається законодавством країни про судоустрій або процесуальним кодексом. Територіальна обмеженість юрисдикції суду при розгляді справ, не обтяжених іноземним елементом, вирішується за допомогою інституту судового доручення, відомого процесуальному законодавству більшості країн світу.

Територіальна обмеженість юрисдикції суду при розгляді справ, обтяжених іноземним елементом, вступає у протиріччя з міжнародним (транскордонним) характером спору, який він розглядає, та з мультинаціональними процесуальними діями, які потрібно здійснити для вирішення спору. Це протиріччя частково знімається шляхом застосування процедур направлення судового доручення та надання міжнародної правової допомоги.

При направленні судового доручення судом однієї країни до іншої країни відбувається звернення органів публічної влади однієї держави до органів публічної влади іншої суверенної держави і здійснюється взаємодія між публічними владами двох суверенів, одна з яких звертається з проханням, а інша надає допомогу (сприяння) у виконанні цього прохання. Без сприяння, згоди, дозволу або не заперечення з боку держави, на території якої мають бути здійсненими певні дії, виконання такого судового доручення неможливо. Таким чином, надання правової допомоги особливо у формі виконання судових доручень є формою взаємодії органів публічної влади різних держав і це можливо лише за згодою або угодою між відповідними державами. Це надає такій допомозі характер "міжнародної правової допомоги".

Міжнародна правова допомога є складовою частиною міжнародного цивільного процесу і здійснюється, зокрема, у формі вручення за кордоном судових та позасудових документів, в отриманні за кордоном доказів та здійсненні інших процесуальних дій. Визначення, зміст та обсяг дій, що входять до переліку видів правової допомоги було розглянуто автором у статті "Правова допомога в міжнародному цивільному процесі – вручення за кордоном судових документів" [16].

Актуальність питань надання міжнародної правової допомоги в отриманні за кордоном доказів зростає, як в Україні, так й у всьому світі. Це пов'язано зі значним ростом кількості спорів, що розглядаються судами різних країн, в яких приймають участь іноземні особи та предмет яких пов'язаний з більш ніж однією країною та для вирішення таких спорів процесуальні дії необхідно здійснити в різних країнах.

Наукові кола України не приділили належної уваги дослідженню та аналізу правовідносин, що виникають при наданні правової допомоги у формі отримання за кордоном доказів в перше десятиріччя незалежності. Нажаль, ситуація не змінилася і після приєднання України до двох Гаазьких конвенцій – 1965 та 1970 років, які регулюють питання надання правової допомоги у формі вручення за кордоном документів та отриманні за кордоном доказів і які стали наступними кроками у вдосконаленні процедур, передбачених Гаазькою конвенцією про цивільний процес 1954 р. [6]. Аналізу процедур, передбачених конвенціями 1954, 1965 та 1970 років в нашій науковій літературі було приділено критично мало уваги.

Більш того, до 2008 року норми цих конвенцій не були навіть імплементовані в національне законодавство. Перший крок по імплементації було здійснено у червні 2008 р., коли спільними наказами Міністерства юстиції та Судової Адміністрації України було затверджено Інструкцію "Про порядок виконання міжнародних договорів з питань надання правової допомоги в цивільних справах щодо вручення документів, отримання доказів та визнання і виконання судових рішень" [4], яка встановила повноваження та порядок зносин органів юстиції та судових органів України з приводу надання та/або отримання міжнародної правової допомоги.

Наступним кроком на шляху імплементації стало набуття чинності 17.02.2010 р. закону України [6], яким внесені відповідні зміни до діючих процесуальних кодексів України [15, 1, 5], якими було врегульовано процедури звернення українських судів до закордонних орга-

© Цірат Г., 2011

нів з судовими дорученнями та виконання українськими судами іноземних судових доручень про вручення документів та отримання доказів.

Метою цієї статті є розгляд тенденцій та особливостей міжнародно-правового регулювання відносин, що виникають між органами юстиції різних країн при наданні правової допомоги у формі отримання доказів при вирішенні цивільних та комерційних справ, обтяжених іноземним елементом, підходів, що покладені в основу регулювання відповідних процедур різними міжнародними договорами.

Міжнародно-правові джерела регулювання міжнародної правової допомоги при отриманні доказів за кордоном.

Першим з документів, що регулювали вказані питання на багатосторонньому рівні була Гаазька конвенція про цивільний процес 1954 р. [9], (далі Конвенція 1954 р.). Вдосконаленням та розвитком окремих положень цієї Конвенції, а саме положень статей 8-16, стала Гаазька Конвенція про отримання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах 1970 р. [3], (далі Конвенція 1970 р.). Сьогодні вона є одним з ключових міжнародно-правових документів універсального характеру в сфері регулювання відносин з приводу надання правової допомоги по отриманню доказів за кордоном у цивільних та комерційних справах.

На регіональному рівні процеси уніфікації різних складових міжнародного цивільного процесу відбуваються, як правило, під егідою регіональних міжнародних організацій та об'єднань, таких як Співдружність Незалежних Держав (СНД), Європейський Союз (ЄС), Організація Американських Держав (ОАД) та інші. Прикладами міжнародно-правової уніфікації в рамках СНД є Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності [11], Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 22.01.93 р., Протокол до Конвенції від 29.03.97 р. [7, 12] та Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 22.01.2002 р. [8].

В Європейському Співтоваристві отримання за кордоном доказів та здійснення інших процесуальних дій врегульовано Регламентом Ради Європейського співтовариства від 28 травня 2001 року № 1206/2001 "Про співпрацю між судами держав-членів в отриманні доказів в цивільних та комерційних справах" [13].

В рамках Організації американських держав було розроблено та підписано цілу низку конвенцій з питань міжнародного цивільного процесу, в тому числі, з питань надання правової допомоги в сфері отримання доказів за кордоном. Це, перш за все, Міжамериканські конвенції "Про отримання доказів за кордоном" від 13.01.75 р. [11], "Про докази та інформацію про іноземне право" від 08.05.1979 р. [10], Додатковий Протокол від 25.05.84 р. до Конвенції "Про отримання доказів за кордоном" [2].

На двосторонньому рівні питання надання правової допомоги у формі виконання судових доручень з отримання доказів за кордоном регулюються у двосторонніх договорах про правову допомогу в цивільних, сімейних та комерційних справах, які укладаються між багатьма державами. Україна уклала 30-ть двосторонніх договорів про правову допомогу у цивільних, сімейних та інших справах.

Способи, за допомогою яких судові органи однієї країни можуть отримати докази на території іншої держави.

Всі способи надання правової допомоги, що передбачені вказаними вище міжнародними конвенціями, можна поділити на дві групи. До першої групи відносяться такі способи, в основі яких лежить взаємодія судових органів різних країн між собою за посередництвом відповідних власних органів цих країн і, власне, ці способи можна вважати класичним проявом та формою надання правової допомоги в міжнародному цивільному процесі. В такий спосіб компетентним органам (як правило, судам) однієї країни надається допомога органами іншої країни в отриманні на її території доказів та здійсненні інших процесуальних дій.

До другої групи відносяться способи, які ґрунтуються на принципі допуску до цього процесу: (а) дипломатичних та консульських службовців, які представляють країну місцезнаходження суду, що розглядає спір і які виконують свої функції в країні, на території якої виникла потреба в отриманні доказів; (б) осіб, спеціально уповноважених судом, що розглядає спір, на отримання доказів на території певної країни. Такі способи можна назвати способами сприяння з боку однієї держави діям певних осіб іншої держави в отриманні на її території доказів, а не правова допомога в прямому розумінні цього інституту міжнародного цивільного процесу.

Способи, які ми можемо віднести до першої групи:

(а) *За посередництвом консула запитуючої країни*. Цей спосіб покладено в основу процедури, що регулюється Конвенцією 1954 р., стаття 9 якої вказує, що "судові доручення передаються консулом запитуючої держави владі, яка вказується запитуючою державою". Це основний спосіб передачі судового доручення за Гаазькою конвенцією 1954 р.

(б) *За допомогою центральних органів*. Це основний спосіб, покладений в основу більшості багатосторонніх міжнародних договорів, перш за все, Гаазької Конвенції 1970 р., Мінської конвенції 1993 р., Міжамериканської конвенції 1975 р. та Протоколу до неї 1984 р., багатьох двосторонніх міжнародних договорів про правову допомогу, укладених Україною з іншими країнами світу.

Відповідно до вказаних міжнародних договорів, кожна договірна держава має призначити відповідний орган влади, який буде виконувати функції "центрального органу", і на який буде покладено обов'язки, що передбачені вказаними міжнародними договорами. Процедура передачі, отримання та виконання судового доручення за посередництвом центральних органів країн-учасниць полягає в тому, що суд однієї з держав-учасниць, що розглядає цивільну справу і потребує отримання доказів на території іншої країни-учасниці, має звернутися з судовим дорученням до відповідного іноземного компетентного органу (як правило, до суду) за посередництвом центральних органів цих обох країни.

(в) *безпосередньо шляхом спілкування між судами* різних країн-учасниць. Такий спосіб зокрема, передбачений Угодою СНД 1992 р. [14], Регламентом ЄС 2001 р. [13]. Цей спосіб передбачає можливість звернення судів однієї країни-учасниці з судовими дорученнями про отримання доказів та здійснення інших процесуальних дій безпосередньо до компетентних судів інших країн-учасниць. Стаття 2 (1) Регламенту ЄС вказує "запити відповідно до статті 1 (1) (а), тут і надалі "запити", передаються судом, в якому розпочато процедури, чи в якому вони тривають, тут і надалі – "запитуючий суд" безпосередньо до уповноваженого суду іншої держави-члена, тут і надалі – "запитуваний суд", для виконання доручення про отримання доказів". Кожна країна ЄС має скласти перелік судів, до компетенції яких відноситься виконання іноземних судових доручень та повідомити про це інші країни-учасниці.

Таким чином, в один із способів, згаданих у п. (а) та (б) вище, суд однієї з країн-учасниць, який для вирішення спору по суті потребує отримання доказів за ме-

жами території власної країни, має звертатися "за посередництвом" до певних органів влади, як власної країни, так і країни-місця отримання доказів. Така процедура створена з метою сприяння судам країн-учасниць у передачі власних або отриманні іноземних судових доручень. Вона базується на припущенні, що суди не розуміються та не мають розумітися у тонкощах процедур спілкування з іноземними судовими органами, і тому їм потрібні "посередники".

Насправді дуже часто така багатоступінчата процедура лише затягує процес направлення та виконання судового доручення у часі, ускладнює саму процедуру передачі судового доручення, по-перше, і, по-друге, не можна вважати доведеним, що судові органи гірше за інші органи влади здатні виконувати функції спілкування з судами інших країн з метою отримання доказів за кордоном.

На нашу думку, світова тенденція в цьому питанні буде полягати в тому, щоб поступово передавати право звернення за правовою допомогою до самих компетентних судів або до уповноважених ними осіб. Цей підхід поступово втілюється в життя в деяких міжнародних документах, прийнятих на регіональному рівні, наприклад, в ЄС та СНД, там де існує значна подібність судових систем та процесуальних правил. В ЄС – як наслідок довгострокових інтеграційних процесів, а в СНД – як спадок від існування єдиної держави – СРСР.

До другої групи ми можемо віднести способи, що передбачені деякими міжнародними договорами, частково, Конвенцією 1954 р., значною мірою – Конвенцією 1970 р., частково Регламентом ЄС 2001р. та Міжамериканською конвенцією про отримання доказів 1975 р. та Протоколом до неї 1984 р.

Такі способи ми умовно будемо називати "альтернативними", в силу того, що їх застосування є певною альтернативою способам, які ми віднесли до першої групи.

Способи, які ми відносимо до другої групи:

(а) отримання доказів *дипломатичними та консульськими службовцями* країни-суду, що розглядає спір, і які виконують свої функції в країні, на території якої виникла потреба в отриманні доказів;

(б) отримання доказів *спеціальними уповноваженими особами.*

Такі способи можна назвати способами сприяння з боку однієї держави діям осіб іншої держави в отриманні на її території доказів, а не правова допомога в прямому розумінні цього терміну.

Головними принципами застосування таких способів отримання доказів є: незастосування примусу; можливе попереднє отримання від влади країни-місця отримання доказів або загального або разового дозволу на здійснення вказаних дій; розповсюдження права на отримання доказів, або лише на власних громадян, що мешкають на території держави місця акредитації, або на громадян будь-яких країн, що мешкають на території вказаної держави.

В чому полягає різниця між дипломатичними та консульськими службовцями певної країни та особами, спеціально уповноваженими на отримання доказів?

Дипломатичні та консульські службовці, по-перше, є посадовими особами запитуючої держави спеціального статусу та мають, в тому числі, судовий імунітет від юрисдикції держави-місця акредитації; по-друге, до їх компетенції відносяться такі питання як здійснення певного переліку процесуальних дій на території країни акредитації по відношенню до громадян власної країни, наприклад, засвідчення шлюбу, заповіту, тощо; по-третє, ці посадові особи постійно перебувають на території певної країни та за ними (консулами) закріплюється певна територія (консульський округ), в межах якої вони вправі виконувати свої повноваження. В силу цього їх статус вже є певною передумовою для надання їм "додаткових" прав здійснювати певні процесуальні дії на території країни-місця виконання ними своїх повноважень, а саме прав на отримання доказів.

Спеціально уповноважені особи – це фактично представники іноземного суду, які отримали від нього повноваження на здійснення певних процесуальних дій на території іноземної країни. Вони, з одного боку, не мають жодного офіційного статусу, а з другого – є представниками судової влади іноземної країни, які мають повноваження здійснювати процесуальні дії по отриманню доказів на території іншої країни. Взагалі сама правова можливість існування таких процесуальних осіб, з'явилася завдяки Гаазькій конвенції 1970 р. і стала певною правовою "сенсацією", яку ще досить не "сприймають" багато країн, зокрема, і Україна.

Як можна побачити з розглянутого, єдиного універсального підходу до встановлення процедур направлення, отримання та виконання судових доручень з метою отримання доказів за кордоном не існує: одні конвенції передбачають процедуру безпосереднього спілкування між судами різних країн-учасниць, інші запроваджують взаємодію між центральними органами країн-учасниць, треті – за допомогою дипломатичних, консульських представників, тощо.

Незважаючи на таку багатоманітність можна все ж таки стверджувати, що діюча сьогодні панівна тенденція у міжнародно-правовій уніфікації в цій сфері полягає, по-перше, в закріпленні в якості "основного" способу спілкування при наданні міжнародної правової допомоги за посередництвом центральних органів країн, по-друге, у формулюванні переліку певних можливих "додаткових" процедур, які можуть використовуватися як альтернатива "основному" способу, з одночасним наданням права країнам-учасницям або взагалі забороняти застосування всіх або деяких з таких "додаткових" процедур, обмежувати чи обумовлювати їх застосування певними вимогами, або, безумовно, дозволяти їх застосування.

1. Господарський процесуальний кодекс України. ЛІГАБізнесІнформ. 2. Додатковий Протокол від 25.05.84р. до Конвенції "Про отримання доказів за кордоном". www.oas.org/ 3. Закон України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання питань міжнародного приватного права" від 21.01.2010, № 1837-VI. ЛІГАБізнесІнформ. 4. Інструкція Міністерства юстиції України та Судової адміністрації України. Інструкція "Про затвердження Інструкції про порядок виконання міжнародних договорів з питань надання правової допомоги в цивільних справах щодо вручення документів, отримання доказів та визнання і виконання судових рішень". Наказ Міністерства юстиції України, Державної судової адміністрації України від 27 червня 2008 року N 1092/5/54. Зареєстровано в Міністерстві юстиції України від 2 липня 2008 р. за N 573/15264. ЛІГАБізнесІнформ. 5. Кодекс адміністративного судочинства України. ЛІГАБізнесІнформ. 6. Конвенція з питань цивільного процесу 1954 р. ЛІГАБізнесІнформ. 7. Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 22.01.1993 р. ЛІГАБізнесІнформ. 8. Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 22.01.2002 р. 9. Конвенція про отримання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах 1970р. ЛІГАБізнесІнформ. 10. Міжамериканська конвенція "Про докази та інформацію стосовно іноземного законодавства" від 08.05.1979р. www.oas.org/ 11. Міжамериканська конвенція "Про отримання доказів за кордоном" від 13.01.1975 р. www.oas.org/ juridico/english/Sigs/b-37. 12. Протокол до Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 29.03.97р. ЛІГАБізнесІнформ. 13. Регламент Європейського співтовариства від 28 травня 2001 року № 1206/2001 "Про співпрацю між судами держав-членів в отриманні доказів в цивільних та комерційних справах". Official Journal of the European Communities. 14. Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності 1992р. Міжнародні договори України про правові відносини та правову допомогу. Офіційне видання Міністерства юстиції України, Видавничий дім Інюре. К. 2007. С. 539-545. 15. Цивільний процесуальний кодекс України. ЛІГАБізнесІнформ. 16. Цірат Г.А. Правова допомога в міжнародному цивільному процесі – вручення за кордоном судових документів. Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Актуальні проблеми міжнародних відносин. – К.: ІМВ, 2008. – Вип. 75, ч 2. – К, 2008 – С.127-136.

Надійшла до редколегії 17.05.11

УДК 349.41

Т. Коваленко, канд. юрид. наук, доц.

ВИДИ ПРОГАЛИН У ЗЕМЕЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

В статті проведено класифікацію прогалин у правовому регулюванні земельних відносин в Україні за різними критеріями, що надає змогу виявити характерні ознаки зазначеного дефекту земельно-правового впливу та вірно обрати способи їх усунення чи подолання.

Ключові слова: земельне право; прогалина в праві; види прогалин; ефективність правового регулювання.

В статье проведено классификацию пробелов в правовом регулировании земельных отношений в Украине, что предоставляет возможность определить характерные признаки указанного дефекта земельно-правового влияния и правильно выбрать способы их устранения или преодоления.

Ключевые слова: земельное право; пробел в праве; виды пробелов; эффективность правового регулирования.

In the article has been carried out the classification of gabs in the land relation legal regulation in Ukraine, that provides an opportunity to determine the attributes of the indicated defect of the land law impact and to choose correctly the methods of their elimination or overcome.

Key words: land law; gab in law;* types of gaps*; effectiveness of legal regulation.

Класифікація прогалин є важливим засобом вивчення специфіки правової природи цього явища, причин появи прогалин і пошуку шляхів їх попередження, усунення та подолання. Класифікація має не лише теоретичне, але й практичне значення для правотворчої та правозастосовчої діяльності, зокрема удосконалення законодавчого процесу, покращення нормотворчої техніки актів земельного законодавства, забезпечення законності у процесі реалізації вимог земельного законодавства тощо.

Питанням класифікації прогалин присвятили свої дослідження В. К. Забігайло [2, с.43-63], О. В. Колотова [7], В. В. Лазарєв [9; 10], П. І. Радченко [19, с.70-73], О. М. Ярошенко [23] та інші вчені. Так, на думку В. В. Лазарєва, види прогалин у праві можна класифікувати за такими критеріями: 1) за повнотою правового регулювання: а) повна відсутність норм; б) неповнота діючих норм; 2) за наявністю волі законодавця: а) воля на врегулювання відносин виявлена ("дійсні"); б) воля законодавця не виявлена ("недійсні"); 3) залежно від джерел виявлення прогалин: а) із самої системи законодавства ("іманентні"); б) із зовнішніх джерел ("трансцедентні"); 4) за часом виникнення: а) "первинні"; б) "похідні"; 5) за суб'єктивною стороною прояву волі законодавця: а) "простимі"; б) "непростимі"; в) "навмисні"; 6) за можливістю подолання при реалізації права: а) "подоланні"; б) "неподоланні" [9; 10]. З урахуванням особливостей правового регулювання земельних відносин необхідно звернутись до класифікації прогалин саме в земельному праві України, що дозволить виявити їх ознаки та сформулювати підходи до їх попередження, усунення чи подолання.

Юридичні прогалини в земельному праві можна класифікувати за різними критеріями, що надасть змогу визначити їх характерні риси. Залежно від суб'єктивного сприйняття суб'єктом правозастосування, прогалини в земельному праві можна поділити на: (а) реальні та (б) уявні. Реальними прогалинами є об'єктивно існуюча відсутність правової норми за потреби правового регулювання земельних відносин. Уявна прогалина буде мати місце, якщо суб'єкт правозастосування внаслідок певних суб'єктивних обставин (незнання, омана, умисне ігнорування специфіки правового регулювання) помиляється або щодо відсутності такої необхідної правової норми, або щодо необхідності саме правового впливу на певні земельні відносини. Тобто, уявна прогалина є помилкою в процесі застосування норм земельного права та не може бути ні усунена, ні заповнена шляхом застосування аналогії.

Залежно від джерел виявлення прогалин, прогалини в земельному праві можуть бути виявлені (а) із самої системи законодавства ("іманентні" за визначенням В. В. Лазарєва) та (б) із зовнішніх джерел ("трансцедентні" за визначенням В. В. Лазарєва). На нашу думку, іманентні прогалини виявляються у процесі систематизації земельного законодавства. Як офіційна, так і неофіційна систематична (предметна) інкорпорація, а також консолідація і, особливо, кодифікація створюють підґрунтя для висновку про наявність певних груп суспільних відносин, як не врегульовані правовими нормами за наявності такої необхідності або врегульовані не в повній мірі. Зазначений вид прогалин усувається у процесі правотворення, особливо при кодифікації земельного законодавства. Трансцендентні прогалини виявляються у процесі правозастосування й можуть бути заповнені за допомогою аналогії закону або аналогії права.

Залежно від чинників, які призвели до появи прогалин у земельному праві України, можна виділити: (а) об'єктивні прогалини та (б) суб'єктивні прогалини. Об'єктивні прогалини земельно-правового регулювання наявні на момент виникнення певних земельних відносин, що потребують правового регулювання. Суб'єктивні прогалини можуть виникати у процесі застосування права судовими органами, коли скасовується незаконний нормативно-правовий акт, що тягне появу прогалини правового регулювання певних земельних відносин. Так, відповідно до ст. 171 Кодексу адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р., суд може визнати нормативно-правовий акт незаконним чи таким, що не відповідає правовому акту вищої юридичної сили, повністю або в окремій його частині. Якщо у процесі розгляду справи щодо нормативно-правового акта виявлено незаконність або невідповідність правовому акту вищої юридичної сили інших правових актів чи їх окремих положень, крім тих, щодо яких відкрито провадження в адміністративній справі, які впливають на прийняття постанови у справі, суд визнає такі акти чи їх окремі положення незаконними або такими, що не відповідають правовому акту вищої юридичної сили. Резолютивна частина постанови суду про визнання нормативно-правового акта незаконним або таким, що не відповідає правовому акту вищої юридичної сили, і про визнання його нечинним невідкладно публікується відповідачем у виданні, в якому його було офіційно оприлюднено, після набрання постановою законної сили.

Суб'єктивна прогалина може виникнути також у результаті визнання земельних законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим неконституційними, що також тягне втрату ними чинності з моменту визнання їх неконституційними в силу вимог ст. 73 Закону України "Про Конституційний Суд України" від 16 жовтня 1996 р.

© Коваленко Т., 2011

За субординацією в правовому регулюванні можна виділити: (а) прогалини матеріального земельного права (наприклад, у законодавстві не визначений правовий режим земельних ділянок, які були передані у колективну власність сільськогосподарським підприємствам та не підлягали розпаюванню) та (б) прогалини процесуального земельного права (наприклад, відсутнє законодавче регулювання порядку виконання рішення суду, яким визнано переважне право особи на поновлення договору оренди земельної ділянки, у випадку відмови голови ради від підписання такого договору).

В даний час для земельного права України є характерними прогалини як матеріального, так і процесуального права. Проте практика свідчить про переважання прогалин саме процесуальних, що значно ускладнює реалізацію суб'єктивних земельних прав та законних інтересів. Зокрема, прогалини правового регулювання приватизації земельних ділянок, про які зазначають у своїх дослідженнях О. І. Заєць, Т. Г. Ковальчук [6], І. О. Костяшкін [8], П. Ф. Кулинич, А. М. Мірошниченко, В. В. Носік, О. О. Погрібний та інші вчені, призводять до багаторічного процесу оформлення права власності на земельну ділянку, зростання рівня корумпованості земельних відносин, соціальної напруги, формування зневажливого ставлення до земельного законодавства внаслідок його низької ефективності тощо. Характеризується значними прогалинами й процес добровільної відмови від права на земельну ділянку відповідно до ст. 142 Земельного кодексу України від 25 жовтня 2001 р. З врахуванням мораторію на відчуження земель для ведення товарного сільськогосподарського виробництва, в практиці регулювання земельних відносин виникають питання щодо законності здійснення добровільної відмови від права власності на земельну ділянку, набуту шляхом виділення земельної частки (паю). Крім цього, як зазначає В. М. Єрмоленко, не врегульовані питання нотаріального посвідчення та державної реєстрації угод добровільної відмови від земельної ділянки сільськогосподарського призначення [3].

Досліджуючи земельно-процесуальні правовідносини, Д. В. Ковальський звертає увагу на таку процесуальну прогалину, як неврегульованість процедури розгляду міською радою спорів щодо меж земельної ділянки. З одного боку, це надає можливість більш гнучкого регулювання розгляду спорів на місцевому рівні з урахуванням локальних особливостей. З іншого боку, реалізація місцевими радами повноважень щодо розгляду цієї категорії спорів без визначеного порядку призводить до відсутності одноманітності в правозастосуванні. Тому вчений пропонує розробити типовий порядок розгляду спорів щодо меж земельних ділянок місцевими радами, а на локальному рівні ради можуть затвердити порядок, який базувався б на єдиних для всієї країни принципах і враховував локальні особливості [5, с.126-127].

В залежності від часу виникнення, прогалини в земельному праві України можуть бути: (а) первинні та (б) вторинні (похідні). Первинні прогалини виникають одночасно із прийняттям нового нормативно-правового акта. Зумовлюється це тим, що суб'єкт нормотворення об'єктивно не може передбачити всіх існуючих на момент прийняття закону чи підзаконного акта обставин, які потребували правового опосередкування. Крім цього, первинні прогалини можуть носити й суб'єктивний характер за наявності техніко-юридичних дефектів при конструюванні земельно-правових норм та розміщенні їх у нормативно-правових актах. Багатоманітність та мінливість земельних відносин завжди буде зумовлювати появу прогалин при оновленні нормативного регулювання, особливо при прийнятті законів. Насамперед така ситуація виникає внаслідок необхідності підготовки та затвердження підзаконних нормативно-правових актів за наявності відсильних норм у земельному законі. До моменту появи підзаконного правового регулювання буде існувати первинна юридична прогалина, що потребуватиме вирішення проблеми її подолання у процесі правозастосування.

В теорії права первинні прогалини поділяють на простимі й непростимі залежно від суб'єктивної сторони прояву волі суб'єкта нормотворення, що є характерним й для теорії земельного права України. Так, простимими прогалинами є випадки, коли суб'єкт нормотворення при прийнятті нового нормативно-правового акта земельного законодавства не знав і не міг знати про необхідність правового опосередкування певних земельних відносин. Якщо ж зазначений суб'єкт міг знати про наявність потреби у такому правовому регулюванні, або ж знав, але умисно залишив ці земельні відносини неврегульованими, матиме місце непростима прогалина. Так, у даний час в якості таких свідомих, непростимих прогалин земельно-правового регулювання можна вважати закони про ринок земель та про земельний кадастр, із прийняттям яких пов'язується закінчення дії мораторію на відчуження земельних ділянок для товарного сільськогосподарського виробництва та земельних часток (паїв). Внаслідок ряду причин політичного, соціального, правового характеру ці закони не приймаються майже десятиліття.

Негативною рисою сучасного земельного права є наявність багаточисленних первинних прогалин, які не усуваються роками. Як зазначає В. В. Носік, проголошене у перших законах незалежної України і закріплене у Конституції України право власності Українського народу на землю не знайшло свого адекватного вираження у земельному законодавстві і подальшого розвитку у правовій системі України [16, с.1]. Зокрема, чинний ЗК України базується лише на нормах ст. 14 Основного закону держави, що ставить під сумнів його конституційність.

Можна навести й інші приклади первинних непростимих прогалин земельного права. Так, у ЗК України передбачається, що порядок проведення земельних торгів, зокрема аукціонів, регулюється законом. Вже протягом десяти років Верховна Рада України не спроможна розробити та затвердити адекватний і ефективний закон, що створює постійні проблеми в практиці регулювання земельних відносин [17; 21]. Проекти, які надходять на розгляд Парламенту, зазнають нищівної критики в науковій літературі [15]. Зокрема, Р. І. Марусенко та А. М. Мірошниченко зазначають, що "ЗК України містить істотну прогалину в регулюванні відчуження земель за угодами купівлі-продажу – він не розкриває порядку проведення земельних торгів, і водночас імперативно встановлює, що такий порядок має визначатися законом (ч. 5 ст. 137 ЗК України). Проте абсолютно не обов'язково, щоб таким законом мав бути саме окремий закон – закон про ринок земель. Порядок проведення торгів цілком може бути врегульований безпосередньо у ЗК України, що зніме численні суперечності між положеннями проекту і Кодексом... Іншим прийнятним варіантом... може стати заміна положень ч. 5 ст. 137 ЗК України нормою, що надасть право Кабінету Міністрів України визначити порядок проведення земельних торгів своєю постановою... Обидва розглянуті варіанти заповнення прогалин у правовому регулюванні проведення земельних торгів не вимагатимуть прийняття окремого закону" [13, с.80-81]. Незважаючи на зазначені наукові пропозиції, Уряд України в 2008 році спробував усунути прогалину шляхом прийняття відповідної Постанови Кабінету Міністрів України, але така спроба була визнана неконституційною [20]. З метою

заповнення зазначеної прогалини Верховна Рада України у 2010 році доручила Уряду розробити відповідний порядок та затвердити його як підзаконний нормативно-правовий акт, що також викликає сумніви щодо його конституційності.

На суттєві первинні непростимі прогалини у сфері охорони земель звертає увагу Т. В. Лісова, відзначаючи, що "існуючі закони ("Про землеустрій", "Про охорону земель", "Про оцінку земель") не відповідають міжнародним стандартам і нормам. У розвиток зазначених законів необхідно було розробити 115 стандартів. Але сьогодні, за даними Української академії аграрних наук, прийнято тільки 11, що призводить до здійснення державного регулювання користування та охороною земель сільськогосподарського призначення без належної правової бази" [11, с.84].

Вторинні (похідні) прогалини виникають у процесі застосування нормативно-правових актів земельного законодавства, причинами чого можуть бути: (а) виникнення нових земельних відносин, які не існували на момент прийняття певного нормативно-правового акта й потребують правового регулювання; (б) поява потреби у правовому регулюванні земельних суспільних відносин, які раніше опосередковувались іншими соціальними нормами; (в) внесення змін та доповнень до чинних нормативно-правових актів із порушенням вимог нормотворчої техніки. Так, некоректне формулювання норми у новій редакції або вилучення її з тексту нормативно-правового акта породжують вторинні прогалини в земельно-правовому регулюванні. Наприклад, при викладенні в 2003 році Закону України "Про оренду землі" від 6 жовтня 1998 р. у новій редакції, в Розділі IX "Перехідні положення" було передбачено можливість переукладення договорів оренди землі після виділення в натурі (на місцевості) земельних ділянок власникам земельних часток (паїв) відповідно до державного акта на право власності на земельну ділянку на тих самих умовах, що і раніше укладений. Невизначеність змісту поняття "переукладення договору оренди", неврегульованість порядку такого "переукладення" свідчать про наявну прогалину правового регулювання, що призводить до суперечливої практики застосування зазначеної норми судами при вирішенні земельних спорів.

В якості іншого прикладу появи вторинної прогалини земельно-правового регулювання можна навести доповнення в 2009 році підстав набуття права комунальної та державної власності на землю такою підставою, як "штучне створення земельної ділянки відповідно на території населеного пункту чи за межами населених пунктів, у тому числі з порушенням установлених правил" (п. "г-1" ч. 4 ст. 83 та п. "д" ч. 5 ст. 84 ЗК України). Зазначені зміни породили більше запитань, ніж дали на них відповіді. Так, з аналізу змісту зазначеної підстави можна зробити висновок, що навіть за умови правомірного штучного створення земельної ділянки право приватної власності виникнути не може. Тоді виникає проблема компенсації державою або територіальною громадою витрат на таке штучне створення земельної ділянки за умови правомірності дій. Крім цього, постають питання, як розуміти термін "штучне створення земельної ділянки"? Чи можна вважати земельну ділянку, утворену в результаті поділу земельної ділянки чи об'єднання кількох земельних ділянок, створеною штучно? Якщо виходити з вимог законодавства щодо проведення землевпорядних дій (ст. 56 Закону України "Про землеустрій" від 22 травня 2003 р.) та окремої реєстрації прав на створені в результаті поділу чи об'єднання земельні ділянки (ст. 21 Закону України "Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень" від 11 лютого 2010 р.), то фактично зазначені дії із земельною ділянкою мають своїм результатом появу нової земельної ділянки як об'єкта правовідносин із іншими межами, розміром тощо, тобто "створення її штучно" в юридичному аспекті.

У теорії права В. В. Лазарєв зазначає, що прогалини можуть існувати в двох видах – у вигляді повної відсутності будь-якого правового регулювання відносин і у вигляді неповноти наявного правового регулювання [10, с.431]. В науці трудового права України О. М. Ярошенко пропонує поділяти прогалини в трудовому праві на повні й неповні. Так, повна має місце, коли є прогалина норми вцілому. Неповну ж слід охарактеризувати як відсутність якого-небудь елемента правової норми (гіпотези, диспозиції або санкції). Більше того, на думку вченого, можна припустити можливість існування прогалини не всього елемента норми права, а тільки його частини. За таких обставин важливо визначити, чи залишається працюючим той елемент норми права, що містить такий дефект [23, с.198-199]. Зазначені види прогалин притаманні й для земельного права України. Адже значна кількість охоронних земельно-правових норм характеризується відсутністю такої складової частини як санкція, що значно знижує ефективність правового регулювання земельних відносин в сучасних умовах. Так, у ст. 211 ЗК України визначено вичерпний перелік видів земельних правопорушень, за які винні особи притягуються до цивільної, адміністративної або кримінальної відповідальності. Проте в даний час ні в КпАП України, ні в КК України не передбачені такі склади адміністративних правопорушень (злочинів), як невикористання земельної ділянки за цільовим призначенням; засмічення земельної ділянки промисловими, побутовими та іншими відходами; ухилення від державної реєстрації земельних ділянок та подання недостовірної інформації про них; порушення строків розгляду заяв щодо відведення земельних ділянок, що виключає можливість притягнення осіб до адміністративної чи кримінальної відповідальності за зазначені види правопорушень внаслідок неможливості застосування аналогії.

За змістом В. К. Забігайло класифікує прогалини на: (а) прогалини в праві та (б) прогалини (недостатність) в необхідному правовому регулюванні. На думку вченого, прогалини в праві – це формальна неповнота законодавства, неповнота його змісту з точки зору de lege lata. Недостатність у сфері необхідного правового регулювання – це матеріальна неповнота діючого права, недостатність його змісту з точки зору de lege ferende, яка визначається досягнутим рівнем розвитку соціально-економічних відносин суспільства [2, с.62]. На нашу думку, зазначені види прогалин можуть мати місце і в сфері регулювання земельних відносин. В залежності від специфіки предмета земельно-правового регулювання, прогалини можуть бути в регулюванні відносин у сфері (а) набуття та реалізації прав на землю, (б) правової охорони земель, (в) державного та самоврядного регулювання земельних відносин тощо.

За рівнем необхідного нормативно-правового регулювання прогалини поділяються на (а) абсолютні та (б) відносні. В радянський час В. В. Петров поділяв прогалини в колгоспному праві на абсолютні прогалини – за повної відсутності норм, необхідних для регулювання відповідних відносин, і відносні – на випадок браку норм централізованих [18, с.131]. На нашу думку, зазначена класифікація зберігає актуальність і для теорії земельного права України. Так, у ст. 25 Закону України "Про сільськогосподарську кооперацію" від 17 липня 1997 р. передбачено, що у разі виходу з кооперативу фізична чи юридична особа має право на отримання

майнового паю натурою, грішми або, за бажанням, цінними паперами відповідно до його вартості на момент виходу, а земельної ділянки – в натурі (на місцевості). При цьому в Законі чітко не визначено, чи повинна бути повернута в натурі (на місцевості) та ж земельна ділянка, яка була внесена при набутті членства, чи тотожна за категорією, розміром та іншими ознаками земельна ділянка з урахуванням особливостей формування земельного масиву сільськогосподарського кооперативу. На нашу думку, зазначений аспект може бути деталізований шляхом локально-правового регулювання в статуті певного кооперативу. Згаданим вище Законом не передбачено також обов'язкового формування засновниками (членами) пайового фонду кооперативу за рахунок земельних ділянок. Тому, на думку О. В. Гафурової, у своїх статутах кооперативи мають право самостійно вирішувати це питання [1, с.13], з чим варто погодитись. Таким чином, прогалини чинного законодавства в частині регулювання правового режиму земель сільськогосподарських кооперативів є відносними, так як можуть бути усунуті шляхом прийняття локальних нормативно-правових актів. Абсолютна земельно-правова прогалина характеризується повною відсутністю норм як загального, так і локального характеру. Зокрема, в даний час у земельному законодавстві не встановлені критерії визнання земельної ділянки подільною чи неподільною, за виключенням мінімальних розмірів земельних ділянок, які можуть утворюватись у результаті поділу фермерського господарства при його успадкуванні [14], не встановлено мінімальних розмірів земельних ділянок певного цільового призначення тощо, що зумовлює проблеми на практиці.

Важливе значення для класифікації прогалин земельно-правового регулювання має їх поділ на подоланні та неподоланні залежно від можливостей їх подолання у процесі реалізації норм земельного права. Так, неподолана прогалина матиме місце за умови відсутності норм як земельного права, так і інших галузей права, які б врегулювали певні суспільні земельні відносини. Зокрема, у ст. 180 ЗК України передбачено, що зонування земель здійснюється відповідно до закону. Зазначене формулювання виключає можливість застосування норм інших галузей права до моменту врегулювання зазначених питань у спеціальному земельному законі. Подолана прогалина характеризується відсутність норм земельного права, що в той же час не виключає можливості застосування норм інших галузей права, які регулюють подібні відносини (цивільного, екологічного, конституційного тощо). Так, у земельному законодавстві відсутні норми, які б встановлювали особливості земельної право- і дієздатності. В даному випадку вчені звертають увагу на можливість та доцільність застосування відповідних норм цивільного права [12; 22]. В чинному ЗК України не врегульовано особливості трансформації земельних прав у випадку реорганізації юридичних осіб. На нашу думку, в даному випадку також можуть бути застосовані відповідні норми не лише ЦК України, але й ГК України [4, с.62-63].

Зазначений вище поділ земельно-правових прогалин на подоланні та неподоланні матиме важливе значення при вирішенні питання щодо їх заповнення. Так, на відміну від подоланних, неподоланні прогалини в земельному праві не можуть бути заповнені шляхом застосування ні аналогії права, ні аналогії закону. Єдиним шляхом ліквідації зазначеного дефекту правового регулювання земельних відносин є їх усунення у процесі номотворення. Подоланні прогалини можуть як усуватись, так і долатись в процесі реалізації права шляхом їх заповнення за допомогою аналогії. Залежно від способу їх заповнення подоланні прогалини можуть бути класифіковані на прогалини земельного права, які заповнюються (а) шляхом застосування аналогії закону та (б) шляхом застосування аналогії права.

Таким чином, важливим засобом вивчення специфіки правової природи прогалин земельно-правового регулювання є їх класифікація, яка може бути проведена за такими критеріями: 1) залежно від суб'єктивного сприйняття суб'єктом правозастосування – реальні та уявні; 2) залежно від джерел виявлення прогалин – іманентні та трансцендентні; 3) залежно від чинників, які призвели до появи прогалин у земельному праві, – об'єктивні та суб'єктивні; 4) за субординацію в правовому регулюванні – прогалини матеріального земельного права та прогалини процесуального земельного права; 5) в залежності від часу виникнення – первинні (простими й непростими) та вторинні (похідні); 6) залежно від повноти правового регулювання – повні та неповні; 7) в залежності від специфіки предмета земельно-правового регулювання – у врегулюванні відносин у сфері набуття та реалізації прав на землю, правової охорони земель, державного та самоврядного регулювання земельних відносин тощо; 8) залежно від рівня необхідного нормативно-правового регулювання – абсолютні та відносні; 9) залежно від можливостей їх подолання у процесі реалізації норм земельного права – подоланні (шляхом застосування аналогії закону або шляхом застосування аналогії права) та неподоланні. Визначення виду земельно-правової прогалини сприятиме вірному обранню способів її усунення чи подолання, що сприятиме підвищенню ефективності правового регулювання земельних відносин та рівня гарантованості прав та інтересів суб'єктів земельного права.

1. Гафурова О. В. Права та обов'язки членів сільськогосподарських виробничих кооперативів. Автореф. дис. к.ю.н. 12.00.06 / О. В. Гафурова. – К. : Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2005. – 20 с. 2. Забигайло В. К. Проблема "пробелов в праве" (к критике буржуазных теорий) / Владимир Константинович Забигайло. – К. : Наукова думка, 1974. – 134 с. 3. Єрмоленко В. М. Правові проблеми добровільної відмови від земельної ділянки сільськогосподарського призначення / В. М. Єрмоленко // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – № 7. – С. 116-119. 4. Коваленко Т. О. Проблеми набуття права власності на землю суб'єктами аграрного підприємництва / Т. О. Коваленко // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2007. – № 8. – С. 54-67. 5. Ковальський Д. В. Земельно-процесуальні правовідносини : монографія / Д. В. Ковальський. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – 176 с. 6. Ковальчук Т. Г. Новели земельного законодавства щодо порядку набуття права власності на земельні ділянки в порядку приватизації та проблеми його реалізації /Т. Г. Ковальчук // Збірник наукових праць за результатами Міжнародної науково-практичної конференції "Актуальні проблеми реформування земельних, екологічних, аграрних та господарських правовідносин в Україні" (м. Хмельницький, 14-15 травня 2010 р.). – Хм. : Вид-во Хмельн. ун-ту управління та права, 2010. – С. 17-22. 7. Колотова О. В. Види прогалин у праві / О. В. Колотова // Держава і право. – 2008. – Вип. 41. – С. 86-91. 8. Костяшкін І. О. До питання приватизації земель в Україні / І. О. Костяшкін // Збірник наукових праць за результатами Міжнародної науково-практичної конференції "Актуальні проблеми реформування земельних, екологічних, аграрних та господарських правовідносин в Україні" (м. Хмельницький, 14-15 травня 2010 р.). – Хм. : Вид-во Хмельн. ун-ту управління та права, 2010. – С. 22-25. 9. Лазарев В. В. О видах пробелов в праве / В. В. Лазарев // Правоведение. – 1969. – № 6. – С. 30-37. 10. Лазарев В. В. Пробелы в праве и их восполнение / В. В. Лазарев // Проблемы общей теории права и государства : учеб. для вузов / под. ред. В. С. Нерсесянса. – М. : НОРМА, 2002. – С. 429-441. 11. Лісова Т. В. Деякі проблеми правового регулювання земельних відносин у сфері державного управління щодо використання й охорони земель / Т. В. Лісова // Проблеми законності. – 2008. – Вип. 93. – С. 83-88. 12. Луняченко А. В. Правове становище громадян України як суб'єктів права власності на землю / А. В. Луняченко // Юридичний вісник. – 2001. – № 1. – С. 114-118. 13. Марусенко Р., Мірошниченко А. Урядовий проект Закону України "Про ринок земель" : за чи проти? / Р. Марусенко, А. Мірошниченко // Юридична Україна. – 2008. – № 6. – С. 79-84. 14. Мінімальні розміри земельних ділянок, які утворюються в результаті поділу земельної ділянки фермерського господарства, що успадковується, затверджені Постановою Кабінету Міністрів України від 10 грудня 2003 р. № 1908 // Офіційний вісник України. – 2003. – № 51. – Ст. 2682. 15. Мірошниченко А. М. Земельні аукціони в Україні : існуюче

правове регулювання та перспективи його вдосконалення / А. М. Мірошниченко // Українське комерційне право. – 2010. – № 10. – С. 38-46. 16. Носік В. В. Проблеми здійснення права власності на землю Українського народу / В. В. Носік. – Автореферат дис. докт. юрид. наук ... 12.00.06. – К. : Київський національний університет ім. Т. Шевченка, 2007. – 34 с. 17. Носік В. В. Земельні торги: поняття і юридична природа / В. В. Носік // Державне будівництво та місцеве самоврядування. – 2002. – Вип. 3. – С. 113-122. 18. Петров В. В. Проблемы социалистической законности в судебной практике по гражданским колхозным делам / В. В. Петров // Вопросы социалистической законности в деятельности административных и хозяйственных органов : сб. науч. трудов. – Казань, 1968. – С. 129-135. 19. Радченко П. И. Пробелы в гражданском процессуальном праве и способы их преодоления / П. И. Радченко // Проблеми законності. – 2002. – Вип. 55. – С. 69-76. 20. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Постанови Кабінету Міністрів України "Про затвердження Порядку проведення у 2008 році земельних аукціонів" (справа про земельні аукціони) від 11 листопада 2008 р. № 1-46/2008 // Офіційний вісник України. – 2008. – № 89. – 2993. 21. Тарасюк В. М. Правова природа земельного аукціону / В. М. Тарасюк // Держава і право. – 2008. – Вип. 39. – С. 472-477. 22. Яніцький В. Земельна правоздатність громадян / В. Яніцький // Право України. – 2006. – № 11. – С. 98-100. 23. Ярошенко О. Види прогалин у трудовому праві та перспективи реформування законодавства про працю / О. Ярошенко // Вісник Академії правових наук України. – 2008. – № 1 (52). – С. 192-199.

Надійшла до редколегії 17.05.11

О. Совгиря, канд. юрид. наук

ПРОЦЕДУРА ПРИЙНЯТТЯ АКТІВ УРЯДУ: КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ

У статті з позицій конституційного права, тобто з акцентом на участі у цій процедурі вищих органів державної влади, досліджується процедура прийняття актів Кабінету Міністрів України, що включає стадії підготовки проектів актів Кабінету Міністрів України, їх безпосереднього прийняття, оприлюднення та набрання ними чинності.

Ключові слова: Уряд, акти Уряду, процедура прийняття актів Уряду.

В статье с позиций конституционного права, то есть с акцентом на участии в этой процедуре высших органов государственной власти, исследуется процедура принятия актов Кабинета Министров Украины, включающая стадии подготовки проектов актов Кабинета Министров Украины, их непосредственного принятия, обнародования и вступления их в силу.

Ключевые слова: Правительство, акты Правительства, процедура принятия актов Правительства.

The article seeks to provide an understanding of procedure for adoption of acts of the Cabinet of Ministers of Ukraine from the perspective of constitutional law, that is to say with particular emphasis on participation of higher authorities in the mentioned procedure. The article is also dedicated to critical study of the stage of the preparation of draft acts of the Cabinet of Ministers of Ukraine as well as their adoption, promulgation and enactment.

Keywords: Government, acts of Government, the procedure for the adoption of the acts of Government.

Процедура прийняття актів Кабінету Міністрів України з позицій конституційного права має досліджуватися із акцентом на аспекті участі у цій процедурі вищих органів державної влади.

Процедура прийняття актів Уряду включає наступні стадії.

І Стадія підготовки проектів актів Кабінету Міністрів України.

Характеризуючи зазначену стадію, у першу чергу, слід звернути увагу на коло суб'єктів-ініціаторів проекту акту Кабінету Міністрів України.

Стаття 51 Закону України "Про Кабінет Міністрів України" встановлює, що право ініціативи у прийнятті актів Кабінету Міністрів України мають члени Кабінету Міністрів України, центральні органи виконавчої влади, Рада міністрів Автономної Республіки Крим, обласні, Київська та Севастопольська міські державні адміністрації.

Ініціювати підготовку та прийняття актів Кабінету Міністрів України, згідно із Законом, може також Президент України. Однак на сьогодні процедурно реалізація такої ініціативи є не регламентованою.

Відповідно до параграфу 59 Регламенту Кабінету Міністрів України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України в редакції від 08.07.2009 р. № 712, зі змінами, суб'єктами внесення проектів актів Кабінету Міністрів, крім названих у Законі, є керівники державних органів, якщо згідно із законами окремі питання діяльності таких органів регулюються актами Кабінету Міністрів.

Відповідно до частини 5 статті 51 закону України "Про Кабінет Міністрів України" до підготовки проектів актів Кабінету Міністрів України можуть залучатися народні депутати України, науковці та інші фахівці за їх згодою, а частина 7 параграфу 43 Регламенту Кабінету Міністрів України додає до цього переліку представників об'єднань громадян.

Таким чином, фізичні особи (тобто "пересічні громадяни") відсутні у переліку суб'єктів, що безпосередньо можуть ініціювати внесення проекту акту Уряду чи виступити із ініціативою його прийняття. Вважаємо, що такий стан законодавчого врегулювання зазначеного питання не можна оцінити позитивно, зокрема, з позицій дії принципу відкритості діяльності Уряду.

У літературі з цього приводу відмічається, що практична реалізація громадянами права на звернення до Кабінету Міністрів зі своїми нормотворчими пропозиціями можлива безпосередньо на підставі норм Конституції України, які є нормами прямої дії, а також на основі норм Закону "Про звернення громадян". Однак і Регламент Кабінету Міністрів України повинен максимально чітко відображати процедуру звернення громадян з пропозиціями прийняти той чи інший урядовий акт, адже цей документ є спеціальним нормативно-правовим актом у сфері регулювання взаємовідносин між Кабінетом Міністрів і громадськістю щодо прийняття урядових рішень [6, с. 29]. Вважаємо таку позицію цілком слушною.

Слід також звернути увагу на термінологічну відмінність у формулюванні одного і того ж права за Законом України "Про Кабінет Міністрів України", в якому йдеться про "право ініціативи у прийнятті актів Кабінету Міністрів України", та за Регламентом, де говориться про "внесення проектів актів Кабінету Міністрів". Звичайно, що зазначена термінологія потребує уніфікації.

Відповідно до частини 6 статті 51 Закону України "Про Кабінет Міністрів України" проекти актів Кабінету Міністрів України, що мають важливе суспільне значення та визначають права і обов'язки громадян України, підлягають попередньому оприлюдненню в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України. Параграф 53 Регламенту Кабінету Міністрів встановлює, що головний розробник організовує громадське обговорення проектів актів Кабінету Міністрів, що мають важливе суспільне значення і стосуються прав та обов'язків громадян, а також проектів, які передбачають надання пільг, переваг окремим суб'єктам господарювання, делегування функцій, повноважень органів виконавчої влади або органів місцевого самоврядування, у тому числі організаціям недержавної форми власності.

Завданням інформування громадян про підготовку проекту урядового акта є доведення до їх відома інформації про останній з тим, щоб прискорити виявлення

© Совгиря О., 2011

до нього інтересу громадськості та активізувати його публічне обговорення [6, с. 28-29].

У зв'язку із цим, з нашої точки зору, слушною є пропозиція про доцільність доповнення Регламенту Кабінету Міністрів України нормою про обов'язковість письмової форми оприлюднення проектів актів Кабінету Міністрів (наприклад, опублікування у друкованих засобах масової інформації, у мережі Інтернет, розсилання текстів проекту зацікавленим суб'єктам тощо) [6, с. 30].

При цьому знову слід наголосити на необхідності уточнення застосовуваної у даному випадку термінології, оскільки Регламент Кабінету Міністрів України вживає два окремі терміни – громадське обговорення щодо проектів актів Уряду (параграф 53) та публічне обговорення законопроектів (пункт 3 частини 2 параграфу 125 Регламенту). Також, що стосується обговорення проектів актів Уряду, пропонується закріпити порядок такого обговорення на законодавчому рівні [6, с. 30].

На стадії підготовки проекту акта Кабінету Міністрів України особливо важлива роль належить такому робочому органу Кабінету Міністрів України, як урядовий комітет.

У частині статті 47 Закону України "Про Кабінет Міністрів України" визначається, що урядові комітети утворюються, зокрема, для попереднього розгляду проектів нормативно-правових актів, проектів концепцій, інших документів, що подаються на розгляд Кабінету Міністрів України.

Так, відповідно до частини 2 параграфу 27 Регламенту Кабінету Міністрів України, урядовий комітет, зокрема, попередньо розглядає: проекти постанов Кабінету Міністрів; проекти розпоряджень Кабінету Міністрів про схвалення концепцій реалізації державної політики у відповідній сфері, концепцій державних цільових програм та концепцій законів; проекти розпоряджень Кабінету Міністрів, подані з розбіжностями, що не врегульовані після проведення в установленому порядку головним розробником узгоджувальної процедури, та проекти розпоряджень Кабінету Міністрів, щодо яких висловлено застереження Секретаріатом Кабінету Міністрів або стосовно яких є письмові пропозиції Урядового уповноваженого з питань антикорупційної політики про доцільність проведення антикорупційної експертизи; проекти актів законодавства, що містять інформацію, яка становить державну таємницю, або конфіденційну інформацію, що є власністю держави, – у разі, коли існує необхідність у врегулюванні розбіжностей в позиціях органів виконавчої влади, установ та організацій, які брали участь у їх розробленні.

Згідно із частиною 1 статті 66 Регламенту Кабінету Міністрів, у разі коли за висновком Мін'юсту проект акта Кабінету Міністрів повністю або частково не відповідає acquis communautaire чи положенням Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та практиці Європейського суду з прав людини, рішення стосовно доцільності його схвалення приймається на засіданні урядового комітету, до відання якого належать питання європейської інтеграції.

Таким чином, відповідно до зазначеної норми Регламенту, урядовий комітет дає оцінку експертизі, здійсненій відповідними фахівцями, що, видається нелогічним. Крім того, якщо доцільність прийняття акту у разі негативного висновку експертів ставиться у залежність від рішення урядового комітету, викликає запитання сама доцільність проведення такої експертизи.

Відповідно до частини 6 параграфу 66 Регламенту, якщо урядовий комітет схвалив проект акта Кабінету Міністрів у редакції головного розробника з відхиленням зауважень і пропозицій міністрів, такі зауваження і пропозиції у разі наполягання зазначених посадових осіб розглядаються на засіданні Кабінету Міністрів, а відповідно до частини 8 параграфу 66, урядовий комітет може визнати за недоцільне прийняття акта Кабінету Міністрів. Остаточне рішення щодо проекту такого акта приймає Кабінет Міністрів, крім випадків, коли проти рішення урядового комітету щодо недоцільності прийняття акта Кабінету Міністрів не заперечує головний розробник, який вніс проект з власної ініціативи. Ці норми, через закріплення рекомендаційного характеру рішень урядового комітету також є свідченням незрозумілої ролі урядових комітетів у процесі попередньої підготовки проектів актів.

Згідно із частиною 2 параграфу 33 Регламенту одним із розділів порядку денного засідання урядового комітету є проекти актів Кабінету Міністрів, а частина 1 статті 67 Регламенту встановлює, що розглянутий на засіданні урядового комітету та завізований його головою проект акта Кабінету Міністрів включається до порядку денного чергового засідання Кабінету Міністрів.

При цьому, викликає запитання відсутність у Регламенті будь-яких норм стосовно того, які рішення за результатами розгляду проектів актів може прийняти Уряд. У зв'язку із цим, знову-таки є незрозумілою мета попереднього розгляду таких проектів урядовими комітетами.

Аналіз норм Регламенту Кабінету Міністрів України щодо попереднього розгляду законопроектів свідчить про існування і інших дискусійних положень.

Так, відповідно до параграфу 58 зазначеного Регламенту, у разі коли за висновком Мін'юсту проект акта Кабінету Міністрів не відповідає Конституції та законам України, указам Президента України і постановам Верховної Ради, рішення щодо такого проекту акта приймається на засіданні Кабінету Міністрів. Хоча, слід відмітити, що відповідно до параграфу 64 Регламенту Кабінету Міністрів України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 18.07.2007 р., зі змінами, встановлювалося, що у разі коли за висновком Мін'юсту проект акта Кабінету Міністрів не відповідає Конституції та законам України, указам Президента України і постановам Верховної Ради, внесення його до Кабінету Міністрів не допускалося.

Цікавою є практика Італії, де свої висновки по законопроектах та іншим урядовим актам з точки зору їх юридичної "чистоти" надає спеціальний орган – Державна рада. Її члени призначаються Президентом (їх 74) та засідають у семи відділеннях Ради, три з яких мають консультативні, а три – судові повноваження. Останнє ж відділення розглядає питання, пов'язані з нормативними актами [4, с. 332-333].

ІІ Другою стадією процесу прийняття актів Кабінету Міністрів є стадія безпосереднього прийняття даного акту.

Стаття 52 Закону України "Про Кабінет Міністрів України" встановлює, що постанови та розпорядження Кабінету Міністрів України приймаються на засіданнях Кабінету Міністрів України шляхом голосування більшістю голосів від посадового складу Кабінету Міністрів України. Якщо проект рішення отримав підтримку рівно половини посадового складу Кабінету Міністрів України і за цей проект проголосував Прем'єр-міністр України, рішення вважається прийнятим. Після підписання акта Кабінету Міністрів України внесення до його тексту будь-яких змін, у тому числі виправлення орфографічних і стилістичних помилок, здійснюється в порядку його прийняття.

Частини 3, 4 параграфу 67 Регламенту встановлюють, що акт Кабінету Міністрів приймається, якщо за результатами розгляду на засіданні до нього не висловлено зауважень. Не ставиться на голосування рішення

про прийняття акта Кабінету Міністрів, щодо якого під час обговорення на засіданні членами Кабінету Міністрів висловлено зауваження і пропозиції. Такий проект повертається головному розробникові для доопрацювання та повторного внесення в установленому порядку на розгляд Кабінету Міністрів. Якщо строк доопрацювання не визначено, проект вноситься не пізніше ніж через 10 днів після розгляду на засіданні.

III Третьою є стадія оприлюднення акту Кабінету Міністрів України та набрання ним чинності.

У статті 53 Закону України "Про Кабінет Міністрів України" встановлюється, що постанови Кабінету Міністрів України, крім постанов, що містять інформацію з обмеженим доступом, набирають чинності з дня їх офіційного опублікування, якщо інше не передбачено самими постановами, але не раніше дня їх опублікування.

У випадках, передбачених законом, постанови Кабінету Міністрів України або їх окремі положення, що містять інформацію з обмеженим доступом, не підлягають опублікуванню і набирають чинності з моменту їх доведення в установленому порядку до виконавців, якщо цими постановами не встановлено пізніший термін набрання ними чинності.

Розпорядження Кабінету Міністрів України набирають чинності з моменту їх прийняття, якщо цими розпорядженнями не встановлено пізніший термін набрання ними чинності.

Відповідно до Указу Президента України "Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності" від 10.06.1997 р. № 503/97, зі змінами, акти Кабінету Міністрів України не пізніш як у п'ятнадцятиденний строк після їх прийняття у встановленому порядку і підписання підлягають оприлюдненню державною мовою в офіційних друкованих виданнях. Офіційними друкованими виданнями є: "Офіційний вісник України"; газета "Урядовий кур'єр".

Згідно із параграфом 41 Регламенту постанови Кабінету Міністрів публікуються в офіційних виданнях – Офіційному віснику України та газеті "Урядовий кур'єр". Датою видання акта Кабінету Міністрів є дата його прийняття на засіданні Кабінету Міністрів. Акти Кабінету Міністрів України також оприлюднюються шляхом їх розміщення на офіційному веб-сайті Кабінету Міністрів України.

Згідно із частиною 5 параграфу 67 Регламенту прийняті акти Кабінету Міністрів Прем'єр-міністр підписує в день проведення засідання. Акт, прийнятий Кабінетом Міністрів з поправками, оформляється у триденний строк.

Згідно із зазначеним вище Указом Президента України, нормативно-правові акти Кабінету Міністрів України набирають чинності з моменту їх прийняття, якщо більш пізній строк набрання ними чинності не передбачено в цих актах. Акти Кабінету Міністрів України, які визначають права і обов'язки громадян, набирають чинності не раніше дня їх опублікування в офіційних друкованих виданнях. Акти Кабінету Міністрів України, які не мають загального значення чи нормативного характеру, можуть не публікуватися за рішенням відповідного органу. Ці акти та акти з обмежувальними грифами офіційно оприлюднюються шляхом надіслання відповідним державним органам та органам місцевого самоврядування і доведення ними до відома підприємств, установ, організацій та осіб, на яких поширюється їх чинність.

Слід звернути увагу на те, що відповідно до частини 4 статті 3 Закону України "Про Кабінет Міністрів України" всі акти Кабінету Міністрів України підлягають обов'язковому оприлюдненню, крім тих, що містять інформацію з обмеженим доступом. Однак за Законом України "Про Кабінет Міністрів України" від 16.05.2008 р., зі змінами, встановлювалося, що всі рішення Кабінету Міністрів України підлягають обов'язковому оприлюдненню, крім актів, що містять інформацію з обмеженим доступом. Існуючий на сьогодні стан законодавчого врегулювання цього питання не сприяє належній реалізації принципу відкритості та прозорості в діяльності Уряду.

Згідно із частиною 3 статті 53 Закону, яка має назву "Набрання чинності актами Кабінету Міністрів України" акти Кабінету Міністрів України включаються до Єдиного державного реєстру нормативно-правових актів України.

Однак деякі дослідники пропонують виділяти реєстрацію актів Уряду як окрему стадію процедури прийняття актів Уряду. З нашої точки зору, дискусія про необхідність виокремлення такої стадії, по-перше, не має практичного значення, а, по-друге, не має сенсу, оскільки критерієм виокремлення стадій має бути певний результат, що має місце по завершенню стадії. Результатом реєстрації є набрання актом чинності, а отже виділення самостійної стадії реєстрації є недоцільним.

У літературі під державною реєстрацією нормативно-правових актів Кабінету Міністрів України пропонується розуміти процедуру, яка полягає у здійсненні правової експертизи та занесенні до державного реєстру нормативно-правових актів цього органу. Державна реєстрація нормативно-правових актів вторинного законодавства передбачає проведення цілої низки процедур, а саме вона складається із трьох етапів: проведення правової експертизи нормативно-правового акта; прийняття рішення щодо його державної реєстрації; ведення обліку нормативно-правових актів шляхом включення їх до Єдиного державного реєстру нормативно-правових актів [2, с. 95].

Також наголошується на необхідності прийняття Закону України "Про державну реєстрацію нормативно-правових актів органів виконавчої влади", нагальність прийняття якого зумовлюється, зокрема, змістом положень частини 3 статті 117 Конституції України, де прямо вказано на необхідність його існування [1, с. 149].

При цьому проведення правової експертизи постанови Кабінету Міністрів України передбачає насамперед перевірку того, наскільки норми такого акта узгоджуються з конституційними приписами Конституції України. Особливо важливим є проведення такої експертизи стосовно тих актів Кабінету Міністрів України, проекти яких не подавались на правову експертизу до Мін'юсту, або висновки останнього до них не були враховані під час прийняття. Проведення такої правової експертизи актів вторинного законодавства забезпечує гарантування верховенства права та охорони Основного Закону. Тому пропонується проведення подвійної правової експертизи нормативно-правового акту Кабінету Міністрів України на етапах його розробки та прийняття. Однією з головних проблем, пов'язаних з державною реєстрацією нормативно-правових актів Кабінету Міністрів України, є питання приведення їх у відповідність з Конституцією та законами України у випадку відсутності на це згоди суб'єкта нормотворення, тобто Кабінету Міністрів [2, с. 95].

Питанням є також те, до компетенції якого органу державної влади відноситься підготовка остаточного висновку (після прийняття рішення органом юстиції про відмову в державній реєстрації нормативно-правового акта) щодо невідповідності постанови Кабінету Міністрів України Конституції України або чинному законодавству [2, с. 95-96].

Висловлена пропозиція законодавчо закріпити повноваження органів юстиції, що здійснюють правову експертизу під час державної реєстрації нормативно-правових актів, відмовляти в державній реєстрації нормативно-правових актів Кабінету Міністрів з одночас-

ним зобов'язанням приведення актів у відповідність із законодавством, а разі потреби – звертатись до Президента України, наділеного правом на конституційне подання, та органів прокуратури [2, с. 96-97].

Однак, якщо право Мін'юсту звертатись до Президента України та Конституційного Суду України не викликає зауважень, то право Мін'юсту зобов'язувати Уряд коригувати зміст прийнятих ним постанов є досить спірним з огляду на ієрархію побудови системи органів виконавчої влади.

В окремих державах постанови уряду потребують схвалення парламентом. Так, наприклад, у Німеччині окремі постанови, якщо інше не передбачено законом, вимагають схвалення Бундесрату. Зокрема, це постанови щодо принципів і тарифів за користування поштовим та електронним зв'язком, будівництва та експлуатації залізниць тощо [5, с. 38].

Характеризуючи перспективи правового регулювання процедури прийняття актів Уряду, слід відмітити також, що на сьогодні існує потреба у Державній програмі розвитку законодавства України, яка б консолідувала зусилля і бачення всіх причетних до законотворчості суб'єктів, була науково обґрунтованою. Вона мала б, безперечно, бути затвердженою Верховною Радою України [1, с. 140].

Значна кількість дослідників одностайна у думці про необхідність прийняти Закон України "Про нормативно-правові акти", який дозволить встановити єдині принципи законодавчої діяльності Верховної ради України і нормотворчості Президента України, органів виконавчої влади та чітку ієрархію нормативних актів за юридичною силою і сферу нормотворчої компетенції різних суб'єктів нормотворчої діяльності в Україні [3].

З метою унеможливлення колізій нормативно-правових актів та унормування системи сучасних джерел конституційного права України слід також підтримати пропозицію про те, що вбачається доцільним розробити і прийняти систему законодавчих і підзаконних правових актів, які б урегулювали суспільні відносини у сфері конституційної правотворчої та правозастосовної діяльності (закони України "Про нормативно-правові акти", "Про закони і законотворчу діяльність в Україні" та інші вже неодноразово розроблялись, вносились до парламенту, але так і не були прийняті), а також попередили конституційні конфлікти між учасниками сучасного конституційного процесу. У перспективі система відповідних нормативно-правових актів могла б трансформуватись у єдиний кодифікований акт – Кодекс правотворення та правотворчих процедур [7, с. 311].

1. Горбунова Л. М. Принцип законності у нормотворчій діяльності органів виконавчої влади : [монографія] / Горбунова Л. М. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С. 149. 2. Желєзняк Н. Нормотворча діяльність як форма реалізації державної правової політики / Н. Желєзняк // Право України. – 2004. – № 7. – С. 95. 3. Крупчан О. Д. Організація виконавчої влади : [Моногр.] / О. Д. Крупчан. – К.: Вид-во УАДУ, 2001. – С. 282–283; Цвєтков В. В. Суспільна трансформація і державне управління в Україні: політико-правові детермінанти : [Монографія] / В. В. Цвєтков, Кресіна І. О., Коваленко А. А. – К.: Концерн "Видавничий Дім "Ін Юре", 2003. – С. 407; Горбунова Л. М. Принцип законності у нормотворчій діяльності органів виконавчої влади : [монографія] / Горбунова Л. М. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С. 135. 4. Пронкин С. В. Государственное управление зарубежных стран : [Учебное пособие] / С. В. Пронкин, О. Е. Петрунина. –М.: Аспект Пресс, 2001. – С. 332–333. 5. Стосунки між законодавчою та виконавчою гілками влади у парламентських республіках. Дослідження здійснене Лабораторією законодавчих ініціатив на замовлення Програми сприяння Парламенту України // Створення коаліційних урядів. Права опозиції. Форми парламентського контролю. – К., 2006. – С. 38. 6. Томкіна О. Принцип гласності процедури прийняття правових актів Кабінету Міністрів України / О. Томкіна // Право України. – 2004. – № 9. – С. 29. 7. Цоклан В. І. Система сучасних джерел конституційного права України : [монографія] / В. І. Цоклан, В. Л. Федоренко / За ред. В. Л. Федоренка. – К.: Ліра-К, 2009. – С. 311.

Надійшла до редколегії 11.04.11

УДК 346:347.736.738

В. Радзивілюк, доц., В. Назарова

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ВИДОВОЇ СИСТЕМАТИЗАЦІЇ БОРЖНИКІВ – СУБ'ЄКТІВ ВІДНОСИН ЗАПОБІГАННЯ БАНКРУТСТВУ (НЕСПРОМОЖНОСТІ)

Дана стаття присвячена проблемам вдосконалення існуючій законодавчій диференціації боржників як сторін відносин запобігання банкрутству (неспроможності).

Ключові слова: боржники, диференціація боржників, види боржників, відносини запобігання банкрутству (неспроможності).

Данная статья посвящена проблемам совершенствования существующей законодательной дифференциации должников как сторон отношений предупреждения банкротства (несостоятельности).

Ключевые слова: должники, дифференциация должников, виды должников, отношения предупреждения банкротства (несостоятельности).

This article is devoted to the problems of improve of existing legislational differentiation debtors as persons of relationships of prejudice of bankruptcy (insolvency).

Keywords: debtors, differentiation debtors, debtors form, relationships of prejudice of bankruptcy (insolvency).

В кожній країні законодавець по-різному визначає коло боржників, до яких можуть бути застосовані процедури запобігання банкрутству (неспроможності) причому у межах цього кола неоднаково визначаються окремі категорії боржників, щодо яких відповідним законодавством про банкрутство (неспроможність) передбачені особливості застосування до них названих процедур, та суб'єкти, на яких не поширюються норми законодавства про банкрутство (неспроможність), а отже, і норми, що регламентують вказані процедури.

Поряд із цим існує і загальна тенденція, притаманна законодавству про банкрутство (неспроможність) – це розширення кола суб'єктів зазначених процедур. Зокрема, аналіз положень Закону України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом": від 14.05.92 р. (далі – Закон України 1992 року) [1] дозволяє зробити висновок, що до боржників можуть відноситься: особи, що є суб'єктами підприємницької діяльності зі статусом юридичної особи та окремо визначені особи, які не мають статусу суб'єкта підприємницької діяльності, до яких у разі порушення провадження у справі про банкрутство можуть бути застосовані процедури запобігання банкрутству (неспроможності), що здійснюються за загальними правилами та окремі категорії суб'єктів підприємницької діяльності щодо яких можуть бути застосовані особливі або спеціальні процедури запобігання банкрутства (неспроможності).

Закон України 1992 року та ГК України [2] до боржників, щодо яких можуть бути застосовані процедури запобігання банкрутству (неспроможності), відносить

© Радзивілюк В., Назарова В., 2011

громадян України та громадян інших держав, не обмежених законом у правоздатності або дієздатності, які зареєстровані як суб'єкти підприємницької діяльності України, суб'єктів підприємницької діяльності, що мають ознаки юридичної особи.

У порівнянні із першою редакцією закону України "Про банкрутство" [3] коло суб'єктів процедур запобігання банкрутству (неспроможності) було поповнено за рахунок фізичних осіб – підприємців, відновлення фінансового стану яких відбувається на основі плану погашення боргів, за особливими правилами, передбаченими названим законом.

Крім того, законодавець у ст.5 Закону України 1992 року окремо визначає коло боржників, на яких також поширюються норми цього Закону, а отже, може бути застосовані процедури та заходи запобігання банкрутству (неспроможності). До них відносяться:

- юридичні особи, які діють у формі споживчого товариства. Основною метою створення та функціонування споживчого товариства є не отримання прибутку, так як таке товариство відноситься до некомерційних організацій, а забезпечення економічних та соціальних інтересів своїх членів;
- благодійний чи інший фонд. До однієї з характерних особливостей правового статусу цих суб'єктів відноситься те, що на майно даних суб'єктів їх засновники (учасники) не зберігають ніяких майнових прав;
- підприємства, що є об'єктами права державної власності, які не підлягають приватизації, в частині санації після виключення у встановленому порядку з переліку таких об'єктів. Переліки таких об'єктів містяться у додатках № 1 та № 2 до Закону "Про перелік об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації" від 07.07.1999 року [4].

Серед науковців відсутня єдина точка зору щодо необхідності віднесення до кола боржників певних осіб, що не мають статусу суб'єктів підприємницької діяльності. В.В. Джунь обґрунтовує недоцільність включення осіб, що не мають статусу суб'єктів підприємницької діяльності до кола боржників, в розумінні їх такими законодавством про банкрутство (неспроможність), тим, що "суб'єкти некомерційного господарювання не стають, як правило, реципієнтами товарного або фінансового кредитування у великих обсягах та зі значним колом кредиторів" [5, с. 246], Р. Г. Афанасьев не вважає вірним розповсюдження положень законодавства про банкрутство (неспроможність), зокрема, на благодійні фонди зважаючи на те, що включення їх до кола боржників є дискримінацію по відношенню до такої організаційно правової форми благодійних організацій [6, с.31].

Інші ж науковці притримуються прямо протилежної точки зору, такі, зокрема як М.І. Тітов [7, с.30-31], Б.М. Поляков [8, с.139-141] та інші.

На нашу думку, віднесення не тільки споживчих товариств та благодійних чи інших фондів, але й інших суб'єктів некомерційної діяльності (за виключенням установ) до кола боржників є бажаним з огляду на те, що при здійсненні їх основної діяльності можливо також здійснення допоміжної – підприємницької діяльності, що призначена для досягнення господарських цілей для якої такі суб'єкти були створені, та котра сприяє їх досягненню (ст. 86 ЦКУ [9]), причому ці обидва види діяльності можуть бути тісно переплетені [10, с. 88].

Приписами ч. 1 ст.52 ГКУ встановлена одна з основних ознак непідприємницької діяльності – відсутність мети одержання прибутку. З цього приводу не можна не погодитись з думкою В.А. Рахмиловича, яку він висловив стосовно аналогічних положень у російському цивільному законодавстві: "коли одержання прибутку є основною ціллю організації, а коли – побічною, у реальному житті визначить буває вельми трудно; одна мета може спеціально приховувати іншу, тому дана ознака залишається малопридатною для розмежування комерційних організацій від некомерційних. З іншого боку, неясно, що може означати "здійснювати підприємницьку діяльність остільки, оскільки це слугує досягненню цілей, завдяки яким організація створена, та відповідає цим цілям". Мова тут, по-видимому, повинна йти просто про обмеження свободи розпорядження отриманим прибутком та право використовувати його тільки у відповідності з статутними цілями некомерційної організації. Таким чином, ознакою, що відрізняє комерційні організації від некомерційних, за ЦК, практично залишається право перших розподіляти отриманий прибуток між своїми учасниками та відсутність такого права у других" [11, с.122].

Досить імовірною може бути ситуація коли такі некомерційні утворення стають обтяжені значною кількістю незадоволених вимог кредиторів і відповідно, мають значну кількість кредиторів. Отже, не зовсім зрозумілим є виключення інших некомерційних організацій, крім названих із кола боржників, особливо, якщо некомерційна організація здійснює у тому числі й підприємницьку діяльність.

Крім того, ще одним аргументом на користь даної думки може бути те, що у багатьох провідних країнах світу, наприклад, таких як Англія, Німеччина, США під дію законодавства про банкрутство (неспроможність) підпадають усі особи в незалежності від того чи мають вони статус суб'єкта комерційної (підприємницької) діяльності чи не мають такого статусу.

Перша редакція Закону України "Про банкрутство" 1992 року не враховувала особливостей застосування до окремих категорій боржників процедур банкрутства (неспроможності), та процедур запобігання банкрутству (неспроможності), зокрема. Проте, розвиток ринкових відносин у нашій країні неминуче викликає необхідність вдосконалення та деталізації норм права банкрутства (неспроможності). В даному випадку мова йде як про положення, що застосовуються до усіх боржників, так і про положення, що застосовуються до окремих категорій боржників, діяльність, яких має значний вплив на економічні інтереси не лише кредиторів, але й економіки країни в цілому.

Відсутність у першій редакції закону України 1992 року відповідних положень щодо особливостей застосування до окремих категорій боржників процедур банкрутства (неспроможності) на практиці привело до виникнення значних проблем, пов'язаних, наприклад, з неможливістю захистити інтереси значної кількості працівників боржника – містоутворюючого підприємства, або з неможливістю попередити банкрутство сільськогосподарського підприємства при тому, що у такого боржника існувала реальна можливість розрахуватись з усіма його кредиторами через кілька місяців, завдяки реалізації своєї продукції тощо.

Отже, принципово новим для законодавства нашої країни та вельми необхідним був диференційований підхід до різних категорій боржників при застосуванні до них процедур банкрутства (неспроможності) загалом, та процедур запобігання банкрутству (неспроможності), зокрема, передбачених Законом України 1992 року. Саме такий підхід існує в законодавстві про банкрутство (неспроможність) багатьох провідних країн світу.

Розділом VI Закону України 1992 року встановлена ціла низка суб'єктів, які користуються особливим статусом при застосуванні до них, зокрема, і процедур запобігання банкрутству (неспроможності).

До кола названих суб'єктів входять містоутворюючі підприємства, особливо небезпечні підприємства, сільськогосподарські підприємства, страховики, громадяни

– підприємці, фермерські господарства, професійні учасники ринку цінних паперів, емітенти чи управителі іпотечних сертифікатів, управителі фонду фінансування будівництва, управителі фонду операцій з нерухомістю.

В ч.2 ст.5 Закону України 1992 року також зазначається про спеціальне регулювання процедур банкрутства банків. У теперішній час процедури, що застосовуються до неплатоспроможних банків, врегульовані нормами закону України "Про банки і банківську діяльність" 2000 року [12].

При розгляді судами справ про визнання банків неплатоспроможними (банкрутами) законодавство про банкрутство (неспроможність) може застосовуватися в частині, що не суперечить нормам закону України "Про банки і банківську діяльність".

Положення Закону України 1992 року щодо провадження у справах про банкрутство (неспроможність) підприємств паливно-енергетичного комплексу, які беруть участь у процедурі погашення заборгованості на умовах, визначених Законом України "Про заходи, спрямовані на забезпечення сталого функціонування підприємств паливно-енергетичного комплексу", застосовуються з урахуванням особливостей, визначених названим законом [13].

В даному контексті, також слід звернути увагу, на те що ч.6 ст.5 Закону України 1992 року встановлені особливості щодо порушення справи про банкрутство стосовно гірничих підприємств – боржників, що створені у процесі приватизації та корпоратизації, у статутних фондах яких частка держави становить не менше 25 відсотків і продаж акцій яких розпочався. Справи про банкрутство таких підприємств можуть бути порушені не раніше ніж через один рік від початку виконання плану приватизації (розміщення акцій). Початок виконання плану приватизації визначений законом України "Про приватизацію майна державних підприємств" від 04.03.92 р. (п.3.2.1). Початком виконання плану приватизації згідно зі статтею 11 Закону України від 4 березня 1992 р. N 2163-XII "Про приватизацію державного майна" (у редакції Закону від 19 лютого 1997 р. N 89/97-ВР) [14]. слід вважати дату затвердження плану приватизації або плану розміщення акцій відкритих акціонерних товариств, створених у процесі приватизації та корпоратизації уповноваженими органами приватизації.

За висновком суддів господарських судів практика застосування законодавства про банкрутство (неспроможність) до названих боржників у статутних фондах яких частка держави становить не менше 25 відсотків викликає на практиці дуже багато проблем, що пов'язані: з неможливістю визначити наявність та частку акцій, що належать державі у статутному фонді боржника; з призначенням арбітражного керуючого; з погодженням плану санації; з реалізацією майна такого боржника тощо. Існування зазначених проблем дозволило запропонувати доповнити Розділ IV Закону України положеннями щодо особливостей застосування процедур банкрутства (неспроможності) до державних підприємств та підприємств, частка державної власності у статутному фонді яких становить не менше 25 відсотків [15, с.63-64], [16, с.65-66].

Особливості вищеперерахованих суб'єктів визначається поперед усього специфікою їх правового становища, що пов'язано з їх особливим місцем в економіці даної країни та впливом цілої низки інших факторів, наприклад, соціальних, що не дозволяє або робить недоцільним застосування до них багатьох загальних положень права банкрутства (неспроможності), регламентуючих правовий статус "звичайних" боржників, до яких у разі порушення провадження у справі про банкрутство можуть бути застосовані процедури запобігання банкрутству (неспроможності), що здійснюються за загальними правилами.

