

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

Для науковців, правників, студентів.

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

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

ВІДПОВІДАЛЬНИЙ РЕДАКТОР	І.С. Гриценко, д-р юрид. наук
РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ	Р.А. Майданик, д-р юрид. наук, проф. (заст. відп. ред.); О.В. Клепикова, канд. юрид. наук, доц. (відп. секр.); О.В. Кохановська, д-р юрид. наук, проф.; Г.І. Балюк, д-р юрид. наук, проф.; О.М. Вінник, д-р юрид. наук, проф.; Н.В. Пришва, д-р юрид. наук, проф.; О.В. Дзера, д-р юрид. наук, проф.; О.О. Шевченко, д-р юрид. наук, проф.; П.П. Андрушко, канд. юрид. наук, проф.; І.А. Безклубий, д-р юрид. наук, проф.; Ю.Д. Притика, д-р юрид. наук, проф.; Т.В. Боднар, д-р юрид. наук, проф.; О.В. Зайчук, д-р юрид. наук, проф.; А.Т. Комзюк, д-р юрид. наук, проф.
Адреса редколегії	02017, Київ-17, вул. Володимирська, 60, юридичний факультет ☎ (38044) 239 31 67
Затверджено	Вченою радою юридичного факультету 22.09.11 (протокол № 1)
Атестовано	Вищою атестаційною комісією України. Постанова Президії ВАК України № 1-05/4 від 14.10.09
Зареєстровано	Міністерством юстиції України. Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації КВ № 16528-5000Р від 19.04.10
Засновник та видавець	Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет". Свідоцтво внесено до Державного реєстру ДК № 1103 від 31.10.02
Адреса видавця	01601, Київ-601, 6-р Т.Шевченка, 14, кімн. 43 ☎ (38044) 239 31 72, 239 32 22; факс 239 31 28

ЗМІСТ

Вінник О. Партнерські та корпоративні відносини: співвідношення понять та проблема поєднання	4
Краснова М. Фінансування природоохоронних заходів у системі реалізації еколого-правових договорів в Україні	7
Мяловицька Н. Автономія у державному будівництві Австрії (історико-правовий огляд)	9
Захарова О., Грабовська О. Проблеми забезпечення позову у цивільному судочинстві	14
Шибіко В. Щодо призначення і завдань кримінального судочинства України	16
Вовк О. Уставні земські грамоти – джерело українського міського права XVI століття	19
Дячук Л. Правове регулювання шлюбних відносин у Візантійській імперії представників влади та жителів провінції	23
Пацурія Н. Страховий інтерес: теоретичне обґрунтування та проблем правового закріплення	31
Поєдинок В. Система правових режимів іноземного інвестування	36
Кравець І. Ознаки господарських об'єднань як центрів господарських систем	41
Комзюк Л. Гармонізаційний потенціал проекту кодексу європейського авторського права	44
Коваленко Т. Аналогія в аграрному праві України: умови та межі застосування	46
Шатіло В. Структурно-функціональні та конституційні принципи побудови механізму державної влади	51
Діковська І. Види міжнародних перевезень: нормативний і доктринальний підходи	54
Совгіря О. Місце актів Конституційного Суду України у правовому забезпеченні діяльності Кабінету Міністрів України	57
Прохоренко К. Стратегічні питання правового регулювання охорони клімату в Україні	60
Криштопа О. Міжнародний союзу нотаріату: принципи латинського нотаріату та їх значення для діяльності нотаріусів України	63
Підпала І. Правові вимоги до кандидатів у члени морського екіпажу за нормами міжнародного та національного законодавства	67
Божко В. Обсяг права на справедливу заробітну плату	70
Лисенко Л. Процесуальна форма вирішення питання щодо забезпечення доказів	74
Туцький Ю. Поняття та загальна характеристика земельної ділянки як об'єкта правовідношення викупу для суспільних потреб	76
Вечірко І. Про деякі проблеми правового регулювання процесуальних відносин у справах про банкрутство та шляхи їх вирішення	79
Касумова А. Міжнародно-правовий аспект реалізації права особи на скаргу	83
Ткаченко В. Кримінально-правова характеристика злочину, вчиненого за попередньою змовою групою осіб, за законодавством України та деяких держав-учасниць СНД	87
Міхровська М. Державне управління та публічна адміністрація: шлях до демократії	90
Борисова Ю. До проблеми входження "електронної" форми правочину в традиційну класифікацію форм правочину	93
Казаков Ю. Проблеми процесуального використання інформації, що містить банківську таємницю	96
Косянчук П. Теоретико-практичні питання ужиттєвлення особистих немайнових прав українців у контексті правної відповідальності	99
Руда Т. Критерій достатності при оцінці доказів у цивільному судочинстві України і США: порівняльно-правовий аналіз	106
Калініченко О. Форми заповіту за Цивільним кодексом України	110
Булкат М. Ознаки та поняття зовнішніх функцій	113
Музиченко А. Вжиття заходів забезпечення позову як підстава для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності	116
Лазарев А. Принципи діяльності центральної виборчої комісії в Україні	118

CONTENTS

Vinnyk O.	Partnerships & Corporate Affairs: value concepts and problem combinations.....	4
Krasnova M.	Financing of environmental measures in the system of ecological and legal agreements in Ukraine.....	7
Myalovitska N.	Autonomy in the state-building of Austria (historico-legal overview)	9
Zaharova O., Grabovska O.	Problems of the claim in civil procedure	14
Shybiko V.	Concerning the Purpose and Tasks of Criminal Proceedings of Ukraine	16
Vovk O.	Statute land diplomas as Ukrainian municipal law of the XVI – th century.....	19
Dyachuk L.	Legal regulation of conjugal relations in the Byzantine Empire Officials and residents of the Province	23
Patsuriia N.	Insurable interest: theoretical rationale and legal problems fixing.....	31
Poiedynok V.	The system of the legal treatments of foreign investment.....	36
Kravets I.	Signs of economic associations as centers of economic systems	41
Komziuk L.	The draft of European Copyright Code harmonization potential	44
Kovalenko T.	Analogy in Ukrainian Agrarian Law: Reasons and Limits of Application	46
Shatilo V.	Structural and functional principles, and constitutional principles of state power mechanism building	51
Dikovska I.	Types of international carriage: normative and doctrinal approaches	54
Sovgirya O.	The place of acts of the Constitutional Court of Ukraine in legal regulation of the activity of the Cabinet of Ministers of Ukraine	57
Prokhorenko K.	The Strategy Issues in Law Regulation of Climate's Protection in Ukraine.....	60
Kryshchuk O.	International Union of Notaries principles of the Latin notary system and their role in notarial activities of Ukraine	63
Pidpala I.	Legal requirements for candidates for the marine crew for the international norms and national legislation	67
Bogko V.	The scope of rights on justified salary concept	70
Lysenko L.	Procedural form of resolving the issue of providing evidence	74
Tutskyi Y.	The concept and general characteristics of plot of land as the object of legal relations of redemption for the needs of society	76
Vechirko I.	On some problems of legal regulation of procedural relations in bankruptcy cases and solutions	79
Kasumova A.	International legal aspects of the individual right to complain	83
Tkachenko V.	Kriminalno-pravova description of crime, perfect on a previous concert the group of persons, on the legislation of Ukraine and some states-participants of the CIS	87
Mikhrovska M.	State administration and public administration: way to the democracy	90
Borysova U.	The problem of entering of the "electronic" transaction form in the traditional classification of transaction forms	93
Kazakov Y.	Issues disclosure of bank secrecy	96
Kossianchouk P.	Theoretic-practical problems of personal non-property rights realization of the Ukrainians in the context of legal liability	99
Ruda T.	Sufficiency as Criterion for Evaluation of Evidence in Civil Procedure in Ukraine and USA: A Comparative Law Analysis	106
Kalinichenko O.	Forms of Wills According to the Civil Code of Ukraine.....	110
Bulkat M.	Signs and concepts of external functions	113
Muzychenko A.	Unjustified taking of injunctive relief as a reasons to discipline responsibilities of judges	116
Lazarev A.	Principles of the central election commission in Ukraine	118

ПАРТНЕРСЬКІ ТА КОРПОРАТИВНІ ВІДНОСИНИ: СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЬЯТЬ ТА ПРОБЛЕМА ПОЄДНАННЯ

В статті висвітлюються питання співвідношення корпоративних та партнерських відносин, а також можливості їх поєднання в інституційній формі державно-приватного партнерства.

Ключеві слова: корпоративні відносини; партнерські відносини; інституційне державно-приватне партнерство; вдосконалення правового регулювання.

В статье освещаются вопросы соотношения корпоративных и партнерских отношений, а также возможность их совмещения в институциональной форме государственно-частного партнерства.

Ключевые слова: корпоративные отношения; партнерские отношения; институциональное государственно-частное партнерство; совершенствование правового регулирования.

The article highlights the issue of value for corporate and partnerships as well as features a combination of the institutional form of public-private partnership.

Keywords: corporate relations, partnerships, institutional public-private partnerships, improving regulation.

Питання співвідношення та поєднання корпоративних і партнерських відносин постало із прийняттям Закону України "Про державно-приватне партнерство" (далі – Закон про ДПП [1]), що спонукало звернутися до зарубіжного досвіду використання такої форми співпраці носіїв публічних та приватних інтересів з домінуванням перших (публічних інтересів), для реалізації яких і встановлюються відносини подібного партнерства. І цей досвід свідчить про використання так званого інституційного (корпоративного) партнерства, за якого відносини між публічним та приватним партнерами опосередковуються за допомогою їх спільної участі в господарській організації (зазвичай акціонерному товаристві), хоча не обходиться без договору партнерства, функції якого виконує засновницький договір (якщо партнери спільно засновують таку організацію) або угоди акціонерів-партнерів – у разі використання ними вже діючого акціонерного товариства.

У зв'язку з цим виникла необхідність порівняти партнерські та корпоративні відносини

Вітчизняні дослідники особливо ретельно досліджували проблеми правового регулювання корпоративних відносин [2; 3; 4; 5; 6; 7; 8; 9; 10; 11 та ін.] і лише протягом останнього часу почали звертати свою увагу на партнерські відносини в їх розмаїтті [12; 13] (не обмежуючись класичним договором партнерства – про спільну діяльність/простого товариства), а також на технології поєднання корпоративних та партнерських відносин [14].

Корпоративні відносини в їх господарсько-правовому аспекті є такими, що:

(1) виникають у процесі створення, функціонування та припинення господарських товариств;

(2) за участю безпосередніх їх учасників як носіїв корпоративних інтересів (засновники, учасники, саме товариство, його органи, посадові особи), а в окремих випадках – й опосередкованих учасників (кредиторів, найманих працівників, облігаціонерів товариства, уповноважених органів/осіб тощо),

(3) виникають щодо корпоративних благ (майна товариства, управління цим майном, інформації про товариство, результати його діяльності, укладені ним угоди),

(3) ґрунтуються на корпоративних правах та обов'язках учасників/акціонерів зазначених відносин;

(4) забезпечують більш-менш збалансовану реалізацію загально корпоративних інтересів (інтересів товариства) та індивідуально корпоративних інтересів учасників з метою оптимально успішного функціонування товариства;

(5) можливості учасників корпоративних відносин щодо реалізації їх інтересів залежать від (а) виду господарського товариства (в об'єднаннях капіталів – від

ступеня майнової участі учасника в капіталі товариства, в командитному товаристві – від особливостей правового статусу – повний учасник чи вкладник), (б) присутності в товаристві контролюючого власника корпоративних прав, (в) наявності у товариства спеціальної правосуб'єктності, пов'язаної з його діяльністю (так, в товаристві, створеному як фондова біржа, учасники/акціонери мають додатковий статус – члена біржі та пов'язані з цим права і обов'язки), (г) інших обставин (в АТ, що емітує прості та привілейовані акції, – від виду та класу акцій, якими володіє акціонер).

В партнерських відносинах визначальним є договір, а класичним для партнерства – договір про спільну діяльність/договір простого товариства. Разом з тим, з розвитком комерційних відносин виникли корпоративні форми партнерства – partnership (повне товариство) та limited partnership (командитне товариство). Договір партнерства має визначати основи взаємовідносин його сторін (в корпоративній формі партнерства засновницький договір/договір товариства є установчим документом).

Договір партнерства належить до взаємних договорів (кожен з учасників договору має права та обов'язки, будучи водночас і активним, і пасивним учасником, що, своєю чергою, дозволяє стверджувати, що кожна з сторін такого договору є самостійною [15, с. 278-279]. З точки зору спрямованості інтересів учасників договірних відносин – в договорі партнерства вони мають бути тотожними, оскільки в такому договорі відсутній притаманний більшості двосторонніх договорів антагонізм інтересів (один продає певну річ, а інший її купує, наприклад), тобто сторони мають різні цілі, які "збігаються в сенсі протилежної спрямованості" [16, с. 761]¹. Такий договір є оплатним, на користь чого свідчить та обставина, що майнові внески сторони такого договору вносять заради їх спільної мети (в т.ч. отримання прибутку), досягнення якої можна вважати своєрідною формою плати за вклади сторін договору в спільну майнову базу [15, с. 281]². Фидуціарний характер договору партнерства зумовлений необхідністю довіри між його сторонами, взаємовідносини яких мають особисто-довірчий характер, а наявність в ньому майнових (сплата вкладу) та організаційних (визначення порядку управління цим майном з метою досягнення спільних цілей) елементів дозволяє забезпечувати ведення спільної справи.

Як свідчить проведений короткий аналіз корпоративних і партнерських відносин, їм притаманні і спільні, і відмінні риси.

¹ Иоффе О.С. Обязательственное право. – М., 1975. – С. 761.

² Савельев А.Б. Указ.произв., с. 281.

До спільних рис цих двох видів відносин можна віднести такі:

- перші, і другі є формою співпраці двох і більше осіб;
- партнерсько-договірні відносини за оцінкою дореволюційних дослідників [15, с. 276-277] стали основою для формування (є прообразом) корпорації/товариства, а відтак – і предтечею корпоративних відносин, і зазвичай підставою/однією з підстав їх виникнення;
- учасники таких відносин мають і права, і обов'язки;
- майнові елементи поєднуються з організаційними;
- потребують управління спільними справами суб'єктів таких відносин (як партнерства, так і товариства);
- значна роль угод між учасниками зазначених відносин, хоча і з різним ступенем значущості для їх встановлення, зміни, припинення (для партнерства наявність угоди/договору обов'язкова, а для корпоративних відносин – ні, оскільки підставою їх виникнення може бути односторонній право чин – створення товариства однією особою, набуття корпоративних прав в результаті спадкування акцій тощо).

Відмінності:

для партнерських відносин притаманна рівність сторін – як прав, так і фактичних можливостей (як загальне правило), тоді як учасники корпоративних відносин можуть відрізнятися обсягом своїх корпоративних прав – і відповідно можливостей щодо управління товариством, щодо участі в розподілі його прибутку та майна товариства у разі його ліквідації;

партнерські відносини мають фідучіарний (довірчий) характер, що не обов'язково для корпоративних відносин (принаймні тих, що виникають стосовно господарських товариств, які належать до об'єднань капіталів);

для встановлення партнерських відносин має бути згода всіх їх учасників, тоді як при встановленні корпоративних відносин це зазвичай не вимагається (за винятком деяких випадків: наприклад, прийом нового учасника в повне товариство, що само по собі є організаційно-правовою формою класичного партнерства);

відмінним є порядок управління: в партнерстві – спільно партнерами; в корпоративних відносинах – за допомогою органів товариства (об'єднання капіталів), повних учасників (командитне товариство), всіх або уповноважених учасників (повне товариство);

хоча і в партнерських, і в корпоративних відносинах значну роль відіграють договори, проте в перших – вони є підставою встановлення відносин, а в других – (1) виконують різні ролі (опосередковують відносини між засновниками (договір засновників), між акціонерами (договір акціонерів), між корпорацією/товариством та її учасниками (договір про набуття викупленої товариством частки/акцій), між кількома товариствами (договір про злиття/приєднання) тощо, а також не в усіх випадках є самостійною підставою виникнення, зміни чи припинення корпоративних відносин (якщо внаслідок купівлі-продажу акцій одна особа – продавець втрачає статус учасника корпоративних відносин, а інша – покупець – набуває такого статусу, то для створення господарського товариства не досить укладення між його засновниками відповідного договору, оскільки для цього необхідно здійснити низку дій, спрямованих на створення товариства, в т.ч. забезпечити здійснення його державної реєстрації як новоствореної юридичної особи);

партнерські відносини виникають щодо кількох осіб, а корпоративні – можуть виникати щодо багатьох осіб (що притаманно для об'єднань капіталів);

в партнерських відносинах інтереси партнерів мають збігатися щодо цілей спільної співпраці, тоді як в корпоративних відносинах (принаймні в об'єднаннях капіталів) – це рідко трапляється через різні можливості

учасників, серед яких можуть бути і власники контрольних пакетів акцій (відповідної частки в статутному капіталі товариства), і міноритарні акціонери. Якщо перші – зазвичай прагнуть контролювати товариство, маючи більшість голосів на загальних зборах, то інтереси других – участь в отриманні прибутків, оскільки вони не мають реальних можливостей впливати на управління товариством, попри передбачені законодавцем деякі механізми, спрямовані на захист інтересів дрібних акціонерів (права меншості, зокрема);

підставою припинення партнерських відносин є припинення, в т.ч. розірвання, відповідного договору. Разом з тим, роль договору в припиненні корпоративних відносин, як вже згадувалося, менш значна, оскільки підставою для цього може бути комплекс юридичних фактів/дій (прийняття загальними зборами рішення про припинення товариства у певний спосіб; створення комісії з припинення юридичної особи та вжиття нею передбачених законом заходів; задоволення вимог кредиторів; складання відповідного балансу; розподіл майна, що залишилося після задоволення вимог кредиторів, між учасниками товариства; реєстрація ліквідації товариства як юридичної особи).

Більш ґрунтовний аналіз партнерських та корпоративних відносин з врахуванням їх видів та сфер виникнення дозволить виділити ще нові спільні та відмінні їх риси. Однак навіть наведені тут дають певну уяву про їх зв'язок та відмінність, а також – про перспективи поєднання в одних комплексних (партнерсько-корпоративних) відносинах вищезазначених рис.

Як свідчить практика господарювання/підприємництва, партнерські та корпоративні відносини можуть успішно поєднуватися, що найбільш наочно проявляється в повному товаристві зі статусом юридичної особи (як відомо англо-саксонський варіант корпоративного партнерства позбавлений цієї риси). Подібне поєднання можливе і в більш складних відносинах – інституційній формі державно-приватного партнерства, про яку вітчизняний Закон про ДПП [1], на жаль, навіть не згадує, хоча й не виключає можливості його використання. Про це свідчить відкритий перелік договорів ДПП [1, ст. 5], а відтак – і можливість використання засновницького договору (у разі створення публічним та приватним партнерами господарської організації – зазвичай у формі акціонерного товариства – для реалізації проектів ДПП, а також угод акціонерів-партнерів – при використанні для цієї мети вже існуючого АТ (хоча положення Закону України "Про акціонерні товариства" [17, ст. 29] стосовно таких угод надміру лаконічні).

Зарубіжний досвід (Словенії [18], Хорватії [19], Латвії [20], Польщі [21], Ірландії [22], острова Фіджі [23] та ін.) застосування ДПП свідчать про доцільність використання в певних випадках інституційної/корпоративної форми ДПП – Institutional Partnerships. Це зумовлено можливостями інституційного ДПП щодо: залучення інвестицій не лише партнерів, а й акціонерів-інвесторів і навіть облігаціонерів; внутрішньо-корпоративних та зовнішніх механізмів управління ДПП відповідно до укладеної між партнерами угоди та вимог законодавства – про ДПП, корпоративного, про вид договору, заради реалізації якого встановлюються партнерські відносини (концесія, державні закупівлі, угоди про розподіл продукції тощо).

Ключовою ознакою інституційного партнерства є використання господарської організації зі статусом юридичної особи, яка забезпечує реалізацію його проектів. При цьому така організація має контролюватися публічним та приватним партнерами, а відносини між ними регулюватися договором партнерства, роль якого може

виконувати засновницький договір (у разі, якщо партнери спільно засновують відповідну організацію – зазвичай акціонерне товариство), чи угодою акціонерів-партнерів – якщо для інституційного партнерства використовується діюче товариство (державне чи приватне) шляхом набуття учасниками партнерства (одним з них) відповідної частки в статутному капіталі. Такий договір має визначати основні засади фінансування та реалізації проектів ДПП, участь в цьому кожного з партнерів та особливості реалізації ними своїх корпоративних прав.