Створення ефективного механізму правового регулювання банкрутства (неспроможності), та процедур запобігання банкрутству (неспроможності), зокрема, окремих категорій боржників дозволить в залежності від конкретної економічної ситуації усунути загрозу визнання певного боржника банкрутом (наприклад, особливо небезпечного підприємства, сільськогосподарського підприємства, банківської установи тощо) або застосовувати та здійснювати відповідні процедури з урахуванням інтересів суб'єктів, які утягнуті у ці відносини поза їх волі, та потребують захисту, зокрема, працівників місто- утворюючого підприємства, страхувальників, клієнтів професійного учасника ринку цінних паперів, осіб, які мають вклади у банках та інших.

Поряд з цим, слід звернути увагу на те, що положення законодавства про банкрутство (неспроможність) у тій частині, яка присвячена правовий регламентації особливостей банкрутства (неспроможності) окремих категорій суб'єктів підприємницької діяльності з усією очевидністю вимагають вдосконалення як у напрямку розширення суб'єктів – боржників, які підпадають під дію названих приписів, так і у напрямку корекції та доповнення окремих положень Розділу VI Закону України 1992 року.

Вважаємо за доцільне, до кола суб'єктів спеціальних або особливих процедур банкрутства (неспроможності), крім названих у Розділі VI Закону України 1992 року, також віднести малі підприємства, до яких слід застосовувати особливі процедури банкрутства (неспроможності), а саме спрощені процедури, з огляду на їх нескладність, швидкість застосування та невеликі затрати на проведення таких процедур. На користь такої пропозиції свідчить досвід застосування названих процедур до малих підприємств французького законодавства про банкрутство (неспроможність) [17, с.144 – 147].

З огляду на те, що вітчизняний законодавець визначає особливості банкрутства (неспроможності) лише фермерських господарств та сільськогосподарських підприємств, бажано б було поширити дію норм цього розділу на будь які сільськогосподарські організації, що здійснюють сільськогосподарську діяльність, незалежно від об'єму річного господарського обігу та виручки від реалізації сільськогосподарської продукції, товарів, робіт, послуг, особливості, яких обумовлені не тільки власно характером їх діяльності, але й сезонним характером такої діяльності та Її залежністю в значному ступені від природно – кліматичних умов.

Зважаючи на важливість розвитку та підтримки сільського господарства для нашої країни та на необхідність врахування законодавцем соціально-економічної значимості даних суб'єктів, особливо у теперішній час, коли відбувається встановлення та закріплення ринкових відноси, у контексті якого значна кількість суб'єктів, які здійснюють сільськогосподарську діяльність опинилися у кризовому фінансовому становищі розповсюдження на них положень законодавства про банкрутство (неспроможність) особливо з огляду на можливість застосування до таких суб'єктів процедур запобігання банкрутству (неспроможності) та недопущення їх ліквідації буде вельми важливим та своєчасним заходом.

Приймаючи до уваги досвід правового регулювання відносин банкрутства (неспроможності) у Російської Федерації пропонуємо до кола окремих категорій боржників ввести суб'єктів природної монополії. Враховуючи те, що встановлення спеціальних приписів щодо банкрутства (неспроможності) даної категорії суб'єктів обумовлюється їх особливим становищем серед інших учасників господарського обігу: суб'єкти природної монополії, діють у тих сферах товарного ринку, де відсутні конкурентні механізми, та в цьому сенсі названі суб'єкти

є незамінними. Суб'єкти природної монополії мають значну кількість споживачів, які від них залежать, так як не мають можливості без непомірних витрат отримати відповідні товари (роботи, послуги) у інших суб'єктів. Застосування до суб'єктів природної монополії загальних правил права банкрутства (неспроможності) може мати дуже негативні наслідки для вітчизняної економіки.

Запровадження особливих правил щодо банкрутства (неспроможності) повинно відбуватися таким чином, щоб зробити неможливим або звести до мінімуму визнання такого боржника банкрутом (неспроможним) та його ліквідацію.

Потребують вдосконалення та уточнення і вже існуючи законодавчі положення, якими регламентується особливості банкрутства (неспроможності) окремих категорій суб'єктів підприємницької діяльності.

Зокрема, із змісту ст.46 Закону України 1992 року випливає, що судова процедура санації як одна з процедур запобігання банкрутству (неспроможності) може бути застосована не тільки до юридичних осіб але й щодо громадянина – суб'єкта підприємницької діяльності, що є професійним учасником ринку цінних паперів. Застосування судової процедури санації до громадянина – суб'єкта підприємницької діяльності суперечить нормам ст.47 Закону України 1992 року, якими щодо усіх громадян – суб'єктів підприємницької діяльності, незалежно від виду такої діяльності замість судової процедури санації передбачена спеціальна процедура погашення боргів. На наш погляд, до громадян – підприємців, які є професійними учасниками ринку цінних паперів, повинна застосовуватися судова процедура погашення боргів з особливостями передбаченими ч.ч.8 – 10 ст.46 Закону України 1992 року.

З цього приводу, заслуговує на увагу думка В.В.Степанова, який зазначає, що основним завданням регулювання неплатоспроможності таких суб'єктів повинно бути оперативне втручання у їх справи, припинення усіх поточних операцій таких суб'єктів, перевірка їх угод та інше [18, с.43].

З огляду на вищевикладене, доцільно було б в законодавчому порядку закріпити наступні положення стосовно громадян-підприємців, які є професійними учасниками ринку цінних паперів:

1) "З дня введення господарським судом процедури санації боржника – юридичної особи або процедури погашення боргів громадянина – суб'єкта підприємницької діяльності, чи визнання професійного учасника ринку цінних паперів банкрутом і відкриття ліквідаційної процедури цінні папери клієнтів підлягають поверненню клієнту, якщо інше не передбачено угодою керуючого санацією або громадянина – професійного учасника ринку цінних паперів, або ліквідатора з клієнтом".

2) "При проведенні санації професійного учасника ринку цінних паперів – юридичної особи або процедури погашення боргів громадянина – суб'єкта підприємницької діяльності, що є професійним учасником ринку цінних паперів керуючий санацією (господарський суд) має право передати цінні папери, передані такому професійному учаснику ринку цінних паперів клієнтами, іншому суб'єкту підприємницької діяльності, який має відповідну ліцензію професійного учасника ринку цінних паперів".

1. Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом: Закон України від 14.05.92 р., № 2343-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 31. – Ст. 440. 2. Господарський кодекс України: Закон України від 16. 01. 03 р., № 436 – IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18, № 19-20, № 21 – 22. – Ст. 144. 3. Про банкрутство: Закон України від 14.05.92, №2343-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – №31. – Ст.440. 4. Про перелік об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації: Закон України від 07.07.99., № 847 – XIV // Офіційний вісник України. –1999. – № 34. – Ст. 1768. 5. Джунь В.В. Інститут неспроможності: світовий досвід розвитку і особливості становлення в Україні: [монографія] / В'ячеслав Васильович Джунь. – К.: Юридическая практика, 2006. – 384 с. 6. Афанасьєв Р.Г. Проблеми правового регулювання банкрутства за законодавством України: дис. … кандидата юр. наук: 12. 00. 04/ Афанасьєв Ростислав Георгійович. – К., 2001. – 184 с. 7. Тітов М.І. Банкрутство: матеріально-правові та процесуальні аспекти: [монографія] / Микола Ілліч Тітов. – Харків: Фірма "Консум", 1997. – 192 с. 8. Поляков Б.М. Право несостоятельности (банкротства) в Украине: [монография] / Борис Моисеевич Поляков. – К.:Концерн "Видавничий Дім "Ін Юре", 2003. – 440 с. 9. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. №435 – 1V// Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №40. – Ст.356. 10. Знаменський Г.Л., Піріжняк Г.А. Некомерційна господарська діяльність / Г.Л. Знаменський, Г.А. Піріжняк // Науково – практичний коментар Господарського кодексу України / [О.А. Беляневич, О.М. Вінник, В.С. Щербина та ін.]; за заг. ред. Г.Л. Знаменського. – [2-е вид.]. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С. 87– 90. 11. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / [Авилов Г.Е., Брагинский М.И., Клейн Н.И., Рахмилович В.А. и др.]; под ред. О.Н. Садикова. – М.: КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 1997. – 778 с. 12. Про банки і банківську діяльність: Закон України від 7.12.00, №2121-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 5-6. – Ст.30.13. 13. Про заходи, спрямовані на забезпечення сталого функціонування підприємств паливно-енергетичного комплексу: Закон України від 23.06.05., № 2711 – IV // Офіційний вісник України. – 2005. – № 29. – Ст. 1696. 14. Про приватизацію державного майна: Закон України від 4. 03. 92, N 2163-XII (у редакції Закону від 19. 02. 97, N 89/97-ВР) // Голос України. – 1997. – 20. 03. 15. Рибіна С.А. Проблемні питання банкрутства державних підприємств та підприємств, частка державної власності у статутному фонді яких перевищує 25 відсотків / С.А. Рибіна // Санація та банкрутство. – 2010. – № 2. – С. 63-64. [с.65-66]. 16. Костенко Л.А. Особливості процедури банкрутства підприємств державного сектора економіки / Л.А. Костенко // Санація та банкрутство. – 2010. – № 2. – С. 65-66. 17. Жамен С., Лакур Л. Торговое право / С.Жамен, Л. Лакур; пер. с франц. Е.В.Азимовой. – М.: Международные отношения, 1993. – 254 с. 18. Степанов В.В. Несостоятельность (банкротство) в России, Франции, Англии, Германии / Вячеслав Валентинович Степанов. – М.: Статут, 1999 – 204 с.

Надійшла до редколегії 11.04.11

УДК 347.78

Л. Комзюк, канд. юрид. наук, доц.

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ОБМЕЖЕННЯ АВТОРСЬКОГО ПРАВА В СЛОВАЦЬКІЙ РЕСПУБЛІЦІ

У статті розглянуто деякі аспекти теорії і практики обмеження авторських прав у контексті їх збалансованості з конституційним правом на інформацію. Проаналізовано відповідний досвід Словаччини. Обґрунтовано необхідність і оптимальні шляхи використання цього досвіду для вдосконалення законодавства України.

Ключові слова. Авторське право, обмеження авторського права, Словацька республіка.

В статье рассмотрены некоторые аспекты теории и практики ограничения авторских прав в контексте их сбалансированности с конституционным правом на информацию. Проанализирован соответствующий опыт Словакии. Обоснованно необходимость и оптимальные пути использования этого опыта для совершенствования законодательства Украины.

Ключевые слова. Авторское право, ограничения авторского права, Словацкая республика.

In the article some aspects of theory and practice of copyright limitation are considered in the context of their balanced with a constitutional right on information. The proper experience of Slovakia is analysed. Substantiated necessity and best ways to the use of this experience for perfection of Ukrainian legislation.

Key words. Copyright, copyright limitations, Slovak republic.

Актуальність теми дослідження. З часу проголошення незалежності України і обрання нею курсу соціально-економічних реформ інтенсивний розвиток інституту права інтелектуальної власності і становлення відповідного національного законодавства. Хоча на сьогодні правова база в цій сфері складається з понад

© Комзюк Л., 2011

30 законів і понад 100 підзаконних нормативно-правових актів, проте наявне правове регулювання і, особливо, практика застосуваннязаконодавства до цих пір залишаються недосконалими. Зокрема, українське законодавство про авторське право і суміжні права не повністю відповідає нормам міжнародних договорів, до яких приєдналася Україна, а також нормам права Європейського Союзу. Значні претензії обґрунтовано висуваються до України щодо широкомасштабних порушень авторського права і суміжних прав. Без вирішення цих проблем не може йтися про здійснення задекларованих на найвищому державному рівні намірів щодо членства України в ЄС, але й про асоціацію і створення з ним зони вільної торгівлі.

Особлива важливість вивчення словацького досвіду обмеження авторських прав зумовлена, зокрема, наступними обставинами: по-перше, гостротою і суспільною значимістю проблеми досягнення балансу між правами інтелектуальної власності (особливо – авторськими) і правом на інформацію як у Словаччині, так і в Україні; по-друге, належністю української і словацької правових систем до однієї – континентальної – сім'ї правових систем; по-третє, відсутністю вітчизняних наукових праць з цієї тематики.

Тому невідкладна активізація вивчення зарубіжного, зокрема словацького, досвіду є одним з найважливіших напрямів вдосконалення охорони авторських прав в Україні і одним із пріоритетних завдань вітчизняної юридичної науки, що й актуалізує тему даного дослідження.

У словацькій юридичній науці окремі питання обмеження авторського права і суміжних прав розглядаються, зокрема, в працях П. Войчіка [1], Я. Лазара [2], П. Муріня [3; 4], Я. Швідроня [5] та інших вчених [6].

Метою роботи є висвітлення актуальних аспектів словацького досвіду обмеження авторських прав, зокрема збалансування їх з правом на інформацію, і вироблення рекомендацій щодо його можливого використання в Україні.

Конституція Словацької республіки [7] у ст. 26 (як і ст. 34 Конституції України [8]) і спеціальні закони гарантують кожній особі право на інформацію [9]. Водночас, конституціями і законами обох держав закріплюються особисті немайнові і майнові права авторів творів [10; 11]. З огляду на об'єктивну колізійність цих двох категорій суб'єктивних прав виникає потреба в їх узгодженні з урахуванням балансу інтересів особи і суспільства, особливо в сучасних умовах формування інформаційного суспільства та економіки знань. У деяких випадках може йтися про пріоритетність забезпечення права на інформацію і необхідність встановлення з цією метою певних обмежень авторських прав.

Важливим критерієм для диференціації обмежень майнових авторських прав (у доктрині і законодавстві) є наявність чи відсутність в автора (чи іншого правоволодільця) права на отримання винагороди за використання твору (яка може виплачуватись (через уповноважені організації колективного управління майновими авторськими та суміжними правами) або особами, що використовують твір, або передбаченими законом іншими особами, наприклад, виробниками та імпортерами обладнання і матеріальних носіїв, із застосуванням яких можна здійснити відтворення творів, у формі відрахувань (у відсотках) від вартості такого обладнання і матеріальних носіїв).

Словацький закон про авторське право і суміжні права від 4.12.2003 р. [11] передбачає низку таких обмежень (параграфи 24-38). З огляду на обмежений обсяг цієї статті, вважаємо за доцільне проаналізувати лише деякі норми словацького авторського закону, які регулюють відповідні суспільні відносини значно досконаліше, ніж вітчизняне законодавство.

Як і в українському законодавстві (статті 21-25 Закону України "Про авторське право і суміжні права"), ці обеження також поділяються на кілька видів. Залежно від мети закон дозволяє використання творів (так звана "законна" ліцензія – дещо неточний (краще було б – "передбачена законом ліцензія"), але досить поширений в літературі термін) на різних умовах і в різному обсязі для особистих потреб і для задоволення суспільних інтересів у сфері інформації, освіти, науки з виплатою чи без виплати винагороди.

У параграфі 38 цього закону чітко закріплено так званий триступеневий тест, передбачений кількома міжнародними договорами і директивами ЄС. Відповідно до нього: 1) обмеження майнових прав дозволяється лише в окремих випадках, вичерпний перелік яких визначений законом (у параграфах 24-27); 2) дозволене використання твору іншими особами не може суперечити звичайному використанню твору; 3) дозволене використання твору не може необґрунтовано посягати на охоронювані законом інтереси автора. Додамо до цього також, що умовами дозволеного використання твору є його попереднє правомірне оприлюднення і дотримання особистих немайнових прав автора, які за своєю юридичною природою є необмежуваними.

Авторський закон Словаччини передбачає ефективні запобіжники щодо зловживання правом на дозволене законом використання творів. Так, звільнення фізичної особи від виплати винагороди за виготовлення примірників оприлюдненого твору для особистих потреб чітко пов'язано з відсутністю прямої чи непрямої комерційної мети (параграф 24). Але і в цьому випадку авторові виплачується винагорода виробниками та імпортерами репрографічного обладнання та іншими спеціальними суб'єктами.

Дозвіл на використання твору в рамках громадянських та релігійних обрядів, шкільних вистав, з метою освіти, бібліотеками та архівами, особами з вадами здоров'я чітко обумовлюється безплатністю таких обрядів, вистав і неотриманням прямої чи непрямої майнової вигоди (параграфи 28-31).

Дуже актуальним і корисним було б запровадження до українського законодавства положення словацького закону про виплату авторові твору (через організації колективного управління майновими правами) надавачами платних послуг з розмноження (копіювання) примірників творів (кожен читач на власному досвіді може засвідчити масовий характер таких послуг) винагороди у розмірі 3 % від доходу (п.6 а) параграфу 24).

Детальніше, ніж в українському законі, і досить досконало врегульовані в авторському законі Словаччини особливості обмеження майнових авторських прав у зв'язку з використанням твору з інформаційною метою (параграф 33), цитуванням творів (параграф 25), пропагандою виставок художніх творів (параграф 26), тимчасовим виготовленням примірника твору (параграф 32), публічним виставленням твору (параграф 37), використанням складених творів (параграф 34), копіюванням та декомпіляцією комп'ютерних програм (параграфи 35 і 36) та ін.

Певним недоліком словацького авторського закону є, на нашу думку, відсутність дозволу на використання творів у процесі здійснення публічно-владних повноважень (як це передбачено Бернською конвенцією про охорону літературних та художніх творів і іншими міжнародними правовими актами). Але, оскільки Словаччина є стороною зазначеної конвенції, то в цьому випадку діють конвенційні норми. В українському авторському законі відповідні положення містяться в п.7 ч. 1

ст. 21 (відтворення творів для судового і адміністративного провадження в обсязі, виправданому цією метою).

Одним із новітніх прикладів запровадження обмежень авторських прав з метою забезпечення вільного поширення суспільно важливої інформації стало прийняття закону Словацької республіки від 14 грудня 2010 р., яким вносяться зміни і доповнення до законів про вищі школи, про авторське право і суміжні права та до деяких інших законів [12; 13], що набирає чинності з 1 вересня 2011 р. Закон став частковою відповіддю на чисельні скандали зі звинуваченнями в плагіаті багатьох відомих словацьких (як і деяких чеських, польських, німецьких та ін.) політиків під час написання дисертацій і у сприянні в цьому керівників ВНЗ, зокрема й юридичних факультетів цих закладів. Однією з причин, що уможливила успішний захист цих дисертацій, стала відсутність вільного доступу до них широкої громадськості (подібні факти мають місце і в Україні. Вироблено навіть спеціальний механізм для уникнення контролю широкої наукової громадськості у процесі захисту дисертацій високопоставленими керівниками. Два найбільш поширені способи, які застосовуються для цього – свідоме перешкоджання реалізації вимоги законодавства про публічний характер захисту і використання грифу "таємно" для прикриття випадків плагіату і відвертої "халтури" в дисертаціях, які захищаються у відповідних спецрадах. В останньому випадку достатньо, наприклад, посилання на один-два відомчих накази з грифом "таємно" в дисертації, скажімо, з юридичної психології!!!, щоб така дисертація була "засекречена" і її захист відбувався непублічно, "келейно" і з відомим наперед позитивним результатом).

З метою усунення цих негативних явищ, створення кращих можливостей для широкого практичного використання результатів досліджень, отриманих авторами випускних робіт та докторських дисертацій (záverečnej práce, rigoróznej práce, habilitačnej práce), і для сприяння подальшому розвиткові науки законом Словацької республіки від 14 грудня 2010 р. [12] передбачається, що:

1. випускні і дисертаційні праці не можуть порушувати права та охоронювані законом інтереси, особливо права інтелектуальної власності, третіх осіб або неправомірно містити таємну чи конфіденційну інформацію, особові дані і комерційну таємницю третьої особи. Така інформація може міститись в окремій неоприлюднюваній документації, що не є частиною праці, винесеної на захист, і має бути доступною, якщо це конче необхідно під час захисту, лише обмеженому колу осіб – науковим керівникам, опонентам, екзаменаційній комісії;

2. умовою допуску авторів випускних та дисертаційних праць до їх захисту і, отже, набуття ними певного освітньо-кваліфікаційного рівня чи наукового ступеня є письмова згода на оприлюднення і надання доступу публіці до цих праць у центральному реєстрі зазначених праць без виплати авторської винагороди. Формою надання згоди є ліцензійна угода, що містить невиключну територіально необмежену ліцензію, укладена між суб'єктом авторських прав і користувачем твору, яким, відповідно до цього закону, визнається Словацька республіка в особі міністерства шкільництва, науки, досліджень і спорту (Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu). Таким доступом публіки до твору не повинні порушуватись права автора, пов'язані з наступним використанням твору;

3. адміністратор (prevádzkovateľ) реєстру оприлюднює зазначені праці у спосіб, що уможливлює масовий (hromadný) доступ протягом 30 днів з дня отримання міністерством шкільництва, науки, досліджень і спорту відповідної ліцензії. За належне і вчасне отримання ліцензійної угоди відповідає висока школа, в якій відбувся захист праці;

4. випускні і дисертаційні праці оприлюднюються разом з інформацією про управління правами і доступні публіці з використанням технологічних засобів, що забороняють записувати на медіа-носії чи друкувати працю;

5. автор може в ліцензійній угоді встановити для себе відкладальну пільгу тривалістю 12 місяців (з можливістю продовження, за певних умов, ще на 24 місяці за рішенням декана факультету чи ректора вищої школи), під час якої є нечинною його згода на доступ до праці публіки;

6. якщо праця (частина праці) вже була опублікована в періодичних чи неперіодичних виданнях, то замість надання доступу до неї в центральному реєстрі випускних та дисертаційних праць автор подає дані адміністраторові реєстру про таку публікацію (назва, видавець, ISSN чи ISBN, наклад видання). Якщо публікація праці (частини праці) в періодичних чи неперіодичних виданнях відбудеться після її оприлюднення в реєстрі, то на вимогу автора доступ публіки до такої праці (частини праці) припиняється адміністратором реєстру. При цьому автор подає відповідні дані про публікацію;

7. на вимогу міністерства шкільництва, науки, досліджень і спорту або автора доступ публіки до праці (частини праці) з реєстру невідкладно припиняється, якщо існує обґрунтована підозра, що праця була оприлюднена в реєстрі з порушенням вимог закону. Відповідальність за шкоду, завдану оприлюдненням праці (частини праці) в реєстрі в цьому випадку несе виключно автор праці;

8. встановлюються особливості порядку оприлюднення випускних і дисертаційних праць, предметом яких є створення художнього твору не в літературній формі;

9. подробиці щодо процесу і формату подання інформації, формату ліцензійних угод, використання електронних засобів при укладанні ліцензійних угод та ін. регулюються актами міністерства шкільництва, науки, досліджень і спорту.

Висновки. Отже, словацький досвід обмеження майнових авторських прав, зокрема в контексті досягнення балансу між авторськими правами і правом на інформацію, може бути корисним для вдосконалення українського законодавства. Творчо використовуючи цей (та інший зарубіжний) досвід, доцільно було б, зокрема, внести відповідні зміни до законів України про авторське право і суміжні права, про вищу освіту і до відповідних підзаконних нормативно-правових актів.

При цьому, насамперед, необхідно чітко закріпити в авторському законі так званий триступеневий тест та положення про неприпустимість здобуття в рамках дозволеного використання твору прямої чи непрямої комерційної вигоди і обов'язковість дотримання особистих немайнових прав автора. Потрібно було б також передбачити створення і функціонування загальнодоступного електронного державного реєстру випускних (дипломних, магістерських) робіт та дисертацій на здобуття наукового ступеня кандидата наук (доктора філософії) і доктора наук. Автори відповідних наукових творів мають бути зобов'язані законом надавати згоду на оприлюднення цих творів і використання їх на умовах обмеженої невиключної ліцензії адміністратором реєстру (Міністерством освіти і науки, молоді та спорту України) без виплати авторської винагороди. Доцільно встановити, що зазначена згода є необхідною умовою допуску авторів до захисту наукових праць і набуття ними певного освітньо-кваліфікаційного рівня чи наукового ступеня.

1. Vojčík P. Základy práva duševného vlastníctva. – Košice : Právnická fakulta, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika, 2007. – 47 s. 2. Lazar J. Občianske právo hmotné. 1 a 2 zväzok / J. Lazar (red.) a kol. – Bratislava : IURA EDITION, 2010. – 1263 s. 3. Muríň P. Autorské právo (autorské právo, právo výkonných umelcov a s obidvoma súvisiace majetkové práva) / Peter Muríň. – Bratislava : Epos, 2002. – 367 s. 4. Muríň P. Autorské právo 2. Komentár k novému autorskému zákonu / Peter Muríň.. – Bratislava : Epos, 2004. – 303 s. 5. Švidroň J. Právo duševného vlastníctva v informačnej spoločnosti a v systéme práva / J.Švidroň (editor), Z.Adamová, M.Návrat, A.Škreko. – Bratislava : Veda, vydavateľstvo SAV, 2009. – 675 s. 6. Novela zákona o vysokých školách // http://portal. gov.sk/ Portal /sk/. 7. Ústava Slovenskej republiky z 1. septembra 1992 // Zbierka zákonov. – Č. 92/1992. 8. Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141 (з наступними змінами). 9. Zákon zo 17. mája 2000 o slobodnom prístupe k informáciám a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o slobode informácií) // Zbierka zákonov. – Č. 211/2000 Z.z. 10. Закон України "Про авторське право і суміжні права" (в редакції Закону N 2627-III від 11.07.2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 43. – Ст.214. 11. Zákon zo 4. decembra 2003 o autorskom práve a právach súvisiacich s autorským právom (autorský zákon) // Zbierka zákonov. – Č. 618/2003. 12. Zákon zo 14. decembra 2010, ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 131/2002 Z. z. o vysokých školách a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov // Zbierka zákonov. – Č. 6/2011. 13. Zákon z 21. februára 2002 o vysokých školách a o zmene a doplnení niektorých zákonov // Zbierka zákonov. – Č. 131/2002.

Надійшла до редколегії 11.04.11

УДК 347.764 (477)

Н. Пацурія, доц.

ГЕНЕЗИС І СУТНІСТЬ СТРАХУВАННЯ: АНАЛІЗ НАУКОВИХ КОНЦЕПЦІЙ

У статті досліджуються проблемні питання вироблення єдиних теоретичних підходів щодо визначання сутності страхування.

Ключові слова: страхування, теоретичні концепції страхування, страхова доктрина.

В статье исследуются проблемные вопросы выработки единых теоретических подходов к определению сущности страхования.

Ключевые слова: страхование, теоретические концепции страхования, страховая доктрина.

This article investigates the problematic issues develop a unified theoretical approach to the nature of insurance.

Key words: insurance, the theoretical concept of insurance, insurance doctrine.

З'ясування сутності будь-якої господарсько-правової категорії вважається неможливим без усвідомлення її соціально-економічного призначення і соціального ефекту, який досягається у суспільстві завдяки її функціонуванню та визначає роль такої категорії в економіці країни [16, с.14].

Зміст економічної категорії "страхування", як ефективного способу боротьби із різного роду небезпеками та із наслідками згубного впливу небажаних подій, складають 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.

Як вірно вказують науковці, більшість теоретичних конструкцій зберігаючи свої основні рис набуті за часів становлення, трансформуються залежно від конкретних соціально-економічних умов [20, с.59].

Так і страхування як соціальний інститут має давню історію розвитку, що бере початок на етапі виникнення цивілізації і утворення перших ознак державності. В умовах ринкової економіки та наслідків світової фінансово-економічної кризи, страхування відносять до тих галузей народного господарства, які стрімко розвиваються, адже саме в таких умовах приватний сектор вимагає всебічного захисту за відсутності фінансових гарантії з боку держави.

Попри те, що в сучасній економіці роль і значення страхування зростає, як економічною так і правовою наукою ще й досі не вироблено єдиного загальновизнаного підходу до розуміння сутності цієї наукової категорії. Саме вказані проблемні питання обумовлюють актуальність теми дослідження.

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. Підґрунтям для проблем дослідження сутності страхування стали також праці українських і російських вчених-юристів дореволюційного періоду: А.Г. Гойхбарга, С.Є. Ліона, Д.І. Мейера; радянського і сучасного періоду: М.М. Агаркова, С.А. Рибнікова, В.В. Богдана, М.І. Брагінського, В.С. Бєлих, Є.Н. Гендзехадзе, М.В. Гордона, К.О. Граве, Х.О. Гурвічюте, О.В. Дзери, О.С. Йоффе, І.В. Кривошеєва, В.А. Кройтора, Н.С. Кузнєцової, Н.П. Лещенко, Л.А. Лунца, В.В. Луця, Т.С. Мартьянової, Н.О. Саніахмєтової, Є.О. Харитонова, Я.М. Шевченко, К.К. Яічкова, В.Н. Яковлєва та інших. При дослідженні вказаної проблематики також аналізувалися роботи дослідників у галузі економіки – В.Д. Базилевича, В.Г. Баторіна, К.Г. Воблого, О.Д. Заруби, С.С. Осадця.

Цілями статті є аналіз існуючих науково-теоретичних концепцій в страховій доктрині стосовно з'ясування сутності наукової категорії "страхування" та оцінка вироблених окремими науковцями, на тлі вказаних концепцій, власних теоретичних уявлень про страхування як соціально-економічний та правовий феномен.

Принагідно відзначимо, що категорія страхування містить ряд недостатньо вирішених і недосліджених в науці питань: визначення місця, ролі і значення страхування в сучасній економіці України та на ринку фінансових послуг, та цілий пласт проблематики пов'язаної з необхідністю екстраполяції загальнотеоретичних положень про правову природу страхування на специфічні умови провадження страхової діяльності.

Протягом тривалого часу вчені намагалися визначити поняття страхування та з'ясувати його сутність. Попри це, актуальною і на сьогодні вбачається думка В.І.Серебровського, яку він висловив у першій половині XX століття, про те, що "… й до сьогодні не вдалося визначити таке поняття страхування, яке з одного боку, не було б занадто вузьким і охоплювало усі види страхування, а з іншого боку, не було б занадто широким і не охоплювало б сферу сторонніх явищ" [22, с.7].

Підтримуючи вищенаведену позицію економіст К.Г. Воблий вказував, що не дивлячись на всі невдалі спроби визначити єдине поняття страхування, що охоплювало б усі види, теоретики не втратили ще надії його віднайти [5, с.18].

Точки зору представників різних теоретичних шкіл, щодо проблематики з'ясування сутності страхування, формують на сьогодні єдину страхову доктрину, яка дає потужний імпульс для необхідного оновлення як юридичної так і економічної страхової науки.

Систематизуючи основні існуючі теоретичні концепції щодо визначення сутності страхування, стає зрозумілим, що їх положення зводиться до наступного.

© Пацурія Н., 2011

Теорія евентуальної [11] ***потреби.*** Засновником вказаної теорії у 1898 році став відомий представник італійської економічної школи У.Гоббі, який вбачав призначення страхування у забезпеченні майбутньої випадкової потреби, яка полягає в усуненні наслідків шкоди. На думку У.Гоббі вказана потреба виникає як при знищенні так і при пошкодженні майна, і саме усунення різниці між потребами і засобами їх задоволення є завданням страхування [1, с.34].

Відомий цивіліст В.І. Серебровський розглядав теорію У.Гобі як фундаментальну, і визначав, що метою страхування є задоволення випадкової потреби. При цьому страхування він розглядав як наукову категорію, що є формою розподілу між заздалегідь невідомою кількістю осіб майбутньої, невідомої і випадкової потреби [22, с.8].

Прихильником теорії евентуальної потреби був також видатний німецький економіст А. Манес, який у своїй праці "Основы страхового дела", що визнається короткою енциклопедією страхування, писав "…страхування покликане слугувати задоволенню майнових або грошових випадково виникаючих потреб страхувальників за допомогою взаємних внесків багатьох осіб" [15, с.40].

В свою чергу В.Р. Ідельсон спираючись на ідею евентуальної потреби, як на сутність страхування визначив, що сучасне господарство на кожному кроці повинне зважати на різні потреби, з яких безліч випадкових і які зовсім неможливо передбачати [12, с.19].

Отже, слід відзначити, що У. Гобі, А. Манес, В.І. Серебровський, В.Р. Ідельсон вбачали основну мету страхування у задоволенні випадкових потреб страхувальників.

Слід вказати, що всі наступні теорії, які з'являлися у страховій доктрині, певним чином ґрунтували свої наукові позиції на теорії евентуальної потреби. Проте, як вірно визначають сучасні дослідники, теорія потреб не здатна розкрити природу будь-якого правового інституту, тому що відбиває лише наявність певних мотивів одного із учасників правовідносин. Крім того, будь-яка потреба реалізується, як правило, при укладенні певної угоди (договору), і в цьому сенсі страхування не є виключенням. Вказівка на випадковий характер потреби, що задовольняється за допомогою страхування, не є ознакою, що притаманна лише договорам страхування, в алеаторних договорах спостерігається саме такий випадковий характер зустрічного надання, прив'язаного до події, щодо якої невідомо, настане вона чи ні [10].

Теорія страхового фонду передбачає необхідність його формування за допомогою внесків невизначеної кількості осіб. До представників теорії страхового фонду страхова доктрина відносить І.І. Степанова, К.Г. Воблого, В.К. Райхера, К.А. Граве, Л.А. Лунца, Ф.В. Коньшіна.

Так, зокрема, К.А. Граве та Л.А. Лунц під страхуванням у широкому розумінні вбачали сукупність заходів, щодо створення ресурсів (матеріальних та/або грошових), за рахунок яких провадиться вирівнювання шкоди, відновлення втрат в суспільстві у разі настання стихійних лих або нещасних випадків [9, с.44]. Під створенням матеріальних та/або грошових ресурсів науковці розуміли страховий фонд, що перебуває у розпорядженні спеціалізованої організації і використовується тільки у разі виникнення збитків від стихійних лих або нещасних випадків, коли збитки зазнають особи, які робили внески до зазначеного фонду.

І.І. Степанов, якого відносять до прихильників теорії страхового фонду [2, с.1] відзначав, ще у 1875 році, що страхування припускає наявність коштів, заздалегідь і спеціально призначених для відхилення наслідків нещастя. Безпосередньо ж під поняттям страхування І.І.Степанов розумів самостійну господарську діяльність, яка виявляється в заощадженні, спеціально призначеному для відхилення можливого зруйнування цінностей від випадкового нещастя [24, с.13]. З огляду на наведену дефініцію, на нашу думку, є підстави віднести І.І.Степанова до представників іншої наукової течії, які визначають страхування як вид господарської діяльності.

Сучасний дослідники С.А. Навроцький, визначаючи сутність страхування, трактує його як особливу форму економічних відносин обмінно-перерозподільчого характеру з приводу формування і використання колективних страхових фондів на засадах солідарної відповідальності з метою управління різними видами ризику.

В свою чергу, український економіст О.А. Гвозденко визначає економічну сутність страхування через формування страховиком страхового фонду за рахунок страхових внесків страхувальників, призначеного для страхових виплат страхувальникам при настанні страхових випадків, що зазначені у договорі [7, с.24].

Головним принципом, на якому будується теорія страхового фонду є принцип відплатності, сутність якого полягає в наявності потреби у зацікавленої особи у відверненні від себе в майбутньому негативних майнових наслідків. Саме вказана потреба змушує осіб звертатися до спеціально створеної організації – страховика, який формує страховий фонд за рахунок платежів зацікавлених осіб, що і дозволяє задовольнити потреби останніх у разу настання страхового випадку. Фактично, як доводить практика, зацікавленість у забезпеченні евентуальної потреби не обмежується однією особою, подібний інтерес виникає у невизначеного кола осіб.

Вказана форма організації страхового фонду (який адмініструє спеціально створена господарська організація), як стверджував В.К. Райхер, і є страхуванням в його найбільш розвиненому виді. Таким чином, відзначив В.К. Райхер, страхування – це форма організації централізованого (в певному сенсі) страхового фонду за рахунок децентралізованих джерел – із внесків, що сплачуються до цього фонду його учасниками [19, с.54].

Ф. В. Коньшін, в свою чергу, визначив страхування як один з методів створення централізованого страхового фонду для відшкодування за рахунок страхових внесків втрат у народному господарстві від стихійних лих і нещасних випадків, а також для виплати відповідних сум у зв'язку з настанням певних подій, пов'язаних з життям і працездатністю застрахованих [13, с.12]

На нашу думку теорія страхового фонду, не охоплює всіх відносин, які виникають у суспільстві з приводу страхування, вона залишає без уваги систему зобов'язальних правовідносин, що вникають між страховиками і страхувальниками, як правило, на підставі договору страхування або відповідно до закону.

З цього приводу А.І. Худяков відзначав, що "питання формування, розподілу і використання страхового фонду перебувають поза рамками страхових відносин: ці питання не регулюються договором страхування, і страховик не несе перед страхувальником жодних зобов'язань, пов'язаних з формуванням цього фонду". Крім того, посилаючись на норми Цивільного кодексу Російської Федерації (далі – ЦК РФ) автор вказує, що в їх змісті немає навіть згадки про страховий фонд, проте саме він (ЦК РФ) регулює страхові відносини. З огляду на це, А.І. Худяков приходить до висновку, що страхові відносини не є виключно відносинами щодо формування та використання страхових фондів, це відносини з надання страхового захисту [29, с.65].

В.Ю. Абрамов теж вважає, що подібний підхід до розкриття сутності страхування не можна визнати оптимальним, з огляду на те, що теорія страхового фонду не розкриває цільового призначення страхування, яке

полягає у відновленні втрачених матеріальних благ при настанні випадкових подій. Як вірно зазначає В.Ю. Абрамов те, що страховий фонд є економічною базою для організації страхової справи, не викликає сумнівів, проте визначення страхування як форми організації страхового фонду не розкриває цільове призначення страхування, призначенням якого перш за все є відновлення втрачених благ при настанні випадкових і непередбачуваних подій [2, с.5].

Теорія відшкодування шкоди. Сутність вказаної теорії полягає у розумінні страхування як способу боротьби з негативними наслідками випадкових небезпек, які спричиняють шкоду. Зрозуміло, що забезпечити шкоду можливо тільки при наявності заздалегідь накопичених для вказаних цілей коштів, проте метою акумулювання таких коштів, на думку представників вказаної теорії, виступає саме боротьба з наслідками страхових випадків.

Прихильниками доктрини відшкодування шкоди у різні часи були Р. Еренберг та М. Вольф.

Основна ідея вказаної теорії полягала в тому, що шкода є результатом певного факту, що тягне за собою знищення або пошкодження майна. З огляду на це завданням страхування науковці вважали відшкодування або зменшення розмірів шкоди.

Проте, ще на початку XX століття опоненти прихильників теорії відшкодування шкоди (Г.Ф. Шершеневич) вказували, що вона повністю відповідає цілям страхування майна, поте не є придатною для деяких видів особистого страхування, бо при такому страхуванні у осіб не виникає збитків у їх класичному розумінні, мова іде про певні грошові затрати осіб, що спрямовуються на відновлення здоров'я.

Теорія страхового ризику. Дана теорія була розроблена представниками економічної науки і стала об'єднуючим напрямком у загальній доктрині страхування. Зміст вказаної теорії полягає у тому, що ризик, який пов'язаний з можливими небезпеками, спонукує страхувальників вступати в страхові відносини. До прибічників теорії страхового ризику слід віднести юристів-науковців І. Лаптеву, І.Волкову [14; 6]. Крім того, слід вказати що сучасні дослідники – економісти (С. Осадець, Л.Горбач, Т.Турбіна, І.Корчевський) визначають, що ризикова функція вважається головною функцією у страхуванні. Ризик, як можливість спричинення збитків, обумовлює необхідність формування і функціонування в суспільстві системи страхових правовідносин. 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 перестрахувальних компаній; страхових посередників; об'єднань страховиків; товариств взаємного страхування і т.ін.), завдяки яким можуть бути реалізовані страхові правовідносини [17, с.16].

Теорія страхового договору. Представники правової науки, спробували об'єднати всі теоретичні напрямки для вироблення єдиного загального поняття страхування, яке вважали за можливе визначити через правову конструкцію договору. Адже юристи обґрунтовували свою позицію тим, що саме договори складають основну правову форму страхового відношення.

Так, зокрема, Г.Ф. Шершеневич відзначав, що страхування це договір, в силу якого одна сторона – страховик за обумовлену плату зобов'язується відшкодувати іншій стороні – страхувальнику збитки, які може зазнати майно останнього від передбаченого угодою нещастя [30, с.315]. Прибічниками теорії договору страхування у різні часи були С. Ліон, В. Еренберг, А. Гойхбарг, Ю. Гірке.

Недоліком вказаного наукового напрямку визнають вузьке розуміння страхування, виключно у якості страхового договірного зобов'язання, проте, інший бік страхування у розумінні господарської діяльності – не враховує.

Теорія господарської діяльності. У зазначеному аспекті науковці розглядають страхування як діяльність страхових організацій по компенсації збитку, що виникає у страхувальників при настанні певних обставин (страхових випадків), передбачених законом або договором, шляхом здійснення виплат із страхового фонду, сформованого із внесків страхувальників [33, с.24].

На думку професора Шахова В.В.: "страхова справа являє собою багатофактурну, динамічну систему, яка складається із постійно взаємодіючих частин. Основними складовими страхової справи є: система страхових компаній, державного страхового нагляду, асоціацій страховиків, галузі, підгалузі, види і різновиди страхування" [29, с.15].

З цього приводу найбільш характерним є визначення А. Вагнера, на його думку: "страхування це така господарська організація яка усуває, або певною мірою пом'якшує негативні наслідки випадкових непередбачуваних подій для майна певної особи таким шляхом, що воно розподіляє їх на ряд випадків, яким загрожувала однакова небезпека, але в дійсності не наступила." [5, с.18].

Професор Ідельсон В.Р., ще у 1907 році вбачав у страховій справі: "...такий вид господарської діяльності який отримує вигоду із страхових угод" [12, с.3].

Економіст А.Манес вбачав у страхуванні "господарську організацію що діє на підставі взаємності з метою покриття випадкової майнової потреби." [15, с.40].

Наведенні визначення певним чином збігаються між собою. Вони мають у своєму змісті вказівку на необхідний елемент страхової діяльності, без якого її здійснення стає неможливим: господарська установа, господарська організація. Також у визначеннях наявний ще елемент, притаманний страховій діяльності: мета створення, існування і здійснення діяльності згаданої організації. Однак, зазначена мета тут підміняється безпосереднім процесом надання страхових послуг. Вказана думка обґрунтовується тим, що страхова організація (компанія) саме з метою отримання прибутку від надання послуг провадить певні дії при настанні страхового випадку по відшкодуванню понесеного збитку, або попередження певних негативних наслідків.

Визначення страхування, яке за поданими ознаками більш всього збігається з поняттям страхової діяльності, навів професор Воблий К.Г. у своїй праці "Основи економії страхування" у 1925 році. На його думку, страхування це вид господарської діяльності на основі солідарності і відплатності, що має на меті покриття майбутніх потреб, які викликаються настанням випадкової і разом з тим статистично можливої події [5, с.18].

Вказана теорія також має свої недоліки, з огляду на звужене розуміння сутності страхування, проте, слід взяти до уваги, що наведені вислови були зроблені вченими ще на початку століття і були першими спробами розібратися у багатоскладній суті страхування, вивчити його з різних боків, та подивитися на вказане явище під іншим кутом зору – як на вид господарської діяльності.

Теорія страхових відносин / правовідносин, яка визнається найбільш науково обґрунтованою в страховій доктрині.

І.В. Стремковська визначає страхування як систему економічних відносин між конкретними суб'єктами господарювання, де з одного боку виступають страхувальники, а з іншого -страховики. Важливою передумовою

застосування страхування є майнова самостійність суб'єктів господарювання і їхня зацікавленість у переданні відповідальності за наслідки ризику спеціалізованим формуванням [23].

Дещо по-іншому трактують це поняття сучасні вітчизняні теоретики страхової справи. Так, професор С.С. Осадець дає наступне визначення страхування – "це економічні відносини, за яких страхувальник сплатою грошового внеску забезпечує собі чи третій особі в разі настання події, обумовленої договором або законом, суму виплати страховиком, який утримує певний обсяг відповідальності і для її забезпечення поповнює та ефективно розміщує резерви, здійснює превентивні заходи щодо зменшення ризику, а у разі необхідності перестраховує частину останнього" [26, с.184].

Російський вчений В.В. Шахов вказує, що під страхуванням, як правило, розуміється система економічних відносин, яка включає створення за рахунок організацій і населення спеціального фонду коштів і використання цього фонду для відшкодування збитку майна від стихійних лих та інших несприятливих випадкових явищ, а також для надання громадянам (або їх сім'ям) допомоги при настанні різних подій у їхньому житті (досягнення певного віку, втрата працездатності, смерть тощо) [29, с.15].

Професор Л.І. Рейтмана визначає страхування як сукупність особливих замкнених перерозподільних відносин між його учасниками з приводу формування за рахунок грошових внесків цільового страхового фонду, призначеного для відшкодування можливого надзвичайного і іншого збитку підприємствам і організаціям або для надання грошової допомоги громадянам [25, с.144].

О.Д.Заруба розуміє страхування як перерозподільчі відносини у фінансовій системі пов'язані, з одного боку, з формуванням страхового фонду при допомозі фіксованих страхових платежів, а з іншого – з відшкодуванням втрат від цього учасниками страхування [34, с.80].

В.М. Фурман розуміє страхування як інституційну форму економічних відносин із перерозподілу національного доходу, акумулювання, примноження й витрачання коштів страхового фонду, що будуються з урахуванням солідарності у розподілі й перерозподілі ризику, від платності у забезпеченні необхідного захисту життя, здоров'я, працездатності населення, майнових інтересів фізичних і юридичних осіб та їхньої відповідальності перед третіми особами у разі завдання останнім шкоди; платна система фінансової компенсації фізичним та юридичним особам у ситуаціях, пов'язаних з економічними збитками, породжуваними об'єктивними чинниками, що будується з урахуванням як вірогідності несприятливої події, так і її можливих наслідків, а також згідно зі встановленими кваліфікованими умовами; дієвий інструмент реалізації соціальної політики держави, основа системи соціального захисту населення; специфічна галузь як національної економіки, так і світового господарства [27, с.120].

З точки зору В.Н Яковлєва страхування являє собою конкретні економічні (виробничі) відносини, що формуються під безпосереднім впливом об'єктивних вимог розвитку продуктивних чинників, що виникають між окремими особами і колективами осіб, що виражаються в конкретних вольових діях, (колективів) по переміщенню певної частини прибавочного продукту (особистого доходу) сільськогосподарських підприємств (окремих громадян) на заповнення втрат, заподіяних стихійними або іншими нещастями [32, с.124].

В.В. Шахов, розглядаючи страхування з економічної точки зору, визначає його як систему економічних відносин, які включають сукупність форм і методів формування цільових фондів коштів і їхнє використання на відшкодування збитку, обумовленого різними непередбаченими несприятливими явищами (ризиками) [29, с.15].

З юридичної точки зору до найбільш істотних ознак страхування можна віднести ті, які виділив В.І. Серебровский, визначаючи страхування як правовідносини, найбільш характерними ознаками якого, є: його ризиковий характер і його мета.

М.Л.Шимінова робить висновок про те, що страхування являє собою сукупність врегульованих суспільних відносин по формуванню і використанню грошового фонду, створюваного зацікавленими особами, що перебуває в оперативному управлінні спеціалізованої організації, з метою відшкодування збитку, заподіяного стихійними лихами і нещасними випадками, а також для виплати грошових сум при настанні певних подій у житті громадян.

Російська цивілістична наука, в свою чергу, вказує, що під страхуванням розуміється зобов'язання, в силу якого одна сторона – страхувальник, має право отримати грошову суму при настанні у визначений термін (або без такого) обумовленої події (страхового випадку) і несе обов'язок по сплаті страхових платежів, а інша сторона – страховик, зобов'язана виплатити вказану грошову суму і має право вимагати сплати страхових платежів [21, с.97].

З точки зору фінансового права, страхування це – сукупність фінансово-правових норм, які регулюють відносини із формування цільових державних фондів грошових коштів, призначених для відшкодування збитків, завданих внаслідок реалізації певних страхових ризиків (природного, техногенного соціального та іншого характеру), передбачених законом та (або) договором, шляхом розкладки суми збитків між учасниками формування цих фондів [31, с.15].

На думку дослідників страхові правовідносини у сфері господарювання являють собою врегульовані нормами права суспільні відносини, що виникають в сфері економіки між суб'єктами господарювання та іншими учасниками відносин у сфері господарювання, з приводу компенсації завданих збитків за рахунок заздалегідь акумульованих коштів, шляхом формування спеціально створеного страхового фонду особам, які постраждали внаслідок настання страхових випадків [18, с.97].

З огляду на різноманіття наведених поглядів стає зрозумілим, що відсутність єдиного наукового підходу до визначення страхових правовідносин полягає у проблемі відсутності єдиного розуміння поняття правових відносин як базової категорії юридичної науки.

Як вказує О.П. Віхров у своїй праці "Організаційно-господарські правовідносини", у сучасному правознавстві категорія правового відношення виступає не тільки однією з центральних, фундаментальних, а й однією з найбільш складних і суперечливих, дискусійних. Із приводу правовідношення в науці продовжують зберігатися невирішені питання, немає єдності у трактуванні його поняття, не вдалося прийти до єдиного пояснення структури цього явища, не реалізовані можливості наукового пізнання правовідношення стосовно до його ролі у механізмі здійснення суб'єктивних прав і виконання відповідних обов'язків, тощо [4, с.16].

Висновки. Слід вказати, що головним недоліком наведених вище визначень і теорій є намагання поєднати під назвою "страхування" різні явища. Сучасні науковці, розуміючи, що проблема визначення науково – обґрунтованого поняття страхової діяльності є актуальною, пропонують законодавчо більш точно сформулювати поняття "страхування" [8, с.5] з цивільно-правової точки зору, з господарсько-правових позицій, визначитися із

поняттям "фінансової діяльності у сфері страхування", в галузі зовнішньоекономічної діяльності і т.ін. [3, с.15].

Перспективи подальших досліджень. З огляду викладене вище, вироблення теоретичних засад страхування дозволить істотно вдосконалити чинне законодавство України та практику його застосування, і головне – досягти значимих соціальних результатів.

1. Gobbi U. L'assicurazione in generale. – Milano, 1898. – 307 с. 2. Абрамов В.Ю. Страхование: теория и практика. – М.: "Волтерс Клувер", 2007. – 512 с. 3. Белых В.С., Кривошеев И.В. Страховое право. – М.: НОРМА, 2002. – 224 с. 4. Віхров О.П. Організаційно-господарські правовідносини. Монографія. – К.: Видавничий Дім "Слово", 2008. – 512 с. 5. Воблый К.Г. Основы экономии страхования. – М.: Анкил, 1993. – 228 с. 6. Волкова И.А. Страхование предпринимательского риска в гражданском праве России: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2004. – С. 18. 7. Гвозденко А.А.Основы страхования. – М.: "Финансы и статистика", 1998. – 300 с. 8. Глушко Г.М. Ключевой вопрос в страховании //Страховое ревю. – 1997. – №8. – С.5. 9. Граве В.К., Лунц Л.А. Страхование. – М.: Госюриздат, 1960. – 176 с. 10. Дедиков С.В. Научно-практический комментарий к главе 48 "Страхование" ГК РФ. Статья 927 [Електронний ресурс] / "Нормативное регулирование страховой деятельности. Документы и комментарии". – № 3, 4. – III, IV квартал 2007 г. – Режим доступу: http://www.ex-jure.ru/law/ news.php?newsid=581. 11. Евентуальний, евентуальна (від латин. eventus – випадок, результат) – можливий при нагоді, при відповідних обставинах. [Електронний ресурс] // Толковый словарь русского языка: В 4 т. / Под ред. Д .Н. Ушакова. – М.: ООО "Издательство Астрель", ООО "Издательство АСТ", 2000. – Режим доступу: http://www.dict.t-mm.ru/ushakov/ 12. Идельсон В.Р. Страховое право. (лекции читанные в С.-Петербургском Политехническом Институте на Экономическом Отделении, Страховом подотделе в 1907г.). – М.: Анкил, 1993. – 96 с. 13. Коньшин Ф .В. Государственное страхование в СССР. М.: Госфиниздат, 1949. – 400 с. 14. Лаптева И.В. Гражданско-правовое регулирование страхования предпринимательского риска : Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – СПб., 2006. 15 с. 15. Манэс А. Основы страхового дела (Пер.с нем. М.П.Побединского) / под ред. М.И. Ушакова. – С.Пб.:Изд-е М.В. Кечеджи-Шаповалава, 1909. – 173 с. 16. Нагребельний В. П., Шемшученко Г. Ю. Соціальний ефект як мета інвестиційної діяльності: правові питання // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2003. – № 3-4. – с.13-16. 17. Пацурія Н. Б. Страхове право України : навч. посіб. / М-во освіти і науки України / Н. Б. Пацурія. – К. : Юрінком – Інтер, 2006. – 175 с. 18. Пацурія Н.Б. Поняття і види страхових правовідносин у сфері господарювання. // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – №82. – 2010. – с.94-98. 19. Райхер В.К. Общественно-исторические типы страхования. – М.: Изд-во АН СССР, 1947. – 282 с. 20. Рєзникова В.В. Сутність категорії "послуга": аналіз існуючих концепцій //Вснык господарського судочинства. – №41. – 2009. – с.58-69. 21. Савкин Д.М. Страховое правоотношение по российскому гражданскому праву: Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. – М.: РГБ, 2003. – 167 с. 22. Серебровский В.И. Очерки советского страхового права. – М.-Л.: Госиздат, 1926. – 184 с.; Серебровский В.И. Страхование. – М.: Финиздат НКФ СССР, 1927. – 144 с. 23. Стемковська І.В. Економічна суть страхування. [Електронний ресурс] / Інноваційна економіка Всеукраїнський науково-виробничий журнал. – Режим доступу // http://www.nbuv.gov.ua/ portal/Soc_Gum/inek/2009_4/ Annotation.pdf 24. Степанов И. И. Опыт теории страхового договора / И. И. Степанов. Казань, 1875. – 227 с. 25. Страховое дело/ под ред. Рейтмана Л.И. – М.: Банковский и биржевой научно-консультационный центр, 1992. – 524 с. 26. Страхування: Підручник / Кер. авт. кол. і наук. ред. С.С. Осадець. – Вид. 2-ге, перероб. і доп. – К.: КНЕУ, 2002. – 599 с. 27. Фурман В.М. Страхування: теоретичні засади та стратегія розвитку: [Монографія] / Фурман В.М. – К.: КНЕУ, 2005. – 296 с. 28. Худяков А.И. Страховое право. – СПб., 2004. – 691 с. 29. Шахов В.В. Страхование – М., ЮНИТИ, 1997. – 311 с. 30. Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. – Т.1: Торговые деятели. СПб.: Изд. Бр. Башмачниковых,1908 – 624 с. 31. Юрах В.М. Фінансово-правові засади страхування в Україні. – Рукопис. Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.07. – Одеса, 2007. – 19 с. 32. Яковлев В.Н. Страховые правоотношения в сельском хозяйстве. – Кишинев: Штиинца, 1973. – 321 с. 33. Янишен В.П. Понятие и признаки страховых правоотношений в Украине: Дис... канд. юр. наук: 12.00.03. – Харьков, 1997. – 195 с. 34. Заруба О. Страхова справа. – К.: Знання, 1998. – 313 с.

Надійшла до редколегії 11.04.11

УДК 346.9:347.731.1

А. Попова, канд. юрид. наук

ЦІЛІ ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ТОВАРНИХ БІРЖ

У статті системно досліджені основні цілі господарсько-правової відповідальності товарних бірж, наводяться класифікації цілей юридичної відповідальності та господарсько-правової відповідальності, що відомі в теорії та на практиці. Проаналізовано взаємозв'язок цілей та функцій господарсько-правової відповідальності товарних бірж.

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

В статье системно исследованы основные цели хозяйственно-правовой ответственности товарных бирж, наводятся классификации целей юридической ответственности и хозяйственно-правовой ответственности, известные в теории и на практике. Проанализировано взаимосвязь целей и функций хозяйственно-правовой ответственности товарных бирж.

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

In article it is system main objectives of economic-legal responsibility of commodity exchanges are investigated, classifications of the purposes of legal responsibility and the economic-legal responsibility, known in the theory and in practice are directed. It is analysed interrelation of the purposes and functions of economic-legal responsibility of commodity exchanges.

Key words: economic-legal responsibility, purpose, commodity exchange.

Біржовий ринок України, одержавши належне економічне середовище, розпочав вирішувати проблеми формування ринкових цін на основі попиту і пропозиції. Спеціальними суб'єктами господарювання, що впливають на розвиток національного й регіонального товарно-фінансового обороту, є товарні біржі. При цьому конкурентна основа функціонування товарних бірж об'єктивно передбачає прояв певних закономірностей, пов'язаних як зі змістом їх діяльності, так і з формами її організації.

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

У теорії господарського права проблему господарсько-правової відповідальності товарних бірж досліджували А.Г. Бобкова, Ю.О. Моісеєв, К.Б. Дудорова, Р.П. Дудяк, С.Я. Бугіль, Л.Я. Мороз та інші. При цьому варто зазначити, що у вітчизняній літературі не зустрічається визначення та аналіз цілей, їх співвідношення з функціями господарсько-правової відповідальності товарних бірж.

З огляду на це, уявляється необхідним дослідити систему цілей, а також їх взаємозв'язок з функціями господарсько-правової відповідальності товарних бірж.

Ціль та функції господарсько-правової відповідальності товарних бірж є складовими одного механізму, що характеризує зміст будь-якої діяльності, у тому числі й правозастосовчої.

Реалізація цілей господарсько-правової відповідальності товарних бірж неможлива без виконання функцій господарсько-правової відповідальності товарних бірж. Цілі та функції знаходяться між собою в органічному взаємозв'язку, окремо одне від одного вони не можуть реалізуватися у дійсності.

Проблему цілей господарсько-правової відповідальності товарних бірж можна досліджувати традиційним

© Попова А., 2011

шляхом і виділити загальноправові та галузеві, загальні та спеціальні цілі.

Цілі права конкретизуються і деталізуються у цілях юридичної відповідальності.

Поняття "ціль" не є виключно юридичним. Поняття "цілі юридичної відповідальності" необхідно визначати з огляду на категорію "ціль" у філософському розумінні.

У філософії ціль розуміється як свідоме передбачення результату, на досягнення якого спрямовані або будуть спрямовані дії суб'єкта, як духовне утворення, як цінність, що уявляється подумки.

Г. Гегель виділяє цілі – абсолютні, загальні і приватні, рушійні, іманентні, істинні, кінцеві, об'єктивні і суб'єктивні, особливі, політичні, релігійні, реальні і нереальні [3, с. 15]. На сьогоднішній день у філософії склалися декілька підходів у вченні про цілі та доцільність. Антропоцентричний підхід полягає в тому, що все існує для людини, метафізичний – кінцева ціль, що панує над процесом світового розвитку, трансцендентний – визнання "потустороннего целеполагающего существа, находящегося вне мира". Іманентний вчить, що ціль полягає в самій природі речей [8, с. 7].

Новий тлумачний словник української мови ціль розглядає як те, до чого прагнуть, чого намагаються досягти; мету [11, с. 738].

Юридичні науки часто розуміють "ціль" як дещо об'єктивне, іноді підмінюючи її такими поняттями як "результат", "наслідок" або "об'єкт діяльності" [8, с. 9].

К.В. Шундіков визначає юридичну ціль як ідеально передбачувану і гарантовану державою модель будь-якого соціального стану або процесу, яку намагаються досягти суб'єкти правотворчої і правореалізаторської діяльності за допомогою юридичних засобів [15, с. 11].

В юриспруденції розрізняють наступні цілі: права; галузей права; правових інститутів; правового регулювання; судочинства; юридичної відповідальності; покарання; санкцій; правопорушення; нормативно-правових актів.

На думку А.І. Екимова, цілі, що формуються в нормах, повинні відповідати двом умовам: по-перше, відповідати своїм змістом об'єктивним закономірностям (тобто бути істинними) і, по-друге, бути забезпеченими реальними засобами своєї реалізації (тобто бути реальними) [4, с. 60].

Деякі вчені наполягають на тому, що ціль юридичної відповідальності – категорія суб'єктивна, а не об'єктивна. Про об'єктивність можна говорити лише з огляду на ті умови, що зумовлюють постановку цілі юридичної відповідальності [10, с. 12].

О.Е. Лєйст вважає, що головна ціль юридичної відповідальності – забезпечення законності, попередження і припинення правопорушень, максимально можливе усунення шкоди, завданої ними суспільству [7, с. 139].

О.В. Зайчук та Н.М. Оніщенко виділяють такі основні цілі юридичної відповідальності: забезпечення прав та свобод суб'єктів шляхом їх гарантування, охорони та відновлення; охорона та захист суспільного порядку шляхом запобігання правопорушенням та перевиховання правопорушників; захист правопорядку та виховання громадян шляхом створення умов для покарання винних осіб та їх перевиховання; компенсація спричиненої порушенням шкоди та відновлення порушених суб'єктивних прав; запобігання скоєнню правопорушень у майбутньому [13, с. 511].

З огляду на вищезазначені точки зору, практично всі дослідники стверджують, що цілями юридичної відповідальності є охорона правопорядку, попередження правопорушень і виховання громадян з позиції поваги до права.

Цілі по-різному класифікуються. Так, цілі права поділяються на: безпосередні, найближчі, віддалені, загальні, приватні і проміжні. Цілі правових норм можна класифікувати на кінцеві і безпосередні; перспективні і найближчі; головні і другорядні; прямі і опосередковані; первинні і вторинні.

Виділяється навіть система правових цілей, що утворює "дерево цілей" ("драбина цілей"), де приватні цілі конкретних правових норм взаємопереплітаються і взаємоконкретизуються, перетворюються у цілі правових інститутів, а останні – у цілі конкретних галузей права або міжгалузевих інститутів [15].

В літературі наводяться різноманітні класифікації цілей юридичної відповідальності: загальні і галузеві, найближчі і віддалені, основні і додаткові, тимчасові і постійні, реальні і нереальні, істинні і хибні та інші [5, с. 101-103]. Як правило, юридична відповідальність переслідує цілі, пов'язані з захистом правопорядку і вихованням громадян [9, с. 626]. Саме для задоволення інтересів суб'єктів права, впорядкованості соціальних зв'язків і встановлюється цей правовий інститут.

Щодо всіх без виключення видів юридичної відповідальності з огляду на їх системність і спільне призначення можна говорити про системні, тобто загальні для них цілі, при цьому не варто забувати цілі, характерні лише окремим галузевим видам юридичної відповідальності.

Цілі юридичної відповідальності проявляються в її функціях.

Так, С.С. Алексєєв зазначає, що ціль юридичної відповідальності полягає у перевихованні правопорушника [1, с. 277-278].

При цьому, В.М. Сирих є одним з небагатьох дослідників даного питання, який намагається органічно пов'язати цілі і функції юридичної відповідальності, називає наступні три: цілі "покарання правопорушника" відповідає "каральна" (штрафна)" функція відповідальності; цілі "превенції" відповідає "попереджувальна (превентивна)" функція; цілі відновлення порушених прав відповідає правовідновлювальна функція [12, с. 435].

Схожу позицію займає Б.Т. Базильов, який відмічає тісний зв'язок між цілями юридичної відповідальності та її функціями, зазначає, що цілі інституту юридичної відповідальності визначають її функції.

Цілі та функції юридичної відповідальності характерні й для господарсько-правової відповідальності товарних бірж, а отже є загальними цілями та функціями останньої.

Аналіз ряду наукових джерел дає підстави функції господарсько-правової відповідальності визначати як основні напрями впливу господарсько-правової відповідальності на біржові відносини, через які досягаються її цілі, і проявляється призначення.

До основних функцій господарсько-правової відповідальності товарних бірж належать: штрафна (каральна), компенсаційна (відновлювальна), попереджувальна, сигналізаційна, а також інформаційна функції.

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

Компенсаційна (відновлювальна) функція господарсько-правової відповідальності товарних бірж – це напрям впливу господарсько-правової відповідальності на товарні біржі, на відновлення порушених біржових відносин. Так, ця функція закріплена в ст. 224 ГК України, згідно з ч. 1 якої учасник господарських відносин, який порушив господарське зобов'язання або установлені

вимоги щодо здійснення господарської діяльності, повинен відшкодувати завдані цим збитки суб'єкту, права або законні інтереси якого порушені.

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

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

Застосування принципу повного відшкодування збитків зумовлюється необхідністю відновити права потерпілої сторони у зобов'язанні. Таким чином, відшкодування збитків забезпечує виконання не лише компенсаційної (відновлювальної) функції, а й попереджувальної функції господарсько-правової відповідальності товарних бірж.

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

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

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

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

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

Наведені визначення та види функцій господарсько-правової відповідальності товарних бірж говорять про тісний взаємозв'язок таких двох категорій як функції та цілі.

Цей зв'язок також можна побачити на прикладі каральної функції юридичної відповідальності, яку досліджував П.О. Кабанов "…каральна функція реалізується не тільки для досягнення цілі покарання, але і для досягнення цілей попередження, відновлення, гуманізму, виховання і регулювання" [6, с. 5-6].

При цьому, функції не варто ототожнювати з цілями відповідальності. Зокрема, А.М. Яковлєв розмежовує цілі і функції юридичної відповідальності як два різних аспекти цього правового явища. При цьому функція виступає як дещо безпосереднє, а ціль є кінцевим результатом, на досягнення якого направлений правовий інститут відповідальності у господарських відносинах. Ціль варто визначати як суб'єктивно бажаний, усвідомлений результат, а функцію – як наслідки, що об'єктивно досягаються дією правової норми [16, с. 33].

Ціль і функція взаємодіють між собою. Якщо буде реалізована санкція, передбачена певною правовою нормою, то буде досягнуто ціль і виконано функцію, що випливають із правових норм.

На думку С.П. Братуся, ціль майнової відповідальності полягає перш за все у відновленні майнового становища потерпілого [2, с. 9].

Р.О. Халфіна відмічає, що відповідальність має дві основні цілі: 1) задоволення потерпілого, майнові права та інтереси якого були порушені неправомірною поведінкою іншої особи, шляхом покладення на правопорушника обов'язку відновити порушене право або надати відповідну компенсацію; 2) вплив на особу, яка порушила своєю неправомірною поведінкою майнові права або інтереси іншої особи [14, с. 419-420].

Цілі господарсько-правової відповідальності товарних бірж повинні приводити до реальних очікуваних соціально позитивних результатів, зокрема, створення умов для реалізації прав та задоволення інтересів учасників господарських відносин, укріплення правопорядку, зниження рівня правопорушень.

Аналіз чинного законодавства дає підстави виділити такі основні цілі господарсько-правової відповідальності: гарантувати захист прав і законних інтересів громадян, організацій та держави, відшкодування збитків учасникам господарських відносин, завданих внаслідок правопорушення, а також забезпечувати правопорядок у сфері господарювання (ч. 2 ст. 216 ГК України).

З огляду на вищезазначене, цілями господарсько-правової відповідальності товарних бірж, на нашу думку, є:

- попередження та зниження рівня правопорушень у сфері здійснення торговельно-біржової діяльності;
- спонукання правопорушника виконати належним чином свої обов'язки;
- створення впорядкованого стану біржових відносин;
- захист правопорядку;
- відновлення біржових відносин;
- компенсація потерпілій стороні (товарним біржам або іншим учасникам біржових відносин) матеріальної шкоди, яку їй заподіяно правопорушенням тощо.

Так, цілі господарсько-правової відповідальності товарних бірж можна поділити на головні (стратегічні) і другорядні; реальні і нереальні. Цілі господарсько-правової відповідальності товарних бірж також можна поділити на загальні і спеціальні.

Цілі і функції господарсько-правової відповідальності товарних бірж утворюють складну систему, що складається з двох підсистем – підсистеми функцій і підсис-

теми цілей. Ці відносно відокремлені підсистеми характеризуються своєю внутрішньою взаємодією і взаємозв'язками, які полягають у можливості досягнення цілей господарсько-правової відповідальності товарних бірж не окремо одне від одного, а тільки в системі, в результаті послідовної реалізації.

З огляду на вищезазначене, можна дійти висновку, що в літературі відсутня єдність точок зору науковців щодо визначення цілей та функцій господарсько-правової відповідальності товарних бірж. У будь-якому випадку всі цілі та функції господарсько-правової відповідальності товарних бірж перебувають у постійному взаємозв'язку. Ціль являється об'єднуючим фактором всієї структурно-функціональної конструкції господарсько-правової відповідальності товарних бірж, а функції господарсько-правової відповідальності товарних бірж забезпечують реалізацію цілі.

1. Алексеев С.С. Общая теория права: В 2 томах. Т. 1. – М.: Юридическая литература, 1981. – 361 с. 2. Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность. – М.: Юридическая литература, 1976. – 213 с. 3. Гегель Г.В.Ф. Философия права. Философское наследие. Т. 113. – М.: Мысль, 2003. – 589 с. 4. Экимов А.И. Категория цели в науке права // Философские проблемы государства и права / Под ред. Д.А. Керимова, Л.С. Явича. – Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 2008. 5. Иванов А.А., Иванов В.П. Правонарушения и юридическая ответственность. Теория и законодательная практика: Учеб. пособие. 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2008. 6. Кабанов П.А. Карательная функция в системе функций юридической ответственности / Автореф. дис. … канд. юрид. наук. – Казань: КГУ, 2005. – 16 с. 7. Лейст О.Э. Санкции и ответственность по советскому праву / О.Э. Лейст. – М.: Изд-во Московского ун-та, 1981. – 240 с. 8. Малько А.В., Шундиков К.В. Цели и средства в праве и правовой политике. – Саратов: Изд-во ГОУ ВПО "Сарат. гос. акад. права", 2003. – 296 с. 9. Марченко М.Н. Теория государства и права: Учебник. – М.: Проспект, 2007.- 656 с. 10. Мусаткина А.А. Финансовая ответственность в системе юридической ответственности / Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Казан. гос. ун-т им. В.И. Ульянова-Ленина. – Казань, 2004. – 20 с. 11. Новий тлумачний словник української мови. – Т. 3. – К.: вид-во "Аконіт", 2005. – 864 с. 12. Сырых В.М. Теория государства и права: Учебник. 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Юридический дом "Юстицинформ", 2008. 13. Теорія держави і права. Академічний курс: Підручник / За ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 688 с. 14. Халфина Р.О. Правовое регулирование хозяйственных связей / Государство. Право. Экономика. – М.: Юридическая литература, 1970. 15. Шундиков К.В. Цели и средства в праве (общетеоретический аспект) / Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 1999. – 24 с. 16. Яковлев А.М. Теоретические проблемы социологии права // Проблемы социологии права. – Вильнюс, 1970. – Вып. 1. – с. 26-39.

Надійшла до редколегії 11.04.11

Л. Дячук, канд. іст. наук, доц.

НОРМАТИВНО-ПРАВОВИЙ ЗМІСТ ІНСТИТУТУ ПОСАГУ У ЕКЛОЗІ – ВІЗАНТІЙСЬКОМУ ЗАКОНОДАВЧОМУ ЗВОДІ

Досліджуються правові властивості норм інституту посагу в Еклозі у контексті її правових джерел та християнської ціннісної парадигми доби іконоборців.

Ключові слова: шлюб, право, посаг, християнство, парадигма.

Исследуются правовые свойства норм института приданого Эклоги в контексте ее правовых источников и христианской ценностной парадигмы иконоборческой епохи.

Ключевые слова: брак, право, приданое, христианство, парадигма.

Legal properties of norms of institute of dowry of Eclogue are probed in the context of its legal sources and christian valued paradigm of iconoclastic epoch.

Keywords: marriage, right, dowry, christianity, paradigm.

Законодавство і приватна нормотворчість періоду Ісаврійської династії (іконоборський рух) займає особливе місце в історії візантійського права, оскільки переважна більшість норм Еклоги – основного законодавчого збірника епохи – та її приватних переробок, доповнень і компіляцій в значно більшій мірі, з поміж інших джерел візантійського права, відповідали християнській ціннісній парадигмі. Як зауважив найавторитетніший дослідник візантійського права К. Цахаріа фон Лінгенталь, шлюбне християнське право було детально розроблено вперше лише в Еклозі [1, с. 57]. Причиною відповідного змісту Еклоги стала низка обставин в духовній та ментальній сферах життя візантійського суспільства: завершення довготривалих дискусій і прийняття на Вселенських соборах Символу віри та догматів християнської Церкви; систематизації канонічного права на Трульському (691 – 692 р.) Вселенському Соборі; перетворення християнських цінностей на аксіологічну основу всіх сфер культури візантійського суспільства. Усе це, безперечно, вплинуло на правовий зміст та юридичну форму Еклоги. Одна з принципових причин об'єктивних новелістичних підходів у законодавстві іконоборської доби полягає в особистому усвідомленні суб'єктом законодавчої ініціативи – візантійським імператором, який займав також особливе місце в церковній ієрархії та християнському світі, доцільності нетрадиційних, в контексті попереднього досвіду, змістовно та формально-правових змін, а також юридично-технічних засобів їх забезпечення. З цим цілком корелюється думка про Еклогу, яку висловив відомий дослідник джерел візантійського права М. Бенеманський: "Кращими є ті законодавчі збірники, які відповідають не тільки своєму часу, але також духу тієї нації, для задоволення правових запитів якої вони видаються" [2, с. 87]. Дійсно, на думку багатьох дослідників, Еклога не тільки найбільш повно відповідала вимогам християнської правової доктрини, але й у значній мірі належному рівню правової свідомості і потребам врегулювання у Візантійській імперії актуальних суспільних відносин. Разом з тим, у питаннях шлюбно-сімейних відносин її актуальність зберігалась до XIX століття (включно), коли Західна цивілізація намагалася вперше поставити питання про гендерну рівність осіб жіночої та чоловічої статі.

Нормативно-правовий збірник Еклога (726 р.) був створений в умовах, коли християнська релігія стала, порівняно з періодом ранньої Візантії, основною формою суспільної свідомості. Завдяки рішучому виявленню волі імператора Лева III (717 – 741 рр.) Еклога отримала правові властивості, які вирізнялись її як від попереднього законодавства – Corpus juris civilis, так і юридичних збірників наступного періоду (Ісагога, Василіки, Прохірон). Специфіка врегулювання шлюбно-сімейних відносин у Еклозі стала результатом довготривалої та суперечливої еволюції візантійського права і виражала ідею законодавців, як зазначалось у передмові до збірки, про внесення змін до правових норм Юстиніана *в дусі більшої любові до людини* [φιλανθροποτερον, φιλανθροπος (*грец.*) – людинолюбство; більша людяність; гуманізм]. Разом з тим, завдяки впливу відомих норм канонічного права [3, с. 430 – 599] і перетворенню християнських цінностей в основу психологічно-ментального та духовного освоєння світу, шлюбно-сімейне право Еклоги виражало не тільки суспільний християнський ідеал правовідносин суб'єктів шлюбу, а й

© Дячук Л., 2011

відповідало практичним запитам візантійського суспільства. Разом з тим, передбачення в Еклозі юридичних механізмів врегулювання особистих майнових та немайнових відносин подружжя, рівня яких Європа намагалась досягти лише в XIX – поч. XX ст., викликав значний інтерес піонерів дослідження даної тематики – таких як І. Леунклавій (1533 – 1593) [4], К. Цахаріа фон Лінгенталь [5, с. 9-52.], М. Папарігопуло [6], В. Васильєвський [7], А. Монферрат [8], а також авторів загальних курсів та досліджень з історії візантійського права – К. Цахаріа фон Лінгенталь [1], Ж. Мортрейль [9], Д. Азаревич [10], Л. Міттайс [11], В. Вальденберг [12], П. Зепос [13], Є. Ліпшиц [14]. Й. Локін [15], О. Харитонов [16], І. Медвєдєв [17]. Окремі аспекти Еклоги досліджували Ф. Діпуї (приватне право), Н. Мацес і Д. Босдас (інститути шлюбу, сім'ї та спадкове право), Б. Зінговіц (система кримінального права) [18, с. 21], О. Крестен (проблема датування Еклоги) [17, с. 139]. Важливе значення для дослідження Еклоги як джерела права мають критичні публікації перекладів та відповідних коментарів Еклоги, які здійснили А. Фрешфілд (*англ. пер.)* [19], С. Спулбер *(фр.)* [20], Н. Благоєв *(болг.)* [21], Є. Ліпшиц *(рос.)* [22], Л. Бургманн *(нім*) [23].

Актуальність дослідження різних аспектів шлюбно-сімейного права Еклоги полягає, окрім сказаного, у тому, що дана сфера суспільних відносин має безпосереднє відношення до проблеми свободи особистості у контексті сімейного мікросоціуму. Безперечно, науковий інтерес викликає не тільки те, що шлюбне християнське право було детально розроблено вперше в Еклозі [1, с. 57], але й у тому, що її зміст виразив дух гуманізму – феномен, актуальний від раннього Ренесансу до часів постмодерного суспільства. Однак завдяки правовим особливостям та християнському змісту Еклога стала, поруч з Прохіроном Лева VI, найпершим об'єктом правової рецепції візантійського законодавства в країнах християнського світу. Наприклад, практичний інтерес до шлюбного права Еклоги не згасав на Русі-Україні від запровадження християнства до ліквідації останків України-Гетьманщини – на початку XIX ст. Про актуальність візантійського права на початку XIX ст.в Україні свідчить залучення юридично-технічних підходів Еклоги при систематизації норм шлюбно-сімейних правовідносин у відомому пам'ятнику українського права, що з'явився уже після знищення Гетьманату, тобто у "Збірнику малоросійських (українських) прав 1807 р." [24, с. 888-908].

Особливе місце в межах шлюбно-сімейних відносин Еклоги займають стосунки чоловіка та дружини у контексті їх врегулювання нормами інституту посагу (dos). Інтерес до даної тематики посилюється також оригінальністю джерел регулювання *дотальних* відносин.

В цілому Еклога як вибірка з Corpus juris civilis не охоплювала і технічно не могла увібрати той нормативно-правовий масив про посаг, що увійшов передусім у Дигести Юстиніана: визначення інституту посагу та його численних норм, які регулювали встановлення dos, правовідносини за нормами посагу під час шлюбу та правове становище посагу після його припинення. Укладачі Еклоги із об'ємної спадщини – законодавства попередніх часів – вибрали вірогідно лише те, що викликало життєвий інтерес для візантійського суспільства VIII ст. Застарілі норми, як зауважила Є. Ліпшиц, були без обговорення відкинені ("молчаливо отброшены") [18, с.48]. Законоположення, що не втратили свого значення, підкреслювала дослідниця, були викладені в короткій формі з деякими змінами в деталях, під час досить суттєвих (наприклад в характері санкцій, термінах і т. ін.). Поряд з цим були внесені і деякі нові статті, що не зустрічалися в більш давніх законодавчих збірках [18, с.48]. Однак, слід зазначити, що чинність складових частин Corpus juris civilis ніхто не відміняв і численні норми Дигест не втратили юридичної сили у VIII ст. Але, як підкреслювала Є. Ліпшиц, та засвідчує текст законодавчого збірника, укладачі Еклоги не претендували на всезагальне охоплення усіх норм інституту посагу детально розроблених за пандектною системою Дигест Юстиніана. При цьому критерієм їх залучення до Еклоги та нормативно-правового застосування у судочинстві була відсутність явної суперечності з християнськими цінностям і правовою доктриною в період правових реформ імператорів Ісаврійської династії (717 – 802) в добу іконоборського руху (30 р.р. VIII – 40 р.р. IX ст.).

Для переконливості зупинимось на офіційно задекларованому джерелі дотальних норм Еклоги. Окрім основних титулів і відповідних правових норм у книгах Дигест, які цілком присвячені інституту dos – *Про право посагу* (D. 23.3.1 – 85); *Про угоду з приводу посагу* (D. 23.4.1-32); *Про майно, що входить до посагу* (D. 23.5.1-18), є наступні книги та відповідні норми інституту dos, які регулювали відносини суб'єктів шлюбу у контексті інших правових інститутів шлюбно-сімейного права. Так, у 24-тій книзі Дигест йдеться про дарування між чоловіком та дружиною (D. 24.1.1-67); про розлучення і заяви про розірвання шлюбу (D. 24.2.1-11); про порядок вимоги посагу опісля припинення шлюбу (D. 24.3.1-67). І насамкінець, у 25-й книзі Дигест, перший титул якої присвячений безпосередньо нашій тематиці – Про витрати на речі dos (D. 25.1), а інші лише опосередковано торкаються посагу: D. 25.2 (про позов щодо викрадених речей); D. 25.3 (визнання та утримання дітей); D.25.4 (про огляд вагітної жінки та охорону немовляти); D. 25.5 (про володіння жінкою спадковим майном дітей); D. 25.6 (про обманне володіння жінкою майном для ще ненародженої дитини); D. 25.7 (про конкубінат). Звичайно, такий об'єм нормативних приписів інституту посагу в Дигестах Юстиніана завдячує численним працям римських класичних юристів та пандектній системі викладу інститутів та норм права.