Світові практиці відомі різні моделі інституційної форми ДПП:

- створення партнерами акціонерного товариства (далі – АТ), до якого згодом залучаються акціонери-інвестори [18, ст. 96, 98, 20, ст. 84];

- набуття одним з партнерів акцій в товаристві, що контролюється іншими партнером: приватним партнером в державному акціонерному товаристві [20, ст. 84], державним партнером – в приватному АТ [18, ст. 96, 98];

- покладення на певне АТ функцій щодо забезпечення реалізації проектів ДПП під контролем держави [23, статті 17-18] і з можливістю ініціювання прокурором захисту в судовому порядку публічних інтересів у відносинах такого партнерства [23, ст. 19].

Крім того, передбачається можливість поєднання інституційного (корпоративного) партнерства із суто договірним (концесійним, зокрема [20, ст. 85, 87-89], чи пов'язаним з державними закупівлями [20, ст. 86].

Вибір інституційної форми ДПП залежить від низки обставин. Так, відповідно до ст. 7 Закону Латвії про ДПП [20] зазначена форма опосередковується створенням спільного підприємства (далі – СП) за участю державного та приватного партнерів за наявності таких умов:

- приватному партнерові відповідно до закону дозволено здійснювати ті види діяльності, що і спільному підприємству за його участю;

- на СП покладаються низка функцій щодо управління ДПП відповідно до угоди партнерства та встановленого законодавством порядку.

За будь-якої моделі інституційного ДПП створене для цього СП має спільні риси, зокрема щодо: організаційно-правової форми СП – зазвичай акціонерне товариство; вимог до засновницького договору, договору акціонерів та статуту СП; порядку управління СП (щодо прийняття рішень з питань реалізації проектів ДПП – партнерами або під їх контролем); строку діяльності такого СП – протягом реалізації проектів ДПП (якщо СП створювалося саме з цією метою); наявності двох категорій акціонерів: акціонерів – партнерів ДПП і акціонерів – інвесторів та відповідно – двох видів акцій з різним правовим режимом (акції партнерів та акції інвесторів, які засвідчують різний комплекс корпоративних прав щодо СП); відкритості інформації про інституційне партнерство, яка не повинна бути комерційною таємницею.

Нормативно-правове регулювання інституційного партнерства здійснюється низкою актів законодавства (про ДПП, про акціонерні товариства, про цінні папери та державне регулювання фондового ринку, про договори, задля виконання яких встановлюється інституційне партнерство, про захист економічної конкуренції). При цьому Закон про ДПП має визначати особливості застосування інших актів законодавства щодо відносин партнерства.

Загалом інституційне партнерство більш складна форма ДПП, ніж суто договірне партнерство, оскільки при його застосуванні слід врахувати досить складну систему інтересів: публічних (держави, територіальної громади, кінцевих споживачів як найбільш численної категорії учасників відносин у сфері господарювання,

економічної конкуренції тощо), приватних (приватного партнера, акціонерів-інвесторів, співвиконавців) і інтересів самої організації (акціонерного товариства), що опосередковує таке партнерство. Подібне товариство має діяти в публічних інтересах, які лежать в основі партнерства (реалізація відповідних суспільно-необхідних проектів ДПП), хоча при цьому повинні враховуватися приватні інтереси згаданих осіб в межах, що, з одного боку, не суперечать публічним інтересам, а, з іншого, – забезпечують залучення приватних інвестицій до реалізації проектів ДПП.

Збалансоване врахування всіх згаданих категорій інтересів з домінуванням публічного інтересу, задля задоволення якого власне і започатковується ДПП, має здійснюватися на рівні (1) правового регулювання зазначених відносин (визначення прав та обов'язків їх учасників, порядку контролю за виконанням останніми договірних зобов'язань тощо), (2) реалізації встановлених законом та договорами ДПП вимог, (3) контролю за їх дотриманням, (4) застосуванням санкцій до учасників відносин партнерства, які порушили встановлені вимоги/зобов'язання. Відповідно корегування (з точки зору внесення змін та доповнень) має зазнати низка законів, а саме:

- "Про державно-приватне партнерство" [1] щодо: основних засад застосування інституційного ДПП (підстав використання, моделей та вимог до договору такого партнерства, статуту товариства, що його опосередковує), особливостей: (1) процедур визначення приватного партнера залежно від спрямованості проектів партнерства (концесія, угоди про розподіл продукції, державні закупівлі тощо); (2) порядку вирішення питань реалізації проектів ДПП та відповідно – порядку прийняття пов'язаних з ними рішень, внутрішнього управління партнерством; (3) правового становища акціонерів-партнерів, акціонерів-інвесторів, співвиконавців проектів ДПП; (4) правового режиму цінних паперів інституційного ДПП; (5) припинення товариства, що опосередковує інституційне ДПП; (6) відповідальності за невиконання партнерами інституційного ДПП своїх обов'язків за угодами ДПП; (7) порядку розв'язання конфліктних ситуацій між партнерами, наслідків для їх посадових осіб за використання можливостей партнерства у власних інтересах чи інтересах пов'язаних з ними осіб; (8) зовнішнього управління інституційним ДПП (з боку уповноважених органів, в т.ч. з визначенням системи останніх, до складу якої мають входити не лише уповноважений орган з питань ДПП [1, ст. 22], а й Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку, яка опікується емітентами та обігом цінних паперів, антимонопольні органи – з огляду на ризик економічної концентрації у разі застосування інституційного ДПП);

- "Про акціонерні товариства" [17] (закріпити можливість використання засновницького договору та акціонерної угоди як договору інституційного ДПП, особливості обсягу корпоративних прав акціонерів-партнерів та акціонерів-інвесторів, порядку їх реалізації);

- "Про цінні папери та фондовий ринок" [24] щодо особливостей правового режиму акцій товариства за участю державного та приватного партнерів (акції партнерів ДПП) і акціонерів-інвесторів (акції інвесторів ДПП), а також вимог до емісії таких акцій;

- "Про державне регулювання ринку цінних паперів" [25] щодо наділення відповідними повноваженнями Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку з питань: регулювання порядку емісії та обігу акцій товариств, що опосередковують відносини ДПП, шляхом встановлення відповідних вимог до їх емісії, контролю за їх дотриманням, застосування санкцій до таких товариств та їх акціонерів-партнерів ДПП у разі порушення ними зазначе-

них вимог; основних засад співпраці ДКЦПФР з уповноваженим органом з питань ДПП [1, ст. 22];

• "Про захист економічної конкуренції" [26] щодо отримання попереднього дозволу антимонопольних органів на укладення угоди державно-приватного партнерства та погодження положень статуту акціонерного товариства, що опосередковує інституційне ДПП, а також Закону "Про Антимонопольний комітет" [27] щодо повноважень останнього з питань захисту економічної конкуренції при встановленні відносин ДПП.

Інституційне ДПП як досить складна форма (господарсько-управлінська технологія [14]) поєднання партнерських та корпоративних відносин, є потребою сучасного суспільства, в якому ринкові засади економіки мають поєднуватися із соціальним її спрямуванням і відповідно – збалансованим поєднанням публічних та приватних інтересів в особі їх носіїв – державних та приватних партнерів як учасників співпраці для реалізації суспільно необхідних проєктів.

1. Закон України від 01.07.2010 р. "Про державно-приватне партнерство" // Голос України від 30.07.2010 – № 140. 2. Спасибо-Фатеева И. В. Акционерные общества: корпоративные правоотношения. Монография / И. В. Спасибо-Фатеева. – Х.: Право, 1998. – 251 с. 3. Винник О.М. Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення: Монографія / О.М. Винник. – К.: Атіка, 2003. – 352 с. 4. Кібенко О. Європейське корпоративне право на етапі фундаментальної реформи: перспективи використання європейського законодавчого досвіду у правовому полі України. Серія "Юридичний радник" / О. Кібенко. – Х.: Страйк, 2005. – 432 с. 5. Кравчук В.М. Корпоративне право: Науково-практичний коментар законодавства та судової практики / В.М. Кравчук. – К.: Істина, 2005. – 720 с. 6. Щербина В.С. Правова природа корпоративних відносин / В.С. Щербина. // Українське комерційне право. – 2006. – № 7. – С. 10-14. 7. Воловик О.А. Інтереси господарських товариств: проблеми правового забезпечення в корпоративних відносинах: Монографія / О.А. Воловик. – Луганськ, Вид-во СНУ ім. В.Далі, 2006. – 132 с. 8. Кравчук В.М. Припинення корпоративних відносин в господарських товариствах: Монографія / В.М. Кравчук. – Львів: Край, 2009. – 464 с. 9. Харенко О.В. Правове регулювання корпоративних відносин в господарських товариствах / О.В. Харенко // Українське комерційне право. – 2006. – № 7. – С. 15-24. 10. Корпоративне управління: Монографія / І. Спасибо-Фатеева, О. Кібенко, В. Борисова;

За ред. проф. І.Спасибо-Фатеевої. – Х.: Право, 2007. – 500 с. 11. Корпоративне право України: Підручник / За заг.ред. В.В.Луця, доктора юридичних наук, професора, академіка НАПРН України. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 384 с. 12. Винник О.М. Проблеми правового регулювання корпоративних і партнерських відносин: Монографія / О.М. Винник. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПРН України, 2010. – 166 с. 13. Спасибо-Фатеева И. Цивільістичний погляд на поняття партнерства / І. Спасибо-Фатеева. // Право України. – 2010. – № 12. – С. 4-10. 14. Винник О.М. Деякі аспекти застосування корпоративно-управлінських технологій у відносинах державно-приватного партнерства / О.М. Винник. // Актуальні проблеми юрид. науки: 36 тез між-нар.наук. конф. "Дев'ять осінніх юридичних читань" (м. Хмельницький, 12-13 листопада 2010 р.: у 4-х частинах – частина третя: "Цивільне право. Сімейне право. Міжнародне приватне право. Комерційне право. Цивільний, господарський та адміністративний процес". – Хмельницький: Вид-во Хмельн.ун-ту управління та права, 2010. – С. 50-56. 15. Савельєв А.В. Договор простого товариства в российском гражданском праве // Актуальные проблемы гражданского права / Под ред. М.И. Брагинского; Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права. – М.: Статут, – 1999. – С. 276-329. 16. Иоффе О.С. Обязательственное право / О.С. Иоффе. – М.: "Юридическая литература", 1975. – 880 с. 17. Закон України від 17.09.2008 р. "Про акціонерні товариства" // Відомості Верховної Ради України, 2008, № 50-51, ст.384. 18. Закон Республіки Словенія "Про публічно-приватне партнерство" від 23.11.2006 р. (PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP ACT (ZJZP) // www.mf.gov.si/slov/javnar/53646-ZJZP_EN.pdf. 19. Закон Хорватії від 24 жовтня 2008 р. "Про публічно-приватне партнерство": Act on Public Private Partnerships adopted by the Croatian Parliament at its session of 24 October 2008 // <http://www.antikorupcija.hr/Default.aspx?sec=161>. 20. Закон Латвії від 09.07.2009 р. "Про публічно-приватне партнерство" / Public-Private Partnerships Law, 9 July 2009 // http://www.ppp.lv/fetch_6625.html. 21. PPP Services in Poland // http://www.publicprivatepartnership.pl/ppp_services.htm. 22. STATE AUTHORITIES (PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP ARRANGEMENTS) ACT, 2002 // <http://www.acts.ie/en.act.2002.0001.1.html#sec7>. 23. FIJI ISLANDS PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIPS ACT 2006 // http://www.paclii.org/fj/legis/num_act/pppa2006313/. 24. Закон України від 23.02.2006 р. "Про цінні папери та фондовий ринок" // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 31. – Ст. 268. 25. Закон України від 30.10.1996 р. "Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні" // Відомості Верховної Ради України, 1996, № 51, ст. 292. 26. Закон України від 11.01.2001 р. "Про захист економічної конкуренції" // Відомості Верховної Ради України, 2001, № 12, ст. 64. 27. Закон України від 26.11.1993 р. "Про Антимонопольний комітет України" // Відомості Верховної Ради України, 1993, № 50, ст.472.

Надійшла до редколегії 27.06.11

М. Краснова, д-р юрид. наук

ФІНАНСУВАННЯ ПРИРОДООХОРОННИХ ЗАХОДІВ У СИСТЕМІ РЕАЛІЗАЦІЇ ЕКОЛОГО-ПРАВОВИХ ДОГОВОРІВ В УКРАЇНІ

В статті аналізуються положення чинного законодавства України, які забезпечують реалізацію державно-приватного партнерства в галузі екології, в тому числі шляхом договірної фінансування здійснення природоохоронних заходів за рахунок коштів державного бюджету та фондів охорони навколишнього природного середовища.

Ключові слова: державна екологічна політика; державно-приватне партнерство в галузі екології; фінансування природоохоронних заходів.

В статье анализируются положения действующего законодательства Украины, которые обеспечивают реализацию государственно-частного партнерства в области экологии, в том числе посредством финансирования осуществления природоохранных мероприятий за счет средств государственного бюджета и фондов охраны окружающей природной среды.

Ключевые слова: государственная экологическая политика; государственно-частное партнерство в области экологии; финансирование природоохранных мероприятий.

The article analyzes the provisions of current legislation of Ukraine to ensure the implementation of public-private partnership in the field of ecology, including through contractual funding of environmental activities at the expense of state budget funds and environmental protection.

Key words: environmental policy, public-private partnership in the field of ecology, financing of environmental activities.

Вважається, що сучасний світ – це результат взаємодії природи і суспільства, або ж навіть втручання суспільства в природу, що є відправним для розуміння низки глобальних екологічних проблем, для розв'язання яких потрібні глобальні ресурси: як фінансові, так і людські [1]. Тому й в Україні для досягнення мети і завдань державної екологічної політики передбачені різні засоби [2], серед яких вагома роль відводиться врегулюванню публічно-правових екологічних відносин шляхом укладання договорів на засадах державно-приватного партнерства [3]. Так, щоб досягти такої цілі як забезпечення екологічно збалансованого природо-

користування (ціль 6), завданнями у цій сфері є низка заходів, в тому числі: технічне переоснащення виробництва на основі впровадження інноваційних проєктів, енергоефективних і ресурсозберігаючих технологій, маловідходних, безвідходних та екологічно безпечних технологічних процесів до 2020 року; запровадження до 2015 року системи економічних та адміністративних механізмів з метою стимулювання виробника до сталого та відновлюваного природокористування і охорони навколишнього природного середовища, широкого запровадження новітніх більш чистих технологій, інновацій у сфері природокористування та інше.

© Краснова М., 2011

Щоб досягти таких завдань передбачені різні інструменти реалізації державної екологічної політики. Зокрема, економічні та фінансові механізми, які спрямовані на забезпечення стабільного фінансування природоохоронної діяльності, вдосконалення економічних інструментів, що є основними передумовами реалізації екологічної політики в Україні. Розроблені та впроваджені на початку 90-х років XX століття економічні інструменти та механізми фінансування природоохоронної діяльності потребують подальшого розвитку в умовах глобалізації. Внаслідок обмеженості бюджетних коштів важливим є пошук нових джерел фінансування природоохоронних заходів, спрямованих на ліквідацію забруднення довкілля, забезпечення екологічної безпеки, заходів, пов'язаних з відтворенням та підтриманням природних ресурсів у належному стані. У зв'язку з цим планується забезпечити до 2020 року сприятливий податковий, кредитний та інвестиційний клімат для залучення коштів міжнародних донорів та приватного капіталу в природоохоронну діяльність, створення суб'єктами господарювання систем екологічного управління, впровадження більш чистого виробництва, технологій ресурсо- та енергозбереження.

Саме з метою розвитку економічного механізму природокористування та природоохоронної діяльності передбачено, зокрема: реформувати систему фондів охорони навколишнього природного середовища для мобілізації фінансових ресурсів на національному рівні та на рівнях Автономної Республіки Крим, областей, міст Києва та Севастополя; стимулювати розвиток екологічного підприємництва, зокрема виробництво продукції, виконання робіт і надання послуг природоохоронного призначення (п.4.10).

Отже, одним із механізмів реалізації державної екологічної політики мають стати договори в екологічному праві, передусім на засадах публічно-правового договору, визначеному в Конституції України (ст.ст. 13, 14, 16), а також Закону України від 1 липня 2010 р. "Про державно-приватне партнерство" [3], де серед сфер застосування якого чітко виокремлюються еколого-правові сфери: пошук, розвідка родовищ корисних копалин та їх видобування; виробництво, транспортування і постачання тепла та розподіл і постачання природного газу; будівництво та/або експлуатація автострад, доріг, залізниць, злітно-посадкових смуг на аеродромах, мостів, шляхових естакад, тунелів і метрополітенів, морських і річкових портів та їх інфраструктури; збір, очищення та розподілення води; охорона здоров'я; туризм, відпочинок, рекреація, культура та спорт; забезпечення функціонування зрошувальних і осушувальних систем; оброблення відходів (ст. 5). Тобто, більшість сфер державно-приватного партнерства стосується сфер використання природних ресурсів, охорони довкілля та забезпечення екологічної безпеки, що окреслює *об'єкти* еколого-правових договорів, а самі сфери виступають *предметом* еколого-правових договорів. При цьому актуальними стають питання джерел їх фінансування, або ж такого важливого елементу істотних умов договорів як *ціна*.

Відповідно до вище зазначеного Закону джерелами фінансування державно-приватного партнерства можуть бути: фінансові ресурси приватного партнера; фінансові ресурси, запозичені в установленому порядку; кошти державного та місцевих бюджетів; інші джерела, не заборонені законодавством (ст. 9).

З огляду на таке метою даної статті є дослідження існуючого еколого-правового механізму фінансування природоохоронних заходів, здійснюваних у межах державно-приватного партнерства. Питання правового

забезпечення фінансування у сфері охорони навколишнього природного середовища в тій чи іншій мірі досліджували такі вчені-юристи як Розовський Б.Г., Андрейцев В.І., Петрова Т.В., Кузнєцова С.В., Костицький В.В., а також представники науки економіки природокористування Балацький О.Ф., Дорогунцов С.І., Данилишин Б.М. та інші. При цьому традиційно вважається, що фінансування охорони навколишнього природного середовища є центральним і основним елементом економічного механізму забезпечення охорони навколишнього природного середовища, самостійним комплексним правовим інститутом екологічного права, який включає сукупність взаємопов'язаних правових норм, що регулюють однорідні суспільні відносини щодо забезпечення фінансовими ресурсами природоохоронних заходів та їх цільового розподілу за основними джерелами з метою реалізації екологічної політики держави [4, с. 3].

Правові засади фінансування природоохоронних заходів базуються на принципах охорони навколишнього природного середовища, а саме: запобіжний характер заходів щодо охорони навколишнього природного середовища (п. "в" ст. 3 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" від 25 червня 1991 р.), який реалізується шляхом їх виконання суб'єктами господарювання, діяльність яких впливає чи здатна впливати на якісні характеристики стану довкілля. Відповідно до положень ст. 42 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" фінансування заходів щодо охорони навколишнього природного середовища в Україні здійснюється за рахунок Державного бюджету України, республіканського бюджету Автономної Республіки Крим та місцевих бюджетів, коштів підприємств, установ та організацій, фондів охорони навколишнього природного середовища, добровільних внесків та інших коштів. Кошти місцевих республіканського Автономної Республіки Крим і Державного фондів охорони навколишнього природного середовища можуть використовуватись тільки для цільового фінансування природоохоронних та ресурсозберігаючих заходів, в тому числі наукових досліджень з цих питань ведення державного кадастру територій та об'єктів природно-заповідного фонду, а також заходів для зниження впливу забруднення навколишнього природного середовища на здоров'я населення.

Проаналізуємо окремі правові засади *державного фінансування*, враховуючи, що відповідні кошти спрямовуються тільки на здійснення природоохоронних заходів, передбачених у загальнодержавних, регіональних і місцевих цільових екологічних програмах, а також у Переліку природоохоронних заходів, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 17 вересня 1996 р. № 1147 [5].

Так, на початку цього року відповідно до Бюджетного кодексу України окремими постановами Уряду України затверджені, відповідно до ст. 20 Бюджетного кодексу України Порядку відповідного фінансування певних заходів. Зокрема, постановою Кабінету Міністрів України від 28 лютого 2011 р. № 164 "Про затвердження Порядку використання коштів, передбачених у державному бюджеті для здійснення природоохоронних заходів, спрямованих на запобігання виникненню та ліквідацію наслідків негативних природних явищ" передбачено, що до плану природоохоронних заходів, на які відкрито фінансування, включаються природоохоронні заходи, передбачені Комплексною програмою захисту сільських населених пунктів і сільськогосподарських угідь від шкідливої дії вод на період до 2010 року та прогноз до 2020 року, затвердженою постановою Кабінету Міністрів України від 3 липня 2006 р. № 901 [6]; Програмою

комплексного протипаводкового захисту в басейні р. Тиси у Закарпатській області на 2006-2015 роки, затвердженою постановою Кабінету Міністрів України від 24 жовтня 2001 р. № 1388 [7]; Державною цільовою програмою комплексного протипаводкового захисту в басейнах річок Дністра, Пруту та Сирету, затвердженою постановою Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2008 р. № 1151 [8]; інші природоохоронні заходи, в тому числі, визначені у переліку видів діяльності, що належать до природоохоронних заходів, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 17 вересня 1996 р. № 1147.

Іншою постановою Кабінету Міністрів України, від 28 лютого 2011 р. № 163 "Про затвердження Порядку використання коштів, передбачених у державному бюджеті для комплексної реалізації державної екологічної політики, здійснення природоохоронних заходів", визначено механізм використання коштів, передбачених безпосередньо у Державному бюджеті за програмою "Комплексна реалізація державної екологічної політики, здійснення природоохоронних заходів".

Традиційно розпорядниками таких коштів, відповідальними виконавцями бюджетних програм, в тому числі виконавцями нижчого рівня, а отже, *державними замовниками* (курсив наш – М.К.) (як їх визначає Закон України "Про державно-приватне партнерство") виконання заходів еколого-правового державно-приватного партнерства визначаються: Міністерство екології та природних ресурсів України (щодо здійснення природоохоронних заходів), Міністерство аграрної політики та продовольства України (щодо заходів із захисту, відтворення та підвищення родючості ґрунтів тощо), Державне агентство водних ресурсів (щодо заходів для захисту від шкідливої дії вод сільських населених пунктів та сільськогосподарських угідь, для проведення державного моніторингу поверхневих вод, паспортизації та управління водними ресурсами, ведення водного кадастру), Державне агентство лісових ресурсів (щодо заходів з ведення лісового і мисливського господарства, охорони і захисту лісів, для створення захисних лісових насаджень та полезахисних лісових смуг), Міністерство надзвичайних ситуацій України (щодо будівництва пускового комплексу "Вектор" та експлуатації його об'єктів, пов'язаних з поводженням з радіоактивними відходами), інші органи.

Зокрема, Міністерство екології та природних ресурсів України формує план природоохоронних заходів у порядку, ним же й визначеному, який затверджується цим органом за погодженням з Мінфіном України. Виконавці за напрямками використання бюджетних коштів та (або) за окремими природоохоронними заходами, а також розподіл (перерозподіл) видатків між адміністративно-територіальними одиницями, у розрізі розпорядників бюджетних коштів нижчого рівня та одержувачів бюджетних коштів визначаються Міністерством екології та природних ресурсів, іншими уповноваженими органами.

Видатки, пов'язані з фінансуванням об'єктів, що мають ознаки капітального будівництва в природоохоронній сфері, та прийняттям їх в експлуатацію, здійснюються з урахуванням вимог Порядку державного фінансування капітального будівництва, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2001 р. № 1764 [9], та Порядку прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 8 жовтня 2008 р. № 923 [10].

При цьому слід брати до уваги, що *виконавці* здійснення природоохоронних заходів (або ж приватні партнери) обираються шляхом проведення конкурсів. Державні замовники при їх виборі мають керуватися По-

рядком проведення на конкурсних засадах оцінки та відбору інвестиційних проектів, що передбачають залучення коштів державного бюджету, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 25 листопада 1999 р. № 2145, а також Порядком затвердження інвестиційних програм і проектів будівництва та проведення їх державної експертизи, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 31 жовтня 2007 р. № 1269.

Закупівля товарів, робіт і послуг за рахунок бюджетних коштів при укладанні еколого-правових договорів здійснюється відповідно до законодавства, в тому числі відповідно до Закону України від 1 червня 2010 р. "Про здійснення державних закупівель" [11].

Окрім зазначеного, постановою Кабінету Міністрів України від 18 серпня 2005 р. № 773 (зі змінами) "Про затвердження Порядку використання коштів державного бюджету на здешевлення кредитів на здійснення природоохоронних заходів", передбачено механізм компенсації відсоткової ставки за залученими у банку кредитами для цих потреб [12]. Така компенсація проводиться також у межах бюджетної програми згідно з планом природоохоронних заходів, що формується та затверджується Мінприроди за погодженням з Віце-прем'єр-міністром України. Відбір природоохоронних заходів та юридичних осіб усіх форм власності, які планують здійснити такі заходи, для формування проекту плану заходів, здійснюється на конкурсній основі.

Фінансування природоохоронних заходів на договірних засадах може, як вже зазначалося, здійснюватися за рахунок коштів *фондів охорони навколишнього природного середовища* (ст. 47 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища", Положення про Державний фонд охорони навколишнього природного середовища, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 7 травня 1998 р. № 634). При цьому процедура відбору найбільш привабливих партнерів здійснюється відповідно до Порядку планування та фінансування природоохоронних заходів з Державного фонду охорони навколишнього природного середовища, затвердженого наказом Міністерства екології та природних ресурсів України № 189 від 21.05.2002 р., згідно з яким відбір виконавців здійснюється також на конкурсних засадах. Так, у межах своїх повноважень Міністерство екології та природних ресурсів України забезпечує розпорядження фондами охорони навколишнього природного середовища, що формуються у складі Державного і місцевих бюджетів на окремих рахунках на фінансування природоохоронних заходів. Згідно з Порядком планування і фінансування природоохоронних заходів з Державного фонду охорони навколишнього природного середовища, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 7 травня 1998 р. № 634, в редакції від 15 лютого 2002 р. № 181, відбір природоохоронних заходів здійснюється на підставі запиту та інших документів, де визначаються: відповідність загальній меті, завданням бюджетної програми та напрямкам діяльності, які забезпечують їх реалізацію; природоохоронний ефект; економічна ефективність (термін окупності); ступінь масштабності екологічного впливу; наявність показників ресурсо- та енергозбереження; використання апробованих приладів, обладнання, технологій; готовність заходу на час подання запиту; наявність власних коштів як джерела фінансування; наявність гарантованого фінансування з інших джерел; термін реалізації заходу; сплата збору за за-

бруднення навколишнього природного середовища підприємствами, установами, організаціями, на об'єктах яких здійснюються природоохоронні заходи. Виконаці природоохоронних заходів визначаються у відповідності до процедур, встановлених Законом України "Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти" від 22 лютого 2000 р., шляхом проведення торгів. Для здійснення процедури закупівлі товарів, робіт і послуг в складі Мінекоресурсів створено постійний тендерний комітет, який уповноважений за результатами тендерів укладати договори про виконання природоохоронних заходів у межах затверджених сум [13].

Мінекоресурсів України щорічно звітує про витрачання коштів Державного бюджету та інших фондів для природоохоронних заходів. Так, за 2010 рік було профінансовано 12 бюджетних програм на загальну суму 656356,1 тис. грн., в тому числі на здешевлення кредитів комерційних банків, зокрема, для придбання та впровадження установки по сортуванню та переробці твердих побутових відходів смт Малинівка Чугуєвського району Харківської області [14].

Отже, проведений аналіз правового регулювання належного фінансування природоохоронних заходів за рахунок коштів державного бюджету, коштів фондів охорони навколишнього природного середовища дозволяє зробити висновки, що в Україні формується цілісна сис-

тема, яка здатна залучити на договірних умовах ефективних виконавців таких заходів, і тим самим спрямована на досягнення паритету публічних і приватних інтересів у галузі використання природних ресурсів, охорони довкілля та забезпечення екологічної безпеки.

1. "Глобальні екологічні проблеми не розв'язати без глобальних ресурсів": інтерв'ю з Генеральним директором і головою Глобального екологічного фонду Монік Барбю // Урядовий кур'єр. – 2011. – 23 березня. – № 52. – С. 8. 2. Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2020 року: Закон України від 21 грудня 2010 р. // Офіційний вісник України. – 2011. – № 3. – Ст. 158. 3. Про державно-приватне партнерство: Закон України від 1 липня 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 40. – Ст. 524. 4. Кузнєцова С.В. Правове забезпечення фінансування у сфері охорони навколишнього природного середовища : Автореф. дис. канд. юр. наук: 12.00.06 – земельне право; аграрне право; екологічне право; природо-ресурсне право. – К., 2000. – 20с. 5. Зібрання постанов Кабінету Міністрів України. – 1996. – № 18. – Ст. 505. 6. Офіційний вісник України. – 2006. – № 27. – Ст. 1942. 7. Офіційний вісник України. – 2001. – № 43. – Ст. 1932; 2006. – № 7. – Ст. 352. 8. Офіційний вісник України. – 2008. – № 100. – Ст. 3341. 9. Офіційний вісник України. – 2001. – № 52. – Ст. 2374. 10. Офіційний вісник України. – 2008. – № 80. – Ст. 2694; 2009. – № 41. – Ст. 1370. 11. Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 33. – Ст. 471. 12. Урядовий кур'єр. – 2005. – 28 вересня. – № 183. 13. Річний звіт Державного фонду охорони навколишнього природного середовища за 2002 рік. – К.: Міністерство екології та природних ресурсів України, 2003. – С. 12. 14. Звіт Міністерства охорони навколишнього природного середовища України "Про витрачання коштів Державного бюджету України у 2010 році" // Урядовий кур'єр. – 2011. – 26 березня. – № 55.

Надійшла до редколегії 27.06.11

УДК 342.2:342.55(4)

Н. Мяловицька, д-р юрид. наук

АВТОНОМІЯ У ДЕРЖАВНОМУ БУДІВНИЦТВІ АВСТРІЇ (ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ ОГЛЯД)

У статті досліджується історико-правовий розвиток державного устрою Австрії; сучасна система федеральних органів державної влади, а також статус австрійських земель – автономій з високим рівнем повноважень.

Ключові слова: конституція, державний устрій, федерація, органи державної влади, автономія.

В статье исследуется историко-правовое развитие государственного устройства Австрии, современная система федеральных органов государственной власти, а также статус австрийских земель – автономий с высоким уровнем полномочий.

Ключевые слова: конституция, государственное устройство, федерация, органы государственной власти, автономия.

The article deals with a historico-legal overview of state structure of Austria; cotemporary system of federal organs of state power and status of states of Austria – autonomies with a high level of authority.

Key words: constitution, state structure, federation, organs of state power, autonomy.

Конституційне законодавство сучасних держав Європи продовжує традиції, що були закладені з часів буржуазних революцій XVIII–XIX ст. – для децентралізації влади та регулювання міжнародних відносин надавати окремим складовим частинам держави статус автономій різних видів, у тому числі автономій з високим рівнем повноважень.

У зв'язку з цим, великий інтерес викликає досвід європейських країн у розв'язанні проблеми взаємовідносин держави як єдиного цілого з її різними складовими частинами: суб'єктами федерації у федеративних державах.

Метою даної статті є узагальнення досвіду державного будівництва в одній із федеративних країн Західної Європи – Австрії. Вибір теми обумовлений тим, що хоча окремі питання конституційного права Австрії висвітлювалися у науковій літературі, зокрема у працях А. Автономова, М. Баглая, А. Георгіци, Д. Златопольського, Ж.-П. Жакке, В. Маклакова, В. Ріяки, Б. Страшуна, В. Чиркіна, В. Шаповала, Ю. Шемшученка та ін., однак в історико-правовому аспекті статус автономних утворень цієї держави докладно не досліджувався.

Сучасна Австрія належить до європейських держав з багатовіковою історією. Уже в перші сторіччя нашої ери значна частина її нинішньої території входила до складу Давньоримської імперії на правах провінції. У

1156 р. у межах сучасної території однієї із земель країни – Нижньої Австрії було утворено герцогство Австрія.

У роки правління Габсбургів (з 1282 р.) Австрія відігравала важливу роль у союзі німецьких держав – Священній Римській імперії. Її монархи іноді водночас були й імператорами Римської імперії. З XVI ст. Австрія стає політичним центром багатонаціональної монархії, до якої входили народи багатьох територій Центральної та Південно-Східної Європи.

З середини XVIII ст. у деяких європейських державах настанала епоха так званого освіченого абсолютизму, найбільшими виразниками якого були в Пруссії Фрідріх II, а в Австрії – Йосиф II.

Політика "освіченого абсолютизму" – це, власне, спроба пристосувати певною мірою державний лад абсолютної монархії до потреб нового класу, що розвивався, – буржуазії. Завданням цієї політики було збереження абсолютизму і станового ладу, що базувався на верховенстві дворянства, водночас, проводячи реформи, які могли б примирити обидва пануючі класи.

Йосиф II поставив за мету перетворити землі, які входили до складу Австро-Угорської монархії, в централізовану державу, управління якою здійснював би бюрократичний апарат чиновників. Реформи Йосифа II викликали сильний спротив серед дворянства і

духовенства. Тому незадовго до своєї смерті (1790 р.) він відмінив майже всі свої нововведення, крім проголошення віротерпимості та звільнення селян від кріпосної залежності [1, с. 211-212].

Після наполеонівських війн, з яких Австрія територіально вийшла майже без змін, відбувається подальше формування і закріплення численних державних формувань під австрійською короною. У 1804 р. у зв'язку з передбачуваним припиненням існування "Священної Римської імперії німецької нації" Франц II (який, до речі, став Францом I) оголосив себе імператором Австрії і з того часу до цієї імперії увійшло близько 20 різних земель, які при цьому зберегли свої старовинні назви королівств, герцогств, князівств тощо. Основним поділом цього нагромадження земель був поділ на коронні землі австрійські та угорські.

До австрійських належали Нижня та Верхня Австрія, Зальцбург, Штирія, Каринтія, Крайна, Берегова земля, Тироль, Форарльберг, Чехія (яку називали ще Богемією), Моравія, Силезія, Галичина, Буковина, Далмація, а також Ломбардія та деякі інші італійські землі. Лише небагато з цих регіонів були чисто німецькі, в інших значну частину становили слов'янські і частково романські народи [2, с. 105].

До угорських земель належали Угорщина, Трансильванія, Хорватія і Славонія. Угорців на цих землях було менше половини. Решту становили словаки, українці, румуни, італійці, серби, німці. З усіх національностей лише угорці в Угорщині мали своє політичне самоврядування. У решті провінцій існували обласні збори – сейми, що являли собою представництва дворянського типу, які займалися переважно вирішенням поточних господарських справ. Фактична ж влада була зосереджена в руках представників центрального уряду.

Наростаючі внутрішні соціальні й міжнаціональні суперечності змусили правлячі кола Австрії шукати виходу із становища, що склалося. 4 березня 1849 р. була оприлюднена розроблена урядом конституція, згідно з якою усі нації в державі урівнювалися щодо підпорядкування верховній владі. Передбачалося утворення двопалатного парламенту, у якому завдяки високому майновому цензу панівне становище у нижній палаті мала зайняти верхівка буржуазії, а у верхній палаті забезпечувалося панування великих землевласників. Однак у кінці 1851 р. ця конституція була відмінена імператорським указом.

У кінці 60-х років XIX ст. після невдалих війн з Італією та Пруссією над Австрією нависла загроза втрати державної самостійності. У цих умовах правлячим колам Австрії потрібно було насамперед розв'язати внутрішній конфлікт з найсильнішою частиною імперії – Угорщиною.

У 1867 р. обидві конфліктуючі сторони уклали угоду, яка перетворила Австрію і Угорщину на дві окремі держави, які однак мали деякі спільні державні інститути. Обидві держави одержали спільного монарха, який був імператором Австрії і королем Угорщини і таким чином об'єднував у своїй особі обидві частини двоєдиної імперії [3, с. 316].

Угорщина отримала право на свої законодавчі органи, на свій уряд. Загальні справи Австрії і Угорщини мали вирішуватися за допомогою делегацій від їх представницьких органів, які скликалися щорічно.

Уряд Австрії надавав також певні незначні права щодо управління місцевими справами Чехії та іншим національним регіонам. У столиці імперії став функціонувати двопалатний "парламент".

Угорщина повністю поглинула Трансильванію, але надала статус автономії Хорватії.

Перша світова війна пришвидшила внутрішні процеси державно-політичного розпаду Австро-Угорської імперії, яка зберігала незмінний державний лад у вигляді напівабсолютної монархії з 1867 р.

Виступ Угорщини у світовій війні на боці Троїстого союзу (разом з Німеччиною) та значні військові витрати Австрії призвели до масових революційних виступів у країні (жовтень-листопад 1918 р.). У результаті цих подій було повалено монархію Габсбургів і проголошено республіку (12 листопада 1918 р.). Одночасно з падінням централізованої монархії відбулося дробіння єдиної держави, у якій, як уже відзначалося, більшість населення становили слов'янські народи. Національні суперечності стали додатковим стрижнем для відродження ними власної державності. У жовтні 1918 р. Національні збори проголосили самовизначення Чехії і Словаччини, у листопаді 1918 р. – Народне віче південнослов'янських народів задекларувало їх повне відокремлення від імперії і приєднання до Сербії, яка поновила свою незалежність. У цей же час повну самостійність проголосила і Угорська республіка [4, с. 303-304].

Австрія остаточно конституїувалася в окрему державу після прийняття парламентом 10 листопада 1920 р. Федерального конституційного закону. За Сен-Жерменським мирним договором 1919 р. до складу Австрії увійшли головним чином корінні австрійські землі. Пізніше, у 1921 р., до неї була приєднана частина західної Угорщини (провінція Бургенланд) з переважним австрійським населенням. Так оформилися територіальні кордони сучасної Австрії. Але з 1934 р. в Австрії посилюються антидемократизм політичного режиму та паннімецькі настрої у значній частині населення. На цьому тлі нацистська Німеччина здійснила 11–13 березня 1938 р. окупацію і насильницьке приєднання країни до Третього рейху, подаючи це, як "возз'єднання двох споріднених народів". У 1938 р. Австрія як незалежна держава зникає з карти світу і перетворюється у звичайну німецьку провінцію – "Східну марку". У 1939–1940 рр. вона розпалася на сім імперських областей на чолі з намісниками гітлерівської влади, кожна з яких безпосередньо підпорядковувалася імперському урядові Третього рейху.

Перемога над гітлерівською Німеччиною у Другій світовій війні надала можливість викоринити фашизм, відродити демократичний конституційний лад та державну цілісність Австрії. Ці процеси проходили під окупаційним контролем урядів Великобританії, СРСР, США і Франції. 27 квітня 1945 р. був сформований Тимчасовий уряд Австрії, також проведені вибори до Національної ради (нижньої палати Федеральних зборів). Пізніше Федеральні збори обрали Федерального президента, який призначив Федерального канцлера. Був сформований і постійний уряд.

Окупаційний режим зберігався протягом десяти років. СРСР настоював на тому, щоб виведення союзних військ з австрійських територій було поставлено в залежність від взяття Австрією зобов'язань щодо державного нейтралітету. 15 травня 1955 р. представниками чотирьох союзних держав та Австрії був підписаний Державний договір про відновлення незалежної і демократичної Австрії. 26 жовтня 1955 р. після виводу з Австрії усіх окупаційних військ Національна рада (нижня палата парламенту) схвалила Федеральний конституційний закон "Про нейтралітет Австрії", який вважається складовою частиною Конституції країни [5].