В системі норм Еклоги, що належать до інституту dos, немає жодних нормативно-правових та формально-філологічних паралелей з її юридичними джерелами, зафіксованими в назві збірника (Інституції, Дигести, Кодекс, Новели). Це було зумовлено не тільки особливостями правового змісту інститутів Еклоги, але й специфікою юридичної техніки при систематизації відповідних норм права. Так, систематизація нормативного матеріалу у головному джерелі права імператорів Ісаврійської династії, на відміну від римської класичної схеми – особи, речі, позови, – переважно здійснювалась за принципом нормативно-юридичного відтворення етапів життя людини: І-й титул (6 статей) – "Про заручини та їх скасування"; 2 титул (15 ст.) – "Про укладення шлюбу між християнами"; III титул (2 ст.) – "Про записаний, але не переданий посаг і про законний посаг"; IV титул (6 ст.) – "Про просте дарування […]"; V титул (8 ст.) – "Про (осіб) які не мають права заповіту"; VI титул (13 ст.) – "Про спадкоємців без заповіту і легати і про усунутих з числа спадкоємців через невдячність"; VII титул (1 ст.) – "Про сиріт і опіку над ними" (*назва не автентична*); VIII титул (9 ст.) – "Про звільнення і повернення в рабський стан". Всі названі титули прямо чи опосередковано дотичні до шлюбно-сімейного права і, відповідним чином, до інституту посагу. Натомість наступні IX – XIII титули відносяться до зобов'язального права; XIV та XV титули – процесуальне право та судочинство, XVI та XVIII – норми військового права (про табірний пекулій та розподіл військової здобичі). Принагідно зауважимо, що правовий зміст XVI титулу тради-

ційно, з часів ранньовізантійського права, був дотичний до регулювання майнових відносин домовладики та його підвладних синів, які стали власниками наданого їм за військову службу пекулію, що мав правовий статус "власного майна (підвладних) синів") [14, с. 51-53]. І зрештою XVII –й, так званий "пенальний" титул (51 ст.) під назвою "Покарання за злочини", низка норм якого передбачала юридичну відповідальність особи в контексті інститутів шлюбу та сім'ї, а також щодо позашлюбних інтимних відносин та інших порушень християнської моралі, які певним чином корелюються з шлюбно-сімейним правом. Посилення юридичної відповідальності за нормами кримінального права Еклоги (тілесно-ушкоджувальні покарання) при різного роду протизаконних чи злочинних діяннях у сфері позашлюбних відносин застерігало потенційних правопорушників християнської моралі та норм законодавства, спонукаючи їх до вступу у законний, традиційно – християнський шлюб.

Отже, систематизація правових норм Еклоги здійснювалась не тільки за зміною етапів життя людини, але й за принципом переваги *духовного над матеріальним*. Причина такого підходу полягала в тому, що в часи Еклоги християнська релігія в повній мірі, порівняно з попередніми періодами, стала основною формою суспільної свідомості у Візантії. Тому шлюбу, який сприймався перш за все як таїнство, а уже потому як цивільна угода, зайняв у системі Еклоги, разом з спорідненими інститутами системи шлюбно-сімейного права, першочергове місце, поступившись лише заручинам, що вважалися першою стадією шлюбу, оскільки накладала на заручених законодавчо передбачені юридичні зобов'язання.

В контексті самого інституту шлюбу спочатку йдеться про непорушність умов святого таїнства, а після основних критеріїв відповідності шлюбу (відсутність кровної, духовної та інших видів спорідненості між нареченими), з'являлися договірні норми, у яких перше місце займає інститут посагу. Стосовно співвідношення видів спорідненості законодавець надавав перевагу (за відомим принципом) духовній спорідненості перед кровною, нормам інституту шлюбу перед нормами посагу, нормам посагу в контексті шлюбної угоди перед нормами посагу після припинення шлюбу, нормам посагу, безпосередньо пов'язаних з шлюбом, перед нормами, які вступали у дію після його укладення і неотримання посагу. Таким чином все, що виражало перевагу духовного над матеріальним, відобразилось на особливостях систематизації норм інституту шлюбу, сім'ї та посагу.

Починається розгляд норм інституту dos з ст. 4-ї II-го титулу "Про укладення шлюбу між християнами", яка в контексті кореляції матеріального з духовним узгодила інститут посагу із шлюбним таїнством та визначила форму укладення шлюбу за Еклогою: "Шлюб укладається в письмовій формі, при наявності письмового договору про посаг у присутності трьох гідних довіри свідків, відповідно до нашого благочестивого і точного визначення; при чому чоловік підтверджує із свого боку згоду про отримання ним повного посагу і про його неушкоджене і повноцінне утримання та збереження, звичайно разом з тим приростом, який щодо нього появиться; і він повинен передбачити письмово, у виданому ним договорі ¼ частину на випадок бездітності. І звичайно між ними повинно бути укладено три договори: два зустрічних і рівносильних стосовно посагу і ще один від чоловіка на користь дружини; і нехай не буде вимоги і запису від чоловіка передшлюбного дару, рівного за об'ємом отриманому ним посагу" (Ecloga, 2.4). Іманентно з процитованої норми витікає в контексті попереднього визначення шлюбу (Ecl. 2.1) наступний правовий зміст: 1) суб'єктами шлюбної угоди мусять бути християни незалежно від соціального, політичного чи майнового становища та етнічного походження; 2) для законності шлюбу передбачалась письмова форма та присутність трьох гідних з точки зору християнської моралі свідків; 3) ***встановлення*** посагу здійснюється батьком, а після його смерті батьківські зобов'язання переходять на матір нареченої. На випадок її відсутності це здійснюється опікуном чи благочестивими закладами; 4) після встановлення посагу передбачалось виявлення волі нареченого, щодо згоди на його прийняття, при усвідомленні відповідальності за збереження посагу; 5) в зустрічному договорі чоловіка також передбачалось, що у випадку смерті дружини і відсутності дітей при поверненні посагу родичам дружини ¼ dos залишалась у його власності; 6) в даній статті Еклоги вперше після 97-ї Новели Юстиніана законодавці, на думку дослідників, під впливом східних правових традицій імперії відмовились від рівності між посагом та передшлюбним дарунком. Джерелом таких змін очевидно став неофіційний Сірійсько-римський законник, який з'явився до відомої Новели Юстиніана (549 р.) (*про рівність посагу і передшлюбного дару*) [18, с. 36] і, можливо, спровокував її публікацію; 7) звичайно шлюбна угода, яка мала вищеописану форму, надавала чинності самому шлюбу, який таким чином, як зауважили законодавці, "*відповідає нашому благочестивому і точному визначенню".* Останнє слід тлумачити у широкому розумінні *благочестивих визначень*, тобто при відсутності суперечностей з попередніми умовами при вступі у шлюбу (вік, спорідненість, відсутність іншого шлюбу та ін.).

Разом з тим цілком помітною, на перший погляд, є колізія між нормою Еклоги про допустимість альтернативи у виборі форми шлюбу (Ecl. II, 1) та розглянутої норми (Ecl. II, 4), у якій посаг разом з волевиявленням розглядаються як основні елементи угоди, що надає шлюбу юридичної сили. Для того, щоб зрозуміти логіку законодавців, в контексті узгодження двох названих норм Еклоги (II, 1 та II, 4), необхідно звернути увагу на суб'єктів угоди, які через відповідність попереднім вимогам могли реалізувати jus connubii і можливість укласти законний та благопристойний шлюб. Передусім, слід зазначити, що в першій християнській імперії з'явилась принципова заборона шлюбу, якої не могло бути за класичним римським правом. Вступати у шлюб і виявляти волю до укладення відповідної угоди (про посаг) могли лише християни. Таким чином, окрім трьох відомих за римським правом статусів (свободи, громадянства та сімейний статус) у Візантійській імперії був передбачений статус особи за віросповіданням, який разом з попередніми статусами визначав правоздатність особи та її право на укладення законного шлюбу. Натомість шлюб з євреями та єретиками, попри можливу відповідність їх усім іншим умовам шлюбу та волевиявленням до укладення відповідної угоди, ніякої юридичної сили не набував. Натомість ні соціальне походження, ні майнове становище, ні посада нареченого (Юстиніан заборонив шлюби за останнім принципом для уникнення примусу з боку посадовця) не обмежували за Еклогою можливості укладення шлюбної угоди. Творці Еклоги передбачали навіть шлюб вільних з рабами, який по суті став цілком новою формою manumissio, оскільки після укладення такого шлюбу раб отримував відповідний статус свободи і громадянства (Ecl. VIII, 3). Натомість перший християнський імператор Костянтин Великий будь-які відносини рабів з вільнонародженими вважав порушенням християнської моралі та юридично карним злочином, за який санкція відповідної норми передбачала для раба чи рабині, а також вільнонародженої жінки смертну кару (чоловіки висилались у не-

придатні для життя регіони держави) [25, с. 161-181]. Натомість імператор Юстиніан, дотримуючись принципів римського права щодо "рабського шлюбу", не міг допустити його за нормами Дигест, Кодексу та Інституцій, однак в одній із Новел (правова форма, яка не обмежувала його законотворчість римською традицією) передбачив шлюб рабині, з дозволу власника, та вільнонародженого чоловіка (Nov. 22). Таким чином Еклога ніби завершила загальну тенденцію до визнання шлюбу з рабами, однак поширення цієї норми торкнулось лише Ecloga privata aucta [*розширена*] (IX. 3) та Ecloga ad Prochiron mutata [*змінена по Прохірону*] (X. 3). Натомість Icarога, Василіки та Прохірон, що з'явились потому, повернулись до норм 22-ї Новели Юстиніана (18, с. 69).

Разом з тим, для з'ясування особливостей методики систематизації норм посагу в Еклозі, в контексті відповідних прав суб'єктів шлюбу та можливостей їх реалізації, ми змушені торкнутися нормативно-правових явищ, що виникли до християнізації римського права і які, на перший погляд, не мають прямого відношення до нашої тематики. Так, ще задовго до Еклоги юридичними були визнані нормативні приписи, про "благопристойний шлюб" і невизнання законності шлюбної угоди, з певними категоріями повноправних (до цього) громадян Риму та вільновідпущениками. Такі правові норми, що увійшли до так званого "шлюбного законодавстві" Октавіана Августа [26, с. 428-430], були спопуляризованому і розробленому римськими юристами класичного періоду. Так, правова норма, зафіксована в сентенції Модестіна, проголошує: "У відношенні шлюбних союзів необхідно завжди приймати до уваги не тільки те, що дозволено, але й те що є ***honestum*** (*високо моральне, гідне поваги, шляхетне, благородне, благопристойне*)" (D. 23.2.42). Якщо особа сенаторського походження, продовжує римський юрист, "вийшла заміж за вільновідпущеника або за того, хто займається акторським мистецтвом, або батько чи мати якого цим займались, то шлюб не мав місця" (D. 23.2.42.§1). Звичайно, в добу іконоборців аргументи класичних римських юристів, попри їх узаконення Юстиніаном, не відповідали існуючій у VIII ст. правовій доктрині та християнському моральному і правовому розумінню "благопристойності", і практично не бралися до уваги, оскільки за гріхи чи проступки батьків діти не могли нести моральної чи юридичної відповідальності, яка з позицій християнства правової доктрини доби була виключно індивідуальною. Зокрема за певні протиправні дії, що торкалися шлюбу ти християнської моралі Еклога передбачала кримінальну відповідальність (Ecl, XVII, 19 – 39), а інші дії чи обставини, що суперечили "шлюбному законодавству" Октавіана Августа (наприклад, шлюби з вільновідпущениками, певними категоріями жінок і т. ін.) втратили юридичне значення і передавались на "розсуд" суб'єктів шлюбу та шлюбної угоди..

Питання про неможливість укладення шлюбу, "відповідно до благочестивого і точного визначення" у законодавстві іконоборців вирішувалось на основі християнських правових принципів, відповідно до яких Еклога не визнавала поняття "конкубінат" – постійне співжиття з жінкою, з якою за нормами римського права не можна було вступити у законний шлюб. Тому законодавці Еклоги, в дусі "любові до людини", передбачили можливість шлюбу як без посагу, так і з особами різного походження. Логічним прологом до такого підходу стала інша сентенція Модестіна: "Consuetudine (*співжиття, близькість, спілкування, любовний зв'язок*) з вільною жінкою non concubinatus [*не является конкубінатом*], а шлюб(*ом*), якщо вона не торгує (*використовує з корисливою метою)* своїм тілом" (D. 23. 2. 24). Звичайно, це не стосувалося осіб сенаторського стану в періоди римської класики та правових реформ Юстиніана. Однак у добу Еклоги така категорія, в сенсі особливого правового становища у сфері шлюбних відносин, разом з античним поняттям "благопристойності" юридично не існувала, а основним критерієм визначення благопристойної поведінки були християнські моральні та правові принципи.

Взявши до уваги вище сказане – в контексті цілком видимої колізії між ст. II, 1 про можливість письмової чи усної угоди і статтею 4-ю цього ж титулу, яка є чітко вираженою імперативною нормою щодо форми шлюбу, умови якої надавали йому юридичної сили, – необхідно зауважити, що важливим аргументом вирішення даної проблеми є зміст ст. II. 9, яка корелювалась з ст. II, 1, а також передбачила уникнення конкубінату при неможливості укласти благопристойний шлюб: "Якщо ж хтонебудь через причини обтяжуючих обставин чи бідності не має можливості вступити у благопристойний і письмово оформлений шлюб, то може бути укладений шлюб і усно чесним чином із згоди тих, що вступали в шлюбні відносини осіб та їх батьків, або з благословення церкви, або шляхом засвідчення шлюбу друзями" (Ecl. II, 9). Отже, наявність цієї статті виключає (знімає) та вирішує низку юридичних проблем: 1) питання якісної характеристики суб'єктів шлюбу, що власне вирішувалось в контексті християнської парадигми та правової доктрини VIII ст., з якими узгоджувалась дана стаття; 2) проблему вербальної чи письмової форми угоди; 3) питання законності шлюбу без посагу; 4) узгодження 1-ї та 4-ї статей Еклоги.

Стосовно письмової форми шлюбної угоди слід зауважити, що відповідно до ранньовізантійських традицій, на відміну від римського класичного права, усі майнові відносини, як правило, регулювалися в добу іконоборців письмовими угодами. В кодексі Юстиніана укладення таких угод передбачалось лише для вищих чиновників (C. V. 4.22). Приблизно така ж думка в контексті Еклоги була висловлена Є. Ліпщиц [18, с. 109]. Натомість є підстави вважати, що Еклога передбачала так званий "незаписаний шлюб", що також накладав відповідні зобов'язання та надавав належні права його суб'єктам (Ecl. 2.9.), ***як виняток***, зумовлений низкою об'єктивних обставин особистого життя майбутніх суб'єктів. Християнські імператори Ісаврійської династії, при задекларованій повазі до законодавства Юстиніана, не могли бути заручниками його правових ідей в духовній атмосфері доби іконоборців. Керуючись християнською правовою доктриною, що зазнала у процесі еволюції якісних доповнень, вони не стали заперечувати законність шлюбу через відсутність посагу та письмової угоди. Тому загальна норма Еклоги (II, 1) формально передбачила можливість вибору, маючи на увазі благопристойний шлюб з усіма його атрибутами, а також шлюб без традиційної форми, який лише відповідав найбільш принциповим християнським вимогам. Таким чином у 4-й та 9-й статтях загальне положення (Ecl. II, 1) Еклоги отримувало два протилежні, але взаємодоповнюючі тлумачення. Вони цілком відповідали загальній нормі, в її зворотньому зв'язку з підпорядкованими нормами, які, в свою чергу, передбачали відповідні форми законного шлюбу. Однак перша форма шлюбу вважалась *благопристойною*, оскільки узгоджувала правову традицію з принциповими християнськими вимогами, а друга, через відомі причини, відповідала лише основним християнсько-правовим приписам. Як свідчить текст відповідних норм II-го титулу Еклоги та відомі об'єктивні оцінки соціально економічної ситуації перша

форма шлюбної угоди мала характер універсального явища, а другу – винятку.

Таким чином, проблему наявності чи відсутності посагу у шлюбній угоді законодавці вирішували в контексті передбачених форм шлюбу. У першій формі шлюбу, з усіма його традиційними атрибутами, посаг відігравав конститутивну роль по відношенні до форми та змісту шлюбної угоди і надавав йому, разом з волевиявленням наречених та їх батьків, законної сили. Натомість друга, виняткова форма укладення шлюбу передбачала лише єдину умову його законності – волевиявленню тих, хто вступає у шлюб та їх батьків. При відсутності батьків відповідна норма передбачала благословення Церкви чи засвідчення шлюбу друзями (Ecl. II. 9). Отже посаг, при певних обставинах, був так-би мовити першою "жертвою" "незаписанного шлюбу" і не був, таким чином, умовою законності шлюбу. Це, безперечно, не зачіпало основ християнського праворозуміння. Така тенденція, від позиції Ульпіана – Юстиніана – "немає посагу, немає шлюбу" (D. 23. 3. 3), і до Шестикнижжя Арменопуло (1345 р.), що "шлюб укладається і без договору про посаг", оскільки "достатньо того, що б дотримувалось передбачене законом", перетворила посаг у звичай, який не мав юридичної сили. Однак в часи іконоборців, правова доктрина яких в найбільшій мірі відповідала християнському ідеалу, посаг все ж таки у звичайних умовах залишається разом з волевиявленням суб'єктів шлюбу головним чинником його законності.

Отже, за основною формою укладення шлюбу Еклога передбачала три договори: два зустрічні і рівносильні, стосовно посагу, й один від чоловіка на користь дружини. Очевидно, йдеться про дошлюбний дар, який за Еклогою, на відміну від Юстиніана, не обов'язково мусив бути рівним посагу (Ecl. 2. 4). Тим не менше, у Еклозі, порівняно з Юстиніаном, посаг та шлюбний дар знаходились в договірному корелятивному зв'язку. В даному контексті цілком слушною є думка відомого дослідника Еклоги Є. Ліпшиц, "що у відношенні шлюбного майнового права законодавці VIII ст. очевидно не зв'язували себе законами VI ст. і їх постанови з цього питання виявляють значні розходження з законодавством Юстиніана" [18, с. 110]. Цілком погоджуючись з дослідницею, можемо підтвердити її думку численними нормами систематизованими передусім в 23-й книзі Дигест, які офіційно вважалися основними джерелами Еклоги – "Про право посагу" : (D. 23.3.1-85), "Про угоди з приводу посагу" (D. 23.4.1-32)", "Про майно, що входить у посаг" (D. 23.5.1-18) – і тематично пов'язані з регулюванням майнових правовідносин суб'єктів шлюбу нормами інституту dos у Еклогзі. Однак за змістом вони у значній мірі відображають різні правові доктрини. Основними джерелом, "що надихало законодавців VIII ст. при внесенні змін в існуюче законодавство, зауважувала Є. Ліпшиц, було звичаєве право народностей, що населяли східні провінції імперії" [18, с. 110]. В загальних рисах погоджуючись з оціночним судженнями дослідниці, яка акцентувала увагу не на рецепції звичаєвого права "внутрішнього Орієнту", а на його "надихаючих" впливах при змінах в існуючому законодавстві, слід зауважити, що це стосується лише окремих норм, а не усієї системи права Еклоги. В даному контексті слід додати, що жодна норма, орієнтального чи окцидентного походження, не могла увійти в основний звід законодавства Ісаврійської династії, якщо вона не відповідала тогочасній ціннісній парадигмі та християнській правовій доктрині.

Цілком логічною і аргументованою, у даному контексті, виглядає позиція відомого дослідника візантійських джерел М. Бенеманського щодо правової природи та історії походження норм Еклоги, зокрема тих, які торкаються шлюбно-майнових відносин. Дослідник звертає перш за все увагу на відомий дуалізм у сфері права Візантійської імперії. Опираючись на його думку можна сказати, що він існував від *початків* першої християнської імперії – сакральними символами якого є Медіоланський едикт, що передбачав юридичне визнання християнства, та побудований у 330 році після Різдва Христового, на місці стародавнього грецького полісу Візантій (*засн. у VIII ст. до н.е.*) Новий Рим – Богоспасенне місто Константинополь, – і до її остаточного *падіння* у 1453 р. Символічно дві паралельні системи візантійського права визначаються як Jus non scriptum та Jus scriptum. Перша система виражалась у "звичаєвому праві та правових поглядах різних народів", а друга була спробою Юстиніана "розповсюдити на весь "orbis terrarum" своєї імперії "jus civile Romanorum", залишаючи без уваги jus gentium" (*римського права*). Але те, що залишилось поза увагою Юстиніана, – зауважував М. Бенеманський, – не утаємничилось від видавців Еклоги [2, с. 87-88]. Окрім цього вчений висловив думку, що видавці Еклоги намагались поєднати обидві різновидності права. "Еклога, як засвідчує її передмова, – підкреслює дослідник, – утримує у собі не одні лише витяги з Юстиніанового права, але й виправлення утворених у праві протиріч в більш гуманістичному нарямку" [2, с. 88]. Тобто по суті йдеться про те, що джерелом права Еклоги, зокрема інституту посагу була християнська правова доктрина. Окрім того, підкреслюючи поєднання *права народів* з витягами із Corpus juris civilis, в дусі більшої любові до людини, М. Бенеманський в цілому вірно визначив джерела Еклоги, і на конкретних прикладах з норм шлюбно-майнового права підтвердив свої висновки [2. с. 88-89]. Втім для об'єктивності варто додати, що не всі складові частини Corpus juris civilis виражали зміст jus civile Romanorum, яке також зазнало в класичний період змін у відомому напрямку. Після того, як почався процес християнізації права, Jus non scriptum, в контексті християнських цінностей, все більше відображалось на Jus scriptum. Такі тенденції торкнулися не стільки Дигести, Кодексу та Інституції (у різній мірі), як перш за все **Новел Юстиніана**. Тим не менше оціночні судження та узагальнення М. Бенеманського щодо джерел правових змін у Еклозі не втратили наукового значення до наших днів.

Такі ж обставини формування правової концепції та регулювання шлюбно-майнових відносин в Еклозі обумовили правовий зміст наступних норм посагу (Ecl. II. 5). Так, у випадку смерті бездітної дружини чоловік, відповідно до шлюбної угоди, отримував 1/4 частину посагу, а три четверті посагу переходили до спадкоємців дружини по заповіту, а у разі його відсутності – по закону.

Після смерті чоловіка, при тих же умовах, дружина одержує в управління посаг (маючи як і раніше на нього право власності) та 1/4 речей чоловіка, вартість яких дорівнювала посагу (Ecl. II. 5). Отже, законодавці передбачали рівність в правах власності та володінні майном, зокрема, у його розпорядженні, яке забезпечувалось чоловікові чи дружині на випадок смерті одного із подружжя. Оскільки дружина отримувала ¼ речей чоловіка з тієї частини, яка дорівнювала посагу, напрошується висновок, що необов'язкова рівність посагу і передшлюбного дару при вступі у шлюб стає таким чином обов'язковою після смерті чоловіка у відносинах вдови з його спадкоємцями. Втім такої тотожності у розпорядженні майном, як підкреслювала Є. Ліпшиц, при спільному житті подружжя не було [18, с. 121-124]. Тим не менше, попри видимість спільності майна (*деякі дослідники вважали, що майнові відносини регулюва-*

лись за таким принципом), після смерті дружини, посаг, без складних процедур і різного роду вирахувань, характерних для Дигест (окрім ¼ передбачених угодою), повертався її спадкоємцям. Таке законоположення цілком суперечило принципу спільності сімейного майна, який не був передбачений законодавцями Еклоги. Про відповідність регулятивного механізму даної статті потребам візантійського суспільства свідчить факт, що вона стала джерелом наступних, переважно приватних збірок візантійського права: Ecloga privata aucta (II. 4) та Ecloga ad Prochiron mutata (II.12). Попри критичне ставлення імператорів Македонської династії до Еклоги, дана норма увійшла також в Ісагозі Василя І Македонянина (XIX, 5.8). Щоправда сама збірка засновника Македонської династії невдовзі втратила чинність і була замінена Прохіроном Лева Мудрого, який, до речі, поєднував орієнтацію як на законодавство Юстиніана, так і на Еклогу. Тим не менше відповідна норма Еклоги про посаг (Ecl. II. 5) в Прохірон не ввійшла.

Разом з тим ст. 6-та II-го титулу Еклоги передбачала значне зростання майнових прав дружини, якщо вона після смерті чоловіка відмовляється від повторного шлюбу, погоджується на особисте управління усіма господарськими справами і самостійно утримує спільних дітей. Вдова, зберігаючи право на посаг та ¼ майна чоловіка, набувала також у таких обставинах права володіння на усе сімейне майно. Вона нероздільно здійснює управління всією спадщиною чоловіка без часових чи інших обмежень, оскільки діти, незалежно від віку, не мали права вимоги на батьківське майно, а навпаки "повинні були виявляти їй всілякий послух та повагу" (Ecl. II. 6). У погодженні з цим за добропорядним звичаєм мати, яка відмовилась від повторного шлюбу, повинна виховувати дітей (*у римському праві це не передбачалось, більше того, заборонялося*), одружувати їх і встановлювати посаг, не за нормами позитивного права, а за bona fide у християнському розумінні. Таким чином владу чоловіка, на випадок його смерті, законодавець переносить, при відповідних умовах, на його вдову. Принагідно нагадаємо, що з часів архаїчного Риму дружина, після смерті чоловіка, втрачала статус mater familia [28, с. 5]. Натомість, за Еклогою, вдова, яка самостійно утримувала неповнолітніх дітей, не тільки зберігала особисті майнові та немайнові права, якими користувалась у шлюбі, але й фактично, при уникненні повторного шлюбу, набувала правового статусу, тотожного pater familia, зокрема в контексті добровільного встановлення посагу при одруженні своїх дітей. Така юридична ситуація цілком відповідала ідеї, закладеній у визначенні християнського шлюбу про "повну й нерозривну єдність всіх життєвих відносин між подружжям, єднанні в божому та людському праві" (D. 23.2.1) [2, с. 275].

Натомість при вступі вдови у повторний шлюб вона зберігала право власності лише на посаг та передшлюбний дар (1/4 майна чоловіка в статті не згадується), але права розпорядження майном чоловіка вона не набувала (Ecl. II.6).

Такі ж права, як і дружина при утриманні від повторного шлюбу, мав чоловік. Після смерті дружини посаг та її інше майно перебувало у його володінні, але не власності (Ecl. II. 7). Він ніс відповідальність за його управління та збереження. Разом з тим, при вступі у інший шлюб після смерті дружини і наявності спільних дітей, права чоловіка, на відміну від правових наслідків повторного шлюбу для дружини, не зазнавали змін. При досягнення дітьми повноліття батько повинен був повернути, як спадкоємцям своєї матері, їхнє законне майно. Але специфіка регулятивних механізмів Еклоги полягала у тому, що повнолітні діти, яких виховував батько, незалежно від наявності чи відсутності його повторного шлюбу, не мали права вимоги на материнське майно. Відсутність права вимоги на майна, яке належить їм за законом, неначе порушувало принцип справедливості, але воно компенсувалося зобов'язанням батька обов'язково надати їм, при настанні відповідних умов, передбачену частку посагу та іншого майна матері. Цей припис належить до так званих норм "благопристойної поведінки" ("bona fide"), в контексті біблейських приписів про взаємовідносини батьків та дітей. Безпосередньою основою регулятивного механізму майнових та немайнових відносин батьків та дітей стала максима апостола Павла, що увійшла у відповідну статтю Еклоги (Ecl. II, 7): "Діти, слухайтеся в Господі батьків ваших, бо це справедливо; А й ви, батьки, не дратуйте дітей ваших, виховуйте їх у послусі й напоумленні Господньому" (Послання Апостола Павла до ефесян, 6.1-4).

Таким чином, відмінність в правах чоловіка та дружини у розпорядженні та володінні спадщиною дітей полягала у тому, що повторний шлюб чоловіка не позбавляв його права, до їх повноліття, на управління цим майном. Натомість дружині рекомендувалось до повноліття дітей "шанувати свій дім", тобто не вступати у повторний шлюб. Ця диспозиція, що визначає обов'язок вдови по вихованню дітей, не має, на перший погляд, нормативного характеру, оскільки не підкріплюється відповідною санкцією. Точніше, дана норма права, за формою закріплення бажаної поведінки, має диспозитивний характер. Її санкція залишається неначе за межами позитивного права і належить до сфери морально-релігійної відповідальності.

Разом із тим, в ст. 2.8 Еклоги йдеться про *право* вдови чи вдівця залишити дітей після їх повноліття, зберегти власне майно та частину майна чоловіка (чи дружини), що приходиться на одну дитину, пропорційну числу усіх дітей (Ecl. 2.8). Отже, підтекст цієї статті передбачає санкцію за виконання батьківського обов'язку (який очевидно визначається християнською етичною нормою) у вигляді отримання спадщини нарівні з дітьми після їх повноліття. Невиконання таких зобов'язань, очевидно, передбачало втрату такого права. Але законодавець таку санкцію безпосередньо не вводить, очевидно вважаючи норми цієї статті за такі, що мають "добросовісний характер". Можливо, санкція полягає в *отриманні* права на спадщину *при умові* виконання батьківських обов'язків, а при невиконанні – такі права не набувалися. Тобто права на спадщину набувалися фактом укладення шлюбу при умові відсутності дітей, а при їх наявності додатковою умовою стало виконання батьківських зобов'язань.

Новелістичний зміст в контексті попереднього законодавства мають норми інституту посагу, систематизовані у III титулі – "Про записаний, але непереданий посаг і про законний посаг". Інтерес викликає те, що, не отримавши посаг із тих чи інших причин, чоловік не втрачав майнових зобов'язань стосовно дружини, що передбачалися у шлюбній угоді (Ecl. 3.1). Тобто зобов'язання колишньої сім'ї дружини не були обов'язковою умовою виконання шлюбно-договірних зобов'язань щодо посагу чоловіком, які перетворювались, таким чином, у безумовні. Це дає підстави зробити висновок, що права дружини, стосовно дотального майна, не тільки урівнювались із правами чоловіка, але й отримували юридичне забезпечення навіть у випадках порушення прав чоловіка (коли він не отримував посаг). Для законних вимог повнолітнього чоловіка, стосовно встановленого, але ненаданого посагу, існував законодавчо пе-

редбачений 5-річний термін давності. Однак якщо він не досяг повноліття, то такий термін починав діяти після досягнення ним 25-ти річного віку. Тобто реалізувати свої права на володіння посагом, який вважався власністю дружини, він міг як до початку відліку відповідного терміну, так і впродовж п'яти років після настання повноліття і необмеженої дієздатності. При відсутності волі скористатись правом на законний позов чоловік після закінчення відповідного терміну давності втрачав усі права на посаг, але змушений був рахуватися із взятими за шлюбною угодою зобов'язаннями щодо гарантій майнових прав дружини.

Окрім того, за 2-ю статтею III-го титулу Еклоги, дружина мала перевагу перед іншими кредиторами у поверненні посагу після смерті чоловіка. Джерелом такого законоположення Еклоги стали відповідні норми Кодексу Юстиніана (C. V, 12; C. V, 12; C.VII, 73.2; C.VII.74). Подібні правові норми увійшли у пізніші законодавчі зводи Візантії (Прохірон, Розширений Прохірон, Шестикнижжя Арменопуло) [18, с. 124]. У них йдеться про те, що така перевага можлива, якщо борг перед кредиторами та фіском не існував перед отриманням посагу чоловіком (C.VII, 73.2), оскільки закон у Візантії не мав зворотної сили, а в іншому випадку це вело до порушення законних прав кредиторів чоловіка. Однак укладачі Еклоги, опираючись на норму Юстиніана, але керуючись власним праворозумінням, не обмежили право дружини на посаг іншими зобов'язаннями чоловіка, оскільки вважали, що вирішення сімейно-правових проблем мало перевагу над врегулюванням інших цивільними відносин, так як норма шлюбної угоди, що стала синтезом духовного та матеріального, мала пріоритет перед нормами цивільними договору (позики). Таким чином, лише опісля повернення посагу дружині наступала черга задоволення майнових прав кредиторів чи фіскальних органів (Ecl. 3.2). Отже християнська правова доктрина, в даному випадку, передбачала перевагу правових інтересів особи над інтересами держави.

Разом з тим, право дружини *на посаг,* в умовах заборгованості чоловіка, наступало лише при умові його дійсного отримання чоловіком ("якщо дружина принесла посаг своєму чоловікові"). Якщо ж батьки дружини не виконали взяті зобов'язання й чоловік фактично не отримав посаг, то дружина не мала переваги над фіском та приватними кредиторами. Однак фактично необмежене право дружини на повернення посагу, при його фактичному існуванні, суперечило конституції Юстиніана (C. VII.73.2) про порядок задоволення кредиторів у відповідності до черговості боргу, але сприяло підвищенню сімейно-правового статусу дружини – рівноправного суб'єкта християнського шлюбу.

Так званий "незаписаний" шлюб також передбачав правові гарантії дружині, при відповідних обставинах, шляхом повернення її особистого майна і четвертої частини майна чоловіка. Але, очевидно, він був незаписаний тому, що не було що записувати. Такий спосіб одруження був передбачений для тих, хто не мав можливості через об'єктивні причини надати дочці посаг. Отже, "незаписаний" і таким чином нетрадиційний шлюб набирав законної сили лише при позитивному волевиявленні майбутнього подружжя та їх батьків, а при їх відсутності при наявності засвідчення друзів чи церковного благословення (Ecl. II. 9). Останнє, до речі, започаткувало традицію, що згодом набрала форми церковного шлюбу. Так, за нормою Ісагоги (Епанагоги) імператора Василія I Македонянина мова йшла про три альтернативні системоутворюючі елементи форми шлюбу: благословення, або вінчання, або письмовий договір про посаг (Epanagoge, XVI, 1). Причому усі інші форми шлюбу вважалися незаконними. Натомість за відповідною Новелою імператора Лева VI Мудрого (Nov. 89), відомого систематизатора та реформатора візантійського права – церковне благословення стало обов'язковою умовою шлюбу усіх християн імперії, що надавало йому необхідної юридичної форми та законної сили.

Отже, візантійський шлюб, за Еклогою, що укладався в письмовій формі, – це союз чоловіка та дружини, які користувалися майже рівними майновими правами (*за винятком згаданих юридичних випадків*). Цілком помітною в такому шлюбі є тенденція до спільності майна подружжя, що виразилось, зокрема, у проведенні авторами Еклоги думки про рівність прав чоловіка та дружини, при відомих обставинах, у його розпорядженні. Однак ідея спільності майна не була реалізована, оскільки цілком суперечила регулятивним механізмам дотальних норм Еклоги, які зберігали юридичну силу і актуальність при таких юридичних діях: укладення шлюбу; юридичні зобов'язання при збереженні матеріальних цінностей, що входили до посагу, що набрало актуальності при різних обставинах і юридичних діях (розлучення, повториний шлюб, відмова від повторного шлюбу дружини-вдови, збереження майна для дітей тощо); прагнення чоловіка отримати записаний, але непереданий посаг або власне ігнорування таких прав, що при таких обставинах мають відповідний термін давності; першочергове повернення посагу дружині-вдові у повному обсязі при існуванні інших майнових зобов'язань чоловіка. Кожна із названих юридичних дій породжувала нові права, сприяла збереженню прав передбачених у шлюбній угоді та законодавстві, або обумовлювала втрату прав на посаг. Разом з тим, окрім наявності юридичної функції посагу, який, поруч з волевиявлення суб'єктів шлюбної угоди, надавав шлюбу законної сили, у Еклозі була передбачена відповідна правова норма (Ecl. 2.9), яка при певних суспільно-історичних умовах виражала тенденцію до поступової втрати універсального значення та юридичної чинності посагу. Однак така тенденція не зачепила саму Еклогу, у якій, як ні в якому іншому законодавчому збірнику Візантії, гарантувались і захищались матеріальні інтереси дружини в контексті правових норм інституту посагу. Законодавці, зокрема, передбачили, що права (власності та володіння) дружини-вдови щодо посагу та іншого майна у певній мірі корелювались її власним волевиявленням, наприклад в контексті вступу чи утримання від повторного шлюбу. Залишаючись при неповнолітніх дітях, жінка-вдова, відповідно до християнської правової доктрини, фактично набувала прав глави сім'ї, в тому числі у згоді на шлюб її дітей, встановленні та передачі посагу, узгодженні шлюбної угоди, поверненні посагу, у відповідних випадках. Таким чином специфіка сімейних відносин доби іконоборців і передусім правова доктрина імператорів Ісаврійської династії сприяли еволюційним змінам правової природа інституту посагу та його регулятивно-правових властивостей.

Поставивши мету узгодити норми інституту посагу з суспільними потребами та християнськими цінностями, а також намагаючись втілити ідею синтезу, як зауважував М. Бенеманський, "двох різновидностей права", законодавці Еклоги не могли уявити, що норма (Ecl. 2.9), яка у їх збірнику була винятком і вводилась в контексті гуманізму (людинолюбства) у ставленні до певних категорій населення, передбачатиме в умовах подальшого посилення соціальної диференціації суспільства (особливо з IX ст.) для більшості населення Візантії єдину можливу форму шлюбу (без інституту посагу). Разом з тим, така тенденція посилювалась як на рівні юридичної практики – надання церковному шлюбу

законності та універсального значення для християнського населення країни, так і в контексті еволюції релігійно-філософського і філософсько-правового розуміння інституту шлюбу як передусім сакрального, а не матеріального явища, що за своїм призначенням, в дусі богословсько-канонічного тлумачення, є субстанцією трансцендентного порядку і має, перш за все, характер християнського таїнства.

1. Zachariae von Lingenthal K.E. Geschichte des griechisch-romischen Rechts. – Berlin, 1892. 2. Бенеманский М. О ПРОХЕЙРОС NOMOC императора Василия Македонянина. Его происхождение, характеристика и значение в церковном праве. Вып. I. – Сергиев Посад, Типография Св.-Тр. Сергіевой Лавры, 1906. – 554 с. 3. ПРАВИЛА ПРАВОСЛАВНОЙ ЦЕРКВИ с толкованиями НИКОДИМА, епископа Далматинско-Истрийского / Пер. с сербского. Т. I – М., Издательство "Отчий дом", 2001. – 650 с. 4. Leunclavius Johannes. Jus graecoromanorum. – Frankfurt, 1596. 5. Collectio librorum iuris graeco romani ineditorum: Ecloga Leonis et Constantini, Epanagoge Basilii Leonis et Alexandri / Ed. Carolus Eduardus Zachariae a Lingenthal – Lipsiae, 1852. – 235 s. 6. Paparrigopoulo M.C. Histoire de la civilization helenique. – Paris, Hachette. Pentzopoulos, 1878. – XLIV, 544. 7. Васильевский В.Г. Законодательство иконоборцев // Труды В.Г. Васильевского. Том четвертый. – Ленинград, 1930. – С. 140-146. 8. [Монферрт А.Г] Ecloga Leonis et Constantinis cum appendice. Ed. A. Monferratus. – Athenis, 1889. 9. Mortreuil J. Histoire du droit byzantin, I – III. Paris, 1843 –1846. 10. Азаревич Д. И. История византийского права. Ч. 1. – Ярославль: Тип. Г. В. Фальк, 1876. – 118 с. 11. Mitteis L. Reichsrecht und Volksrecht in ostlichen Provinzen des romischen Keiserrechts. – Leipzig, 1891. 12. Вальдеберг В.Е. История византийской политической литературы в связи с историей философских течений и законодательства. – СПб., ДМИТРИЙ БУЛАНИН, 2008. – 576 с. 13. Zepos P. Jus graeco-romanum. Vol. 1-7. Athens, 1931. 14. Липшиц Е.Э. Право и суд в Византии в IV-VIII вв. – Л., Наука, 1976. – 230 с. 15. Lokin J. H. A Historiae iuris graeco-romani delineation. – Groningen, 1985. 16. Харитонов Є.О. Історія приватного права Європи: Східна традиція. – Одеса: Юрид. літ-ра, 2000. – 260 с. 17. Медведев И. П. Правовая культура Византийской империи. – СПб: Алетейя, 2001. – 576 с. 18. [Липшиц Е.Э.] Византийский законодательный свод VIII века (перевод Е.Э. Липшиц) // Эклога. Византийский законодательный свод VIII. Византийская Книга эпарха. – Рязань, "Александрия", 2006. – 591 с. 19. [Фрешфільд Е.] A Manual of Roman Law: The Ecloga published by the Emperors Leo III and Constantine V of Isauria at Constantinople AD 726. trans E. H. Freshfield. Cambridge, 1926. 20. Spulber C. A., ed., L'Eclogue des Isauriens – Cernautzi, 1929. 21. [Благоєв Н.П.] Еклога от Н.П. Благоев – "Университетская библиотека", № 122 – София, 1936. 22. [Липшиц Е.Э.] Эклога. Византийский законодательный свод VIII века (перевод Е.Э. Липшиц). – М., 1965. 23. [Бургманн Л.] Ecloga: Das Gesetzbuch Leons III und Konstantinos' V/ Hrsg. von L. Burgmann. – Frakfurt a/M., 1983. 24. Собрание малороссийских прав 1807 г.// Кодифікація цивільного законодавства на українських землях: Т. 1 / Укладачі: Р.В. Білоусов, І.Р. Калаур, С.Д. Гринько та ін./ За ред. Р.О. Стефанчука та М. О. Стефанчука. – К., Правова єдність, 2009. – С. 888-920. 25. Рудоквас А. Д. О христианизации римського права в эпоху императора Константина Великого // Древнее право. – № 9. – М., 2002. – С. 161-181. 26. Покровский И.А. История римского права. – Минск: Харвест, 2002. – 528 с. 27. Арменопул К. Перевод ручной книги законов или так называемое шестикнижие, бранного отовсюду и сокращенного достопочтенным номофилактом судьей в Фессалонике Константином Арменопулом. – Одесса, 1908. – Ч.II. – 297 с. 28. Майорова Н.Г. Семья в Риме VII – начала VI в. до н.э. // Межвуз. сб. научн. стат. "Античность Европы". – Пермь, Пермский университет, 1992. – С. 3 – 8.

Надійшла до редколегії 11.04.11

Ю. Краснова, канд. юрид. наук

ІНФОРМАЦІЙНО-ПРОГНОСТИЧНІ ЗАСОБИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕКОЛОГІЧНОЇ БЕЗПЕКИ В ГАЛУЗІ АВІАЦІЇ

На підставі загальних положень та визначень права екологічної безпеки викладаються теоретичні, законодавчі та практичні засади інформаційно-прогностичних засобів забезпечення екологічної безпеки в галузі авіації.

Ключові слова: інформаційно-прогностичні засоби; забезпечення екологічної безпеки; авіація; екологічне інформування; екологічний моніторинг; прогнозування та планування природоохоронних заходів.

На основании общих положений и определений права экологической безопасности излагаются теоретические, законодательные и практические основы информационно-прогностических средств обеспечения экологической безопасности.

Ключевые слова: информационно-прогностические средства; обеспечение экологической безопасности; авиация; экологическое информирование; экологический мониторинг; прогнозирование и планирование природоохранных мероприятий.

Theoretical, legislator and practical grounds of information and forecast measures of providing for environmental safety in the aviation sector are presented on the basis of general provisions and definitions of environmental safety law.

Key words: information and forecast measures, environmental safety guarantee, aviation, environmental informing, environmental monitoring, environmental forecasting and planning.

В юридичній літературі інформаційно-прогностичні засоби забезпечення екологічної безпеки віднесені до складу організаційно-превентивних заходів механізму правового забезпечення екологічної безпеки [1, с. 94]. В їх основу покладено сукупність юридично значимих дій суб'єктів господарської діяльності та спеціально уповноважених органів державної влади і місцевого самоврядування, які спрямовані на збір, обробку, збереження та надання інформації про стан навколишнього природного середовища в межах об'єктів та джерел шкідливого впливу на довкілля з метою запобігання його погіршення. Не становить виключення й авіаційна галузь господарювання.

Метою статті є дослідження особливостей інформаційно-прогностичних засобів забезпечення екологічної безпеки в галузі авіації на прикладі дослідження таких його складових, як екологічне інформування, екологічний моніторинг, а також прогнозування та планування природоохоронних заходів.

Так, однією із головних функцій в системі інформаційно-прогностичних засобів забезпечення екологічної безпеки в галузі авіації посідає *інформування,* що є складовою екологічного інформування.

Екологічне інформування в спеціальній еколого-правовій літературі розглядається як урегульованої екологічним законодавством діяльності спеціально уповноважених органів щодо подання, збору, узагальнення й обнародування відомостей про екологічну, в тому числі радіаційну обстановку та стан захворюваності населення [1, с. 148].

Основними видами екологічної інформації Закон України "Про охорону навколишнього природного середовища", з поміж іншого, виділяє інформацію про стан навколишнього природного середовища чи його об'єктів, про джерела, фактори, матеріали, речовини, продукцію, енергію, фізичні фактори (шум, вібрацію, електромагнітне випромінювання тощо), які впливають або можуть вплинути на стан навколишнього природного середовища та здоров'я людей, про загрозу виникнення і причини надзвичайних екологічних ситуацій, результати цих явищ та інше, що цілком стосується інформації про забезпечення екологічної безпеки в галузі авіації. Така інформація може включати дані обліку екологічно небезпечних об'єктів у цій галузі, обсяги розміщення різних видів відходів та інше.

Однак, за Повітряним кодексом України, інформування передбачається лише у випадках, пов'язаних з

© Краснова Ю., 2011

аварією повітряних суден (ст.ст. 78, 83 Кодексу). Інформування про настання таких випадків покладається: 1) на службових осіб авіації, яким першим стало відомо про авіаційну подію і які повинні повідомити про останню державний орган нагляду за безпекою польотів та орган державного регулювання діяльності авіації (Державну авіаційну адміністрацію України) і власника повітряного судна; 2) на всі підприємства, установи та організації, що мають засоби зв'язку, незалежно від їх відомчої чи іншої належності, які повинні подати таку інформацію до пунктів керування пошуково-рятувальними силами і засобами; 3) на громадян, які негайно повинні повідомити про відомі їм випадки лиха повітряних суден місцевим органам державної виконавчої влади України, міліції чи найближчим підприємствам, установам і організаціям, які в свою чергу повідомляють авіаційну пошуково-рятувальну службу України.

Міністерством транспорту України та Міністерством України з питань надзвичайних ситуацій та у справах захисту населення від наслідків Чорнобильської катастрофи прийнято спільний наказ "Про взаємне інформування при виникненні надзвичайних ситуацій у разі авіаційної події" від 6 березня 2002 року № 149/66, яким затверджений порядок подання інформації про авіаційну подію. Зазначений порядок включає в себе такі етапи: координаційний центр пошуку та рятування цивільної авіації надає інформацію про авіаційну подію до Головного центру координації авіаційних робіт з пошуку і рятування Штабу сил МНС України: 1) *первинне повідомлення* – передається негайно, за фактом події та її наслідками, наскільки вони відомі; 2) *первинне донесення* – передається не пізніше трьох годин після того, як стало відомо про факт авіаційної події; 3) *наступні донесення* – про хід проведення пошукових і аварійно-рятувальних робіт; 4) *заключне донесення* – звіт про проведення пошуково-рятувальних робіт. При надходженні інформації про авіаційну подію до МНС України іншими каналами Головний центр координації авіаційних робіт з пошуку і рятування Штабу сил надає її до Міністерства транспорту (до Державної авіаційної служби).

Проте, враховуючи, що екологічна безпека включає в себе авіаційну безпеку, а при настанні аварійних ситуацій на повітряному транспорті шкода завдається не лише життю, здоров'ю та майну фізичних і юридичних осіб, а й довкіллю, важливу роль в регулюванні інформаційних відносин відіграє наказ Мінприроди України від 4 лютого 2004 року № 156 "Про затвердження Положення про порядок надання екологічної інформації", згідно з яким цим міністерством, його органами на місцях, іншими органами та організаціями здійснюється оприлюднення інформації про надзвичайні екологічні ситуації, в тому числі в галузі авіації, та заходи щодо їх ліквідації, інші види інформації.

У випадку настання надзвичайної санітарно-епідеміологічної ситуації при аварії на об'єктах авіаційного транспорту такі заходи здійснюються Державною санітарно-епідеміологічною службою України, а при настанні надзвичайної ситуації техногенного і природного характеру на таких об'єктах – МНС України.

Відповідно до Орхуської конвенції, компетентні органи зобов'язані адекватно, своєчасно та ефективно інформувати заінтересовану громадськість з питань, зокрема, про рівень основних факторів впливу діяльності на навколишнє природне середовище, а саме: небезпечних речовин, шуму, випромінювання тощо, а також про наявність об'єктів підвищеної небезпеки, та залучати громадськість до прийняття екологічно важливих рішень. Однак з усіх вище перерахованих напрямів інформування громадськості, на сьогоднішній день жоден не виконується належним чином ні Міністерством транспорту та зв'язку України в особі Державної авіаційної адміністрації України, ні аеропортами України.

Закон України "Про охорону навколишнього природного середовища" передбачає право громадян на участь в обговоренні та внесенні пропозицій до проектів законодавчих нормативно-правових актів, матеріалів щодо розміщення, будівництва і реконструкції об'єктів, які можуть негативно впливати на стан навколишнього природного середовища, внесення пропозицій до органів державної влади та місцевого самоврядування, господарських підприємств, установ та організацій, що беруть участь в прийнятті рішень з цих питань (п. "б" ст. 9 Закону), однак, на сьогоднішній день лише одиниці аеропортів розміщують на своїх електронних сайтах відповідну інформацію для обговорення з громадськістю [2].

Отже, незважаючи на формування інформаційного суспільства, сфера екологічного інформування громадськості в галузі авіації є неефективною. Враховуючи, що на сьогоднішній день залишається низькою екологічна свідомість населення, досить часто цією обставиною зловживають суб'єкти господарської діяльності. Особливо гостро це питання постає під час продажу квартир у нових житлових будинках, побудованих з порушенням екологічних та санітарних норм законодавства України, зокрема, в межах приаеродромної зони.

Таким чином, екологічне інформування в галузі авіації є особливим видом інформаційних правовідносин у сфері забезпечення екологічної безпеки, відповідно до яких спеціально уповноважені органи в установленому порядку покликані організовувати подання, збір, узагальнення і оприлюднення відомостей про вплив авіаційного транспорту на довкілля з метою запобігання негативного впливу від його діяльності.

Одним із джерел такої інформації є дані *моніторингу довкілля*, тобто системи спостережень за станом довкілля, рівнем його забруднення, якісними та кількісними характеристиками природних ресурсів з метою забезпечення збору, оброблення, збереження та аналізу інформації про стан навколишнього природного середовища, прогнозування його змін та розробки науково обгрунтованих рекомендацій для прийняття ефективних управлінських рішень [3; 4].

Правові засади здійснення екологічного моніторингу в Україні закріплені рядом нормативно-правових актів: Законом України "Про охорону навколишнього природного середовища" (ст. 22), Положенням про державну систему моніторингу довкілля, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 30 березня 1998 року № 391, положеннями ЗК України, Водного кодексу України, Лісового кодексу України, Закону України "Про охорону атмосферного повітря".

Спостереження за станом навколишнього природного середовища, рівнем його забруднення здійснюється Міністерством екології та природних ресурсів України (далі – Мінекології України), Міністерством надзвичайних ситуацій України, Міністерство охорони здоров'я України, іншими спеціально уповноваженими органами, а також підприємствами, установами та організаціями, діяльність яких призводить до погіршення стану навколишнього природного середовища.

З урахуванням видів екологічного моніторингу, визначених чинним законодавством в аеропортах на основі поданої ними інвентаризаційної інформації здійснюються національний, регіональний та місцевий державний екологічний моніторинг [5].

Національний моніторинг в галузі авіації проводиться державними еколого-науковими центрами та лабораторіями в структурі Мінекології України і Державної

метеорологічної служби. Вся інформація досліджень моніторингу навколишнього природного середовища збирається та аналізується у Департаменті державного моніторингу навколишнього природного середовища та охорони атмосферного повітря Мінекології України [6].

За матеріалами практики, регіональний екологічний моніторинг в галузі авіації здійснюється за різними напрямами, зокрема: 1) загальний контроль діяльності підприємства щодо дотримання законодавства про охорону навколишнього природного середовища (Державна екологічна інспекція); 2) контроль за промисловими викидами в атмосферу, стоком поверхневих вод, регулювання та контроль водоохоронних зон, контроль за звалищами для промислового та побутового сміття і якістю ґрунту (Мінекології України); 3) контроль за кліматом, фоновим забрудненням повітря, випаданням осадків, поверхневими водами, природними катастрофами, такими як повінь (на території міста Києва і Київської області – Київський гідрометеорологічний регіональний центр); 4) моніторинг якості підземних вод, стан ландшафту та геологічних катастроф (Державна геологічна служба); 5) глибина розташування та рівень мінералізації підземних вод та стоянки для спуску стічних вод і т.ін. (Департамент гідрогеологічної меліорації Мінекології України); 6) регулювання водних ресурсів: річок, каналів, водосховищ (ставків, дренажних систем тощо) (Державне агенство водних ресурсів); 7) контроль за станом забруднення ґрунту та його якістю (Державне агенство земельних ресурсів); 8) контроль за постачанням питної води, місцевими каналізаціями та очисними спорудами, озелененням великих та малих міст (місцеві органи виконавчої влади).

Місцевий екологічний моніторинг в галузі авіації здійснюється щодо стану атмосферного повітря, якості поверхневої та питної води, підземних вод, які використовуються для пиття, ґрунтів, фізичних факторів (шум, електромагнітні випромінювання, вібрація), а також контроль за санітарними та гігієнічними нормами безпеки та охорони праці здійснює, зокрема, в аеропорті Бориспіль: Бориспільська регіональна санітарно-епідеміологічна інспекція Міністерства охорони здоров'я України, місцеве постачання води – Бориспільська районна служба водопостачання [6].

Одним із прикладів здійснення місцевого екологічного моніторингу є проведення групою науковців моніторингу зони міжнародного аеропорту "Київ" (Жуляни) [7], який знаходиться на відстані 8 км від центру Києва, практично в межах міста. У зв'язку з підвищенням авіатранспортних процесів у зоні аеропорту "Київ" (Жуляни), було поставлене завдання оцінити рівень впливу діяльності аеропорту на навколишнє природне середовище, зокрема на поверхневі води р. Нивка. Для реалізації поставленої задачі були відібрані проби стічних вод і проби поверхневих вод р. Нивка з метою визначення концентрації хімічних елементів, зокрема важких металів і нафтопродуктів, та визначення рівня їх токсичності.

У результаті моніторингових досліджень виявлено, що головними забруднювачами р. Нивка є важкі метали та нафтопродукти, концентрація яких перевищує норми у десятки і навіть сотні разів. Величезні обсяги забруднювачів спричинили до того, що будь-які форми життя, які ми звикли бачити у звичайних річках, у ній відсутні і функціонують лише окремі мікроорганізми. Важливість екологічної оцінки р. Нивки полягає в тому, що через її води переносяться забруднювачі аж до р. Дніпро, воду якої використовує кілька мільйонів українців.

Відповідно до результатів моніторингових досліджень керівництвом аеропорту були розроблені заходи для зменшення забруднення річки. Наскільки вони стануть дієвими, буде відомо з часом, але зрозуміло, що миттєве вирішення цього питання неможливе, а тому річка ще довгий час буде піддаватися нищівному впливу аеропорту.

В структурі інформаційно-прогностичних засобів забезпечення екологічної безпеки в галузі авіації важлива роль належить *прогнозуванню та плануванню природоохоронних заходів*.

Відповідно до науково-правового визначення, прогнозування є цілеспрямованою діяльністю спеціально уповноважених органів, установ і організацій, спрямована на розробку прогнозних показників зміни стану навколишнього природного середовища та забезпечення екологічної безпеки [1, с. 143], що реалізуються у процедурних правовідносинах [8, с. 9] та, як правило, закріплюються в спеціальних програмних документах.

Загальні засади здійснення прогнозування щодо формування, реалізації екологічних програм, в тому числі і на авіаційному транспорті, визначаються ст. 6 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" та Законом України "Про державні цільові програми" від 18 березня 2004 року.

Закон України "Про транспорт" в ч. 3 ст. 5 визначає, що органи управління транспортом разом з органами місцевої влади і місцевого самоврядування здійснюють розробку програми захисту навколишнього природного середовища.

Нажаль, на сьогоднішній день нормами Повітряного кодексу України не передбачено розроблення спеціальних прогнозних документів розвитку авіаційного транспорту у сфері охорони довкілля, проте виконання таких заходів в авіаційній сфері покладено на Державну авіаційну адміністрацію (абз. 36 п. 4 постанови Кабінету Міністрів України від 2 листопада 2006 року № 1526 "Про утворення Державної авіаційної адміністрації").

На нормативному рівні функція екологічного прогнозування на авіаційному транспорті запроваджена постановою Верховної Ради України від 5 березня 1998 року № 188 "Про Основні напрями державної політики України у галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки", в якій з метою комплексного розв'язання екологічних проблем цивільної авіації передбачалося розробити правові, технічні та технологічні вимоги, а саме: 1) принципи та методи захисту повітря від забруднення двигунами повітряних суден; 2) принципи та методи захисту від електромагнітних полів радіочастот аеропортів; 3) технології захисту ґрунтів та води від забруднення стоками аеропортів; 4) оптимізаційні схеми керування повітряним рухом на трасі, в зоні аеропортів з урахуванням екологічного стану довкілля; 5) методи кількісної інтегральної оцінки екологічного стану підприємств авіаційного транспорту (абз. 2 п. 3 розділу 20 Постанови).

Більш детально такі заходи викладені в наказі Міністерства транспорту України від 29 квітня 2002 року № 291 "Про План реалізації на транспортно-дорожньому комплексі Основних напрямів державної політики в галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки на 2002-2006 роки" [9], який спрямований на планування спеціальних екологічних заходів для кожного виду транспорту, в тому числі і для авіаційного, та лишається єдиним спеціальним прогнозним документом для авіації, незважаючи на свій тимчасовий характер.

Основними заходами подолання впливу авіації на довкілля даний План передбачає: 1) розробку методики визначення зон обмеження житлової забудови навколо аеропортів; 2) визначення зон обмеження житлової забудови навколо аеропортів, їх законодавче закріплення

та спільне планування для використання; 3) розробка проекту екологічного паспорта аеропортів; 4) розробка та впровадження екологобезпечних технологій на авіаційному транспорті; 5) забезпечення реалізації впровадження міжнародних екологічних нормативів (ІКАО, ЄС) щодо конструкції нових повітряних суден та авіаційних двигунів; 6) розробка маловідходної ресурсозберігаючої технології очистки нафтовмісних стічних вод, які утворюються при експлуатації всіх видів транспорту; 7) впровадження технологій використання альтернативних видів палива для загального і спеціального автотранспорту підприємств авіаційного транспорту; 8) впровадження інструментальних систем контролю авіаційного шуму та шкідливих викидів в повітря; 9) проведення екологічного аудиту підприємств авіаційного транспорту. Нажаль, більшість з передбачених заходів залишаються невиконаними.

На локальному рівні питання прогнозування вирішуються аналогічно. Так, відповідно до Програми управління навколишнім середовищем на 2004–2007 роки від 14 липня 2004 року № 54-12-12 Державного підприємства "Міжнародний аеропорт "Бориспіль" [10] було передбачено, зокрема, здійснення ряду водоохоронних заходів: 1) будівництво місця мийки повітряних суден з локальними очисними спорудами; 2) будівництво очисних споруд зливових стоків з біологічною та механічною очисткою; 3) будівництво очисних споруд побутових стоків. Однак, на сьогоднішній день жоден з перерахованих заходів не був реалізований.

У 2008 році з метою приведення інфраструктури авіаційного транспорту у відповідність з міжнародними вимогами, Кабінетом Міністрів України затверджена Концепція Державної цільової програми розвитку аеропортів на період до 2020 року, згідно із якою, одним із основних її завдань є, зокрема, підготовка нормативно-правових актів і створення сприятливих умов для будівництва, реконструкції, модернізації та подальшої експлуатації об'єктів аеропортів, об'єктів органів обслуговування повітряного руху та наземної інфраструктури відповідно до законодавства з дотриманням вимог директивних документів ІКАО, Міжнародної асоціації авіаційних перевізників (ІАТА) і Європейського Союзу, інших міжнародних норм і правил зі збереженням регулятивної функції за державою, що також виступає одним із засобів забезпечення екологічної безпеки на цьому виді транспорту.

Таким чином інформаційно-прогностичні заходи є досить суттєвим чинником механізму забезпечення екологічної безпеки в галузі авіації. Від ефективності їх виконання та дотримання спеціально уповноваженими органами державної влади, місцевого самоврядування, а також суб'єктами екологічно шкідливої діяльності залежить екологічної обстановка держави в цілому.

Враховуючи те, що стан дотримання таких вимог не лише в авіаційній галузі є доволі низьким, пропонуємо на законодавчому рівні посилити роль нагляду та контролю за дотриманням вимог екологічного законодавства України.

1. Андрейцев В.І. Екологічне право: Курс лекцій: Навч. посібник для юрид. фак. вузів. / В.І. Андрейцев. – К.: Вентурі, 1996. – 207 с. 2. Будівництво аеропорту "Бородянка": Проект заходів по охороні навколишнього середовища // Режим доступу до документу: http://vatas.com.ua/mp_06_ohorona.php. 3. Шарапова С.В. Правове забезпечення екологічного моніторингу в Україні. // Автореферат …канд. юрид. наук: 12.00.06. / Шарапова Світлана Володимирівна. – Х., 2002. – 19 с. 4. Малишева Н.Р., Єрофеєв М. І. Проблеми організації та функціонування системи екологічного моніторингу в Україні. / Н.Р. Малишева, М.І. Єрофеєв. // Правова держава. Вип. 5. – К., 1994. 5. Проект розвитку Державного підприємства "Міжнародний аеропорт "Бориспіль". Процеси екологічного менеджменту. Програма Моніторингу та Контролю за станом навколишнього природного середовища під час будівництва (термінал Д). – С. 47. 6. Экологический мониторинг Государственного предприятия "Международный аэропорт "Борисполь" // Тест Консалтинг. Справочное пособие. – Киев, 2003. 7. Ярослав Загоруй, Моніторинг зони аеропорту. Частина 1. Стан поверхневих вод // Режим доступу: http: // highway.com.ua/art.php?id=5480; http: //highway.com.ua/art.php?id=5722. 8. Бакай О.О. Правове забезпечення екологічного прогнозування: Автореферат …канд. юрид. наук: 12.00.06 / Бакай Олексій Олексійович. – Х., 2002. – 19 с. 9. Про План реалізації на транспортно-дорожньому комплексі Основних напрямів державної політики в галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки на 2002 – 2006 роки: наказ Міністерства транспорту України від 29 квітня 2002 р. № 291 // Поточний архів Міністерства транспорту та зв'язку України за 2007 рік. 10. Програма управління навколишнім середовищем в Державному підприємстві "Міжнародний аеропорт "Бориспіль" на 2004 – 2007 роки від 14 липня 2004 р. № 54-12-12.

Надійшла до редколегії 11.04.11

УДК 340.11:340.12

О. Ковальчук, канд. юрид. наук, доц., В. Хаврук

ЗНАЧЕННЯ ІСТОРИЧНОЇ ШКОЛИ ПРАВОРОЗУМІННЯ В ЗБАГАЧЕННІ СИСТЕМИ ЦІННОСТЕЙ ПРАВА

Наводяться погляди основоположників історичної школи права в контексті значимості права як цінності. Аналізується система цінностей права в історичній школі праворозуміння.

Ключові слова: внутрішня цінність, воля, етатична цінність, закон, звичаєве право, інструментальна цінність, історична школа права, культурна цінність, народний дух, національна свідомість, переконання, право, свобода, цінність.

Приводятся взгляды основателей исторической школы права в контексте значения права как ценности. Анализируется система ценностей права в исторической школе правопонимания.

Ключевые слова: внутренняя ценность, воля, этатическая ценность, закон, обычное право, инструментальная ценность, историческая школа права, культурная ценность, народный дух, национальное сознание, убеждения, право, свобода, ценность.

Sights of founders of historical school of the law in a context of value of the law as values are resulted.The system of values of the law at historical school of understanding of the law is analyzed.

Keywords: internal value, will, the state value, the law, a common law, tool value, historical school of the law, a cultural value, National spirit, national consciousness, belief, the law, freedom, value.

Серед теорій і концепцій праворозуміння досить відособлено знаходиться історична школа права, яка через свою непослідовність і незавершену обґрунтованість піддалась значній критиці вже на самому початку її існування (перша пол. XIX ст.).

Положення історичної школи права досить ґрунтовно аналізували у свій час такі російські мислителі, як Муромцев С. А. (1850-1910), Новгородцев П. І. (1866-1924), Карєєв М. І. (1850-1931). Значний вплив історична школа права здійснила на погляди таких видатних вчених Київського університету як: Неволіна К. О.

© Ковальчук О., Хаврук В., 2011

(1806-1855), якого деякі дослідники оцінюють як представника даного напряму в праворозумінні [6, 48]; професора-юриста та засновника Київської історико-юридичної школи Іванішева М. Д. (1800-1874) [1, 14].

У теперішній час, хоча історична школа права й знаходить місце в численних публікаціях, в яких розглядається питання з'ясування сутності права, але здебільшого в юридичній літературі вона, як правило згадується у зв'язку з обґрунтуванням існування звичаєвого права. Насамперед це пояснюється тим, що виникнення та розвиток історичної школи права був обумовлений певними особливостями історичного періоду – Велика французька революція (1789-1799) та поширення ідей Просвітництва, під впливом яких у Німеччині на кінець XVIII-першої половини XIX ст.ст. відбувалась боротьба буржуазних порядків зі старими феодальними, а разом з тим і протистояння буржуазного і феодального неписаного права, на захист останнього вона і була спрямована. Але, подібне "відношення" до історичної школи права обмежує її значення й внесок у з'ясування сутності права. Інтерес до історичної школи права час від часу проявляється – про що свідчать нові видання [9].

Саме тому, що історична школа права внесла притаманне їй "бачення" процесу існування права вона потребує додаткового дослідження. На нашу думку, таке дослідження полягатиме, зокрема, і в аналізі тих "позитивних" і "сильних" сторін даного вчення, які визначатимуть значимість права як цінності. А тому, метою даної статті є з'ясування сутності права, як цінності в історичній школі права, а також установлення системи цінностей права на основі аналізу поглядів основоположників даної школи.

Як відомо, цінність права є категорією суб'єктивною – значимість права визначається інтересами, потребами, а залучення та існування права у сфері життя формує ставлення до права, як окремої людини, соціальних груп, так і суспільства в цілому, а на основі такого ставлення є можливість характеризувати право як цінність. Збагачення й наповнення змістом цінності права є історичним процесом, який охоплює суспільний розвиток і в тому числі – розвиток суспільної правосвідомості. Саме в контексті розвитку правової свідомості народу, історична школа права, спрямувавши основну увагу на обґрунтування процесу виникнення та розвитку права, а також на визначення ролі законодавства в утвердженні права, дає змогу охарактеризувати право як цінність, яку ми знаходимо в поглядах представників даного напряму праворозуміння таких, як: Густава Ріттера фон Гуго (1764-1844), Фрідріха Карла фон Савіньї (1779-1861), Карла Фрідріха Ейхгорна (1781-1854), Георга Фрідріха Пухти (1798-1846), Християна Фрідріха Коха (1798-1872) та ін.

Так, засновник історичної школи права, професор Ґетінгенського університету Густав фон Гуго у своїй основоположній праці "Підручник природного права, як філософії позитивного права, а особливо – приватного права" (Lehrbuch eines civilistischen Cursus, 1792-1821), хоча повністю не заперечує закон як джерело права, але ставить під сумнів виключне значення законодавства в утвердженні права, а виникнення та розвиток права ним обумовлюється об'єктивними факторами, які становлять суспільний розвиток. У статті "Закони не є єдиним джерелом юридичних істин" Г. Гуго стверджує, що право складається саме по собі, самостійний розвиток якого передбачає наступні моменти: 1) стихійне виникнення; 2) добровільне прийняття народом; 3) утвердження внаслідок багаторазового використання і однакового вирішення спірних питань; 4) адекватність обставинам життя народу; 5) запровадження юридичних норм та інститутів [13, 185]. Тим самим, у поглядах Г. Гуго цінність права включає: 1) внутрішню цінність – існування такого порядку, який відповідає обставинам життя народу та повністю й добровільно сприймається всіма індивідами, що становлять народ; інструментальну цінність – як засіб забезпечення порядку, яка реалізується двома шляхами, як через своє поширення та багаторазовість застосування, так і через втілення у відповідних юридичних нормах (законодавство); етатичну (від франц. etat – держава) цінність, яка передбачає реалізацію права в законах, і як право, що встановлене державою й направлене на регулювання суспільної поведінки.

Незважаючи на критику вчення німецького мислителя, за те, що він ставить в залежність процес утворення права від порядку, який утвердився [2, 373], необхідно вказати на те, що Г. Гуго вказав на один із шляхів існування права як цінності та формування ідеального правового суспільства, а саме через панування звичаєвого права в народній свідомості, яке буде досягнуте через правове виховання народу на основі звичаїв та законодавства, шляхом утвердження такого порядку, при якому важливість законів полягатиме лише в можливості надання ними більшого визначення нормам права.

Інший представник історичної школи права – професор Берлінського університету Фрідріх Карл фон Савіньї, спочатку у своїй брошурі "Про покликання нашої епохи в законодавстві і юриспруденції" (Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814), а також у таких фундаментальних працях, як: "Історія римського права Середньовіччя" (Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, 1815-1830), "Система сучасного римського права" (System des heutigen Römischen Rechts, 1840-1841; 1847) не тільки продовжив ідеї Г. Гуго, а ґрунтовно розвинув учення про право, як "продукт" народу – а тому не безпідставно Ф. К. фон Савіньї вважають главою даної школи. Здійснюючи характеристику права, як цінності у вченні Ф. К. фон Савіньї необхідно перш за все провести аналіз категорії "народний дух" та органічної теорії розвитку, за допомогою яких учений обґрунтовує еволюцію права. Так, "народний дух" або дух народу (нім. Volksgeist), постає як вираження спільної правосвідомості й суспільної за своєю суттю діяльності індивідів, що становлять народ [13, 186], при цьому народний дух виступає носієм права, що ставить у залежність розвиток права від духу народу, але й останній також зазнає розвитку – розвиток же як народного духу так і права визнається органічним, тобто повільним і поступовим процесом. На основі органічної теорії розвитку народного духу й права Ф. К. фон Савіньї [2, 374; 13, 186] досить неоднозначним є питання з'ясування цінності права. Так, право виступає елементом культури народу – постає, як культурне досягнення, й у такому розумінні право є культурною цінністю, утвердження якого виключає будь-які свавільні бажання окремих індивідів або груп осіб. Тим самим право існуватиме в межах певного народу, як правовий ідеал, який охопить правосвідомість абсолютно всіх індивідів. Отже, утвердження права як цінності постає залежним від формування суспільної правосвідомості, та й згідно поглядів Ф. К. фон Савіньї загальнонародна правосвідомість "сама по собі" є правом [10, 83]. Але процес утвердження права як культурної цінності згідно історичної школи права має неоднозначний характер. По-перше, культурна цінність права обмежена життям певного народу – право ж, як загальнолюдське досягнення (загальнокультурна цінність) не береться до уваги. Беззa-

перечно, право, виступає культурним досягненням людства – загальнокультурною цінністю, але ж практичне втілення права передбачає існування певного правопорядку. Еволюція ж людського суспільства призвела до формування державних утворень різних форм, які характеризуються утвердженням правопорядків, які мають свої особливості, пов'язані з історичним розвитком окремої спільноти в межах державності. Існування ж різних правопорядків можливо обґрунтувати лише на основі суспільної правосвідомості, носієм якої виступає окремий народ в межах того чи іншого державного утворення. А тому, велике значення історичної школи права полягає саме в тому, що вона обґрунтовує цінність права, як реалізацію прагнень народу у його втіленні в життя через народну свідомість (народний дух) і таким чином право виступає досягненням народу – його культурною цінністю. По-друге, органічна теорія розвитку Ф. К. фон Савіньї суперечить процесу становлення права, як культурної цінності народу. Так, розвиток суспільної правосвідомості у формах правосвідомості народу й корпоративної правосвідомості (правосвідомості юристів), як і загальний розвиток культури народу мав би спрямовувати еволюцію права до утвердження його, як цінності. Але прив'язаність права до народного духу не дає можливості говорити про утвердження права, як культурної цінності народу, і тим більше як цінності-ідеалу, який передбачав би існування правопорядку у суспільстві через вільне його сприйняття всіма індивідами, що становлять народ. Як тільки право у своєму розвитку, пройшовши етап "розумного" й доцільного права, тобто такого, яке відповідає встановленому порядку, досягає стадії кодифікації, воно припиняє свою еволюцію. Іншими словами, панування у праві закону, не веде до поліпшення життя суспільства, а тільки – до підтримання певного правопорядку і тому право віддаляється від народу – воно стає "штучним" та позбавленим народного духу і як наслідок, воно перестає бути цінністю для народу – культурним досягненням народу (культурною цінністю). Таким чином, логічні судження нас привели до заперечення утвердження права як цінності для народу в процесі його розвитку згідно органічної теорії Ф. К. фон Савіньї. Вихід із даного заперечення цінності права можливо знайти на основі наступних аргументів: 1) право не перестає бути цінністю для народу, оскільки у вченні Ф. К. фон Савіньї не враховується індивідуальна правосвідомість, яка може призводити до окремих свавільних вчинків, і в такому випадку підтримування правопорядку у суспільстві можливо лише існуванням права у вигляді закону, як результат проявляється інструментальна цінність права; 2) право як цінність завжди буде існувати у свідомості окремих індивідів суспільства у вигляді таких моральних категорій, як добро й зло, та й еволюція права не може припинитися зі зникненням однієї народності й появою іншого народу – історія людства показує, що розвиток права постає безперервним процесом, який тісно пов'язаний із прагненням окремої спільноти побудувати правову державу (участь людської волі в історичному розвитку і втіленні права) та й сам процес побудови правових держав характеризується взаємодією різних правових систем, на основі чого можна стверджувати, що право завжди виступатиме цінністю для людства – а з позицій юридичної аксіології безперервне існування права пов'язується з його внутрішньою цінністю (утілення свободи, рівності, справедливості).

У своєму вченні Ф. К. фон Савіньї визначає мету розвитку права, як "визнання повсюди рівної моральної гідності й свободи людини та юридичну охорону цієї свободи за допомогою відповідних інститутів" [10, 81]. Таким чином, категорії "рівна моральна гідність", "свобода" постають правовими цінностями-ідеалами й, хоча вони відносяться до сфери моралі та визначаються згідно поглядів німецького мислителя християнською релігією, але вони в сукупності характеризують внутрішню цінність права. Крім того, внутрішня цінність права, як потенційна субстанція права, розкривається через усвідомлення необхідності в утвердженні правових цінностей-ідеалів у межах суспільства абсолютно всіма індивідами, що у свою чергу призведе до формування цілісної загальнонародної правосвідомості, яка виражатиме правові цінності-ідеали (рівна моральна гідність, свобода). Як відомо, цінність права, у тому числі й внутрішня цінність права, є суб'єктивним поняттям – оцінюючим суб'єктом виступає людина. Історична ж школа права, зокрема Ф. К. фон Савіньї, таким оцінюючим суб'єктом вважає народ, нехтуючи індивідуальним та особистим елементом у сприйнятті права. Хоча, як зазначає П. І. Новгородцев [10, 82] німецький мислитель у праці "Система сучасного римського права", прагне знайти "примирення" приватного й національного елементів у праві. Таким чином, внутрішньою цінністю права у Ф. К. фон Савіньї виступають правові цінності-ідеали, що виступають як результат охоплюються національною правосвідомістю, яка є результатом "примирення" приватної й національної (загальнонародної) правосвідомості.

Припущення Ф. К. фон Савіньї щодо існування відповідних інститутів для охорони свободи, дає змогу говорити про роль держави в утвердженні цієї правової цінності – тим самим, право набуває етатичну цінність, а закріплення в законодавстві права (на стадії кодифікації) надає йому інструментальну цінність. Вище ми вказували на те, що право виступає перш за все, як досягнення культури народу, хоча органічна теорія й заперечує утвердження права як цінності з розвитком культури народу, пояснюючи це "штучністю" і "відірваністю" від народного духу, але культурна цінність права опосередковано проявляється через законодавство, оскільки саме законодавство є результатом діяльності юристів, які, як корпоративна група походить з народу. Загалом, з'ясувавши цінності права у вченні Ф. К. фон Савіньї, ми можемо представити їх у вигляді системи взаємопов'язаних цінностей права, що проявляються у діяльності держави (юридична інституційна охорона) щодо забезпечення прагнень народу в утвердженні правових цінностей-ідеалів та процесів утвердження правових цінностей-ідеалів (рівна моральна гідність, свобода), які походять з християнської релігії.

Учення Ф. К. фон Савіньї знайшло підтримку в німецького історика права Карла Фрідріха Ейхгорна зокрема, у таких його головних працях, як: "Історія німецької держави і права" (Deutsche Staats – und Rechtsgeschichte: 4 Bände, 1. Aufl.: 1808-1823; 5. Aufl.: 1842-1844); "Про історичне дослідження німецького права" (Ueber das geschichtliche Studium des Deutschen Rechts, 1815); у німецького юриста Християна Фрідріха Коха, у працях: "Спроба систематичного викладення теорії володіння згідно прусського права у порівнянні із звичаєвим правом" (Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Besitz nach preußischem Recht im Vergleich mit dem gemeinem Recht, 1826); "Право вимоги згідно звичаєвого та прусського права" (Das Recht der Forderungen nach gemeinen und preussischen Rechte, Бреславль, 1836-1843; 1858-1859) та ін. Та найбільш яскравим послідовником Ф. К. фон Савіньї був Георг Фрідріх Пухта, який продовжив учення свого наставника в таких працях, як: "Звичаєве право" (Das Gewohnheitsrecht: Band 1, 1828; Band 2, 1837); "Курс

інституцій" (Cursus der Institutionen: Band 1, Einleitung in die Rechtswissenschaft und Geschichte des Rechts bey dem römischen Volk, 1841; Band 2, 1842; Band 3, 1847); "Лекції про сучасне римське право" (Vorlesungen über das heutige römische Recht: Band 1, 1847; Band 2, 1848) та ін.

Г. Ф. Пухта також вважає джерелом права народний дух, але перебуваючи під впливом учень німецького філософа Фрідріха Вільгельма Шеллінга (1775-1854), в нього народний дух уособлюється з душею організму, однією із форм об'єктивізації якого в народному житті є право. Російський юрист Микола Михайлович Коркунов (1853-1904) указує на різницю в розумінні розвитку права К. Ф. Савіньї й Г. Ф. Пухти: для першого – це "загальна справа" (нім. eine gemeinschaftliche That); для другого – "природний саморозвиток права" (нім. Naturwüchsigkeit), в якому наперед визначені його форма й хід розвитку [7, 111]. Початок права Г. Ф. Пухта вбачає у двох аспектах: "надприродне походження – шляхом заповідей Божих" і "природне – шляхом національної волі" [5, 322-323; 8, 257; 11, 31]. Тим самим, німецький юрист надає праву релігійний відтінок, а не моральності, як це було в К. Ф. Савіньї, при цьому, якщо законодавець точно виразить "загальні переконання нації", тоді правові норми будуть мати божу цінність [4; 414]. Крім того, ним також, висловлюються припущення щодо впливу "чужого" права або запозичення права інших народностей. У поглядах Г. Ф. Пухти ми знаходимо згадку про таку правову цінність, як свобода, яка виступає, як "можливість вибору" і з якої походять "всі юридичні відносини" [5; 333]. Хоча правова свобода й виявляється в приватній правосвідомості, але вона є перш за все є результатом взаємодії індивідуальної й загальної (народної) волі, остання ж є втіленням у переконаннях народу. Оскільки, свобода походить від існуючих у народі загальних переконань про саму свободу, тоді правова свобода виступає соціальною цінністю, розкриття ж внутрішньої цінності права, що полягає в реалізації панування свободи в суспільстві, як цінності-ідеалу, буде мати суперечливий характер: по-перше, загальні переконання народу насправді не є такими, оскільки в суспільстві на протязі всієї історії людства завжди існує майнова нерівність, як між різними класами, верствами населення так і між окремими індивідуумами в залежності від роду діяльності; по-друге, якщо навіть припустити, що загальні переконання народу утвердилися і є незмінними, тоді є незмінним і "законсервованим" певний стан правової свободи, що припиняє процес наповнення і розширення свободи як загальнолюдської цінності; по-третє, процес утвердження свободи, як цінності-ідеалу тільки через природний саморозвиток права в межах матеріально розшарованого суспільства буде надзвичайно затяжним і тривалим без урахування у даному процесі значної ролі держави. Основні ж положення у вченні Г. Ф. Пухти дають можливість розкрити процес реалізації внутрішньої цінності права, як ідеалізований процес, що передбачає: 1) існування загальних переконань щодо самого поняття всезагальної, повної свободи й усвідомлення необхідності утвердження такої свободи; 2) повну відповідність приватної волі або волі всіх індивідів загальним переконанням; 3) "запозичення" всього позитивного, що є в правових системах інших народів (сам Г. Ф. Пухта вказував на існування загальних засад права, за яких можливе використання народом "чужого" права); 4) існування законодавства, що є має силу загальної волі за "формою вираження" і яке видане в "конституційному порядку" [5; 322]; 5) існування права юристів, що розкриває юридичні положення, що лежать у глибині народного духу [3; 416].