Ці обидва документи тісно пов'язані в політичному та історичному аспектах, оскільки в них відображено підсумки Другої світової війни, основні демократичні досягнення післявоєнної Австрії та зобов'язання авст-

рійської держави і народу перед міжнародним співтовариством. Зокрема, Державний договір передбачав заборону політичного або економічного об'єднання Австрії з Німеччиною; визнав права людини, права словенської та хорватської меншин та демократичних установ; підтвердив дію закону про Габсбургів 1919 р., за яким була здійснена експропріація майна будинку Габсбургів-Лотарингів і дозволялося проживання в країні лише тих членів імперської династії, які відмовилися від своїх привілеїв. А Федеральний закон "Про нейтралітет Австрії" закріпив положення про те, що Австрія ніколи не вступатиме у будь-які військові союзи і не допустить утворення на своїй території військових баз іноземних держав [6, с. 117].

У 1955 р. після здобуття повної незалежності Австрія активізувала міжнародне співробітництво. Так, з 15 грудня 1955 р. вона стає членом ООН, з 16 квітня 1956 р. – членом Ради Європи, з 1960 р. – членом Європейської асоціації вільної торгівлі (ЄАВТ), а з 1 січня 1995 р. – після проведеного загальнодержавного референдуму стає членом Європейського Союзу [7]. Під час проведення 12 червня 1994 р. референдуму 66,58% виборців проголосували за вступ Австрії до Європейського Союзу.

Основу конституційного законодавства Австрії становить Федеральний конституційний закон, який був прийнятий Конституційними Національними зборами 1 жовтня 1920 р. (набув чинності з 10 листопада 1920 р.). Цей закон (конституція) був суттєво змінений 7 грудня 1929 р. (зміни торкалися, головним чином, посилення виконавчої влади), і з того часу відомий як Федеральний конституційний закон 1920 р. (у редакції 1929 р.). Дія його перервалася в 1934–1945 рр. у зв'язку із встановленням нацистського режиму та втратою Австрією державного суверенітету. З травня по грудень 1945 р. діяла тимчасова Конституція Австрії, а в кінці грудня 1945 р. дію Федерального Конституційного закону 1920 р. було поновлено.

Важливе місце в системі конституційного законодавства Австрії належить конституційним та звичайним законам, які містять конституційні положення, а також спеціальним федеральним конституційним законам. Приписи останніх можуть включатися до тексту Основного Федерального конституційного закону 1920 р. (у редакції 1929 р.). Такими спеціальними конституційними законами є, наприклад, Федеральний конституційний закон про вступ Австрії до Європейського Союзу, який набув чинності після 9 вересня 1994 р. [6, с. 115] та Федеральний конституційний закон про укладення Амстердамського договору, який набув чинності 12 травня 1998 р. [8]. Вони і визначають стратегію розвитку Австрії на початку XXI ст.

За формою державного правління Австрія є парламентською республікою. Система федеральних органів державної влади є типовою для більшості європейських парламентських республік.

Відповідно до ст. 24 Конституції Австрійської Республіки, законодавча влада Федерації здійснюється Національною радою (нижньою палатою) разом із Федеральною радою (верхньою палатою), які разом і представляють Федеральні збори.

Главою держави є Федеральний президент, який з 1945 р. до 1957 р. обирався Федеральними зборами (Національною і Федеральною радами на спільному засіданні), а з 1957 р. – населенням країни на основі рівного, прямого виборчого права шляхом таємного голосування, яке здійснюється особисто (ч. 1 ст. 60 Конституції).

Хоча Федеральний президент обирається безпосередньо всенародно, він не має таких повноважень, які властиві президентам у президентських республіках.

Вище управління справами Федерації, якщо воно не передане Федеральному президентові, доручається здійснювати Федеральному канцлеру, віце-канцлеру та іншим федеральним міністрам. Вони разом утворюють Федеральний уряд, який очолює Федеральний канцлер (ст. 69 Конституції). Порядок формування уряду визначається ст. 70 Конституції, у якій передбачено, що Федеральний канцлер і за його пропозицією інші члени Федерального уряду призначаються Федеральним президентом з числа членів парламентських партій, які користуються довірою нижньої палати парламенту – Національної ради [6, с. 67].

Вищими органами виконавчої влади є Федеральний президент, федеральні міністри і державні секретарі, а також члени уряду земель.

До органів судової влади належать Адміністративний і Конституційний суди, які здійснюють контроль за додержанням органами влади Конституції та законності. Важливим органом у системі центральних державних органів Австрії є Рахункова палата, яка контролює фінансову дисципліну державних органів та інших організацій публічного права.

За формою державного устрою Австрія є федеративною державою, до складу якої входять дев'ять самостійних земель: Бургенланд, Каринтія, Нижня Австрія, Верхня Австрія, Зальцбург, Штирія, Тироль, Форарльберг, Відень (столиця Австрії, яка статус землі).

Конституція гарантує територіальну цілісність країни. Зміна території Федерації, яка є водночас зміною території однієї із земель, а також зміна кордонів однієї із земель всередині території Федерації може здійснюватися, крім випадків укладення мирних договорів, лише на підставі ідентичних конституційних законів Федерації і тієї землі, територія якої змінюється.

Австрійська федерація не містить національно-етнічного підґрунтя. Етнічна територія австрійців майже повністю збігається з державними кордонами.

Державною мовою в Австрії є німецька мова, нею користуються близько 99% населення. Лише кілька десятків тисяч представників національних меншин – словенців, хорватів, угорців, чехів, словаків та ін. користуються своєю рідною мовою. Їхні права захищаються федеральним законодавством [6, с. 19]. Слід однак відзначити, що переважна більшість австрійців розмовляють на верхньонімецьких діалектах (нижньоалеманському, середньобаварському та нижньобаварському), які суттєво відрізняються від літературної німецької мови. У свою чергу літературна німецька мова в Австрії під впливом місцевих говірок децю відрізняється від літературної мови в Німеччині [9, с. 191].

Якщо характеризувати федерацію Австрії з огляду на шляхи її утворення, то, на нашу думку, вона була сформована не на основі договору, а на основі конституції, а австрійські землі слід вважати автономіями з високим рівнем повноважень. Як відзначає П. Пернталер, федерація і землі є своєрідними історично-політичними утвореннями, які сформовані австрійським народом і народами земель на основі загальнонаціонального права і права кожного народу на самовизначення [10, с. 120].

Відповідно до ст. 95 Конституції, законодавча влада земель здійснюється Ландтагами, члени яких обираються громадянами землі за пропорційною системою на основі рівного, прямого виборчого права шляхом таємного голосування. Усі законодавчі рішення Ландтагу відразу ж після їх прийняття і до опублікування мають бути узгоджені губернатором землі з Урядом фе-

дерації через Відомство Федерального канцлера. Федеральний уряд має право заявити обґрунтоване заперечення проти законодавчого рішення, якщо воно може завдати шкоди інтересам Федерації.

Земля, як суб'єкт федерації, наділяється також установчою владою, тобто їй надається право мати власну конституцію, яка приймається у формі конституційного закону землі, змінюється також конституційним законом землі, якщо при цьому не порушується Федеральна Конституція.

Право розпуску Ландтагу належить Федеральному президентові за поданням Федерального уряду і за згодою Федеральної ради.

Виконавча влада кожної землі здійснюється урядом землі, який обирається Ландтагом. Уряд складається із губернатора землі, який представляє землю, необхідної кількості заступників та інших членів.

У статті 102 Конституції передбачено встановлення двох видів федерального управління: прямого і непрямого. Федерація здійснює свою виконавчу владу в землях, за винятком випадків, коли вона має тут власні федеральні органи (пряме федеральне управління), через губернатора землі та підпорядковані йому органи землі (непряме федеральне управління). З питань, що відносяться до непрямого федерального управління, губернатор землі керується вказівками Федерального уряду, а також окремих федеральних міністрів і зобов'язаний забезпечувати реалізацію цих вказівок, застосовуючи ті ж самі засоби, якими він користується як орган, що діє у сфері власної конституції.

Конституційне здійснення законодавчої та виконавчої влади в землях не є властивим для конституцій децентралізованих федерацій, в яких система органів державної влади суб'єктів федерації віднесена безпосередньо до їх компетенції.

На відміну від суб'єктів інших федерацій, землі в Австрії не мають власних органів судової влади, служб радіо і телебачення, не регулюють діяльність університетів. Водночас забезпечення законності всього державного управління покладено на адміністративні сенати в землях та Адміністративний суд.

Незалежні адміністративні сенати складаються із голови, його заступника та певної кількості інших членів. Члени сенатів призначаються урядом землі на строк не менший шести років.

Обмеження автономії земель найбільш чітко виявляється у розмежуванні предметів відання і повноважень між Федерацією та землями.

Конституція чітко і докладно визначає питання, які відносяться до виключного відання Федерації у сфері законодавства та виконавчої діяльності (ст. 10); питання, з яких законодавство належить до відання Федерації, а виконавча діяльність – до відання земель (ст. 11) і, нарешті, питання, з яких Федерація встановлює загальні принципи законодавства, а землі видають конкретизуючі закони і здійснюють виконавчу діяльність (ст. 12). Окремо визначаються розмежування у сфері податків, загальної й професійної освіти (ст. ст. 13, 14, 14а). Залишкова компетенція в галузі законодавчої або виконавчої діяльності, яка не відноситься до компетенції Федерації, є сферою власної компетенції земель (ч. 1 ст. 15). Федерація і землі можуть укладати між собою угоди з питань своєї компетенції. Право на укладання таких угод надається від імені Федерації, залежно від їх предмета, Федеральному уряду або федеральним міністрам. Угоди земель між собою можуть торкатися лише питань, які відносяться до їх власної компетенції. Про їх укладання потрібно повідомляти Федеральний уряд.

Стаття 16 Конституції Австрійської Республіки дозволяє землям з питань власного відання укладати державні договори з прикордонними з Австрією державами або їх складовими частинами. Але повноваження щодо ведення переговорів і укладання державного договору надаються Федеральному президенту за пропозицією уряду землі і за умови підписання його губернатором землі.

Отже, законодавча діяльність в Австрії більшою мірою належить Федерації, а виконання федеральних законів покладається на землі. До законодавчих функцій земель віднесено, головним чином, регулювання окремих питань місцевого господарства, освіти і культури.

Кожна земля поділяється на громади. Громада є територіальною одиницею з правом самоврядування і одночасно адміністративною одиницею. Конституція в ч. 3. ст. 116 визначає, що громаді з населенням не менше ніж 20 тис. жителів може бути наданий самостійний статус (міський правовий статус). Він надається за поданням громади законом землі і не може завдати шкоди її інтересам. Законодавче рішення про надання самостійного статусу громаді може бути оприлюднене після згоди Федерального уряду. Для виконання прямих завдань у сфері власної компетенції громади можуть об'єднуватися на основі угоди в союзи громад. Така угода потребує дозволу наглядового органу.

До системи органів громади належать: 1) рада громади, яка є представницьким органом і обирається за пропорційною системою на основі рівного, прямого виборчого права шляхом таємного голосування; 2) правління громади (міська рада), а в містах, що мають самостійний статус – міський сенат; 3) бургомістр, який обирається радою громади (ст. 117 Конституції). Сферу компетенції громади складають її власні повноваження і повноваження, які передані їй Федерацією або урядом землі.

Федерація і землі здійснюють нагляд за дотриманням громадою законів і постанов у ході виконавчої діяльності у сфері власної компетенції, окреме стежать за тим, чи не виходить громада за межі своєї компетенції і чи виконує завдання, покладені на неї законом. Крім того, земля має право перевіряти фінансову діяльність громади з огляду на її економічність, рентабельність і доцільність.

Об'єднання місцевих громад у територіальні громади, їх устрій на підставі самоврядування та встановлення інших принципів організації загального державного управління в землях є предметом регулювання федерального конституційного законодавства. Конкретизація цих законів здійснюється через законодавство земель.

Необхідно звернути увагу і на особливості організації контролю за дотриманням законодавства органами державної влади Австрії. Конституція покладає на Конституційний суд як орган конституційної юрисдикції обов'язок розглядати усі майново-правові вимоги, які пред'являються до Федерації, земель, районів, громад та союзів громад, що не підлягають ні вирішенню у звичайному судовому порядку, ні виконанню шляхом прийняття рішення органом управління (ст. 137) [6, с. 98].

Контроль за фінансовою діяльністю Федерації, земель, союзів громад, громад та інших встановлених законом суб'єктів права здійснює Рахункова палата, яка підпорядкована безпосередньо Національній раді і незалежна від Федерального уряду, урядів земель і діє на підставі закону.

Підсумовуючи викладене, можна зробити такі узагальнюючі характеристики: Австрія є демократичною, парламентською республікою, побудованою на принципах розподілу влади. За формою державного устрою – федерація з елементами централізації. Землі як суб'єкти федерації мають юридичну і визначену політичну

автономію, хоча помітні і чисто формальні ознаки їх державного статусу.

Водночас простежується стійка тенденція уніфікації державного устрою країни, особливо це стосується розмежування предметів відання та повноважень між федерацією та землями. Переваги федерального рівня влади виявляються насамперед у сфері зовнішньої політики.

Принципи децентралізації і централізації в Австрійській республіці слід розглядати як інструмент конституційно-правового регулювання взаємовідносин різних рівнів влади. До основних цінностей, на яких базуються ці принципи, можна віднести сильну державність, гарантії територіальної цілісності, захист інтересів народу, поєднання демократичних процедур та інститутів з ефективним управлінням державою.

Для підтримання балансу відносин між різними рівнями державної влади в Конституції Австрії передбачені як можливості контролю центральних органів за діяльністю суб'єктів федерації – земель, так і способи уча-

сті суб'єктів федерації у вирішенні загальнофедеральних питань.

1. Митрофанов П. П. Политическая деятельность Йосифа II, ее сторонники и враги (1780-1790) / П. П. Митрофанов. – СПб. : типогр. И.Н. Скороходова, 1907. – 784 с. 2. Митрофанов П. П. История Австрии (с древнейших времен до 1792 года) [4.1]. / П. П. Митрофанов. – СПб. : изд. Блокгауз-Ефрон, 1910. – 158 с. 3. Черниловский З. М. Всеобщая история государства и права (история государства и права зарубежных стран) / З. М. Черниловский : учеб. – М. : Высш. шк., 1983. – 656 с. 4. Омельченко О. А. Всеобщая история государства и права / О. А. Омельченко : учеб. в 2 т. – М. : Остожье, 1998. – [Т. 2]. – 448 с. 5. Bundesverfassungsgesetz vom 26. Oktober 1955 über die Neutralität Österreichs. Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich vom 4. November 1955. 6. Конституции государств Европы : [в 3 т. / под ред. Л. А. Окунькова]. – М. : Изд-во НОРМА, 2001. – [Т. 1]. – 824 с. 7. Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich. – Wien, 1994. – S. 744. 8. Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich. – Wien, 1998. – S. 76. 9. Брук С. И. Население мира. Этнодемографический справочник / С. И. Брук. – М. : Наука. – 1986. – 832 с. 10. Пернталер П. Проблемы федеральных отношений в Австрии / П. Пернталер // Государство и право. – 1994. – № 3. – С. 120–133.

Надійшла до редколегії 27.06.11

О. Захарова, канд. юрид. наук, доц., О. Грабовська, канд. юрид. наук, доц.

ПРОБЛЕМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПОЗОВУ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

У статті досліджуються проблеми забезпечення позову до ухвалення судового рішення.

Ключові слова: забезпечення позову, виконання ухвали про забезпечення позову, проникнення до житла.

В статье исследуются проблемы обеспечения иска до вынесения судебного решения.

Ключевые слова: обеспечение иска, исполнение постановления об обеспечении иска, проникновение в жилище.

The article examines the problems of the claim to adjudication.

Keywords: injunctive relief, the implementation of the statements of claim, into a dwelling.

Метою цивільного судочинства є захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, юридичних осіб а також інтересів держави, реалізувати яку можна лише у випадку справедливого, неупередженого та своєчасного розгляду і вирішення цивільної справи, ухвалення законного та обґрунтованого судового рішення. Однак не завжди ухвалене судом рішення може бути реально виконане внаслідок вжиття учасниками процесу відповідних заходів, зокрема, приховування майна, зняття грошових сум з рахунків тощо. У разі виникнення таких припущень заінтересована особа має право звернутися до суду з заявою про забезпечення позову в порядку, визначеному ст. ст. 151-153 Цивільного процесуального Кодексу України (далі – ЦПК України).

Беручи до уваги відповідні положення ЦПК України, Закону України "Про виконавче провадження" можна зробити висновок, що забезпечення позову у цивільному процесі – це вжиття судом заходів, спрямованих на захист інтересів осіб, які беруть участь у справах позовного провадження, у разі припущення неможливості виконання судового рішення внаслідок певних дій учасників процесу. Причому такі заходи можуть вживатися як після відкриття провадження у справі, так і до подання позову до суду, тобто іще тоді, коли як такого провадження у суді не виникло. Проте при реалізації інституту забезпечення позову, а отже, й відповідних положень законодавства України, які його регулюють, часто виникає чимало проблемних питань, що пов'язані із розумінням юридичної природи даного правового явища. Більше того, проблеми забезпечення позову у цивільному процесі стають предметом конституційного звернення, зокрема, у 2011 році до Конституційного Суду України звернулася гр. С. щодо офіційного тлумачення положень ч. 1 ст. 376 ЦПК України у взаємозв'язку зі ст. ст. 151, 152, 153 цього кодексу.

Зміст конституційного звернення суб'єкта права на конституційне звернення гр. С. полягає у наступному: 12 травня 2010 р. Дергачівський районний суд Харківської області своєю ухвалою, залишеною без змін ухвалою Апеляційного суду Харківської області, задовольнив подання державного виконавця про примусове проникнення до житла гр. С. для виконання ухвали того ж суду від 05 травня 2010 року про забезпечення позову. При цьому справа по суті позовних вимог судом ще не розглянута.

Гр. С. вважає, що такими діями було порушено конституційне право на недоторканість житла: незважаючи на відсутність судового рішення, яким закінчується розгляд справи, керуючись лише припущенням про наявність підстав для задоволення позову, суд надав дозвіл державному виконавцю на примусове проникнення до житла особи, яка навіть ще не є боржником у розумінні Закону України "Про виконавче провадження". На цій підставі державні виконавці у присутності міліції провели виконавчі дії з проникненням до житла, чим порушили право на недоторканість житла, гарантоване ч. 1 ст. 30 Конституції України.

Суб'єкт конституційного звернення гр. С. також зазначає, що по – іншому застосував ч. 1 ст. 376 ЦПК України Апеляційний суд Харківської області при вирішенні подібної справи. Так 08 грудня 2009 р. ухвалою судової колегії судової палати у цивільних справах було скасовано ухвалу Дзержинського районного суду м. Харкова від 28 вересня 2009 року, яким суд задовольнив подання державного виконавця про примусове проникнення до житла боржника для виконання ухвали про забезпечення позову (справа № 22-ц-5646/2009). В обґрунтування свого рішення суд апеляційної інстанції зазначив наступне: відповідно до ст. 11 Закону № 606-XIV "Про виконавче провадження", боржником є фізична або юридична особа, яка зобов'язана за рішенням вчинити певні дії (передати майно, виконати

інші обов'язки, передбачені рішенням) або утриматися від їх виконання.

Зі змісту ч. 1 ст. 376 ЦПК України вбачається, що дана норма розташована в розділі VI ЦПК, який регулює питання, пов'язані з виконанням судових рішень та регулює питання про примусове проникнення до житла боржника – фізичної особи, при виконанні рішень суду.

Таким чином, на думку гр. С. боржником є особа, яка за рішенням суду зобов'язана вчинити на користь іншої особи певні дії, або утриматися від виконання певних дій. На момент прийняття судом ухвали про примусове проникнення справа по суті позовних вимог ще не розглянута, рішення не приймалось. Ухвала суду про забезпечення позову не є підставою для визначення відповідача боржником по справі, оскільки не містить цивільно-правових обов'язків відносно відповідача – обов'язку передати майно, виконати інші обов'язки, передбачені рішенням на користь відповідача.

За таких обставин правові підстави для задоволення подання про примусове проникнення до приміщення боржника, на думку Апеляційного суду Харківської області, були відсутні.