Утвердження ж права, як цінності неможливе без звичаєвого права, яке займає центральне місце в історичній школі праворозуміння, а в Г. Ф. Пухти цінність звичаєвого права полягає в тому, що воно є "загальною, притаманною свідомості народу, правдою" [12; 78].

Отже провівши короткий аналіз основних положень історичної школи праворозуміння розроблених такими її представниками, як: Г. фон Гуго, Ф. К. фон Савіньї, Г. Ф. Пухти можна зробити наступні висновки: а) право постає культурною цінністю народу – досягненням народу, що об'єднує в собі внутрішню, інструментальну та етатичну цінності, які взаємопов'язані між собою; б) внутрішня цінність права виражає потенціал права – правові цінності-ідеали, та постає або як порядок, що добровільно й повністю сприймається, як необхідний, усіма індивідуумами (Г. фон Гуго); або як визнання рівної моральної гідності й свободи (Ф. К. фон Савіньї); або як правова свобода, що є результатом ототожнення індивідуальної волі із загальними переконаннями народу, тобто пануванням загальнонародної правосвідомості, яка виражатиме уявлення про свободу і прагнення до її втілення у житті, як цінності-ідеалу (Г. Ф. Пухта); в) інструментальна та етатична цінності права опосередковано проявляються через розкриття окремих сторін народного духу у контексті якого розвивається право, так інструментальна цінність права полягає в підтриманні порядку як через існуючі у свідомості народу, так і виражені в законодавстві загальні переконання; етатична цінність права проявляється в діяльності державних інституцій щодо регулювання суспільних відносин, зокрема у охороні свободи (Ф. К. фон Савіньї), як мети розвитку права. Саме великою заслугою історичної школи праворозуміння стало обґрунтування існування правових інститутів, як особливих соціальних явищ, які історично закономірно виникають, функціонують і розвиваються в єдиному процесі життя народу – і в такому розумінні право має національну та історичну цінність.

1. Гриценко І. С. М. Д. Іванішев – засновник історико-правової школи університету св. Володимира / І. С. Гриценко // Вісник Київського університету імені Тараса Шевченка. Серія "Юридичні науки". – 2000. – Випуск 40. – С. 13-17. 2. История политических учений / [Галанза П. Н., Карева М. П., и др.]; под. ред. С. Ф. Федькина, С. Ф. Кечекьяна. – [2-е изд.]. – М.: Юридич. литер., 1960. – 826 с. 3. История политических и правовых учений: [учеб.] / [Воротилин Е. А., Лейст О. Э., Мачин И. Ф. и др.]; под ред. проф. О. Э. Лейста. – М.: Изд-во "Зерцало", 2000. – 688 с. 4. История политических и правовых учений: [учеб. для вузов] / [Графский В. Г., Золотухина Н. М., Мамут Л. С и др.]; под общ. ред. чл.-кор. РАН, д. юр. н, проф. В. С. Нерсесянца. – [2-е изд. стереотип.]. – М.: Издательская группа НОРМА-ИНФРА • М, 1998. – 736 с. 5. История философии права / [А. П. Альбов, В. М. Баранов, З. Ш. Идрисов и др.]; под. ред. Д. А. Керимова. – СПб.: Юрид. ин-т, Санкт-Петербургский ун-т МВД России, 1998. – 640 с. 6. Ковальчук О. М. Теорія права у працях вчених Київського університету (XIX-початок XX століття): монографія / О. М. Ковальчук. – К.: Юрінком Інтер, 2011. – 192 с. 7. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. Книга 1: Понятие права. По изданию 1914 года [Электронный ресурс] – Редактирование и комментарии, 2003. – Режим доступа: http://www.allpravo.ru. 8. Корнієнко В. В. Загальне та особливе у природно-правовому мисленні [Електронний ресурс] / В. В. Корнієнко // Форум права. – 2008. – № 2. – С. 256-260. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2008-2/08kvvupm.pdf. 9. Немецкая историческая школа права. М., Изд-во "СОЦИУМ", 2010 – 528 с. 10. Новгородцев П. И. Историческая школа юристов / П. И. Новгородцев; Оформ. обложки С. Л. Шапиро, А. А. Олексеенко. – СПб.: Изд-во "Лань", 1999. – 192 с. 11. Пухта Г. Ф. Курс римского гражданского права. – М., 1874. – Т. І. – 370 с. 12. Трубецкой Е. Н. Энциклопедия права / Е. Н. Трубецкой; Оформ. обложки С. Л. Шапиро, А. А. Олексеенко. – СПб.: Изд-во "Лань", 1998. – 224 с. 13. Шульженко Ф. П. Історія політичних і правових вчень: [підруч.] / Ф. П. Шульженко – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 464 с.

Надійшла до редколегії 11.04.11

М. Самбор, канд юрид. наук

ПРАВО ЯК ПОНЯТТЯ ТА ПІДХОДИ ДО ЙОГО РОЗУМІННЯ

У статті автор розглядає різноманітні підходи до розуміння поняття "право". Проводиться порівняльно-правовий аналіз поглядів на право у різних правових школах та правових сім'ях, зокрема романо-германській та мусульманській правових сім'ях. З метою з'ясування витоків до визначення права, використовується історичний метод аналізу дефініції "право". Як наслідок, виділяються змістовні ознаки поняття "право" у різних концептуальних підходах, а також пропонуються напрямки для подальших розробок даного поняття.

Ключові слова: поняття, право, сутність права, правова сім'я, свобода, рівність, справедливість.

В статье автор рассматривает различные подходы к пониманию понятия "право". Проводится сравнительно-правовой анализ взглядов на право в разных правовых школах и правовых семьях, в частности романо-германской и мусульманской правовых семьях. С целью выяснения истоков к определению права, используется исторический метод анализа дефиниции "право". Как следствие, выделяются содержательные признаки понятия "право" в различных концептуальных подходах, а также предлагаются направления для дальнейших разработок данного понятия.

Ключевые слова: понятие, право, сущность права, правовая семья, свобода, равенство, справедливость.

The article examines different approaches to the understanding concept of the law. A comparative analysis of legal opinions on various legal right in law schools and families, including Romano-Germanic legal and Muslim families. In order to clarify the origins of eligibility, method of analysis used historical definitions of "law". Consequently, allocated substantial signs of the concept of "law" in different conceptual approaches, and proposes directions for further development of this concept.

Key words: concept, law, the essence of law, legal family, freedom, equality, justice.

Дослідження права, окремих його галузей, підгалузей, інститутів, норм, окремих понять набуває все більшого поширення, розмаху. Кожне таке дослідження має своє підґрунтя, яким виступають потреби з урегулювання окремо взятих відносин у суспільстві. Більшість таких досліджень спрямовані на вирішення практичних завдань урегулювання взаємостосунків членів суспільства, а відтак стосуються вирішення проблемних питань, зокрема, внесення змін до чинного законодавства з обґрунтуванням останнього, усунення прогалин у нормативному регулюванні окремих відносин у суспільстві, а також усунення колізій, що, як правило, зумовлюються існуванням значного нормативного матеріалу в країні, де норми різних за юридичною силою нормативних документів мають протирічний характер, інколи – навіть взаємовиключний зміст. Дослідження подібного характеру за правило виходять з практичного боку суспільного життя, тобто вихідною позицією виступає не теоретична розробка, а окремий казуїстичний прецедент. Таким чином, дослідження відбувається від окремого до загального (вірніше до узагальнення). Поряд з цим досить часто в таких дослідженнях отриманий висновок має виключно практичне значення лише по відношенню до цього правовідношення, яке не переходить у абстраговану теоретичну модель, яка б могла істотно вплинути на розробку інших нормативних документів (їх програм, концепцій тощо), де враховувалися б подібні здобутки.

З іншого боку дослідження теоретичного боку юридичної дійсності акцентується останнім часом на малорозвіданих питаннях, що забезпечує широкий простір для прояву власного творчого потенціалу та відповідно усунення певних прогалин, заповнення "чистих" аркушів теоретичної юридичної науки. В той же час питання суто теоретичні, ті, що мають методологічне значення не лише для теоретичної академічної науки, а й виступають базисом розвитку правової системи, зокрема таке як з'ясування поняття "права" на сучасному етапі розвитку суспільства, та безпосередньо її правової та політичної систем, залишаються на узбіччі сучасних правових досліджень. Звісно, вести мову про те, що питання розуміння права як правового поняття, терміну чи категорії не приділялася увага у дослідженнях вчених також не можна. Але увага ця, на нашу думку, недостатня, виходячи з такого розмаїття наукових проблем, які на сьогодні виносяться на прилюдні дискусії.

Проблема розуміння поняття "права" є далеко не новою. Цьому питанню приділяли увагу Г. Гегель, І. Кант, Г. Кельзен, значна кількість правників за кордоном, зокрема W. Morrison, N. Simmonds, H. Hart, J. Waldron зверталися до проблеми розуміння права. Не виключенням є науковці дорадянського та радянського періоду, зокрема, С. С. Алексєєв, Н. М. Марченко, Л. С. Явич, В. С. Нерсесянц, українські правники: А. П. Заєць, А. М. Колодій, В.В. Копейчиков, А. Ю. Олійник, Ю. С.Шемшученко та багато інших. Однак, незважаючи на багатоманітні підходи до розуміння та запропоновані дефініції поняття "права", жодне з них не знайшло загального визнання. Відтак, кожен з авторів підручників, навчальних та методичних посібників, монографій, дисертаційних досліджень пропонує своє бачення цього поняття, яке на погляд авторів, є найвдалішим, всеохоплюючим та безальтернативним, як таке, що відображає його сутнісні ознаки та вказує на його зовнішню форму.

Враховуючи вищевикладене, наявність проблематики у розумінні поняття "права" **метою нашої статті** є аналіз існуючих поглядів та розуміння поняття "права", його ознак, що відображають складові елементи, котрі вказують на особливості праворозуміння даного поняття в тому числі у різних правових системах, та на підставі цього викладення пропозицій щодо спрямування подальших наукових розробок поняття "права" в Україні в сучасних умовах соціально-політичного розвитку суспільства та держави.

Звернення до розуміння права, його сучасної інтерпретації обумовлено його побудовою, далекою від абсолютної абстракції, тісно пов'язаної із реаліями життя людини, суспільства, держави, моралі, що є панівною у такому соціумі.

Вже на початку XX ст. у Росії, формуються погляди на право в основу яких закладається принцип свободи особистості, що обумовлюється тісним взаємозв'язком цієї науки з життям людей.

Право являє собою порядок, що регулює відносини окремих осіб у людському суспільстві [4 с. 5]. Право є зовнішньою свободою, що надана та обмежена нормою. Право є сукупністю норм з одного боку що представляють, а з іншого боку обмежують зовнішню свободу осіб у їх взаємовідносинах [4, с. 11]. Г.Ф. Шершеневич зазначає, що за такого підходу до права будь-який правопорядок слугує забезпеченню свободи. У такому разі, на думку Г.Ф. Шершневича відбувається підміна об'єктивного права суб'єктивним. На думку останнього поняття права можна наділити наступними ознаками: а) норма; б) норма, що визначає відношення людини до людини; в) норма, що обумовлює загрозу стражданням на випадок її порушення; г) спричиняється (така погроза) органами держави [16]. Зрештою, можна дійти ви-

© Самбор М., 2011

сновку про те, що теза Г.Ф. Шершеневича про поняття права має більш матеріальний характер (обумовлений позитивістським поглядом на право, як систему норм чинного законодавства у широкому його розумінні), тоді як Е.Н. Трубецький перебував на засадах філософського, вітального, екзистенціального розуміння права.

Подальші розробки розуміння права, що мали місце за радянських часів, а також сучасності, зазнали істотного впливу панівної матеріалістичної діалектики, якою у XX ст. у СРСР намагалися пояснити будь-які явища та процеси, не виключенням з цього є й поняття "право".

У якості прикладу класового підходу до розуміння права можна послатися на доволі розповсюджене його визначення, згідно з яким право розглядається як сукупність встановлених та охоронюваних державою норм, що виражають волю панівного класу, зміст якої визначається матеріальними умовами життя цього класу. Прикладом надкласового чи позакласового підходу до визначення права можна розглядати його як систему загальнообов'язкових правил поведінки, які встановлюються та охороняються державою, виражають загальні та індивідуальні інтереси населення країни і виступають державним регулятором суспільних відносин [6, с. 82]. Звідси можна дійти висновку про те, що право розглядається у матеріалізованій шляхом закріплення у Законі (чи іншому підзаконному нормативно-правовому акті) формі, сутнісний зміст якого зводиться до вираження волі панівного класу у спосіб, що передбачає можливість його втілення за допомогою державно-владного впливу.

Сутність права – це зведена в закон і матеріально-обумовлена воля панівних класів (панівна воля) [11, с. 87]. Право не породжується примусовою силою держави, політичним насильством, не має своїм кінцевим джерелом юридичний закон. Навпаки, сам закон і політика породжені громадянським суспільством, тобто в першу чергу сукупністю панівних виробничих відносин, потребою виробництва і обміну [11, с. 93]. Отже, Явич Л.С. в підґрунтя права закладає економічні відносини, з урахуванням яких власне й формується право, як необхідний регулятор цих відносин.

Право – це матеріально детермінована і зведена в закон загальнокласова (всенародна при соціалізмі) воля, безпосередньо виражена не тільки в загальних державно-обов'язкових установленнях, але і в закріплених ними наявних правах суб'єктів суспільних відносин, характер і зміст яких об'єктивно обумовлені [11, с. 110]. Прогресивним для цього визначення є введення в цю дефініцію прав суб'єктів суспільних відносин, посилання на їх зміст та характер. Одначе, не можна не помітити, що граматично та лінгвістично дана дефініція має тавтологію, оскільки поняття "право" (яке є основоположним, базовим, абстрагованим від носія) тлумачиться через право суб'єкта (яке у свою чергу має бути похідним від загального права, яке визначається). На наш погляд, доцільніше у цьому разі використати не права, а можливості суб'єктів.

Ось як бачить поняття "право" Алексєєв С.С., котрий зазначає, що право – соціально-класовий, нормативний регулятор, який виражає і покликаний забезпечити зведену в закон державну волю економічно панівного класу (трудящих на чолі з робочим класом – в соціалістичному суспільстві) і який втілений у системі загальнообов'язкових, формально-визначених норм, що діє через суб'єктивні права та обов'язки і підтримуваної силою державного примусу [14, с. 104].

Право можна визначити як систему нормативно-обов'язкового регулювання поведінки людей, що підтримується державою та виражає матеріально обумовлену волю панівних класів (при соціалізмі – волю народу) [11, с. 112].

Новим у підходах до розуміння права слід відмітити використання гуманістичних поглядів, використання філософсько-світоглядних понять та категорій, характерним для яких є людино-центризм. На перший план виходять філософські категорії свободи, рівності, справедливості. Ці течії справляють сплив і на розвиток юридичної науки, зокрема її теоретичної складової. Вважаємо за необхідне розглянути декілька існуючих поглядів та визначених права.

"Право, – зазначає Бабаєв В.К., – це система нормативних установок, що спираються на ідеї людської справедливості та свободи, виражена більшою мірою у законодавстві та регулює суспільні відносини" [1, с. 196]. Тим самим стверджується, що право як регулятор поведінки виходить із загальних засад добра і справедливості, свободи особистості.

Право – нормативне (вольове) закріплення потреб та інтересів громадян, суспільства і держави в упорядкуванні відповідним чином приватних і публічних інтересів суб'єктів права. Право – це правила поведінки, що видаються державою і мають загальнообов'язковий, офіційний характер. Право – це сукупність норм, об'єднаних органами державної влади, що представляють собою системну сукупність нормативних правових актів [2, с. 622]. Цей погляд на право вказує на сутнісну характеристику права. Поряд з попередніми визначеннями права, де сутністю права визнавалася воля держави (панівного класу), озвучені визначення вказують на потреби та інтереси громадян, суспільства і держави, задоволення та узгодження яких визначається змістом права. Зазначений напрямок розуміння права поглиблюється посиланням на людську природу та підкресленням ролі права у втіленні свободи особистості шляхом недопущення конфлікту інтересів та зловживання свободою, а відтак і правами.

З огляду на сказане, право розуміється як система нормативних встановлень, сформованих або санкціонованих державою, що обумовлені природою людини та суспільства, виражають баланс інтересів соціальних прошарків та груп населення, що визначає міру свободи громадян та інших суб'єктів соціальних зв'язків, регулює суспільні відносини в напрямку здолання соціальної напруги, на досягненні рівноваги та благополуччя, котрі забезпечуються потенційною примусовою силою державного примусу [12, с. 142].

Серед низки конструктивних напрямків, що дозволяють поглибити та розвинути загальне поняття права під кутом зору новітніх філософських, загальнонаукових ідей, досягнень правової думки, представляється важливим виділити наступні: а) поглиблення поняття права як юридичного феномена в його співвідношенні з тим близьким до нього неюридичним явищем життя суспільства, яке може бути позначено як безпосередньо-соціальні домагання (а також, слід додати, і соціального боргу). Не ототожнюючи, чітко розмежовуючи те й інше, не допускаючи їх змішання, представляється надзвичайно суттєвим розкрити їх особливі ролі у вираженні і опосередкуванні соціальної свободи, активності, відповідальності в сучасному суспільстві, а головне, їх взаємодія, часткове взаємопроникнення; б) розгортання в понятті права тих його характеристик, які виражають особливості права як інституційного соціально-класового нормативного утворення. З даних позицій одне із завдань у наукових дослідженнях полягає не в протиставленні права і закону, а, навпаки, в досить повному виявленні тієї визначальної ролі, яку відіграє закон, інші форми права в конституюванні, існуванні та

функціонуванні права як особливого інституційного утворення та у зв'язку з цим у набутті та виявленні властивих йому регулятивних якостей: загальності, значення стабілізуючого фактора, форми, що дає "гарантований результат", та ін; в) утвердження поряд і в зв'язку з поняттям "право" іншої наукової категорії – "правова система", і з цієї точки зору аналіз права в єдності і співвідношенні з правовою дійсністю, особливо з правоконкретизуючими приписами органів правосуддя. Звідси – необхідність врахування в матерії права об'єктивних форм судової та іншої юридичної практики, а також ролі в цій сфері правової ідеології, в тому числі юридичної науки, професійної правосвідомості – всього того, що забезпечує і виражає (зрозуміло, при соціалізмі в умовах найсуворішої законності) функціоновані права як соціально-класового нормативно-регулятивного утворення; г) виявлення особливостей права як нормативного, державно-владного вираження класово визначеної свободи в її єдності з соціальною відповідальністю, а звідси – його рис як виразника юридично дозволеної поведінки учасників суспільних відносин і, отже, критерію правомірної і неправомірної поведінки; д) з урахуванням щойно сказаного – більш повне висвітлення особливостей права у площині його єдності з суб'єктивними правами. Тут, однак, важливо уникнути такої інтерпретації даної єдності, при якій би стерлися межі між об'єктивним і суб'єктивним правом – різнорівневими елементами правової системи. Слід вважати, найбільш перспективний підхід до проблеми – в тому, щоб розглядати суб'єктивні права як вираження і показник особливостей об'єктивного права, визначальна ланка специфічних правових механізмів, як його регулятивна якість, яка полягає у забезпеченні та підтримці в суспільстві соціальної свободи, активності, відповідальності учасників суспільних відносин [14, с. 105-106]. Аналізуючи викладені погляди, можна дійти єдино можливого висновку про те, що погляди на право суттєво різняться між собою, у наслідок чого виникає багатоманітність його інтерпретації, а відтак й створюються розрізнені, відособлені концепції теорії права, що впливає на розвиток не лише суто теорії права, а й галузевих юридичних наук, формування категоріального апарату не лише у різних правових сім'ях, а й у межах однієї правової сім'ї. Визначаючи поняття права як стрижня юридичної науки, останнє повинно не лише давати паростки у вигляді галузевих юридичних наук, які мають втілювати здобутки теорії, а й одночасно виконувати властивості губки, що всмоктує результати досягнень галузевих юридичних наук, забезпечуючи єдність юридичної галузі знань.

Для осягнення поглядів на розуміння права у різних країнах світу, вважаємо за необхідне розглянути підходи до його визначення поглядом на Захід та Схід, на дві абсолютно протилежні культури (можна сказати цивілізації), зі своїми, притаманними лише їм особливостями розвитку юридичної науки.

Звернувшись до представників теоретичної юридичної науки в особі французького дослідника права Жан Луї Бержеля, який у своїй праці зазначає, що дати точне та лаконічне визначення права уявляється неможливим. Термін "право" моралістами, богословами та деякими філософами розуміється у якості "справедливого", "справедливості", тоді як для юристів цей термін означає комплекс "юридичних нормативів та правил". Для одних – це ідеал, для інших – позитивна норма. Дехто вбачає в праві виключно "суворий порядок дій", спрямованих на інституювання або збереження певного положення речей, тобто звичайну суспільну науку, інші намагаються в ньому побачити сукупність правил хорошої поведінки. Для одних право – це всього на всього один із аспектів явищ соціального порядку поряд з соціологією або історією. Для інших право – це "система інтелектуальних уявлень, що виникають у відповідності з наявними принципами та цілком незалежними від явищ соціального або історичного порядку". Дехто вважає, що право – це завжди "проміжний результат секулярної війни, розв'язаної соціальними силами, та процесу зближення інтересів, які у певний момент можуть розпочати взаємодіяти один з одним". Інші відкидають ідею, згідно якої право походить з історичної еволюції та з матеріалістичного детермінізму, та наполягають на тому, що джерелами права є виключно воля людини та її діяльність [2, с. 35].

Право – це соціальна дисципліна, що утворена сукупністю правил поведінки, котрі в рамках більш-менш організованого суспільства регулюють соціальні відносини і, дотримання яких забезпечується у разі необхідності шляхом суспільного примусу [2, с. 36].

Звідси будь-яке визначення права передбачає одночасне вивчення юридичного феномена та феномена правової норми, глибинної суті та зовнішньої форми [2, с. 37].

Отже, Європейська традиція права схильна до розуміння сутності останнього як поєднання інтересів суб'єктів відносин, шляхом утвердження ідеалів справедливості, свободи, недопущення зловживань нею. Вже потім підкреслюється забезпеченість права заходами державного впливу.

Своєрідним є розуміння права у країнах Азії, зокрема тих, де державною релігією є Іслам, державах заснованих на положеннях Шаріату.

Теорія права в Ісламі, як і з іншими вченнями Ісламу, у теорії права, кожному новому поколінню талібів, учнів, залишалось лише викласти його по відношенню до своєї епохи. Слово арабського походження хакк – "право" буквально пов'язано із значеннями "бути стійким", "визначена доля", "справедливість". В Шаріаті хакі означає користь, що дарована Засновником шаріату (Богом) певній особі, що не переходить до іншого [5, с. 37]. Аналізуючи ці положення до розуміння поняття "права" у Ісламі, не можна обійти стороною ту обставину, що право розглядається з позицій теократичної школи, де воно (право) розглядається як універсальне творіння Бога, покликане організувати суспільне життя людей у спосіб, заздалегідь визначений Всесвітнім Творцем. Стабільність права прослідковується у його Божественному началі, у той же час, можна дійти висновку, що, незважаючи на таку стабільність та укоріненість права, останнє має можливість до відносно довільної інтерпретації окремими теологами – авторитетними правознавцями – муджтахидами (котрі у свою чергу мають високий соціальний статус). У такий спосіб відбувається наближення норм права до людини, як безпосереднього виконавця цієї норми. Так, Ж.Баішев вказує на те, що в Ісламському праві власне "право" позначається терміном "фікх", під яким розуміється правила поведінки, що регулюють вчинки та взаємовідносини мусульман. Останнє включає в себе релігійні, юридичні, моральні норми, а також звичаї, правила ввічливості та етикету, тобто є мусульманським правом у широкому значенні [17, с. 73]. Таким чином, право у правовій сім'ї мусульманського права розуміється загалом як визначені для мусульман правила поведінки, незважаючи на те, що було та є їх джерелом (писаний закон, мораль громади чи звичай роду), що знаходять забезпечення з боку ісламської держави.

Пізнавальний потенціал категорії "право" може реалізовуватися виключно у системному зв'язку. По-перше, з такими поняттями, як природне право, позитивне пра-

во і правовий порядок, що є предметоутворюючими, відповідно, природно-правових, нормативістських і соціолого-юридичних моделей пізнання права. По-друге, через систему категорій галузевих і прикладних юридичних наук. По-третє, у зв'язку з предметоутворюючими поняттями інших наук, які так чи інакше використовують поняття "право" для змістовного розкриття суті свого предмета тощо. По-четверте, в рамках наукової парадигми, здатної відповідати трьом основним вимогам: міждисциплінарність, синтез, але такий, що спроможний відкрити нову реальність за умови дотримання дисциплінарної семантики термінологічної означеності понять, як вони утвердилися у класичній юридичній науці; відмову від механістично-редукціоністських конструкцій у процесі наукового пізнання права, які втратили свій пізнавальний ресурс в рамках нової світоглядної і загальнонаукової парадигми [7, с. 31-32]. Відкривається новий простір для розвитку поглядів на право з урахуванням сучасного суспільства, розвитку економічних відносин та політичної ситуації. У новітній концепції має тісно переплестися здобутки минулого, напрацювання сучасності та відкритися перспективи для майбутніх досліджень. Говорити про те, що наукові дискусії навколо права на даний час вичерпалися та не проводяться неможливо. Сьогодення диктує свої умови та вимоги, які потребують належного правового врегулювання та перш за все обґрунтування. У зв'язку з цим простежується тенденція до розуміння права як результату суспільного життя.

Так, Поляков А.В. зазначає, що право – це результат суспільної життєдіяльності людей; воно побудовано відповідно до природних соціальних законів, а тому не може їм суперечити. Право природне через те, що виникло природно. Поза суспільством, у природі право не існує. У природі діє не право, а закони природи. Ці закони непорушні та незмінні, а право мінливе і може бути порушеним. Право виникає лише в суспільстві як специфічний порядок суспільних відносин, учасники яких мають певну соціальну свободу діяти тим чи іншим чином, закріплену в обов'язках інших осіб. Міра цієї свободи (суб'єктивні права й обов'язки) визначається соціально визначеними й обов'язковими для всіх правилами належної поведінки членів суспільства [8, с. 142]. Отже, пропонується розуміти право як продукт життєдіяльності людської спільноти – суспільства, сутність якого зводиться до свободи особистості, під якою розуміється простір для незабороненої поведінки, яка реалізується у формі використання суб'єктивних прав, виконання юридичних обов'язків, та на наш погляд, слід доповнити дотримання заборон, вихід за рамки є причиною та створює умови для застосування державного впливу.

Зустрічаються погляди на право, у яких намагаються втілити та поєднати зовнішні форми (як правило, позитивного права – у вигляді норми) та внутрішньої його сутності – свободи. Такий погляд виражає Єгоров С.Н., який вважає, що право – це зовнішня свобода, що надана та обмежена нормою [13, с. 126].

Право можна розглядати як узгоджену соціальну реакцію на поступовий розвиток суспільства й ускладнення суспільних відносин. Тому право є однією з ознак, що характеризує людські суспільства, які існують на певних етапах історії. Воно свідчить про появу людських індивідів, які володіють певною соціальною свободою (Право є наявним буттям свободної (вільної) волі. Система права – царство реалізованої свободи. Право ґрунтується на свободі [10, с. 4]): можливістю діяти, здійснюючи свідомий вибір того чи іншого варіанта поведінки на основі соціально визнаних норм належного. Таким чином, змістом права як соціального цілого є правові норми та принципи, які взаємопов'язані між собою й утворюють відповідну структуру права – сукупність правових норм, інститутів, галузей права. Зміст права є об'єктивним, він формується в результаті повторюваності певних суспільних відносин у структурованому вигляді та визначений наперед конкретно-історичними умовами, традиціями, перспективами розвитку суспільства. Зміст права слід відрізняти ввід його сутності. Якщо сутність відображає внутрішню природу права, його основні, визначальні якісні характеристики, без яких право взагалі перестає бути правом, то зміст права – це вираження його сутності в численних і різноманітних виявах, у всій системі повторюваних суспільних відносин [9, с. 47].

Українська правова думка також не стоїть на місці, відзначається своїм розмаїттям до підходів у розумінні права. Ось лише декілька з них.

Право є формою і мірою свободи, що реалізується за принципом формальної рівності. Сутність права полягає у формальній рівності, що може бути усвідомлена крізь єдність трьох складових: 1) суспільних відносин; 2) свободи і 3) справедливості [15, с. 5-6]. Таким чином, Ракул О.В. об'єднує різнопорядкові складові у визначенні права, а саме суспільні відносини, свободу та справедливість. Безперечно це взаємопов'язані явища, однак їх розташування саме у такому порядку також викликає дискусію. Виходячи з позиції Ракул О.В., суспільні відносини у даному разі породжують (чи забезпечують) свободу, а остання має визначити справедливість. На нашу думку, справедливість має стати мірилом свободи, оскільки міра свободи особистості має визначатися справедливо. А свобода повинна об'єднати членів суспільства на засадах рівності.

Викладені погляди на поняття "право" у навчальних підручниках в Україні також не мають єдності у підходах до визначення.

Скакун О.Ф. визначає право як систему норм (правил поведінки) і принципів, встановлених або визнаних державою як регулятори суспільних відносин, які формально закріплюють міру свободи, рівності та справедливості відповідно до суспільних групових та індивідуальних інтересів (волі) населення країни, забезпечуються всіма заходами легального державного впливу аж до примусу [18, с. 216]. Скакун О.Ф. ставить на один щабель такі поняття як "воля" та "інтерес". У свою чергу останній, на нашу думку, включає волевиявлення, оскільки інтерес у праві постає як усвідомлена спрямованість суб'єкта, обумовлена його внутрішнім переконанням в оволодінні певним благом матеріального чи нематеріального характеру, що являє задоволення потреби, здійснення та реалізація якого відбувається в межах загальноприйнятих правил поведінки, визначених у нормах права, що відповідає відсутності прямої заборони у досягненні такого блага, так і бажаним для нього способом, а також спирання на забезпечення компетентними органами у разі наявності перешкоди на шляху можливості його задоволення [21, с. 97-98].

Кельман М.С., Мурашин О.Г., Хома Н.М. пропонують більш консервативне визначення поняття "права", під яким слід розуміти соціальний регулятор відносин, побудований на уявленні про справедливість, яке є в даний момент у конкретному суспільстві і має загальнообов'язкових, формально-визначений, нормативний характер, встановлений або санкціонований державою (населенням у ході референдуму) і гарантований нею [19, с. 277].

Тарахонич Т.І. стверджує, що право – це особливий засіб соціального регулювання, який на відміну від інших форм нормативного впливу (норм моралі, звичаїв,

традиції) характеризується ознаками, що визначають його взаємодію з державою та інші особливі риси [20, с. 273-274]. Право – це загальнообов'язкове, формально визначене правило поведінки, що встановлюється чи санкціонується державою з метою регулювання найважливіших для суспільства відносин, шляхом визначення точного змісту прав та обов'язків суб'єктів і можливістю застосування відповідальності за їх невиконання або порушення [20, с. 271-272].

Підсумовуючи проведене дослідження, слід відзначити, що незважаючи на багатоманітність до визначень поняття "право", останнє на сьогодні залишається актуальним, таким, що потребує поглибленої уваги. Адже, існуючі погляди на розуміння визначення права мають у своєму підґрунті різні за своєю суттю основи: 1) одні автори визначальним у праві вказують на волю людини та суспільства (панівного його класу); 2) інші не уявляють права без державного впливу (примусу), яким останнє забезпечується; 3) деякі дослідники перебувають на позиціях, що для права характерним є матерія, яка виявляється у писаній нормі поведінки суб'єкта; 4) дехто вважає, що право неможливо поза суспільством, суспільними відносинами, відтак останні мають стати невід'ємною частиною дефініції права; 5) ліберальний підхід, передбачає включення до поняття права гуманістичних засад існування людини, обравши для цього філософсько-правові категорії рівності, свободи та справедливості. Цей ряд можна продовжувати і продовжувати. Однак, вважаємо за необхідне зазначити, що право – це продукт людської діяльності, у середовищі собі подібних (у суспільстві), метою якого є впорядкування відносин його членів у спосіб, що має забезпечити свободу існування та розвитку кожної особистості, шляхом встановлення нормативних приписів, які не допустять зловживання можливостями особи у реалізації її інтересів та пригнічення інтересів інших, а також знаходить підтримку та забезпечення з боку найбільшого інституту організації людей – держави. Тому вважаємо, що подальше розроблення поняття "право" має продовжуватися у межах існуючої гуманістичної концепції, панівної у суспільстві, що відображатиме усі його (права) змістовні елементи, тим самим розкриваючи його сутність.

1. Теория государства и права: учебник / [Бабаев В.К., Баранов В.М., Витрук Н.В. и др.]; под ред. Бабаева В.К.. – М.: Юристъ, 2003. – 592 с. 2. Мелехин А.В. Теория государства и права: учебник / А.В. Мелехин. – М.: Маркет ДС, 2007. – 640 с. 3. Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Ж.-Л.Бержель / под общ. ред. В.И. Даниленко / Пер. с фр. – М.: Издательский дом NOTA BENE, 2000. – 576 с. 4. Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права / Е.Н. Трубецкой. – М.: Типография А.И. Мамонтова, 1917. – 227 с. 5. Садик М. Права человека в исламе / Мухаммад Садик, Мухаммад Иусуф. – М. – С-Пб.: Диля, 2008. – 258 с. 6. Марченко М.Н. Теория государства и права: учебник / М.Н. Марченко. – [изд. 2 перераб. и доп.]. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 640 с. 7. Мірошніченко М. Право: терміно-поняття, поняття, категорія / М. Мірошніченко // Право України. – 2006. – № 3. – с. 29-32. 8. Поляков А.В. Общая теория права / А.В. Поляков. – Спб., 2001. – 642 с. 9. Андріїв В. Соціальна сутність права як регулятора суспільних відносин / В. Андріїв// Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 10 (142). – с. 44-47. 10. Андріїв В. Наукова думка про право: логіко-історичний контекст аналізу / В.Андріїв // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 7 (139). – с. 3-6. 11. Явич Л.С. Общая теория права / Л.С. Явич. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1976. – 287 с. 12. Борисов Г.А. Теорія государства и права: учебник / Г.А. Борисов. – Белгород: Изд-во БелГУ, 2007. – 292 с. 13. Егоров С.Н. Аксиоматические основы теории права / С.Н. Егоров. – СПб.: Лексикон, 2001. – 272 стр. 14. Алексеев С.С. Общая теория права [в 2 томах] / С.С. Алексеев. – Т. 1 – М.: Юрид. лит. 1981. – 361 с. 15. Ракул О.В. Теоретичні засади удосконалення діяльності державного апарату України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 "Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень" / Ракул Оксана Володимирівна. – К., 2010. – 17 с. 16. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Том 1-2 / Г.Ф. Шершеневич. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу. – http://weblibrary.at.ua/load/11-1-0-89. 17. Баишев Ж. Общие принципы исламского права, теория доказательств и система наказания. – Алматы: Жети жаргы, 1996. – 80 с. 18. Скакун О.Ф. Теорія держави і права: підручник / О.Ф. Скасун/ пер. з рос. Бураковський С.О. – Харків: Консум, 2001. – 656 с. 19. Кельман М.С. Загальна теорія держави та права: підруч. / М.С.Кельман, О.Г.Мурашин, Н.М.Хома. – [3 – тє вид., стереотип.] – Львів: "Новий світ – 2000", 2007. – 584 с. 20. Теорія держави і права. Академічний курс: підруч./ [О.В. Зайчук, А.П. Заєць, В.С. Журавський та ін.]; за ред. О.В.Зайчука, Н.М.Оніщенко. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 688 с. 21. Самбор М.А. Інтерес в праві: загальнотеоретичні аспекти розуміння та реалізації: дис... канд. юрид. наук: 12.00.01/ Самбор Микола Анатолійович. – К., 2010. – 260 с.

Надійшла до редколегії 11.04.11

удк 347.623

Б. Левківський, доц.

ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ РЕЄСТРАЦІЇ ШЛЮБУ ТА ПОВ'ЯЗАНИХ З РЕЄСТРАЦІЄЮ ПРАВОВІДНОСИН

У статті розглянуті загальні проблеми нормативного регулювання питань реєстрації шлюбу, прав та обов'язків наречених: умови, порядок реєстрації. Запропоновані шляхи удосконалення чинного законодавства України про шлюб та сім'ю.

Ключові слова: реєстрація, шлюб, сім'я.

В статье рассмотрены общие проблемы нормативного регулирования вопросов регистрации брака, прав и обязанностей новобрачных: условия, порядок регистрации. Предложены пути усовершенствования действующего законодательства Украины о браке и семье.

Ключевые слова: регистрация, брак, семья.

The general issues of the normative adjusting of questions of registration of marriage, rights and duties of newlyweds are considered in the article: terms, order of registration. The ways of improvement of current legislation of Ukraine are offered about marriage and monogynopaedium.

Key words: registration, marriage, monogynopaedium.

Вступ. Сімейне законодавство регулює відносини які, як правило, виникають між громадянами як членами сім'ї, відносини, що засновані на шлюбі, близькому спорідненні або такі, які виникають в наслідок складних юридичних складів (реєстрація народження, реєстрація шлюбу) та прирівнюються до відносин між близькими особами, або родичами (усиновлення). Отже питання виникнення, припинення та правозгідності цих відносин є дуже важливим.

Сім'я як правило включає в себе, на сам перед подружжя, тобто осіб, які знаходяться у шлюбі. Саме шлюб породжує взаємні права та обов'язки між сторонніми особами, які після вчинення встановлених законодавством процедурних дій набувають статусу подружжя. Порушення порядку або процедури вчинення дій так само як і відсутність передумов або наявність умов унеможливлюючих реєстрацію шлюбу, призводить до неможливості набуття статусу подружжя.

У науковій літературі постійно відбувається аналіз чинного сімейного законодавства України, пропонуються певні шляхи подолання законодавчих прогалин, що були виявленні саме підчас їх застосуванні.

© Левківський Б., 2011

Останніми науковими розробками, що присвячені заявленій у даній статі проблематиці є статті: 1) Почекіна Ольга "Реєстрація шлюбу" [1]; 2) Фогель Лариса Борисівна "Питання щодо особливостей реєстрації шлюбу з іноземними громадянами" [2]; 3) Жиліна Г.Г. "Особливості реєстрації шлюбу з іноземцями" [3]; 4) Шипілова Світлана Анатоліївна "Реєстрація шлюбів громадян України з громадянами іноземних держав та особами без громадянства" [4].

Зазначені наукові розробки присвячені проблемам реєстрації шлюбу, в них запропоновано певні шляхи для вирішення існуючих проблем, однак вони не висвітлюють всіх існуючих прогалин, які на сьогодні існують в сімейному законодавстві. Звичайно, що вирішити всі існуючи недоліки законодавчого регулювання реєстрації шлюбу в межах однієї наукової статті неможливо, а відтак спробуємо розглянути основні проблеми нормативного регулювання реєстрації шлюбу та відносин пов'язаних з нею.

Законодавець намагаючись чітко регламентувати відносини пов'язані зі шлюбом спробував закріпити у новому сімейно-шлюбному законодавстві визначення такого складного явища як шлюб. Згідно чинного Сімейного кодексу України [5] (далі – СК) *шлюб – це сімейний союз жінки та чоловіка, зареєстрований у державному органі реєстрації актів цивільного стану* (ст. 21 СК). Це є першою спробою законодавчого закріплення поняття шлюб і значна кількість науковців стверджує, що це визначення є недосконалим, оскільки не містить обов'язкових ознак та умов шлюбу, свобода шлюбних відносин, (*вільний союз*), рівність подружжя та інш. Чому законодавець обмежився саме таким визначенням поняття шлюб незрозуміло адже у науковій літературі можна віднайти значну кількість підходів до визначення поняття шлюб, зокрема, при ознайомленні з роботою М. Т. Оридороги [6] можна виділити декілька різних визначень поняття шлюб, які наводить та аналізує автор, що є більш вдалими ніж законодавчо закріплене поняття.

Не можна погодитись із авторами, які стверджують, що у понятті шлюб закріпленому у ст. 21 СК лаконічно сформульовано основні ознаки шлюбу [1]. Повнота та лаконічність, наявність основних ознак шлюбу мала б місце у тому випадку, якщо б у визначенні розкривалися умови та основні ознаки шлюбу. Наприклад якщо доповнити поняття шлюб закріплене у ч. 1 ст. 21 СК термінами "*добровільний*", "*рівний*", "*в принципі довічний*" та зазначено мету створення такого союзу – створення сім'ї.

Добровільність шлюбу є необхідним елементом, відсутність якого призводить до його недійсності, а відтак і відсутності статусу подружжя з відповідними наслідками передбаченими СК.

Наступна запропонований термін "*в принципі довічний*" дозволить привнести інформативності та логічності мети шлюбу та його тривалості. Чоловік та жінка, реєструючи шлюб, мають можливість визначити початок шлюбу та не мають можливості визначити час перебування в шлюбних відносинах, його тривалість. Це є однією із ознак, яка виділяє такий союз з-поміж інших відносин які виникають між чоловіком та жінкою. Адже ми не можемо стверджувати про існування шлюбу, так само як і про існуваня " *фактичних шлюбних відносин*" у тому випадку, якщо має місце спільне проживання чоловіка та жінки але відсутнє волевиявлення цих осіб до набуття взаємних прав та обов'язків подружжя, членів сім'ї, особи уклали цей союз на визначений час та з іншою метою. Як приклад, можна навести спільне проживання студентів різної статі в одному орендованому приміщенні з метою зменшення витрат на оплату оренди, придбання продуктів харчування. Такий союз не є сімейним незважаючи навіть на присутність деяких його ознак, спільне проживання, ведення спільного господарства. Ці відносини є так званим проживанням "комуною", а не сімейним союзом оскільки відсутній один елемент, волевиявлення до набуття взаємних шлюбних, сімейних прав.

Не можна погодитись з авторами, які підтримують позицію законодавця щодо того що шлюб є сімейним союзом лише в силу реєстрації. Термін "сімейний" засвідчує, що шлюб створює сім'ю, а не спрямований на її створення [1]. Тобто науковець виділяє головним елементом не волевиявлення осіб спрямоване на виникнення у них взаємних прав та обов'язків подружжя, а факт державної реєстрації, що є помилковим.

Дійсно, у більшості випадків шлюб створює сім'ю, однак не завжди. Згідно ч. 2 ст. 40 СК шлюб визнається недійсним за рішенням суду у разі його фіктивності. Шлюб є фіктивним, якщо його укладено жінкою та чоловіком або одним із них ***без наміру створення сім'ї***. Тобто особи вдаючись до державної реєстрації шлюбу не мають на меті створити сім'ю, а переслідують інші цілі, зокрема набуття певних прав (на проживання, громадянство, на отримання певних матеріальних благ). Отже головним елементом при визначенні шлюбу є наявність у осіб волевиявлення спрямованого на виникнення у них взаємних прав та обов'язків подружжя, а не факт державної реєстрації їх союзу.

Для уникнення такого роду помилок необхідно конкретизувати, удосконалити норму ст. 21 СК, замінити слова "сімейний союз" на слова "*з метою створення сім'ї*", додавши у визначенні терміни "*добровільний союз*", "*рівний*", "*в принципі довічний*" виклавши її у такій редакції: "***шлюб*** *– це добровільний, в принципі довічний союз фізичних осіб різної статі, зареєстрований у державному органі реєстрації актів цивільного стану з метою створення сім'ї".* Закріплення поняття шлюб у такій редакції дозволить також усунути невідповідність між нормами закріпленими в ст. 21 та ч. 2 ст. 40 СК.

Іще однією проблемою нового СК України є надлишкове втручання в відносини, що не підлягають регулюванню нормами права, СК наповнений нормами які суперечать одна одній та ускладнюють на практиці вирішення конкретних спорів, пов'язаних з власністю та правами осіб, які проживали або проживають у "*фактичних шлюбних відносинах*".

Спільне проживання чоловіка та жінки без реєстрації шлюбу. Як випливає з аналізу ч. 4 ст. 3 СК, проживання чоловіка та жінки у "*фактичних шлюбних відносинах"* не створює сімейний союз, не породжує у них взаємних прав та обов'язків подружжя, членів сім'ї. Спільне проживання чоловіка та жінки без шлюбу може бути прирівняне лише судом до сімейних відносин. Однак і в цьому разі виникнення між цими особами взаємних прав та обов'язків притаманних подружжю не відбувається. У разі встановлення судом факту існування між чоловіком та жінкою відносин, які мають ознаки шлюбних, ми не маємо підстав стверджувати, що можливо переглядати законність та ставити під сумнів правомочність укладення одним із цих осіб, без погодження з іншим, цивільних договорів (іпотечний договір). Суд може визнати їх права на майно набуте підчас існування таких відносин, вирішити питання щодо розподілу цього майна із застосуванням аналогії закону, розподіливши його на підставі норм глави 8 СК.

Реєстрація шлюбу знаходиться у виключній компетенції органів реєстрації актів цивільного стану. Будь-який інший державний орган, громадська організація, юридична чи фізична особа не має права здійснювати

реєстрацію шлюбу, видавати будь-які документи в підтвердження реєстрації шлюбу.

Підставою для реєстрації шлюбу є спільна заява чоловіка та жінки. Чинне законодавство закріплює необхідність вчинення такого повідомлення у формі письмової заяви, яка подається до будь-якого державного органу реєстрації актів цивільного стану за їхнім вибором. Така спільна заява є нічим іншим як повідомленням компетентного державного органу про намір зареєструвати шлюб, тобто про спільне стійке переконання вчинити узгоджені дії спрямовані на реєстрацію шлюбу, на виникнення взаємних прав та обов'язків подружжя, набуття нового статусу. З моменту отримання такого повідомлення орган реєстрації актів цивільного стану проводить перевірку інформації заявленої нареченими щодо відсутності обставин, які перешкоджають реєстрації шлюбу, та розпочинає підготовку до проведення реєстрації шлюбу у строк, враховуючи побажання наречених про місце та урочистість процедури.

Будова норми ст. 28 СК дає підстави говорити про те, що чоловік та жінка повинні діяти спільно, тобто вчиняти узгоджені дії, які доводять наявність у обох стійкого внутрішнього переконання (волі) зареєструвати шлюб. Про спільність дій осіб щодо подання заяви йдеться і в тому випадку коли один або обидва із наречених в силу певних поважних обставин діють через представника (ч. 3 ст. 28 СК).

Закріплюючи право чоловіка і (або) жінки подати заяву через представника у випадку наявності особливих обставин, законодавець не формулює чітко цю норму. Аналіз норми ст. 28 СК не дає можливість зрозуміти: чи має таке повідомлення бути здійснено у формі єдиного документу, чи може бути два окремі документи, які підтвердять існування спільності намірів. Відповіді на ці питання не дає і Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України [7] і правила державної реєстрації актів цивільного стану в Україні [8].

Вбачається, що таких заяв може бути дві, оскільки обидва (чоловік та жінка) можуть знаходитись в особливих умовах або знаходитись на значній відстані один від одного. Тому спільність намірів зареєструвати шлюб визначається висловленням в письмовій формі внутрішнього стійкого психологічного переконання, вчинення спільних дій, спрямованих на реєстрацію шлюбу. Отже необхідно удосконалити норму закріплену в ч. 3 ст. 28 СК виклавши її в такій редакції: "*Якщо жінка і (або) чоловік не можуть через поважні причини особисто подати заяву про реєстрацію шлюбу до державного органу реєстрації актів цивільного стану, таку заяву, нотаріально засвідчену, можуть подати їх представники. У випадку неможливості подання спільної заяви, представники можуть подати два окремі нотаріально завірені документи, по одному від кожного з них, в яких закріплено волевиявлення довірителів зареєструвати шлюб. Повноваження представника мають бути нотаріально засвідчені*".

Така редакція дозволить врахувати і розвитик технічних можливостей та поширення інформаційних технологій серед населення, процедура подачі заяви може змінитися. Ймовірно найближчим часом у законодавстві відбудуться зміни щодо форми здійснення повідомлення компетентного державного органу про намір реєстрації шлюбу. Буде передбачено можливість здійснення повідомлення через мережу Інтернет, шляхом відправки електронного документу. Така зміна законодавства підтвердить позицію висловлену в даній статті, що важливим елементом є наявність волі, а не те, в якій формі (документарній або електронній, єдиним або декількома документами) буде її донесено до уповноваженого державою органу.

Щодо регулювання "*дошлюбних відносин"*, зокрема відносин з приводу заручин, то вбачається, що позиція законодавця з цього приводу є спірною. Аналіз норми закріпленої в ст.31 СК дозволяє стверджувати, що вона суперечить традиціям та звичаям українського народу, породжує безпідставні зобов'язання, входить в протиріччя з іншими нормами чинного законодавства.

Потребує додаткового обґрунтування позиція науковців які стверджують, що підстави та можливість відшкодування витрат понесених однією із сторін при приготуванні до реєстрації шлюбу та весілля у випадку відмови іншої сторони зареєструвати шлюб закріплена у ст. 31 СК є прогресивною нормою. Так, Костенко Леся аналізує порядок відшкодування понесених витрат, повернення дарунку отриманого одним із наречених [9], забуваючи про те, що за правовою природою такі відносини не є сімейно-правовими, забуває про недоречність регулювання цивільно-правових відносин нормами СК. Про недоречність закріплення такої норми в сімейному законодавстві висловлювалися ще класики цивілістики. Так, ще в 1915 році видатний цивіліст В. І. Сінайський у підручнику "Російське цивільне право" зазначав, що "Кожна із сторін, незважаючи на заручини (рос. сговор), вправі не заключати шлюб і не обтяжується за те жодною матеріальною відповідальністю. Так само і відмова від обіцянки або її недодержання вступити в шлюб, даного зарученими або їх батьками, не може само по собі бути підставою для стягнення понесених на приготування до весілля збитків за (ст. 684)" [10].

Аналіз історичних документів дозволяє стверджувати, що норми подібні з нормою закріпленою у ст. 31 СК були вилучені із законодавства і не використовувалися для регулювання дошлюбних відносин з 1702 року [11, ст. 20].

Щодо аналізу норм чинного Сімейного кодексу України то на підставі одержаних результатів можна стверджувати, що норма ч. 3 ст. 31 СК вступає в протиріччя як з іншими нормами СК так і з нормами інших нормативних актів. Так, згідно зі ст. 24 СК шлюб ґрунтується на вільній згоді чоловіка та жінки, подача заяви про реєстрацію шлюбу не створює обов'язку для наречених зареєструвати шлюб, оскільки подача заяви про реєстрацію шлюбу є лише регламентованим порядком повідомлення компетентного органу про намір зареєструвати шлюб і не створює обов'язку зареєструвати його. Встановлюючи негативні наслідки для особи, яка відмовилася від реєстрації шлюбу, законодавець лише створює умови до виникнення фіктивних шлюбів, зареєстрованих не з метою створення сім'ї, а з метою уникнення негативних матеріальних наслідків (відшкодування витрат понесених іншою стороною).

Особа яка зареєструє шлюб необмежена розірвати його у цей самий день, подати заяву про його розірвання. По відношенню до такої особи не можливо застосувати положення ст. 31 СК оскільки шлюб був зареєстрований, хоча і без наміру створити сім'ю. Більш того, у разі визнання такого шлюбу недійсним особа не буде зобов'язана відшкодовувати затрати понесені іншою стороною по приготуванню до весілля та реєстрації шлюбу, оскільки ст.ст. 45 та 46 СК непередбачено такого наслідку, як відшкодування витрат понесених іншою стороною по приготуванню до реєстрації шлюбу та весілля.

Зауваження викликає і норма ч.4 ст. 31 СК України, яка зобов'язує обдаровану особу повернути дарунок, або відшкодувати його вартість, якщо дарунок не зберігся, лише у таких випадках:

1) правова ініціатива припинення договору дарування виходить від дарувальника;

2) за умови набрання законної сили рішення суду про розірвання договору дарування.

Дані відносини за своєю природою виходять за межі сімейно-правових. Сімейний кодекс України регулює відносини, як правило, між членами сім'ї, а не між контрагентами у договірних відносинах, тому і будь-які питання з приводу повернення дарунку будуть регулюватися не сімейним законодавством, а цивільним. Такої думки дотримується і В. Ватрас, який зазначає: "*Сам факт подачі заяви про реєстрацію шлюбу, тобто набуття особами статусу наречених, не створює обов'язку до вступу в шлюб. До настання такого юридичного факту, як реєстрація шлюбу, цих осіб неможливо вважати суб'єктами сімейних правовідносин. Відносини, що склалися між цими особами можна назвати "передшлюбними", але аж ніяк не шлюбними. Важко ці відносини назвати сімейними в прямому розумінні цього слова, оскільки в них немає ознак сім'ї. Доцільніше такі відносини охарактеризувати як цивільно-правові і врегулювати їх варто не на рівні сімейного законодавства, а в ЦК України, в якому й передбачено можливість захисту прав та охоронюваних законом інтересів таких осіб, у тому числі й щодо відшкодування затрат на приготування до шлюбу"* [12].

Аналіз ч. 4 ст. 31 СК дозволяє стверджувати, що мова іде про реальний договір дарування, а не про консенсуальний. Розірвання договору дарування за яким річ уже була передана обдарованій особі, на вимогу дарувальника можливо лише з підстав передбачених ст. 727 ЦК України [13], а така підстава як відмова від шлюбу обдарованим у цій статті відсутня. Обдарована особа, яка отримала подарунок, набуває права власності на подаровану річ і тому не зобов'язана за власної ініціативи повертати її. Реалізація дарувальником, закріпленого в ст. 31 СК, права вимагати припинення договору дарування в наслідок відмови обдарованого від реєстрації шлюбу, сумнівна.

Цивільний кодекс України передбачає можливість укладення договору дарування з обов'язком передати дарунок у майбутньому, через певний строк або у разі настання певної відкладальної обставини (ст. 723 ЦК). Такою відкладальною обставиною може бути реєстрація шлюбу, однак у цьому випадку дарунок залишається у дарувальника і лише після реєстрації шлюбу у дарувальника виникає обов'язок передати дарунок обдарованому, а у обдарованого – право вимагати передачі дарунка.

Сумнівним вбачається і можливість розірвання договору дарування з підстав закріплених у ст. 726 ЦК, в якій закріплено наслідки порушення обдаровуваним обов'язку на користь третьої особи, оскільки норма ст. 725 ЦК передбачає можливість встановлення обов'язку виключно майнового характеру, а реєстрація шлюбу є особистим немайновим правом фізичної особи.

Проведений у цій статті аналіз норм чинного СК які регулюють питання реєстрації шлюбу та пов'язаних з реєстрацією " передшлюбних " відносин дозволяє стверджувати про необхідність їх суттєвого доопрацювання, а у деяких випадках і вилучення, зокрема ст. 31 СК в повному обсязі. Такі зміни чинного законодавства дозволять виконати завдання СК України зазначені у ст.ст. 1, 2, здійснювати регулювання належних сімейних відносин, не виходячи за їх межі.

1. Почекіна Ольга "Реєстрація шлюбу" // Юридичний журнал. – 2009 р. – № 2 – http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3144. 2. Фогель Лариса Борисівна "Питання щодо особливостей реєстрації шлюбу з іноземними громадянами" // Юридичний журнал. – 2009 р. – № 2 – http://jurportal.net/showthread.php?t=551. 3. Жиліна Г.Г. "Особливості реєстрації шлюбу з іноземцями" http://www.prokorosten.net/ukraina/osoblivost-re-strats-shlub-v-z-nozemtsyami 4. Шипілова Світлана Анатоліївна "Реєстрація шлюбів громадян України з громадянами іноземних держав та особами без громадянства" http://www.sovet-da-lubov.com/consulting/33.html . 5. Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 року // ВВРУ. – 2002. – № 21–22. – Ст. 135. 6. Оридорога М.Т. Шлюбне правовідношення: 12.00.03 / КГУ ім. Т. Шевченка: Дис...докт. юрид. наук. – К. – 1974. – 303 с. 7. Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України // http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=z0283-04. 8. Правила державної реєстрації актів цивільного стану в Україні // http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=z0719-00. 9. Костенко Леся "Правове регулювання заручин в Україні" // Юридичний журнал. – 2008 р. – № 7 – http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2995. 10. Сінайский В.И. Російське цивільне право. (Класика російської цивілістики) – М.: "Статут", 2002. – 638 с. 11. Цатурова М. К. Російське сімейне право XVI – XVIII ст. – М.: Юридична література, 1991. – 112 с. 12. Ватрас Володимир "Особливості суб'єктного складу подружніх і прирівняних до них правовідносин" // Юридичний журнал. – 2009 р. – № 2 – http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3130. 13. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // ОВУ. – 2003. – № 11. – Ст. 261. 14. Жилінкова І. В. Інститут заручин: далеке минуле і найближче майбутнє // Вісник Академії правових наук України. – 2001. – № 4 (27). – С. 130–138.

Надійшла до редколегії 11.04.11

УДК: 346.56

К. Апанасенко, канд. юрид. наук

УПРАВЛІННЯ ДЕРЖАВНОЮ ВЛАСНІСТЮ: ЗАКОНОДАВЧІ ЗМІНИ І ТЕНДЕНЦІЇ ОСТАННІХ РОКІВ

У статті досліджуються зміни у законодавстві про правовий режим державної власності, які відбулись після прийняття Закону України "Про управління об'єктами державної власності". Також автор викладає свої висновки про останні тенденції в управлінні державною власністю.

Ключові слова: державна власність, управління, державний сектор економіки, державне підприємство.

В статье исследуются изменения в законодательстве о правовом режиме государственной собственности, которые произошли после принятия Закона Украины "Об управлении объектами государственной собственности". Также автор излагает свои выводы о последних тенденциях в управлении государственной собственностью.

Ключевые слова: государственная собственность, управление, государственный сектор экономики, государственное предприятие.

Changes in the legislation about legal rate of state property which took place after acceptance of the Law of Ukraine "About administration by objects of state property" are investigated in the article. Also author commits own conclusions about last tendencies in the administration by state property.

Key words: state property, administration, state sector of economic, state enterprise.

Одним із найбільших за масштабами секторів української економіки на даний час є державний сектор економіки. Він об'єднує суб'єктів господарювання багатьох галузей економіки, орієнтиром тут можуть служити норми Законів України "Про приватизацію державного майна" від 4 березня 1992 р. (ч. 2 ст. 5), "Про перелік об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації" від 7 липня 1999 р. Це об'єкти галузей енергетики, транспорту, освіти, науки і культури, сфери лісового господарства, картографії і геоде-

© Апанасенко К., 2011

зії, сортовипробування, оборони, соляної, лікеро-горілчаної промисловості тощо.

Суб'єкти господарювання державного сектору економіки функціонують у різних організаційно-правових формах. Наприклад, як державні комерційні підприємства діють Державне підприємство "Державна інвестиційна компанія", Державне підприємство з питань поводження з відходами як вторинною сировиною, державні підприємства "Ялтинський морський торговельний порт", "Адміністрація річкових портів". Казенними є підприємства у сфері пробірного контролю (Кримське, Дніпропетровське, Донецьке, Західне казенне підприємство пробірного контролю), "Запорізький титаномагнієвий комбінат", "Завод порошкової металургії", Центральне конструкторське бюро "Арсенал" та ряд інших підприємств у галузі хімічної, машинобудівної, металургійної промисловості. Як акціонерні товариства функціонують, наприклад, ДАК "Чорноморнафтогаз", ДАК "Хліб України", НАК "Нафтогаз України", ВАТ "Українське Дунайське пароплавство". Постановою Уряду України від 3 листопада 2010 р. №999 до таких, що мають стратегічне значення для економіки і безпеки держави, віднесено: підприємства паливно-енергетичного комплексу, які забезпечують цілісність об'єднаної енергетичної системи України, державне підприємство "Енергоринок"; підприємства, які забезпечують функціонування інфраструктури загальнодержавного значення (у сфері телекомунікацій, надання послуг поштового зв'язку, залізничного, автомобільного, авіаційного та морського транспорту, магістральних газо- та нафтопроводів, магістрального трубопровідного транспорту, підземних нафто- та газосховищ); підприємства авіаційної та ракетно-космічної промисловості тощо.

Дослідженнями правового режиму державного майна займаються як вчені-юристи, так і економісти. Правовідносини з управління державним майном у різний час аналізувались такими українськими та російськими дослідниками, як: Щербина В.С. [32, с. 125-132, 198 – 204], Вінник О.М. [4, с.216 – 217; 5], Дзера О.В. [8; 9], Лаптєв В.В. [16], Карасс А.В. [14], Корнєєв С.М. [15], Спасибо-Фатєєва І.В. [26; 27], Мазаєв В.Д. [17], Мозолін В.П. [20], Бібіков А.І. [2], Дойніков І.В. [10], Пересунько С.І. [22], Порошенко П.О. [24], Пількевич В.Л. [23], Кошкін В.І., Шупиро В.П. [29], Медведєва О.А. [18] та інші. Фундаментальною для вітчизняної науки у цій сфері стала праця Венедиктова А.В. "Государственная социалистическая собственность" 1948 року [3]. Економічні аспекти відносин державної власності перебували у центрі наукових інтересів нобелівського лауреата Дж. Стігліца [28].

За офіційними даними Фонду Державного майна України [12], станом на 1 січня 2011 р. державний сектор економіки нараховує 4148 державних підприємств, дочірніх підприємств та їх об'єднань, а також 664 господарських товариства, в тому числі 290 – тих, в яких частка державної власності перевищує 50% статутного капіталу. Тому вважаємо актуальним дослідити питання, за якими основними напрямками протягом останніх років відбувається зміна законодавства у сфері управління суб'єктами господарювання державного сектору економіки та державним майном, яким чином трансформується правовий режим державного майна, що є метою цієї статті.

Базовими законами, які стали основою формування оновленої системи законодавства у сфері управління державним майном, є Господарський кодекс України (зокрема, ст.ст. 22, 73 – 77, 119, 122, 124, 136, 137, 141, 168 – 172 тощо) та Закон України "Про управління об'єктами державної власності" від 21 вересня 2006 р. Саме ці нормативно-правові акти визначили орієнтири трансформації правового режиму державного майна. Закон України "Про засади внутрішньої і зовнішньої політики" від 1 липня 2010 р. (ст. 7) визначає однією із засад внутрішньої політики в економічній сфері забезпечення ефективного управління об'єктами державної власності, запровадження прозорого та ефективного механізму реалізації державою своїх прав власника.

У науці господарського права склалась традиція визначати правовий режим майна як встановлені правовими нормами структуру цього майна, порядок його придбання (формування), використання і вибуття, а також звернення на нього стягнення кредиторів [21, с. 222] або як встановлений правовими засобами порядок і умови придбання (привласнення) майна, здійснення суб'єктами господарювання повноважень володіння, користування і розпорядження ним, реалізації функцій управління майном, а також його правової охорони [31, с. 417 – 418] чи іншим аналогічним чином [32, с. 186; 19, с. 108]. Аналіз нормативно-правових актів у сфері управління державним майном свідчить про зміни протягом останніх років щодо всіх елементів правового режиму такого майна. Зокрема, можна виділити наступні напрямки змін у сфері управління державним сектором економіки:

1) посилення диференціації у законодавстві правового статусу державних і недержавних суб'єктів господарювання. Прикладами можуть бути Закон України "Про холдингові компанії в Україні" від 15 березня 2006 р. та Постанова Кабінету Міністрів України "Про затвердження Порядку погодження рішення про створення наукового парку" від 3 лютого 2010 р. №93, в яких окремими нормами визначені засади створення й діяльності державних холдингових компаній та порядок створення наукових парків за участю суб'єктів господарювання державного сектору економіки;

2) введення процедури обліку державного майна у складі Єдиного реєстру об'єктів державної власності. Порядок формування й використання Реєстру визначено постановою Кабінету Міністрів України від 14 квітня 2004 р. №467 (у редакції постанови від 23 лютого 2005 р. №142). З метою формування Реєстру постановою Кабінету Міністрів України від 30 листопада 2005 р. №1121 затверджено Методику проведення інвентаризації об'єктів державної власності;

3) встановлення додаткових правових запобіжників для максимального збереження у державній власності нерухомого та рухомого майна, закріпленого за державними підприємствами, а також важливих для соціально-економічного і культурного розвитку країни об'єктів.

Так, Законом України "Про внесення змін до Господарського кодексу України щодо порядку відчуження державного майна" від 9 січня 2007 р. доповнені наступними нормами частина 5 ст. 75, частина 4 ст. 77 ГК України: відчуження нерухомого майна, а також повітряних і морських суден, суден внутрішнього плавання та рухомого складу залізничного транспорту, що перебувають у господарському віданні (оперативному управлінні) державних комерційних (казенних) підприємств здійснюється за умови додаткового погодження в установленому порядку з Фондом державного майна України.

Законом України "Про мораторій на відчуження приміщень та майна редакцій державних і комунальних засобів масової інформації" від 15 січня 2009 р. встановлені заборони щодо відчуження різними способами (через договори купівлі-продажу, застави, іпотеки, внесення до статутних капіталів суб'єктів господарювання, інші правочини, які передбачають перехід права власності до інших юридичних та фізичних осіб) та передачу в оренду чи інше користування фізичним і юридичним

особам приміщень та майна редакцій державних і комунальних засобів масової інформації. Закон України "Про посилення захисту майна редакцій засобів масової інформації, видавництв, книгарень, підприємств книгорозповсюдження, творчих спілок" від 20 травня 2010 р. заборонив відчужувати приміщення, в яких перебувають редакції засобів масової інформації, друкарні, видавництва, книгарні, підприємства книгорозповсюдження, засновниками яких є органи державної влади, місцевого самоврядування, об'єднання громадян, державні науково-дослідні установи, навчальні заклади, трудові колективи, а також творчі спілки. Закон України від 14 січня 2011 р. № 2948-VI заборонив приватизацію, відчуження, передачу в заставу та внесення до статутних капіталів господарських товариств усіх форм власності пакета акцій, що належить державі у статутному капіталі ЗАТ "Одеська кіностудія". Постановою Уряду України "Деякі питання підприємств титанової підгалузі промисловості" від 1 березня 2010 р. № 211 (скасована постановою від 29 грудня 2010 р. № 1220) було заборонено відчуження, передачу в оренду, лізинг, концесію, заставу майна ПАТ "Державна холдингова компанія "Титан України" та підприємств, державні пакети акцій яких передані до статутного фонду вказаного товариства, а також укладення щодо них договорів доручення, комісії, про спільну та спільну інвестиційну діяльність;

4) введення правила про застосування підприємствами державного сектору економіки процедур, передбачених Законом України "Про здійснення державних закупівель" від 1 червня 2010 р., для закупівель ними матеріально-технічних ресурсів. За положеннями цього Закону (п. 21 ч. 1 ст.1, ст. 4, чч. 2, 4 ст. 7, ч. 2 ст. 8) суб'єкти господарювання державного сектору економіки, уповноважені на отримання державних коштів, повинні здійснювати закупівлі відповідно до річного плану, що надсилається Державному казначейству України, а кошторис (тимчасовий кошторис), фінансовий план та зміни до них – також Міністерству економіки України. Банкам під час оплати за договорами про закупівлю разом із платіжним дорученням надаються документи щодо державних закупівель. Міністерство економіки України вправі вимагати від замовників подання звіту про результати проведення процедури закупівлі згідно із Законом;

5) зобов'язання суб'єктів господарювання державного сектору економіки складати фінансові плани (річний та з поквартальною розбивкою). Порядок складання, затвердження та контролю виконання фінансового плану суб'єкта господарювання державного сектору економіки затверджений наказом Міністерства економіки України від 21.06.2005 № 173 (у редакції наказу від 16.03.2009 № 216). Наприклад, постановами Уряду України від 22 грудня 2010 р. № 2359-р та від 15 грудня 2010 р. № 2227-р затверджено фінансовий план Державного підприємства обслуговування повітряного руху України і НАК "Украгролізинг" на 2011 рік;

6) введення у законодавстві інституту державно-приватного партнерства.

З метою більш ефективного використання державного майна, залучення інвестицій в економіку України, модернізацію промислової та соціальної інфраструктури, залучення приватного капіталу до вирішення державних проблем та погодження бізнесових інтересів в умовах ринкових відносин на договірній основі і на засадах партнерства [25] в Україні створюється нормативно-правова база державно-приватного партнерства. Так, на розвиток прийнятого 1 липня 2010 р. Закону "Про державно-приватне партнерство" постановами Кабінету Міністрів України від 9 лютого 2011 р. № 81, 16 лютого 2011 р. № 232, 17 березня 2011р. № 279, 11 квітня 2011 р. №384 затверджені відповідно Порядок надання приватним партнером державному партнеру інформації про виконання договору, укладеного в рамках державно-приватного партнерства, Методика виявлення ризиків, пов'язаних з державно-приватним партнерством, їх оцінки та визначення форми управління ними, Порядок надання державної підтримки здійсненню державно-приватного партнерства, Порядок проведення конкурсу з визначення приватного партнера для здійснення державно-приватного партнерства щодо об'єктів державної, комунальної власності та об'єктів, які належать Автономній Республіці Крим. Слід зауважити, що в основних розвинутих країнах світу 30-40% інвестицій здійснюється самою державою [30, с. 14];

7) запровадження державної реєстрації права господарського відання й оперативного управління.

З 1 січня 2012 р. згідно з Законом України "Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень" від 1 липня 2004 р. в редакції Закону від 11 лютого 2010 р. (ч. 1 ст. 4) державній реєстрації підлягатимуть право господарського відання і право оперативного управління, тобто ті обмежені речові права, які широко використовуються як спосіб закріплення майна за державними підприємствами і державними господарськими об'єднаннями. Як можна зробити висновок із норм Закону (ст.ст. 4, 10, 15, 28), реєстрація права господарського відання і права оперативного управління на нерухоме майно здійснюватиметься у розділі Державного реєстру речових прав на нерухоме майно, що відкривається на кожний об'єкт нерухомого майна під час проведення державної реєстрації права власності на нього, після державної реєстрації права власності на таке майно. Спеціальний документ про таку державну реєстрацію не видається, можливим є надання інформації з Державного реєстру речових прав на нерухоме майно шляхом надання витягу, інформаційної довідки та виписки з Реєстру. Право господарського відання та право оперативного управління на нерухоме майно виникає з моменту державної реєстрації такого права (ч. 3 ст. 3 вказаного Закону);

8) укрупнення суб'єктів господарювання державного сектору економіки, зокрема, шляхом створення державних холдингових компаній (наприклад, ДХК "Титан України"), державних концернів.

Так, протягом 2007 – 2011 рр. були створені Державний концерн "Національне виробничо-аграрне об'єднання "Масандра", Державний авіабудівний концерн "Антонов", Державний концерн "Укроборонпром", Державний концерн "Укрветсанзавод". Тобто фактично на даний час відбувається централізація функцій з управління господарською діяльністю у найбільш важливих для державного сектора економіки галузях промисловості. Для порівняння слід зазначити, що у світовій економічній практиці широко застосовується така організаційно-господарська форма державного підприємництва, як корпорації, зокрема, в Російській Федерації держава активно бере участь в економіці через державні корпорації, що мають статус некомерційних організацій. Корпорації у багатьох країнах світу стали інструментом, який дозволив реалізувати потреби багатьох стратегічних галузей економіки в інвестиціях [13];

9) введення конкурсного відбору керівників державних суб'єктів господарювання, порядок проведення якого затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 3 вересня 2008 р. № 777 на підставі норм пп."г" п. 18 ч. 2 ст. 5 Закону "Про управління об'єктами державної власності". Указом Президента України "Про деякі питання забезпечення здійснення повноважень місцевими державними адміністраціями" від 16 квітня 2010 р.

№ 542/2010 передбачено погодження з головами місцевих державних адміністрацій призначення та звільнення керівників підприємств, установ, організацій, що належать до сфери управління міністерств, інших центральних органів виконавчої влади;

10) основною загальною тенденцією зміни законодавства у розглядуваній сфері слід визнати посилення контролю з боку держави за використанням майна суб'єктами господарювання державного сектору економіки, вжиття заходів щодо збереження у державній власності об'єктів, які мають стратегічне значення для економіки країни. Базовою для даного напрямку роботи уповноважених органів державної влади є постанова Кабінету Міністрів України "Про затвердження Порядку здійснення контролю за виконанням функцій з управління об'єктами державної власності та критеріїв визначення ефективності управління об'єктами державної власності" від 19 червня 2007 р. № 832.

Активною є нормотворча діяльність Уряду України у цьому напрямку протягом останніх років. Згідно з Законом України "Про Кабінет Міністрів України" від 7 жовтня 2010 р. (п. 1 ст.20, ст. 24) Уряд здійснює відповідно до закону управління об'єктами державної власності, у т.ч. корпоративними правами, делегує окремі повноваження щодо управління зазначеними об'єктами міністерствам, іншим центральним органам виконавчої влади, місцевим державним адміністраціям та відповідним суб'єктам господарювання; забезпечує розроблення і виконання державних програм приватизації; подає Верховній Раді України пропозиції стосовно визначення переліку об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації. Детально викладені повноваження Кабінету Міністрів України у сфері управління об'єктами державної власності у статті 5 Закону "Про управління об'єктами державної власності". Зокрема, діяльність Уряду України в аналізованому напрямку протягом останніх років втілилась у таких нормативно-правових актах:

- розпорядженням Уряду України "Деякі питання збереження об'єктів державної власності" від 11 лютого 2010 р. № 318-р запроваджено проведення щокварталу аналізу стану фінансово-господарської діяльності суб'єктів господарювання державного сектору економіки на підставі їх фінансової звітності суб'єктами управління об'єктами державної власності.

Цікаво, що вказаною постановою (п. 3) Фонду державного майна разом з Міністерством фінансів, Міністерством економіки, Міністерством промислової політики, Міністерством транспорту та зв'язку, Міністерством аграрної політики та Міністерством юстиції доручалось опрацювати питання щодо внесення до Закону України "Про оренду державного та комунального майна" та інших законодавчих актів змін щодо заборони передачі в оренду цілісних майнових комплексів державних підприємств, установ та організацій;

- розпорядженням Уряду України "Питання укладення деяких договорів" від 7 травня 2008 р. № 703-р встановлені підвищені вимоги (порівняно з нормами Закону "Про управління об'єктами державної власності" (пп. 20, 30 ст. 6)) щодо погодження договорів за участю суб'єктів господарювання державного сектору економіки: відповідні договори про спільну діяльність, договори комісії, доручення, управління майном повинні укладатись виключно на підставі відповідних рішень Уряду;

- постановою Уряду України "Деякі питання управління корпоративними правами держави" від 29 березня 2010 р. № 297 закріплено, що завдання на голосування представникам держави на загальних зборах та засіданнях наглядової ради господарських товариств, у статутному капіталі яких державна частка становить понад 50%, погоджуються Прем'єр-міністром України або Першим віце-прем'єр-міністром за умови попереднього розгляду віце-прем'єр-міністром згідно з розподілом функціональних повноважень;

- розпорядженнями Уряду України останніх років щодо передачі об'єктів державної власності у комунальну власність встановлюється заборона відчужувати, або перепрофільовувати, або передавати в оренду, лізинг, концесію, заставу, а також укладати договори доручення, комісії, про спільну та спільну інвестиційну діяльність відносно переданого державного майна або загалом заборона приймати рішення, внаслідок яких передані об'єкти можуть бути відчужені у приватну власність. Таким чином створюються додаткові гарантії збереження об'єктів соціально-культурної сфери, майнових комплексів окремих підприємств, нерухомого майна у суспільній власності. Практично всі відповідні постанови Уряду України 2009-2011 рр. містять такі положення (наприклад, розпорядження Кабінету Міністрів України "Про передачу цілісного майнового комплексу державного акціонерного товариства "Будівельна компанія "Укрбуд" у спільну власність територіальних громад Черкаської області" від 24.02.2010 № 312-р, "Про передачу цілісного майнового комплексу Конотопського державного підприємства по виробництву теплової енергії "Теплодар" у власність територіальної громади м. Конотопа" від 20.10.2010 № 2001-р, "Про передачу цілісного майнового комплексу державного підприємства "Харківський метрополітен" у власність територіальної громади м. Харкова" від 6 травня 2009 р. № 997-р).

На розвиток положень Закону України "Про управління об'єктами державної власності" (ст.ст. 10, 11 та ін.) сформовано досить потужний блок підзаконних нормативно-правових актів, які регламентують управління корпоративними правами. До постанови Уряду України від 15 травня 2000 р. № 791 "Про управління корпоративними правами держави" додались постанови "Про затвердження Порядку формування та реалізації дивідендної політики держави" від 12 травня 2007 р. № 702, "Про затвердження Порядку відрахування до державного бюджету частини чистого прибутку (доходу) державними унітарними підприємствами та їх об'єднаннями" від 23 лютого 2011 р. № 138, накази Фонду державного майна України "Про затвердження Порядку встановлення наявності та розміру корпоративних прав держави в майні господарських організацій, заснованих на змішаній формі власності, та підготовки їх до приватизації" від 24 липня 2007 р. № 1229, "Про затвердження Критеріїв ефективності управління корпоративними правами держави" від 7 травня 2009 р. № 694.

У 2010 році Урядом України розробляються і починають втілюватись проекти щодо об'єднання деяких суб'єктів господарювання, які мають стратегічне значення для економіки і безпеки держави, із суб'єктами господарювання Російської Федерації або щодо їх спільної діяльності. Наприклад, розпорядженням Кабінету Міністрів України від 25 жовтня 2010 р. № 2040-р передбачено створення спільного українсько-російського підприємства за участю Державного авіабудівного концерну "Антонов" та ВАТ "Об'єднана авіабудівна корпорація" (Російська Федерація). Планується спільне будівництво Державним концерном "Ядерне паливо" та російською паливною компанією "ТВЕЛ" чотирьох майданчиків для розміщення заводу з фабрикації ядерного палива [1].

Помітним стало посилення співпраці між суб'єктами господарювання державного і недержавного сектору економіки з метою покращення якості робіт, послуг, що надаються цими суб'єктами. Так, розпорядженням Уря-

ду України від 28 квітня 2010 р. № 994-р погоджено укладення між державним підприємством "Міжнародний аеропорт "Бориспіль" і ТОВ "БФ груп" договору про спільну діяльність з облаштування та забезпечення функціонування об'єктів громадського сервісу у терміналі "F" державного підприємства "Міжнародний аеропорт "Бориспіль". Розпорядженням Уряду України від 23 лютого 2011 р. № 137-р погоджено укладення договору про спільну діяльність між Національною акціонерною компанією "Нафтогаз України" та ТОВ "Інтерпайп Україна" щодо створення та експлуатації виробничої бази із проведення сервісних операцій у процесі промислового виробництва високотехнологічних нафтогазопровідних, обсадних безшовних труб і муфт до них. Державна адміністрація залізничного транспорту України ініціює створення спільного парку з вагонів інвентарного парку Укрзалізниці і приватних власників і розробляє Концепцію єдиної системи управління і використання парку вантажних вагонів різних форм власності [6; 7].

Держава почала до певної міри поступатись своїми майновими інтересами з метою створення сприятливих умов підприємництва в країні. Зокрема, Законом України "Про внесення змін до деяких законів України щодо спрощення умов ведення бізнесу в Україні" від 15 грудня 2009 р. були внесені зміни до Закону України "Про оренду державного і комунального майна", відповідно до яких термін договору оренди державного майна не може бути меншим, ніж п'ять років, якщо орендар не пропонує менший термін.

Таким чином, управління державним майном залишається одним із важливих напрямків державної політики у сфері економіки, хоча державний сектор економіки умовно відіграє функціональну роль у державному регулюванні економіки [11, с. 20]. Протягом останніх років Уряд України досить інтенсивно використовує надані Конституцією України та законом повноваження у галузі управління державним майном, зокрема, з метою посилення контролю за фінансово-господарською діяльністю суб'єктів господарювання державного сектору економіки, уникнення незаконного відчуження майна з державної власності. Кабінет Міністрів України займається доповненням чинного законодавства у цій сфері тими нормами, які запобігають вилученню з державної власності об'єктів такими способами, як застава, передача майна до статутних капіталів недержавних суб'єктів господарювання тощо. На нашу думку, ряд ініціатив Уряду в аналізованому напрямку (наприклад, щодо створення передумов збереження у публічній власності об'єктів, які передаються до комунальної власності, погодження договорів про спільну діяльність за участю державних підприємств) можна використати для створення відповідних захисних механізмів на рівні закону. Зокрема, доцільно внести такі зміни до Закону "Про управління об'єктами державної власності" з метою посилення гарантій збереження суспільно значимих об'єктів у державній власності. Важливо також, щоб трансформації у правовому режимі державного майна відбувались програмовано, відповідно до визначених на найвищому державному рівні концепцій, планів, програм, що базуються на економічних розрахунках та відповідають загальнодержавній стратегії розвитку економіки країни.

1. Атомний контракт: три етапи реалізації // Урядовий кур'єр. – 2010. – № 207. – 5 листопада. – С. 3. 2. Бибиков А.И. Правовые проблемы реализации государственной собственности. – Иваново, 1992. – 138 с. 3. Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность. – Изд-во АН СССР: М. – Л., 1948. – 839 с. 4. Вінник О.М. Господарське право: Курс лекцій. – К., 2008. 5. Вінник О.М. Право власності як основний правовий режим майна суб'єкта підприємницької діяльності // Економіко-правові проблеми трансформації відносин власності в Україні: Зб. наук. праць. – К.: Манускрипт, 1997. – 196 с. – С. 137 – 141. 6. Дацюк Л. Ринок об'єднує наше і моє (Яким бути спільному парку вагонів країн СНД і Балтії) // Урядовий кур'єр. – 2010. – № 99. – 3 червня. – С. 7. 7. Дацюк Л. Укрзалізниця не хоче гнати порожняк // Урядовий кур'єр. – 2010. – №161. – 2 вересня. – С.7. 8. Дзера О.В. Деякі теоретичні та практичні питання права власності в Україні // Збірник рішень та арбітражної практики Вищого господарського суду України. – 1996. – № 1. – С. 203 – 210. 9. Дзера О.В. Правовий режим комунальної власності та її розмежування з державною власністю // Реферативний огляд чинного законодавства України. За ред. В.В. Цвєткова, Є.Б. Кубко. – К.: Салком, 2000. – С. 95 – 112. 10. Дойников И.В. Правовое регулирование государственного предпринимательства: Учебно-методическое пособие. – М., 2001. – 112 с. 11. Єфименко Т. Інституційне регулювання економічного розвитку // Економіка України. – 2011. – № 1. – С. 16 – 26. 12. Інформація щодо кількості суб'єктів господарювання державного сектору економіки // http://www.spfu.gov.ua/ukr/sub_gosp.php. 13. Иойрыш А.И., Терентьев В.Г. Оправданно ли создание госкорпораций как инструмента для активизации промышленной политики России? // Государство и право. – 2009. – № 7. – С. 47 – 53. 14. Карасс А.В. Право государственной социалистической собственности. – М.: Изд-во АН СССР, 1954. 15. Корнеев С.М. Право государственной социалистической собственности в СССР. – М.: Изд-во Московского ун-та, 1964. – 268 с. 16. Лаптев В.В. Правовое положение государственных промышленных предприятий в СССР. – М.: Изд-во Академии наук СССР, 1963. – 288 с. 17. Мазаев В.Д. Публичная собственность в России: конституционные основы. – М., 2004. 18. Медведєва О.А. Концесія як правова форма використання державного майна у господарській діяльності недержавними суб'єктами. Автореф. дис... канд. юрид. наук (12.00.04). – Х.: Національна юридична академія ім. Ярослава Мудрого, 2005. – 20 с. 19. Мілаш В.С. Господарське право: Курс лекцій: У 2 ч. – Ч. 1. – Х.: Право, 2008. – 496 с. 20. Мозолин В.П. Право собственности в Российской Федерации в период перехода к рыночной экономике. – М., 1992. 21. 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. Вінник, В.С. Щербина та ін. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 720 с. 22. Пересунько С.І. Право державної власності та його здійснення в період ринкових реформ в Україні. – Автореф. дис... канд. юрид. наук (12.00.03). – К., 1998. – 16с. 23. Пількевич В.Л. Організаційно-правове забезпечення управління державним майном в Україні. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – 20 с. 24. Порошенко П.О. Правове регулювання управління державними корпоративними правами в Україні. Автореф. дис... канд. юрид. наук (12.00.07). – Одеса: Одеська національна юридична академія, 2002. – 17 с. 25. Пояснювальна записка до проекту Закону України "Про основні засади взаємодії держави з приватними партнерами" (реєстр. № 5239 від 16.10.2009) // http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/radac/pd_index_n. 26. Спасибо-Фатєєва І. Питання управління державною і комунальною власністю: приватно-правовий аспект // Предпринимательство, хозяйство и право. – 1999. – № 10. – С. 9 – 13. 27. Спасибо-Фатєєва І. Проблеми перетворення державної власності і здійснення корпоративних прав держави // Вісник Академії правових наук. – 2002. – № 4. – С. 94 – 105. 28. Стігліц Дж.Е. Економіка державного сектора. – К.: Основи, 1998. – 854 с. 29. Управление государственной собственностью: Учебник / Под ред. В.И. Кошкина, В.П. Шупыро. – М.: ИНФРА-М, 1997. – 469 с. 30. Федоренко В. Інвестиції та економіка України // Економіка України. – 2007. – №5. – С. 12-16. 31. Хозяйственное право: Учебник. / В.К. Мамутов, Г.Л. Знаменский, К.С. Хахулин и др.; Под ред. Мамутова В.К. – К.: Юринком Интер, 2002. – 912 с. – Библиогр. с. 897 – 899. 32. Щербина В.С. Господарське право: Підручник. – 3-тє вид., перероб. і доп. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 656 с.

Надійшла до редколегії 11.04.11

УДК 349.6:504.38

К. Прохоренко, асп.

АКСІОЛОГІЧНІ ПИТАННЯ ОБ'ЄКТИВАЦІЇ КЛІМАТУ В ЕКОЛОГІЧНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

У статті проаналізовано нормативно-правові та доктринальні підходи до визначення клімату в екологічному праві та правового регулювання діяльності, що на нього впливає.

Ключові слова: клімат; кліматичні ресурси; відновлювальні (альтернативні) джерела енергії; діяльність, що впливає на клімат; об'єкт екологічного права.

В статье проанализированы нормативно-правовые и научные подходы к определению климата в экологическом праве и правового регулирования деятельности, которая на него влияет.

Ключевые слова: климат; климатические ресурсы; возобновляемые (альтернативные) источники энергии; деятельность, которая влияет на климат; объект экологического права.

The article analyses the legislative and theoretical approaches defining the climate in environmental law and legal regulation related to anthropogenic interference with climate.

Key words: climate; climatic resources; renewable energy sources; environment; anthropogenic interference with climate; object of environmental law.

В умовах орієнтації суспільства на парадигмальні засади сталого розвитку, проблема зміни клімату набуває актуальності у всіх сферах суспільних відносин на локальному, державному і глобальному рівнях. Ратифікація Рамкової конвенції ООН про зміну клімату свідчить про взяття Україною обов'язку "захищати кліматичну систему на благо нинішнього і майбутнього поколінь людства на основі справедливості у відповідності зі спільною, але диференційованою відповідальністю", що вимагає розробки належного правового регулювання впливів діяльності на клімат на національному рівні [18]. За таких обставин, правова конструкція захисту (охорони) клімату потребує наукового дослідження на предмет еколого-правової об'єктивації в сучасному екологічному праві.

Необхідно відмітити, що чинне законодавство України не визначає клімат самостійним об'єктом екологічного права, а доктринальні джерела не позбавлені дискусійності з приводу місця правового регулювання впливів на клімат у сучасній системі екологічних правовідносин. Думки вчених з цього приводу поляризуються у підходах, при яких клімат обмежується правовою охороною атмосферного повітря у міжнародно-правовій [3, с. 643], або внутрішній системі екологічного права [5, с. 532 – 536; 8, с. 269; 6, с. 310 – 311].

На думку деяких вчених, питання охорони клімату взагалі виключається зі сфери еколого-правового регулювання. Зокрема, за словами Т.Г. Пучініної, "сам по собі клімат не може розглядатися в якості складової частини природного середовища", а "кліматичні природні ресурси залишаються за рамками правового регулювання в силу їх неоречевленого характеру" [17, с. 9, 46]. На думку Н.В. Кузнєцової, використання сонячної енергії або кліматичних ресурсів не піддається у достатній мірі контролю і регулюванню зі сторони людини" [9, с. 4].

Наведені судження показові у тому, що складність юридичної об'єктивації категорії клімату частково зумовлена поліаспектністю цього поняття, та невизначеністю терміну "кліматичний ресурс", який зустрічається у чинному законодавстві України [12], еколого-правовій [17, с. 9, 46; 9, с. 4; 11, с. 78], та іншій літературі [1; 22; 23].

Кліматичною програмою України, затвердженою постановою Кабінету Міністрів України №650 від 28.06.1997р. передбачено, що клімат є одним з основних природних ресурсів, від якого залежать умови життя і діяльності людини, напрями і рівень розвитку економіки [12].

Термін "кліматичний ресурс", враховуючи семантичне значення поєднаних у ньому понять "клімат" (від грецьк. "klima", "klimatos" – "нахил"), що означає кут нахилу земної поверхні до сонячних променів, і "ресурс" (від франц. ressourse – "запас"), тобто запаси, можливості, джерела, потребує з'ясування коректності свого юридичного закріплення в опосередкованих ним екологічних відносинах.

Враховуючи традиційне в еколого-правовій доктрині визначення природних ресурсів [11, с. 86], під кліматичними ресурсами необхідно розуміти ту "частину речовини", яка вилучається у процесі використання клімату, і призначена для задоволення екологічних, економічних, соціальних потреб людини. Відтак, кліматичні ресурси як різновид природних ресурсів, є предметом вивчення прикладної кліматології, що полягає у з'ясуванні їхнього впливу на різні галузі економіки та умови проживання населення, а також розробляє рекомендації, спрямовані на ефективне використання кліматологічної інформації. З цією метою виділяють геліоенергетичні (використання сонячної теплової та електричної енергії), вітроенергетичні (вітрової енергії), агрокліматичні та агрогідрологічні (застосування у сільськогосподарському виробництві), рекреаційні (забезпечення організації відпочинку) та терапевтичні (застосування лікувальних властивостей) кліматичні ресурси [12, с. 267].

Як видно з наведеного переліку, відомі насьогодні кліматичні ресурси за різними критеріями можна класифікувати на такі види:

1) за джерелом походження того чи іншого кліматотворчого фактору, на енергетичні (енергія сонця, енергія вітру), та неенергетичні (температура повітря, опади, тиск, вологість ґрунту, і т.і.);

2) за сферою суспільних відносин, пов'язаною з використанням кліматотворчих факторів, на ті, що використовуються для задоволення економічних, екологічних, соціальних, культурно-оздоровчих, естетичних, інших потреб людини.

Керуючись визначенням кліматичних ресурсів, можна виділити такі суттєві в правовому контексті ознаки: а) невичерпність, завдяки якій ці ресурси не споживаються у матеріальній та нематеріальній діяльності людства, не знищуються в процесі використання, а тому не потребують вжиття спеціальних заходів для свого відновлення та охорони; б) неречове (енергетичне) походження клімату, так як першоосновою його утворення є сонячна енергія, у зв'язку з чим кліматичні ресурси не можуть бути об'єктами права власності, володіння і розпорядження; в) стихійний процес формування, що перешкоджає точному прогнозуванню і контролю цих ресурсів; г) специфіка державного обліку та оцінки, за яких клімат обліковується не як ресурс, а згідно з Кліматичним кадастром України, ведення якого здійснюється відповідно до постанови Кабінету Міністрів України №650 від 28.06.1997 р. [12] – як статистичні метеорологічні дані, а відповідно до Національного кадастру антропогенних викидів та абсорбції парникових газів,

© Прохоренко К., 2011

затвердженого постановою Кабінету Міністрів України № 554 від 21.04.2006р. – як об'єкт еколого-негативного чи еколого-позитивного впливу діяльності людини [14].

Таким чином, поняття "кліматичний ресурс" застосовується для позначення передусім кількісного та якісного ефекту від використання речовини та енергії кліматотворчих факторів, характерних для клімату того чи іншого регіону, що "вилучається" з навколишнього природного середовища з метою задоволення потреб людини. Однак такому використанню, на нашу думку, підлягає не стільки клімат у комплексному значенні, скільки конкретні властивості його складових метеорологічних елементів: сонячної радіації; енергії вітру; температури, тиску, опадів та вологості атмосферного повітря; вологості ґрунту тощо. У зазначених якостях поняття кліматичних ресурсів частково підпадає під визначення відновлювальних (альтернативних) джерел енергії, передбачене ст. 1 Закону України "Про альтернативні джерела енергії" №555-IV від 20.02.2003р. [15], зокрема у частині використання сонячної та вітрової енергії, енергії хвиль та припливів в якості альтернативи традиційним джерелам енергії – викопним видам палива, що також є джерелами викидів парникових газів.

Це додатково підтверджується положеннями Статуту Міжнародного агентства з відновлювальної енергії від 26.01.2009 р. [19], де зазначено, що важливе значення відновлювальні ресурси відіграють у скороченні концентрації парникових газів в атмосфері, сприяючи тим самим стабілізації кліматичної системи й передбачаючи сталий, безпечний та м'який перехід до екологічно чистої економіки, у захист клімату (ст. 3).

Отже, еколого-економічний ефект від використання відновлювальних джерел енергії, що передусім вкладається у зміст поняття "кліматичний ресурс", дозволяє розглядати цю категорію в системі засобів реалізації економічного механізму правового регулювання діяльності, що впливає на клімат. Поза тим, залишається невирішеним питання про відповідність цього поняття концептуальному змісту й меті правовідносин стосовно охорони клімату, що дозволяла би представити його в якості об'єкта екологічного права.

Відомо, що в середині 70-х років 20 століття штучна зміна клімату була засобом виконання пріоритетних державної політики окремих держав, досягнення яких змушувало науковців розробляти масштабні проекти: щодо зменшення льодового покриву в Північно-льодовитому океані, впливу на течії та зміну їх напрямів, та інші (2, с. 73 – 83; 23, с. 37 – 42). Такий утилітарний підхід до природи частково був викликаний обмеженими уявленнями про клімат лише як про невичерпний природний ресурс.

Штучні зміни погоди, а відповідно і клімату на регіональному рівні, допускаються діючим законодавством України. Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 16 Закону України "Про охорону атмосферного повітря" №2707-12 у редакції від 02.12.2010 р. [16] та постанови Кабінету Міністрів України №301 від 13.03.2002 р. [13], діяльність, спрямована на штучні зміни стану атмосфери та атмосферних явищ у господарських цілях, може провадитися суб'єктами підприємницької діяльності за спеціальним дозволом. Дозвіл видається безоплатно терміном на один рік.

Наведені положення оперують тим вузьким розумінням клімату, яке пропонується фізичними науками у зв'язку з дослідженням погоди і слугує відправною точкою визначення змісту поняття "кліматичний ресурс". Проте абстрагуючись від визначення клімату фізичними науками, в міжнародно-правовому регулюванні категорія клімату консолідує у собі юридичний інтерес, будучи невід'ємним джерелом, ознакою і умовою навколишнього природного середовища, а відтак, і визначальним фактором впливу на людину і суспільні відносини.

За таких обставин, чи виступає клімат об'єктом еколого-правової охорони?

Традиційним в еколого-правовій доктрині вважається підхід, за яким під об'єктом екологічного права розуміють ті чи інші природні і природно-антропогенні цінності [3], майнові, природні і духовні блага, з приводу яких виникають правовідносини" [4, с. 5]. В аксіологічному розумінні поняття "благо" (індивідуальне і загальне) заключає у собі компроміс волевиявлень різних суб'єктів у тій мірі, в якій вони відповідають загальній правовій нормі, тому у філософсько-правовому контексті благо – це юридично кваліфікований інтерес [10, с. 72]. Філософська категорія "цінності" у одному зі своїх тлумачень позначає належне та бажане, знаходить свою реалізацію у специфічному соціальному визначенні об'єктів навколишнього світу, яке виявляє їхнє позитивне або негативне значення для людини і суспільства [21, с. 742].

З таких філософсько-правових позицій об'єктом екологічного права може бути будь-який природний об'єкт, що на певному етапі суспільного розвитку становить інтерес до своєї правової охорони від впливу людини за умови відповідного законодавчого закріплення.

Відомо, що з точки зору синтезу філософських і природничих уявлень про екологічні відносини, виділяються три компоненти взаємодії між Людиною і природою: перший – прямий природний вплив на людину; другий – зворотній негативний (антропогенний) людський вплив на природне середовище; третій – вплив перетвореної в результаті антропогенної діяльності природи на Людину [20, с. 211]. Експерти підтверджують цю концепцію висновками про те, що протягом останніх декількох десятиліть стали особливо очевидними два фактори взаємовідношення людини і клімату Землі: перший – це вплив людської діяльності на клімат, що проявляється при спалюванні викопного палива, шкідливій практиці землекористування і ведення сільського господарства; другий – це посилення вразливості деяких людських спільнот до небезпек, викликаних зміною клімату [24]. Отже, феномен еволюційного перетворення клімату з об'єкта природи у перетворений антропогенним впливом (людською діяльністю) об'єкт потребує адекватного нормативного закріплення цієї категорії в екологічному праві України.

Саме такий аксіологічний підхід прослідковується на рівні міжнародно-правового конституювання клімату в якості "блага нинішнього і прийдешнього поколінь людства", а тому й самостійного об'єкта еколого-правової охорони, закріпленого Рамковою Конвенцією ООН про зміну клімату від 09.05.1992 р. (Нью-Йорк) [18]. Згідно зі ст. 1 Конвенції, зміна клімату – це зміна клімату, яка прямо або непрямо обумовлена діяльністю людини, породжує зміни у складі глобальної атмосфери і накладається на природні коливання клімату, що спостерігаються протягом порівняльних періодів часу.

Правові передумови для його продовження у національному законодавстві закладено Стратегією національної екологічної політики України на період до 2020 р., затвердженою Законом України №2818-VI від 21.12.10 р., Національному плані заходів з реалізації положень Кіотського протоколу до Рамкової конвенції ООН про зміну клімату, затвердженому Розпорядженням Кабінету Міністрів України №346-р. від 18.08.2005 р. із змінами від 05.03.2009 р., іншими підзаконними нормативними актами. Однак, запровадження дієвих інституційно-функціональних, економіко-стимуляційних, компенсаційних, науково-технічних та інших

засобів реалізації окреслених заходів можливе лише на рівні комплексного забезпечення охорони клімату як об'єкта екологічного права.

Вказане свідчить про необхідність об'єктивації універсального визначення клімату в правовому регулюванні середовищеоохоронного та антропоохоронного блоків еколого-правових відносин, що в сукупності формують предмет правового регулювання впливів діяльності на клімат. Подолання безоб'єктності реально діючих суспільних відносин, поєднаних спільною метою – охороною навколишнього середовища в частині свого невід'ємного компонента – клімату, може бути реалізовано шляхом розробки комплексного правового регулювання як негативної (що охоплює скорочення викидів парникових газів), так і позитивної (енергозбереження, поліпшення якості поглиначів і накопичувачів парникових газів, пом'якшення і адаптація до зміни клімату) поведінки суб'єктів екологічних відносин.

У зв'язку з цим, нагальним питанням є доповнення ст. 5 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" № 1264-XII у редакції від 02.12.2010 р. вказівкою на клімат як на самостійний об'єкт еколого-правової охорони. Опосередкована відносинами економічного спрямування, категорія "кліматичний ресурс" не достатньо придатна у сучасних умовах для адекватного відображення екологічної цінності клімату як об'єкта суспільних відносин, що позбавляє коректності застосування терміну "кліматичний ресурс" у правовому забезпеченні охорони клімату.

1. Волеваха М.М., Гойса М.І. Енергетичні ресурси клімату України. – К. – 1967. – 154 с. 2. Волеваха Н.М., Морозов Г.В. Биография климата. – Киев: Наукова думка, 1973. – 86 с. 3. Екологічне право України. Академічний курс: Підручник. – Друге видання / За заг. ред. Ю.С. Шемшученка. – К.: ТОВ "Видавництво "Юридична думка", 2008. – 720 с. 4. Екологічне право України: [підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закладів] / за ред. А.П. Гетьман та М.В. Шульги. – Х.: Право, 2009. – 328с. 5. 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. – 656 с. 6. Ерофеев Б.В. Экологическое право: Учебник для вузов. – М.: Юриспруденция, 1999. – 448 с. 7. Клімат України. Монографія / [за заг. ред. В.М. Ліпінського, В.А. Дячука, В.М. Бабіченка]. – К.: "Видавництво Раєвського", 2003. – 343 с. 8. Кобецька Н.Р. Екологічне право України: навч. посіб. / Н.Р. Кобецька. – 2-ге вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 352 с. 9. Кузнецова Н.В. Экологическое право: Учебное пособие. – М.: Юриспруденция, 2000. – 168с. 10. Нерсесянц В.С. Философия права. Учебник для вузов. – М.: Издательская группа ИНФРА.М – НОРМА, 1997. – 652 с. 11. Петров В.В. Правовая охрана природы в СССР: Учебник. – 1984. – М: Юрид. лит. – 384с. 12. Про Кліматичну програму України : Постанова Кабінету Міністрів України : від 28 червня 1997 року № 650 [із змінами від 24.09.99р.] // [Електронний ресурс] : http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=650-97-%EF 13. 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 N 301: від 13 березня 2002 року [із змінами від 16.06.2004р.] // Урядовий кур'єр від 23.04.2002 – № 77. 14. 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. 15. Про альтернативні джерела енергії : Закон України : від 20.02.2003р. № 555-IV [із змінами від 25.09.2008] // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2003, N 24, ст.155. 16. 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. 17. Пучинина Т.Г. Основы экологического права. Учебное пособие. – Красноярск. – 1999. – 139 с. 18. Рамкова конвенція ООН про зміну клімату : Ратифікована Законом України : від 29 жовтня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 50. – Ст. 277. 19. Статут Міжнародного агентства з питань відновлювальної енергії : від 26 січня 2009 року [Електронний ресурс] // http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi 20. 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. 21. Філософський енциклопедичний словник. Інститут філософії ім. Г.Сковороди. Національна академія наук України – К: "Абрис". – 2002. – 742с. 22. Щербань М.І. "Використання кліматичних енергетичних ресурсів на Україні" // Вісник Київського Університету. Випуск 31. Серія Географія. – 1989. – С. 48-50. 23. Щербань М.І. Зміна клімату Землі. В лабораторіях учених [Тематичний цикл "Охорона навколишнього середовища і раціональне використання природних ресурсів]; Товариство "Знання" Української РСР. – К. – 1978. – 45 с. 24. U.N. Environmental Program. Intergovernmental Panel on Climate Change. IPCC Second Assessment Synthesis of Scientific-Technical Information Relevant to Interpreting Article 2 of the U.N. Framework Convention on Climate Change, 1995 and Summaries for Policymakers of Working Groups I, II, and III of the IPCC 1995. IPCC Secretariat [WMO], Geneva, Switzerland. December 1995. var. pag.

Надійшла до редколегії 30.03.11

Т. Руда, асп.

ДОСТОВІРНІСТЬ ДОКАЗІВ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ США ТА УКРАЇНИ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

У статті досліджено проблему достовірності засобів доказування у цивільному процесі США та України і проведено порівняльно-правовий аналіз цього питання. Зокрема, детально проаналізовано сутність поняття достовірності, загальні та спеціальні критерії оцінки достовірності доказів. Виявлено позитивний досвід США, який може стати корисними для розвитку українського доказового права та судової практики.

Ключові слова: засоби доказування, достовірність доказів.

В статье исследуется проблема достоверности средств доказывания в гражданском процессе США и Украины и приводится сравнительно-правовой анализ этого вопроса. В частности, детально анализируется сущность доказывания, общие и специальные критерии оценки достоверности доказываня. Освещается позитивный опыт США, который может стать полезным для развитися украинского права доказывания и судебной практики.

Ключевые слова: средства доказывания, достоверность доказательств.

The article researches the topic of reliability of evidence in civil procedure of the United States of America and Ukraine and conducts a comparative legal analysis of this issue. In particular, it contains a detailed analysis of the meaning of concept of reliability, of general and special criteria for evaluation of reliability of evidence. It identifies positive experience of the US system, which can prove of use for the development of the Ukrainian evidence law and court practice.

Key words: reliability of evidence, reliability of evidence.

Одним із найважливіших питань процесуальної теорії та судової практики є достовірність засобів доказування. Встановлення достовірності – це основа оцінки доказів, а тому ця проблематика завжди привертала і привертає до себе значну увагу. Більшість українських процесуалістів під достовірністю доказів розуміють відповідність їх дійсності. Такої думки, зокрема, дотримуються С.Я. Фурса, С.В. Щербак та С.В. Васильєв [5, с. 555; 3, с. 150]. В.М. Кравчук та О.І. Угриновська вважають, що достовірність доказу – це рівень його правдивості, тобто рівень довіри до нього суду [9, с.476].

Встановлення достовірності доказів є необхідною складовою оцінки доказів у кожній цивільній справі. Суд повинен перевірити достовірність кожного доказу і покласти в основу судового рішення лише ті докази, які він визнав достовірними. Тобто, перш ніж робити ви-

© Руда Т., 2011

сновки про обставини справи, суд розділяє усі досліджені докази на дві групи: достовірні і недостовірні. При цьому у судовому рішенні суд повинен зазначити причини, з яких він взяв до уваги або відхилив той чи інший доказ. Так, відповідно до ч. 4 ст. 212 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України), результати оцінки доказів суд відображає в рішенні, в якому наводяться мотиви їх прийняття чи відмови у прийнятті. Крім того, у п. 3 ч. 1 ст. 215 ЦПК України зазначається, що судове рішення має містити мотиви, з яких суд бере до уваги або відхиляє докази. Таким чином, достовірність доказів (відповідність їх дійсності) є предметом пізнавальної діяльності суду. Це обумовлює особливу складність встановлення достовірності доказів як логічної діяльності судді.

У процесуальній теорії існує думка, що у змагальному цивільному судочинстві достовірність не може бути безумовною, а лише відносною [15, с. 28-30; 16, с.319; 2, с. 802]. Так, П.І. Люблінський вказував на неможливість достовірного встановлення фактів минулого через недосконаліть людського пізнання і недостатність матеріалів для пізнання минулих подій. На його думку, можна говорити про моральну достовірність – таку, яка для моральної людини є достатньою для ухвалення певних відповідальних рішень [8, с. 34-36]. Американський юрист У. Бернам, зазначає, що після того, як відбулася подія, якщо лише вона не була записана на відеоплівку, все, на що ми можемо покладатися, це сприйняття цієї події людиною, і лише настільки, наскільки це сприйняття може запам'ятатися людині, і потім може бути повідомлено нею, а після цього відповідне повідомлення буде зрозуміле так, як його намагалися викласти спочатку. Недоліки сприйняття, пам'яті та повідомлення інформації призводять до того, що у справі зазвичай стільки "істин" про подію, скільки свідків. Тому ідея у сфері змагального судочинства полягає не в тому, щоб відшукати "істину", а встановити, яке повідомлене сприйняття події є найбільш правдоподібним викладом [1, с. 220]. З огляду на це, для позначення достовірності у змагальному судочинстві часто використовують термін "ймовірність" ("вірогідність").

У радянські ж часи, в силу дії у судочинстві принципу об'єктивної істини вважалося, що "ймовірності" немає місця у соціалістичному правосудді [7, с. 146; 12, с.3; 14, с. 46]. Щоправда, навіть тоді деякі процесуалісти зазначали, що трапляються ситуації, коли суд зіштовхується з неможливістю достовірного встановлення тих або інших фактів. Тому висловлювалася думка, що у таких випадках суд має встановити наявність або відсутність факту на підставі ймовірності. На думку С.В. Курильова, у цивільному процесі, на відміну від кримінального, сфера застосування ймовірності є ширшою: суд, вирішуючи справу, може засновувати свої судження на ймовірності не лише у випадках неможливості достовірного встановлення тих чи інших фактів, але й у випадку недоцільності такого встановлення з огляду на завдання правосуддя (наприклад, з метою забезпечення процесуальної економії) [6, с. 64-66, 72].

З ухваленням нового ЦПК України законодавець остаточно відмовився від принципу об'єктивної істини у цивільному судочинстві, таким чином нині встановлення істини є достовірним припущенням суду, яке засноване на достатній обґрунтованості доказів.

Термін "ймовірність" у тлумачному словнику визначається як допустимість чогось, зазвичай за певних умов [4, с. 492]. Тобто для того, щоб встановити достовірність певного засобу доказування, необхідно проаналізувати його на предмет відповідності певним встановленим критеріям. Змагальний цивільний процес передбачає законодавче визначення правил, яким має відповідати достовірність, і, якщо певний доказ не відповідає цим правилам, він буде відхилений судом як недостовірний. Тобто достовірність доказу залежить від вимог, встановлених законом.

Слід зазначити, що критерії достовірності не чітко регламентовані у законодавстві України. Однак, аналізуючи норми ЦПК України можна виділити два основні правила, якими має керуватися суд при оцінці доказів на предмет їх достовірності. По-перше, достовірний доказ має бути отриманий із доброякісного джерела інформації (ст. 63, ч. 2 ст. 64, ч. 2 ст. 185, ч.1 ст. 187, ч. 4 ст. 188, ч. 3 ст. 190 ЦПК України). С.Я. Фурса та С.В. Щербак зазначають, що упевнитися у достовірності доказу, – значить, перевірити: чи правду говорить свідок, чи відповідають дійсності відомості, зазначені у документі, чи відповідає копія оригіналу. Важливим для цього є встановлення джерела, з якого був отриманий такий доказ, обставини в яких він формувався [5, с. 555]. Наприклад, оцінюючи достовірність показань свідка, суд повинен перевірити, чи міг свідок правильно сприймати факти, чи в змозі даний свідок їх запам'ятати, а також чи правдиво він дає про них показання.

Другим критерієм для перевірки достовірності доказу є співставлення його з іншими доказами у справі. Так, у випадку розходження у показань двох свідків суд може допитати їх одночасно (ч. 12 ст. 180 ЦПК України).

На відміну від українського цивільного судочинства, цивільному процесу США притаманна детальна регламентація дій, пов'язаних з процесом встановлення достовірності засобів доказування. Це питання регулюється Федеральними правилами про докази США (далі – ФПД США) [34]. Правила щодо достовірності належать до такої групи доказових правил, які регулюють зміст доказів. До них відносяться: правило про компетентність свідка (достатню поінформованість про події) та дискредитацію його свідчень ("competence of witness and impeachment"); правило про докази, які засновані на чутках ("hearsay rule"); правило про найкращі докази ("best evidence rule"). Цими нормами встановлені критерії достовірності доказів та визначаються випадки, коли належні докази можуть бути виключені із судового розгляду через те, що вони вважаються недостовірними.

Однією з умов достовірності свідчень свідка в американському цивільному процесі є компетентність свідка, що характеризує його здатність сприймати події, пам'ятати їх і правдиво свідчити у суді. Свідчення свідка, який особисто не обізнаний з питань, про які він свідчить і які є предметом судового розгляду – недостовірні. Відповідно до правила 601 ФПД США свідком може бути кожна особа. Однак свідок може свідчити про певний факт, лише якщо він особисто і безпосередньо сприймав його за допомогою одного зі своїх п'яти сенсорних відчуттів (слуху, дотику, запаху, смаку, зору). Це правило якнайповніше відображає вимогу прецедентного права щодо "найбільш надійних джерел інформації" [35, §10 с. 19]. Подібне положення закріплене у ч. 1 ст. 50 ЦПК України, відповідно до якої свідком може бути кожна особа, якій відомі будь-які обставини, що стосуються справи. Тобто, як зазначив М.Й. Штефан, для можливого використання показань свідка у справі встановлені дві умови: правильність сприйняття обставин, що мають значення для справи, і давання про них правильних показань [13, с. 299].

В американському та українському цивільних процесах гарантією достовірності свідчень свідка є його при-

сяга. Відповідно до Правила 603 ФПД США, перед тим як свідчити свідок має присягнути або урочисто пообіцяти, що говоритиме правду. Вважається, що присяга здатна викликати у особи більш відповідальне ставлення до свого обов'язку. В українському цивільному судочинстві суддя також перед допитом приводить свідка до присяги, текст якої підписується свідком (ч. 5-6 ст. 180 ЦПК України). Гарантією достовірності показань свідка є також усвідомлення ним відповідальності, встановленої законом за завідомо неправдиві показання або за відмову давати показання з непередбачених законом підстав (ч. 5 ст. 50 ЦПК України). Достовірність забезпечується й тим, що свідок дає показання усно під час судового розгляду у присутності суду та осіб, які беруть участь у справі. Важливою гарантією достовірності є допит свідка обома сторонами, що дає змогу додатково перевірити правдивість його свідчень.

Слід зазначити, що особливістю американського цивільного судочинства є наявність механізмів дискредитації свідка. На практиці адвокати сторін для спростування достовірності свідчень свідка можуть використовувати п'ять основних методів:

1. Подання доказів упередженості або особистої заінтересованості свідка у результатах вирішення справи. Згідно з рішенням Верховного Суду США, є дві основні категорії упередженості. По-перше, – це наявність відносин між свідком і однією зі сторін у справі. Відносини можуть бути як приязними (наприклад, сімейні стосунки, відносини між роботодавцем і працівником, статеві відносини тощо), так і неприязними (наприклад, попередні суперечки, сварки, наявність страху). По-друге, свідченням упередженості є відносини між свідком і предметом спору [33, с. 52]. Наприклад, фінансовий інтерес свідка у результаті вирішенні цього спору, або пов'язаного з ним спору.

В українському цивільному судочинстві перед допитом суд також має з'ясувати стосунки свідка зі сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі; характер їх заінтересованості у справі (ч. 3 ст. 180, ч. 2 ст. 182 ЦПК України). Однак упередженість або заінтересованість не є підставою для того, щоб протилежна сторона могла подати клопотання про відвід такого свідка. Як зазначив в одному із рішень Верховний Суд України, характер особистих взаємовідносин свідків зі сторонами й характер їх заінтересованості у справі повинні бути враховані судом при дослідженні і оцінці показань свідків, однак відхилити їх показання про обставини у справі як докази відповідно до ст. ст. 63, 212 ЦПК України суд може лише за наявності даних, що свідчать про їх невідповідність дійсності, при оцінці їх показань у сукупності з іншими доказами [11].

2. Подання доказів фізичних або розумових вад свідка, які можуть вплинути на здатність свідка спостерігати, згадувати, пов'язувати між собою події, щодо яких він дає свідчення [21, с. 1082]. Вадою свідка вважається, наприклад, перебування у стані алкогольного або наркотичного сп'яніння під час того, коли він спостерігав певну подію. Однак наведення доказів того, що свідок хворий на алкоголізм, є недопустимим для дискредитації його свідчень.

Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 51 ЦПК України свідками не можуть бути недієздатні фізичні особи, а також особи, які перебувають на обліку чи на лікуванні у психіатричному лікувальному закладі і не здатні через свої фізичні або психічні вади правильно сприймати обставини, що мають значення для справи, або давати показання. Тобто, якщо у суду будуть докази, які підтверджують відповідні обставини, суд повинен відмовити особі у клопотанні про допит такого свідка.

3. Подання доказів недобросовісного характеру свідка. Достовірність свідчень свідка може бути спростована: доказами, які свідчать про те, що свідок був засуджений за злочин, який карається позбавленням волі на строк більше 1 року, або за злочин, який пов'язаний з нечесною поведінкою (наприклад, шахрайство), незалежно від міри покарання (крім випадків зняття обвинувачення, виправдання особи, а також якщо з моменту обвинувачення свідка у вчиненні злочину або його ув'язнення минуло більше 10 років); доказами недобросовісної репутації, які вказують на те, що свідок схильний до брехні (Правило 609 ФПД США).

4. Подання доказів, які свідчать про суперечності у свідченнях різних свідків щодо певної обставини. У США відповідне правило вироблене судовою практикою [19, с. 1034; 23, с. 1133; 24, с. 1249]. У цивільному судочинстві України у разі виникнення сумніву у достовірності певного доказу суд також повинен порівняти його з іншими наявними у справі доказами, які свідчать про ту ж саму обставину. Виявлення суперечностей між різними доказами свідчить про недостовірність одного з них. Проте слід мати на увазі, що між двома доказами може не бути розбіжностей не лише тому, що вони обидва відповідають дійсності (є достовірними), але й внаслідок інших причин. Наприклад, свідки можуть домовитися давати однаково неправдиві свідчення, різні письмові докази можуть бути сфальсифіковані.

5. Подання доказів, які свідчать про наявність розбіжностей у свідченнях одного й того ж свідка щодо певної обставини. Йдеться про випадки, коли усні свідчення свідка у судовому засіданні суперечать письмовим свідчення свідка, які він дав на етапі до судового розгляду. При цьому, довести розбіжності у показаннях свідка можна лише через подання дослівної стенограми свідчень. Будь-які узагальнення слів свідка, які подаються стороною є неналежними і не допустимими [26, с. 29].

За загальним правилом, показання свідка можуть бути дискредитовані будь-якою стороною, навіть тією, яка його викликала (Правило 607 ФПД США). Однак деякі суди забороняють підривати довіру до власного свідка [27, с. 289]. У разі використання методів дискредитації свідка дозволяється подання доказів, спрямованих на його реабілітацію. Так, якщо правдивість характеру особи-свідка була піддана сумніву, допускається подання доказів, які свідчать про його схильність говорити правду. Крім того, під час допиту може використовуватися "метод посилення" достовірності, – наприклад, звернення до свідка, який є медиком, – "лікар"; звернення до свідка, який є вченим, – "професор". Слід зазначити, що методи дискредитації та реабілітації свідчень свідка можуть бути використані у ході перехресного допиту цього свідка або під час допиту інших свідків.

В американському судочинстві правило про компетентність свідка передбачає виключення з процесу доказів, заснованих на судженні особи про факт. Свідок не може свідчити про певний факт, якщо лише вважає, що він мав місце, адже висновки про факт повинен робити суд, а не свідок. Щоправда, це правило передбачає деякі винятки. Зокрема, відповідно до Правила 701 ФПД США, судження або висновки свідка є допустимими, якщо вони відображають сприйняття свідком певних подій або дають змогу чіткіше зрозуміти зміст свідчень свідка та сприяють встановленню факту. Наприклад, якщо у справі про відшкодування шкоди, завданої внаслідок ДТП, свідок-очевидець говорить, що автомо-

біль відповідача рухався, а не стояв, то таке свідчення є допустимим, оскільки виражає безпосереднє сприйняття свідком обставини. Однак, якщо свідок говорить, що автомобіль відповідача рухався зі швидкістю 100 км/год., це розцінюється як недопустиме судження свідка, оскільки його висновок про швидкість заснований на враженнях, які не можуть бути точними. Крім того, від суджень звичайних свідків слід відрізняти висновки та судження експертів – осіб, які мають спеціальні знання або досвід (Правило 702 ФПД США).

Оскільки свідок повинен бути особисто обізнаний щодо обставин, про які він свідчить, ФПД США встановлюють правило, яким забороняється використання у суді свідчень, заснованих на чутках ("hearsay testimony"). У звичайній розмовній мові слово "чутки", як правило, використовують для того, щоб описати твердження, про які особа чула, але не знає, чи вони є правдивими. У доказовому праві під "чутками" розуміють свідчення, засновані на твердженні, висловленому іншою особою поза судовим процесом, які наводяться з метою доведення правдивості змісту цього твердження (Правило 801 (c) ФПД США). Твердження може бути висловлене будь-якою особою як під присягою, так і без неї; у письмовій або усній формі; за допомогою знаків чи жестів.

Якщо особа особисто не обізнана з певною обставиною, а вона відома їй зі слів інших осіб, то такі свідчення, з огляду на ненадійність джерела, вважаються недостовірними, а тому не допускаються до судового розгляду. Наприклад, якщо 1 січня 2011 року громадянин А подзвонив по телефону громадянину Б, який знаходився в м. Вашингтон та повідомив, що у м. Нью-Йорк випав сніг, то доказом, заснованим на чутках, буде свідчення громадянина Б про те, що 1 січня 2011 року у Нью-Йорку випав сніг, а отже, він буде не допустимим.

Однак, не варто плутати свідчення, засновані на чутках, зі свідченням щодо фактів, які свідок чув насправді (Правило 801 (d) ФПД США). Якщо особа, яка викликана як свідок, у судовому засіданні наводить твердження іншої особи не маючи на меті довести правдивість змісту того, що вона чула, то такий доказ не є свідченням, заснованим на чутках. Наприклад, допустимими є свідчення громадянина Б, про те, що громадянин А подзвонив йому по телефону 1 січня 2010 року і сказав, що у Нью-Йорку випав сніг.

У вітчизняній науковій літературі поняття свідчень, які засновані на чутках, співвідносять з опосередкованим сприйняттям свідком певних фактів, при якому свідок дізнається про них з повідомлень інших осіб, тому створюються умови для неправильного їх сприйняття [13, с. 299]. Відповідно до ст. 63 ЦПК України показання свідка мають доказову силу, лише якщо він може назвати джерело своєї обізнаності щодо певної обставини. Адже значення джерела обізнаності є важливим для суду, щоб визначитися, наскільки можна довіряти таким показанням, та, за можливості, перевірити їх. Якщо свідок не може вказати на те, звідки йому стало відомо про обставину, то суд не може брати до уваги такі свідчення і посилатися на них при обґрунтуванні рішення. На думку В.М. Кравчука та О.І. Угриновської, в українському цивільному судочинстві показання з чужих слів є недопустимими, а обставини, про які свідок дає показання, мають бути відомі йому особисто [9, с 186].

Для встановлення достовірності письмових документів, електронних записів (аудіо чи відео) і фотокарток у США діє правило про "найкращі докази". В силу дії цього правила для доведення змісту документу, запису або фотокартки вимагається подання їх оригіналів. Згідно з Правилом 1001 ФПД США, оригіналом є власне сам письмовий документ або запис, а також будь-який його аналог, котрому надано таку саму силу особою, яка його виготовила або видала. Щодо фотокартки, – то її оригіналом визнається негатив або його будь-який друкований відбиток. Якщо дані зберігаються у комп'ютері або іншому аналогічному пристрої, то оригіналом є будь-який друкований матеріал (що може бути прочитаний), який точно відображає ці дані.

Як вже зазначалося, за загальним правилом, сторона, яка намагається послатися або покластися на зміст документа, має надати первинні докази його змісту (тобто оригінал). Наприклад, у справі про порушення авторського права на фотографічний твір, необхідно надати оригінал фотокартки. Необхідність подання оригіналу, а не копії документа обґрунтовується тим, що під час копіювання можливе зафарбовування якихось частин документа або літер, що призводить до неточностей. Водночас найменші помилки у документі можуть мати важливі правові наслідки, – наприклад, якщо пред'являється заповіт або контракт [25, с. 1319]. Крім того, подання оригіналу документа дає можливість зменшити ймовірність шахрайства, підробки документів.

Відповідно до загального правила ч. 2 ст. 64 ЦПК України письмові докази також повинні подаватися в оригіналі. Однак сторони можуть подавати й копії документів. При оцінці письмових доказів суд має перевірити їх справжність. Так, на стадії судового розгляду суд може перевірити відповідність змісту копії поданого документу оригіналу. Відповідно до ч. 2 ст. 64 ЦПК України суд за клопотанням осіб, які беруть участь у справі, має право вимагати подання оригіналу документу для того, щоб переконатися у справжності копії.

Суд може виключити певний письмовий доказ, а також аудіо- або відеозапис, якщо особа, яка бере участь у справі вважає, що поданий документ або запис є фальшивим і звернеться до суду з відповідним клопотанням (ч. 2 ст. 185, ч. 4 ст. 188 ЦПК України). Для вирішення зазначеного питання суд має право визначити необхідні заходи з метою перевірки фальшивості документа або усунення сумніву у його достовірності (справжності), зокрема, щодо письмового документу – витребувати інформацію з цього питання в особи, за іменем якої видано цей документ, тощо. Якщо перевірити достовірність (справжність) документа без спеціальних знань неможливо, то суд може призначити відповідну експертизу [10, п. 28]. Суд також може залучити спеціаліста або призначити експертизу для перевірки достовірності аудіо- або відеозапису, щодо яких було подано заяву про фальшивість. Однак всі ці заходи можуть вживатися лише, якщо сторона заявила про фальшивість певного документу. У ЦПК України не закріплено право суду за власною ініціативою перевіряти фальшивість доказу. Якщо особа, яка бере участь у справі, не заявила клопотання про фальшивість певного документа, аудіо- або відеозапису, але надала відповідні докази, що спростовують значення відомостей, що містить оспорюваний документ або запис, такі докази можуть бути підставою відхилення його судом при ухваленні рішення.

На відміну від ЦПК України, ФПД США містять чітке визначення копії – це еквівалент оригіналу, виготовлений з тієї ж матриці або через механічний, електронний перезапис, фотографування, включаючи збільшення/зменшення, хімічне відтворення або іншу технологію, яка точно відтворює оригінал (Правило 1001(4) ФПД США). Положення щодо допустимості копії документа у тому ж обсязі, що й оригіналу, закріплене у

правилі 1003 ФПД США, відповідно до якого копія є допустимою, крім випадків, коли виникає питання щодо справжності (автентичності) оригіналу, або якщо подання копії порушуватиме принцип справедливості (тобто, якщо за певних обставин доцільніше допустити подання оригіналу, а не копії). Наприклад, забороняється подання копії документа, якщо його оригінал через певне пошкодження неможливо прочитати [30, с. 1166; 31, с. 1545]. В таких випадках зміст документа можна доводити іншими доказами. Несправедливим буде допустити неповну копію оригіналу документа, якщо вилучена частина є найважливішою [32, с. 1391].

Крім того, згідно з Правилом 1004 ФПД США, подання оригіналів не вимагається, якщо існують обґрунтовані причини неможливості їх надання. Так, допустимим є подання інших доказів змісту письмового документа, якщо:

1) оригінали були втрачені або знищені, крім випадків, умисного знищення їх стороною, яка подає до суду копію. При цьому питання про наявність або відсутність недобросовісної поведінки з оригіналом вирішуватиме суддя, але, як правило, звичайна необережність не вважається недобросовісною [25, с. 1319];

2) оригінал неможливо отримати жодним законним шляхом;

3) оригіналом розпоряджається протилежна сторона у справі і вона відмовилася надати його;

4) оригінал прямо не стосується предмету судового розгляду, або має опосередковане значення. Наприклад, не потрібно подавати оригінал газети для доведення вартості публікації рекламного оголошення [17, с. 598].

У зазначених випадках сторона може подати будь-який інший доказ, яким можна довести зміст оригіналу, адже ФПД США не містять вказівок щодо того, якому засобу доказування віддається перевага. Наприклад, якщо оригінал документа вважається втраченим, то доказом його змісту може бути як копія втраченого оригіналу, так і свідчення свідка щодо його змісту. У кожній конкретній справі адвокат сторони обиратиме такий засіб доказування, який буде найбільш переконливим для суду.

Для доведення змісту письмового матеріалу, аудіо- чи відеозапису, або фотокартки поданная оригіналу не вимагається, якщо сторона, проти якої подається відповідний доказ, визнає його зміст. Це може бути або письмове визнання, або усні чи письмові свідчення під присягою.

ФПД США передбачений спеціальний порядок пред'явлення суду документів публічного характеру (офіційних записів чи документів, складених відповідно до встановленої форми). Оскільки вилучення оригіналів офіційних документів на час судового розгляду певної справи може створити незручності для державного органу, в якому вони зберігаються, та громадськості, зміст цих документів може бути підтверджений завіреною належним чином копією або свідченнями свідка, який був присутній при складанні документа, про те, що копія цілком відповідає оригіналу.

Певні винятки передбачені також для представлення змісту об'ємних документів (зведених у томи матеріалів, записів, фотокарток) [18, с. 339]. Повноцінне дослідження у суді об'ємних документів загрожуватиме невиправданою затримкою розгляду та вирішення справи, тому дозволяється представлення змісту цих документів у формі узагальнення, яке може бути зроблено у вигляді витягу, таблиці, схеми тощо. Узагальнення має добре представляти зміст оригіналу і бути взятим безпосередньо з оригіналу [29, с. 257]. При цьому, узагальнення недопустиме, якщо воно містить інформацію, яка відсутня у оригіналі [28, с. 403], а також якщо недопустимим є сам оригінал. Учасники процесу мають право у будь-який зручний час знайомитися з оригіналом та його копіями, робити з них фотокопії.

Передумовою визначення достовірності письмових та речових доказів в американському судочинстві є також їх автентифікація – процес, за допомогою якого доводиться істинність цих доказів (Правило 901 (a) ФПД США). Існує два способи автентифікації: свідчення свідка щодо ланцюга законних володінь доказом та висновок експерта щодо справжності доказу. Перший спосіб має на меті довести схоронність доказу на усіх етапах. Тобто свідок повинен переконати суд у незмінності змісту доказу, починаючи від його отримання, володіння, розпорядження, передачі, закінчуючи судовим розглядом. Другий спосіб – автентифікація доказу за допомогою експертного висновку – полягає у встановленні експертом справжності відповідного документа або речового доказу.

Правило 901 (b) ФПД США закріплює деякі способи автентифікації конкретних видів доказів. Зокрема, порядок автентифікації офіційних документів, старовинних документів та збірників даних, рукописів, ідентифікації голосу, телефонних розмов тощо.

Крім того, деякі види письмових доказів, за загальним правилом, самоавтентифікуються – тобто не потребують додаткових доказів для доведення їх справжності. До цих доказів відносяться внутрішньодержавні документи, засвідчені копії документів публічного характеру, офіційні документи іноземних держав, офіційні публікації державних органів, газети та інші періодичні друковані видання, комерційні знаки та їх аналоги, комерційні та пов'язані з ними документи, сертифіковані документи, а також документи, автентичність яких встановлена актом Конгресу (Правило 902 ФПД США).

Якщо особа хоче подати документ, який самостійно засвідчує свою справжність, вона не повинна додатково підтверджувати його достовірність. Наприклад, громадянин А подає позов проти Б – компанії, яка виготовляє молотки з вимогою відшкодувати шкоду, завдану його здоров'ю. Позивач заявляє, що під час використання молоток розколовся навпіл та поранив йому руку. У якості доказу позивач хоче надати цей молоток, на якому є логотип виробника. Оскільки відповідно до правила 902(7) ФПД США логотипи, торгові марки або позначення на продукції, які вказують на походження, належать до категорії предметів, які самоавтентифікуються, то позивач не повинен наводити докази, що цей молоток дійсно вироблений компанією Б. Водночас відповідач має право оспорити автентичність цього доказу: довести, що молоток, яким користувався позивач, є підробкою, імітацією товару компанії Б. Таким чином, самоавтентифікація перекладає початковий тягар доказування автентичності чи неавтентичності доказу зі сторони, яка його подає, на її опонента. Однак це не значить, що у такому випадку позивач взагалі не повинен нічого доводити. На позивачі лежить тягар доказування того, що він користувався саме цим молотком і що він розколовся саме під час його використання.

Підсумовуючи викладене слід зазначити, що основною метою доказових правил є досягнення якомога більшої точності у встановлені фактів через дослідження надійних (достовірних) доказів та відхилення доказів, які мають недостатню доказову силу і є недостовірними. У будь-якому судовому процесі (чи вітчизняному, чи зарубіжному) суддя може зіштовхнутися з

суперечливими доказами, які наводяться для доведення однієї й тієї ж обставини. За таких умов суддя за допомогою логічного мислення повинен вирішувати яким доказам надати перевагу.

З цією метою у процесуальних нормах США та України закріплені правила, що допомагають судді визначити достовірність доказів. Однак на відміну від американського цивільного процесу, якому властива детальна регламентація як загальних, так і спеціальних аспектів достовірності, українське цивільне процесуальне право містить суто загальні приписи щодо достовірності доказів. Так, ч. 3 ст. 212 ЦПК України передбачила, що суд має оцінювати докази на предмет їх достовірності, однак кодекс не містить жодних роз'яснень щодо того, чим достовірний доказ відрізняється від недостовірного; який порядок визнання доказу недостовірним.

Аналіз норм ЦПК України дає можливість знайти окремі загальні правила щодо оцінки достовірності засобів доказування, але відповідні положення розпорошені по всьому кодексу, що на практиці створює проблеми у розумінні та з'ясуванні достовірності доказів. Як наслідок – неправильне вирішення справи, неоднакова судова практика в аналогічних категоріях справ. Таким чином, необхідно закріпити у ЦПК України більш детальні вимоги, яким повинен відповідати кожен засіб доказування для того, щоб він міг бути визнаний судом достовірним.

Для подальшого розвитку української процесуальної теорії та судової практики корисно також розглянути можливість урахування положень американського законодавства щодо "правила про найкращі докази". Зокрема, щодо чіткого визначення оригіналу і копії документа; детального врегулювання випадків, у яких подання оригіналів не вимагається, а коли, навпаки, необхідно пред'являти лише оригінал.

1. Бернам У. Правовая система США. 3-й выпуск. – М.: "Новая юстиция", 2006. – 1216 с.. 2. Боннер А.Т. Избранные труды по гражданскому процессу. – СПб.: Издательский дом С.-Петерб. гос. ун-та, Издательство юридического факультета С.-Петерб. гос. ун-та, 2005. – 992 с. 3. Васильєв С.В. Цивільний процес: Навчальний посібник. – Х.: ТОВ "Одіссей", 2008. – 480 с. 4. Великий тлумачний словник сучасної української мови. / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ "Перун", 2005. – 684 с. 5. Коментар до ЦПК Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2 т. / Заг. ред. С.Я. Фурси. – К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2006. – Т. 1, 912 с. 6. Курылёв С.В. О достоверности и вероятности в правосудии // // Изв. вузов. Правоведение. № 1. Ленинград: Изд. Ленинградского университета, 1968. – С. 63-74. 7. Лилуашвили Т. А. О доказывании предполагаемых фактов в советском гражданском процессе. Советское государство и право, 1962, № 12. – С. 146 – 147. 8. Люблинский П. И.. Введение к книге Д. Стифена "Очерк доказательственного права". Санкт-Петербург: Сенатская типография. — 1910. – 148 с. 9. Науково-практичний коментар до Цивільного процесуального кодексу України / В. М. Кравчук, О. І. Угриновська. – 2-ге вид., перероб. і допов. – Х. : Фактор, 2010. – 786 с. 10. Постанова Пленуму Верховного Суду України "Про застосування норм цивільного процесуального законодавства при розгляді справ у суді першої інстанції" № 2 від 12 травня 2009 року. 11. Ухвала Верховного Суду України № 2312136 у справі про захист прав споживача № 6-6046св08 від 27 серпня 2008 року // Єдиний державний реєстр судових рішень України // www.reyestr.court.gov.ua. 12. Шифман М. Л. Основные вопросы теории советского доказательственного права. М.: Изд. Московского ун-та, 1956, – 40 с. 13. Штефан М.Й. Цивільне процесуальне право України: Академічний курс: Підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. – К.:Концерн "Видавничий Дім "Ін Юре", 2005 – 624 с. 14. Юдельсон К. С. Советский гражданский процесс. М.: Госюриздат, 1956. – 438 с. 15. Юридические основания достоверности доказательств / Составил Н.А. Терновский / Под редакцией и с предисловием В.А. Томсинова. М.: Зерцало, 2011. – 224 с. 16. Charles Szladits. Guide to Foreign Legal Materials: French, German, Swiss. Published for the Parker School of Foreign and Comparative Law, Columbia University, by Oceana Publications. – New York: Oceana Publications Inc. N.Y.; Sweet & Maxwell, Ltd., London, 1959. – Vol.1. – 599 P. 17. Decision of the Supreme Court of Arkansas in the case of Foster-Holcomb Investment Company versus Little Rock Publishing Company, January 23, 1922 // South Western Reporter, Vol. 236, Pages 597-599 (Рішення Верховного суду штату Арканзас у справі Foster-Holcomb Investment Company versus Little Rock Publishing Company). 18. Decision of the United States Court of Appeals (Eighth Circuit) in the case of United States versus Possick, June 15, 1988 // Federal Reporter Second, Vol. 849, Pages 332-341 (Рішення Апеляційного суду США (Восьмий регіональний округ) у справі United States versus Possick). 19. Decision of the United States Court of Appeals (Fifth Circuit) in the case of United States versus Lopez, December 8, 1992 // Federal Reporter Second, Vol. 979, Pages 1024-1037 (Рішення Апеляційного суду США (П'ятий регіональний округ) у справі United States versus Lopez). 20. Decision of the United States Court of Appeals (Fifth Circuit) in the case of United States versus Duffy, January 31, 1972 // Federal Reporter Second, Vol. 454, Pages 809-813 (Рішення Апеляційного суду США (П'ятий регіональний округ) у справі United States versus Duffy). 21. Decision of the United States Court of Appeals (First Circuit) in the case of United States versus Ciocca, February 24, 1997 // Federal Reporter Third, Vol. 106, Pages 1079-1085 (Рішення Апеляційного суду США (Перший регіональний округ) у справі United States versus Ciocca). 22. Decision of the United States Court of Appeals (First Circuit) in the case of United States versus Sorrentino, January 31, 1984 // Federal Reporter Second, Vol. 726, Pages 876-889 (Рішення Апеляційного суду США (Перший регіональний округ) у справі United States versus Sorrentino). 23. Decision of the United States Court of Appeals (Ninth Circuit) in the case of United States versus Castillo, June 29, 1999 // Federal Reporter Third, Vol. 181, Pages 1129-1135 (Рішення Апеляційного суду США (Дев'ятий регіональний округ) у справі United States versus Castillo). 24. Decision of the United States Court of Appeals (Ninth Circuit) in the case of United States versus Chu, September 21, 1993 // Federal Reporter Third, Vol. 5, Pages 1244-1251 (Рішення Апеляційного суду США (Дев'ятий регіональний округ) у справі United States versus Chu). 25. Decision of the United States Court of Appeals (Ninth Circuit) in the case of Seiler versus Lucasfilm, Ltd., August 26, 1986 // Federal Reporter Second, Vol. 808, Pages 1316-1322 (Рішення Апеляційного суду США (Дев'ятий регіональний округ) у справі Seiler versus Lucasfilm, Ltd.). 26. Decision of the United States Court of Appeals (Second Circuit) in the case of United States versus Almonte, February 4, 1992 // Federal Reporter Second, Vol. 956, Pages 27-30 (Рішення Апеляційного суду США (Другий регіональний округ) у справі United States versus Almonte). 27. Decision of the United States Court of Appeals (Second Circuit) in the case of Klein versus Harris, December 15, 1981 // Federal Reporter Second, Vol. 667, Pages 274-297 (Рішення Апеляційного суду США (Другий регіональний округ) у справі Klein versus Harris). 28. Decision of the United States Court of Appeals (Seventh Circuit) in the case of Needham versus White Laboratories, Inc., January 27, 1981 // Federal Reporter Second, Vol. 639, Pages 394-404 (Рішення Апеляційного суду США (Сьомий регіональний округ) у справі Needham versus White Laboratories, Inc.). 29. Decision of the United States Court of Appeals (Sixth Circuit) in the case of Gomez versus Great Lakes Steel Division of the National Steel Corporation, October 10, 1986 // Federal Reporter Second, Vol. 803, Pages 250-258 (Рішення Апеляційного суду США (Шостий регіональний округ) у справі Gomez versus Great Lakes Steel Division of the National Steel Corporation). 30. Decision of the United States Court of Appeals (Tenth Circuit) in the case of Lozano versus Ashcroft, July 10, 2001 // Federal Reporter Third, Vol. 258, Pages 1160-1167 (Рішення Апеляційного суду США (Десятий регіональний округ) у справі Lozano versus Ashcroft). 31. Decision of the United States Court of Appeals (Tenth Circuit) in the case of United States versus Haddock, February 14, 1992 // Federal Reporter Second, Vol. 956, Pages 1534-1555 (Рішення Апеляційного суду США (Десятий регіональний округ) у справі United States versus Haddock). 32. Decision of the United States Court of Appeals (Tenth Circuit) in the case of Amoco Production Company versus United States, April 21, 1981 // Federal Reporter Second, Vol. 619, Pages 1383-1392 (Рішення Апеляційного суду США (Десятий регіональний округ) у справі Amoco Production Company versus United States). 33. Decision of the United States Supreme Court in the case of United States versus Abel, December 10, 1984 // United States Reporter, Vol. 469, Pages 45-56 (Рішення Верховного Суду США у справі United States versus Abel). 34. Federal Rules of Evidence (Enacted by Public Law No. 93-595, January 2, 1975; with amendments as of December 2010) // http://judiciary.house.gov/hearings/printers/111th/evid2010.pdf. 35. McCormick on Evidence: In 2 Vol.: Vol. 1 / Ed. By K.S. Broun. – – St. Paul, MN: Thomson/West, 2006. – Sixth Edition. – 990 P.

Надійшла до редколегії 30.03.11

О. Лукомська, здобувач

ПРАВОВА ПРИРОДА ІПОТЕЧНИХ ЦІННИХ ПАПЕРІВ ТА РУХОМИХ РЕЧЕЙ

Стаття присвячується розгляду дискусійного питання щодо співвідношення правової природи іпотечних цінних паперів та речей. Аналізуються відмінності у нормативно-правовому регулюванні даних об'єктів цивільних прав. Обґрунтовується доцільність відмежування цінних паперів (серед них також і іпотечних цінних паперів) від речей та виділення їх у самостійний об'єкт цивільного права.

Ключові слова: іпотечні цінні папери, цінні папери, об'єкти цивільних прав, речі.

Статья посвящена рассмотрению дискуссионного вопроса о соотношении правовой природы ипотечных ценных бумаг и вещей. Анализируются отличия в нормативно-правовом регулировании данных объектов гражданских прав. Обосновывается целесообразность отделения ценных бумаг (среди них также и ипотечных ценных бумаг) от вещей и выделение их в самостоятельный объект гражданского права.

Ключевые слова: ипотечные ценные бумаги, ценные бумаги, объекты гражданских прав, вещи.

The article is devoted to consideration of discussion question about the legal nature parity of mortgage securities and things. The differences of legal regulation of mentioned civil law objects are observed. The expediency of distinction between securities (among them the mortgage securities also) and things, and their appropriation into independent civil law objects is validated.

Key words: mortgage-backed securities, securities, objects of civil rights, things.

Випуск перших іпотечних цінних паперів пов'язується з іменем короля Прусії Фрідріха II. Після 7 річної війни між Австрією та Прусією король Фрідріх II ввів у обіг іпотечні цінні папери для покриття недостачі коштів у королівстві (Указ від 29.08.1769 року) [1].

Не зважаючи на понад як 200 річну історію, питання співвідношення правової природи іпотечних цінних паперів та рухомих речей в доктрині і досі залишається дискусійним. До пошуку відповіді на це питання у своїх працях зверталися як вітчизняні науковці, зокрема, В.І. Гостюк, Н.С. Кузнєцова, О.І. Онуфрієнко, Л.В. Панова, В.В. Посполітак, В.І.Труба, В.П. Харицький, В.Л. Яроцький та ін., так і представники російської цивілістичної науки – М.М. Агарков, В.О. Бєлов, Є.О. Крашенінніков, Д.В. Мурзін, М.О. Нєрсєсов, Г.М. Шевченко та ін. Здебільшого науковці уникають або і заперечують тотожність цінних паперів та речей як об'єктів цивільних прав. Законодавством України цінні папери віднесені до речей. Така позиція законодавця приводить до висновку про те, що за своєю правовою природою іпотечні цінні папери є речами та мають ознаки і властивості, притаманні речам. Проте, в сучасних умовах такий висновок не є абсолютно точним і достатньо обґрунтованим. Саме названі аспекти і зумовлюють актуальність дослідження, що міститиметься у даній статті.

Метою статті є дослідження правової природи іпотечних цінних паперів у співвідношенні їх із рухомими речами, що має сприяти більш чіткому розумінню правового режиму іпотечних цінних паперів.

Здатність вільного переміщення у просторі є основним критерієм, за яким ЦК України відносить ту чи іншу річ до категорії рухомих. Іпотечні цінні папери можуть вільно переміщуватися у просторі, тому в доктрині досить часто як різновид цінних паперів їх відносять до рухомих речей [7], на які поширюється режим рухомих речей, оскільки кожен з них має свої специфічні реквізити, визначені в законодавстві, та посвідчує своїм змістом конкретне, унікальне майнове право його належним чином легітимованого власника. Наприклад, при передачі прав за іменним іпотечним цінним папером попередній документ анулюється, а на ім'я нового власника оформляється інший іменний цінний папір.

На думку В.І. Гостюка, саме наявність документа, електронного чи паперового, який засвідчує певні права власника цінного паперу, дозволяє припустити можливість поширення на цінні папери режиму рухомих речей [2]. Символічне втілення в документи, які самі по собі є тілесним рухомим майном, безтілесного майна створює можливість його використання в якості об'єкта зобов'язальних правовідносин. Саме у такій формі право на безтілесне майно включається в обіг за зразком тілесного майна, з яким його ідентифікують [10]. Доцільно буде нагадати, що розподіл речей на тілесні (res corporals) та безтілесні (res incorporales) було здійснено ще у римському праві. До тілесних речей відносилися матеріальні об'єкти, які існують в оточуючому світі незалежно від правових приписів, тоді ж як до безтілесних – права, включаючи права на чужі речі (сервітут, узуфрукт, застава тощо), вимоги та права за зобов'язаннями. Тобто безтілесні речі не мають фізичного втілення і, як зазначив К.П. Побєдоносцев, мають господарську дійсність та стверджуються виключно в юридичній уяві, так що без цієї уяви їх не можливо знайти в природі, вони існують лише тому, що створені людською волею, як права, що належать особі [9]. З часом юридичною наукою та практикою були розроблені засоби, за допомогою яких абстрактні блага постають конкретними речами, що дає можливість власнику розпоряджатися безтілесним майном. Абстрактні блага розглядаються як втілення в конкретні речі настільки, що з передачею цих речей відбувається і передача відповідних благ. Представники української наукової думки теж обґрунтовують віднесення всіх цінних паперів до об'єктів речового права [8] та поширення на них режиму рухомих речей [2].

Для багатьох національних правових систем є характерним віднесення усіх цінних паперів (а відповідно і іпотечних) саме до категорії рухомих речей [3]. Проте не можна не звернути увагу на існування суттєвих відмінностей у правовій природі іпотечних цінних паперів та рухомих речей. Так, у науці цивільного права під річчю розуміють дані природою та створені людиною цінності матеріального світу, що виступають об'єктами цивільних прав [4, с.376]. Речі є матеріальними об'єктами, які можна відчути фізично, скажімо на дотик, та такі, що мають економічну форму товару [5]. Таким чином, речі завжди мають матеріально-речову форму і при цьому здатні задовольнити певні потреби особи за рахунок використання їх природних корисних властивостей. Іпотечні ж цінні папери, зокрема при бездокументарній формі фіксації майнових прав, можуть і не мати матеріально-речової просторової форми. Тоді завдяки виключно юридичному змісту (посвідченню і забезпеченню безперешкодної реалізації майнового права) ними забезпечується правовий інтерес особи. Таким чином, як зазначає Г.М. Шевченко, суть цінного паперу як речі має похідний характер, основне і єдине призначенням якої – бути носієм суб'єктивних цивільних прав [12]. Так, і на думку розробників ЦК України, папір визнається цінним не з огляду на його природні властивості, а тому, що він підтверджує право його володільця на певні матеріальні блага [6].

Загальновідомо, що регламентація відносин власності у сфері обороту рухомих речей забезпечується положеннями речового права. І такої регламентації до-

© Лукомська О., 2011

статньо. Лише у відношенні деяких рухомих речей (наприклад, мисливської зброї) виникає необхідність застосування додаткових положень, встановлених нормами спеціального законодавства. При регламентації правовідносин у сфері обігу іпотечних цінних паперів, положення речового права є лише частиною нормативного масиву, що забезпечує регулювання таких відносин та завжди є необхідність застосування положень спеціального законодавства (наприклад, Закону України "Про іпотеку", "Про цінні папери та фондовий ринок" тощо).

Суттєвою особливістю правового режиму іпотечних цінних паперів є те, що через різноманітність їх видів та специфічну правову природу складно визначити коло норм, що поширюють свою дію на всю сукупність відносин з даним видом цінних паперів. Встановлений законодавством режим для обох можливих форм випуску іпотечних цінних паперів (документарні та бездокументарні) допускає використання положень речового, зобов'язального і спеціального законодавства. Під спеціальним законодавством маються на увазі положення нормативних актів, що закріплюють особливості правового режиму кожного окремого виду і форми іпотечних цінних паперів (наприклад, Закон України "Про іпотечні облігації", "Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати" тощо). Щодо загального законодавства, тобто положень речового права, що поширюється на сукупність усіх видів іпотечних цінних паперів, то воно значно звузилося у зв'язку із закріпленням у національному цивільному законодавстві можливості випуску та обігу бездокументарних іпотечних цінних паперів.

Іпотечні цінні папери у бездокументарній формі – це інформація, що зберігається в електронному вигляді. На відміну від звичайних речей названа властивість іпотечних цінних паперів визначається не природними властивостями. Порядок регулювання відносин у сфері випуску і обігу іпотечних цінних паперів на електронних носіях має особливості, які виявляються в тому, що не завжди вдається використовувати традиційні законодавчі підходи. В розрізі даної частини досліджуваного питання цікавим буде згадати пропозицію Є.О. Крашенінникова замінити правову конструкцію "бездокументарні цінні папери" на відому німецькому та швейцарському законодавству правову конструкцію "цінних прав" (Wertrechte), тобто не засвідчених цінними паперами, але занесених в особливий реєстр прав, що забезпечені функцією, схожою з функцією прав, втілених у цінних паперах фондового ринку [4, с.396]. Згаданий автор є представником, так званої, документарної концепції. До представників даної концепції належать також такі видатні російські цивілісти як В.О. Бєлов та Є.О. Суханов. В рамках документарної концепції бездокументарні цінні папери розглядаються як майнові права або спосіб фіксації прав, в наслідок чого не можуть визнаватися речами.

Зміст іпотечних цінних паперів становлять зобов'язання, адже без них не існує іпотечного цінного паперу. Саме зобов'язальна природа іпотечного цінного паперу дозволяє переводити його з однієї форми (документарної) в іншу (бездокументарну) без зміни обсягу прав за іпотечним цінним папером. Дуалістична правова природа іпотечних цінних паперів полягає в тому, що з одного боку іпотечні цінні папери є об'єктами права власності, які можуть передаватися на підставі договорів про відчуження майна, а з іншого боку вони закріплюють певний обсяг права вимоги до емітента-боржника (право на отримання частки у платежах за іпотечними активами відповідно до договору про придбання іпотечних сертифікатів участі; право на отримання процентів за іпотечними сертифікатами з фіксованою дохідністю; право власника заставної на отримання від боржника виконання за основним зобов'язанням тощо). Тому в юридичній літературі всі цінні папери (в тому числі також іпотечні) розглядають у двох аспектах. По-перше, як спосіб оформлення будь-яких зобов'язальних відносин (отже, можна говорити про права, засвідченні цінним папером, або про "права з паперу"); по-друге, цінні папери вважаються річчю, на яку можуть виникати право власності та інші речові права, тобто він може бути об'єктом різних угод, а звідси виникає "право на папір" [11].

Також слід звернути увагу на відмінність у питаннях обмеження оборотоздатності речей та іпотечних цінних паперів. Як з теоретичної, так і практичної точки зору видається абсолютно неможливим вилучення з обороту або обмеження обороту іпотечних цінних паперів, оскільки це б повністю знівелювало потребу в їх існуванні. Вилученими з цивільного обороту будуть лише ті речі, право власності на які можуть набувати окремі суб'єкти. Тому обмеження оборотоздатності і вилучення з цивільного обороту може мати місце лише стосовно речей. Безумовно, можна заперечити тим, що певний документарний іпотечний цінний папір може бути вилучений з цивільного обороту, якщо, наприклад, не відповідатиме вимогам актів цивільного законодавства України. Але таке припинення має дуже індивідуальний характер, визначається іншими чинниками та має інші правові наслідки порівняно з вилученням речей (наприклад, військової зброї).

Не можна обійти увагою ще дві суттєві відмінності між документарними іпотечними цінними паперами та речами. По-перше, відрізняється момент виникнення права власності на речі та іпотечні цінні папери (зокрема, емісійні). Так, первісними власниками речей можуть виступати їхні автори, творці, які одразу можуть використовувати річ за її призначенням, реалізуючи всю тріаду повноважень власності.

З документарними іпотечними цінними паперами все значно складніше. Так, з дотриманням особливого режиму на спеціалізованих поліграфічних підприємствах виготовляється бланк. Право власності виникає саме на цей бланк, а не на документарний іпотечний цінний папір (його ще не існує). Для того, щоб на бланк цінного паперу поширився відповідний правовий режим, емітент має заповнити його з дотриманням нормативних вимог та виконати інші формальні вимоги, необхідні для емісії. На цьому проміжку часу власником іпотечного цінного паперу виступає емітент, який, тим не менше, не виступає суб'єктом посвідченого майнового права. Реалізацію ж права володіння, користування та розпорядження можуть здійснювати виключно набувачі іпотечних цінних паперів.

По-друге, відрізняються правові наслідки загибелі речі та іпотечного цінного паперу. Загальновідомо, що з фізичною загибеллю речі припиняються права її власника. Загибель же іпотечного цінного паперу не тягне за собою припинення втілених у ньому прав. Так, відповідно до положень Гл. 7 ЦПК України суд в окремому провадженні може розглянути питання про відновлення прав на втрачені цінні папери на пред'явника (іпотечні сертифікати з фіксованою дохідністю). Можуть також бути відновлені і права володільців іменних (іпотечні облігації, іпотечні сертифікати участі) та ордерно-іменних (заставна) іпотечних цінних паперів. У цьому випадку власник втраченого документарного іпотечного цінного паперу має звернутися до емітента з проханням про видачу дубліката. На власника покладається обов'язок довести наявність прав на втрачений папір.

Підсумовуючи, доходимо висновку про те, що правова природа іпотечних цінних паперів та речей, а також правове регулювання відносин, що виникають з приводу них мають істотні відмінності. Норми речового права в загальному масиві норм, що регулюють випуск та обіг іпотечних цінних паперів, відіграють певну, але не домінуючу роль. Правовий режим даного об'єкта цивільних прав вимагає використання положень як речового, так і зобов'язального і спеціального законодавства, що суттєво відрізняє від речей. А тому нормативне віднесення іпотечних цінних паперів (серед усіх видів цінних паперів) до речей є необґрунтованим. З огляду на проведений у статті аналіз та стан сучасного розвитку цивілістики, здається доцільним відокремлення цінних паперів (серед них також іпотечних цінних паперів) від речей та виділення їх у самостійний об'єкт цивільного права.

1. Goedeck W., Kerl V.: Diedeutschen Hypothekenbanken. Hrsg.: Bushgen H.E., Herrhausen A., Frankfurt am Main, 1990. – p. 18. 2. Гостюк В.І. Цивільно-правові договори з цінними паперами за законодавством України. Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. 12.00.03 / Київський національний університет ім. Т. Шевченка. – К. 2005. – С. 37. 3. Гражданское и торговое право капиталистических государств. М.: Международные отношения, 1993. – С. 203; Мамутов В.К., Чувпило О.О. Господарське право зарубіжних країн. Підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів. – К., "Ділова Україна", 1996. – С. 156-158. 4. Гражданское право: учебник в 3 т. Т.1. / Е.Н. Абрамов, Н.Н. Аверченко, Ю.В. Байгушева [и др.]; под ред. А.П. Скргеева. – М.: РГ-Пресс, 2011. – С. 376, 396. 5. Гражданское право. В 4 т.Т.1.: Общая часть: учеб. Для студентов вузов, обучающихся по направлению 521400 "Юриспруденция"/ [Ем В.С. и др.]; отв.ред. Е.А. Суханов. – М.: Волтерс Клувер, 2010. – С. 400. 6. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2т./ За відповід. ред. О.В. Дзери (кер. авт. кол.), Н.С. Кузнєцової, В.В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Т. І. – С. 328. 7. Онуфрієнко О.І. Право власності в Україні: Навч. посібн./ О.В. Дзера, Н.С. Кузнєцова, О.А. Підопригора та ін.; За заг. ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової. – К., Юрінком Інтер, 2000. – С. 376. 8. Онуфрієнко О.І. Правове регулювання випуску та обігу емісійних цінних паперів в Україні. Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. 12.00.04/ Київський національний університет ім. Т. Шевченка. – К., 2000. – С. 17-18. 9. Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Первая часть: Вотчинные права. 2-й завод. – М.: "Статут", 2004 – с. 87. 10. Саватье Р. Теория обязательств. М., изд. "Прогресс", 1972. – С.82-83. 11. Труба В.І. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2т./ За відповід. ред. О.В. Дзери (кер. авт. кол.), Н.С. Кузнєцової, В.В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Т. І. – С. 328. 12. Шевченко Г.Н. Эмиссионные ценные бумаги: понятие, эмиссия, обращение. – М.: Статут, 2006. – С.31.

Надійшла до редколегії 30.03.11

Л. Гончарук, здобувач

ПОНЯТТЯ КОНЦЕСІЇ І КОНЦЕСІЙНОГО ДОГОВОРУ В УКРАЇНІ

Публікація присвячена питанням розвитку концесійних відносин і концесійного договору в сучасній Україні, аналізуються термінологічні особливості поняття концесії і історичні передумови виникнення в Україні закону про концесії.

Ключові слова: концесія; концесійний договір; закон про концесії.

Публикация посвящена вопросам развития концессионных отношений и концессионного договора в современной Украине, анализируются терминологические особенности понятия концессии и исторические предпосылки появления в Украине закона о концессиях.

Ключевые слова: концессия; концессионный договор; закон о концессиях.

The article is dedicated to the problems of development of concessional relations and concessional agreements in the contemporary Ukraine. Nomenclatural specialties of the term "concession" and historical prerequisites for the law on concessions in Ukraine are analyzed.

Keywords: concessia; concession agreement; law of concessia.

Актуальність даного дослідження пояснюється фактичною відсутністю глибоких теоретичних праць, присвячених концесії і одному із найбільш складних договорів – договору концесії. Практично відсутні в Україні також цивілістичні роботи з питань договору концесії. Між тим, це один із найцікавіших і таких, що можуть мати перспективу договорів на практиці.

Термінологічно поняття концесії походить від латинського слова "concessia", яке означає – згода, поступка, дозвіл, надання, наділення; відступ від будь – якого майна, права чи повноваження і розглядається принаймні у таких значеннях: 1) як відносини з використання переданих на визначених умовах концесіонерові об'єктів публічної власності; 2) як владний публічний акт; 3) безпосередньо як об'єкти, що передаються; 4) як договір з передачі цих об'єктів. Таким чином, концесію можна розуміти і як правовідносини, які виникають між державою в особі уповноважених нею органі та підприємцями, іноземними компаніями чи іншими юридичними особами з приводу передачі їм на договірних засадах промислових підприємств, земельних ділянок з правом видобування корисних копалин, будівництва різноманітних об'єктів з метою розвитку або відновлення національної економіки та освоєння природних ресурсів.

Вчені звертають увагу на те, що термін "концесія" – один із найбільш розпливчатих термінів, який застосовують для позначення операцій, які часто мають досить мало спільного, якщо не вважати, що в їх основі лежить дозвіл адміністрації на здійснення таких операцій. Саме у цьому розумінні ведуть мову про концесіях, пов'язаних із кладовищами, про земельні концесії у заморських територіях Франції, про концесії на будівництво загат тощо [1].