Таким чином, суди загальної юрисдикції по-різному застосовують ч. 1 ст. 376 ЦПК України: в одних випадках суди задовольняють подання державного виконавця про примусове проникнення до житла при виконанні ухвали про забезпечення позову, в інших – відмовляють у задоволенні такого подання, вважаючи, що в контексті цієї статті йдеться про виконання судового рішення, яким закінчується розгляд справи, а отже виконання ухвали суду про забезпечення позову не може бути підставою для задоволення подання про примусове проникнення до житла.

Гр. С. вважає і зазначає про це у конституційному зверненні, що у фразі "при виконанні судових рішень", що міститься в ч. 1 ст. 376 ЦПК України, під "судовим рішенням" слід розуміти саме рішення, яким закінчується розгляд справи, тобто "рішення суду", передбачені ч. 3 ст. 208 ЦПК України. Підставою такої позиції є розташування ст. 376 ЦПК України в розділі VI "Процесуальні питання, пов'язані з виконанням судових рішень у цивільних справах та рішень інших органів (посадових осіб)" ЦПК України. Відповідно, задоволення подання державного виконавця про примусове проникнення до житла можливо лише за наявності рішення суду, яким закінчено судовий розгляд справи.

Виконання ухвали суду про забезпечення позову шляхом проникнення до житла відповідача у цивільній справі за відсутності рішення суду, яким закінчено судовий розгляд, суперечить ст. 30 Конституції України: конституційне право громадянина на недоторканість житла порушується в такому разі лише на підставі припущення, що нежиття заходів забезпечення позову утруднить чи зробить неможливим виконання рішення суду, яке можливо буде прийняте у майбутньому. Така ситуація не відповідає задекларованому в ст. 3 Конституції України головному обов'язку держави – утвердження та забезпечення прав і свобод людини.

Крім того, як вважає С., суб'єктом правовідносин, які регулюються ст. 376 ЦПК України, є саме "боржник" – особа, яка зобов'язана за рішенням суду вчинити певні дії (передати майно, виконати інші обов'язки, передбачені рішенням) або утриматися від їх виконання (ст. 11 ЗУ "Про виконавче провадження"). Очевидно, що відповідач у цивільній справі не може вважатися боржником до прийняття судом рішення, яким закінчується розгляд справи. За таких обставин, задоволення судом подання державного виконавця про примусове проникнення до житла особи, щодо якої вжито заходів забез-

печення позову, просто неможливе до прийняття рішення по суті позовних вимог.

Враховуючи наведені приклади судових рішень, де за юридично однакових обставин у справах однієї і тієї ж категорії положення ч. 1 ст. 376 ЦПК України застосовуються по-різному, С. припускає, що при розгляді її справи іншим судом було б прийнято рішення на її користь.

Таким чином, зі змісту конституційного звернення гр. С. вбачається посилення на неоднакове застосування судами цивільної юрисдикції положень частини 1 статті 376 ЦПК України, а саме: в одному випадку суд задовольнив подання державного виконавця про примусове проникнення до житла при виконанні ухвали про забезпечення позову, в іншому випадку – відмовив, вважаючи, що в частині 1 статті 376 ЦПК України йдеться про виконання судового рішення, яким завершується розгляд справи по суті. У підсумку ставиться під сумнів наявність правових підстав або правового механізму за законодавством України щодо проникнення до житла для виконання ухвали суду про забезпечення позову.

Що стосується меж застосування положень ч. 1 ст. 376 ЦПК в контексті конституційного звернення необхідно зазначити:

1. Пошук відповіді на це питання втрачає сенс з огляду на застереження законодавця, викладеного в частині 9 ст. 153 ЦПК: "Ухвала про забезпечення позову виконується негайно в порядку, встановленому для виконання судових рішень...". Інакше кажучи, ЦПК не передбачає іншого механізму виконання ухвали суду про забезпечення позову ніж той, що визначений у розділі VI ЦПК – "Процесуальні питання, пов'язані з виконанням судових рішень у цивільних справах та рішень інших органів (посадових осіб)".

За таких обставин необхідно зробити й інший висновок, а саме: коли у ЦПК визначено правовий механізм вирішення питання про примусове проникнення до житла чи іншого володіння особи (ст. 376 ЦПК), державні виконавці зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

2. Дійсно, згідно ст. 30 Конституції України, кожному гарантується недоторканість житла, не допускається проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше як за вмотивованим рішенням суду. У невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину, можливий інший, встановлений законом, порядок проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку.

Отже, гарантії, зосереджені у ч. 1 ст. 30 Конституції не є абсолютними, а вмотивоване рішення суду є підставою проникнення до житла чи до іншого володіння особи.

Чи є ухвала про забезпечення позову, в якій, згідно п. 5 ст. 153 ЦПК, суд зазначає вид забезпечення позову і підстави його обрання, порядок виконання, розмір застави, якщо вона призначена, вмотивованим рішенням суду? Так, згідно ст. 208 ЦПК ухвала суду є видом судових рішень, в якому вирішується питання, пов'язане з заявою особи, яка бере участь у справі, про забезпечення позову. Отже, положення ст. 30 Конституції України порушено судом не було.

3. Відповідно до п. 2 ст. 17 Закону України "Про виконавче провадження" ухвали судів у цивільних справах є виконавчими документами, які підлягають примусовому виконанню державною виконавчою службою.

Таким чином, й ухвала суду про забезпечення позову є саме виконавчим документом, який, як вже зазна-

чалось вище, згідно ч. 9 ст. 153 ЦПК виконується негайно, тобто одразу після постановлення ухвали судом.

4. Відсутність рішення суду по суті справи не є перешкодою для вжиття судом заходів по забезпеченню позову.

Згідно п. 3 ст. 151 ЦПК України забезпечення позову допускається на будь-якій стадії розгляду справи, якщо невжиття заходів забезпечення може утруднити чи зробити неможливим виконання рішення суду. Більше того, п. п. 2, 3, 4 ст. 153 ЦПК України передбачено, що суд може вжити заходи по забезпеченню позову навіть до подання позовної заяви.

Отже, уявлення суб'єкта права на конституційне звернення гр. С про те, що суд не мав права надати державному виконавцю процесуальних документів, які дають право на проникнення до житла з метою виконання ухвали суду про забезпечення позову, поки "відсутнє судові рішення, яким закінчується розгляд справи", є хибним і необґрунтованим з точки зору закону.

5. Згідно п. 1 ст. 376 ЦПК України питання про примусове проникнення до житла чи іншого володіння боржника – фізичної особи або особи, у якій знаходиться майно боржника чи майно та кошти, належні боржникові від інших осіб, або дитина, щодо якої є виконавчий документ про її відібрання, при виконанні судових рішень та рішень інших органів (посадових осіб) вирішується судом за місцезнаходженням житла чи іншого володіння особи за поданням державного виконавця.

Таким чином, ч. 1 ст. 376 ЦПК України визначено підсудність заяв про забезпечення позовів або процесуальний порядок звернення з такими заявами. У зв'язку з цим виникає логічне питання: як співвідноситься п. 1 ст. 376 ЦПК із питанням, що ставиться суб'єктом конституційного звернення гр. С. і яке зводиться до наступного: тільки на підставі рішення суду по суті справи особа може бути визнана боржником, і, як наслідок, судом можуть бути вжиті заходи по забезпеченню позову?

Окрім того очевидно, що п. 1 ст. 376 ЦПК України викладений законодавцем виключно відповідно до ст. 30 Конституції України, тому вважати, що ч. 1 ст. 376 ЦПК України не відповідає ст. 30 Конституції України, підстав немає.

6. Що стосується посилання суб'єкта конституційного звернення на те, що державний виконавець проник до житла ще до того, як суд визнав у своєму рішенні гр. С. боржником у розумінні Закону України "Про виконавче провадження", з цього приводу слід зазначити наступне:

Згідно п. п. 1, 2 ст. 8 Закону України "Про виконавче провадження" в редакції від 04.11. 2010 р. боржник є стороною виконавчого провадження, нею може бути фізична або юридична особа, визначена виконавчим документом.

Зрозуміло, що лише суд може у своєму рішенні вказати хто є боржником і цей аспект (юридичний факт) зазначається у виконавчому документі.

У даному ж конституційному зверненні мова іде не про виконання судового рішення, яке ухвалюється внаслідок розгляду справи по суті і містить відповідь на заявлені вимоги та заперечення, а про забезпечення позову, тому говорити про те, що особа, щодо якої вживаються заходи забезпечення позову є боржником, необґрунтовано.

Підтвердженням цьому є й ст.ст. 151 – 155 ЦПК України, які регламентують процесуальний порядок забезпечення позову у цивільному судочинстві, але не апелюють таким поняттям як "боржник", а вказують на "особу, щодо якої вжито заходи забезпечення позову".

Враховуючи вищезазначене, слід визнати, що посилання гр. С. на те, що відсутність рішення, яким її визнано боржником, унеможливило забезпечення позову, є безпідставним.

Надійшла до редколегії 27.06.11

В. Шибіко, канд. юрид. наук, проф.

ЩОДО ПРИЗНАЧЕННЯ І ЗАВДАНЬ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА УКРАЇНИ

У статті обґрунтовується необхідність збереження і в новому КПК України формулювань призначення Кодексу і завдань кримінального судочинства, не замінюючи їх формулюванням призначення кримінального судочинства.

Ключові слова: призначення Кримінально – процесуального кодексу України, призначення і завдання кримінального судочинства України, права людини.

В статті обосновывается необходимость сохранения и в новом УПК Украины формулировок назначения Кодекса и задач уголовного судопроизводства, не заменяя их формулировкой назначения уголовного судопроизводства.

Ключевые слова: назначение Уголовно-процессуального кодекса Украины, назначение и задачи уголовного судопроизводства Украины, права человека.

The article substantiates the need for the preservation in the new Code of Criminal Procedure of Ukraine of the wordings "the purpose of the Code and tasks of criminal proceedings" without replacing them by the wording "the purpose of criminal proceedings".

Key words: purpose of the Code of Criminal Procedure of Ukraine, purpose and tasks of criminal proceedings of Ukraine, human rights.

Питання про призначення і завдання кримінального судочинства є досить актуальним для України з огляду на проголошення в Конституції 1996 року України правовою державою (ст. 1), людини, її життя і здоров'я, честі і гідності, недоторканності і безпеки – найвищою соціальною цінністю, утвердження і забезпечення прав і свобод людини – головним обов'язком держави (ст. 3). Ці зобов'язання держави мають особливе значення для кримінального процесу як сфери державної діяльності, пов'язаної з можливістю істотного обмеження прав особи, у т.ч. конституційних, зокрема на свободу і особисту недоторканність, недоторканність житла, таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції (ст. 29-31 Конституції України) як під час провадження у справі, так і за результатами такого

провадження ((за обвинувальним вироком суду). Причому заходи процесуального примусу можуть застосовуватись не лише до осіб, які викриваються у вчиненні злочину (підозрюваного, обвинуваченого, підсудного), але й до осіб, які мають статус потерпілого, свідка тощо.

Розглядаючи питання про призначення кримінального процесу, ми, в першу чергу, пов'язуємо його із захистом прав і законних інтересів особи. В умовах проголошення формування правової держави, відповідальності держави перед особою, це цілком виправдано. Проте призначення кримінального процесу не можна до цього зводити. Як слушно зазначає А.С. Барабаш, "кримінальний процес, у тій чи іншій формі, існував задовго до того, як члени суспільства усвідомили цінність прав людини і громадянина, а отже, він мав значення до і

© Шибіко В., 2011

поза виявленням. Воно як тоді, так і зараз, полягає в тому, що процес є необхідним для держави і суспільства як засіб, використовуючи який, стає можливим захистити загальні інтереси, уберегти суспільство від злочинних проявів" (1, с. 98). Це досягається тим, що держава покладає на свої спеціально створені органи, які зобов'язані у межах своєї компетенції порушити кримінальну справу в кожному випадку виявлення ознак злочину, обов'язок вжити всіх передбачених законом заходів до встановлення події злочину, осіб, винних у вчиненні злочину, і до їх покарання (ст. 4 КПК України). Забуваючи про це призначення, ми з одних крайнощів, притаманних радянському періоду розвитку кримінального процесу, коли превалювали державні інтереси при реалізації кримінально – процесуальної діяльності, впадаємо в інші, вбачаючи призначення кримінального процесу лише в дотриманні приватних інтересів. Кримінальний процес у радянський час був офіційним, і зараз не стає і не може стати приватним. Справа законодавця не вирізняти одне призначення за рахунок іншого, а знайти між ними розумний баланс, який і зробить процес по-справжньому публічним.

Ці моменти намагався врахувати законодавець Російської Федерації у новому КПК РФ 2001 р. Проте він відмовився від поняття завдань кримінального процесу (кримінального судочинства), замінивши його іншим поняттям – призначення кримінального судочинства. Згідно з ст. 6 Кодексу кримінальне судочинство має своїм призначенням: 1) захист прав і законних інтересів осіб і організацій, що потерпіли від злочинів; 2) захист особи від незаконного і необґрунтованого обвинувачення, засудження, обмеження її прав і свобод. Кримінальне переслідування і призначення винним справедливого покарання тією самою мірою відповідають призначенню кримінального судочинства, що і відмова від кримінального переслідування невинуватих, звільнення їх від покарання, реабілітація кожного, кого було необґрунтовано піддано кримінальному переслідуванню (2, с.4).

Судячи з наукових публікацій російських процесуалістів, така заміна сприйнята досить неоднозначно – від схвалення позиції законодавця з легкою критикою окремих його положень до досить серйозної критики самого факту відмови від завдань кримінального судочинства. Так, К.Б. Калиновський, не ставлячи під сумнів відмову законодавця від завдань кримінального судочинства, наголошує на тому, що синонімом слова "призначення" є мета, отже, у ст. 6 КПК мова йде про мету судочинства, яка полягає тут у захисті прав і законних інтересів як потерпілих, так і осіб, незаконно і необґрунтовано обвинувачених у вчиненні злочину. Водночас він слушно зазначає неточність у формулюванні призначення кримінального судочинства в ч.2 ст.6 КПК, де йдеться про відмову від кримінального переслідування невинуватих і звільнення їх від покарання, адже невинуваті, – відповідно до ст. 302 КПК РФ. – підлягають виправданню і реабілітації, а не звільненню від покарання (3, с. 72-73). На думку К.Ф. Гуценка, заміна завдань кримінального судочинства призначенням кримінального судочинства потягла за собою і відмову від чіткого визначення загально соціальної спрямованості зусиль правоохоронних органів у сфері провадження у кримінальних справах (4, с. 14). " Відмова від закріплення в кримінально – процесуальному законі завдань кримінального судочинства є, на думку В.В. Вандишева, помилковим рішенням розробників його проекту, бо термін "призначення" за своїм змістом є ближчим до терміну "мета" (5, с. 4). "Кримінальний процес, – наголошує і В.І. Жажицький. – як складна соціально значуща діяльність не повинна залишатися без завдань, які яв-

ляють собою дуже важливу наукову і правову категорію і існують об'єктивно. Правоохоронна функція, виражена в ст. 5 КПК РФ, винятково важлива, і її слід вважати частиною загальних завдань кримінального процесу. Однак неправильним є те, що серед них не передбачено завдання повного і швидкого розкриття злочину. Таке положення суперечить логіці кримінально – процесуальної діяльності" (6, с. 24). Не можна не погодитися у зв'язку з цим з міркуваннями цього автора про те, що завдання будь-якого виду державної діяльності є найважливішою правовою категорією, яка обумовлює повноваження і правове становище суб'єктів діяльності, її принципи, а також засоби і способи успішного вирішення цих завдань. Істотним є також те, що саме завдання обумовлюють необхідність подальшого удосконалення російських законів, внесення до них відповідних змін і доповнень" (6, с.23).

Зазначимо, що ні Статут кримінального судочинства Російської імперії 1864 року (7), ні КПК УРСР 1922 року (8), ні КПК УРСР 1927 року (9) не передбачали положень про завдання кримінального судочинства. Вони з'явилися в Основах кримінального судочинства Союзу РСР і союзних республік 1958 року (10) і на їх основі – в КПК союзних республік, зокрема у ст. 2 КПК Української РСР (11). Так, згідно з ст. 2 Основ завданнями кримінального судочинства були визначені швидке і повне розкриття злочину, викриття винних і забезпечення правильного застосування закону з тим, щоб кожний, хто вчинив злочин, був підданий справедливому покаранню і жоден невинний не був притягнутий до кримінальної відповідальності і засуджений (ч.1). Кримінальне судочинство має сприяти зміцненню соціалістичної законності і правопорядку, запобіганню і викориненню злочинів, охороні інтересів суспільства, прав і свобод громадян, вихованню громадян у дусі неухильного додержання Конституції СРСР і радянських законів, поваги до прав соціалістичного співжиття (ч.2).

У 1992 році, вже в незалежній Україні, з ст. 2 КПК України ч.2 було вилучено, а ч.1 було доповнено на її початку таким першочерговим завданням кримінального судочинства, як " охорона прав та законних інтересів фізичних і юридичних осіб, які беруть в ньому участь". Чинним і на сьогодні офіційним формулюванням завдань кримінального судочинства залишилося наступне: "Завданнями кримінального судочинства є охорона прав і законних інтересів фізичних і юридичних осіб, які беруть в ньому участь, а також швидке і повне розкриття злочинів, викриття винних та забезпечення правильного застосування закону з тим, щоб кожний, хто вчинив злочин, був притягнутий до відповідальності і жоден невинний не був покараний".

По-різному, до визначення співвідношення призначення і завдань кримінального судочинства підійшли і розробники проектів нового КПК України. Так, Проект, ініційований народними депутатами України Мойсиком В.Р., Вернидубовим І.В., Ківаловим С.В. та Кармазіним Ю.А. (реєстраційний номер 1233 від 13.12.2007 р.) містить у ст. 2 завдання кримінального провадження. Проект Національної комісії зі зміцнення демократії і утвердження верховенства права не має статті(статей) про завдання кримінального судочинства(провадження). Натомість у ст. 1 цього проекту визначено призначення Кримінального процесуального кодексу України, яке полягає в тому, що він встановлює порядок кримінального (досудового і судового) провадження щодо кримінальних правопорушень (кримінальних проступків і злочинів) та інших діянь, передбачених законом України про кримінальну відповідальність (12, с.13). Все ж видається, що більш виважено підійшла до вирішення

питання щодо необхідності закріплення у Кодексі завдань кримінального судочинства (кримінального провадження) робоча група з питань реформування кримінального судочинства, затверджена Указом Президента України від 17 серпня 2010 року №820/2010, яка у проекті нового КПК України у редакції від 30 квітня 2011 року визначила і призначення КПК України, який має встановлювати порядок кримінального (досудового і судового) провадження щодо кримінальних правопорушень (кримінальних проступків і злочинів) та інших діянь, передбачених законом України про кримінальну відповідальність (ст. 2 проекту Кодексу), і завдання кримінального провадження. Згідно з ст. 3 проекту Кодексу завданнями кримінального провадження є захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного і об'єктивного розслідування з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений і жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу.

Таке поєднання (призначення Кримінального процесуального кодексу і завдань кримінального провадження) логічно впливає з тих основних нормативних документів, які визначають стратегію побудови кримінального провадження відповідно до тієї ролі, яку він має відігравати в державі. Це – Конституція України, міжнародно-правові акти у галузі прав людини і судочинства, офіційні концепції судово-правової реформи і реформування кримінального судочинства.

Так, згідно з Концепцією вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, схваленої Указом Президента України від 10 травня 2006 року №361/2006, кримінальне судочинство має своїм завданням встановлення винуватості особи у вчиненні кримінально – караного діяння; захист прав потерпілого та інтересів суспільства від злочинних посягань; справедливе застосування заходів кримінальної відповідальності; захист особи від необґрунтованого притягнення до кримінальної відповідальності, порушення її прав під час провадження дізнання і досудового слідства (розділ IV "Судочинство"). У Концепції реформування кримінальної юстиції України, затвердженій Указом Президента України від 8 квітня 2008 року №311/2008, наголошується на тому, що в основу реформування кримінальної юстиції мають бути покладені багатовікові традиції правотворення вітчизняного права, які пройшли перевірку часом і виправдані практикою, прогресивні інститути правових систем держав Європейського Союзу, норми міжнародного права. Серед інших принципів кримінальна юстиція має базуватися, зокрема, на поєднанні захисту прав особи і забезпечення публічних інтересів.