Уявлення про концесію як про таке право, що надається (дарується) на здійснення будь – якого виду діяльності, яку держава (суверен) вважає своєю прерогативою, в тому числі діяльність, пов'язану з використанням державного майна (власності), склалося історично. Під концесією розумілося передача державою приватній особі в експлуатацію частину своїх природних багатств, підприємств, технологічних комплексів та інших об'єктів [2]. При цьому стверджується, що адміністративний договір у Франції чи публічно – правовий договір в Германії, які слугують правовою основою концесій в цих і багатьох інших країнах, вказують на достатньо визначені параметри концесійного договору.

Отже, перш за все, звертає на себе увагу неоднозначність концесії як поняття, що призводить до дискусій щодо сутності концесії, її правової природи. Питання публічно правової її природи, або приватноправової обговорюється і нині. В своїх дослідженнях ми приділяємо більшу увагу приватноправовому інтерпретуванню концесії як договору, що укладається між владним органом і суб'єктом приватного права, не забуваючи проаналізувати доводи прибічників іншого, публічно правового напрямку, які зводять розуміння концесії до акту публічної влади, відповідно до якого приватній особі – фізичній чи юридичній – надається відповідний дозвіл.

Загалом, практика передачі у користування приватним суб'єктам об'єктів публічної власності була відома ще у стародавньому Римі, а самі ці відносини мали характер адміністративного розпорядження. В період се-

© Гончарук Л., 2011

редньовіччя для отримання згоди правителя на заняття гірським промислом застосовувалась така процедура. Частина об'єктів приватного права, на які можна було отримати згоду верховної влади, була вилучена із загального обороту і такі речі мали статус res extra commercium. Серед переліку цих об'єктів були природні ресурси надр, вод, лісів, а сема, вугілля, нафта тощо). Вилучення цих об'єктів пояснювалось необхідністю забезпечення їх корисними властивостями саме публічних, а не приватних інтересів. Між тим, вилучений з цивільного обігу об'єкт для такої, наприклад, мети, як досягнення більшої ефективності в управлінні, міг бути знову переданий у приватне володіння на певних умовах, але це не призводило до повного відновлення цивільно – правового статусу речі, оскільки підставою такого процесу є владний акт, а сам об'єкт концесії передавався на чітко визначених у договорі умовах, отже право державної власності на нього зберігалося. Серед концесій, які спочатку дарувалися феодальними можновладцями, а потім – державою – сувереном були такі її види як збір податків та зборів, управління окремими територіями від імені феодального суверену, відкупи приватними особами інтендантського постачання військ, виготовлення зброї та ін.

Концесії існували також в середньовічній Росії у вигляді відкупів – на утримання питних закладів ("царевих кабаків"), на пушний та інший промисел у царських лісах, на вижигання деревинного вугілля, влаштування рудників і заводів з виготовлення заліза тощо. Довгий час концесіями іменувались різні види діяльності, здійснення яких ставало можливим лише завдяки санкції держави, який знаходив свій вираз в договірному, односторонньому порядку. Отже, односторонні концесії історично передували сучасним, договірним. В Росії, зокрема, в XIX ст. імператором засновувались концесії по здійсненню особливо значних промислових, гірничих чи транспортних проектів, таких як концесія на будівництво залізничної колії Петербург – Рига. Комерційним товариствам, представникам купецтва у концесійному порядку надавались привілеї займатися видами діяльності, на які вони не мали права або в силу свого сословного статусу, або з інших причин. У самих таких дозволах чи інших владних актах часто передбачався порядок реалізації концесіонером наданих йому прав і межі такої реалізації. Односторонні дозвільні концесії практикувались в свій час і за кордоном.

До появи СРСР і на протязі приблизно 30 років після, практика здійснення господарської діяльності у сфері видобутку, використання і експлуатації природних ресурсів, які належали до загальнонародного надбання і фактично були вилучені з цивільного обороту, повязувалась в Росії із наданням такої можливості приватним суб'єктам, причому переважно іноземним підприємцям – концесіонерам. В 20-ті роки минулого століття під концесією розумівся і сам концесійний договір, і підприємство, яке концесіонер повинен був побудувати чи отримати у концесійне користування. Крім того, поняття концесії в ряді випадків означало і певний привілей, якої концесіонер набуває за договором. На міжнародному рівні під концесією нерідко розуміється і нині цілісний територіально – виробничий комплекс, який охоплюється межами концесійної території.

У 20 – 40 ві, 50 – 60-ті роки XX століття на Заході зявилися концесії нових типів, що пояснювалось посиленням так званого державного "інтервенціонізму" в економіці [3]. Зокрема, у Франції та інших країнах континентально – правової системи виникли "публічні служби промислового і торгівельного", "сільськогосподарського", "транспортного", "фінансового" характеру тощо. Ключові галузі економіки, які належали державі або були націоналізовані у воєнні і міжвоєнні роки, отримавши цей статус, між тим, були у набагато менше пов'язані з публічним правом і адміністративним договором, скоріше вони взагалі діяли на умовах, які встановлювались нормами приватного права.

В незалежній Україні концесійна практика була фактично відновлена згідно Закону України "Про режим іноземного інвестування" від 19.03.1996 р. [4] іноземним інвесторам було надане право на розробку і освоєння відновлюваних і таких, що не відновлюються, природних ресурсів на основі концесійних договорів (ст. 22). Через два роки в Указі Президента України "Про концесію на будівництво і реконструкцію автомобільних доріг" від 04.07.1998 р. [5] було закріплено легальне визначення концепції як правовідносин, що виникають між концесієдавцем і концесіонером у процесі будівництва, реконструкції автомобільної (приміської) дороги загального користування, строкового оплатного володіння нею та експлуатації (ст.2). Згадуване визначення свідчило про зміну розуміння законодавцем поняття концесійної діяльності, яка згадувалась раніше виключно в розумінні експлуатації природних ресурсів.

Сучасне законодавче визначення концесії зявилося в Законі України "Про концесії" від 16.07.1999 р. [6] (далі – Закон) у ст.1. Так, під концесією розуміється надання з метою задоволення громадських потреб уповноваженим органом виконавчої влади чи органом місцевого самоврядування на підставі концесійного договору на платній та строковій основі юридичній або фізичній особі (суб'єкту підприємницької діяльності) права на створення (будівництво) та (або) управління (експлуатацію) об'єкта концесії (строкове платне володіння), за умови взяття суб'єктом підприємницької діяльності (концесіонером) на себе зобов'язань по створенню (будівництву) та (або) управлінню (експлуатації) об'єктом концесії, майнової відповідальності та можливого підприємницького ризику. Сутність концесійних відносин, таким чином, характеризується одночасним існуванням як власне самої концесії – акту публічної влади і концесійний договір.

Звернемо увагу, що аналіз цього визначення не дає зрозуміти чітко, що являє собою концесія як публічно – правовий акт органу державної влади або місцевого самоврядування. Взагалі, характеристика концесії у країнах СНГ, право яких взагалі тривалий час не сприймало інституту публічно – правового і адміністративного договору з приватною особою, досить утруднена. Деякі звичайні цивільно – правові форми – орендні, підрядні і змішані – теж називають концесіями, але тільки через нетрадиційні, нетипові для цивільних правовідносин підприємницькі правовідносини, які вони опосередковують. Крім того, концесії різних типів і в різних країнах набувають додатково певних модифікацій у відповідності з особливостями національного права, таким чином розуміння концесії відрізняється в різних країнах настільки, що практично вони не підлягають порівнянню чи систематизації. Поняття концесії настільки відрізняється, що концесіями іменують в країнах як договори традиційної публічно – правової (адміністративної) природи, так і звичайні цивільно – правові або близькі до них договори, або і такі договірні форми, які знаходяться на стику названих і які поєднують в різних пропорціях ознаки договорів обох названих типів.

Ще менш зрозуміло, що означає концесія як договір. Так, із тексту визначення Закону видно, що створення (будівництво) та (або) управління (експлуатація) концесіонером об'єктом концесії розглядається законодавцем одночасно як право і як обов'язок концесіонера:

"… право на створення (будівництво)" і "…зобовязань по створенню (будівництва)...". Між тим, орган влади або місцевого самоврядування приймає рішення і передає за договором не право на створення тощо об'єкта концесії, а свій публічний обов'язок, функцію на створення (будівництво) цього об'єкта. До такого висновку можна дійти, з'ясувавши, що до передачі попередньо необхідно вилучити цей об'єкт з цивільного обороту і обмежити цим права осіб приватного права. Такий механізм допомагає публічно – правовим інститутам держави чи територіальної громади використати ефективність приватного бізнесу у задоволенні суспільного інтересу і створити чи експлуатувати відповідні об'єкти концесії. Звідси – концесієдавець фактично перекладає на концесіонера свій обов'язок, оформивши його у вигляді договору. Одночасно останній набуває і право, але вже не на створення тощо об'єкта концесії, який він зобов'язаний створити, а право на заняття господарською діяльністю шляхом створення та (або) експлуатації об'єкта державної чи комунальної власності. Крім того, має право і на одержання від нього прибутку.

На сьогодні в Україні, так само як і в інших державах можна застосувати специфічний механізм для ефективного використання об'єктів державної та комунальної власності. Йдеться фактично про договір концесії як альтернативу приватизації, яка хоча є більш швидким способом поповнення держбюджету, між тим, договірна конструкція, яка полягає у переданні державного або комунального майна в концесію, виявляється більш ефективною для постійних, регулярних надходжень коштів до бюджету.

В наш час концесії практично повністю стали договірними і в інших країнах. На думку Н.Г. Дороніної: "поняття "концесійний договір" як похідне від "концесії" підкреслює особливості форми, в яку втілюється акт держави, зміст якого полягає одночасно і у поступці свого права здійснювати експлуатацію підприємства чи родовища, і пов'язане з такою передачею відхилення від загальних правил регулювання підприємницької діяльності в тій чи іншій сфері економіки" [7]. Договір укладається між концедентом і концесіонером задля виконання прийнятого концедентом владного акту (закону чи адміністративного акту). На противагу односторонній концесії, яка характеризується ієрархічною основу, договірна концесія відрізняється договірними, відносно рівноправними відносинами сторін. Між тим, звертає на себе увагу основна риса концесійних правовідносин – вони виникають на підставі владного публічно – правового акту концедента, який у одному з випадків опосередковується концесійним договором.

Все з більшою впевненістю в останні роки можна говорити про те, що передання майна у концесію з управлінням ним приватними особами і із залученням приватного капіталу могла б надати змогу вирішити проблеми з інвестиціями та менеджментом. Сама процедура передання державного і комунального майна в концесію, як свідчить досвід країн, де вона активно використовується, сприятиме більшій зрозумілості процесів у цій сфері, а це, в свою чергу, вплине позитивно на використання такого майна як в публічних, так і в приватних інтересах.

Положення міжнародних актів, Конституції України, Закону, інших законодавчих та нормативних актів України та інших держав, доктринальні розробки українських та зарубіжних авторів по темі концесійних відносин і договору концесії на основі загальної теорії договору є тою базою, яка дозволяє сьогодні вирішувати не лише публічно правові, але і приватноправові питання зазначеного договору.

Договір концесії – це договір, відповідно до якого уповноважений орган виконавчої влади чи орган місцевого самоврядування (концесієдавець) надає на платній та строковій основі суб'єкту підприємницької діяльності (концесіонеру) право створити (побудувати) об'єкт концесії чи суттєво його поліпшити та (або) здійснювати його управління (експлуатацію) відповідно до Закону з метою задоволення громадських потреб (ст. 1 Закону).

Концесіонером може виступати фізична або юридична особа, яка є субєктом підприємницької діяльності, а концесієдавцем – уповноважений Кабінетом Міністрів України орган виконавчої влади (міністерство, місцева державне адміністрація тощо). Чинне вітчизняне законодавство дозволяє визнавати державні та комунальні підприємства публічного права суб'єктами підприємницької діяльності і передавати їм державне чи комунальне майно в концесію, однак ефективнішим є залучення до такої діяльності юридичних осіб приватного права через укладання концесійного договору, враховуючи ініціативу і зацікавленість приватного підприємництва. КМ України визначає конкретний орган державної влади, який наділений повноваженням на надання у концесію конкретно визначеного об'єкту державної власності [8].

Російське законодавство проводить розмежування між концесійною угодою і договором комерційної концесії, які регламентуються різними нормами, зокрема, договір комерційної концесії є самостійним видом договорів, за яким одна сторона (право володілець) зобов'язаний надати іншій стороні (користувачу) за винагороду на строк чи без вказівки строку право використовувати у підприємницькій діяльності користувача комплекс належних право володільцю виключних прав, які включають право на товарний знак, знак обслуговування, а також права на інші передбачені договором об'єкти виключних прав сама назва найбільше близька у перекладі до терміну "франчайзинг".

Підсумовуючи, зазначимо, що практика передачі у користування приватним суб'єктам об'єктів публічної власності була відома ще у Стародавньому Римі; поняття концесії і концесійного договору не тотожні, в поняття концесії вкладається декілька варіантів змісту, одним із яких і є поняття концесійного договору, різняться і публічноправові та приватноправові розуміння концесії і концесійного договору; підставою для виникнення концесійних правовідносин слугує владний акт про надання приватній особі прав, які відносяться до прерогатив концедента; наявність такого владного акту – одна із фундаментальних ознак концесійного договору.

1. Ведель Ж. Административное право Франции. М., 1973. – С.487. 2. Право международной торговли. М., 1997. 3. Legal and administrative frameworks for electricity enterprises // United Nations. NY, 1973. № 169 – 170 P.29. 4. Про режим іноземного інвестування Закон України від 04.07.1999 р. // Відомості Верховної Ради України від 07.05.1996 р., № 19, стаття 80. 5. Про концесію на будівництво і реконструкцію автомобільних доріг" від 04.07.1998 р. №735/98 // Офіційний вісник України від 20.07.1998 р., №27, стор.16. 6. Про концесії. Закон України від 16 липня 1999 р. №997 – XIV // Відомості Верховної Ради України від 15.10.1999 р., № 41, стаття 372. 7. Доронина Н.Г. К проекту закона о концессионных договорах – Договор: правовые и экономические аспекты. М., 1999. Вып.1. – С.75 – 86. 8. Про затвердження Переліку об'єктів права державної власності, які можуть надаватися в концесію. Постанова КМ України від 11 грудня 1999 р. №2293 // Офіційний вісник України від 31.12.1999 р., № 50, стор. 155.

Надійшла до редколегії 30.03.11

А. Музиченко, здобувач

ПОРУШЕННЯ ПРАВИЛ СУДДІВСЬКОЇ ЕТИКИ – ПІДСТАВА ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ СУДДІ: МЕЖІ ЗАСТОСУВАННЯ

Предметом дослідження статті є професійна етика судді. Проаналізовані моральні стандарти професійної діяльності суддів. Наведено поняття суддівської етики, розкрито її роль в дисципліні праці суддів.
Ключові слова: суддівська етика, дисциплінарна відповідальність суддів.

Предметом исследования является профессиональная этика судьи. Проанализированы моральные стандарты профессиональной этики судьи. Наводится понятие судейской этики, раскрывается ее роль в дисциплине труда судьи.
Ключевые слова: судейская этика, дисциплинарная ответственность судьи.

The main idea of the article is the professional ethics of judge. The article opens with the analysis of the moral standards of judges' activities. The definition of judicial ethics has been given and its role in the labour discipline of judges has been exposed.
Key words: judicial ethics, discipline responsibilities of judges.

Втілення у життя принципів правової держави залежить значною мірою від діяльності судів та міри реалізації права кожного на доступ до правосуддя. Авторитет суду та його рішень багато в чому пов'язується із авторитетом судді, оцінкою його поведінки як у сфері судочинства, так і поза межами його професійної (службової) діяльності.

Стати суддею, мати статус судді означає одержати авторитетне право на здійснення публічного правосуддя. Належність та причетність до судової влади є джерелом, першопричиною авторитету судді.

Якщо правильно розуміти зміст правосуддя, його завдання, то слід зазначити, що чим складніші умови діяльності суду і ті відносини, що склалися у суспільстві, тим більш вищими повинні бути вимоги до моральних якостей судді, які б дозволяли йому, як нікому іншому, за будь-якої ситуації діяти за законом і по справедливості, оберігаючи свою гідність, а головне – авторитет судової влади. Адже кожний суддя добровільно взяв на себе важке завдання служити суспільству тільки за законом і давав присягу чесно і сумлінно виконувати свої обов'язки. Будучи справедливим по суті, суддя своєю поведінкою повинен це підтверджувати.

Усе помітніше останнім часом виявляється тенденція інтернаціоналізації етичних вимог, що ставляться до суддів. Статус і, зокрема, обов'язки суддів усе більше привертають увагу міжнародних організацій, про що свідчать непоодинокі згадування цих проблем у низці документів і рекомендацій [1; 6; 11; 13; 22]. Разом із тим етичні вимоги носять узагальнений характер, визначаючи лише бажану кінцеву ціль – безсторонність, справедливість, незалежність суддів.

Злободенний характер цього питання не викликає сумнівів: авторитет суду, його рішень багато в чому ототожнюють з авторитетом судді, його професійними якостями, поведінкою в суді й поза ним.

Посада судді безспірно відноситься до тих професій, моральний аспект в яких відіграє основоположну роль. Це професії, де "об'єктом праці" виступають живі люди, де в процесі професійної діяльності відбувається вторгнення у внутрішній світ людини часто в критичних життєвих ситуаціях. Відповідно до професіоналів, які займаються такою діяльністю, суспільство висуває не тільки вимоги загальної моралі (що стосуються будь-якої людини незалежно від професії), але і специфічні моральні вимоги. Більше того, моральність представника такої професії буде показником рівня професійності.

Розкриваючи поняття професійної етики та її видів, можна визначити, що професійна етика – це система конкретизованих моральних норм і принципів з врахуванням особливостей тої чи іншої професійної діяльності людей [3, с.29].

Професійна діяльність, об'єктом якої стають живі люди, утворює складну систему взаємоперехідних, взаємозумовлених моральних стосунків. До цієї системи належить перш за все: 1. ставлення спеціалістів до об'єкта праці (судді – до вирішення справи), 2. стосунки спеціаліста з колегами (суддів між собою), 3. ставлення спеціаліста до суспільства (судді до осіб, які є учасниками процесу).

Професійна етика є збірним поняттям, вона охоплює весь спектр професійних відгалужень етики: медичної, юридичної, педагогічної тощо.

Юридична етика – це вид професійної етики, що досліджує застосування загальних норм моралі під час здійснення специфічної професійної діяльності юристами, зокрема моральні проблеми, які виникають під час такого застосування [2, с. 38].

Одним із видів юридичної етики і є суддівська етика.

Щодо видів юридичної етики, в тому числі суддівської, то можна говорити про офіційну етику, корпоративну етику і традиційну етику.

Офіційна етика – це етичні вимоги, що містяться в правових нормах, невиконання яких може мати негативні наслідки (звільнення з посади, відсторонення від посади, відсторонення від справи).

Наприклад, у Законі України "Про статус суддів" від 15 грудня 1992 року [15] містилася вимога до судді "не допускати вчинків і будь-яких дій, що ганьблять звання судді і можуть викликати сумнів у його об'єктивності, неупередженості і незалежності". Це вимога Закону. Однак ця вимога носить і етичний характер, вимагаючи від судді високої моральності.

Законом України "Про судоустрій та статус суддів" від 7 липня 2010 року [17] законодавець чітко закріпив такі обов'язки як дотримуватися правил суддівського етики, виявляти повагу до учасників процесу, додержуватися присяги судді, які відносяться до обов'язків морально-етичного характеру. Одночасно, новим законом передбачено, що порушення таких обов'язків, зокрема систематичне або грубе одноразове порушення правил суддівської етики, що підриває авторитет правосуддя, є підставою для дисциплінарної відповідальності.

Корпоративна етика – це сукупність етичних правил, що містяться в документах, прийнятих добровільно представниками будь-якої професії, галузі, громадського об'єднання і обов'язкові до виконання особами, що до них належать. До таких правил відноситься Кодекс суддівської етики. Відповідно до вимог чинного законодавства таких Кодекс затверджується З'їздом судів України [17].

Крім офіційної та корпоративної етики існують взаємини, не врегульовані будь-якими правилами, крім вимог загальної вихованості і внутрішньої інтелігентності людини. Так, не повинен суддя образливо відгукуватися про роботу колег. Це вимоги традиційної етики.

У межах етики юридичної як окремого типу професійної існує спеціалізація за видами юридичної діяльності, що стосується й етики судді. О.С. Кобликов визначає суддівську етику як "сукупність правил поведінки

© Музиченко А., 2011

суддів, які забезпечують моральний характер їх професійної діяльності й позаслужбової поведінки" [7, с. 17]. З ним солідарний С.В. Подкопаєв, який вважає, що судді повинні дотримуватися таких правил, як-то: (а) загальновизнані норми моралі й поведінки, що існують у суспільстві; (б) стандарти, регулюючі службову діяльність, тобто вимоги, встановлені законодавством до професії судді; (в) суддівські стандарти, які стосуються позаслужбової поведінки й діяльності (наприклад, заборона займатися політичною діяльністю) [18, с. 15-22].

Отже, можемо визначити поняття "суддівська етика" як стандарти професійної поведінки суддів, що характеризуються наявністю підвищених моральних вимог, зумовлених високою відповідальністю їх праці.

До прийняття Закону України "Про судоустрій та статус суддів" від 7 липня 2010 року [17] в діючих на той час законах України "Про судоустрій України" [16] та "Про статус суддів" [15] питання етики судді не були чітко закріплені, лише у Законі України "Про статус суддів" від 15 грудня 1992 року містилася вимога до судді "не допускати вчинків і будь-яких дій, що ганьблять звання судді і можуть викликати сумнів у його об'єктивності, неупередженості і незалежності" [15], однак невиконання такого обов'язку не тягнуло за собою притягнення судді до відповідальності.

Новий Закон України "Про судоустрій та статус суддів" [17] закріпив за суддями такий обов'язок як дотримання правил суддівської етики (стаття 54 Закону).

Також, новелою Закону стало те, що особа, вперше призначена на посаду судді, складає присягу, відповідно до змісту якої кожен суддя, окрім інших вимог, повинен дотримуватися морально-етичних принципів поведінки судді, не вчиняти дій, що порочать звання судді та принижують авторитет судової влади [17].

Питання етики суддів визначаються Кодексом суддівської етики, що затверджується З'їздом суддів України (стаття 56 Закону) [17].

На даний момент в Україні діє Кодекс професійної етики судді, який був затверджений V З'їздом суддів України 24 жовтня 2002 року [8].

Відповідно до преамбули Кодексу, норми, зазначені у цьому Кодексі, не можуть застосовуватись як підстава дисциплінарної відповідальності суддів і визначати ступінь їх провини.

На даному етапі судової реформи виникає ситуація, що притягнути суддю до відповідальності за систематичне або грубе одноразове порушення правил суддівської етики, що підриває авторитет правосуддя можна, однак чіткого визначення що ж таке правила суддівської етики, невиконання яких може підірвати авторитет правосуддя законодавець не визначив.

Існує нагальна потреба у прискоренні роботи над Кодексом професійної етики судді. Для цього необхідно: а) узагальнити зауваження на існуючий варіант Кодексу та запити щодо його застосування; б) розробити правила, що конкретизують кожну зі статей та відповідні коментарі, особливо щодо зайняття іншою, окрім суддівської, роботою (наприклад, розмір винагороди для судді за діяльність не повинен перебільшувати такого ж розміру для будь-якої іншої особи); правила фінансової звітності та прийняття подарунків; в) змінити структуру кодексу, закріпивши вимоги до суддів у логічній послідовності. Це дозволить легше орієнтуватися у положеннях Кодексу.

Існує необхідність виключення із преамбули Кодексу професійної етики судді положення щодо неможливості розгляду зазначених у ньому правил: а) як підстави дисциплінарної відповідальності у випадку їх порушення; б) визначення ступеня вини суддів.

Негайна необхідність врегулювання зазначеного питання полягає в тому, що не кожен суддя є здатним визначити для себе конкретні межі дозволеного, особливо коли йдеться про морально-правові категорії, відображені у Кодексі.

Зміст такого Кодексу не може обмежуватися загальними моральними вимогами, а повинен детально розкривати правила поведінки судді під час здійснення ним професійної діяльності й поза нею, а також містити підстави й види його відповідальності за порушення норм цього правового акта.

Саме ним мають визначатися вчинки, несумісні зі званням судді, які ганьблять честь і гідність останнього. Так, С.В. Подкопаєв до таких вчинків відносить "дію (бездіяльність), що суперечить положенням Кодексу професійної етики судді, дає реальну і достатню підставу вважати, що обов'язок судді незалежно, чесно, неупереджено виконувати свої професійні обов'язки порушено, а так само дію (бездіяльність), що тягне за собою стійку негативну думку про моральне обличчя судді" [19, с. 104].

Моральні засади в суддівській діяльності необхідні для усунення формально-бюрократичної реалізації закону при дотриманні посадових інструкцій, для гармонійного поєднання його букви й духу. Справа в тому, що жоден закон не може бути настільки довершеним, щоб ніколи не вимагав додаткового тлумачення у випадку конкретного застосування. У цьому аспекті дуже багато залежить від судді, його особистісних, передусім моральних якостей. Суддівська етика не допускає обману, провокацій, прагнення досягти потрібного при розгляді справи результату за будь-яку ціну.

Дійсно, велике значення має обличчя судді, його зовнішній вигляд як в залі суду так і за його межами. Самовладання, спокій, коректність, повага до сторін, справжній, природній авторитет – це та основа, на якій може зростати переконливий вирок. До цього слід додати точні знання матеріалів справи та суверенне застосування процедурних правил. Не завжди все це разом узяте просто здійснити. Сторони сперечаються, стають агресивними, в тому числі, і по відношенню до суду, головуючий повинен втручатися, при необхідності, накласти штраф, видалити одну зі сторін із залу суду тощо. Це загрожує його неупередженості, так як у судді теж є нерви, які не слід перенапружувати. Один з найкращих компліментів на адресу судді, мабуть, той, коли він здатний в складних, іноді хаотичних процесах утримувати кермо в руках та переконливо представити винесення вироку. Якщо він повинен від імені держави як уповноважена особа виносити вироки щодо громадян, то це можливо лише тоді, коли він будь-якої хвилини може як з професійної так і з моральної тачки зору повністю виправдати свою особисту поведінку. Звісно, слід віддати належне тому, що суддя, як і звичайна людина, може мати уразливі місця, що і в нього трапляються помилки. І саме тому, що він це знає, він буде запобігати тому, щоб розігрувати з себе надлюдину, та виявлятиме розуміння щодо недоліків та вад в інших людях, і, взагалі, залишатиметься доброзичливим та помірним в усіх відношеннях.

Положення судді в суспільстві, його соціальна поведінка, мають велике значення для авторитету, який йому потрібен в його професії. По-перше, можна вимагати, щоб він, як громадянин своєї країни, поважав право та порядок також і в своєму приватному житті, і був, навіть, певним чином зразком для інших.

Звичайно, не можна від нього вимагати, щоб він з метою збереження своєї незалежності та неупередженості уникав суспільних контактів та поринав у саміт-

ність. Навпаки, він повинен знати життя людей, їх біди та проблеми. Він повинен бути в повному об'ємі частиною суспільства, бо лише таким чином він, взагалі, досягне здатності судити про людей та обставини справи. Правосуддя здійснюється не в пустому просторі. Воно інтегрує в собі все, що стосується людського буття.

Водночас, слід відмітити, що казуїстика коректної суддівської поведінки настільки велика, що навіть чітке перерахування в кодексі мало б мало сенсу. Прогалини були б однак запрограмовані. Впадає у вічі, що існує небагато опублікованих рішень про некоректну поведінку суддів. Та не мало б, мабуть, сенсу, розмірковувати про обов'язки суддів, якби проти явних порушень не існувало ніяких санкцій. При цьому встановлений у сучасних кримінальних кодексах основний принцип – жодної кари (тут: санкції) без закону – не може знайти застосування.

На даний час працювати потрібно в напрямку закріплення вищезазначених етичних засад, враховуючи при цьому міжнародно-правовий досвід і надбання вітчизняного законодавства у сфері судочинства.

У Російській Федерації це питання також є одним з відкритих, таких, що потребує скорішого вдосконалення.

Діючому Кодексу суддівської етики, затвердженому VI Всеросійським З'їздом суддів 2 грудня 2004 року [9] залишилося недовго діяти. Планується, що на найближчій раді суддів його змінять, причому радикально.

Нинішній Кодекс суддівської етики Російської Федерації, як і наш, містить в основному загальні положення. Суддівська спільнота також приходить до думи, що більшість з суддів і так приблизно уявляє, що таке добре і що таке погано. Між тим важливі саме деталі. Зараз, за словами суддів, їх кодекс не прописує чітких стандартів поведінки в тій чи іншій конкретній ситуації [15].

Можливо, тому судді не завжди можуть чітко зорієнтуватися, де та межа, через яку переступати не можна, і допускають помилки, за які потім несуть відповідальність

Втім, іноді ясність у голові може з'явитися від хорошого покарання або просто страху перед ним. Уберегти людей у мантіях від сумнівів і помилок, можливо, допоможе і нова шкала покарань, якщо вона буде прийнята.

Під час підготовки проекту нового Кодексу суддівської етики судді у розробників особливий інтерес викликала проблема використання суддями та працівниками судів різних соціальних мереж, систем миттєвих повідомлень, сайтів, блогів, особистих веб-сайтів і тому подібного. Чи діють особливі етичні норми для судді і в Інтернеті? Як виявилося, у США навіть у Мережі суддя повинен залишатися суддею і не забувати про честь [15].

В Америці етичні стандарти в Інтернеті ідентичні правилам використання інших засобів комунікації. Судді, що потрапив у віртуальний світ, не можна вести себе непристойно, коментувати справи, що знаходяться на розгляді суду, брати участь у забороненій політичної діяльності і так далі. Звичайно, в Мережі часом виникає ілюзія, що тебе ніхто ніколи не дізнається і можна писати що завгодно. Але що дозволено пересічному користувачеві, не дозволено судді, навіть якщо він зайшов у Мережу як би анонімно.

Мова йде про те, щоб, зберігши основні підходи, тим не менш сформулювати нові положення, які б визначали стандарти поведінки і пропонували варіанти дій у конкретній ситуації. Наприклад, як чинити, якщо поведінка судді може породити якийсь конфлікт інтересів. Наші колеги на Заході в подібних випадках звертаються в етичну комісію за консультацією. У нас це поки не прийнято.

В Україні рішенням Ради суддів України був створений Комітет з суддівської етики [21]. Однак, ніяких рішень, а тим більше звернень до такого комітету не було.

На даному етапі його діяльність взагалі видається сумнівною, оскільки повноважень бути одним з ініціаторів дисциплінарної відповідальності суддів вже немає.

Можливо, такий Комітет необхідно створювати при Вищій кваліфікаційній комісії України та при Вищій раді юстиції.

Напевно, можливість попередження конфліктних ситуацій варто прописати в новому Кодексі, і щоб Комітет з етики обов'язково розглядав звернення суддів і давав на них відповідь.

Закріплення правил поведінки судді як безпосередньо під час здійснення професійної діяльності, так і поза межами суду є вкрай важливим ще й з тієї причини, що з прийняттям нового Закону України "Про судоустрій та статус суддів" [17] порушення правил суддівської етики стало підставою для дисциплінарної відповідальності.

Так, відповідно до пункту 4 частини першої статті 83 Закону України "Про судоустрій та статус суддів" однією з підстав для дисциплінарної відповідальності судді є систематичне або грубе порушення правил суддівської етики, що підриває авторитет правосуддя [17].

Аналізуючи закріплену норму, можна дійти висновку, що для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності саме за такою підставою, слід виходити з того, що це повинне бути, по-перше, систематичне або одноразове грубе порушення правил суддівської етики; по-друге, таке порушення є таким, що підриває авторитет правосуддя.

Враховуючи внесені у законодавство про судоустрій зміни, а саме, що ініціатором звернення до Вищої кваліфікаційної комісії України (щодо суддів місцевих та апеляційних судів) чи до Вищої ради юстиції (щодо суддів вищих спеціалізованих судів та суддів Верховного Суду України) зі скаргою може бути кожен, кому відомі факти неправомірної поведінки судді, розроблення правил суддівської етики як раз і є одним з першочергових завдань, які слід врегулювати.

Завдання Кодексу професійної етики судді – інформування громадськості про моральний статус представника судової гілки влади. Судді мають знати, чого від них очікують, і суспільству теж це необхідно, щоб запобігти довільним стандартам у царині суддівської етики.

Зміст такого Кодексу не може обмежуватися загальними моральними вимогами, а повинен детально розкривати правила поведінки судді під час здійснення ним професійної діяльності й поза нею, а також містити підстави й види його відповідальності за порушення норм цього правового акта. Саме ним мають визначатися вчинки, несумісні зі званням судді, які ганьблять честь і гідність останнього.

Необхідно законодавчо передбачити можливість: а) офіційних роз'яснень і рекомендацій із боку уповноваженого органу з питань, пов'язаних із регулюванням суддівської поведінки; б) видання збірника рішень по дисциплінарним справам.

Відсутність чітко закріплених правил поведінки судді, з одного боку дозволяють останньому довільно трактувати саме поняття "суддівської етики", а з іншої сторони – це може бути посяганням на незалежність суддів, вплив на них під час прийняття рішень, оскільки за відсутності закріплених правил суддівської етики, притягнути до дисциплінарної відповідальності за їх порушення можна будь-якого суддю усіх ланок та інстанцій.

1. Бангалорські принципи поведінки суддів (Схвалені резолюцією 2006/23 Економічної та Соціальної Ради ООН від 27 липня 2006 р.) // Міжнародні стандарти незалежності суддів. Збірка документів / Укл. Міжнародний фонд "Центр суддівських студій". Видання здійснено за сприяння Швейцарської агенції з розвитку та співробітництва в рамках проекту "Підтримка судової реформи в Україні. Сприяння зміцненню незалежності суддів" – К., 2008. 2. Гребеньков Г.В. Фіолевський Д.П. Юри-

дична етика – К., 2004. 3. Етика. / За ред. В.О. Лозового. – К., 2004. 4. Европейская хартия о статусе судей // Российская юстиция. – 1999. – №7. 5. Європейська Хартія про статус суддів (від 10.07.1998 р.) // www.rada.gov.ua 6. Кобликов А.С. Юридическая этика: Учебник для вузов. – М., 1999. 7. Кодекс професійної етики судді: Вісник Верховного Суду України. – 2002. – №5. 8. Кодекс судейской этики // Российская юстиция. – 2005. – № 1-2. 9. Котов Д. П. Вопросы судебной этики. – М., 1976. 10. Куликов В. Судей тоже будут наказывать // Российская газета – Столичный выпуск . – 2010. – №5331 (252) – 9 ноября. 11. Международный пакт о гражданских и политических правах // Международные нормы о правах человека и применение их судами Российской Федерации. – М., 1996. 12. Оберто Д. Права и обязанности судей, их дисциплинарная ответственность // Этика судьи. – М., 2002. 13. Про концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів: Указ Президента України від 10 травня 2006 р. № 361 // www.president.gov.ua 14. Про статус суддів: Закон України від 15 грудня 1992 р. № 2862-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 24. 15. Про судоустрій України: Закон України від 7 лютого 2002 р. № 3018-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 27. 16. Про судоустрій та статус суддів: Закон України від 7 липня 2010 р. № 2453-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 41, / № 41-42; № 43; № 44-45. 17. Подкопаєв С.В. Дисциплінарна відповідальність суддів: Дис. канд. юрид. наук: 12.00.10 / Нац. юрид. акад. України. – Х., 2003. 18. Подкопаєв С. Етика суддів: міжнародний досвід та проблеми регулювання в Україні // Право України. – 2005. – № 6. 19. Подкопаєв С.В. Дисциплінарна відповідальність суддів: сутність, механізм реалізації. – Х., 2003. 20. Рішенням Ради суддів України від 18 січня 2008 р. № 17 Про утворення комітету Ради суддів України з питань професійної етики суддів // http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1077.1818.0 21. Рекомендація CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки // Рекомендації Ради Європи від 17.11.2010 № (2010)12 // http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_a38.

Надійшла до редколегії 30.03.11

В. Бажанов, асист.

ІСТОТНІ УМОВИ АВТОРСЬКИХ ДОГОВОРІВ

Публікація присвячена питанню істотних умов договорів в авторському праві України.
Ключові слова: договір; авторський договір; істотні умови.

Публикация посвящена вопросу существенных условий договоров в авторском праве Украины.
Ключевые слова: договор; авторский договор; существенные условия.

The article scrutinizes the problem of essential conditions of contracts in Ukrainian copyright law.
Keywords: agreement; copyright agreement; essential conditions.

Актуальність даної теми обумовлена послідовним розвитком договірних правовідносин в авторському праві України. Внаслідок укладення авторських договорів автори творів літератури, науки, архітектури, мистецтва тощо наділяються можливістю, перш за все, отримати винагороду за свою творчу інтелектуальну працю. Відповідно до ч.1 ст. 638 ЦК України договір є укладеним з моменту досягнення згоди сторонами стосовно усіх істотних умов договору. Отже, дослідження питання істотних умов авторських договорів є важливим та актуальним. Необхідно зазначити, що нинішній етап розвитку правової доктрини та законодавства у сфері авторського права характеризується виникненням дискусій стосовно визначення істотних умов авторських договорів. Вважаємо, між тим, що сучасний стан наукової розробленості даної проблематики обумовлений недостатністю ґрунтовністю теоретичних праць, що також свідчить про актуальність даного дослідження.

Теоретичну основу проведеного дослідження склали праці з права інтелектуальної власності наступних вчених: А.А. Амангельди, Ж.В. Завальної, А.О. Кодинця, О.В. Кохановської, В.М. Крижної, В.Є. Макоди, О.А. Підопригори, Р.Б. Шишки, а також, видатних спеціалістів у сфері договірного права: М.І. Брагінського, В.В. Вітрянського, О.С. Іоффе, та ін.

Нормативною базою дослідження є: Цивільний Кодекс України від 16 січня 2003 року, Закон України "Про авторське право і суміжні права" від 23 грудня 1993 року, Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів 1886 року, Всесвітня конвенція про авторське право 1952 року та ряд інших нормативних актів.

Метою даного дослідження є аналіз істотних умов авторських договорів з подальшою можливістю застосування результатів дослідження у розробці теоретичних рекомендацій та у практичній діяльності з укладання авторських договорів.

Об'єктом дослідження є цивільні договірні правовідносини у сфері авторського права.

Предметом дослідження є міжнародні акти, нормативно-правові акти України та практика їх застосування, наукові погляди, ідеї, концепції вітчизняних та іноземних вчених у сфері даної проблематики.

Методологічну основу дослідження склали наступні методи: діалектичний, історичний, порівняльно-правовий, формально-логічний, системно-структурний та інші. Перші два зазначені методи використовувалися при визначенні основних тенденцій розвитку договірних правовідносин у сфері авторського права. Порівняльно-правовий метод був застосований при дослідженні норм національного та зарубіжного права. Для виявлення суперечностей у понятійному апараті у сфері договірних правовідносин в авторському праві України застосовувався формально-логічний метод. За допомогою системно-структурного аналізу були досліджені норми законодавства України та зарубіжних країн у сфері договірних правовідносин в авторському праві.

Відповідно до ст. 31 Закону України "Про авторське право і суміжні права" від 23 грудня 1993 року (далі – Закон) автор (чи інша особа, яка має авторське право) може передати свої майнові права, зазначені у статті 15 цього Закону, будь-якій іншій особі повністю чи частково; передача майнових прав автора (чи іншої особи, яка має авторське право) оформляється авторським договором [14].

Отже, у Законі під авторським договором розуміється договір, відповідно до якого одна сторона договору (автор або інша особа) передає майнові права іншій стороні договору. Проте, дане визначення не можна визнати досконалим.

В юридичній літературі зустрічаються й інші визначення поняття "авторський договір". Наприклад, О.А. Підопригора сформулював наступне визначення даного поняття: "Авторський договір – це угода автора чи його правонаступників з іншими особами про вчинення відповідно до закону будь-яких дій з приводу володіння, користування та розпорядження твором" [21, с. 230]. Варто наголосити на тому, що дане визначення ґрунтується на матеріальній теорії інтелектуальної власності. Зміст матеріальної теорії інтелектуальної власності (її ще називають пропрієтарною теорією) зводиться до ототожнення права автора або інших осіб на результати творчої діяльності з правом власності на матеріальні об'єкти. Як зазначають науковці: "Сама по собі назва "Авторський договір" свідчить лише про те, що сторони уклали договір стосовно майнових прав

© Бажанов В., 2011

інтелектуальної власності на об'єкт авторського права" [13, с. 570]. А.А. Амангельди наводить інше визначення поняття авторського договору: "Авторський договір – це договір про використання творів науки, літератури та мистецтва, що укладається з автором або його правонаступниками, у результаті якого за винагороду передаються або надаються виключні права на твір, передача яких не заборонена законодавством" [2, с. 225]. На думку А.О. Кодинця авторський договір – це вид цивільно-правового договору, що спрямований на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків на об'єкти інтелектуальної власності [1, с. 238-239].

Вважаємо, що останні два наведених визначення найкраще розкривають сутність авторського договору, не зосереджуючись, зокрема, лише на його характеристиці з позицій права власності, а також відображають ряд істотних умов авторських договорів та їх суб'єктний склад.

Відповідно до ч.1 ст. 638 ЦК України договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Згода повинна бути досягнута стосовно всіх істотних умов договору, зокрема, щодо предмету, ціни, термінів тощо [3, с. 162]. Істотними вважаються умови, які необхідні та є достатніми для укладання договору. Це означає, що у випадку відсутності хоча б однієї з цих умов договір не визнається укладеним [11, с. 76]. Отже, на нашу думку, питання визначення істотних умов авторських договорів є надзвичайно важливим, оскільки, воно безпосередньо пов'язане з можливістю визнання авторських договорів укладеними або неукладеними. Для того, щоб сторони досягли згоди стосовно всіх істотних умов авторських договорів, кожна із сторін повинна бути обізнана у переліку та характеристиці згаданих істотних умов договору.

Згідно п.2 ч.1 ст. 638 ЦК України істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди.

Існує точка зору, що істотними умовами даних видів договорів є наступні: предмет, ціна, строк договору [18, с. 358]. Припускаємо, що під строком договору мається на увазі,саме, строк дії договору.

Проте, можна навести й інший перелік істотних умов для одного із видів авторських договорів. Мова йде про договір на право використання твору. Відповідно до ч.2 ст. 33 Закону України "Про авторське право та суміжні права" від 23 грудня 1993 року: "Договір про передачу прав на використання творів вважається укладеним, якщо між сторонами досягнуто згоди щодо всіх істотних умов (строку дії договору, способу використання твору, території, на яку поширюється передаване право, розміру і порядку виплати авторської винагороди, а також інших умов, щодо яких за вимогою однієї із сторін повинно бути досягнено згоди)" [14]. Згідно ст. 1112 ЦК України до істотних умов договору про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності, також належать такі умови, як: строк, способи та умови використання об'єкта замовником [17]. Необхідно також зазначити, що в ЦК Російської Федерації (далі – ЦК РФ), а саме, у ст. 1288 ЦК РФ містяться положення, проаналізувавши які можна дійти висновку, що істотною умовою договору авторського замовлення (який схожий за своєю конструкцією з договором про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності, що передбачений ЦК України) є умови про способи та умови використання об'єкта авторського права [7]. Згідно ч. 2 ст. 986 ЦК Білорусії умови про цілі та способи використання результату інтелектуальної діяльності є також істотними умовами договору про створення та використання результатів інтелектуальної діяльності [5]. У ч. 2 ст. 967 ЦК Казахстану зазначається, що істотними умовами договору про створення та використання результатів інтелектуальної творчої діяльності є умови про цілі та способи використання результату інтелектуальної творчої діяльності [6]. Відповідно до ст. 32 Закону Республіки Казахстан від 10 червня 1996 року "Про авторське право та суміжні права" істотними умовами авторського договору є наступні: способи використання твору (конкретні права, що передаються за договором); строк та територія, на які передається право; розмір винагороди та (або) порядок визначення розміру винагороди за кожний спосіб використання твору, порядок и строки його виплати, а також інші умови, які сторони визнають істотними для даного договору [2, с. 215].

Отже, проаналізувавши норми законодавства України та ряду інших країн, а також, врахувавши положення доктрини права інтелектуальної власності, можна зробити наступний висновок: за загальним правилом, для авторських договорів характерною є наявність трьох істотних умов (це умови про предмет, ціну та строк договору); але, у ряді випадків, зокрема, для таких видів авторських договорів, як договір на право використання творів та договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності, даний перелік істотних умов може бути розширений за рахунок умов про спосіб використання твору, територію на яку поширюється авторське право тощо.

У широкому розумінні предмет договору складає все те, що повинно бути здійснено під час (в результаті) його виконання. У вузькому розумінні предметом договору є дії, що є визначальними для даного договірного типу і дозволяють відрізнити його від інших типів договорів [10, с. 60].

Існує точка зору, що предметом авторського договору є об'єкт права інтелектуальної власності, права щодо використання якого передаються за договором; конкретні права, що передаються; способи використання зазначеного об'єкта тощо [18, с. 358]. Варто зазначити, що особливістю авторських договорів є те, що об'єктами їх виступають нематеріальні блага – твори науки, літератури, мистецтва тощо. Поширеною є думка, що вони стають об'єктом договору за умови, що вони виражені у такій об'єктивній формі, яка дає змогу відтворювати і тиражувати їх. Проте, об'єктом авторського договору можуть бути твори, уже створені на момент укладення договору, а також ті, які автор (співавтори) зобов'язується створити і передати для використання [21, с. 227]. Отже, можемо стверджувати, що об'єктом авторського договору можуть бути не тільки ті твори, які виражені в матеріальній формі. Наприклад, об'єктом договору про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності може бути твір, який на момент укладення договору не виражений в об'єктивній формі.

Вважаємо за необхідне зазначити, що потрібно розмежовувати поняття "предмет авторського договору" та "об'єкт авторського договору". Категорія "предмет" є більш широким поняттям, під ним розуміються відносини, що існують між сторонами; "об'єктом" даних відносин виступають матеріальні, духовні та інші матеріальна блага [1, с. 240]. На нашу думку, предметом авторських договорів доречніше вважати майнові правовідносини, які виникають відповідно до договору. Зокрема, до даних правовідносин належать дії, які особи зобов'язуються вчинити згідно договору, майнові права, що передаються за договором тощо. А об'єктом авторського договору виступають конкретні твори науки, літера-

тури, мистецтва тощо, які є створеними на момент укладення договору і втілені у відповідну форму, а також ті, які автор зобов'язується створити у майбутньому відповідно до договору. Для прикладу розглянемо предмет такого різновиду авторського договору, як видавничий договір: на відміну від об'єкта видавничого договору, яким є конкретний твір, його предметом виступають ті майнові права на даний твір, які автор передає користувачу [9, с. 107-108].

На думку Н.С. Кузнєцової існує юридичний об'єкт та матеріальний об'єкт зобов'язання. Під юридичним об'єктом розуміється певна поведінка особи, а під матеріальним об'єктом – певний об'єкт цивільних відносин (майно, гроші) [16, с. 149-150]. Отже, юридичним об'єктом авторських договорів є поведінка осіб (сторін договору), а матеріальним об'єктом виступають конкретні твори науки, літератури, мистецтва тощо.

Перейдемо до дослідження ціни як однієї із істотних умов авторських договорів.

Як відомо, ціна – це певна грошова сума, сплачувана покупцем за одержану від продавця річ [20, с. 297]. У свою чергу, ціна договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності – це винагорода, яка має бути сплачена авторові (співавторові, спадкоємцям, правонаступникам) за використання об'єкта права інтелектуальної власності. Винагорода визначається угодою між сторонами. В авторському договорі може бути зазначений конкретний розмір винагороди або порядок визначення винагороди, а також строки виплати [2, с. 216]. Винагорода може здійснюватися у формі одноразового платежу, відрахувань за кожний проданий примірник чи кожне використання твору [4, с. 146]. Виплата винагороди частинами називається роялті. Роялті – це платежі будь-якого виду, що вносяться як винагорода (компенсація) за використання або надання дозволу на використання об'єктів інтелектуальної власності [8, с. 1008]. Слід врахувати, що існує й інший підхід до визначення поняття "роялті": це вид платежу, який платить ліцензіат ліцензіару протягом усього строку дії ліцензійного договору чи у вигляді відсотка від суми прибутку чи суми обороту від випуску продукції або диференційованої ставки з ліцензійної продукції [12, с. 146]. Як бачимо, у даному визначенні роялті розглядається у більш вузькому значенні, у порівнянні з першим визначенням, а саме, у площині ліцензійного договору.

Варто наголосити також на тому, що ставки авторської винагороди не можуть бути нижчими за мінімальні ставки, встановлені Кабінетом Міністрів України [15].

Необхідно також зазначити, що поняття "роялті" міститься і в нормативних актах, наприклад, у п. 225 ч.1 ст. 14 Податкового кодексу України від 02 грудня 2010 року; у п. 30 ч. 1 ст. 1 Закону України "Про оподаткування прибутку підприємств" від 28 грудня 1994 року; у Постанові КМУ від 18 січня 2003 року "Про затвердження мінімальних ставок винагороди (роялті) за використання об'єктів авторського права і суміжних прав".

Наступною істотною умовою авторських договорів, яка буде розглянута, є строк дії авторського договору.

Строки розглядаються за їх місцем у системі юридичних фактів цивільного права. Найчастіше їх відносять до подій, маючи на увазі закінчення часу (строку). Строк обмежує дію суб'єктивних прав та обов'язків у часі [19, с. 575].

Згідно ч.1 ст. 251 ЦК України строк – це певний період у часі, зі спливом якого пов'язана дія чи подія, яка має юридичне значення [17].

Строк виконання зобов'язання може бути встановлений актом цивільного законодавства, договором або випливати із сутності зобов'язання чи звичаїв ділового обороту [16, с. 172].

Строк дії авторського договору встановлюється за угодою сторін, проте, він не може перевищувати строк дії авторських прав. Дискусійним залишається питання, чи є строк істотною умовою авторського договору. На нашу думку, строк є істотною умовою авторського договору за загальним правилом. Проте, варто наголосити на тому, що відповідно до ч.3 ст. 1110 ЦК України надається можливість укладення ліцензійного договору без зазначення строку дії договору: "У разі відсутності у ліцензійному договорі умови про строк договору він вважається укладеним на строк, що залишився до спливу строку чинності виключного майнового права на визначений у договорі об'єкт права інтелектуальної власності, але не більше ніж на п'ять років. Якщо за шість місяців до спливу зазначеного п'ятирічного строку жодна із сторін не повідомить письмово другу сторону про відмову від договору, договір вважається продовженим на невизначений час. У цьому випадку кожна із сторін може в будь-який час відмовитися від договору, письмово повідомивши про це другу сторону за шість місяців до розірвання договору, якщо більший строк для повідомлення не встановлений за домовленістю сторін" [17].

Важливим є питання строку як істотної умови авторських договорів стосовно передачі виключних майнових прав (мова йде не про користування авторськими правами). На нашу думку, не можна зазначити у даному виді авторських договорів строк, менший за строк дії майнових авторських прав. Адже, якщо, наприклад, строк дії договору буде становити 10 років, то, що тоді відбуватиметься з виключними майновими правами після закінчення строку дії договору? Іноді, сторони договору укладають договори щодо передачі виключних майнових прав на невизначений строк. Проте, з нашої точки зору, у даному договорі необхідно зазначати, що договір діє протягом строку дії майнових прав автора, оскільки, відповідно до Глави 18 ЦК України строк має бути чітко визначений, а строк дії майнових прав автора чітко визначений у законодавстві України.

Існує точка зору, відповідно до якої, якщо в авторському договорі не передбачено умову про територію, на яку поширюється авторське право, то чинність права поширюється на всю територію України [21, с. 232]. Підтвердження вірності даної думки знаходимо у законодавстві України, а саме, у ч. 7 ст. 1109 ЦК України, в якій зазначено, що, у разі відсутності в ліцензійному договорі умови про територію, на яку поширюються надані права на використання об'єкта права інтелектуальної власності, дія ліцензії поширюється на територію України. Отже, можемо зробити висновок, що умова про територію, на яку поширюється дія майнових авторських прав, за загальним правилом, не є істотною умовою авторських договорів (як уже зазначалося, виняток стосується договорів на право використання творів).

Спосіб використання твору як істотна умова авторського договору зустрічається в положеннях Закону, які стосуються договору на право використання творів, та в положеннях ст. 1112 ЦК України, яка присвячена договору про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності.

Способи використання твору можуть бути різними, наприклад: переклад твору, відтворення твору, публічне виконання твору, публічний показ твору, переробка, адаптація, аранжування твору та ін.

На основі проведеного дослідження можна зробити наступні висновки:

1) На даний момент існує багато визначень поняття "авторський договір", проте, ряд з них ґрунтуються на

матеріальній теорії інтелектуальної власності, що не відповідає сучасному стану розвитку правовідносин у сфері інтелектуальної власності. Зокрема, у законодавстві України та на доктринальному рівні зазначається, що право власності та право інтелектуальної власності – не тотожні поняття;

2) У законодавстві та доктрині права не існує чітко визначеного переліку істотних умов авторських договорів. Вважаємо, що у більшості випадків, істотними умовами даних видів договорів є умови про предмет, ціну та строк договору. Проте, у законі можуть бути передбачені й інші істотні умови щодо різних видів авторських договорів (наприклад, спосіб використання твору, територія тощо). Якщо в авторському договорі відсутні істотні умови, даний договір можливо визнати неукладеним.

3) На даний час існує практика укладання авторських договорів на невизначений строк. На нашу думку, це суперечить вимогам Глави 18 ЦК України стосовно того, що строк, а отже, і строк дії договору, має бути чітко визначений. Пропонується наступне вирішення даного питання: в авторському договорі можна зазначати, що договір діє протягом строку дії майнових прав автора;

4) Необхідно розмежовувати поняття "предмет авторського договору" та "об'єкт авторського договору", оскільки вони не є тотожними. Категорія "предмет" є більш широким поняттям. На нашу думку, предметом авторських договорів доречніше вважати майнові правовідносини, які виникають відповідно до договору. А об'єктом авторського договору виступають конкретні твори науки, літератури, мистецтва тощо, які є створеними на момент укладення твору, а також ті, які автор зобов'язується створити у майбутньому відповідно до договору.

1. Альманах цивилистики: Сборник статей. Вип. 3 / Под ред. Р.А. Майданика – К.: Алерта; КНТ; Центр учебной літературі, 2010. – 332 с. 2. Амангельды А.А. Договоры в сфере интеллектуальной собственности по законодательству Республики Казахстан. Алматы: ИЦ ОФ Интерлигал, 2010. – 344 с. 3. Веретельник Л.К. Систематизація договорів у цивільному праві: дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: 12.00.03/ Л.К. Веретельник – Х. : національний університет внутрішніх справ, 2007. – 199 с. 4. В.О. Потєхіна. Інтелектуальна власність: Навч. пос. – К.: Центр учбової літератури, 2008. – 414 с. 5. Гражданский кодекс Республики Беларусь от 7 декабря 1998 года. [Електронний ресурс]. – Режим доступу:http://pravo.levonevsky.org/kodeksby/gk/20110115/index.htm 6. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть) от 1 июля 1999 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://e.gov.kz/wps/wcm/connect/ 7. "Гражданский кодекс Российской Федерации часть четвертая", подписан 18 декабря 2006 года. [Електронний ресурс]. – Режим доступу:http://base.garant.ru/10164072/ 8. Договірне право України. Особлива частина : навч. посіб. / Т.В. Боднар, О.В. Дзера, Н.С. Кузнєцова та ін.: за ред. О.В. Дзери. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – 1200 с. 9. Завальная Ж.В. Видавничий договір як вид авторського договору : дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.03 / Ж.В. Завальная – К. : Інститут держави і права ім. В.М. Корецького, 2001. – 195 с. 10. І.А. Діковська. Правове регулювання повітряних перевезень за участю фактичного перевізника. – К.: "К.І.С.", 2010. – 200 с. 11. Иоффе О.С. Избранные труды: В 4 т. Т. III. Обязательственное право. – СПб.: Издательство "Юридический центр Пресс", 2004. – 837 с. 12. Понікаров В.Д., Єрмоленко О.О., Медведев І.А. Авторські права та інтелектуальна власність: Підручник. – Х.: ВД "ІНЖЕК", 2008. – 304 с. 13. Право інтелектуальної власності: Акад. курс. Підруч. для студ. вищих навч. закладів / О.П. Орлюк, Г.О. Андрощук, О.Б. Бутнік-Сіверський та ін.; За ред. О.П. Орлюк, О.Д. Святоцького. – К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 2007. – 696 с. 14. "Про авторське право і суміжні права". Закон України від 23 грудня 1993 року, у редакції від 06 січня 2004 року. Відомості Верховної Ради України від 29.03.1994 – 1994 р., № 13, стаття 64. 15. "Про затвердження мінімальних ставок винагороди (роялті) за використання об'єктів авторського права і суміжних прав". ПКМУ від 18 січня 2003 р. N 72. Урядовий кур'єр від 07.02.2003 – № 24. 16. Т.В. Боднар Договірні зобов'язання в цивільному праві: (Заг. положення): Навч. посіб. – К.: Юстініан. – 280 с. 17. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року. Відомості Верховної Ради України від 03.10.2003 – 2003 р., № 40, стаття 356. 18. Цивільне право України. Договірні та не договірні зобов'язання: Підручник (2-е вид., змін. та доп.) / С.С. Бичкова, І.А. Бірюков, В.І. Бобрик та ін.; За заг. ред. С.С. Бичкової. – К.: КНТ, 2008. – 498 с. 19. Цивільне право України. Загальна частина: підручник / за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової, Р.А. Майданика. – 3-тє вид., перероб. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 976 с. 20. Цивільне право України. Особлива частина: підручник / за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової, Р.А. Майданика. – 3-тє вид., перероб. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 1176 с. 21. Цивільне право України: Підручник: У 2 кн. / О.В. Дзера (кер. авт. кол.), Д.В. Боброва, А.С. Довгерт та ін.; За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової. – 2-е вид., допов. і перероб. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Кн. 2. – 640 с.

Надійшла до редколегії 30.03.11

УДК 351.778

А. Сосемко, здобувач

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ ПАЦІЄНТІВ ПРИ НАДАННІ МЕДИЧНИХ ПОСЛУГ З ДЖЕРЕЛАМИ ІОНІЗУЮЧОГО ВИПРОМІНЮВАННЯ

Проаналізовано стан адміністративно-правових аспектів правового захисту пацієнтів в Україні при наданні медичних послуг з використанням джерел іонізуючого випромінювання.

Ключові слова: правовий захист пацієнтів, медичні послуги, джерела іонізуючого випромінювання, радіаційна безпека.

В статье проанализировано состояние административно-правовых аспектов правовой защиты пациентов в Украине при оказании медицинских услуг с использованием источников ионизирующего излучения.

Ключевые слова: правовая защита пациентов, медицинские услуги, источники ионизирующего излучения, радиационная безопасность.

The article deals with the analysis of administrative, legal aspects of legal defence of patients of Ukraine at providing of medical services with the use of sources of ionizing radiation.

Key words: legal defences of patients, medical service, sources of ionizing radiation, radiation safety.

Широке розповсюдження у останньому десятиріччі нових медичних технологій з використанням джерел іонізуючого випромінювання, як за кордоном так і в Україні, призвело до кардинальної зміни якості надання медичних послуг пацієнтам, суттєво збільшило обсяги діагностичної інформації для прийняття рішення щодо можливості ефективного хірургічного втручання, розширило можливості лікування онкологічних хворих.

Одночасно спостерігається тенденція до різкого зростання доз опромінення пацієнтів при діагностичних обстеженнях, та хірургів при інтервенційних втручаннях. У той же час, у променевій терапії зросли ризики скоєння радіаційних аварій та ненавмисного переопромінення людей при лікуванні.

У світі це викликало підвищену увагу медичних професіоналів та органів регулювання радіаційної безпеки до оптимізації медичного опромінення пацієнтів та персоналу, покращення стану їх правового та радіаційного захисту.

Періодично у світі при використанні джерел іонізуючого випромінювання у медичній практиці стаються випадки масового переопромінення людей, у тому числі і летальні випадки [15]. Однак таким випадкам надається широка гласність, причини їх виникнення аналізуються і вживаються заходи щодо їх недопущення у подальшому. В Україні ж про такі випадки інформоване дуже вузьке коло фахівців без адекватної реакції компетентних у сфері регулювання радіаційної безпеки органів. Тому

© Сосемко А., 2011

реальні наслідки медичного опромінення в Україні потребують додаткового поглибленого вивчення, оскільки реєстрація ускладнень променевої терапії організована не належним чином.

При тенденції до поліпшення стану матеріальної бази рентгенорадіологічної служби її загальний стан залишається все ще складним і не відповідає міжнародним стандартам. Усе це вимагає невідкладних заходів з впровадження сучасних підходів до забезпечення радіаційної безпеки при використанні джерел іонізуючого випромінювання у медичній практиці.

І звичайно ж подальше розширення використання сучасних високоінформативних, але і високодозних рентгенорадіологічних методів, таких як позитронно-емісійна томографія, комп'ютерна томографія, ангіографія, інтервенційні методи практично неможливе при існуючих підходах до організації і забезпеченні протирадіаційного захисту пацієнтів і персоналу у медичній рентгенології і радіології.

У всьому цивілізованому світі на початку 90 років минулого тисячоліття у сферу використання ядерної енергії, у тому числі і при використанні джерел іонізуючого випромінювання у медичній практиці, розпочала впроваджуватись система забезпечення якості, спрямована на захист персоналу і навколишнього середовища, зменшення доз опромінення пацієнтів при рентгенорадіологічних дослідженнях та оптимального опромінення пацієнтів при радіотерапії [3, 4, 14]. Крім незначного переліку обладнання для оцінки різних характеристик випромінюючих апаратів, підготовки фахівців – медичних фізиків, і перш за все доброї волі всього персоналу установи, де використовуються джерела іонізуючого випромінювання, система забезпечення якості нічого особливого не вимагає.

При очевидній користі системи забезпечення якості, підтвердженій вже десятиліттями в атомній енергетиці за рубежем і в Україні та у медичній сфері за рубежем, вітчизняна медична рентгенологія і радіологія демонструє надзвичайно високий імунітет до цього нововведення, не зважаючи що з 1 січня 2010 р. в Україні набрав чинності нормативно-правовий акт "Вимоги до системи управління якістю проведення діагностичних та терапевтичних процедур з використанням джерел іонізуючого випромінювання", зареєстрований в Міністерстві юстиції України 29 жовтня 2008 р. за № 1054/15745.

Основна причина такої ситуації у медичній рентгенології і радіології на мій погляд, перш за все, у проблемах регулювання радіаційної безпеки у цій сфері.

Міністерство охорони здоров'я України відповідно до його Положення здійснює державне управління сферою охорони здоров'я і йому належить регулювати радіаційну безпеку (ліцензування, нормування, нагляд тощо) при використанні джерел іонізуючого випромінювання у медичній практиці та інших галузях, крім атомного промислового комплексу.

Таке суміщення управляючих і регулюючих функцій протиричіть фундаментальним положенням тематичних міжнародних документів і Концепції державного регулювання безпеки та управління ядерною галуззю в Україні [5]. Розмежування цих повноважень у міністерстві через покладання функцій забезпечення радіаційної безпеки на заступника Міністра охорони здоров'я, відповідального за лікувально-профілактичну діяльність, а регулювання радіаційної безпеки у медичній галузі на Головного Державного санітарного лікаря України себе не виправдало оскільки обидві ці посадові особи є заступниками Міністра охорони здоров'я України. Які ж наслідки такого суміщення регулюючих і управляючих функцій?

Звертає на себе увагу також те, що таки важливі документи як "Основні санітарні правила протирадіаційного захисту України" (ОСПУ) [8] та "Основні санітарні правила забезпечення радіаційної безпеки України" [9] були введені в дію лише у 2001, 2005 роках. Тобто вітчизняні фахівці отримали від Міністерство охорони здоров'я України "Норми радіаційної безпеки України (НРБУ-97)" [7] у 1997 році, але ще 4 роки не мали документа, який би регламентував шляхи досягнення цих норм і перш за все нових, у 2,5 раз нижчих за попередні, дозових лімітів. І це в країні, на території якої сталася Чорнобильська катастрофа.

Крім того, в Україні до цього часу не розроблена для практичного використання єдина методика для реалізації принципу оптимізації радіаційного захисту, який зобов'язує знижувати дози поточного опромінення персоналу та населення, в тому числі колективні, а також імовірності критичних подій та доз потенційного опромінення, що викликаються ними, настільки, наскільки цього можна досягти з урахуванням соціальних та економічних факторів.

Фахівцям стає зрозуміло, що неможливо реалізовувати оптимізаційний принцип радіаційного захисту, а відтак і регулювати питання радіаційної безпеки в Україні взагалі, без відсутності даних про колективну дозу опромінення всього населення і окремих критичних груп, структуру цієї дози за різними показниками, у тому числі і віковими.

А це, в свою чергу, неможливо без Єдиної державної системи контролю та обліку індивідуальних доз опромінення населення. Проте, незважаючи на дві постанови Кабінету Міністрів України з цього питання від 1999 [12] і 2001 років [13] така система не створена до цього часу, а такий важливий для медичної рентгенології нормативний документ, як "Гігієнічні вимоги до влаштування та експлуатації рентгенівських кабінетів і проведення рентгенологічних досліджень", був поданий у Міністерство охорони здоров'я України в 2001 році а затверджений лише у 2007.

Зволікання зі створенням Єдиної державної системи контролю та обліку індивідуальних доз опромінення населення України є вкрай необачливим як з точки зору безпеки громадян так і стану їх правового захисту.

Відомо, що Конституція України забезпечує громадянам права людини на життя, працю та безпеку у екологічно сприятливому середовищі. Для забезпечення реалізації цих прав постійно удосконалюються державні системи регулювання суспільних відносин, переважно у тих сферах життєдіяльності, де стикаються різні за цілями інтереси, або використовуються потенційно небезпечні за своєю природою та складні для здійснення дієвого громадського контролю інноваційні технології [1].

З огляду на те, що в Україні правове регулювання управління в галузі охорони здоров'я громадян та інших фізичних осіб, які на законних підставах перебувають на її території, здійснюється згідно вимог Основного Закону України, у статті 49 якого чітко визначено, що кожен громадянин має право на охорону здоров'я [6].

Саме тому, на мій погляд, найближчі перспективи розвитку адміністративного права на сучасному етапі, в основному, повинні бути пов'язані безпосередньо з домінуючими в суспільстві тенденціями щодо подальшої гуманізації науки, зміщення її позицій від владного бюрократизму держаних інституцій та їх чиновників, у бік надання реальних якісних послуг населенню, пошуку шляхів вирішення проблем реалізації його прав, зокрема в сфері охорони здоров'я під час діагностичних та

терапевтичних процедур із використанням джерел іонізуючого випромінювання.

Вивчення комплексу проблем, які мають пряме відношення до стану нормативно-правової бази, пов'язаної із забезпеченням надійного рівня радіаційного захисту персоналу та пацієнтів при медичному застосуванні джерел іонізуючого випромінювання, дозволяє стверджувати про необхідність урахування таких важливих його аспектів як підвищення ефективності функцій державної виконавчої влади, зусилля спрямовані на подальше врегулювання, оптимізацію та удосконалення суспільних правовідносин при формуванні довіри населення до влади.

Шляхи пошуку правового реформування та вирішення проблем реалізації належного рівня правового захисту населення при наданні відповідних послуг у медичній сфері та підготовки фахівців з медичної фізики, викликали підвищену увагу світової спільноти, ряду громадських організацій, правозахисників, медичних професіоналів та органів регулювання радіаційної безпеки до проблем оптимізації медичного опромінення пацієнтів та персоналу, покращення їх правового та радіаційного захисту.

До основних висновків, які були зроблені науковцями та практиками у сфері юриспруденції та медичної фізики за результатами проведених досліджень, були тези про необхідність якісної зміни стану нормативно-правового та радіаційного захисту пацієнтів і медичного персоналу при впливі на них іонізуючого опромінення наступними напрямами :

- розробка та удосконалення нормативно-правової та методичної бази;
- покращання технічного стану парку апаратури;
- дозиметрія;
- забезпечення міжнародних стандартів якості при наданні медичних послуг із використанням джерел іонізуючого випромінювання;
- проведення об'єктивного клінічного аудиту;
- навчання, підготовка та підвищення кваліфікації медичного персоналу;
- підготовка з урахуванням міжнародного досвіду та вимог освітньо-кваліфікаційних характеристик рівня "бакалавр", "магістр" фахівців з медичної фізики (вперше в Україні) [11].

При цьому слід зазначити, що основними критичними факторами ризиків додаткового або неконтрольованого опромінення людей в Україні є:

- використання більше 72% застарілого терапевтичного та діагностичного обладнання;
- недостатній контроль дозоформуючих параметрів рентгенодіагностичних апаратів;
- недостатній рівень підготовки радіологів та контролю якості обладнання;
- незабезпечення вимірювань вхідної дози при рентгенодіагностичних дослідженнях (відхилення від стандартної дози опромінення більше ніж у 125 разів);
- несвоєчасне технічне обслуговування;
- недостатня кваліфікація персоналу при впровадженні інноваційних радіаційних технологій [2].

Гострою проблемою є також використання в Україні стандарту СРСР на рентгенівське медичні апарати, якому вже майже 30 років (ГОСТ 26140 – 84), в результаті чого до цього часу не враховані вимоги до сучасної апаратури, зокрема до томографів.

У той час, коли в більшості країн діють міжнародні стандарти IEC 61223-2-6-2003 та IEC 61267-2001, даний застарілий стандарт із радянського минулого, дозволяє використовувати медичне обладнання, яке не відповідає сучасним вимогам радіаційного захисту, що призводить до непоодиноких фактів порушення конституційних прав наших громадян, насамперед у сфері охорони здоров'я.

Саме тому, у відповідності до рекомендацій та пропозицій міжнародних місій IRRS на Міністерство охорони здоров'я та Державну інспекцію ядерного регулювання України було покладено виконання ряду першочергових кроків, спрямованих на покращення правових, технічних та інших складових радіаційного захисту пацієнтів та персоналу при медичному застосуванні джерел іонізуючого випромінювання. Основні напрями проведення правової реформи в цій сфері та алгоритм реалізації відповідних науково-обгрунтованих заходів, затверджено розпорядженням Кабінету Міністрів України від 08.10.2008 р. № 1307-р "Про затвердження Плану заходів з імплементації рекомендацій та пропозицій місії МАГАТЕ", яким було передбачено:

- проведення аналізу Основних санітарних правил забезпечення радіаційної безпеки України, Норм радіаційної безпеки України (НРБУ-97), доповнень до норм радіаційної безпеки України (НРБУ-97/Д-2000) щодо їх відповідності стандартам МАГАТЕ та у разі потреби підготовка пропозицій щодо внесення змін;
- порівняльне вивчення змісту державних санітарних правил і норм "Гігієнічних вимог до влаштування та експлуатації рентгенівських кабінетів і проведення рентгенологічних процедур" щодо їх відповідності стандартам МАГАТЕ та у разі потреби підготовка пропозицій щодо внесення змін;
- підготовка і затвердження плану розроблення державних стандартів на медичне обладнання з джерелом іонізуючого випромінювання, процедур та методик тестування такого обладнання;
- вжиття заходів до впровадження єдиної державної системи контролю та обліку індивідуальних доз опромінення.

Знаковим моментом державного підходу до вирішення зазначених проблем є організація виконання вимог Указу Президента України "Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 13.10.2009 "Про забезпечення національних інтересів України у сфері використання ядерної енергії" та розробка плану заходів щодо приведення практики використання джерел іонізуючого випромінювання у медицині у відповідність з вимогами національних та міжнародних документів з радіаційної безпеки, підготовку концепції державної програми переоснащення радіологічних підрозділів медичних закладів, з урахуванням максимального використання можливостей та обладнання вітчизняного виробника.

Актуальність здійснення адміністративно-правового супроводження заходів, спрямованих на покращення радіаційного захисту при медичному опроміненні (як персоналу, так і пацієнтів), потребує постійних скоординованих зусиль центральних органів виконавчої влади, широкого кола професійних фахівців у сфері юриспруденції, медицини, освіти.

1. Голосніченко І.П., Стахурський М.Ф., Золотарева Н.І. Адміністративне право України: основні поняття. Навчальний посібник. – ГАН, 2005. – 161 с. 2. Доповідь про стан ядерної та радіаційної безпеки в Україні у 2009 році. Державний комітет ядерного регулювання України. 2010. – 90 с. 3. Иванов С.И., Акопова Н.А., Баранова А.В. и др. Гиеническая оценка єксплуатаионных параметров рентгендиагностической аппаратуры / Современные проблемы обеспечения радиационной безопасности населения: Сборник докладов и тезисов конференции-СПб, 2006. – 107-108. 4. Иванов С.И., Михайлов М.К., Рыжкин С.А. и др. Инструментальный контроль и учет эффективных доз облучения пациентов как елемент обеспечения качества медицинских рентгендиагностических процедур // Современные проблемы обеспечения радиационной безопасности населения: Сборник докладов и тезисов конференции-СПб, 2006. – 109-111. 5. Концепція державного регулювання безпе-

ки та управління ядерною галуззю України / Схвалена постановою Верховної Ради України від 25.01.94. № 3871-XII. 6. Конституція України. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, N 30, Ст. 141. 7. Норми радіаційної безпеки України (НРБУ-97); Державні гігієнічні нормативи. К., 1998. 8. Основні санітарні правила протирадіаційного захисту України. Державні санітарні правила ДСП 6.074.120-01. К., 2001. 9. Основні санітарні правила забезпечення радіаційної безпеки України. Затверджені наказом Міністерства охорони здоров'я України від 02.02.05 № 54, зареєстровані в Міністерстві юстиції України 20.05.2005 р № 552/10832. Офіційний вісник України від 24.06.2005 – 2005 р., № 23, стор. 197, 1322. 10. Пилипенко М.І., Розенфельд Л.Г., Рогожин В.О. Забезпечення якості в радіотерапії // Український радіологічний журнал. – 2000. – № 8. – С. 303-309. 11. Постанова КМУ від 27 серпня 2010 р. № 787 "Про затвердження переліку спеціальностей, за якими здійснюється підготовка фахівців у вищих навчальних закладах за освітньо-кваліфікаційними рівнями спеціаліста і магістра". 12. Про порядок створення єдиної державної системи контролю та обліку індивідуальних доз опромінення населення. Постанова КМУ від 16.03.1999 № 406. 13. Про затвердження порядку створення єдиної державної системи контролю та обліку індивідуальних доз опромінення населення". Постанова КМУ від 23.04.2001, № 379. 14. Радиологическая защита при медицинском облучении ионизирующим излучением/Руководство по безопасности: серия норм безопасности, № RS-G-1.5//МАГАТЭ. Вена. – 2004. 99 с. 15. Summary of ASN report n° 2006 ENSTR 019 – IGAS n° RM 2007-015P on the Epinal radiotherapy accident, submitted by Guillaume WACK (ASN, the French Nuclear Safety Authority) and Dr Francoise LALANDE, member of the Inspection Generate des Affaires Socials (General Inspectorate of Social Affairs), in association with Marc David SELIGMAN. – Republique Francaise. General Inspectorate of Social Affairs: Centre de traduction Minefi-Dossier n0 0466-07 – 16/03/2007. – 2007. – 7 p.

Надійшла до редколегії 30.03.11

З. Макарова, асп.

ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ ІНСТИТУТУ ГЛАВИ УРЯДУ ГЛАВИ УКРАЇНИ В РУСЬКІЙ ДЕРЖАВІ

Стаття присвячена питанням історії становлення інституту глави уряду періоду Руської держави.
Ключові слова: періодизація, виконавчі функції, органи державного управління.

Статья посвящена вопросам истории становления института главы правительства периода Русского государства.
Ключевые слова: периодизация, исполнительные функции, органыгосударственного управления.

The article is devoted to the history of its development period, the head of government of the Russian state.
Keywords: periods, executive functions, state administration bodies.

Періодизація розвитку виконавчої влади має важливе значення для опанування предмету діяльності прем'єр-міністра України. В основу загальної періодизації покладено проблемно-хронологічний принцип поділу процесу розвитку державно-правих форм, факторів та явищ на території України.

Перед нами постає завдання необхідності обґрунтування структурно-функціональних змін статусу глави уряду, а саме без осмислення минулого, яким би складним і суперечливим воно не було, неможливо творити нову виконавчу владу в державі.

Теоретичним та науковим підґрунтям цього дослідження виступили праці таких вчених як П. Музиченка, М. Брайчевського, С. Серегіна, І. Терлюка, Г. Швидька, А. Чайковського та інших.

Завдяки вивченню особливостей функціонування державних установ та інститутів права в конкретних історичних умовах України ми зможемо здійснити наукову систематизацію та періодизацію у хронологічній послідовності діяльності глави виконавчої влади та прослідкувати радикальну трансформацію системи виконавчої влади.

Руська держава

Як тип державності виникла близько середини I тис. н.е. внаслідок складного і тривалого процесу політичної консолідації східнослов'янських племен. Руська держава існувала у різних формах і на різних рівнях як Києво-Руська, Галицько-Волинська та Литовсько-Руська держава.

I. Ранньофеодальна держава Київська Русь

Навколо проблем форми державного ладу Київської Русі, його сутності й характеру точилися і точаться гострі дискусії. Одні вчені, як, наприклад, російський академік Борис Рибаков,стверджують, що то була "ранньофеодальна імперія". Інші – головно українські фахівці вважають, що то була своєрідна "конфедерація самостійних князівств". Треті – переважно західні вчені українського походження – доводять, що то була поліетнічна співдружність незалежних держав" [28;6].

Отже, за формою правління Київську Русь можна назвати ранньофеодальною монархією.

Безперечно, Київська Русь не була державою в сучасному розумінні цього слова, а лише періодично набувала ознак "клаптикової" ранньофеодальної імперії, між князівської федерації або конфедерації [29;2]. Окремі історики, зокрема М. Брайчевський, вважають, що вона не набула завершального монархічного устрою і протягом усієї своєї історії тяжіла до республіканських форм правління [59;1].

У давньоруській державі домінуючим джерелом права було звичаєве право, в основі якого лежав правовий звичай, міжнародні договори з греками, договори князів між собою, договори князів з народом і дружиною, княжі устави та уроки, церковні устави, рецепція візантійського права. "Руська Правда" – перший кодифікований збірник правових норм Київської Русі, який поклав початок формуванню інституту права [62;1].

Вищим органом влади Київської держави була влада великого князя. Працями дослідників Д. Самоквасова, О. Толочко доведено, що інститут князівської влади – давній звичаєвий інститут. Слово "князь" походило від слова "кінь", і попервах означало "людину, що сидить на коні, військового ватажка" [30;6]. В його руках була зосереджена законодавча, виконавча і судова влада. Його влада була фактично необмеженою, однак тільки за однієї умови – якщо народ висловлював до нього недовіру і не вважав за потрібне втручатися в його діяльність [59;1]. Виконавчу владу князь здійснював з допомогою своїх урядовців [18;8].

Чітко визначених органів управління в Київській Русі не було.

Києво-Руській державі були властиві дві системи управління.

До X ст. у Київській Русі панувала десяткова система управління з тисяцькими і десяцькими, що виросла з дружинної організації. Поступово її замінила двірсько-вотчинна система управління, що мала приватно-публічний характер. Це зумовлюється тим, що з розвитком і посиленням держави великому князеві дедалі важче було здійснювати свої владні функції. Він об'єктивно змушений був спиратися на допомогу своїх слуг, які поступово переймали на себе функції публічних урядовців. Наприклад, княжий тіун управляв княжими доходами, його майном, і водночас судив городян. У системі княжих урядовців приватний інтерес переважав над публічним [58;1].

У Київській русі двірсько-вотчинна система управління існувала на всіх рівнях феодальної земельної ієрархії – у великокнязівському дворі, володіннях місце-

© Макарова З., 2011

вих князів, у боярських вотчинах. Цю систему складали органи центрального управління, які в свою чергу поділялися на княжі виконавчі органи та земські [58;1].

Всі управлінські важелі зосереджувалися в дворі князя або боярина. Особи, які належали до князівського двору або боярської вотчини, завідували певною ділянкою господарства, прислуговували князю або боярину та водночас виконували й управлінські функції [59;1].

Найповажнішими посадовими особами були дворецький, який керував двором князя і виконував важливі державні доручення; печатник очолював канцелярію; в обов'язки стольника входило постачання князівського двору продовольством; тіун конюший відповідав за княжу стайню. На місцевому рівні владні функції здійснювали воєводи, посадники, старости, яким допомагали мечники, вірники тощо. Княжі службовці не утримувалися з центру, використовували на свої потреби частину податків та поборів, що стягувалися з населення [32;2].

З розвитком держави, ускладненням управління іде процес збільшення апарату управління на всіх рівнях і більш чітке розмежування функцій посадових осіб.

Земські органи управління зберігали десятковий характер. Ще за часів дружинної організації тисяцькі вважалися народними урядовцями, бо їх обирало віче. Вони очолювали народне ополчення, а у мирний час дбали про публічну безпеку. Пізніше тисяцького призначав князь і він фактично став княжим урядовцем – воєводою. Соцький і десяцький були намісниками у військово-адміністративних округах, відали податковою і фінансовою системами. В літописах згадуються також посадники – княжі намісники з адміністративними та військовими функціями, які, на думку істориків, були комендантами великих міст, повноправними представниками князівської влади на місцях і здійснювали судові функції, збирали мито, відали справами безпеки й оборони. Управителями сільських волостей були волостелі або старости. Посадники і волостелі мали найближчих помічників – тіунів, мечників, мостиків, вирників, які займалися охороною торгівельних шляхів від розбійників та кочових племен, спорудженням мостів і ремонтом доріг, відали питаннями освіти [59;1].

Отже, зникає різниця між державним управлінням і управлінням особистих маєтностей князя або боярина, а виділяються центральні і місцеві органи управління з намісником і волостями, призначеними великим князем і існуючими за рахунок "кормління". Все це зафіксовано в "Руській правді". Двірцево-вотчинна система управління складалася на всіх рівнях феодальної земельної ієрархії – від великих князів до бояр [20;8].

Особливу увагу, на мою думку, слід звернути також на важливу функцію урядовців, як функцію забезпечення держави чи князівства окремо фінансами. Як зауважує Г. К. Швидько, розділення приватних і державних функцій не було. Фінанси складалися з податків, які збиралися з усього народу шляхом "полюддя". Спочатку князь з дружиною з цією метою здійснював походи в окремі свої володіння. Під час такого "полюддя" місцеві жителі утримували на свій кошт князя та його військо, а князь "попутно" здійснював суди. Данина давалася від "диму" і "рала", тобто господарство з певною ділянкою землі. Розподіл данини по господарствам здійснював верховний староста. Вона була натуральною – продуктами, худобою, птицею, а пізніше – частково грошовою [21;8].

Другим джерелом доходів було мито(пошлина), котре бралося на перевозах, на ринках, на мостах, в корчмах і т.п. Ці доходи витрачалися головним чином на утримання митних урядовців [21;8].

Важливою справою, яка належала до обов'язків князя і виконавчих органів, був суд. Суди поділялися на публічні і церковні. Цей поділ було здійснено судовою реформою Володимира Великого. З поширенням великого приватного землеволодіння виникли вотчинні (приватні) суди [59;1]. Світське судочинство зосереджувалося в руках князя та його адміністрації – тисяцьких, посадників, волостелів та їх помічників.

До судових урядовців відносилися княжі урядовці (вони заміщали князя під час судових засідань) і метальники. Деякі дослідники вважають, що метальник був писарем, існує також думка, що він проводив Божі суди (випробування вогнем і водою), до яких вдавалися тоді, коли не було доказових свідків [59;1]. Проаналізувавши розвиток судочинства, ми бачимо, що судові функції виконували ті ж урядовці, які здійснювали і адміністративне управління, що свідчить про нерозвиненість держави і суду.

У зв'язку з нерозривністю державної організації і відсутністю чіткої різниці між державним і великокнязівським володінням адміністрація, або виконавці князя, були напівприватні-напівдержавні. Елементи публічно-правові змішувалися з елементами приватно-правовими, бо наприклад, княжий тіун відав княжив двором і він же судив міщан [17;8].

Так, князь репрезентував найвищий виконавчий орган державної влади. Всі органи виконавчої влади можна поділити на центральні, котрі керують державою в цілому, і місцеві, які здійснювали владу в провінціях.

До органів центральної влади належали:

а) княжі урядовці;

б) земські урядовці.

Княжі урядовці знаходилися в Києві і були залежні від князя у виконанні завдань державної влади (князя, віче чи боярської ради). До них відноситься тіун. Тіун "огнищний" (приватний), або "дворський", завідував княжим двором, його слугами і господарством. Тіуни, вступивши на службу, ставали невільниками – в тому сенсі, що залежали від князя [17;8].

У підпорядкування тіуна, як вже було зазначено раніше, знаходилися ключники, котрі доглядали княже майно, данщики, або митники, які збирали данину і мито, конюшені, що завідували княжою стайнею, забезпечуючи військо кіньми. Все це були фінансові урядовці, через яких здійснювалася друга державна функція князя – здобуття засобів для утримання князя, його двору, війська, судів, адміністрації [17;8].

Земські органи обиралися народом, а значить, від нього залежали. Пізніше земських урядовців призначав князь, але за погодженням з громадою. В мирний час тисяцький виконував адміністративно-поліцейські і судові функції, а в воєнний очолював ополчення. Ті ж самі функції мав соцький, тільки в меншому обсязі і на меншій території. Пізніше тисяцький стає залежним від князя, тобто перетворюється в княжого урядовця [18;8].

Таким чином, можна виділити наступні ознаки становлення виконавчої влади в Київській Русі:

по-перше, князь призначав адміністрацію, контролював її діяльність;

по-друге, наявність двірсько-вотчинною системи управління на всіх рівнях феодальної земельної ієрархії, що мала приватно-публічний характер;

по-третє, всі органи виконавчої влади можна поділити на центральні, котрі керують державою в цілому, і місцеві, які здійснювали владу в провінціях;

по-четверте, урядовці здійснювали виконавчі функції і були уповноважені забезпечувати державу чи князівства окремо доходами;

по-п'яте, княжі урядовці займалися управлінням княжого двору, забезпеченням війська кіньми;

по-шосте, до компетенції урядовців входило здійснення судочинства.

Отже, проаналізувавши розвиток протягом усього існування Київської Русі, необхідно акцентувати увагу на тому, що ще рано говорити про виконавчу владу взагалі, більш доцільним є застосування терміну "виконавчі функції", адже саме з розвитком ранньофеодальної держави відбувається процес становлення управлінської адміністрації.

ІІ. Галицько-Волинське князівство

Спадкоємцем і продовжувачем державних традицій Київської Русі вважають Галицько-Волинське князівство, котре виникло в результаті об'єднання в 1199 році Галицького і Володимир-Волинського князівств.

Внаслідок впливу сусідніх держав середньовікової Європи державна організація князівства мала свої особливості.

За формою правління Галицько-Волинське князівство можна назвати феодальною монархією із сильними олігархічними тенденціями місцевого боярства [78;6].

Головою і найвищим представником влади у Галицько-Волинських землях був князь. Він об'єднував у своїх руках законодавчу, виконавчу, судову гілки влади, а також монопольно володів правом вести дипломатичні відносини. Намагаючись стати абсолютним "самодержцем", князь постійно перебував у конфлікті з боярським оточенням, яке прагнуло зберегти свою незалежність і перетворити монарха на власний політичний інструмент. Посиленню князівської влади також заважали дуумвірати князів, дроблення удільних земель та втручання іноземних держав. Хоча монарх мав право приймати рішення одноосібно, він інколи скликав боярські ради "думи" для вирішення важливих політичних питань. Ці ради набули постійного характеру з початку 14 століття, остаточно заблокувавши "самодержавство" князя. Це стало визначальними у поступовому занепаді князівства [3].

Князеві належала вища виконавча влада. Адміністративні справи він доручав своїм урядовцям. Адміністративні посади того часу мали різне походження. Одні беруть свій початок у попередньому часі, інша – створені князем для виконання певних функцій управління [38;8].

У літописі є ряд згадок про особисте виконання князями функції управління. 1242 р. Данило їздив до Бакоти і Каліуса "уставити землю". Таку ж ціль мало, правдоподібно, його перебування в Угровську. Володимир Василькович 1287 р. їздив до Любомля, Берестя та Кам'янця. Мстислав Данилович 1289 р. об'їхав Берестя, Кам'янець і Більськ, щоб впорядкувати міста, знищені наїздом Юрія Львовича, "утвердити людей" і посадити застави [3].

Органи державного управління в цей період мали чіткі ознаки поділу на центральне та внутрішнє управління.

Центральне управління основувалося на двірцево-вотчинній системі.

Своєрідність його полягала в тому, що особи, які обіймали посади двірцево-вотчинних слуг у князівському домені, одночасно виконували функції управління у межах всієї держави [89;1].

Княжа центральна адміністрація складалася з призначеним ним бояр. Вона була досить диференційована, мала ряд спеціальних звань, таких як урядник княжого двору – "дворський", оберігач княжої печатки – "печатник", головний секретар – "писець", управляючий княжими угіддями – "стольник" та інші. Проте це були радше титули ніж посади, оскільки їх обіймачі часто виконували доручення князів не пов'язані з їхніми прямими адміністративними обов'язками [3].

Центральною фігурою в державній структурі князівства за двірцево-вотчинної системи управління був двірський або дворецький, майже невідомий в інших князівствах [79;6]. І.Крип'якевич вважає, що цей чин виник, правдоподібно, під впливом державного устрою сусідніх країн, а зокрема, Угорщини.

Літопис згадує при подіях 1211 р. угорського "великого дворського" Пота, який очолював війська, надіслані на допомогу Данилові. Дворський – це на Угорщині палатин. В Галичині дворський згадується вперше 1238 р. при Ростиславі Михайловичу, який мав близькі зв'язки з Угорщиною. З 1242 р. дворські виступають постійно між боярами Данила [3].

Літопис характеризує функції дворських лише з одного боку: їх участь у воєнних походах. Але сама назва дворського вказує, що його основна діяльність зв'язувалася з княжим двором. Ці функції дворського пояснюють грамоти Юрія ІІ, в яких виступає "суддя нашого двору", – 1334 р. Хотко, 1335 р. Васько Кудинович. Правдоподібно, суддя княжого двору – це урядник, ідентичний з дворським. Якщо цей здогад правильний, то дворський виконував судівництво від імені князя. Можливо, що він мав ще інші обов'язки, зв'язані з управлінням княжого двора [3].

Отже, дворський відав князівським двором, очолював державний апарат управління, здійснював судові функції від імені князя та охороняв його під час бойових дій.

Особливе місце в органах управління належало канцлерові-печатнику. Це посада невідома в інших князівствах Русі, але поширена в Західній Європі. Він був хранителем державної печатки, організовував підготовку державних документів та їх зберігання, виконував також дипломатичні та військові доручення князя. Канцлер мав у своєму розпорядженні канцелярію – штат писців, перекладачів, канцеляристів, хранителів князівської скарбниці та архіву [89;1].

Управління князівськими маєтками в межах його володінь здійснював стольник. Головний його обов'язок полягав у забезпеченні своєчасного надходження доходів від княжих володінь, також був постачальником продуктів харчування до княжого двору. У розпорядженні цього чиновника перебували посадові особи нижчого рангу, зокрема ловчий та конюший [89;1].

Є недостовірні відомості, що князівська адміністрація утримувалася за рахунок княжих земельних пожалувань.

Історичні джерела свідчать, що центральна адміністрація в Галицько-Волинському князівстві була до певної міри диференційована, мала ряд спеціальних посад (дворський, печатник, писець, стольник та ін.). Але необхідно зауважити, що всі вони не завжди виконують обов'язки, зв'язані прямо з їх посадою, а князі доручають їм інші адміністративні доручення. Це дозволяє зробити висновок, що у Галицько-Волинському князівстві не існувало ефективного чиновницького апарату, а спеціалізація в управлінні не була ще послідовно проведена [89;1].

Для здійснення місцевого (внутрішнього) управління в князівстві існувала розгалужена система княжих управителів, які зосереджували в своїх руках значні владні повноваження [80;6].

Важливою функцією місцевого управління в Галицько-Волинській Русі була військово-оборонна [80;6].

Почесне місце в управлінні XII – початку XIII ст. займав тисяцький. Це була давня посада, пов'язана з організацією оборони землі. Округ, в якому тисяцький виконував свої завдання, звався "тисяча". Князь призначав тисяцького з найвидатніших бояр, рахуючись з вимогами боярської знаті. Головний обов'язок тисяцького полягав в організації оборони дорученого йому міста. Але тисяцький брав також участь у воєнних походах князя, командуючи полком. Тисяцькі були пов'язані з

організацією окремих князівств. Кожне князівство мало свого тисяцького. Коли ж окремі землі з'єдналися в Галицько-Волинське князівство, роль тисяцьких зменшилася, вони перейшли на становище начальників земель або волостей. В XIV ст. тисяцькі вже не згадуються, на їх місці виникають інші урядові посади, з якими пов'язані різні адміністративні функції [89;1].

Судова влада була поєднана з адміністративною. Вище суддівство проводив князь, а нижче – тивуни. Основним законом залишались положення "Руської Правди". Міське судочинство часто базувалося на німецькому праві [89;1].

Так, проаналізувавши становлення та розвиток Галицько-Волинського князівства, приходимо до висновку, що в основних рисах зберігалася система управління, що склалася за доби Київської Русі, але мала і свої особливості, а саме:

по-перше, в князівстві склалася доволі рідкісна для Русі та Східної Європи система правління, коли основна влада перебувала в руках бояр, а князь мав репрезентивні функції;

по-друге, відбувається остаточне утвердження двірцево-вотчинної системи управління;

по-третє, органи державного управління набувають чітких ознак поділу на центральне та місцеве управління;

по-четверте, в князівстві ще не була послідовно проведена спеціалізація в системі центрального управління;

по-п'яте, центральною фігурою в органах управління був двірський, який мав чимало повноважень: відав князівським двором, очолював державний апарат управління, здійснював судові функції від імені князя та охороняв його під час бойових дій.

III. Литовсько-Руська держава

У другій половині XIV ст. після входження українських земель до Литви й утворення Великого князівства Литовського деякий час тут зберігався старий удільний устрій [59;2].

За формою правління Литовсько-Руська держава попервах була ранньофеодальною, а з часом трансформувалась у станово-представницьку монархію [135;6].

Більшість істориків схильні вважати, що Литовсько-Руська держава за своїм устроєм наближалась до типу федерації (М. Грушевский, М. Дорошенко). Хоча деякі дослідники (М. Чубатий) вбачають в ній "державу-держав" – таку форму державного сполучення, за якої залежні країни мають широку автономію у внутрішніх справах, але повинні надавати у розпорядження протектора військо і сплачувати данину. Слід зазначити, що обидві форми державного устрою мали місце, але кожна – на певному історичному етапі [106;1].

Верховна влада у Великому князівстві Литовському належала великому князеві, який мав законодавчу, виконавчу, військову і судову владу.

Характерною рисою політичної організації держави було те, що великий литовський князь, об'єднавши в своїх руках ряд державних організмів, взяв у свої руки лише найважливіші урядові справи, розділив управління не лише з литовськими можновладцями, а й з місцевими земськими князями і боярами [110;1].

Органи державного управління у Великому князівстві Литовському функціонували як розвинені інститути з чітким поділом на центральне та місцеве управління [99;6].

Центральне управлінський апарат, що підпорядковувався великому князеві, складався з чотирьох адміністрацій на чолі з земськими маршалком, канцлером, підскарбієм і гетьманом [100;6]. Спочатку Великий князь призначав їх особисто, потім – за погодженням із панами-радою та сеймом урядовців [60;2].

Найвищу державну посаду займав маршалок земельний, котрий головував на засіданнях ради у відсутності князя. Маршалок був майстром дотримання церемоній під час проведення засідання панів-ради, прийому іноземних послів тощо [52;8]. Його заступником і помічником був маршалок двірський, який керував князівським двором і всіма придворними. Державною канцелярією відав канцлер, його заступником був під канцлер [111;1]. В обов'язки канцлера входило складання важливих офіційних документів, ведення дипломатичних справ. Він був охоронцем державної печатки. Фінансовими справами країни та особисто князя займалися земський підскарбій та його заступник – двірський підскарбій [53;8]. Гетьман був найвищим військовим урядовцем, який стежив за комплектуванням армії. Його повноваження особливо зростали в період оголошення військового збору. Тоді вся місцева адміністрація переходила в підпорядкування гетьмана [100;6].

Місцеве управління в Литовсько-Руській державі, попри неоднакові зміни, завжди трималося на основоположному принципі тимчасового держання земельної власності з обов'язковою умовою відбування військової служби [100;6].

Дослідник М. Чубатий зазначає, що в період існування князівства інститути державного управління, особливо центрального, функціонували на засадах відокремлення публічних функцій урядовців на користь держави від приватних на користь князя [7]. Ця особливість, на думку І. Терлюка, суттєво відрізняла їх від двірцево-вотчинної системи управління Києво-Руської держави [101;6].

Швидько зазначає, що при федеративному устрої Великого князівства Литовського не було центрального виконавчого апарату, крім тих, хто контролював виконання землями своїх обов'язків перед князем. При такому стані центральної влади велика роль у державному управлінні належала місцевим урядникам, намісникам, воєводам або старостам [53;8].

Підсумовуючи вище сказане, необхідно підкреслити, що в період існування Литовсько-Руської держави відбувається еволюція інститутів влади та управління, яка була пов'язана з трансформацією держави з ранньофеодальної в станово-представницьку монархію. В процесі становлення державності на теренах України прослідковується розвиненість інститутів державного управління. Так, при поділі на центральне та місцеве управління, з'являються чотири адміністрації, які мають свою чітку спеціалізацію та повноваження при здійсненні виконавчих функцій. Органи виконавчої підпорядковувалися великому князеві. Особливість державного управління була в тому, що функціонування здійснювалося на засадах відокремлення публічних функцій урядовців від приватних.

Отже, Руська держава, проіснувавши у різних формах (Києво-Руської, Галицько-Волинської та Литовсько-Руської держав) здійснила вагомий внесок у розвиток державного управління. У процесі розвитку держави відбувається складне перетворення незначних виконавчих функцій у могутню управлінську владу урядовців, без яких князь вже не міг здійснювати свою верховну владу.

Спостерігається становлення інституту глави уряду в історичному аспекті. Проаналізувавши "повноваження" урядовців Руської держави, необхідно зазначити, що процес зародження і розмежування урядових функцій відбувається саме в цей період. Так, главою управлінської адміністрації в кожному утвореній Руської держави є безперечно князь, але роль центральної управлінської особи на себе приміряє двірський, який відає князівським двором, очолює державний апарат управ-

ління, здійснює судові функції від імені князя та охороняє його під час бойових дій. В цьому вбачається схожість "повноважень" глави уряду в історичному аспекті і на сучасному періоді його діяльності.

Особливо, на мою думку, варто звернути увагу, на те, що саме в період існування Руської держави відбувається зародження управлінських функцій, їх розмежування на спеціалізації, а потім вже безперечно розвивається могутня виконавча влада характерна даному періоду.

1. Історія держави і права України: Підручник / А.С. Чайковський . – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 512 с. 2. Іванов В. М. Історія держави і права України: Навч. посіб. – К. : МАУП, 2002. – Ч. І. – 264с. 3. Крип'якевич І. П. Галицько-Волинське князівство. – К., 1983. http://litopys.org.ua/krypgvol/krypgv.htm 4. Музиченко М. П. Історія держави і права України: Навч. псіб. – 6-те вид., перероб. І доп. – К.: Знання, 2007. – 471 с. 5. Серьогін С.М. Влада і державна служба : історичний аспект [Навчальний посібник] / Серьогін С.М., Капітон В.П. – К. : Вид-во УАДУ, 1999. – 194 с. – (Б-ка магістра). 6. Терлюк І. Я. Історія держави і права України (Доновітній час): Навчальний посібник. – К. : Атіка, 2006. – 400 с. 7. Чубатий М. Огляд історії українського права. – Мюнхен; К., 1994. 8. Швидько Г. К. Історія держави і права України : Навчальний посібник. – Дніпропетровськ: Вид-во Дніпропетровськ. Ун-ту, 1998. – 176 с.

Надійшла до редколегії 30.03.11

І. Пірон, здобувач

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗАЙНЯТОСТІ НАСЕЛЕННЯ В ПЕРШІ РОКИ РАДЯНСЬКОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ

Проаналізовані основні законодавчі акті, якими у перші роки радянської влади в Україні регулювався процес зайнятості населення.

Ключові слова: зайнятість населення, радянська влада.

Проаналиированы основные законодательные акты, которые в первые годы советской власти в Украине регулировали процесс занятости населения.

Ключевые слова: занятость населения, советская власть.

In the article have been considered and analyzed basic legislative acts by which legal regulation of population employment in the first years of Soviet power in Ukraine was exercised.

Key words: population employment, Soviet power.

Формування українського законодавства щодо зайнятості населення в перші роки радянської влади в Україні відбувалося під впливом відповідних законодавчих рішень російської влади. Для запобігання збільшенню безробіття в 1917-1919 роках, яке відбувалося в наслідок спаду економіки та масового закриття підприємств, російська влада прийняла низку нормативно-правових актів, дія яких розповсюджувалася і на територію України. Законодавчі рішення приймала і українська радянська влада, хоча більшість з них за змістом дублювали відповідні російські документи.

Нормативно-правові акти щодо зайнятості населення в 1917-1919 р.р. вітчизняною історико-правовою наукою глибоко не вивчалися. Вчені Б.А.Виноградов, Е.Г. Гімпельсон, В.М.Земсков, П.С.Кувшинов досліджували питання зайнятості населення лише в історичному та патріотичному аспектах. Тому проведення дослідження прийнятих в перші роки радянської влади в Україні нормативно-правових актів щодо боротьби з безробіттям та забезпечення зайнятості населення є доволі актуальним. Результати такого дослідження допоможуть зрозуміти сутність та мотиви прийняття зазначених законодавчих рішень, їх можна буде використати у практичній законотворчій діяльності. Це має особливе значення сьогодні, коли через світову економічну кризу питання безробіття та зайнятості населення набули ще більшої актуальності.

Підставою для "українізації" російського радянського законодавства у той час було рішення першого Всеукраїнського з'їзду Рад 11 – 12 грудня 1917 року, який у своїй резолюції "Про самовизначення України" визнав Українську Республіку федеративною частиною Російської Республіки [1, с.15]. Іншою резолюцією "Про організацію влади в Україні" з'їзд оголосив про поширення на територію Української Республіки всіх декретів та розпоряджень Робітничо-Селянського уряду Російської Федерації, які мали загальне для всієї Федерації значення. Він також встановив "цілковиту погодженість між Робітничо-Селянським урядом Російської Федерації та Робітничо-Селянським урядом України стосовно мети та спільних дій" [2, с.14]. Ідея об'єднання з Росією на принципах федерації була підтримана учасниками Першої Всеукраїнської конференції Рад селянських депутатів, яка відбулася (5) 22 січня 1918 року. В резолюції конференції "Про організацію влади і діяльність Народних Секретарів Української Робітничої Селянської Республіки" було зафіксовано, що Українська Робітничо-Селянська Республіка входить до складу Всеросійської Федерації Радянських Республік і її повноважним представником є Народний Секретаріат Української Робітничо-Селянської Республіки [3, с.43].

Загальновідомим є той факт, що в основу перших радянських законодавчих актів щодо зайнятості населення була покладена марксистко – ленінська теорія. Визначаючи шляхи розвитку країни та побудови нового державного ладу, В.І.Ленін зазначав, що вони проходять через … робочий контроль, загальну трудову повинність, націоналізацію землі та інше [4, с.373]. Аналіз законодавчих актів (декретів, постанов, положень), які приймала радянська влада у ті часи щодо зайнятості населення, свідчить про їх цілковиту спрямованість на реалізацію ленінських ідей побудови нового державного ладу саме вищезазначеними шляхами.

Першим таким нормативним документом була постанова II Всеросійського з'їзду Рад від 26 жовтня 1917 р. про створення Народного Комісаріату Праці (НКП). Йому доручалося займатися всіма питаннями організації праці та розподілу робочої сили в державі, з'ясуванням потреб у робочій силі та її облік, виданням нормативних актів про працю, боротьбою з безробіттям та організацією допомоги безробітним [5,с.14].

Наступним важливим документом став декрет Ради Народних Комісарів (РНК) Російської Федерації від 29 жовтня 1917 р. "Про восьмигодинний робочий день", який поширювався на всі підприємства, установи та організації, а також на осіб, які займалися роботою по найму. Цей документ встановлював для всіх працюючих 46-годинний робочий тиждень та обов'язкову обідню перерву. Жінкам та підліткам заборонялося працювати вночі та виконувати підземні та понаднормові роботи. Підліткам молодших 14 років було заборонено працювати. Для осіб віком від 14 до 18 років встановлювався 16 годинний робочий тиждень. Крім цього, запроваджувалося обов'язкове страхування працівників на випадок хвороби та безробіття. За невиконання цього декрету передбачалася юридична відповідальність у

© Пірон І., 2011

вигляді позбавлення волі терміном до одного року [6]. Цей важливий документ був опублікований в Україні для ознайомлення та неухильного виконання всіма установами, підприємствами та приватними особами.

28 лютого 1919 р. НКП РНК України прийняв аналогічну постанову "Про восьмигодинний робочий день", відповідно до якої "цей (російський – авт.) закон знову публікується в Україні для загального застосування". Всім установам, підприємствам та приватним особам було рекомендовано, до прийняття особливого кодексу законів про працю, неухильно ним керуватися [7].

Запроваджені у вищезазначеному документі правові норми знайшли своє відображення у єдиному на той час "галузевому" декреті "Про норми оплати праці залізничників, про категорії службовців та про 8-годинний робочий день у всіх галузях залізничної праці", прийнятому 11 грудня 1917 р. Всеросійським Центральним Виконавчім Комітетом (ВЦВК) та РНК. Цим декретом для працівників залізниці не тільки встановлювався 8-годинний робочий день, а й визначалися норми оплати праці та засади її формування, в основу яких були покладені нові для цієї галузі принципи [9].

В.І.Ленін назвав запровадження восьмигодинного робочого дня "одной из основ рабочего законодательства" [10]. Це ленінське твердження актуальне і донині: правова норма про восьмигодинний робочий день досі існує у сучасному трудовому законодавстві. На думку П.С.Кувшінова, декрет " Про восьмигодинний робочий день" був першім великим заходом радянської влади в справі поліпшення умов праці робітничого класу [8].

Особливе значення у боротьбі з безробіттям радянська влада надавала реалізації ленінської ідеї про робочий контроль над виробництвом. Відповідний декрет "Положення про робочий контроль" був прийнятий ВЦВК та РНК 14 листопада 1917 р. У відповідності до цього документу на підприємствах та установах запроваджувалася система робочого контролю, яка мала на меті, зокрема, призупинити зростання кількості безробітних у всіх галузях господарства [11]. З введенням робочого контролю обмежувалося право на закриття фабрик та заводів, що створювало певні гарантії зайнятості. Під впливом робочого контролю, для запобіганню зменшенню виробництва, звільненню робітників та збільшенню безробіття, підприємства переходили на роботу у три зміни. Спеціально обрані органи робочого контролю (фабзавкоми, контрольні комісії, ради старост тощо) вирішували питання найму, звільнення та розподілу робочої сили. Але очікуваного результату у боротьбі з безробіттям всі ці заходи не принесли [12].

Для організації народного господарства, визначення норм та планів регулювання економічного життя країни, ВЦВК та РНК Російської Федерації 2 грудня 1917 року створили центральний економічний орган – Вищу Раду Народного Господарства [13]. 23 грудня 1917 року ВРНГ затвердила "Положення про організацію місцевих Рад народного господарства (раднаргоспів)". Відповідно до цього документу районні (обласні), губернські, волосні та окружні раднаргоспи створювалися як відділи відповідних Рад робочих, солдатських та селянських депутатів з підпорядкуванням ВРНГ, яким доручалася організація та врегулювання економічного життя та впровадження заходів щодо ліквідації безробіття на підвідомчій території [14].

Важливим кроком у вирішенні питань зайнятості населення, захисту робітників від безробіття та допомоги особам, які постраждали від нього, стало прийняття ВЦВК та РНК 11 грудня 1917 р. "Положення про страхування на випадок безробіття", дія якого поширювалася і на Україну. Воно запроваджувало страхування на випадок безробіття всіх найманих працівників, незалежно від їх статі, віку, національності, міста та характеру роботи, а також визначало принципи його здійснення. Відповідно до цього положення, безробітною вважалася будь-яка працездатна особа, для якої робота за наймом була головним джерелом існування та яка не могла знайти роботу відповідно до встановленої професійними спілками винагороди, а при їх відсутності – біржею праці. Виплата допомоги з соціального страхування по безробіттю здійснювалася спеціально створеним Всеросійським фондом безробітних через свої представництва на місцях. Кошти фонду формувалися з внесків підприємців, розмір яких становив від 3% до 5% від заробітної платні працюючих [15]. 8 березня 1919 р. НКП РНК України на підставі "Положення про страхування робітників на випадок безробіття" від 11 грудня 1917 р. прийняв аналогічну постанову "Про страхування робітників на випадок безробіття", якою був встановлений новий порядок відрахувань до місцевих кас безробітних, а також порядок оформлення та видачі виплат по безробіттю [16]. Запровадження радянською владою страхування на випадок безробіття відіграло певну позитивну роль у полегшенні становища робітничого класу у той важкий період та подальшому розвитку вітчизняного законодавства про зайнятість населення. Це визначається трьома "вперше": на законодавчому рівні вперше було визначено поняття "безробітна особа"; вперше було запроваджено державне забезпечення безробітних; держава вперше визначила форму та принципи державного забезпечення безробітних та механізм його здійснення.

В умовах економічного занепаду та зростання безробіття радянська влада особливу увагу приділяла порядку найму робітників, намагаючись зосередити цей процес у своїх руках. Особлива роль у цьому відношенні належала біржам праці, які створювалися та діяли відповідно до прийнятого РНК Російської Федерації 27 січня 1918 р. декрету "Про біржі праці". До їх обов'язків входило ведення точного обліку всіх осіб, які потребують роботу у даній місцевості; реєстрація потреб підприємств та установ на робочу силу; розподіл робочих рук, упорядкування попиту та пропозицій на працю; контроль безробітних, що отримують допомогу відповідно до закону про страхування від безробіття; організація суспільних робіт та видання бюлетенів про стан ринку праці тощо. На біржі праці було покладено обов'язкове посередництво у прийомі на роботу всіх осіб. Всі приватні контори, бюро по найму та подібні до них установи, які раніше займалися працевлаштуванням громадян, підлягали обов'язковому закриттю [17]. Прийняттям цього декрету держава встановила свою монополію на здійснення посередницької функції у наймі на роботу. Насправді, це був перший крок у встановленні в країні надзвичайно жорсткої централізації управління народним господарством, а також запровадження насильницьких та примусових засобів використання робочої сили та організації зайнятості населення.

На доповнення та конкретизацію зазначеного положення Відділ Праці Тимчасового Робітничо-Селянського Уряду (ТРСУ)України 14 січня 1919 р. прийняв постанову "Про наймання робітників та службовців". В ній ще раз наголошувалося на ліквідації усіх приватних контор по найму службовців та робітників, а також заборону наймати робітників через агентства та посередників. Всі підприємства, урядові, громадські та приватні установи, а також приватні особи були зобов'язані здійснювати найм робітників та службовців тільки через міські біржі праці. Разом з тим, у ньому була закріплена правова норма, яка дозволяла заміщення

"відповідальних" посад у радянських установах "відповідальними" особами зі спеціальними знаннями не через біржі праці, а шляхом їх відбору відповідними організаціями, або шляхом їх запрошення "відповідальними керівниками установ" [18].

1 лютого 1919 р. РНК України прийняла своє положення "Про біржі праці", яке за змістом повною мірою дублювало відповідний російський документ. У ньому була закріплена правова норма щодо заміщення "відповідальних" посад у радянських установах та "відповідальних" осіб зі спеціальними знаннями не звертаючись до бірж праці. Порушення цієї норми, а також норми про закриття всіх приватних контор та бюро по найму каралося позбавленням волі або штрафом [19].

У зв'язку із систематичними порушеннями радянськими установами Положення про біржі праці, НКП Українського уряду 6 травня 1919 р. видав циркуляр "Про найм службовців та робітників через Біржі Праці". В ньому був роз'яснений порядок такого найму відповідно до постанови НКП ТРСУ України від 15 січня 1919 р. і Положення ТРСУ України "Про Біржі Праці" від 1 лютого 1919 р. Крім цього, всім радянським установам було наполегливо запропоновано неухильно керуватися виключно зазначеними документами [20]. НКП Українського уряду 22 травня 1919 р. прийняв ще один документ з питань найму на роботу – постанову "Про порядок прийому на службу відповідальних службовців та спеціалістів радянськими установами". Ця постанова, для оформлення на роботу осіб за направленнями бірж праці, запроваджувала супровідний "листок-виконання", без якого жоден службовець або робітник, незалежно від посади, не міг бути зарахований на роботу. Крім цього, особи, які "потребували політичної довіри", повинні були особисто з'являтися на біржу праці та надавати "посвідчення про те, що вони заслуговують на безумовну політичну довіру". Посвідчення або рекомендації видавалися політичними організаціями або відповідальними партійними працівниками [21].

В системі правового регулювання зайнятості населення у перші роки радянської влади окреме місце мали законодавчі рішення, які регулювали процес звільнення робітників. Закриття підприємств, зменшення виробництва, а також переведення військових заводів та фабрик на виробництво предметів народного споживання негативно впливало на рівень зайнятості населення та безробіття. 20 грудня 1917 р. НКП уряду Російської Федерації прийняв постанову "Про призупинення робіт, умови обліку та розрахунку робітників", відповідно до якої всі підприємства повинні були прийняти необхідні організаційні заходи щодо зменшення негативних наслідків цих явищ для робітників, зокрема, з'ясувати потребу у робочій силі для проведення нових виробничих завдань та кількість робітників, які підлягають звільненню. Звільнені робітники в обов'язковому порядку мали передаватися підприємствами на облік до бірж праці, які розподіляли їх по інших підприємствах, а також допомагали їм в отриманні виплат на випадок безробіття. Всі працівники, які перебували на обліку на біржах праці, зобов'язані були погодитись на ту роботу, яку їм пропонували. В іншому випадку вони позбавлялися права на відповідні виплати та черги у прийомі на іншу роботу [22]. 28 січня 1919 р. відділ праці ТРСУ України прийняв постанову "Про порядок звільнення робітників та службовців", відповідно до якої разові звільнення здійснювалися за рішенням фабрично-заводського комітету, а у випадку його відсутності – профспілкою, а масові звільнення (ліквідація підприємства, скорочення штатів тощо) – за згодою відповідної профспілки [23].

За окремим положенням здійснювалося звільнення службовців урядових, міських та земських установ у випадку ліквідації останніх, а також у разі скорочення штатів. Ці питання регулювалися декретом "Про ліквідаційні видачі службовцям урядових, міських та земських установ під час їх ліквідації та скорочення штатів", прийнятого РНК України 21 лютого 1919 р. Відповідно до нього, всі працівники, яки підлягали скороченню, в обов'язковому порядку попереджалися про звільнення за 2 тижні, після чого отримували ліквідаційну виплату у розмірі 0,5 від останнього місячного окладу. Ті працівники, які не були попереджені про звільнення, отримували ліквідаційну виплату у розмірі повного місячного окладу [24]. Іншим документом – постановою РНК України "Про сплату робітникам та службовцям під час тимчасової зупинки, скорочення штатів та ліквідації підприємств" від 14 березня 1919 р. – регулювався розмір та порядок виплати коштів робітникам та службовцям під час тимчасової зупинки, скорочення штатів та ліквідації підприємств. Сутність цього документу полягала в тому, що він надавав робітникам можливість отримати певні компенсації у випадках неможливості працювати за незалежних від них обставин [25].

Важливе значення у становленні законодавства щодо зайнятості населення відіграло прийняття ТРСУ України 29 січня 1919 р. Декларації, в якій зазначалося, що одним з перших своїх завдань уряд вбачає створення всеосяжного законодавства з охорони праці та організацію всіх видів страхування робітників на випадок хвороби, інвалідності, за віком та на випадок безробіття. Зазначалося також, що користуючись "багатим досвідом і законодавством РСРФР", уряд поширює на Україну всі заходи, вжити в цій галузі в Росії [26].

Мобілізація працездатного населення на війну змусила Радянську владу подбати про майбутнє забезпечення економіки держави трудовими ресурсами та зайнятість осіб, які демобілізовувалися. 29 березня 1919 р. РНК України прийняла декрет "Про збереження за військовослужбовцями, призначеними у польові війська, права на попередні штатні місця". Відповідно до зазначеного документу, військовослужбовці, які були призначені у польові війська та приймали участь у бойових діях, після повернення з війни мали право бути призначеними на попередні штатні місця або на вищу посаду, якщо їх служба на війні визнана відмінною, чи на нижчу посаду, якщо вони виявили себе байдужими "до успіхів нашої зброї" [28]. 21 березня 1919 р. РНК України затвердила положення "Про збереження місця та заробітку за добровольцями, які ідуть на фронт та в продовольчі загони", відповідно до яких за робочими та службовцями, які за віком не підлягали призову, але добровільно йшли на фронт та в продовольчі загони, на підприємствах та установах зберігалися робочі місця [27].

Таким чином, правове регулювання зайнятості населення у перші роки радянської влади в України здійснювалося нормативно-правовими актами, які були, не зважаючи на економічний занепад та політичну нестабільність в державі, прийняті російською та українською радянською владою. Їх сутність була спрямована, перш за все, на відновлення економіки, боротьбу з безробіттям та забезпечення зайнятості населення. Складна економічна та політична ситуація змусила радянську владу встановити державну монополію на процеси працевлаштування та зайнятості населення. Разом з тим, були прийняті документи соціального напрямку, деякі норми яких діють і дотепер.

Аналіз зазначених документів за сферою свого правового регулювання (в контексті зайнятості населення) дає нам підстави об'єднати їх у декілька основних груп.

Перша група документів – це рішення радянської влади щодо створення та організації діяльності відповідних державних органів, основними функціями яких була організація праці, розподіл робочої сили, боротьба з безробіттям, організація допомоги безробітним тощо (постанова "Про створення Народного Комісаріату Праці", декрет про створення ВРНГ, положення "Про організацію місцевих Рад народного господарства (раднаргоспів)" тощо). *Друга група* важливих рішень радянської влади складається з законодавчих актів щодо створення громадських структур, наділених правом контролю над виробництвом, закриттям підприємств та звільненням працівників (декрет "Положення про робочий контроль", тощо). *Третя група* – це рішення радянської влади щодо створення сприятливих умов праці робітникам, їх страхування на випадок безробіття та хвороби (декрети "Про восьмигодинний робочий день", "Про норми оплати праці залізничників, про категорії службовців та про 8-годинний робочий день у всіх галузях залізничної праці", "Положення про страхування на випадок безробіття", тощо). *Четверта група* – це рішення радянської влади щодо врегулювання питань найму робітників на роботу та їх звільнення (декрети "Про біржі праці", "Про ліквідаційні виплати службовцям урядових, міських та земських установ під час їх ліквідації та скорочення штатів", "Про збереження за військовослужбовцями, призначеними у польові війська, права на попередні штатні місця", постанови "Про найм робітників та службовців", "Про порядок прийому на службу відповідальних службовців та спеціалістів радянськими установами", "Про призупинення робіт, умовах обліку та розрахунку робітників", "Про порядок звільнення робітників та службовців", "Про сплату робітникам та службовцям під час тимчасової зупинки, скорочення штатів та ліквідації підприємств", положення "Про збереження місця та заробітку за добровольцями, які ідуть на фронт та вступають у продовольчі загони", циркуляр "Про наймання службовців та робітників через Біржі Праці" тощо).

Зазначені законодавчі акти сформували правову основу організації зайнятості населення у перші роки радянської влади в Україні.

1. Хронологічне зібрання законів, указів Президії Верховної Ради, постанов і розпоряджень Уряду УРСР, т. 1, 1917-1941 рр. – К.: "Державне видавництво політичної літератури УРСР", 1963. – с. 15. 2. Там же – с. 14. 3. Там же – с. 43. 4. Ленин В.И. Полное собрание сочинений. 5-е изд., т.34. – М.: "Госкомиздат", 1977. – с. 373. 5. Съезды Советов РСФСР и автономных республик РСФСР. Сборник документов 1917 – 1922 г.г., т.1. – М., государственное издательство юридической литературы, 1959 г., 836 с. 6. Решения партии и правительства по хозяйственным вопросам. – М.: "Госкомиздат", 1967. – с.18-22. 7. ЗУ УРСР, 1919 р., №17, ст.190. 8. П.С.Кувшинов. Здійснення перших Ленінських Декретів на Україні. – К.: "Видавництво політичної літератури України", 1973. – с.48. 9. СУиР РиКП, 1917 г., №8, ст. 116. 10. Ленин В.И. Полное собрание сочинений. 5-е изд., т.45 – М.; "Госполитиздат", 1978. – с. 246. 11. Декрети Советской власти, т.1. – М., 1957, – с.83 -89. 12. Гімпельсон Е.Г. Рабочий клас и управление Советским государством (ноябрь 1917-1930 г.г.). – М.: "Наука", 1982. – с.55. 13. Декрети Советской власти. т.1., – с.172, 174. 14. Суворов К.И. Указ. соч. – с.55-56. 15. СУ и Р Р и К П, 1917 г., №8, ст. 111. 16. ЗУ РКП Украины, 1919 р., №23, ст. 251. 17. СУ и Р Р и К П, 1917г., №21 , ст. 319. 18. Вісті Тимчасового Роб. Селян. Уряду України і Х.С.Р.Д. від 14 січня 1919 р., №19. 19. Вісті Тимчасового Роб. Селян. Уряду України і Х.С.Р.Д від 1 лютого 1919 р., №34. 20. У и Р РКП Украины, 1919 г., ч. 2, изд. 1, п. №5. 21. Там же, п. №46. 22. СУ и Р Р и К П, 1917р., №12 , ст.173. 23. ЗУ УРСР, 1919 р., № 4, ст.50. 24. "Известия Временного Рабоче-Крестьянского Правительства Украины и Х. С. Р. Д." від 21 лютого 1919 г., №50. 25. Там же, №27, ст. 291. 26. ЗУ УРСР, 1919 р., №4, ст. 46. 27. ЗУ РКП Украины, 1919 г., №32, ст. 355. 28. Там же, №34, ст. 377.

Перелік скорочень:

ЗУ УРСР – Зібрання Узаконеній УРСР.

СУиР РиКП – Собрание Узаконений и Распоряжений Рабочего и Крестьянского Правительства.

УиР РКП Украины – Узаконения и Распоряжения Рабоче-Крестьянского Правительства Украины.

Надійшла до редколегії 30.03.11

О. Духовна, здобувач

ІСТОРИЧНІ ЕТАПИ СТАНОВЛЕННЯ ІНСТИТУТУ МІСЦЕВИХ ЗАПОЗИЧЕНЬ В УКРАЇНІ

Досліджено історичні етапи становлення інституту місцевих запозичень в Україні. За результатами проведеного дослідження запропоновано ряд змін в чинне законодавство України в сфері здійснення запозичень до місцевих бюджетів.

Ключові слова: місцеві запозичення, органи місцевого самоврядування, місцеві бюджети.

Исследовано исторические этапы становления института местных займов в Украине. По результатам проведенного исследования предложено ряд изменений в действующее законодательство Украины в сфере осуществления заимствований в местные бюджеты.

Ключевые слова: местные займы, органы местного самоуправления, местные бюджеты.

Historical stages of the research institute of local borrowing in Ukraine. According to the results of the study proposed several changes to the current legislation of Ukraine in sphere of granting loans to local budgets.

Keywords: local borrowings, local governments, local budgets.

За інформацією Міністерства фінансів України за останні роки до місцевих запозичень вдалися більше 25 міст України. Важко заперечувати той факт, що український ринок місцевих запозичень має чимало недоліків. Разом з тим, таких недоліків можна було б уникнути за умови вивчення історичного досвіду здійснення місцевих запозичень та використання позитивних напрацювань минулого при розробці проектів нормативно-правових актів, необхідних для удосконалення правового регулювання здійснення запозичень до місцевих бюджетів.

Недостатньо дослідженим на теперішній час залишається, зокрема, питання історичної еволюції інституту місцевих запозичень в Україні, а, разом з цим, і виокремлення етапів становлення та розвитку запозичень до бюджетів органів місцевого самоврядування. У зв'язку з цим, пропонуємо власне бачення періодизації зародження, становлення та розвитку інституту місцевих запозичень, та характеристику кожного етапу.

На нашу думку, варто виокремити такі етапи становлення інституту місцевих запозичень в Україні:

І етап (VII ст. – початок XIX ст.) – ***етап зародження уявлення про місцеві запозичення та їх становлення***, що відбувається в контексті формування основ кредитної справи.

Підвалини кредитного забезпечення управлінських і ділових відносин, закладені славетним правником Київської Русі Ярославом Мудрим, отримали свій історичний розвиток не тільки на українських землях, а й у європейських державах, між окремими людьми, торговими і кредитними утвореннями, на державному, і навіть міждержавному рівнях [6, С. 75].

З розвитком суспільних відносин розвивалася й кредитна справа, зокрема, запозичення через випуск облігаційних позик на державному та місцевому рівнях. Першу згадку про облігацію як письмове зобов'язання зустрічаємо в "Облігаційному праві" [6, С. 75] Харонда

© Духовна О., 2011

із Катани на Сицилії (VII ст. до н.е.), який включив його до загального законодавства країни і, таким чином, доповнив свого сучасника Залєвка з італійських Локрів, що вважається найпершим законодавцем в історії людства. Відтоді процеси обігу грошей через їх позичання стали об'єктом предметно-практичної діяльності людей, та постійно вдосконалюючись, призвели до формування основ кредитної справи [6, С. 75 – 76].

Розвиток інституту місцевих запозичення у вказаний період також відбувався у нерозривному зв'язку з процесом виникнення і розвитку місцевого самоврядування, початкові форми якого пов'язують з формуванням основ магдебурзького права, що виникло у XIII ст. в німецькому місті Магдебург. Джерелами цього права були привілеї, надані міській владі, різноманітні постанови суду. Магдебурзьке право мало універсальний характер, воно регламентувало самоврядування міст, діяльність міської влади, суду, питання земельної власності в межах міст, торгівлі, ремесел, оподаткування та ін. Упродовж XIV – XVI ст. ст. магдебурзьке право прийняли інші німецькі міста, а також деякі міста Чехії, Угорщини, Польщі, Литви, Галіції та Білорусії. На території Русі, раніше за інші міста, магдебурзьке право у повному обсязі отримав Кам'янець-Подільський в 1374 р., пізніше в 1432 р. – Луцьк, а в 1497 р. – Київ. Проіснувало магдебурзьке право до XVIII – XIX ст., поступово втрачаючи своє значення [2, С. 26].

II етап (друга половина XIX ст. – початок XX ст.) – ***період розквіту інституту місцевих запозичень або дореволюційний етап здійснення запозичень до місцевих бюджетів***.

Подальше формування й розвиток механізмів місцевих запозичень в Україні продовжувало бути тісно пов'язаним з процесами зміцнення місцевого самоврядування на території нашої країни, які відбувалися у другій половині XIX ст. Саме в цей час на українських землях у складі Російської імперії було проведено земську (1864) та міську (1870) реформи, а в Галичині, що входила до складу Австрійської держави (з 1867 р. – Австро-Угорщина), введено в дію державний закон про місцеве самоврядування (1862) та прийняті галицьким сеймом закони про сільське (1866) та міське (1889) самоврядування [2, С. 167].

Низка регіонів та міст України, які свого часу входили до складу царської Росії, накопичили чималий досвід місцевих запозичень. Такий досвід фактично забутий, проте практика тогочасних запозичень може бути корисною для України сьогодні.

Отже, виникнення місцевих запозичень у царській Росії (до складу якої тоді входила й більша частина сучасної України) припадає на епоху реформ 60–70 років XIX століття, що, у свою чергу, спричинили бурхливий розвиток економіки країни, у тому числі й міського господарства. Невдовзі Рада міністрів царської Росії видає дозвіл органам місцевого самоврядування вносити до кошторисів міст суми щорічних платежів за позиками та облігаціями як обов'язкові [8, С. 10].

Основними формами залучення коштів стали фонди, а також муніципальний кредит. У свою чергу, основними формами муніципального кредиту були позики в кредитних установах та облігаційні позики. Облігаційні позики здебільшого здійснювалися шляхом випуску міських й земських облігацій. Змішаною формою були позики за посередництва кредитних установ.

Починаючи з 1912 р., надавалися позики з державної каси міського та земського кредиту. З каси містам та земствам надавалися довгострокові та короткострокові позики. Довгострокові позики надавалися тільки на капітальні видатки, пов'язані з придбанням та розширенням комунальної власності, а короткострокові – як під конкретні проекти, так і на поповнення місцевих бюджетів. Втім, незважаючи на те, що міста Російської імперії використовували різноманітні інструменти місцевих запозичень (позики громадських та приватних банків, позики приватних осіб та закладів, заборгованість власним спеціальним капіталам, позики казначейства та Державного банку), більшу частину міської заборгованості все ж становили облігаційні позики.

Проведений аналіз другого етапу здійснення місцевих запозичень, дозволяє нам стверджувати, що інституту місцевих запозичень були притаманні такі основні особливості.

По-перше, принциповою особливістю місцевих запозичень у зазначений період було те, що в своїй більшості вони мали цільовий характер. Основну категорію (понад 60%) становили позики, призначені для реалізації дохідних проектів або покриття витрат на обслуговування боргу. Близько 22% позик були спрямовані на реалізацію суспільно важливих неприбуткових проектів. Окремі позики були спеціально емітовані з метою погашення заборгованості за раніше здійсненими запозиченнями [4, С. 212].

По-друге, уряд не надавав гарантій під випуск таких позик, місцеві запозичення у дореволюційній Росії не включалися до складу боргу Росії. Держава лише контролювала емісію муніципальних облігацій, а з метою підвищення їх статусу передбачалася кримінальна відповідальність за підробку таких паперів. Міністр фінансів особисто призначав керівника вищого органу з управління коштами, отриманими за рахунок місцевих запозичень – Комітету власників облігацій [9, С. 156].

По-третє, і останнє, на що варто звернути особливу увагу, – вагомим чинником, який стояв на перешкоді інтенсивнішому поширенню інституту місцевих запозичень у дореволюційній Росії, була слабкість внутрішнього ринку муніципальних цінних паперів, у зв'язку з чим більша частина запозичень розміщувались у країнах Західної Європи (першу зовнішню позику дореволюційна Росія отримала від Голландії у 1769 р.). Крім того, в Росії муніципальні облігації випускали, як правило, тільки великі міста, яким було під силу організувати їх виготовлення та розміщення [3, С. 127 – 128]. Обмеження середніх і малих міст у праві на випуск облігацій пояснювалося недостатньою обізнаністю з технікою емісійно-банківської справи, умовами грошового ринку та відсутністю зв'язків з банківським світом, побоюванням, що вони не зможуть організувати належним чином випуск облігацій та забезпечити їх стале розміщення. На нашу думку, ці побоювання насправді були небезпідставними, у чому ми можемо переконатися, вивчаючи сучасний досвід здійснення місцевих запозичень провідними містами України, зокрема, містом Одеса.

Таким чином, можна стверджувати, що етап розквіту місцевих запозичень у дореволюційній Росії тривав близько 50 років і завершився з приходом радянської влади. Незважаючи на безумовно позитивний вплив практики здійснення місцевих запозичень на розвиток міст, треба відзначити, що інститут місцевих запозичень все ж був розвинений недостатньо, та не зміг досягти рівня розвитку більшості зарубіжних держав.

III етап (з 1917 року і по 1991 рік) – ***період занепаду здійснення місцевих запозичень, або радянський період***.

З приходом радянської влади практика запозичень органами місцевого самоврядування припинилася, і відновилася лише під час нової економічної політики: позики на короткостроковий період, які отримувалися місцевими Радами від Нарбанку у 1918 – 1920 роках,

фактично зводилися до безповоротної допомоги. У липні 1920 року була затверджена Постанова другої сесії ВЦВК, скликаної 1920 року, один із пунктів якої був такого змісту: "Поділ бюджету на загальнодержавний і місцеві скасувати, і надалі місцеві витрати й доходи включити до загальнодержавних бюджетів" [7, С. 18].

Пізніше влада усвідомила нераціональність такого заходу, і з 1 січня 1922 року знову було відновлено систему місцевих бюджетів. Місцевим Радам також надавалася можливість здійснювати запозичення, які повинні були мати цільове призначення. При цьому, місцеві Ради самостійно відповідали за позиками усім своїм майном, загальнодержавна скарбниця відповідальності за ними не несла. Запозичення могли здійснюватися під спеціальне забезпечення окремими видами доходів або майна, що визначалися під час їх випуску. Закріплені як забезпечення позики доходи не підлягали вилученню в порядку бюджетного перерозподілу аж до повного погашення позики [9, С. 158 – 159].

У свою чергу, облігаційних позик, які так були поширені у дореволюційний період, у цей час місцеві Ради не випускали. Лише наприкінці 20-х років були поодинокі спроби випустити міські облігації. Так, у березні 1929 року у Москві була випущена позика на потреби шкільного, лікарняного й комунального будівництва [9, С. 159].

Вже у 30-х роках можливість здійснення запозичень до місцевих бюджетів СРСР згортається. Отже, у радянський період, незважаючи на незначні та недовготривалі спроби, не вдалося відродити в повній мірі інститут здійснення місцевих запозичень.

IV етап (з 1991 року і по сьогодні) – період, що формується в умовах незалежної України, та в межах якого фактично заново відбувається становлення інституту місцевих запозичень.

Сучасна українська система місцевих запозичень активно формується з середини 90-х років минулого століття. Процес емісії облігацій місцевих позик в незалежній Україні з початку відбувався майже стихійно. Після ухвалення Закону "Про цінні папери і фондову біржу" у червні 1991 р. жоден орган місцевого самоврядування за чотири роки не став емітентом, і тільки за рік до прийняття Закону "Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні" (30 жовтня 1996 р.) до емісії власних облігацій вдалися одразу декілька органів місцевого самоврядування. Так, перші в Україні місцеві облігаційні позики з'явилися в 1995 р. у Дніпропетровську, Києві, Харкові та Донецьку, а до середини 1998 р. вже 10 міст України розмістили місцеві позики на суму майже 200 млн. грн. Запозичені кошти здебільшого використовувалися для вирішення питань комунального господарства, житлового будівництва та розвитку міської транспортної інфраструктури [2, С. 156].

В межах запропонованого IV етапу виділимо декілька підетапів, серед яких:

1995–1997 рр. – міста України активно розпочинають вдаватися до можливості здійснення місцевих запозичень. Цей період відзначається появою перших нормативно-правових актів з питань здійснення запозичень до бюджетів органів місцевого самоврядування.

Перш за все, 21 травня 1997 року був прийнятий Закон України "Про місцеве самоврядування в України", де в ст. ст. 63, 70 вперше в незалежній України було передбачено можливість формування доходів місцевого бюджету розвитку за рахунок коштів, залучених від розміщення місцевих позик.

13 жовтня 1997 року Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку також було прийнято "Положення про порядок випуску та обігу облігацій місцевої позики", затверджене рішенням №48, а 18 червня 1998 року Президент України видав Указ №655/98 "Про впорядкування внутрішніх і зовнішніх запозичень, що провадяться органами місцевого самоврядування".

1998–2001 рр. – спад активності вітчизняного ринку місцевих запозичень. Насамперед, причиною цього вважають оголошення дефолту за випущеними в Одесі облігаціями на суму, що перевищувала 91,5 млн. грн.

Йде мова про рішення щодо випуску облігацій внутрішньої місцевої позики міста Одеси, прийняте сесією Одеської міської ради народних депутатів XXII скликання 27 лютого 1997 р. за №113 – XXII. Одеські облігації стали скандальними з самого початку. Оголошений обсяг випуску 91,5 млн. грн. (близько 44,5 млн. дол. США) був дуже великим як на тодішні умови українського ринку цінних паперів. Навіть тепер ринкові публічні випуски обсягом у 10-20 млн. дол. США і більше все ще є рідкісним явищем для внутрішнього ринку цінних паперів. Крім того, запропонована відсоткова ставка у 50% річних була дуже привабливою – дохідність українських внутрішніх державних облігацій на той час становила близько 30% [5, С. 179].

Які ж були головні причини дефолту міста? З цього приводу висловлювалися різні точки зору. Зокрема, вважалося, що це нераціональне використання запозичених коштів [10, С. 117]. Так, кошти розміщувалися на українському міжбанківському ринку, а не вкладалися у перспективні проекти розвитку міської інфраструктури (за призначенням було використано близько 15 млн. грн.). Також не було розроблено програму погашення та обслуговування боргу з визначенням джерел фінансування і програм цільового використання коштів. Крім того, була встановлена висока процентна ставка за емітованими облігаціями (50%). Мали місце непродумані умови організації місцевого запозичення та відсутність механізму страхування ризиків [11].

Отже, ситуація навколо внутрішньої місцевої позики міста Одеси 1997 року викликала недовіру до місцевих запозичень в наступні роки. Після цього порядок випуску муніципальних облігацій суттєво змінили. Однак, протягом 1998–2002 рр. було зареєстровано лише одну емісію облігацій внутрішніх міських позик (м. Бровари Київської області), і лише в 2003 р. український ринок муніципальних облігацій пожвавився.

2001 р. – і по теперішній час – новий етап розвитку запозичень до місцевих бюджетів, пов'язується саме з прийняттям 2001 року Бюджетного кодексу України.

Крім Бюджетного кодексу України, основу правової бази вітчизняної системи місцевих запозичень в зазначений період складають вже згадуваний Закон України "Про місцеве самоврядування в Україні", Закони України "Про цінні папери і фондову біржу" (Закон діяв до 2006 року), "Про цінні папери та фондовий ринок", "Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні", Постанови Кабінету Міністрів "Про затвердження Порядку здійснення запозичень до місцевих бюджетів" (Постанова діяла до 2011 року), "Про затвердження Порядку здійснення місцевих запозичень" і "Положення про порядок випуску облігацій внутрішніх місцевих позик", ухвалене рішенням №414 Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 07 жовтня 2003 року.

Надзвичайно актуальним питання на теперішній час залишається питання удосконалення правового регулювання здійснення місцевих запозичень. У зв'язку з цим, не можна не відмітити внесені до Бюджетного кодексу України зміни у липні 2010 року (набрали чинності 01.01.2011 року), які все одно не виключили потребу у прийнятті закону з питань здійснення запозичень до бюджетів органів місцевого самоврядування, що має

стати запорукою успіху здійснення місцевих запозичень містами України в майбутньому.

Таким чином, за результатами проведеного аналізу етапів становлення інституту місцевих запозичень в Україні пропонуємо у процесі удосконалення законодавства України в сфері здійснення запозичень до місцевих бюджетів врахувати такі рекомендації:

1) використання органами місцевого самоврядування коштів, отриманих в результаті запозичень, з метою інвестування має бути максимально ефективним. Така ефективність, перш за все, обумовлюється цільовим використанням запозичених коштів, наприклад, на конкретні капіталоємні проекти місцевого значення. Крім того, доцільно було б дотримуватися такого позитивного історичного досвіду здійснення місцевих запозичень, коли отримані кошти використовувалися в більшості (понад 60%) для вирішення капітальних проблем регіонів, а в меншій мірі (близько 20%) – для покриття дефіциту місцевого бюджету або погашення заборгованості за попередніми запозиченнями, а також на інші цілі;

2) розвиток інституту місцевих запозичень повинен бути безпосередньо пов'язаний з покращенням інвестиційного клімату регіонів для внутрішніх та іноземних інвесторів [1, С. 19]. У зв'язку з цим, більшу увагу необхідно приділяти зовнішнім місцевим запозиченням, в тому числі і внаслідок недостатнього розвитку внутрішнього ринку муніципальних цінних паперів;

3) державна політика має бути спрямована на заохочення та контроль здійснення запозичень до місцевих бюджетів. Кримінальна відповідальність за підробку облігацій внутрішніх позик, що використовувалася в минулому, може бути трансформована в іншу відповідальність, зокрема, цивільну, дисциплінарну, адміністративну відповідальність. До такої відповідальності мають притягатися посадові особи органів місцевого самоврядування, при встановленні, наприклад, факту нецільового використання грошових коштів, отриманих в результаті здійснення місцевих запозичень. Також важливими на сьогодні питанням залишається створення структури, уповноваженої здійснювати контроль за діями органів місцевого самоврядування на усіх стадіях здійснення запозичень (їх отримання, використання, погашення).

На підставі вищевикладеного, історичний досвід здійснення місцевих запозичень переконує, що за умови ефективного використання запозичених коштів і вмілого управління боргом, запозичення до бюджетів органів місцевого самоврядування можуть стати одним із важливих каталізаторів поліпшення соціально-економічного становища в регіонах України. Як невід'ємний чинник зміцнення матеріально-фінансової бази органів місцевого самоврядування, вдосконалення інституту місцевих запозичень у нашій країні сприятиме досягненню органами місцевого самоврядування належної фінансової самостійності та надасть їм можливість вийти на новий, якісно вищий рівень розвитку.

1. Баринов В.Т. Муниципальные облигации. Выпуск и размещение. – М.: Русская Деловая Литература, 1997. – 160 с. 2. Місцеві фінанси: Підручник / За ред. О.П. Кириленко. – К.: Знання, 2006. – 677 с. 3. О.П. Кириленко, А.В. Лучка, Б.С. Малиняк. Історичний досвід місцевих запозичень в Україні та Росії до 1917 р. // Міжнар. науково – практ. конф. "Проблеми фінансування розвитку великих міст за рахунок муніципальних запозичень та шляхи їх розв'язання", Київ, 29 вересня 2004 р. / за заг. ред. В.І. Кравченка, В.М. Падалки, Д.М. Гриджука. – К.: [Міжнародний інститут фінансів], 2005. – С. 127 – 132. 4. Кравченко В.І. Місцеві фінанси України: Навч. посіб. – К.: Т-во "Знання", КОО, 1999. – 487 с. 5. Короткий огляд практики муніципальних запозичень в Україні (середина 90-х років XX ст.. – 2005 р.) / За заг. ред. В.І. Кравченка, В.М. Падалки, Д.М. Гриджука. – К.: [Міжнародний інститут фінансів], 2005. – С. 158 – 187. 6. Н.О. Мудрик Муніципальні облігації: історичний та сучасний досвід // Наукові праці НДФІ/ Науковий збірник/ Випуск 6/ 1998 р. (Київський Науково-дослідний фінансовий інститут при Міністерстві фінансів України). – С. 75 – 81. 7. Музика О.А. Доходи місцевих бюджетів за українським законодавством. – К.: Атіка, 2004. – 344 с. 8. Становлення та розвиток ринку місцевих запозичень в Україні: автореф. дис…канд.. екон. наук 08.04.01./ В.М. Падалка; Н.- д. фін. ін.-т. при М- ві фінансів У. – К., 2006. – 18 с. 9. Падалка В. Муніципальні запозичення в Україні за часів царської Росії // Фінанси України. – 2005. – № 10. – С. 151 – 159. 10. Падалка В. Ризики муніципальних запозичень // Фінанси України. – 2005. – 3 2. – С. 114 – 122. 11. Перерва Г.Л. Розвиток ринку муніципальних запозичень у 1995-1998 роках. – [Електронний ресурс] – Режим доступу: www.nbuv.gov.ua/e-journals/Dutp/2005-2/txts/region/05pglmzr.pdf.

Надійшла до редколегії 30.03.11

УДК 342.52

І. Словська, канд. юрид. наук

ПОНЯТТЯ, ЗМІСТ ТА ВЛАСТИВОСТІ ПАРЛАМЕНТУ

Проаналізовані тлумачення терміна "парламент", що дозволило визначити зміст та основні властивості представницької установи. Автор стверджує, що парламент – це загальнодержавний представницький постійно діючий колегіальний орган державної влади, пріоритетним повноваженням якого є законотворення.

Ключові слова: парламент, представництво, орган державної влади, законотворення.

Проанализированы толкования термина "парламент", что позволило выяснить содержание и основные свойства представительного учреждения. Автор утверждает, что парламент – это общегосударственный представительный постоянно действующий орган государственной власти, приоритетным полномочием которого является законотворчество.

Ключевые слова: парламент, представительство, орган государственной власти, законотворчество.

Interpretations of term "Parliament" are analyzed, that allowed to define content and main features of representative establishment. An author claims that Parliament is national representative and constantly operating collegial body of state power; its' top-priority authority is lawmaking.

Keywords: parliament, proxyship, body of state power, lawmaking.

Постановка проблеми. Еволюція парламенту є наочним свідченням динамічного розвитку держави і суспільства, оскільки відображає тенденції постійної "боротьби інтересів" різних соціальних сил за можливість прийняття владних рішень у таких стратегічних сферах як політика, дипломатія, оборона і безпека, економіка. Нині напрацьована значна теоретична база з питань парламентського права. Але юридична наука і практика державного будівництва лише збагатяться новими знаннями про важливість представницької установи в системі державного апарату, механізм її функціонування, юридичну силу прийнятих нею рішень. Це, у свою чергу, сприятиме науковій розробці перспективних шляхів удосконалення конституційного законодавства з питань парламентської діяльності, оптимізації взаємодії усіх гілок влади на принципах верховенства права, узгодження інтересів окремих політичних сил із пріоритетними загальнонаціональними, визнання людини найвищою соціальною цінністю тощо.

Наукове дослідження парламенту як складного державно-правового інституту неодмінно передбачає з'ясування дефініції шляхом аналізу її юридичних трактувань. Інший шлях є нелогічним і невірним.

© Словська І., 2011

Аналіз публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми. Питання тлумачення терміну "парламент" в контексті дослідження правового статусу органу законодавчої влади розробляли такі наковці як: Л. В. Бориславський, Г. С. Журавльова, А. М. Колодій, Н. С. Крилова, В. В. Маклаков, В. Ф. Погорілко, І. В. Спіридонов, Б. М. Топорнін, В. Є. Чиркін, В. М. Шаповал, Ю. С. Шемшученко та ін.

Формулювання цілей статті. Метою запропонованого дослідження є з'ясування дефініції парламенту, що дозволить охарактеризувати зміст та основні властивості представницької установи.

Виклад основного матеріалу дослідження. В теорії конституційного права можна зустріти чимало трактувань терміну "парламент". Чітке визначення цього конституційного поняття ускладнене в наслідок прагнення окремих науковців надати тлумаченню політичного характеру. До прикладу, відомий французький соціолог та юрист Л. Дюгі писав: "Сьогодні слово "парламент" остаточно вкорінилося у політичній мові для позначення нарадчих зборів, головним завданням яких є прийняття законів і бюджету". З XIX ст. досліджуваний термін почали використовувати як назву політичних зборів [7, с. 458].

Радянські державознавці аналізували парламент як загальнонаціональну представницьку установу буржуазної держави, що здійснює законодавчі функції [30, с. 241]; як соціально-класовий феномен буржуазної демократії [21, с. 13]; як дорадчий орган при керованому главою держави чи прем'єр-міністром апараті урядової влади, що позбавлений права приймати рішення з основних питань внутрішньої і зовнішньої політики; як орган державної влади, що виконує низку важливих функцій: 1) є джерелом формування пробуржуазної автократії, 2) засобом легітимації влади панівного угруповання, освячуючи її "волею народу", 3) надає зовнішньої респектабельності авторитарному режиму, утверджує ідею єдності різних соціальних і етнічних прошарків у свідомості народу (реалізує ідеологічну функцію). "Пробуржуазний парламент, як правило, змодельований за західними зразками, і тому для нього є характерними усі негативні риси організації й діяльності представницьких установ періоду кризи буржуазного парламентаризму. Але в країнах капіталістичної орієнтації антидемократизм цих рис виражений значно сильніше і проявляється у більш грубих формах" [6, с. 179-180].

Натомість, конституції соціалістичних держав регламентували пріоритетне становище народних зборів в системі державного апарату. Жодних інших органів держави, вищестоящих чи рівних їм за статусом, не існувало. Основним повноваженням такого верховного представницького органу вважали прийняття рішень з усіх найважливіших питань державної політики [5, с. 170].

Нині науковці-конституціоналісти та фахівці з теорії держави і права, трактуючи термін "парламент", не виділяють в якості його обов'язкової ознаки буржуазний характер. Згідно із сучасними дефініціями досліджувана інституція є вищим представницьким і законодавчим органом демократичної держави [20, с. 215; 10, с. 213]; виборним колегіальним вищим органом державної влади, що функціонує в умовах демократичного правління і головним повноваженням якого є законотворчість [28, с. 4]; загальнонаціональним представницьким органом влади, що здійснює свою діяльність на постійній основі й має за "титульну" функцію законотворення; функціонування якого є належним лише за умов демократичного політичного режиму [26, с. 52].

В. Ф. Погорілко характеризує парламент як єдиний загальнонаціональний представницький колегіальний постійно діючий орган законодавчої влади [18, с. 5]. Майже ідентичні тлумачення наводять В. В. Сухонос та В. В. Лазарєв. Відповідно, парламент – це загальнонаціональний представницький орган державної влади, що діє постійно і головним призначенням якого є здійснення законотворчості [23, с. 204]; загальнодержавний представницький орган, головна функція якого полягає у здійсненні законодавчої влади [11, с. 308].

С. А. Авак'ян вважає, що парламент – це представницька установа, депутати якої обираються народом і представляють його інтереси. Парламент реалізує законодавчу владу, тобто наділений виключним правом приймати закони держави [12, с. 417].

На думку Н. М. Крестовської, парламент – це найвищий представницький та законодавчий орган влади, що представляє суверенітет народу і є єдиним уповноваженим суб'єктом приймати закони від імені народу; це найважливіший інститут легітимної державної влади, форма забезпечення політичної гласності та відкритої політичної полеміки [13, с. 825].

Л. В. Бориславський доводить, що парламент – це державно-правовий інститут; виборний орган народного представництва, наділений законодавчими повноваженнями з метою вирішення загальних державних і громадських завдань [2, с. 388].

В. Є. Чиркін подає дещо розширене тлумачення терміна: "Парламент – це вищий орган народного представництва, що виражає суверенну волю народу і покликаний регулювати найважливіші суспільні відносини, головним чином, шляхом прийняття законів, здійснення контролю за діяльністю органів виконавчої влади й вищих посадових осіб. Парламент володіє багатьма іншими повноваженнями: формує вищі органи держави, ратифікує міжнародні договори тощо" [25, с. 236].

В. В. Маклаков наголошує на двоякому значенні парламенту, що є: 1) виборною колегіальною представницькою установою, яка наділена законодавчими, фінансовими, контрольними і судовими повноваженнями та юрисдикція якої поширюється на всю територію держави; 2) назвою виборної установи (Великобританія, ФРН, Італія, Франція) [15, с. 570]. А. З. Георгіца та Н. С. Крилова додають, що у державах англосаксонського права термін "парламент" означає: 1) палати парламенту; 2) палати парламенту і монарха; 3) нижню палату парламенту [3, с. 250; 14, с. 64]. У деяких державах до складу парламенту, крім безпосередньо колективного законодавчого органу влади, належить глава держави – президент (Танзанія, Індія) [3, с. 250-251].

У колективній монографії "Український парламентаризм: минуле і сучасне" дефініція парламенту подана через характеристику його змісту і форми. Зокрема, за змістом діяльності він є, насамперед, органом законодавчої влади. За формою – це всенародні збори або збори представників народу (депутатів); постійно діючі зібрання, на яких обговорюються і вирішуються найважливіші суспільні і державні справи [24, с. 11].

Термін "парламент" є родовим поняттям органу законодавчої влади. Як власна назва відповідних органів він офіційно вживається і нормативно закріплений лише у деяких державах (Великобританія, Канада, Греція, Грузія, Казахстан, Молдова та ін.). Найбільш поширеною практикою є дефініції "національні збори", "державні збори", "федеральні (союзні) збори" (якщо за формою устрою держава розташування парламенту є федерацією чи конфедерацією – Російська Федерація, Швейцарія). Нарешті, є держави, представницькі органи яких називаються законодавчими зборами (асамблеєю) або палатою представників (депутатів), конгресом.

Деякі парламенти історично отримали суто індивідуальні назви. До прикладу, фолькетінг (Данія), альтінг

(Ісландія), стортінг (Норвегія), рікстаг (Швеція), сейм (Латвія, Литва), кортес (Іспанія), кнесет (Ізраїль), сабор (Хорватія), меджліс (окремі країни Азії) [27, с. 13]. Проте, такі найменування, наголошує А. З. Георгіца, є лише транскрипцією національних державно-правових термінів, що у перекладі українською мовою означають "народні збори". Усі вони є офіційними дефініціями вищого представницького органу держави, що утворюється шляхом проведення виборів, діє на колегіальних засадах і головним призначенням якого є законодавча діяльність, тобто парламенту [3, с. 254].

У юридичній літературі також вживаним є термін "легіслатура" (від лат. lex – закон) для позначення: 1) парламенту як органу законодавчої влади, 2) строку його функціонування (скликання) [17, с. 248; 22, с. 505]. Проте, цією дефініцією послуговуються нечасто.

У конституціях переважної більшості держав розгорнуті трактування парламентів зазвичай відсутні. Як наголошує Г. С. Журавльова, "констатується сам факт наявності такого важливого елемента державного механізму, яким є парламент, …визначається чисельний склад і засади його формування. Нерідко конституції обмежуються згадкою про основне призначення парламентів – здійснювати законодавчу владу. Іноді …міститься загальне посилання на представницький характер…" [8, с. 54].

Нерідко термін "парламент" є складовою власної назви органу законодавчої влади. Наприклад, Конституція України (ст. 75) визнає єдиним органом законодавчої влади парламент – Верховну Раду України. Тобто, досліджуваний нами термін є елементом конституційної дефініції. Як зазначають В. М. Шаповал та Г. С. Журавльова, наявність достатньо розгорнутого визначення парламенту, особливо в Основному Законі держави, що перебуває на початковому етапі становлення, є позитивною рисою конституційного регулювання суспільних відносин [29, с. 13-14; 8, с. 52, 54]. Це сприяє визнанню за Верховною Радою України соціального призначення – виражати суверенну волю народу шляхом законотворення, контролю за діяльністю вищих посадових осіб та органів виконавчої влади – на найвищому конституційному рівні.

Науковці наголошують, що конституційна дефініція українського парламенту є досить вдалою, чіткою і юридично коректною. Вона визначає титульну функцію представницької установи і, таким чином, підкреслює її унікальність серед інших елементів державного апарату, сформована згідно з вимогами техніки викладання саме конституційного тексту [29, с. 14].

Незважаючи на різні модифікації поняття парламенту, майже усі вони містять перелік основних властивостей цього органу державної влади: 1) виборний орган – весь склад (одна з палат) обирається народом шляхом проведення прямих таємних загальних рівних виборів; 2) орган народного представництва – представляє інтереси різних соціальних прошарків населення, які реалізує при колективному обговоренні і прийнятті значимих для більшості населення держави рішень; 3) виконує, в першу чергу, законодавчу функцію, хоча наділений також контрольною [16, с. 30-31], установчою, представницькою, фінансово-бюджетною та ін.; 4) загальнодержавний (загальнонаціональний) орган, повноваження якого поширюються на територію усієї держави; 5) постійно діючий орган, члени якого працюють на професійній основі і обираються на посади з певною періодичністю; 6) характеризується специфічними структурою (одно-двопалатність, фракції чи позафракційні групи, комітети і комісії, коаліція – парламентська більшість, опозиція, органи спеціальної компетенції, наприклад, омбудсмани), методами і формами діяльності [1, с. 26], що закріплені, в основному, в регламенті – процесуальному нормативно-правовому акті з питань формування парламентських органів і здійснення парламентських процедур.

Як вірно зазначає М. М. Пригон, парламентом можна вважати лише той державний інститут, який, хоча би формально-юридично, представляє увесь народ, обирається населенням із дотримання демократичних процедур, функціонує у колегіальному складі згідно з усталеною практикою парламентських методів і стилю діяльності, на постійній оплачуваній основі, володіє особливим соціальним статусом і повноваженнями [19, с. 20-21].

Висновки. На думку Б. О. Кістяківського, "престиж державної влади полягає не в її недосяжності або височині, а в тім, що вона дістає підтримку і підпір в народу". Через народне представництво населення має можливість реалізувати свої інтереси і цілі [9, с. 247-248]. Саме в діяльності парламенту як загальнодержавного представницького постійно діючого колегіального органу державної влади, пріоритетним повноваженням якого є законотворення, проявляється домінування "законодавчої влади як влади верховної – відмінна ознака правової держави" [4, с. 12]. Такі властивості представницької установи, які умовно можна виділити за підставами: суб'єкт формування, перелік повноважень, територія і процедура діяльності, підкріплені її ефективним функціонування на благо суспільства, повинні стати запорукою авторитету та довіри з боку населення.

1. Авакьян С. А. Федеральное Собрание – парламент России / С. А. Авакьян. – М. : Российский Юридический Издательский Дом, 1999. – 432 с. 2. Бориславський Л. В. Парламент – Верховна Рада України (правові аспекти становлення) / Л. В. Бориславський // Парламентаризм в Україні : теорія і практика : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. – К. : Ін-т законодавства Верховної Ради України, 2001. – С. 388-391. 3. Георгіца А. З. Сучасний парламентаризм : проблеми теорії та практики / А. З. Георгіца. – Чернівці : Рута, 1998. – 484 с. 4. Гессен В. М. О правовом государстве / В. М. Гессен. – Спб. : Вестник Права, 1906. – 62 с. 5. Государственное право зарубежных социалистических стран. Учебник / Под ред. В. Е. Чиркина, Б. Н. Топорнина. – М. : Высш. школа, 1976. – 270 с. 6. Государство в странах капиталистической ориентации / Отв. ред. и авт. предисл. Р. А. Ульяновский. – М. : Наука, 1982. – 304 с. 7. Дюги Леон. Конституционное право : Общая теория государства / Дюги Леон. – Репринт / Предисловие Ю. Н. Оборотова. – О. : Юрид. лит., 2005. – 1008 с. 8. Журавльова Г. С. Актуальні теоретичні питання формування дефініції парламенту / Г. С. Журавльова // Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки. – 2009. – № 1. – С. 51-56. 9. Кістяківський Б. О. Вибране / Б. О. Кістяківський ; упоряд. Л. П. Депенчук ; ред. В. Ф. Жмир [та ін.]. – К. : Абрис, 1996. – 512 с. 10. Колодій А. М. Парламент України : місце в системі розподілу влад та перспективи його удосконалення / А. М. Колодій // Парламентаризм в Україні : теорія і практика : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. – К. : Ін-т законодавства Верховної Ради України, 2001. – С. 213-217. 11. Конституционное право. Учебник / Отв. ред. А. Е. Козлов. – М. : БЕК, 1996. – 464 с. 12. Конституционное право : Энциклопедический словарь / Отв. ред. и рук. авт. коллектива С. А. Авакьян. – М. : НОРМА, 2000. – 688 с. 13. Крестовська Н. М. Теорія держави і права : Елементарний курс / Н. М. Крестовська, Л. Г. Матвєєва. – Х. : ТОВ "Одіссей", 2008. – 432 с. 14. Крылова Н. С. Парламент Великобритании / Н. С. Крылова // Парламенты мира : [Сборник] / Сов.-амер. фонд "Культ. инициатива". – М. : Высшая школа. Интерпракс, 1991. – С. 63-122. 15. Маклаков В. В. Конституционное право зарубежных стран. Общая часть : [учеб. для студентов юрид вузов и фак.] / В. В. Маклаков. – М. : Волтерс Клувер, 2006. – 896 с. 16. Органи державної влади України: Монографія / За ред. В. Ф. Погорілка. – К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького, 2002. – 592 с. 17. Парламенты зарубежных стран. Справочник / Под общ. ред. И. В. Спиридонова. – М. : Политиздат, 1968. – 384 с. 18. Погорілко В. Державотворчий процес в Україні і "парад факторів" / В. Погорілко // Віче. – 1999. – № 10 (91). – С. 3-10. 19. Пригон М. Н. Конституционно-правовой статус Парламента России : теория, практика, перспективы : дис. …канд. юрид. наук : 12.00.02. / Максим Николаевич Пригон. – Спб., 2004. – 180 с. 20. Румянцев О. Г. Юридический энциклопедический словарь / О. Г. Румянцев, В. Н. Додонов. – М. : ИНФРА-М, 1997. – 384 с. 21. Савельев В. А. Капитолий США : прошлое и настоящее / В. А. Савельев. – М. : Мысль, 1989. – 300 с. 22. Сравнительное конституционное право / Отв. ред. В. Е. Чиркин. – М. : Манускрипт, 1996. – 580 с. 23. Сухонос В. В. Теорія держави і права : Навч. посібник / В. В. Сухонос. – Суми : ВТД "Університетська книга", 2005. – 536 с. 24. Український парламентаризм : минуле і сучасне / За ред.