Як видається, суть питання про те, у чому полягає призначення кримінального судочинства, необхідно шукати у положеннях Конституції України і міжнародно-правових актів у галузі прав людини і судочинства, між якими є безпосередній зв'язок, котрий вбачається в наступному.

Згідно з ч.4 ст.55 Конституції України кожен має право після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна. Відповідно до ст. 1 Факультативного протоколу до Міжнародного пакту про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 року дер-

жава-учасниця Пакту, яка стала учасницею цього протоколу, визнає компетенцію Комітету приймати і розглядати повідомлення від осіб, які підпадають під його юрисдикцію і твердять, що вони є жертвами порушень державою якогось із прав, викладених у Пакті. У ст. 2 Протоколу наголошується, що за умови додержання положень статті 1 особи, які твердять, що якісь із прав, перелічених у Пакті, було порушене, і які вичерпали всі наявні внутрішні засоби правового захисту, можуть подавати на розгляд Комітету письмові повідомлення (13, с.58-59). Стаття 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, ратифікованої Законом України від 17 липня 1997 року (14), передбачає право на ефективний засіб юридичного захисту: кожен, чий права та свободи, визнані в цій Конвенції, було порушено, має право на ефективний засіб юридичного захисту в національному органі, навіть якщо таке порушення було вчинене особами, які здійснюють свої офіційні повноваження. Згідно з ч.1 ст. 35 Конвенції суд може брати справу до розгляду лише після того, як були вичерпані всі національні засоби юридичного захисту згідно із загальновизнаними принципами міжнародного права, впродовж шести місяців від дати постановлення остаточного рішення на національному рівні. Ці положення мають безпосереднє відношення і до сфери кримінального судочинства.

Таким чином, призначення кримінального судочинства полягає в тому, щоб забезпечити захист і реалізацію прав усіх учасників процесу, які беруть участь у кримінальній справі і мають власний інтерес у справі, незалежно від процесуальної функції, яку вони виконують (потерпілий, обвинувачений, підсудний, засуджений, виправданий), щоб завдяки своїй формі та змісту забезпечити кожному учаснику процесу реальні можливості для захисту його прав і законних інтересів з тим, щоб було прийнято законне, обґрунтоване і справедливе рішення, яке б не давало підстав для того, щоб особа шукала захисту своїх прав за межами кримінального судочинства України, у міжнародних судових органах. Мінімізувати кількість таких заяв до міжнародних установ мала б забезпечити така організація здійснення кримінального судочинства, яка б відповідала міжнародним принципам і нормам міжнародного права, маючи на увазі, що згідно з ч.1 ст.9 Конституції України, чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. До цього важливо додати, що згідно з ст. 17 Закону України від 23 лютого 2006 року "Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини" суди застосовують при розгляді справ, у тому числі кримінальних, Конвенцію та практику Суду як джерело права (15).

З точки зору визначених у Конвенції і рішеннях Європейського суду з прав людини стандартів прав людини, кримінальне судочинство має відповідати у своєму призначенні певним вимогам. Передусім кримінальне судочинство має забезпечувати право кожної людини на справедливий суд (ст. 6 Конвенції), тобто право на справедливий і публічний розгляд її справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти особи кримінального обвинувачення. Таким же швидким і справедливим має бути і досудове провадження: всебічним, повним і об'єктивним, із забезпеченням змагальності сторін і можливості оскарження процесуальних дій і рішень прокурора, слідчого, органу дізнання, пов'язаних із порушенням і розслідуванням справи.

На основі викладеного можна зробити наступні висновки. По-перше, поняття призначення кримінального судочинства і завдання кримінального судочинства тісно пов'язані між собою, проте є різними і не можуть замінити одне одного. При визначенні призначення кримінального судочинства наголошується на аксіологічному, ціннісному значенні кримінального судочинства, для чого саме потрібне кримінальне судочинство, і ця властивість кримінального судочинства пов'язується з результатом реалізації кримінально – процесуальних норм – прийняття законного, обґрунтованого і справедливого рішення у справі на основі швидкого, всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин справи, швидкого і справедливого судового розгляду, з забезпеченням змагальності сторін. По-друге, законодавцю України і в новому Кримінально – процесуальному кодексі недоцільно відмовлятися від формулювання завдань кримінального судочинства, обмежуючись призначенням кримінального судочинства, як це зробив, наприклад, законодавець Російської Федерації у КПК 2001 року. Саме через виконання завдань кримінального судочинства може бути здійснено його призначення. Органи і посадові особи, які ведуть процес, мають чітко знати з кримінально – процесуального закону, які завдання на них покладаються загалом у кримінальному процесі і на кожній окремій стадії процесу, де вони виконують відповідні слідчі та інші процесуальні дії і приймають відповідні процесуальні рішення. З цих завдань випливають їхні обов'язки (повноваження) і правові наслідки за їх невиконання. По-третє, при всій важливості загальних завдань кримінального судочинства щодо захисту особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорони прав та законних інтересів учасників кримінального провадження, законодавцю не можна обмежуватися лише їх формулюваннями. Стрижнем завдань кримінального судочинства є вимога за-

безпечення швидкого, всебічного, повного та об'єктивного з'ясування наявності події кримінального правопорушення, осіб, які його вчинили, характеру і розміру заподіяної ними шкоди та інших обставин, які мають значення для правильного вирішення справи, без чого неможливе виконання завдань кримінального судочинства в цілому, досягнення його цілей.

1. Барабаш А.С. Природа российского уголовного процесса, цели уголовно-процессуальной деятельности и их установление. – СПб. Изд-во Р. Асланова "Юридический центр Пресс, 2005. – 257 с. 2. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: текст с изменениями и дополнениями на 10 февраля 2010 года. – М.: Эксмо, 2010. – 224 с. 3. Смирнов А.В., Калиновский К.Б. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. А.В.Смирнова. – 2-е изд., доп. и перераб. – СПб.: Питер, 2004. – 848 с. 4. Уголовный процесс. Учебник для студентов юридических вузов и факультетов. Под ред. К.Ф.Гуценко. Изд-е 5-е, переработанное и дополненное. – М.: ИКД "Зерцало-М", 2004. – 704 с. 5. Вандышев В.В. Уголовный процесс. Общая и особенная части: учебник для юридических вузов и факультетов / В.В.Вандышев; Межрегиональный институт экономики и права. – М.: Юридическая фирма "Контракт", 2010. – М.: Волтерс Клувер, 2010. – 720 с. 6. Зажицкий В.И. Нужны ли уголовному процессу задачи? // Российская юстиция. – 2011. – №4. – С.22-26). 7. Устав уголовного судопроизводства. Издание кодификационного отдела при Государственном совете. – Санктпетербург, 1892. – 239 с. 8. ЗУ УРСР. – 1922. – №41. – Ст.598. 9. ЗУ УРСР. – 1927. – № 36-38. – Ст.167-168. 10. Основи кримінального судочинства Союзу РСР і союзних республік 1958 року // Відомості Верховної Ради СРСР. – 1959. – №1. – Ст.15. 11. Кримінально – процесуальний кодекс Української РСР. Затверджено Законом Української РСР від 28 грудня 1960 року // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1961. – №2. – Ст.15. 12. Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2009. – Спецвипуск. – С.13-245. 13. Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи // Упоряд. Ю.К. Качуренко. – 2-е вид. – К.: Юрінформ, 1992. – 200 с. 14. Закон України від 17 липня 1997 року "Про ратифікацію Конвенції про захист прав і основних свобод людини 1950 року, Першого протоколу та протоколів №2, 4, 7 та 11 до Конвенції. // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – №40. – Ст.263). 15. Закон України від 23 лютого 2006 року "Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини" // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – №30. – Ст.260).

Надійшла до редколегії 27.06.11

О. Вовк, канд. юрид. наук

УСТАВНІ ЗЕМСЬКІ ГРАМОТИ – ДЖЕРЕЛО УКРАЇНСЬКОГО МІСЬКОГО ПРАВА XVI СТОЛІТТЯ

Публікація присвячена характеристиці одному з джерел українського міського права, а саме структурі та загальному змісту Уставних земських грамот XVI ст.

Ключові слова: Литовсько-Руська доба, міське право, самоврядування, ярмаркове судочинство, виморочне майно, міські податки та роботи.

Публікація посвячена характеристиці одному з источников права украинских городов, а именно структуре и общему содержанию Уставных земских грамот XVI века.

Ключевые слова: Литовско-Русский период, городское право, самоуправление, ярмарочное судопроизводство, вимороченное имущество, городские налоги и работы.

This article is devoted to the characterize of one of the Ukrainian municipal law i.e. the structure and general substance of the statute land diplomas of the XVI – th century.

The key worlds: Lituanian and Russian period of history, self – government, they municipal law, the fair judgement, exhausted property, the town taxes and works.

Актуальність публікації визначається тим, що сьогодні у незалежній Україні відбуваються реформи місцевого самоврядування у тому числі міського. Тому досвід становлення і розвитку українського міського права, здобутий у попередні століття за різних економічних і соціально-політичних умов неодмінно має бути проаналізовано, а виявлений результат використано в сучасному правотворенні.

Одним із етапів еволюції міського права в Україні є Литовсько-Руська доба. Характерним для цього періоду було те, що у XVI столітті одночасно з систематизацією загальноземського литовсько-руського права відбувається процес упорядкування права окремих міст і земель Великого князівства Литовського. Наслідком цих робіт стало ухвалення низки місцевих нормативних

актів, які в історіографії отримали назву Уставних земських грамот (або земські устави) окремим литовським, українським і білоруським землям, повітам та містам.

Із Уставних земських грамот XVI століття, що були надані окремим українським землям Великого князівства Литовського, сучасній науці відомі:

1. "Уставная грамота Литовскаго великаго князя Александра жителямъ Волинской земли", 15 лютого 1501 р. [2, 27–28];

2. "Уставная грамота Литовскаго великаго князя Александра жителямъ Бельской области", 22 лютого 1501 р. [2, 223–226];

3. "Уставная подтвердительная грамота жителямъ Киевской области", 8 грудня 1507 р. [3, 33–36];

4. "Уставная королевская грамота жителям Волынской области", серпень 1509 р. [3, 64–66];

5. "Уставная подтвердительна грамота жителям Киевской области", 1 вересня 1529 р. [3, 207–211].

6. "Уставна (підтвержувальна) земська грамота Дорогичинської землі" (лат. м. "Tenor priuilegij ratificatorij territorij Drohiciensis") 1547 р. [4, 361];

7. "Уставна (підтвержувальна) земська грамота Бельському повіту" (лат. мов. "Tenor priuilegi districtus Bielscensis") 1547 р. [4, 362];

8. "Уставна (підтвержувальна) земська грамота Волинській землі" (або "Привілей всій землі Волинській на права і вольності їх") 27 березня 1547 р. [4, 364];

Із переліку Уставних земських грамот XVI століття які дійшли до нас, бачимо, що всі вони були пожалувані під час правління великого князя литовського Олександра Казимировича Ягеллона (з 1492) водночас короля Польщі (1504–1506) та Сигізмунда Казимировича Ягеллона (або Першого, чи Старого) – польського короля та великого князя литовського (1506–1548).

Ухвалення Уставних земських грамот стає обов'язком центральної влади Великого князівства Литовського. Основною причиною систематизації місцевого права, крім загальних економічних та соціальних, автор вважає реформування державного устрою у Великому князівстві Литовському. До того часу, поки існували удільні литовські, українські та білоруські князівства зі своїми васальними до великого князя литовського місцевими князями, що вирішували всі свої внутрішньополітичні справи самостійно, потреби в Уставних земських грамотах не було. Після ліквідації удільно-князівської системи і з початком централізації всіх інститутів центральної влади місцеве внутрішнє управління переходить до функцій великого князя литовського і його урядовців. Проте центральна влада не мала ще ні досвіду, ні засобів для того, щоб перебудуватися і управляти по-новому, тому вона повинна була дотримуватись попередніх принципів "не рухати старовини", зберігаючи, зокрема, партикуляризм місцевого права. Центральній владі потрібен був визначений час, щоб перейти від правових звичаїв і привілеїв у праві до загальнодержавних всеохоплюючих законів і цей перехідний період був заповнений систематизованими Уставними земськими грамотами XVI ст. Крім того, в кожній Уставній земській грамоті великий князь литовський намагається розмежувати компетенцію органів місцевої влади (воєвод, намісників, державців тощо) та функції органів міського самоврядування.

Внаслідок кодифікації права на загальнодержавному рівні та ухвалення принципово нового зводу законів Статуту Великого князівства Литовського 1529 року, в якому було удосконалено та упорядковане литовсько-руське право, дія земських уставів повинна була припинитися, як це і планував ще на початку XVI ст. великий князь Олександр. Про свої наміри він зазначив в Уставній земській грамоті мешканцям Волинської землі 1501 р. [2, 28]. Проте Литовський Статут 1529 року та його наступні редакції 1566 і 1588 років, своєю появою не скасовуючи дію Уставних земських грамот все ж таки зупинили систематизаційні роботи місцевого права. Земські установи за своїм юридичним значенням потрібно прирівняти до місцевих конституційних хартій, а оскільки вони визначали правові взаємовідносини окремих земель з центральною владою, то повинні були існувати доти, доки існували ці стосунки. Деякі з них і далі персонально підтверджувались великими князями литовськими Сигізмундом I Старим, Сигізмундом II Августом (з 1548), Сигізмундом III Ваза (з 1587) та іншими. Але ці підтвержувальні земські установи не були резуль-

татами систематизації права, а являли собою копії попередніх аналогічних збірників місцевих актів які візувалися новим господарем та іншим складом Пани-Ради.. Автор переконаний, що Уставні земські грамоти XVI ст. ухвалювалися в інтересах всього населення землі, вони були загальностанові, тобто не приймалися в інтересах якогось одного стану, не визначали переважні права зверхніх станів і обмеження для нижчих. Уставні земські грамоти слід об'єднувати в одну групу як тотожні акти місцевих систематизацій права за однаковими джерелами права, структурою і формою з урахуванням економічно-політичних особливостей кожної землі.

Наведені вище підтвержувальні Уставні земські грамоти 1501–1547 років вміщені у книзі Записів Литовської Метрики під номерами XXXI, XLI, L та у додатку монографії М.К. Любавського "Очерк истории Литовско-Русского государства до Люблинской унии включительно" [5, 357–376].

Найбільш серйозні дослідження з історії виникнення Уставних земських грамот, їх місця в системі литовсько-руського права, структури та змісту були проведені проф. М. Ясинським у праці "Уставныя земскія грамоты Литовско-Русскаго государства" (К., 1889). [9] Проте цей автор недостатньо уваги приділив особливим причинам появи конкретно кожної грамоти, не вказав про їх джерела, спільні риси, відмінності та взаємозв'язок. Ф. І. Леонтович у монографії "Источники русско-литовского права" (Варшава, 1894) дає тільки коротку описову характеристику Земським устам, називаючи їх – обласними привілеями. Він вказує на суворий партикулярний характер литовсько-руського права, визначає різницю між земськими та обласними привілеями, але в його роботі відсутній всебічний аналіз норм права, систематизованих у цих грамотах. У своїй роботі І. Якубовський "Земские привилеи Великого Княжества Литовского" (СПб, 1903) дав загальну характеристику джерелам земських уставів, та помилково відносив до них інші пам'ятки литовсько-руського права [12]. Р. М. Лашенко в 1924 р. надрукував у Празі монографію "Лекції по історії українського права. Литовсько-польська доба", в якій називає Уставні земські грамоти – обласними привілеями або привілеями земель та тільки коротко знайомить зі Земськими грамотами другої половини XVI ст., що діяли у Київській, Волинській, Луцькій, Брацлавській, Вітебській, Полоцькій, Смоленській, Жмудській землям та Бельському повіті. М. В. Чубатий у своїй праці "Огляд історії українського права: історія джерел та державного права" (К., 1994), ширше ніж Р. Лашенко, характеризує час і обставини появи земських уставів та намагається докладно їх розібрати, проте він також не аналізує норми кримінального та цивільного права, що в них уміщені. До однієї з останніх наукових робіт, в якій досліджуються Уставні земські грамоти вже як джерело білорусько-литовського права, можна віднести монографію І. Юхо "Крыніцы беларуска-літоўскага права (Мінськ, 1981). [8] В цій праці автор вказує, що перші обласні привілеї були ухвалені у Полоцькій і Вітебській землях в період часу між 1392 та 1399 рр., він робить перелік відомих сучасній науці Земських уставів, але в основному аналізує лише ті, які стосуються білоруських земель. Уставні земські грамоти стали основою для досліджень, що стосувалися адміністративно-територіального устрою Великого князівства Литовського, результатом яких стали наукові праці: М. К. Любавського "Обласное деление и местное управление Литовско-Русского государства ко времени издания первого литовского статута" (М., 1892) [4] та його ж: "Очерк истории Литовско-Русского государства до Люблинской унии включительно" (М., 1910) [5];

А. Ю. Дворниченка "Русские земли Великого княжества Литовского: Очерки истории общины, сословий, государственности (до начала XVI в.)" (СПб., 1993) [6]; М. Крикуна "Административно-территориальный устрій Правобережної України в XV–XVIII ст.: Кордони воеводств у світлі джерел" (К., 1993) [7].

Уставні земські грамоти можна віднести до письмових джерел українського місцевого права, при чому одночасно як земського так і міського.

Середньовічне українське міське право було системою норм, правил, що регулювали з однієї сторони правовідносини між членами міської громади та з другої між мешканцями і владою. Українські міста Литовсько-Руської доби поділялися на декілька категорій: а) державні міста з вічовою формою самоуправління; б) державні міста з воєнно-адміністративним управлінням; в) міста з магдебурзьким правом самоврядування; г) приватновласницькі міста, що належали магнатам та керувалися їх управляючими. Слід зазначити, що Уставні земські грамоти були чинними у всіх категоріях міст. Вони не протирічали ні загальнодержавному законодавству ні нормам магдебурзького права ні міським правовим звичаям.

Характеризуючи структуру Уставних земських грамот XVI ст., необхідно зазначити, що вони мають однакову внутрішню побудову, відрізняючись тільки кількістю артикулів та складаються з трьох частин: вступу, основного змісту та закінчення.

У вступі зазначаються:

а) Ім'я та повний титул господаря держави, який ухвалює Уставну земську грамоту: "Мы Александръ, зъ Божее ласки велики князь Литовски, Руски, Жомойтски, пан и дедичъ...", "Александр, зъ Божей ласки великий князь Литовский, и тежъ земли Жомойтское и Руское и Киевское и далее панъ и дедичъ...", "Самъ Александръ, Божьею милостью король Польский, великий князь Литовский, Руский, князя Прусское, Жомойтский и иныхъ...", "Мы Жикгимонтъ, Божьею милостию король Полский и великий князь Литовский, Руский, Жомойтский и иныхъ..." тощо. Причому майже у всіх земських уставах після титулу застосовується та ж сама формула, що і в загальноземських збірниках: "Чинимъ знаменито симъ нашимъ листомъ, хто на него посмодитъ або чучи его услышитъ, кому же то потребъ будетъ ведати", яка підкреслює урочистість юридичної дії;

б) Особи, на прохання яких надаються земські устава: "Били намъ чоломъ духовные, владыка Володимирский и владыка Луцкий, князи и панове, и земляне, и вся шляхта Волынокое земли...", "...яко пришедши ку нашей обличности шляхетный Петръ Люба, судья будучий повету Белского, именемъ и тежъ полецаньемъ всихъ землянь тогожъ повету...", "Били намъ чоломъ слуги наши, князи и панове и бояре и земляне, вся шляхта Киевская...". Як видно з тексту, Уставні земські грамоти надавалися центральною владою, як на заклик начебто всіх мешканців землі так і на вимогу представників пануючого стану ("вся шляхта Киевская") або за прохання окремих авторитетних громадських осіб Проте за своїм змістом земські устава стосувалися в тій чи іншій мірі всього населення землі.