Ю. С. Шемшученка. – К. : Парламентське вид-во, 1999. – 368 с. 25. Чиркин В. Е. Конституционное право зарубежных стран : Учебник / В. Е. Чиркин. – М. : Юристъ, 2000. – 600 с. 26. Шаповал В. Від "богословської бесіди монахів" до "національних зборів" / В. Шаповал // Віче. – 2006. – № 11-12. – С. 52-54. 27. Шаповал В. М. Вищі органи сучасної держави. Порівняльний аналіз / В. М. Шаповал. – К. : Програма Л, 1995. – 132 с. 28. Шаповал В. Зарубіжний парламентаризм / В. Шаповал. – К. : Основи, 1993. – 143 с. 29. Шаповал В. Феномен парламенту. Спроба наукового тлумачення дефініції / В. Шаповал, Г. Журавльова // Віче. – 2000. – № 2 (95). – С. 12-28. 30. Юридический энциклопедический словарь / Гл. ред. А. Я. Сухарев ; Ред. кол. : М. М. Богуславский, М. И. Козырь, Г. М. Миньковский и др. – М. : Сов. энциклопедия, 1984. – 415 с.

Надійшла до редколегії 30.03.11

І. Ющенко, асп.

ДІЯ У ЧАСІ ЗАКОНУ ПРО ДЕРЖАВНИЙ БЮДЖЕТ (ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ)

В статті досліджуються загальнотеоретичні особливості дії у часі основного щорічного фінансового нормативно-правового акту України – Закону про Державний бюджет.

Ключові слова: бюджет, державний бюджет, Закон про Державний бюджет.

В статье исследуются общетеоретические особенности действия во времени основного ежегодного фынансового нормативно-правового акта Украины – Закона о Государственном бюджете.

Ключевые слова: бюджет, государственный бюджет, Закон о Государственном бюджете.

This paper pursues a theretical approach on the temporal aspects of Ukraine's main annual financial legal document – The Law on State Budget.

Keywords: budget, state budget, The Law on State Budget.

Всі нормативно-правові акти мають визначені, тимчасові, територіальні обмеження (кордони) свого існування і дії, а також розповсюджуються на визначене коло осіб (суб'єктів права). Не є виключенням із цього правила і Закон про Державний бюджет. Юридична чинність Закону про Державний бюджет – це його специфічна властивість мати чітко визначене місце в ієрархії бюджетного законодавства.

Правові засади дії фінасових нормативно-правових актів, в тому числі й бюджетних, в загальних рисах досліджувалися такими українськими вченими, як Л.К. Воронова, Н.В.Сидорова, Р.О. Гаврилюк, Л.П. Маслій, Хімічева Н.І., Крохіна Ю.А., Чернадчук В.Д., Бекерська Д.А. та інші. У Росії це питання аналізувалося, зокрема, у роботах Піскотіна М.І., Чужикової Н.І., Пауля О.Г., Болтінової О.В., Ровінського Е.А., Халфіної Р.О., Карасевої М.В., Гурвича М.А. тощо. При цьому, комплексного дослідження теоретико-правових особливостей дії у часі Закону про Державний бюджет до цього часу не проводилося. У звязку із цим, вважаємо за необхідне більш детально розглянути ці особливості, оскільки їх належне висвітлення і розуміння безпосередньо визначає загальне розуміння правової природи головного фінасового нормативно-правового акту України – Закону про Державний бюджет. Це самостійно поставлене перед нами завдання і обумовило основну мету написання цієї статті.

За часів радянської правової науки, із якою пов'язується чимало правових позицій сучасних правників, набуття чинності того чи іншого нормативно-правового акту, як правило, пов'язувалося із винесенням рішення про його прийняття уповноваженим на те органом [1, С.79; 2, С. 119-120; 3. С.76]. Виходячи із позицій цієї теорії, нормативно-правовий акт набував юридичної сили одразу після його прийняття уповноваженим на те органом. При цьому, офіційне його опублікування або оприлюднення не мало ніякого значення і жодним чином не визначало момент набуття чинності нормативним актом. Дане правило діяло і в процесі набуття чинності законами про бюджет.

В той же час, серед теоретиків радянського права існувала інша думка стосовно часу набуття нормативно-правовим актом юридичної сили. Так, зокрема, науковці Алєксєєв С.С. та Козюбра Н.І. у своїх працях приходили до висновку, що набрання нормативним актом юридичної сили не може бути віддаленим від моменту його прийняття і пов'язували його з офіційним опублікуванням нормативно-правового акту, звертаючи увагу на необхідність розриву між офіційним опублікуванням акту і набранням ним чинності [4, С.238-239; 5, С.124]. Саме цей підхід знайшов своїх прихильників і серед представників фінансового права [6, С.81-83; 7, С.192].

В теорії права виділяють три принципи дії законів у часі (темпоральної дії):

- негайну дію, коли закон поширюється на правовідносини, що виникають після набуття ним чинності або на такі, що виникли до набрання ним чинності і продовжують існувати (діє "наперед" або перспективна дія акту);
- ультраактивність або "переживання" закону, коли закон продовжує застосовуватися і після втрати ним чинності, тобто закон "переживає" відведений йому час;
- ретроактивність, або зворотну силу закону – коли норми нового закону поширюються на правовідносини, що мали місце до набуття ним чинності [8, С.317-339].

Пряму дію, як правило, мають всі нормативно-правові акти, в тому числі й закони про Державний бюджет України, ультраактивну та ретроактивну – тільки у випадках, спеціально передбачених законом.

З позицій адресату нормативний фінансово-правовий акт вступає в силу з моменту, коли він буде доведений до відома адресату, стане йому відомий, тобто після оприлюднення (промульгації) у визначеному порядку. Мета законодавства в даному випадку – забезпечити поведінку адресатів правовою нормою у відповідності із встановленим в законі правилом, тобто привести нормативно-правовй акт в дію. Тому законодавець, який бажає, щоб встановлена ним у бюджетному законі норма діяла у повній мірі, повинен потурбуватися про те, щоб бюджетні норми, які містяться в Законі про Державний бюджет були доведені до відома адресатів. Оскільки, неоприлюднений бюджетний закон не має ніякої загальнообовязкової сили, оскільки не може мати сили те, що невідоме.

Відрізняючи юридичну силу Закону про Державний бюджет від його дії, як дві окремі ознаки цього закону стосовно його адресатів, ймовірно, можна також розрізняти оприлюднення та офіційне опублікування закону. Юридична сила закону пов'язана із знанням адресатів про його існування, про предмет його регулювання, про орган видання, про дату підписання (затвердження) цього закону, а також про його місце в системі бюджетного законодавства. Дія ж Закону про Державний бюджет пов'язується із його застосуванням та реалізацією його положень. При цьому, дія закону неможлива без знання його повного тексту. У звязку із цим, оприлюднення може передувати офіційному опублікуванню тексту бюджетного закону. Завдання оприлюднення закону про бюджет – довести до загального відома інформацію про наявність

© Ющенко І., 2011

головного фінансового закону держави, в той час, як офіційне опублікування містить в собі точний текст цього джерела бюджетного права. Лише тоді, коли Закон про Державний бюджет набрав сили для його адресатів, можна вести мову про часові рамки його дії.

Сьогодні дія нормативно-правового акта в часі визначається часом набрання ним чинності і часом припинення його дії. Нормативно-правовий акт набирає чинності з того часу, який у ньому зазначено, а якщо в акті такий час не визначено, він набирає чинності у встановленому для відповідних актів порядку. Так, відповідно до статті 94 Конституції України закон набирає чинності через 10 днів з дня його офіційного оприлюднення, якщо інше не передбачено самим законом, але не раніше дня його опублікування.

Дія нормативно-правового акту у часі залежить від:

1) моменту набуття актом чинності, тобто початку його дії;

2) напряму темпоральної дії нормативного акта;

3) моменту зупинення дії нормативного акта;

4) моменту припинення (скасування) дії нормативного акта.

Закон про Державний бюджет України за часом набуття ним чинності належить до тієї групи нормативно-правових актів, час набуття чинності яких визначається в їх тексті. Дата набуття чинності Законом про Державний бюджет України вказується у відповідному (як правило, у першому) пункті його прикінцевих або заключних положень.

Отже, чинність, тобто "життя" закону про Державний бюджет України у часі починається з моменту набрання ним чинності. Під час розгляду питання дії бюджетного закону у часі, необхідно розмежовувати такі поняття, як "набрання чинності законом про Державний бюджет" та "введення в дію Закону про Державний бюджет".

Введення будь-якого нормативно-правового акту в дію, в тому числі й бюджетного закону, включає в себе такі елементи, як: оприлюднення і опублікування; визначення строку набуття чинності нормативно-правовим актом в цілому або окремих його положень; визначення кола суб'єктів та території, на які одразу або ж поступово розповсюджуватиметься його дія; встановлення зв'язку з іншими правовими актами у відповідній галузі права. Таким чином, набуття законом чинності є із складових елементів єдиного процесу введення закону в дію.

Набрання законом чинності визначається певним моментом і означає, що саме з цього моменту всі органи, установи, організації, посадові особи і громадяни повинні керуватися ним, виконувати і дотримуватись його. Цілком логічно, що до настання такого моменту той чи інший акт не є обов'язковим для застосування та виконання.

У фінансовому законодавстві та серед науковців-фінансистів виділяють такі способи встановлення моменту набрання чинності фінансово-правовим актом:

- з моменту закінчення відповідного строку після офіційного опублікування акту;
- з дати прийняття або офіційного опублікування акту;
- з конкретної дати, вказаної в самому акті;
- з моменту прямо вказаному в акті або в законі, що спеціально приймається з приводу зазначеного питання.

Опублікування Закону про Державний бюджет – перший крок до початку його офіційного "життя".

Другим моментом набрання чинності Законом про Державний бюджет є дата його прийняття або офіційного оприлюднення. Датою прийняття Закону про Державний бюджет є день прийняття парламентом його остаточної редакції. При цьому, момент прийняття закону та момент його опублікувння не повинні співпадати. Оскільки це породжуватиме ряд проблем у суб'єктів, яким цей закон адресовано, оскільки останні реально позбавлені можливості одразу ознайомитися із чинним законом. У зв'язку із цим, вважаємо, що між вищезазначеними датами має бути хоча б якийсь незначний проміжок часу. Однак, у бюджетному законодавстві України, в тому числі й у Законі про Державний бюджет, дата прийняття та офіційного оприлюднення, як правило, співпадають. Після прийняття Верховоною Радою України Закону про Державний бюджет на відповідний рік треба пройти ще кілька етапів до набуття цим законом чинності. Не маючи юридичної сили, прийнятий парламентом закон поруджує визначені обов'язки лише у суб'єктів законодавчого процесу з приводу його підписання, оприлюднення та опублікування.

В статті 57 Конституції України закріплено правило, згідно якого закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, мають бути доведені до відома населення в порядку, встановленому законом. У випадку, якщо це правило порушується, то такі нормативно-правові акти не є чинними. Порядок офіційного опублікування нормативно-правових актів детально врегульовано Указом Президента України від 10 червня 1997 року № 503/97 "Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності" [9]. В зазначеному Указі встановлено перелік офіційних друкованих видань, в яких повинні оприлюднюватися нормативно-правові акти. Так, зокрема, для оприлюднення законів використовуються такі видання, як "Офіційний вісник України", газети "Урядовий кур'єр" та "Голос України", а також "Відомості Верховної Ради України". Крім того, передбачено, що громадяни, державні органи, підприємства, установи, організації під час здійснення своїх прав і обов'язків повинні застосовувати закони України, інші акти Верховної Ради України, акти Президента України і Кабінету Міністрів України, опубліковані в офіційних друкованих виданнях або одержані у встановленому порядку від органу, який їх видав.

Конституція України в статті 58 закріпила принцип незворотності дії в часі законів та інших нормативно-правових актів. Це означає, що дія закону та іншого нормативно-правового акта не може поширюватися на правовідносини, які виникли і закінчилися до набрання чинності цим законом або іншим нормативно-правовим актом. Закріплення на конституційному рівні принципу незворотності дії в часі законів та інших нормативно-правових актів виступає гарантією безпеки людини і громадянина, довіри до держави. Винятки з цього конституційного принципу, тобто надання закону або іншому нормативно-правовому акту зворотної сили, передбачено в частині першій статті 58 Конституції України, а саме: коли закони або інші нормативно-правові акти пом'якшують або скасовують відповідальність особи.

Конституційний суд України у своєму Рішенні № 1-рп/99 від 9 лютого 1999 року у справі про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів прийшов до висновку, що положення частини першої статті 58 Конституції України про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів у випадках, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи, стосується фізичних осіб і не поширюється на юридичних осіб. Але це не означає, що цей конституційний принцип не може поширюватись на закони та інші нормативно-правові акти, які пом'якшують або скасовують відповідальність юридичних осіб. Проте надання зворотної дії в часі таким нормативно-правовим актам

може бути передбачено шляхом прямої вказівки про це в законі або іншому нормативно-правовому акті [10].

У 2010 році Закон про Державний бюджет на поточний рік було прийнято 27 квітня 2010 року. Набув чинності цей Закон з дня його офіційного опублікування, тобто з 30 квітня 2010 року. При цьому, у пункті першому прикінцевих положень Закону України "Про Державний бюджет України на 2010 рік" встановлено, що його необхідно застосовувати з 1 січня 2010 року [11]. Тобто, фактично Закону України про Державний бюджет в 2010 році,було надано зворотну дію у часі. Той факт, що Закону про Державний бюджет України у 2010 році було надано зворотну силу в частині, яка стосується юридичних осіб, не суперечить вищезазначеному Рішенню Конституційного Суду України. В той же час, надання Закону про Державний бюджет, зокрема у 2010 році, зворотної сили, можна розцінювати як вимушений крок з боку законодавця. Оскільки, законодавець допускає ситуацію, коли можливе невчасне прийняття Закону про Державний бюджет. Відповідно до статті 3 Бюджетного кодексу України бюджетний період для всіх бюджетів, що складають бюджетну систему України, становить один календарний рік, який починається 1 січня кожного року і закінчується 31 грудня того ж року. Неприйняття Верховною Радою України закону про Державний бюджет України до 1 січня відповідного року не є підставою для встановлення іншого бюджетного періоду. При цьому, законодавцем виділяється дві особливі обставини (введення воєнного стану або оголошення надзвичайного стану), за наявності хоча б однієї з яких бюджетний період може бути іншим. Таким чином, у всіх випадках, коли не йдеться про прийняття Закону про Державний бюджет України за вищезазначених особливих обставин, час дії цього закону починатиметься і закон набиратиме чинності 1 січня відповідного року, незалежно від дати його прийняття Верховною Радою України. Аналізуючи практику прийняття Закону про Державний бюджет України на 2010 рік, можна дійти висновку, що набрання таким законом чинності може не співпадати із часом його дії.

На нашу думку, законодавцю необхідно чітко визначати дату набуття чинності Законом про Державний бюджет безпосередньо після офіційного опублікування, тобто законодавець, з метою уникнення неправильного набуття чинності Законом про Державний бюджет і недопущення колізій дії закону у часі, повинен чітко дотримуватися такої процедури: прийняття, опублікування, набуття чинності законом. Вирішенням багатьох проблем, які виникають на практиці із дією законів у часі, в тому числі і стосовно дії Закону про Державний бюджет, може стати спеціальний закон, який би достатньо врегулював зазначене питання (наприклад, Закон України "Про нормативно-правові акти", проекти якого неодноразово реєструвалися у Верховній Раді України).

Відповідно до статті 41 Бюджетного кодексу України якщо до початку нового бюджетного періоду не набрав чинності закон про Державний бюджет, Кабінет Міністрів України може здійснювати витрати Державного бюджету на бюджетні програми, фінасування яких передбачалося у попередньому бюджетному році і одночасно передбачається в законопроекті про Державний бюджет на наступний бюджетний період. При цьому, передбачено, що в такій ситуації (коли вчасно не прийнято головний річний фінасовий закон України) діють норми закону про Державний бюджет України на попередній бюджетний період, крім норм, якими визначені загальні показники державного бюджету, бюджетні призначення головним розпорядникам коштів і обсяги трансфертів між державним та місцевими бюджетами. Такою нормою законодавець фактично допускає, більше того – не забороняє, невчасне прийняття Закону про Державний бюджет. З такою позицією законодавця важко погодитися, оскільки це свідчить про пряме порушення бюджетного законодавства з боку органів державної влади та уповноважених осіб.

Причина колізій дії у часі законів про Державний бюджет в тому, що не всі відносини, на врегулювання яких вони спрямовуються, можна одразу перелаштувати на новий лад, зважаючи на існуючі економічні, політичні, соціальні та інші обставини. Тому протягом одного відрізку часу може виникати зіткнення (колізія або конфлікт) двох законів про Державний бюджет – старого і нового.

Важливим вважаємо питання припинення дії Закону про Державний бюджет. Оскільки, припинення чинності цього закону означає остаточну втрату ним юридичної сили.

Традиційно в науковій літературі наводяться такі підстави припинення дії нормативних актів:

1) закінчення терміну, на який вони були прийняті (наприклад, закон про Державний бюджет України на відповідний рік перестає діяти 31 грудня поточного року о 24 годині 59 хвилин включно);

2) зміна обставин, на які вони були розраховані (наприклад, втратили свій сенс і тому припинили дію акти періоду ІІ світової війни після її закінчення);

3) при скасуванні цього акта іншим актом.

Якщо момент набрання чинності Законом про Державний бюджет, як правило, визначається в самому законі, то про момент припинення його дії в ньому нічого не сказано. При цьому, виходячи із назви Закону про Державний бюджет, можна дійти висновку, що він приймається лише на один рік і має діяти лише протягом цього року. Закон про бюджет припиняє свою дію 31 грудня, а 1 січня наступного року набирає чинності закон про Державний бюджет на наступний фінансовий рік. Усі бюджетні відносини існують та реалізуються в межах одного фінансового року, але вони мають відновлювальний характер. Визначені в Бюджетному кодексі України стадії правового оформлення основного фінансового плану держави щорічно повторюються у відповідній послідовності, тобто утворюється замкнене коло бюджетного законотворення.

Свого часу професор Піскотін М.І. у своїй дисертації звертав увагу на те, що періодичність бюджету полягає в тому, що він зберігає свою силу протягом часу своєї дії. Після закінчення бюджетного року бюджет перестає існувати, незалежно від його виконання, поступаючись місцем бюджету наступного року [12, С.7]. З такою позицією вченого можна погодитися лише у тому випадку, коли новий бюджетний закон буде прийнято вчасно (до початку нового бюджетного року), тобто фактично відбуватиметься заміна старого Закону про Державний бюджет новим. У звязку із цим, необхідно відрізняти відміну та заміну закону про бюджет. Ця різниця полягає у тому, що заміна передбачає прийняття нового нормативно-правового акту відповідної правової сили, який буде регулювати ті ж правовідносини. В той час, як відміна не передбачає прийняття нового нормативно-правового акту, тобто відбувається припиненя дії акту без можливості поновлення.

Заслуговує на увагу позиція російських вчених Парігіної В.А. та Тедєєва А.А., які вважають, що акт бюджетного законодавства може бути відмінений прямо або опосередковано. У першому випадку законодавцем чітко визначається дата, коли положення відміненого акту перестають діяти. Другий випадок передбачає прийняття нового акту, що означатиме зупинення дії старого акту з дня набуття чинності новим актом. Саме

така ситуація складається, коли вступає в дію закон про бюджет на наступний фінасовий рік [13, С.274].

У різних державах світу встановлюються різні строки початку та закінчення дії бюджетного нормативно-правового акту (бюджетні періоди). Така різноманітність залежить від багатьох чинників – економічних, історичних, соціальних, політичних тощо. Так, наприклад, до 19 століття бюджети приймалися, як правило, на 2 або 3 роки.

Конституція України встановила, що Державний бюджет України затверджується щорічно Верховною Радою України на період з 1 січня по 31 грудня. Норми Конституції України встановили тривалість бюджетного періоду і періодичність закону про Державний бюджет. Отже, періодичні бюджетно-правові норми, які містяться в Законі про Державний бюджет, вступають у дію або після їх затвердження, або з настанням нового бюджетного року.

В ряді зарубіжних країн бюджетний період, як і в Україні, триває один календарний рік. До таких країн можна віднести Польщу, Францію, Швейцарію, Австрію. В той же час, є країни в яких бюджетний період не співпадає із календарним роком. Наприклад, у Японії, Канаді та Великій Британії бюджетний період починається з 1 квітня і закінчується 31 березня наступного року, у США – з 1 жовтня до 30 вересня наступного бюджетного року, в Швеції та Австралії – з 1 червня до 31 травня наступного року. У вищеперелічених країнах початок бюджетного періоду пристосовується до закінчення бюджетної сесії парламенту країни, на якій приймається нормативно-правовий акт про бюджет.

Бюджетне законодавство деяких зарубіжних країн допускає прийняття державного бюджету не на один, а на декілька календарних років. Так, наприклад, в статті 110 Основного закону ФРН передбачено, що бюджет затверджується бюджетним законом на один фінансовий рік або на декілька років, окремо по кожному з них, до початку першого звітного періоду. В Конституції Греції передбачається можливість розроблення дворічного бюджету.

За загальним правилом, враховуючи вимоги статті 3 Бюджетного кодексу України, бюджетний період в Україні триває 1 календарний рік, тобто Закон про Державний бюджет України припиняє свою дію 31 грудня поточного бюджетного року. Однак, статею 96 Конституції України і Бюджетним кодексом України допускається можливість продовження дії Закону про Державний України навіть після 31 грудня поточного року. Так, зокрема, в частині 2 статті 3 Бюджетного кодексу України передбачено, що бюджетний період для Державного бюджету України за особливих обставин може бути іншим, ніж 1 січня – 31 грудня поточного бюджетного року. В статті 3 Бюджетного кодексу України та в статті 96 Конституції України виділяється лише дві обставини, за яких бюджет України може бути затверджено на інший бюджетний період – це введення воєнного стану або оголошення надзвичайного стану в Україні.

Доцільність розроблення і прийняття в Україні Закону про Державний бюджет саме на один календарний рік, а не на декілька, як у ФРН або Греції, пояснюється посиленням ролі парламенту при здійсненні контролю за виконанням цього закону. Така періодичність прийняття Державного бюджету дозволяє вчасно та якісно реагувати на будь-які зміни у фінасовому житті держави. В сучасних умовах постійного внесення змін до річного бюджетного закону України можна лише припустити на скільки збільшиться кількість та частота внесення таких змін у випадку, якщо такий закон буде прийматися, наприклад, на 2 або 3 роки. У зв'язку із цим, вважаємо, що Україна з її постійними політичними конфліктами на даний час не готова перейти до прийняття багаторічних державних бюджетів.

Практиці бюджетного нормотворення відомі випадки, коли Верховна Рада України продовжувала дію деяких норм щорічних законів про Державний бюджет. Наприклад, затверджуючи Закон "Про Державний бюджет України на 1997 рік", Верховна РадаУкраїни продовжила на 1997 рик термін дії статей 12, 24, 25, 39 (крім окремихчастин у цих статтях) Закону України "ПроДержавний бюджет України на 1995 рік", змінила редакцію статті 12 Закону України "ПроДержавний бюджет України на 1996 рік" та доповнила текст статті 24 цього ж Закону. Варто зазначити, що продовження дії статей законів про Державний бюджет за минулий рік не змінює періодичного характеру цих приписів. В даному випадку, можна вести мову про ультраактивність або "переживання" вищезазначених законів про Державний бюджет на той чи інший бюджетний рік, коли їх норми продовжують застосовуватися і після втрати ними чинності. Можна сказати про те, що закон про бюджет наділяється такою специфічною характеристикою, як "залишкова дія", коли якась частина питань, що були в ньому врегульовані, на практиці не були вирішені в повній мірі. Така "залишкова дія" у часі окремих положень бюджетного закону має тимчасовий характер, і, як правило, триває до належного врегулювання проблемних питань новим бюджетним законом.

Особливості бюджетних правовідносин, на врегулювання яких спрямовується основний бюджетний закон держави, найповніше проявляються у зрізі дії норм цього закону. Адже очікувані та необхідні правові наслідки можуть наставати лише з моменту набуття чинності відповідними нормами, що містяться в Законі про Державний бюджет. При цьому, з усього вищезазначеного приходимо до висновку, що Закон про Державний бюджет України необхідно вважати тимчасовим нормативоно-правовим актом (за характеристикою його дії у часі), який прямо та законно діє протягом бюджетного періоду, тобто протягом відповідного календарного року, та опосередковано (фактично) діє протягом бюджетного циклу (понад два роки).

1. Кудрявцев В.Н. Закон, поступок, ответственность. / Кудрявцев В.Н. – М.: Наука, 1986. – 448 с. 2. Лазарев В.В. Проблемы в праве и пути их устранения. / Лазарев В.В. – М.: Юрид. лит-ра, 1974. – 158 с. 3. Сурилов А.И. Теория государства и права: Учеб. пособие. / Сурилов А.И. – Киев-Одесса: Вища школа, 1989. – 439 с. 4. Алексеев С.С. Общая теория государства и права. Т.2. / Алексеев С.С. – М.: Юрид. лит-ра, 1982. – 360 с. 5. Козюбра Н.И. Методологические проблемы юридической науки. / Козюбра Н.И. – К.: Вища школа, 1991. – 384 с. 6. Карасева М.В. Финансовое право. Общая часть: Ученик. / Карасева М.В. – М.: Юристъ, 2000. – 256 с. 7. Пацурківський П.С. Правові засади фінансової діяльності держави: проблеми методології. / Пацурківський П.С. – Чернівці: ЧДУ, 1997. – 244 с. 8. Дворкін Р. Серйозний погляд на права. Пер. з англ. А. Фролкін / Дворкін Р. – К.: Основи, 2000. – 519 с. 9. Указ Президента України від 10 червня 1997 року № 503/97 "Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності". [Електронний ресурс] // Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi. 10. Рішення Конституційного Суду України від 9 лютого 1999 року № 1-рп/99 у справі за конституційним зверненням Національного банку України щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 58 Конституції України (справа про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів). [Електронний ресурс] // Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi 11. Закон України "Про Державний бюджет України на 2010 рік". [Електронний ресурс]. // Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/?nreg=2154-17 12. Пискотин М.И. Закон о государственном бюджете СССР: Автореф. дис. … канд. юрид. наук / Пискотин М.И. – М., 1953. – 20 с. 13. Парыгина В.А., Тедеев А.А. Бюджетное право и процесс: Учебник / В.А. Парыгина, А.А. Тедеев. – М.: Изд-во Эксмо, 2005. – 384 с. 14. Бюджетний кодекс України від 8 липня 2010 року № 2456-VI (в редакції від 1 січня 2011 року). [Електронний ресурс]. // Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2456-17

Надійшла до редколегії 30.03.11

В. Дзюба, канд. юрид. наук, доц., В. Копанчук, здобувач

ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ОСІБ, ЯКІ ЗДІЙСНЮЮТЬ СПЕЦІАЛЬНІ ПУБЛІЧНІ ПОВНОВАЖЕННЯ

Стаття присвячена дослідженню наукових положень визначення правового статусу осіб, які здійснюють функції представників влади, посадових та службових осіб публічного характеру.

Ключові слова: правовий статус, представник влади, посадова, службова особа, функції.

Статья посвящена исследованию научных положений определения правового статуса лиц, которые осуществляют функции представителей власти, должностных и служебных лиц публичного характера.

Ключевые слова: правовой статус, представитель власти, должностное, служебное лицо, функции.

Key words: the legal status the representative of (the) power the serviceman, functions.

The article is devoted to the researching of the scientific basis for the definition of the legal status of the persons who are realizing the functions of the representatives of the power, legal and service persons of the public character.

Найвищою соціальною цінністю в Україні визнається людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека. (ст. 3 Конституції України). Тому зміст і спрямованість діяльності держави визначається правами і свободами людини та їх гарантією. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави.

З метою виконання покладених завдань із захисту та охорони людини, суспільства, держави створюється система державних органів.

Під системою в філософській та правовій літературі розуміється упорядкованість належним чином множинності елементів, що взаємопов'язані між собою і утворюють певну цілісну єдність. Іншими словами – це об'єктивна об'єднаність певної сукупності елементів у структурно впорядковану єдність, яка при цьому має відносну самостійність, стійкість і автономність функціонування. Разом з тим, всі елементи і рівні системи знаходяться між собою в певних зв'язках, що дає підстави зробити висновок про наявність структури кожної системи. У поняття структури входить спосіб зв'язку елементів в цілісне системне утворення як сукупність сталих відносин між елементами, тобто діалектична єдність елементів, їх зв'язків, цілісності. Таким чином, якщо "система – це цілісна єдність елементів і структури", то "структура – це спосіб впорядкованості елементів, що характеризуються сталістю" [2, С.12]. Викладене дозволяє вважати, що для встановлення місця будь-якого елемента у системі більш високого порядку слід вдатись до системно-структурного і функціонального методів.

У теорії держави і права для позначення системи органів, за допомогою яких здійснюється державна влада, використовуються терміни "система органів держави", "державний апарат", "механізм держави". Держава реалізує свої повноваження шляхом створення певних інституцій (державних органів). Орган держави – це організаційно і структурно уособлена частина державного механізму, яка наділена у встановленому Конституцією України порядку державно-владними повноваженнями, правовими і матеріально-фінансовими ресурсами для реалізації завдань і функцій державної влади [5, С. 305].

Щодо системи правоохоронних органів, то вони є специфічною інституцією в загальній системі, яка складається із відповідних органів, об'єднаних єдністю завдань, домінуючих функцій, засобів досягнення цих завдань та функцій. Тому органи держави не можна розглядати у відриві від всієї системи органів держави.

Система державних органів наділяється відповідним обсягом прав та обов'язків, повноважень, які необхідні та достатні для виконання покладених на них завдань – охорони основних об'єктів (цінностей). Кожен з державних органів окремо наділений визначеними повноваженнями (обов'язками та правами), які в своїй сукупності надають можливість системі органів виконувати покладені завдання, що підтверджується положеннями ст. 19 Конституції, що державні органи а також їх посадові (службові) особи діють в межах та в рамках повноважень, які надані законами України.

Відповідно до ст. 57 Конституції України, закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, мають бути доведені до відома населення у порядку, встановленому законом. Закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, не доведені до відома населення у порядку, встановленому законом, є нечинними, що дає всі підставі прийти до висновку, що будь-які повноваження державних органів є за своєю суттю публічними.

Законодавством України, яке визначає компетенцію і повноваження органів, які забезпечують правопорядок та здійснення правосуддя, встановлюються спеціальні положення щодо обсягу компетенції таких органів та надаються спеціальні повноваження, які полягають у можливості застосування до певних, чітко визначених за своїми ознаками осіб спеціальних заходів. Виходячи з цього, ми визначаємо, що такі органи виконують спеціальні публічні повноваження.

Аналіз чинного законодавства (Закони України "Про судоустрій і статус суддів", "Про міліцію", "Про прокуратуру", "Про адвокатуру"), міжнародних документів щодо правового статусу суддів, зазначених кримінально-правових норм (ст.ст.112, 348, 379, 400, ч. 4 ст. 404, 443 та п.8 ч.2 ст. 115 КК України), спеціальної літератури обумовили необхідність визначити та дослідити проблему правового статусу осіб, які виконують спеціальні повноваження.

В науці кримінального права існує поширена точка зору, що до числа таких органів відносяться: 1) суди, які здійснюють правосуддя шляхом відправлення судочинства; 2) правоохоронні органи, які здійснюють діяльність із попередження протиправних дій (кримінально-правових посягань), припинення посягань, виявлення злочинів та розслідування справ про злочини, підтримання державного обвинувачення у суді; 3) особи, діяльність яких спрямована на забезпечення прав, свобод та законних інтересів людини, яка є учасником відносин із органами (посадовими і службовими особами таких органів), визначеними пп. 1) і 2), та відносно яких ці органи (посадові і службові особи) здійснюють спеціальні публічні повноваження.

Діяльність посадових і службових осіб таких органів, а також осіб, які забезпечують дотримання прав та свобод суб'єктів та учасників відносин з цими органами має визначальне значення у встановленій діяльності системи державних органів, яка забезпечує охорону головної найвищої соціальної цінності в Україні – людини, її життя і здоров'я, честі і гідності, недоторканності і безпеки.

Правосуддя є категорією статичною, що вживається для визначення суду та суддів, їх завдань і функцій. Судочинство – це категорія динамічна, визначена Кон-

© Дзюба В., Копанчук В., 2011

ституцією та чинним законодавством діяльність судової влади з реалізації її функцій з метою виконання визначених Конституцією та чинним законодавством своїх завдань, головним (домінуючим) з яких є захист прав і свобод людини і громадянина, фізичних та юридичних осіб, інтересів суспільства і держави.

При визначенні поняття "правосуддя" ми виходимо як з міжнародно-правових, так і національних нормативно-правових актів та законів. По-перше, з правової основи правосуддя (з правового статусу), Всеобщая декларация прав человека (1948 р.), Міжнародний пакт про громадянські та політичні права (1996), Європейська конвенція про захист прав і основних свобод людини (1996 р.), Декларація основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживань владою (1985 р.), Основні принципи, що стосуються незалежності судових органів (1985 р.), Примірний договір про передачу кримінального судочинства (1990 р.), Конституція України, Закон України "Про судоустрій і статус суддів" (2011 р.). Відповідно до цього, Особливою частиною КК України передбачено спеціальні норми, які встановлюють охорону життя таких осіб від злочинних посягань – ст.ст. 348, 379, 400 КК України. Чільне місце в системі органів та осіб, які виконують спеціальні публічні повноваження займає суд та судді – носії судової влади.

Конституцією України (ст. 127) закріплено: "Правосуддя здійснюється судами. Делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускаються. Юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі".

В юридичній літературі спостерігається зміна розуміння суду як органу державної влади [10]. Ми вважаємо, реалізуючі судові органи, реалізуючі судову владу, не є державними органами в їх прямому розумінні, а утворюють незалежну самостійну гілку влади, що реалізується шляхом здійснення правосуддя від імені України на засадах верховенства права, і полягає у діяльності судів по розгляду в судових засіданнях цивільних, господарських, адміністративних, кримінальних, а також конституційних справ, і законному, обґрунтованому їх вирішенні. При цьому у відповідності із Основними принципами незалежності судових органів (1986 р.), затвердженими Генеральною Асамблеєю ООН, не повинно мати місце неправомірне і несанкціоноване втручання у процес правосуддя і постановлення судового рішення. Рішення, винесені судом, не підлягають перегляду. Судові органи вирішують передані їм справи беззастережно на основі фактів і у відповідності з законом, без будь-яких обмежень, неправомірного впливу, спонукання, тиску, погроз або втручання, прямого або непрямого з будь-якої сторони і з будь-яких причин.

У юридичній літературі існують різні визначення цього поняття та своєрідні підходи, а саме: чи охоплюються цим поняттям діяльність лише органів судової влади (судів), чи й інших органів (правоохоронних, правозастосовчих тощо).

Вважається, що визначальною ознакою для визначення правового статусу судів є категорія – правосуддя. Тобто діяльність органів судової влади в розв'язанні конфліктів у суспільстві, що утворюють юридичні факти. Специфіка діяльності судів полягає в розгляді конкретних справ, які здійснюється у процесуальних формах: цивільного, господарського, адміністративного, кримінального, а також конституційного судочинства [4, С. 608-609].

Слід звернути увагу на ще одну ознаку правосуддя, не тільки як специфічну діяльність суду, але і діяльність органів, які сприяють йому у цьому, – прокуратури, досудового слідства, органів і установ, що виконують вироки та рішення судів, які набрали законної сили. Не ототожнюючи діяльність судів з діяльністю правоохоронних органів, зазначені органи входять складовою частиною до механізму держави, створюючи при цьому систему правосуддя. Такий підхід можна пояснити тим, що радянська система державних органів була побудована за принципом верховенства виконавчої влади. Це дало підстави В.О. Навроцькому зазначити: "суд, як і будь-який державний орган, не є самодостатнім, не може діяти без взаємодії з іншими спеціалізованими державними інституціями, зокрема, з такими органами, які готують кримінальні справи до судового розгляду (дізнання та попереднього (досудового – В.К.) слідства, прокуратури) та які займаються виконанням судових рішень" [8, С. 525]. З такою позицією автора через її нечіткість та суперечливість аргументів важко погодитись. Адже сам автор, розуміючи, що віднесення суду до будь-якого державного органу суперечить Конституції України, уточнює це поняття таким чином "правосуддя, як функція держави, здійснюється виключно судами, але забезпечується правильною роботою .... спеціальних правоохоронних органів" [8, С. 525], що сприяють процесуальній діяльності з виконання судом функцій правосуддя.

На наш погляд, аналіз наукових джерел, судової практики дає підстави для висновку про те, що суд і правоохоронні органи здійснюють не функції по здійсненню правосуддя, а виконання спеціальних завдань у сфері судочинства.

Тому для чіткого визначення діяльності судової системи України (судів, суддів), із здійснення правосуддя, слід виходити з їх правового статусу [11, С. 381], у якій головним компонентом (головною ланкою) має бути суддя як носій судової влади.

Правовий статус суддів, народних засідателів і присяжних, їх компетенція, функції і форми (способи) діяльності визначаються чинним законодавством. Реалізуючі свої повноваження як шляхом судочинства, так і в інших формах, визначених законодавством, професійний суддя щодо осіб, які беруть участь у судочинстві, виступає як представник легітимної влади, наділений державно-владними повноваженнями публічного характеру.

Правовий статус судді можливо визначити з наступного: – законодавства, яке його визначає, як носія судової влади, виконуваних функцій і завдань, які визначають зміст і сутність, його діяльності та компетенцію [6, С. 560].

Діяльність судді, народного засідателя чи присяжного становить зміст здійснення правосуддя, "а саме реалізацію у встановленому законом порядку своїх повноважень з підготовки до розгляду, розгляду судової справи, постановлення рішення.

Думка про те, що під діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя, слід визнавати і будь-яку іншу службову діяльність суддів, яка хоч і опосередковано, але має відношення до здійснення правосуддя (проведення узагальнення судової практики, розгляд звернень громадян тощо) нами не підтримується. Але, ми погоджуємось з тим, що під діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя також є дії організаційного та процесуального характеру, які суддя вчиняє у зв'язку із зайняттям ним адміністративної посади у суді (голови суду, його заступника), і які безпосередньо впливають на розгляд судової справи і полягають, зокрема, у призначенні суддів як головуючих у судових засіданнях, відводі суддів, принесенні протестів на рішення в судових справах, зупиненні виконання таких рішень.

На наш погляд, основною функцією судів (суддів) є функція судочинства, тобто розгляд і вирішення у судо-

вому засіданні цивільних, господарських, адміністративних і кримінальних справ на підставі безпосереднього, всебічного, повного, об'єктивного та неупередженого дослідження обставин справи в умовах гласності та усності судового розгляду, змагальності і рівноправності сторін. Здійснюючи свої повноваження та приймаючи рішення ім'ям України (ч. 5 ст. 124 Конституції України) суддя уособлює у собі судову владу і в такому випадку він виступає як суд. Суддя є водночас і структурним елементом судової системи, а тому, маючи автономний правовий статус, суддя є незалежним, самостійним, відокремленим та підкорюється виключно Закону, що обумовлює їх особливий кримінально-правовий захист.

При визначенні правового статусу суддів, ми виходимо з проблеми визначення тих правових ознак, які в подальшому будуть визнані як підстави визнання цих осіб потерпілими (жертвами) від злочину, передбаченого ст. 379 КК України.

Правовий статус народних засідателів та присяжних визначає Конституція України (ст.ст. 5, 124, 127), Закон "Про судоустрій і статус суддів", КПК України, та мають надзвичайно важливе юридичне значення при визначенні їх потерпілим (жертвою) у.

В українській юридичній літературі висловлена точка зору, щодо поняття правоохоронної і правозахисної діяльності [9, С. 13]. При цьому під правоохоронною діяльністю розуміється державна правомірна діяльність, "що полягає у впливі на поведінку людини, або групи людей з боку уповноваженої державою посадової особи шляхом охорони права, відновлення порушеного права, припинення або розгляду порушення права, його виявлення або розслідування з обов'язковим додержанням встановлених у законі процедур для цієї діяльності" [9, С. 13].

В Україні історично склалося так, що прокуратура, як орган держави, на різних етапах її розвитку, був і є необхідним компонентом організації державного механізму. До числа суб'єктів, які виконують спеціальні публічні повноваження, відносяться працівники прокуратури.

Законом України "Про прокуратуру" сформульовані поняття та завдання прокуратури, визначені правові основи, цілі її діяльності та функції, спрямовані на утвердження верховенства Закону, зміцнення правопорядку.

Питання правового статусу прокуратури, її завдань та функцій постійно досліджується українськими правниками Ю.М. Грошовим, В.В. Долєжаном, І.Є. Марочкиним, О.Р. Михайленком та ін.

Визначені основні функції прокуратури, зокрема: 1) підтримання державного обвинувачення в суді; 2) представництво інтересів громадянина або держави в суді у випадках, визначених законом та ін.

О.Р. Михайленко, розглядаючи поняття, систему і класифікацію функцій прокуратури, до них відносить: "1) підтримання державного обвинувачення в суді; 2) представництво інтересів громадян або держави в суді у випадках, визначених законом; 3) нагляд за додержанням законів органами, які проводять оперативно – розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство; 4) нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян; 5) нагляд за додержанням прав і свобод людини і громадянина, додержання законів з цих питань органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими та службовими особами" [7, С. 123-124].

У Законі України "Про прокуратуру" зазначається, що на прокуратуру не може покладатися виконання функцій, не передбачених Конституцією України і цим Законом. Незважаючи на таку заборону в цьому ж Законі (ст.10) передбачається функція координації діяльності по боротьбі зі злочинністю органів внутрішніх справ, служби безпеки, податкової міліції, митної служби та інших правоохоронних органів.

За Конституцією України (Розділу VII: ст.ст. 121 – 123) прокуратура, відповідно до визначається як єдина система, яка не відноситься ні до виконавчої влади (Р. VI), ні до правосуддя (Р. VIII), прокуратуру не віднесено до жодної з гілок влади.

Відповідно до ст. 348 КК вбивство або замах на вбивство працівника правоохоронного органу чи його близьких родичів може мати місце лише у зв'язку з виконанням цим працівником службових обов'язків, а також члена громадського формування з охорони громадського порядку.

В юридичній літературі під соціальними цінностями, які взяті під охорону ст. 348 КК вбачають нормальну службову діяльність працівників правоохоронних органів авторитет цих органів та встановлений порядок охорони громадського порядку. Додатковою цінністю – життя зазначених у диспозиції цієї статті осіб. Потерпілими від цього злочину можуть бути чотири категорії осіб: – працівник правоохоронного органу, близький родич працівника правоохоронного органу, член громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону, військовослужбовець.

Ми вважаємо ці визначення такими, що потребують більш повного дослідження. Правовий статус працівника правоохоронного органу визначено цілою низкою актів законодавства: "Про прокуратуру", "Про міліцію", "Про Службу безпеки України", "Про прикордонні війська України", "Про військову службу правопорядку у Збройних силах України", "Про державну податкову службу в Україні" та багато інших. Перелік осіб та органів, які віднесені до числа працівників правоохоронних органів зазначений у Законі України "Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів (з наступними змінами) від 23 грудня 1993 р. № 3782-XII.

Зазначимо, що у цьому законі не дано вичерпний перелік правоохоронних органів, оскільки визначаючи їх перелік законодавець у ч.1 ст.2 основні поняття вказав на такий їх вид як "інші органи". До них віднесено абз.2 ч.1 ст.2 – Антимонопольний комітет з уточненням статі працівників, які виконують перелічені в пп. "а"-"є" функції.

Такий нечіткий підхід законодавця до визначення кола правоохоронних органів створив практичну проблему – визначення вичерпного кола потерпілих, по – перше. По-друге, в юридичній літературі визначалися різні підходи, а тому і різний перелік органів та їх осіб, які можуть бути потерпілими від злочину, передбаченого ст. 348 КК.

В той же час переважна їх більшість визначаючи належність того чи іншого державного органу до числа правоохоронного органу виходять з аналізу їх функцій: правозастосовної та правоохоронної (ст.1 Закону "Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів").

Ми вважаємо, що визначення правоохоронного органу як такого органу, що здійснює правозастосовчі чи правоохоронні функції, є в певному розумінні невдалим.

Правозастосовча діяльність – це здійснювана у відповідній процесуальній формі державно-владна діяльність спеціально уповноважених державою осіб і органів по забезпеченню реалізації правових норм. Отже, правозастосовчу діяльність може здійснювати будь-який державний орган, окрім тих, що займаються виключно нормотворчою діяльністю.

Отже, єдності думок щодо того, які органи та функції є правоохоронними, в юридичній літературі не спостерігається. Нема чіткого переліку правоохоронних органів та функцій і в чинному законодавстві України. Щодо визначення ознак потерпілого – члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону слід виходити з наступного: Конституції України (ст.65), Законів України: "Про об'єднання громадян", Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону". На наш погляд спеціальна діяльність цих осіб полягає в їх добровільному виконання взятих на себе обов'язків, які після встановленого процедурного порядку є для них громадським обов'язком.

Статус потерпілого військовослужбовця визначається Законом України "Про Збройні Сили України", "Про загальний військовий обов'язок і військову службу" тощо.

Військовослужбовці – це особи, які проходять строкову військову службу, військову службу за контрактом, за призовом та кадрову військову службу. Потерпілим від цього злочину ця особа може бути лише під час виконання обов'язків по охороні громадського порядку на підставі відповідних нормативних актів та у визначеному порядку. Механізм посягання характеризується такими ознаками: активними умисними діями, способом яких є об'єктивне і реальне фізичне або психічне насильство щодо потерпілого, яким їх законна діяльність припиняється або змінюється в інтересах винуватої особи, а також діями або бездіяльністю в результаті чого здійснюється вбивство або замах на вбивство потерпілого, яке причинно-обумовлене і взаємопов'язане діяння, як під час виконання, так і у зв'язку з виконанням службових або громадських обов'язків потерпілим. При цьому обов'язковим є усвідомлення винним індивідуальних ознак потерпілого, зв'язку посягання з певною його службовою або громадською діяльністю, припинення або зміну такої діяльності, застосування насильства, що є небезпечним (реальним і об'єктивним) для життя потерпілого, а також наявність відповідної мотивації, цілей та мети. Метою цього злочину є припинення або зміна службової або громадської діяльності потерпілого шляхом вбивства або замаху на вбивство.

Демократичні засади побудови адвокатури, незалежний, вільний характер її природи створили цьому інституту репутацію надійного гаранта забезпечення прав і свобод людини. Констатуючи це, Восьмий Конгрес ООН прийняв у серпні 1990 року Основні положення про роль адвокатури у сучасному світі [1, С. 16].

Конституція України (ч. 1 ст. 59) закріпила право кожного громадянина на правову допомогу та забезпечення обвинуваченому права на захист (п. 6 ч. 3 ст.129). Закон "Про судоустрій і статус суддів" (ст. 7) кожному гарантується захист його прав, свобод та законних інтересів. В юридичній літературі інститут адвокатури та представництва, в переважній більшості, розглядається як державницько-громадська інституція. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав. Це конституційне положення узгоджується з основними принципами, що стосується ролі юристів, прийняті Конгресом ООН 27 серпня – 7 вересня 1990 року, за якими людина може звернутися до будь-якого фахівця в галузі права для захисту і відстоювання своїх прав та їх захисту на всіх стадіях кримінального судочинства. Таке положення було визнане як конституційне і закріплено рішенням Конституційного Суду України від 16 листопада 2000 року № 13-рп/2000. Цим же рішенням ч.1 ст.44 КПК – як така, що суперечить Конституції України, була скасована.

Основним об'єктом злочину, передбаченого ст. 400 КК визначають: нормальні службові обов'язки потерпілого, інтереси правосуддя, додатковим – життя потерпілої особи, встановлений законом порядок здійснення правосуддя, який забезпечує діяльність захисника чи представника особи щодо надання ними правової допомоги. Другим обов'язковим об'єктом виступає життя захисника або представника.

Правовий статус адвоката визначається Законом України "Про адвокатуру" та іншими нормативно-правовими актами. Функції адвокатури здійснюються фахівцями – правниками, шляхом реалізації визначеними законом та нормативно-правовими актами функцій з юридичної допомоги фізичним та юридичним особам на рівні принципів презумпції невинуватості, верховенства права і закону, адекватності і справедливості, та реалізуються в таких формах: захисника та представника особи.

Відповідно до диспозиції ст. 400 КК посягання на захисника чи представника особи, або їх близьких родичів у зв'язку з діяльністю, пов'язаної з наданням правової допомоги визначається як вбивство або замах на вбивство вказаних осіб. Правовий статус захисника та його права і обов'язки визначаються ЦПК, КАС, ГПК, КПК України та Законом України "Про адвокатуру", із врахуванням рішень Конституційного Суду України.

Відповідно до ст. 44 КПК захисник – це учасник кримінального процесу, на якого покладено функцію захисту, і внаслідок цього він зобов'язаний використовувати всі зазначені в законі засоби і способи з метою з'ясування обставин, що виправдовують підзахисного чи пом'якшують його відповідальність [12, С. 201].

Як захисники допускаються особи – інші фахівці в галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи (п.п.2 ч.3 ст.44 КПК). Порядок запрошення і призначення захисника, його обов'язки і права визначаються відповідними статтями КПК.

Щодо представників, то в КПК, КАС та ЦПК виокремлюється інститут законного представництва. Відповідно до п.10 ст.32 КПК та статей 110-117 ЦПК законними представниками є батьки, опікуни, піклувальники певної особи або представники тих установ і організацій, під опікою чи піклуванням яких вона перебуває. У цивільному процесі представниками можуть бути й інші особи, які здійснюють процесуальну діяльність, що спрямована на захист суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів іншої особи, яка бере участь у справі, на захист державних і громадських інтересів, а також сприяння суду в з'ясуванні об'єктивної істини в справі, постановлені законного й обґрунтованого рішення. Відповідно до статей 110-117 та деяких інших статей ЦПК ними можуть бути: 1) члени органів управління, працівники підприємств, установ, організацій, кооперативних організацій, їх об'єднань, інших громадських організацій – у справах підприємств, установ та організацій, 2) уповноважені професійних спілок – у справах працівників, а також осіб, захист прав та інтересів яких здійснюється професійними спілками, 3) уповноважені організацій, яким їх статутом чи положенням надано право представляти інтереси членів цих організацій – у справах членів цих організацій, 4) один із співучасників за дорученням інших співучасників (ст.104 ЦПК), 5) інші особи, допущені судом, який розглядає справу, до представництва в цій справі.

Стаття 400 КК розміщена в розділі "Злочини проти правосуддя". Тому можна зробити висновок, що за цією статтею слід кваліфікувати посягання на життя зазначених осіб не через будь-яку їх діяльність, що пов'язана з наданням правової допомоги, а лише через ту, яка пов'язана із здійсненням правосуддя. Вбивство зазна-

чених осіб у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги, яка не пов'язана із здійсненням правосуддя, а також у зв'язку з виконанням ними іншого службового або громадського обов'язку, слід кваліфікувати за п.8 ч.2 ст.115 КК. Також потерпілими можуть бути законні представники особи.

В той же час, завдання і функції потерпілого та способи їх реалізації не визначені, а сформульовані складною формулою "надання правової допомоги". На наш погляд таку допомогу може надавати будь-яка особа: студент юридичного вузу, особа правозахисної організації та інші.

В той же час, знаходження ст.400 КК в розділі "Злочини проти правосуддя" дає нам підстави стверджувати про те, що об'єкт цієї діяльності, сфера її реалізації лежить в площині здійснення правосуддя, в його реалізуючий площині – судочинстві.

А тому в законі можуть бути зазначені мотиви і мета злочинного посягання саме на законну діяльність з надання правової допомоги в процесі здійснення судочинства шляхом посягання на життя захисника або представника.

На наш погляд надання правової допомоги адвокатом чи захисником, як діяльність, яка захищається ст. 400 КК, може мати місце тоді, коли ці особи здійснюють цю діяльність, пов'язану з наданням законної правової допомоги з питань, які є предметом цивільного, господарського, адміністративного чи кримінального судочинства. Всі інші дії, особистого та іншого характеру під захист цього закону не підпадають. Таким чином, кримінальним законом ст. 400 КК захищено законну діяльність захисника або представника, що спрямована на виконання функцій з надання правової допомоги шляхом консультацій, досудового та судового захисту і представництва прав і законних інтересів осіб, від імені або за дорученням яких вони діють у спосіб, визначений законом і мораллю у цивільному, господарському, адміністративному та кримінальному судочинстві. Саме такі дії повинні бути визнані як діяльність, що пов'язана з наданням правової допомоги.

В науці кримінального права відсутня усталена точка зору щодо підстав виникнення кримінально-правових відносин і, особливо, кола суб'єктів цих відносин [3, С. 191-217].

Ми вважаємо, що держава, як суб'єкт кримінально-правових відносин, в особі органів та їх представників, які виконують спеціальні публічні повноваження при виконанні конституційних завдань, функцій, в цьому випадку набуває обов'язок гарантувати юридичну охорону прав, свобод і законних інтересів особи, суспільства, держави, виходячи із всієї сукупності фактичних обставин.

Виходячи з цього, ми вважаємо, що такий обов'язок держави може бути реалізований виключно за умови створення комплексної системи відновлювального (компенсаційного) правосуддя, яке включає створення фонду відшкодування збитків потерпілим, жертвам, постраждалим.

1. Адвокат – особа, яка надає фізичним і юридичним особам різні види юридичної допомоги , передбачені законодавством. Великий енциклопедичний юридичний словник / За ред. акад. НАН України Ю.С. Шемшученка. – К.: ТОВ "Видавництво "Юридична думка", 2007. – С. 16 (- 992 с.). 2. Алексеев С.С. О связи категории структуры с категориями целого и части. // Вестник МГУ. Сер. 8. 1963. – С. 12. 3. Дзюба В.Т. Концептуальні засади кримінально-правової охорони потерпілого, жертви, постраждалого / Альманах кримінального права: Збірник статей. Вип. І / Відп. ред. П.П. Андрушко, П.С. Берзін. – К.: Правова єдність, 2009. – С. 191 – 217. 4. Конституція України: Науково-практичний коментар / В.Б. Авер'янов, О.В. Батанов, Ю.В. Баулін та ін.; Ред. кол. В.Я. Тацій, Ю.П. Битяк, Ю.М. Грошевой та ін. – Харків: Видавництво "Право"; К.: Концерн "Видавничий дім "Ін Юре", 2003. – С. 608 – 609 (всього – 808 с.). 5. Конституційне право України. За ред. Ю.М. Тодики, В.С. Журавського. – К.: Видавн. Дім "Інюре", 2002. – С. 305. 6. Компетенція – (лат.) – коло повноважень якогось органу чи посадової особи. – Словник іншомовних слів. – К., 2000. – с. 544.; Сукупність повноважень (прав і обов'язків) якого-небудь органу або посадової особи, встановлена законом, статутом цього органу або іншим положенням – Большая советская энциклопедия. Т. 12. – М., 1973. – с. 582. ВТС сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ "Перун", 2007. – С. 560. 7. Михайленко О.Р. Прокуратура України: Підручник / О.Р. Михайленко. – 2-ге вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2011. – С. 123 – 124 (- 336 с.). 8. Навроцький В.О. Кримінальне право України. Особлива частина. Курс лекцій. – К.: "Знання", 2000. – С. 525. 9. Осадчий В.І. Кримінально-правовий захист правоохоронної діяльності. Монографія. – К.: Атіка, 2004. – 336 с.; Суд, правоохоронні та правозахисні органи України: Підручник / О.С. Захарова, В.Я. Карабань, В.С. Ковальський (кер. авт. кол.) та ін.; Відп. ред.. В. Маляренко. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – 376 с. 10. Охорона життя і здоров'я осіб, які виконують інші публічні владні повноваження нами розглядатися не будуть. 11. Статус. – "Зведення правил, що визначають завдання, структуру, функції та порядок діяльності якої-небудь установи, організації і т.ін. – Новий тлумачний словник української мови. Т. 4. – К.: 1998. – С. 381. 12. Тертишник В.М. Науково-практичний коментар до Кримінально-процесуального кодексу України. – К.: "А.С.К.", 2002. – С. 201.

Надійшла до редколегії 30.03.11

О. Криштопа, асп.

ЗАПОВІТИ, ПРОЦЕДУРА ЇХ СКЛАДАННЯ, НОТАРІАЛЬНОГО ПОСВІДЧЕННЯ І РЕЄСТРАЦІЇ : УКРАЇНА ТА ІСПАНІЯ

У цій статті надається аналіз деяких видів заповітів Іспанії, їх позитивні риси та висловлюється можливість їх запозичення до законодавства України . Аналізується процедура посвідчення заповітів в Іспанії у порівняльному аспекті з Україною та її реєстрація.

Ключові слова : заповіт, Іспанія, процедура, власноручний, усний заповіт, реєстр.

В этой статье предоставляется анализ некоторых видов завещаний Испании, их положительные черты и высказывается возможность их заимствования с законодательством Украины. Анализируется процедура удостоверения завещаний в Испании в сравнительном аспекте с Украиной и ее регистрация.

Ключевые слова: завещание, Испания, процедура, собственноручная, устное завещание, реєстр.

This article is an analysis of some kinds of wills Spain their positive features and expressed the possibility of borrowing to the legislation of Ukraine. Analyzed process ID of wills in Spain in comparative terms with Ukraine and its registration.

Key words: covenant, Spain, the procedure, handwritten, verbal testament, Reg.

Одним із важливих для людини похилого віку є питання про те, як і кому розподілити майно після своєї смерті. Саме заповіт як правочин та інститут цивільного права уособлює у собі волевиявлення особи щодо розподілу її майна як власника на випадок смерті. Особливо актуальними нині є питання складання заповіту з іноземним елементом, тобто коли у ньому йдеться про майно, яке знаходиться за кордоном, чи, навпаки, спадок знаходиться на Україні, а заповідач іноземець.

З цією метою вважаємо доцільним проаналізувати законодавство Іспанії щодо матеріальної природи заповітів, а також процедуру їх складання та посвідчення, оскільки нині в Іспанії живуть багато українців, які можуть бути заповідачами. Питанням матеріальної природи заповітів та нотаріальної процедури їх посвідчення

© Криштопа О., 2011

присвячені роботи таких українських вчених як: Ю.О. Заіки [1], О.О. Кармази [3], В.І. Кисіля [4], О.Є. Кухарева [5], З.В. Ромовської[7], Є.Рябоконя [2], С.Я. Фурси, Є.І. Фурси [10].

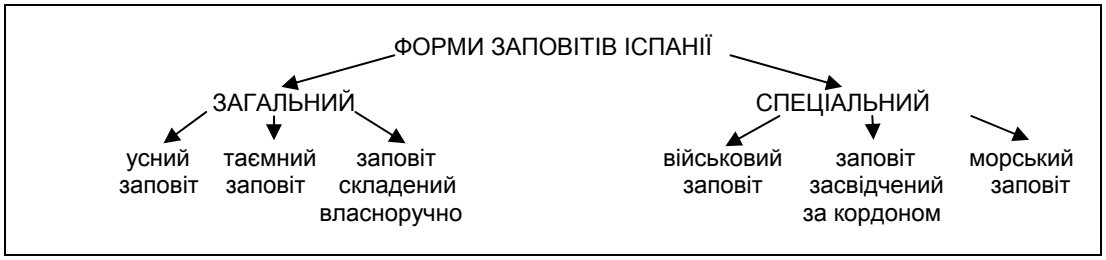
В Іспанії дослідженням правової природи заповіту, його складання та нотаріального посвідчення займались такі вчені як Флоренса Томас [16], Калатюд Сієрра [12], Калво Каравака [13], Ромеро Колома, Аурелія Марія [21] та інші.

Російський вчений Медведєв І.Г. присвятив свою роботу питанням спадкового права з іноземним елементом у нотаріальній практиці [6]. У якій зокрема, аналізується законодавство Іспанії щодо спадкування. Автор, відносить Іспанію до країн, де діє універсальна колізійна система у спадкуванні, яка передбачає: громадянство – застосовується право країни, громадянство якої мав спадкодавець; місце проживання – застосовується право країни, де спадкодавець мав останнє місце проживання; та місцезнаходження права – застосовується право країни, де знаходиться рухоме і (чи) нерухоме майно. У цій роботі автор аналізує іспанське законодавство згідно якого подружжя, яке пережило має право на обов'язкову частку у спадщині, крім того надається аналіз міжнародних конвенції з участю Іспанії: Конвенція про колізію законів щодо форми заповідальних розпоряджень від 5 жовтня 1961 р., Базельську конвенцію про запровадження системи реєстрації заповітів від 16 травня 1972 р.

В Україні бракує робіт, у яких досліджувалися заповіти у порівняльному аспекті з Іспанією. Але вважаємо, що досить важливим для вдосконалення як матеріального, так і процесуального законодавства України, яке регламентує правову природу заповіту та процедуру його нотаріального посвідчення є вивчення іноземного досвіду, зокрема, Іспанії.

В законодавстві Іспанії [14], так як й в законодавстві України [11] має місце визначення поняття "заповіт", під яким слід розуміти особисте розпорядження фізичної особи на випадок її смерті.

І аналізу Цивільного кодексу Іспанії можна зробити висновок про існування таких форм заповітів:



В Україні право на заповіт має фізична особа з повною цивільною дієздатністю (статті 34,35, 1234 Цивільного Кодексу України)

За законодавством Іспанії заповіт можуть складати особи, яким не менше 14 років, винятком є заповіт, який складений власноручно. Для написання заповіту від руки особа повинна досягнути 18 років і бути дієздатною (ст. 688 ЦК Іспанії).

Цікавою для аналізу є процедура посвідчення заповіту нотаріусом Іспанії. Якщо особа звернулася до нотаріуса Іспанії з метою посвідчення заповіту, а у нього виникають сумніви щодо її дієздатності, він вправі запросити двох лікарів для попереднього огляду і встановлення дієздатності заповідача (ст. 665 ЦК Іспанії). Дане положення є цікавим й для української нотаріальної практики та потребує аналізу.

Формально аналізуючи дане положення можна стверджувати, що лікарі не вправі встановлювати дієздатність особи, оскільки повноваження по обмеженню дієздатності та визнанню особи недієздатною, а також у питаннях поновлення дієздатності має лише суд (ст. 39 ЦК України). Але в даному випадку можна ставити питання під іншим кутом зору, що лікарі в конкретний момент можуть встановити юридичну обставину: чи здатна фізична особа усвідомлювати значення своїх дій та керувати ними. У той же час, ці юридичні обставини зумовлюють, згідно ст. 30 ЦК, наявність цивільної дієздатності у фізичної особи. Крім того, має діяти загальна презумпція, що особа не визнана судом недієздатною є дієздатною.

У ст. 44 Закону України "Про нотаріат" регламентується випадок, коли у нотаріуса виникає сумнів щодо обсягу цивільної дієздатності фізичної особи, яка звернулася за вчиненням нотаріальної дії, і в цьому випадку нотаріус зобов'язаний звернутися до органу опіки та піклування за місцем проживання відповідної фізичної особи для встановлення факту відсутності опіки або піклування над такою фізичною особою. Крім того, у ч. 2 ст. 44 згаданого Закону допускається у разі потреби нотаріусу надавати довідку про те, що особа не страждає на психічний розлад, який може вплинути на її здатність усвідомлювати свої дії та (або) керувати ними. В останньому випадку можна з великою долею ймовірності припустити, що довідка надаватиметься одним лікарем, а не двома. Отже, нотаріальна практика Іспанії істотно відрізняється від української хоча б тим, що два лікаря засвідчуватимуть факт адекватного розуміння особою значення своїх дій і діагноз цих двох "професійних свідків" зніматиме будь-які сумніви у нотаріуса.

Але така практика може негативно позначатися на авторитеті самого нотаріуса. Так, у разі встановлення адекватного розуміння значення своїх дій особою, виходитиме, що нотаріус безпідставно сумнівався. Якщо ж його сумніви мали певні підстави, то такій особі посвідчувати заповіт не можна.

Тому автор вважає, що більш раціональним у даній правовій ситуації буде запропонувати особі належно підтвердити факт її адекватного розуміння значення своїх дій на момент посвідчення заповіту, щоб у наступному його неможливо було скасувати на підставі ст. 225 ЦК України. Для цього можна запросити одного (як випливає з вимог Закону України "Про нотаріат") лікаря для встановлення психічного стану особи на момент посвідчення заповіту або двох, як має місце в нотаріальній практиці Іспанії.

Виходячи із нотаріальної практики України, нотаріусу можна надати довідку про стан особи на момент посвідчення заповіту, оскільки нотаріуси, за загальним правилом, не мають медичної освіти і не здатні однозначно встановити розумовий і психіатричний стан особи на момент посвідчення заповіту.

Продовжуючи аналіз слід зазначити, що заповіт складений власноручно – це заповіт, який складає спадкодавець у випадку, якщо він написаний його власною рукою, де обов'язково має вказуватись рік, місяць, день

і де він був складений. Якщо відсутній будь-який реквізит із цього переліку, він стає недійсним [14]. Так, припустимо документи чи розпорядження, які стосується заповіту, який був складений заповідачем власноручно і будуть знайдені після його смерті в будинку, в якому він мешкав чи по за ним, вважатиметься дійсним, і в іншому випадку – нікчемними, коли реквізити заповіту, який написано власноручно не будуть відповідати вимогам закону. Під час складання такого заповіту особа повинна знати такі реквізити. Закреслені слова, виправлені чи в лапках повинні бути засвідчені заповідачем. У будь-якому разі, заповіт, складений власноручно має позитивні і негативні сторони. Він складається тільки у виняткових випадках чи у небезпечній (надзвичайній) ситуації. Одним із недоліків такого заповіту є те що особа, як правило, не знає вимог закону, які пред'являються до змісту такого заповіту. А його невідповідність вимогам закону щодо відповідних реквізитів призводить до його недійсності, По-друге, у майбутньому спадкоємці мають пройти цілий комплекс юридичних процедур для того, щоб підтвердити автентичність заповіту і затвердити його, що робить цей процес складним та тривалим. Спадкоємцям необхідно також довести той факт, що на момент складання такого заповіту особа була дієздатною. По-третє, коли він такий заповіт буде втрачений чи родичі, які незацікавлені в ньому, знищують його, майже неможливо доказати, що він існував. Одночасно, це положення має свої плюси, оскільки для заповідача він є безкоштовним.

В Україні ч. 1 ст. 1248 ЦК передбачено, що заповідач власноручно може написати заповіт. Виходячи зі змісту ст. 1247 ЦК можна провести аналогію з практикою Іспанії. Так, у ст. 1247 ЦК України встановлена найперша умова щодо письмової форми заповіту та інших умов, а про нотаріальне посвідчення заповіту йдеться лише ч. 3 цієї статті. Тому у разі об'єктивної неможливості особи посвідчити заповіт нотаріально, можна з великою долею ймовірності припустити, що заповіт написаний власноруч як остання воля спадкодавця може бути визнаний судом дійсним. У зв'язку з цим слід погодитися з Фурсою Є.Є., який аналізуючи ст. 10 Конвенції про колізію законів, що стосуються форми заповідальних розпоряджень (Гаага, 1961р.) та на розвиток її положень зазначав, що у разі приєднання України до даної конвенції слід враховувати положення національного законодавства. Зокрема, ст. 1247 ЦК України, де встановлена не тільки письмова форма заповіту, а й обов'язок його посвідчити в нотаріальному порядку. Тому не припустимо робити винятки і визнавати чинним заповіт висловлений в усній формі. Такий висновок обумовленим тим, що кожна договірна держава може обумовити за собою право не визнавати, в силу положень її законодавства, що стосуються цього питання, форм заповідальних розпоряджень, зроблених за кордоном. У разі неможливості з об'єктивних причин посвідчити заповіт в нотаріальному порядку, суд може визнати його чином [9].

Статтею 694 Цивільного кодексу Іспанії передбачено, ще один із видів заповітів – усний заповіт. Цей заповіт найбільш поширений в Іспанії через переваги, які він має перед іншими заповітами. Йдеться про останню волю, яка буде висловлена перед нотаріусом та закріплена у нотаріально посвідченому документі. Нотаріус надає особі юридичну консультацію щодо матеріальної природи даного заповіту, поради щодо його змісту та відповідність його вимогам закону. Нотаріус при посвідчені заповіту встановлює особу, перевіряє документи, які подаються для посвідчення заповіту і виконує усіх необхідні формальності. При складанні заповіту повинні бути присутні свідки. Нотаріус після посвідчення заповіту повинен внести його до Загального Реєстру заповітів [15]. Позитивні моменти нотаріального посвідчення заповіту, це те, що нотаріус консультує особу про різні форми відчуження майна на випадок смерті та роз'яснює , як це можна зробити найкраще. Представляється не зовсім коректною назва заповіту "усний", оскільки в результаті "співпраці" нотаріуса із заповідачем створюється нотаріальний акт – заповіт, який є письмовим і нотаріально посвідченим документом. Про умовний характер усного заповіту свідчить й той факт, що особа має підписати заповіт власноручно. Наявність свідків при посвідченні заповіту – це більша гарантія неможливості визнання його недійсним у майбутньому, але така практика деякою мірою може суперечити волі заповідача залишити в таємниці сам факт посвідчення заповіту, а не тільки його зміст. Тому можна вважати, що українська нотаріальна практика більш раціональна, оскільки допускає можливість присутності свідків при посвідченні заповіту за волею заповідача, але не вважає таку умову обов'язковою, крім випадків обумовлених в ЦК (зокрема, абз. 3 ч. 2 ст. 1248 ЦК).

Статтею 706 Цивільного кодексу Іспанії передбачена така форма заповіту як секретний. Основну мету секретного заповіту сконцентровано у його назві, тобто зберегти у таємниці зміст заповіту до моменту смерті заповідача. Секретний заповіт має обов'язкову письмову форму.

У законодавстві Іспанії (ст. 716 Цивільного кодексу Іспанії) має місце такий вид заповіту як військовий заповіт. Він вчиняється щодо військовослужбовців під час війни і бойових дій. Може вчинятися як в усній, так і у секретній формі. Усний висловлюється тільки перед військовим (офіцером), який має ранг не менше капітана, а секретний – тільки військовому, який наділений повноваженнями нотаріуса тільки в даних ситуаціях. В Україні аналогічним є заповіт, які посвідчується уповноваженими особами згідно ст.40 Закону України "Про нотаріат". Проте відповідно до цієї статті можуть посвідчуватися заповіти військовослужбовців лише у пунктах дислокації військових частин, з'єднань, установ а також при перебуванні їх на лікування в госпіталях, санаторіях та інших військово-лікувальних закладах. Відповідно ці заповіти посвідчуються командирами (начальниками цих військових частин, з'єднань установ, а також начальниками, їх заступниками по медичній частині, старшими черговими лікарями, санаторіїв та інших військово-лікувальних закладів. Нічого у даному Законі, як це зроблено у законодавстві Іспанії, не сказано про посвідчення заповітів під час війни і бойових дій.

Статтею 722 Цивільного кодексу Іспанії передбачається існування морського заповіту, який вчиняється на борту судна перед капітаном у присутності двох свідків. Згідно ст. 40 Закону України "Про нотаріат" заповіти громадян, які перебувають під час плавання на морських суднах або суднах внутрішнього плавання, що плавають під прапором України посвідчуються капітанами цих суден, які зобов'язані передати по одному примірники посвідчених ними заповітів начальникові порту України або консулові України в іноземному порту для на ступного їх направлення у державний нотаріальний архів чи державну нотаріальну контору за місцем проживання заповідача. Щодо можливості посвідчення таких заповітів у присутності двох свідків, то таке правило як обов'язок не закріплено у законі, сам заповідач вирішує чи посвідчувати йому такий заповіт у присутності свідків.

Заповіт, який вчинений за кордоном (ст. 734 Цивільного кодексу Іспанії) посвідчується у консула чи дипломата. Такий заповіт складається відповідно до закону

країни перебування або викладається заповідачем власноручно згідно законодавством Іспанії.

Успадкування майна після смерті особи може породжувати неясність у тлумаченні дійсної волі померлого щодо прав на спадок, оскільки особа вправі написати необмежену кількість заповітів, договорів тощо. Така ситуація зумовлена такими обставинами:

– можливість оскарження останнього волевиявлення заповідача, зумовлює необхідність мати точні відомості про волевиявлення спадкодавця, дійсне на момент його смерті, і що не існує жодних положень, які могли б змінити чи анулювати заповіт;

– численність способів, встановлених законодавством для висловлення та анулювання останньої волі, які можуть бути засвідчені нотаріально чи здійснені у приватній формі;

– принцип вільного вибору нотаріуса дозволяє посвідчувати заповіт у одного нотаріуса та анулювати його у іншого, незалежно від його територіальної компетенції, тобто зумовленої розташуванням майна чи місцем проживання спадкодавця, а також місцем посвідчення заповіту.

Безпека юридичних процедур вимагає встановлення такої системи, яка б дозволила надати гарантій щодо прав на успадкування та уникнути ситуацій, коли після оприлюднення заповітів виникають випадки оскарження останніх особами, які є або вважають себе родичами спадкодавця,тобто такими, що мають право успадкувати його майно.

З метою безпеки та охорони посвідчених заповіту існують такі системи:

1. Система засвідчення чи офіційного підтвердження заповітів (актів останнього волевиявлення). У такий спосіб держава передає на розгляд та перевірку заповіт, як правило, своїм судовим органам і в результаті офіційно заявляє, яким був дійсний вияв волі спадкодавця на момент його посвідчення. Дана система існує у таких країнах як Англія та Німеччина.

2. Система реєстрів актів останнього волевиявлення та заповітів. Ця система має за основу централізований реєстр або мережу взаємопов'язаних реєстрів, які отримують інформацію щодо заповітів та актів останнього волевиявлення і після смерті спадкодавця надають необхідну інформацію для того, щоб вирішити, яке волевиявлення є дійсним.

Ця система дозволяє спадкодавцю зареєструвати свій заповіт з метою зменшення ризиків того, що він залишиться невідомим або його буде оприлюднено із запізненням. Саме така система функціонує в Іспанії.

Загальний реєстр заповітів – це реєстр або архів централізованого типу, метою якого є організація інформації та видача необхідних довідок щодо останніх волевиявлень (заповітів), здійснених на території Іспанії чи закордоном у присутності консульських агентів.

Загальний реєстр заповітів [20], який підпорядковується Міністерству юстиції, складається з таких реєстрів:

1. Загальний центральний реєстр, який ведеться в головній дирекції реєстрів і нотаріату.

2. Окремі реєстри, які ведуться в нотаріальних колегіях.

3. Нотаріуси ведуть власний реєстр останніх волевиявлень з розписками в отриманні відправлених заповітів до відповідних колегій.

Консульські та дипломатичні агенти також ведуть свій власний реєстр [18].

Щодо характеристики такого реєстру, то це адміністративний реєстр, створений з інформативною метою. Його метою є збереження інформації щодо останніх волевиявлень без врахування змісту заповітів.

За винятком реєстрів нотаріальних колегій [20], аналогічна практика реєстрації заповітів існує й в Україні, де в електронній формі і на паперових носіях фіксується інформація про посвідчені нотаріусами заповіти [8].

При цьому слід звернути увагу на те, що 31.12.2010р. для України набрала чинності Базельської конвенції про запровадження системи реєстрації заповітів від 16 травня 1972 року, яка встановлює універсальний режим реєстрації заповітів та обміну інформацією про них [22].

Тому загалом можна говорити про подібність діяльності нотаріусів України та Іспанії, а також необхідність обміну відповідною інформацією, щоб удосконалювати охорону і захист прав громадян наших країн. У наступному дослідженні автор має намір більш докладно проаналізувати особливості регламентації процедури реєстрації заповітів за Базельською конвенцією.

1. Заіка Ю.О. Спадкове право в Україні: Становлення і розвиток: Монографія. 2-е вид. – К.:КНТ, 2007. – 288 с. 2. Заіка Ю.О., Рябокінь Є.О. Спадкове право. – К.: ЮрінкомІнтер, 2009. – с. 332. 3. Кармаза О.О. Міжнародне спадкове право: Науково-практичний посібник. – К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2007. – 328 с. 4. Кисіль В.І. Зміст кодифікацій міжнародного приватного права: Спадкове право / В кн.. Міжнародне приватне право. – К.: Вид-во Україна, 2009. – С. 280-282. 5. Кухарев О.Є. Виконання заповіту: проблеми теорії та практики: Монографія. – Х.: ТОВ "Східно-регіональний центр гуманітарно-освітніх ініціатив", 2009. – 263с. 6. Медведев И.Г. Международное частное право и нотариальная деятельность. – М. : Волтер Клуверс, 2005. – 272 с. 7. Ромовська З.В. Українське цивільне право. Спадкове право. – К.: Правова єдність, 2009. – 264 с. 8. Спадковий реєстр // www rada. gov. Ua 9. Фурса Є.Є. Конвенція про колізію законів, що стосуються форми заповідальних розпоряджень (Гаага, 1961 р.): актуальні питання та значення для України / Юриспруденція : Теорія і практика. – 2011. – № 4(77) с. – 1-5. 10. Фурса С. Я., Фурса Є. І. / Спадкове право. Нотаріат. Адвокатура. Суд: Наук.-практич. посіб. / За ред. С. Я. Фурси. – К. : Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2007. – 1216с. – (Серія "Ваш радник"). – ISBN 966-8721-26-8 серії. – ISBN 966-8721-12-8; 966-373-114-1. 11. Цивільний кодекс України за станом на 12.01.2010: / Верховна Рада України. Офіц. Вид. К: Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2003, NN 40-44, ст.356). 12. CALATAYUD SIERRA (1999), "Conflictos interterritoriales entre los derechos sucesorios españoles", Revista de Derecho Civil Aragonés, 2, pp. 169-198. 13. A.L. CALVO CARAVACA (1995), "Art. 9.8", Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, t. I, vol. 2º, 2ª ed., EDERSA, Madrid, pp. 350-391. 14. .El Código Civil Español[Електронний ресурс]. http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/3T3.htm 15. García-Atante Lacadena R. Prontuario de Práctica Notarial. – Navarra: Dapp publicaciones jurídicas, 2008-997 p. 16. C. E. FLORENSA TOMÁS (2008), "El régimen sucesorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña" en J. L. GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE / E. RAJOY BREY, Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones, Civitas, Cizur Menor (Navarra), t. II, pp. 1025-1170. 17. Juarez González, Javier Máximo-Todo sucesión 2011. Edición 2. Ciss . 2011-992 p. 18. Legislción notarial. Cuatra edición con las más de 250 modificaciones del reglamento en 2007 y la nueva revisión de la demarcación notarial-Edición editorial tecnos (Grupa Anaya, S.A-) Juan Ignacio Luca de Tena, 15 -28027 Madrid- 2008-853 p. 192. 19. Ministerio de Justicia (BOE n. 27 de 31/1/2008) INSTRUCCIÓN de 22 de enero de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre solicitud y expedición telemática de certificaciones del Registro de Actos de Última Voluntadhttp: //www. granada.org /inet/wordenanz.nsf/ 20. Ministerio de Justicia (BOE n. 27 de 31/1/2008) INSTRUCCIÓN de 22 de enero de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre solicitud y expedición telemática de certificaciones del Registro de Actos de Última Voluntadhttp: //www. granada.org/ inet/wordenanz.nsf/ 21. Romero Coloma, Aurelia Maria. Derechos de sucesiones, aspectos generales del Derecho Sucesorio estatal, autonómico y foral. – Barcelona. – Bosch Casa Editorial, S.A.. 2009 – 122 p. 22. http://www.kmu.gov.ua/control/uk/publish/

Надійшла до редколегії 17.05.11

Наукове видання

ВІСНИК

КИЇВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА

ЮРИДИЧНІ НАУКИ

Випуск 87

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 08.07.11. Формат 60x84$^{1/8}$. Вид. № Ю4. Гарнітура Arial. Папір офсетний.
Друк офсетний. Наклад 300. Ум. друк. арк. 30,0. Обл.-вид. арк. 14,8. Зам. № 211-5740**

**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**