в) Формальні причини надання земських уставів. Так Уставні земські грамоти мешканцям Волинської землі 1501 р., Бельської землі 1501 р., були ухвалені великим князем литовським Олександром для закріплення попередніх земських прав місцевого населення і підтвердження раніш наданих привілеїв. Уставна земська грамота мешканцям Київській землі 1507 р. вперше була надана королем польським і великим князем литовським Сигізмундом I для ухвалення попередніх прав і

привілеїв, а Уставна земська грамота мешканцям Волинської 509 р. – для підтвердження вже існуючих земських уставів цим областям, прийнятих за великого князя Олександра. Уставна земська грамота мешканцям Київської землі 1529 р. була ухвалена Сигізмундом I на заміну земського устава 1507 р., знищеного під час пожежі;

г) Підтвердження попередніх листів привілеїв, прав, вольностей починаючи з великого князя Вітовта.

Основний зміст Уставних земських грамот ми умовно поділяємо на артикули. Так, земський устав (Волинської землі) 1501 р. – 20 арт., земський устав (Бельської повіту) 1501 р. – 25 арт., земський устав (Київській землі) 1507 р. – 33 арт., земський устав (Волинської землі) 1509 р. – 25 арт., земський устав (Київській землі) 1529 р. – 45 арт. При цьому важко визначити систему, за якою формувалися артикули основного змісту, тому що, наприклад, норми цивільного, кримінального та процесуального права розкидані по всьому тексту або іноді об'єднані в одному артикулі. Вважаємо, що переважна більшість норм розміщена в хронологічному порядку у міру їх надання особам.

Закінчення в основному складаються із затвердження тексту Уставної земської грамоти великим князем литовським, членами Пани-Ради, місцевими урядовцями та канцлером Великого князівства Литовського: "А при томъ были и тому добре сведоми суть панове рада наша.". Найбільш повний склад Пани-Ради та урядовців зазначений в Уставній земській грамоті мешканцям Київської землі 1529 р., під час ухвалення якого разом королем польським і великим князем литовським Сигізмундом I були присутні гетьман і канцлер, держави маршалки і підскарбії, воеводи і старости та інші значні посадові особи Литовсько-Руської держави. Винятком є Уставна земська грамота мешканцям Волинської землі, де імен радних панів не зазначено, найвірогідніше, з технічних причин. І нарешті, кожен земський устав підписувався писарем з вказівкою дати й місця ухвалення та закріплювався печаткою. Крім того, у висновках деяких земських уставів могли бути загальні підтвердження попередніх привілеїв та урочисті обіцянки боронити надані права і вольності у майбутньому "на вечные часы".

Форма постанов Уставних земських грамот, як зазначає М. Ясинський, переважно заперечувальна: "Штожъ намъ въ домы церковныи не вступатися"; "И жонъ ихъ силою замужъ не давати"; "А холопу робе веры не няти"; "А отчинъ у нихъ не отримати"; тощо. На його думку заперечувальна форма цих постанов застосовувалася як з метою попередити їх порушення, так і з метою додати їм більшої ваги та урочистості [9, 77]. Дисертант не зовсім може погодитися з таким твердженням і вважає, що насамперед переважна більшість норм права за повнотою викладення приписів в артикулах місцевих Уставних земських грамот мала повну (пряму) форму, тобто в них містяться всі необхідні елементи без відсилки до інших артикулів або правових звичаїв. Ці норми права можна поділити на характером розпоряджень на уповноважуючи (правоустановчі), зобов'язуючі та заборонні. Дозвільними нормами у земських уставах були ті, які вказували на можливість здійснювати певні дії, наділяли суб'єктів певними правами. Це були дозволи на полювання та рибальство ("И тежъ зверъ всякій посполитый въ лесех и рыбы въ рекахъ такъ яко (съ) стародавня ловили, того имъ и теперъ допускаемъ" [2, 121]), на довільність заповіту ("А хто отходя зъ сего света, у кого детей не будетъ, а ни племени, а прикажетъ кому статки свои, – ино намъ того не рушити" [2, 34]), на вільний виїзд за межі держави ("А которые княжата и панове всхотятъ ехати до чу-

жихъ земель... – тогда могут" [3, 34]), на свої міські ета-
лони ваги [3, 88]) тощо.

До зобов'язуючих норм належали такі, що вказували на необхідність здійснювати певні дії, наділяли великого князя, урядовців та мешканців землі певними зобов'язаннями. Наприклад, вказівка на розмір данини ("А котории за дань давали куницы, часу князя Выовта, тыи и теперъ мають давать и платитъ тыи куницы" [2, 121]) або виплату податку за охорону майна ("...тые бы вси сторожовщину зъ местомъ платили по силамъ" [2, 362]), військово зобов'язання ("А на войну быти, имъ съ нами посполу готовымъ" [2, 352]).

Звичайно в Уставних земських грамотах переважають за кількістю заборонні норми права, що вказують на необхідність утримуватися від здійснення певних дій та встановлюють різні заборони (наприклад, "А нашихъ коней не мають они николи стравовати, а ни пастъвити" [2, 121], "И жонъ ихъ силою замуж не давати" [2, 352], "А въ облаву церковнымъ людемъ и князьскимъ и пансмъ не ходити" [3, 35], "А слугамъ старостинымъ, ездячи по селом, зарукъ не заручати" [3, 65], "А воеводе нашему отъ ригонровъ городскихъ посуловъ не брати" [3, 89], "А по подворьямъ, въ замку и въ месте Киевскомъ, по князьскимъ и по паньскимъ, слугамъ воеводичинимъ и жолнеромъ нашимъ безъ воли ихъ не стояти", "А подымщины людемъ ихъ намъ господарю не давати", "А соколыхъ гнездъ ихъ не стеречи" [3, 210]).

Крім того, деякі норми права Уставних земських грамот можн класифікувати за субординацією у правовому регулюванні на матеріальні і процесуальні, за дією за колом осіб на загальні, що поширюються на всіх мешканців землі, та спеціальні, які стосуються тільки шляхти або міщан.

При створенні Уставних земських грамот нормотворцями великокняжої канцелярії застосовувалась така сама законодавча техніка, що і при підготовці проектів Жалуваної грамоти 1457 року та Судебника 1468 року. Укладачі намагалися дотримуватися загальних правил при їх проектуванні, а саме: а) ув'язувати Уставні земські грамоти з раніше санкціонованими правовими нормами; б) уникати логічних розбіжностей між ними та загальноземськими законодавчими актами; в) не допускати повторення нормативних приписів в одному акті; г) не робити посилань до неіснуючих правових звичаїв та привілеїв.

Проте систематизаторам не вдалося звести до мінімуму кількість правових приписів з конкретних питань місцевого права в одній універсальній для всіх земель Великого князівства Литовського Уставній земській грамоті послідовно використовувати однакові терміни і поняття та до кінця забезпечити матеріальні приписи оформлення земських уставів було те, що вони ухвалювалися також Пани-Радю (крім Волинської 1509 р.), а це стало можливим тільки з 1492 р., коли відбулося її затвердження як законодавчого органу.

Розглядаючи вказані Уставні земські грамоти за характером змісту, потрібно зазначити, що вони як конституційні хартії гарантували мешканцям окремих земель Великого князівства Литовського важливі конституційні права, насамперед у сфері місцевого управління. Так, воеводи (старости, намісники) призначалися великим князем литовським на посади в окремі землі тільки на прохання або за згодою місцевих мешканців в першу чергу горожан центральних міст: "Тожъ старосту которого бы хотели мети, того имъ даемъ, а ведъ жезъ нашою волею" [2, 120]; "Тежъ жадныхъ иныхъ воевод не мамы давати, одно тыхъ, которыхъ бы они себе обрали, албо хотели обрати, (съ) своихъ поветов, або которыхъ бы у насъ просили" [2, 121]; "Также намъ гос-

подару давати воеводу нашего Полочаномъ по ихъ воли" [1, 89]. Далі, центральна влада Литовсько – Руської держави гарантувала місцевим можновладцям, шляхті, міщанам, церкві та іншим особам недоторканість володінь і прибутків [2, 352]; "Въ церковные люди, въ князькии и въ панськіи и въ боярськіи, и въ земли, и во вси доходы и въ приходы не вступатися..." [3, 33]; "Также хто держитъ отчины именья свои ... тоему и держати, какъ в королевстве Польскомъ князи и панове и мещане держать" [3, 87].

Влада гарантувала також свободу православного віросповідання: "На-первей, штожъ намъ хрестіянства Греческого закону не рушити, налоги имъ на ихъ веру не чинити" [3, 360]. Автор вважає важливим конституційним привілеєм середньовіччя місцевий контроль за метричними мірами, який встановлювався мешканцями земель, а не центральною владою, закріплений також у земських уставах [2, 352].

Крім того, Уставні земські грамоти закріплювали такі конституційні норми, як рівність підданих за національною ознакою ("А Кіянина, какъ Литвина, во чти держати и во всехъ врядахъ ни въ чомъ не понизити" [2, 34]), право на свободу пересування і на зміну місця проживання, навіть виїзд за кордон ("А которые княжата и панове исхотятъ ехати до чужихъ земель ... тогда могутъ, зъ докладомъ ехати..." [1, 34]) тощо.

В Уставних земських грамотах укладачами передбачалося особливе судочинство для окремих міст та земель. Так, У деяких земських уставах чітко визначалась підсудність у кримінальному судочинстві державних старост (воевод, намісників) та місцевих судів (міських, волосних, повітових, ярмаркових, копних, замкових та вотчинних тощо). Старости мали право на розгляд кримінальних справ, пов'язаних з такими тяжкими злочинами, як: пограбування на громадському шляху, бандитський напад на маєток, з'валтування та підпал. Всі інші справи передавалися на розгляд місцевих судів. Піддані мали право безпосередньо звертатися для розгляду їх справ до великокняжого суду: "Далей которій князь або пан або земьянинъ, стоячи у праве передъ старостою або передъ наместники нашими, а отзовется ло насъ господаря наивышшее право, ино старосте и наместникомъ нашимъ того имъ не заборонити" [2, 28].

Уставними земськими грамотами встановлювався спільний розгляд судових справ воеводи у містах разом з місцевими мешканцями та, щоб запобігти зловживанням з боку воевод, його слуг та членів місцевих судових органів, визначалися чіткі судові податки [2, 89].

Уставні земські грамоти вміщували також норми (у сучасному розумінні) цивільного, сімейно-шлюбного, спадкового, кримінального процесуального та інших галузей права. Слід відзначити, що, по-перше, ці норми не суперечили загальноземським положенням та нормам звичаєвого права; по-друге, деякі з них уточнювали, доповнювали або розширювали приписи Жалуваної грамоти 1457 р. та Судебника 1468 р.; по-третє, вносили нові положення в литовсько-руське право. Наприклад, в Уставній земській грамоті мешканцям Київської землі вперше у законодавчому порядку вживається поняття виморочного майна: "А будетъ пустый человекъ, ни детей ни племени: ино на насъ то именье" [3, 34]. Укладачами передбачалось, що майно, не успадковане ні за законом, ні за заповітом, переходить до держави в особі великого князя литовського за правом спадкоємства. Ми визнаємо, що всі земські устави були небагаті на норми цивільного права, які до того ж не врегульовували всіх правовідносин. За кримінальні злочини місцеві суди могли виносити всі види покарань – від штрафу до смертної кари. Норми сімейно-

шлюбного та спадкового права визначали правове становище неодруженої жінки, вдови та дітей. Процесуальні норми земських уставів визначали порядок розгляду справ різними судовими органами. В Уставних земських грамотах узагальнюються привілеї, які звільняють різні верстви місцевого населення від багатьох податків і робіт. На їх сторінках великий князь литовський виступає як арбітр, що вирішує різні спори між місцевими мешканцями та державними урядовцями, як правило, на користь перших.

Автор вважає, що головною заслугою земських уставів у цивільному праві було те, що вони започаткували поняття виморочного майна, яке переходило до держави в особі князя. При цьому систематизатори взявши за основу Уставну земську грамоту мешканцям Київської землі 1507 р. [2, 34] у Литовському Статуті 1529 року цей важливий момент пропустили, а от у 1566 р. (роз. 3, арт. 14) та у 1588 р. (роз. 3, арт. 17) закріпили.

Галузь міського права на українських землях включала в себе інститут так званого ярмаркового права. Так в Уставна земська грамота мешканцям Волинської землі 1509 р. включає в себе такі норми цього інституту: 1) традиційне право на проведення ярмарок в окремо вказаних великокняжою владою містах; 2) виключну підсудність ярмаркових судів у містах; 3) заборона введення нових торгових мит при проведенні ярмарок ("Нижьли мають тьи старьи мыта давати, где передь тымъ будутъ давали. А и мы ихъ тако жъ при всемъ томъ zostавили, и тьи мыта новьи имъ отложили") [3, 65].

Норми Уставних земських грамот звільняли міщан від всякого роду нових податків ("помірного") та робіт ("...къ замку Луцкому и къ двором нашимъ, орати, и жати, и сено косити, и милость то имъ отпустилъ...") [3, 65] на користь державної адміністрації у містах з магдебурзьким правом самоврядування.

У висновку слід зауважити, що Уставні земські грамоти XVI століття поряд зі загальноземськими законами, звичаєвим правом та збірниками магдебурзького права відіграли одну з головних ролей на терені становлення деяких (міське самоуправління, муніципальне судочинство тощо) інститутів місцевого права України, які є чинними до сьогоднішнього дня. Тому як і раніше ці джерела українського міського права потребують подальшого детального дослідження науковців.

1. Акты, издаваемые комиссией, высочайше учрежденной для разбора древних актов въ Вильне. – Вильна: Въ Типографіи А.К. Киркора, 1891. – Томъ 18. – 646 с. 2. Акты, относящиеся къ истории Западной России, собранные и изданные Археографическою комиссией. – СПб: Въ Типографіи II Отделения Собственной Е.И.В. Канцеляріи, 1846. – Т. I. – 375 с. 3. Акты, относящиеся къ истории Западной России, собранные и изданные Археографическою комиссией – СПб., Въ Типографіи II Отделения Собственной Е. И. В. Канцеляріи, 1848. – Т. 2. – 397 с. 4. Любавский М. К. Областное деление и местное управление Литовско-Русского государства ко времени издания перваго Литовскаго Статута / М. К. Любавский. – М.: Университетская типографія, 1892. – 920 с. 5. Любавский М. К. Очеркъ истории Литовско-Русскаго государства до Люблинской унии включительно / М. К. Любавский. – Москва: Синодальная типографія, 1910. – 380 с. 6. Дворниченко А. Ю. Русские земли Великого княжества Литовского: Очерки истории общины, сословий, государственности (до начала XVI в.) / А. Ю. Дворниченко. – СПб.: Изд-во С.-Петербургского ун-та, 1993. – 240 с. 7. Крикун М. Административно-территориальный устрій Правобережной Украины в XV–XVIII ст. Кордон воеводств у світлі джерел / М. Крикун. – К.: Видавництво Академії Наук України, 1993. – 180 с. 8. Юхо І. А. Крыницы беларуска-литовскага права / І. А. Юхо. – Мінск: "Беларусь", 1991. – 238 с. 9. Ясинский М. Уставныя земскіе грамоты Литовско-Русскаго государства / М. Ясинский. – К.: Въ университетской типографіи. (В.І. Завадзкого), 1889. – 205 с. 10. Лашенко Р. М. Лекції по історії українського права / Р. М. Лашенко. – К.: Вид-во "Україна", 1998. – 254 с. 11. Леонтович Ф. И. Источники русско-литовскаго права / Ф. И. Леонтович. – Варшава: Тип. Варшавскаго учебного округа, 1894. – 71 с. 12. Якубовский И. Земские привилегии Великого Княжества Литовского / И. Якубовский // ЖМНП. – СПб: Сенатская типографія, 1903. – № 4. – С. 239-278.

Надійшла до редколегії 27.06.11

Л. Дячук

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ШЛЮБНИХ ВІДНОСИН У ВІЗАНТІЙСЬКІЙ ІМПЕРІЇ ПРЕДСТАВНИКІВ ВЛАДИ ТА ЖИТЕЛІВ ПРОВІНЦІЇ

Досліджується проблема заборони шлюбів за принципом адміністративної залежності особи у візантійському праві в контексті римської правової традиції та її еволюції на основі християнських цінностей.

Ключові слова: заборони, шлюб, провінціали, адміністратори, юридичні наслідки.

Исследуются проблема запрещений браков за принципами административной зависимости лица в византийском праве в контексте римской правовой традиции и ее эволюции на основе христианских ценностей.

Ключевые слова: запрещения, брак, провинциалы, администраторы, юридические последствия.

Probed problem of prohibitions of marriages after principles of administrative dependence of person in a byzantine right in the context of Roman legal tradition and evolution on the basis of christian values.

Keywords: prohibitions, marriage, provincials, administrators, legal consequences.

Візантійське право, як унікальний феномен світової цивілізації, поєднало на засадах християнських цінностей основи римської правової системи, окремі інститути грецької юридичної традиції та правові явища, що належали до *jus pop scriptum* етнічних спільнот, які проживали у межах Візантійської ("Ромейської") імперії. Формування правового феномену, який увійшов в юридичну літературу під назвою *jus graeco-romanum*, *byzantin droit* (фр.), *ostromische Vulgarrecht*, *bisantische Recht* (нім.), відбувалось перш за все шляхом християнізації норм римського права, яку започаткував у 313 р. **Медіоланський едикт** імператора Константина Великого (306 – 337 рр.). Слід зазначити, що процес християнізації нерівномірно відобразився на відповідних галузях та інститутах публічного і приватного права. Особливих змін зазнало передусім шлюбно-сімейне право, яке за своєю специфікою у традиційному суспільстві, завжди було пов'язане з цінностями відповідних релігій та з особливостями сакральних традицій і звичаїв

(*mores*). Мета перших імператорів ранньовізантійської (східноримської) держави, що за самоназвою відома як *Ромейська імперія*, полягала в узгодженні норм римського права з відповідними християнськими цінностями та суспільними ідеалами. Однак частина інститутів та відповідних норм класичного періоду увійшли у візантійське право майже без змін. В процесі правової еволюції такі зміни об'єктивно детермінувались не тільки трансцендентними, але й іманентними факторами. Наприклад, йдеться про відомі тенденції соціального та політичного розвитку і відповідні суспільні відносини, які необхідно було врегулювати, в умовах антагонізму та агону (*змагальність*) ідей античності та християнства. Однак, якщо норми більшості галузей римського права майже повністю увійшли у візантійську правову систему, зазнавши в процесі еволюції певних корекцій, то в контексті шлюбного права йдеться про збереження, як правило, тих норм, що відповідали або не суперечили християнським цінностям та відповідній правовій доктрині.

© Дячук Л., 2011

Однією із важливих проблем римського суспільства, що загострилась у добу принципату (27 р. до н.е. – сер. III ст. н.е.), були відносини між імперським центром та провінціями держави. Це зумовило формування нової адміністративно-територіальної системи, що стало онтологічною (матеріальною) підставою – причиною для врегулювання відповідних суспільних відносин за нормами як публічного, так і на приватного права. Регулятивно-правові механізми доби принципату стали у певних випадках надбанням візантійської правової системи. Один із найбільш яскравих прикладів входження норм шлюбного права пізньоантичного римського суспільства у візантійську, тобто християнську греко-римську правову систему, були норми-заборони шлюбу, суб'єктами яких могли стати управитель провінцій та особа, що знаходилась під його юрисдикцією.

Основними джерелами такого правового положення були фрагменти праць римських класичних юристів – Папініана (D. 23.2.63), Павла (D. 23.2.38; D. 23.2.65) та Марціана (D. 23.2.57), що увійшли в Дигести Юстиніана [1, с. 287, 297, 301, 302]. Однак, не дивлячись на **актуальність даної наукової тематики**, яка торкається проблеми свободи особи в контексті адміністративної залежності, в науковій літературі та в підручниках з римського і візантійського права присутні лише окремі згадки (Ф. Шулін [2, с. 209], І. Перетерський, І. Новицький [3, с. 134], О. Підопригора, Є. Харитонов [4, с. 285]), та лаконічні оцінки (в статті М. Сюзюмова "Экономические воззрения Льва VI" [5, с. 35 – 36] та у монографіях Є. Ліпшиц "Право и суд в Византии в IV – VIII вв." [6, с. 47] і "Законодательство и юриспруденция в Византии в IX – XI вв." [7, с. 96]) відомого правового положення.

Проблема заборон шлюбу з тих чи інших мотивів існувала від часів патріархального суспільства (табуальні заборони) і залишилась актуальною до наших днів. Головна причина заборонених шлюбів полягала у кровній спорідненості. Основні заборони шлюбів увійшли в сучасні законодавства різних країн. Так, в Сімейному кодексі України, з численних заборон шлюбу, що сформувались ще в традиційних суспільствах, залишились лиш основні – заборони за принципами кровної спорідненості та усиновлення (8). По-перше, у шлюбі не можуть перебувати особи, які є родичами прямої лінії спорідненості. По-друге, як випливає із змісту ст. 26.2-3, заборонявся шлюб між побічними родичами до 4-й ступеня спорідненості (наприклад, дядько і племінниця, тітка і племінник, двоюрідні брати і сестри). В цій частині українське шлюбно-сімейне законодавство відповідає швидше римській, а не візантійській правовій доктрині, оскільки заборони в період візантійського класичного права торкалися осіб аж до 7-ї ступені спорідненості. Щоправда, за Юстиніана шлюб двоюрідних братів і сестер в принципі дозволявся, але лише з дозволу діда-домовладки і стосовно дітей двох братів (D. 23.2.3). Натомість, Сімейний кодекс України забороняє такі шлюби (ст. 26. 3.). Разом з тим, цілком узгоджується з візантійським правом перша частина ст. 5-ї, оскільки йдеться про заборону шлюбу між усиновлювачем та усиновленим. Але, у випадку скасування усиновлення, такий шлюб вважається юридично чинним. Натомість, візантійські юристи вважали, що навіть після скасування усиновлення, подібний шлюб не має законної сили, оскільки до уваги брався не тільки юридичний, але й християнсько-моральний аспект даних правовідносин. Таким чином, заборони шлюбу в традиційному (християнському) та пост-традиційному українському суспільстві мають певні історично-правові паралелі, але при наявності суттєвих відмінностей. Тим не менше, попри десакралізований характер суспільних правовідносин, в

пост-традиційному суспільстві України збереглися окремі риси довготривалої рецепції норм шлюбно-сімейного права першої християнської держави – Візантії.

У Візантійській імперії, яка тривалий час була центром світової культури, по мірі еволюції шлюбно-сімейного римського права на ціннісних засадах християнства, була створена розгалужена система шлюбних заборон за родами та видами спорідненості: кровна спорідненість (пряма та побічна), фізична спорідненість, цивільна спорідненість (за усиновленням), спорідненість за свояцтвом та духовна спорідненість. Усі нормативно-юридичні заборони шлюбу, у першій християнській державі, неможливо увести в сучасне законодавство України, однак, окремі правові ідеї, до них дотичні, що відповідають християнським та загальнолюдським цінностям, заслуговують масового поширення, принаймні, в науковій та публіцистичній юридичній літературі.

Більшість видів заборон на шлюб – це виключно візантійський правовий феномен, система заборон якого сформувалась на юридично-технічній основі римського права, але під впливом християнської правової ідеології та принципів канонічного права [9, с. 276 -283, 10, с. 216 – 237]. Однак, принаймні, дві сфери суспільних відносин в Римі доби принципату викликали об'єктивну потребу у їх нормативно-правовому врегулюванні, що обумовило появу нових заборон при укладенні шлюбу. У першій сфері суспільних відносин регулювалися проблеми, пов'язані з моральними аспектами життя римського античного суспільства, яке викликало занепокоєння першого римського імператора доби принципату Октавіана Августа [11, с. 105-108]. Законодавець у двох нормативно-правових актах передбачив норми, які не визнавали шлюбів між вільнонародженими громадянами Риму та певними категоріями осіб, які визначалися переважно за моральними ознаками (повії, звідниці, актриси та ін.). Стосовно ж осіб сенаторського стану та їх дітей і внуків, окрім цього, передбачалися відповідні норми-заборони за соціальними принципами та кримінальними ознаками (вільновідпущеники, особами, що підлягали кримінальному покаранню та *infamia*). Щоправда, усі категорії шлюбів прямо не заборонялись, але відповідні особи вважались неодруженими і втрачали, за *Lex Julia et Papia Poppaea*, спадкові права [12, с. 429].

Друга сфера суспільного життя доби принципату яку необхідно було врегулювати, яку необхідно було врегулювати, також дотична до шлюбних відносин, але заборона шлюбу здійснювалась за принципом адміністративної залежності нареченої від управителя провінції та його оточення. Дана правова проблема не могла виникнути в республіканському Римі, оскільки усі вільнонароджені громадяни одружувались лише з тими, хто мав *jus connubii*, а представники провінцій (латини, перегріни), які не вважались римськими громадянами, таким правом не володіли.

Однак, після скасування категорії *латинів*, за *Lex Julia de civitate latinis et sociis danda* (90 р. до н.е), під час "союзницьких війн", життя провінцій створювало нові особливості суспільних відносин у Римській державі (*Cicero, Balb.*, 8, 21). [13, с. 139]. Особливо, на наш погляд, ситуація ускладнилась після того, як імператор Каракала розповсюдив право римського громадянства на усіх вільних жителів імперії [14, с. 66 – 80]. У зв'язку з цим, виникли дві юридичні проблеми. Перша супроводжувала римське та греко-римське суспільство впродовж усієї історії їх існування. Йдеться про проблему співвідношення та корелятивні зв'язки між *jus scriptum* та *jus non scriptum*, (що відображало правові традиції різних етнічних спільнот імперії) [9, с. 88], яку по різному вирішували візантійські законодавці – Юстиніан I

Великий (527 – 565 pp.), Лев III Ісавр (717 – 741 pp.) та Лев VI Мудрий (876 – 912 pp.) – під час проведення відомих правових реформ. Друга проблема, що мала багатоаспектне значення, була пов'язана з шлюбними правовідносинами представників адміністрації з місцевим населенням, що в 212 році отримало право римського громадянств.

Знаменитий римський юрист Aemilius Papinianus (142 – 212 p.), особливо шанований за теоретичне вирішення правових колізій [2, с. 114], порівнював заборону шлюбів адміністраторів провінцій з місцевими громадянами, з незаконним шлюбом опікунів та підопічних (D. 23.2.63). Його логіка, очевидно, полягала в тому, що кожен з названих ініціаторів шлюбу здійснював неначебто *patria potestas*, але при нетотожних формах залежності жінки від названих суб'єктів шлюбної ініціативи. Очевидно відповідальність адміністратора була більш вагомою, оскільки йшлося про можливість незаконного використання публічної влади, за для приватних цілей, при цілком можливому ігноруванні волевиявлення мешканки провінції. Натомість опікун не мав таких важелів впливу на рішення тієї особи, що була під його опікою. Разом з тим, спроба укласти шлюб між опікуном і підопічною вела до змішування квазі-сімейних та шлюбно-сімейних статусів вказаних осіб. Та особа, що вважалася *неначе* (*quasi*) донькою опікуна, не могла бути його дружиною. Візантійське шлюбне право поширило ці заборони на родичів відповідних суб'єктів квазі-сімейних відносин.

Натомість юридична відповідальність адміністратора, який міг використати, таким чином, своє адміністративне становище, мала не тільки приватно-правовий, але й публічно-юридичний зміст, оскільки підставою його влади в провінції було волевиявлення імператора, що в свою чергу, за римською правовою доктриною, був виразником волі римського народу (D. 1.4.1). Таким чином, неправомірні дії адміністратора виражались, по меншій мірі, в порушенні імператорського *mandata* (*вид імператорських конституцій*), який чиновник отримував перед вступом на посаду. Однак єднає обидва феномени римського та візантійського шлюбного права наступне: 1) залежність особи від потенційного нареченого; 2) небезпека щодо її особистого волевиявлення; 3) доктринальне положення римського права, що "становище вищої влади суперечить *законному шлюбу* (*matrimonium*)" (D. 23.2.63).

На жаль збереглося небагато джерел, за нормами яких, врегульовувались означені суспільні відносини. Йдеться про праці римських юристів класичного періоду, чотири фрагменти яких увійшли в Дигести Юстиніана, а також Конституція імператорів Граціана, Валентиніана та Феодосія 380 р., правова форма якої у ті часи уже ототожнювалась з формою *Lex*, що надавало їй у римському суспільстві найвищу юридичну силу. Чинність імператорської Конституції (380 р.) підтверджена першим офіційним Кодексом Візантійської імперії – *Codex Theodosiani* (Cod. Th., 3.6.1), а потому, разом з іншими імператорськими конституціями, в *Codex Justiniani* (C. 5.2.1). Після Юстиніана, загдані правові норми або ігнорувались, з відомих причин (Еклога та її переробки, Прохирон, Епанагога), або вводились до наступних зводів візантійського законодавства та загальних приватних збірок (Васіліки, Сінтагма Матвія Властаря, Шестикнижжя Арменопуло). Конституція Граціана, Валентиніана і Феодосія формально зберегла чинність до правових реформ імператорів Македонської династії (остання чверть IX та початок X ст.) і була пролонгована у *Basilicorum libri* та систематизована в 23-й Новелі Лева VI. Наприкінці існування Візантійської

імперії норми відомого правового положення увійшли в неофіційні збірки візантійського права – *Сінтагму Матвія Властаря* (1335 р.) [15, с. 130, 132] та в *Шестикнижжя Арменопуло* (1345 р.) [16, с. 10 – 11]. Звичайно, в процесі еволюції візантійського суспільства та його правової системи норми-заборони шлюбу, за принципом несумісності публічної влади та шлюбних відносин в провінціях, зазнали певних ціннісних корекцій, але не стільки в сенсі формальних змін, а в їх новому тлумаченні, яке відображало особливості праворозуміння та правову доктрину відповідної епохи.

Вперше дана проблематика з'явилась в більш-менш цілісній формі у працях римського юриста Юлія Павла "Sententiae" ("Роздуми") (D. 23.2.38) та "Responsa" ("Відповіді") (D. 23.2.65), а також в "Definitio" ("Визначення") Емілія Папініана (D. 23.2.63) та "Інституцій" Марціана (D. 23.2.57). Однак, опираючись на текст "Responsa" Павла, слід зауважити, що відповідні норми-заборони вперше була зафіксована, як об'єкт правового регулювання, в "Інструкції" (*mandatum посадовим особам – вид імператорської конституції*) невідомого римського імператора (D. 23.2.65). Безсумнівно, що такий правовий акт (*mandata*) міг з'явитися лише після відомого едикту, який видав у 212 р. імператор Septimius Bassianus Caracalla (*відомий в літературі за родовим ім'ям* Аврелій Антонін).

Для більш широкого контексту визначення появи імператорської *Інструкції* нагадаємо, що один із фрагментів Дигест, з відомої проблематики, належав видатному юристу та державному діячу Емілію Папініану, який займав посаду *praefectus praetorio* при імператорі Каракаллі і був убитий за його ініціативою у 212 р. (!), за відмову виправдати останнього перед сенатом і народом за вбивство брата (імператора – співправителя). Отже, співставлення цих історичних фактів свідчить, що імператорська *Інструкція* та праця Папініана "Визначення", яка могла з'явитися після видання відомого едикта (як розробка імператорської *Інструкції*), з'явилися саме в 212 році, викликані потребою врегулювання шлюбних відносин адміністраторів провінцій та залежних від них місцевих жителів. Очевидно імператорський правовий акт (*mandatum*) з'явився в умовах зростання податків в провінціях, після надання їх мешканцям в 212 році прав римських громадян.

Стосовно юриста Павла, варто зауважити, що окрім свідчень Ф. Шуліна, про його співпрацю з імператором Олександром Севером, він згадується в літературі, як учень юриста Сцеволи, а пізніше – послідовник та асесор *praefectus praetorio* – знаменитого Емілія Папініана, з яким, як *magister memoriae*, входив у імператорський *consilium* Семптимія Бассіана Каракалли. В зв'язку з цим, є значна доля вірогідності, що праці Павла "Сентенції" (D. 23.2.38) та "Відповіді" (D. 23.2.65), з'явилися у тому ж році, що й *Definitio* Папініана (D. 23.2.63). Це частково підтверджує сучасний дослідник римського права Дмитро Дождав, підкресливши, що "Сентенції" юриста Павла, фрагмент яких увійшов у Дигести Юстиніана (D. 23.2.38), з'явилися у 209 – 212 pp. [17, с. 45]. Зрозуміло, що відповідні норми 2-ї книги "Сентенцій", що стосувались заборон шлюбу, могли з'явитися не раніше 212 р. Однак, існують певні підстави для висловлення гіпотези, що, принаймні, одна із праць Павла, а саме "Відповіді" (*Responsa*), в якій уперше йдеться про імператорську *Інструкцію*, могла з'явитися у якості *jus respondendi* в період правління імператора Олександра Севера (222 – 235 pp.), оскільки Julius Paulus, за свідченням Ф. Шуліна, обіймав при ньому посаду префекта преторію [2, с. 114]. Разом з тим, звістка про імператорську *Інструкцію*, в даному контексті, гармонійно узго-

джується з думкою, що її автором міг бути Олександр Север. Однак, не заперечуючи можливість походження останньої праці Павла, під час виконання ним посади *praefectus praetorio* при Олександрі Севері, ми все ж таки вважаємо, що відомий *mandatum*, з огляду на співставлення попередніх фактів (передусім, дата *Definitio* та вбивства Папініана), з'явився у 212 році за волевиявленням імператора Каракалли.

В будь-якому разі текст згаданої "Інструкції" був відтворений та проінтерпретований в працях Папініана, Павла та Марціана. Стосовно ж праці Марціана, лаконічний фрагмент якої увійшов у Дигести Юстиніана (D. 23.2.57), варто зазначити, що вона, очевидно, з'явилась після 212 року: передусім про це свідчить жанр його твору – "Інституції" (підручник, довідник), в якому, як правило, концептуально викладались основи відповідної системи права, при залученні найбільш авторитетних римських юристів. Зокрема, мова йде про юридичні праці Папініана, цитується Марціаном, поряд з іншими відомими юристами (Юліаном, Помпонієм, Марцеллом, Сцеволю), як один із класиків римського права, якими сучасників, як правило, не визнавали. Наприклад, Юлія Павла, який був його сучасником у часи Олександра Севера, він у своїх творах не цитує.

Законної сили усі названі праці (Папініана та Павла), окрім "Інституцій" Марціана, очевидно набрали за *jus respondendi*, але достеменно відомо, що їх юридична чинність була підтверджена відомим законом "Про цитування" (426 р.) (C.Th 1.4.3), а згодом, включаючи фрагмент Марціана, в Дигестах Юстиніана. Оскільки, про праці Павла у 327 році була видана спеціальна конституція першого християнського імператора Константина Великого, який підтвердив їх юридичну силу та вказав на практичне значення (C.Th 1.4.2).

Зупинившись на джерелознавчо – правових аспектах, що торкаються джерел римського та ранньовізантійського права, необхідно зауважити, що уточнення і з'ясування хронології появи і надання чинності відповідним правовим джерелам має важливе значення, передусім, для їх дослідження в контексті тієї чи іншої ціннісної парадигми та відповідної правової доктрини.

В першому із названих фрагменті "Сентенцій" римський юрист Павло зазначив: "Якщо хто-небудь займає посаду в якій-небудь провінції, то він не може одружитися з дівчиною, що походить звідти чи має там місце проживання, хоча обручитися з нею не забороняється, звичайно, з тією умовою, що у випадку, якщо жінка не погодиться укласти шлюб після того, як (дана особа) складе з себе повноваження (офіційні обов'язки), їй буде дозволено це зробити, тільки повернувши передшлюбний дар, який вона отримала" (D. 23.2.38). Виділена частина сентенції, як зауважили, опираючись на думку італійського вченого (professore dell'Università di Sassari) Сальваторе Ріккобоно (1864 – 1958 pp.), видавці сучасного перекладу Дигест на російську мову, являється інтерполяцією юристів Юстиніана [1, с. 287]. З наведеною думкою можна погодитися, оскільки в римському праві класичного періоду передшлюбний дар, як юридична категорія, не існував. Його поява, як правового феномену шлюбного права, пов'язана з ранньовізантійським періодом доби *antejustiniane* (IV – V ст. н.е.) Перед тим, як звернутись до 1-го та 2-го параграфів фрагменту Павла, що деталізують його текст і перебувають з ним у корелятивному зв'язку як конкретне (часткове) та ціле, проаналізуємо загальну частину фрагменту.

Перш за все, в тексті фрагмента римського юриста Павла (D. 23.2.38), як, очевидно, і в його достеменно невідомому джерелі, відсутні пояснення та інша інформація про мотиви заборон відповідних шлюбів, що час-

тково спостерігається в імператорській Конституції 380 р., яка, щоправда, хронологічно належала уже до іншої, християнської епохи. Однак, якщо керуватися підходами та правовими принципами шлюбного права доби Октавіана Августа, що найбільш яскраво виявились у *Lex Julia et Papia Poppaea*, то на перший погляд, виникає мотив захисту традиційної, сакральної форми шлюбу *confarreatio*, до якої допускались лише особи патриціанського походження. Зрозуміло, що жителі провінцій, не належали до римського нобілітету, оскільки лише в часи діяльності юристів Папініана та Павла отримали, за відомою конституцією імператора Каракалли права римського громадянства. Однак, після заборони шлюбу адміністраторам провінцій (D. 23.2.38.), в наступній частині фрагменту йдеться про те, що заручини таких осіб "не забороняються". Це певною мірою корелюється з 1-м та 2-м (див. *нижче*) параграфами цього ж уривка. Так, у першому параграфі відомого фрагменту юрист Павло зазначив: "З попередньою нареченою (з якою відбулись заручини до призначення на відповідну посаду нареченого (D. 23.2.38. 1: *примітка*) [1, с. 287]), що знаходилась у провінції, в якій він займав посаду, останній міг укласти шлюб, а наданий за нею (нареченою) посаг не потрапляв в казну" (D. 23. 2. 38). В інших випадках, коли укладався незаконний шлюб, посаг, безвідносно від персоналізації провини, відбирався, як зазначив Папініан, відбирався на користь держави. Отже, з даного фрагмента, в цілому, впливає наступний правовий зміст: 1) заборона шлюбу адміністраторів провінцій та осіб, що знаходяться під їх юрисдикцією (місцевих жителів) являється явищем відносним, що обмежує *jus connubii* римських громадян на термін виконання ними посадових повноважень; 2) під час виконання адміністративних обов'язків шлюб не має юридичної сили; 3) наречена, як свідчить інтерполяція Юстиніана (у даному фрагменті), має право відмовитись від шлюбу тоді, коли він уже міг набрати чинності, тобто після складання повноважень адміністратора у даній провінції. Наші висновки цілком відповідають нормі – принципу, яка є частиною відповідного фрагмента Емілія Папініана (D. 23.2.63): *cum ratio potentates nuptias prohibuerit [становище вищої влади є перешкодою шлюбу]*. Основна ж думка його сентенції полягає у захисті волевиявлення жінки та її домовладки (якщо вона перебувала *cum manus*) від посягання на їх свободу, як громадян римської держави, з боку особи, що за своїм адміністративним статусом, повинна захищати їх права та вимагати виконання ними відповідних зобов'язань (наприклад: *сплата податків*). Тобто обов'язком адміністратора була охорона правопорядку у межах провінції, а не порушення інтересів осіб на приватному рівні, використовуючи свій публічний статус. Такі дії адміністратора були не тільки порушенням приватних інтересів жителів провінції та їх публічного вираження в "імператорському законодавстві", а виявлялися в безпосередньому ігноруванні нормативно-правових інструкцій (розпоряджень, наказів) імператора, який, за класичною правовою доктриною доби принципату, вважався виразником волі усього *homano populus* (D. 1.4.1).

Допустивши обмеження прав адміністратора провінції в сфері шлюбно-сімейних, тобто приватних відносин, законодавець, очевидно, прагнув, таким чином, уникнути неправомірних дій особи, яка, за своїм адміністративним статусом, повинна була охороняти суспільний інтерес. Така позиція цілком відповідає відомій сентенції, що виразила дух римського права: "Закон швидше допустить втрату для приватної особи, ніж суспільне зло".

Разом з тим, якщо заборони шлюбу за моральними та соціальними принципами стосувалися усієї категорії

осіб сенаторського середовища чи вільнонароджених громадян Риму ("шлюбне законодавство" Августа), то адміністратори провінцій, яких торкалися шлюбні заборони, могли одружуватись з тими, як свідчить зміст тієї ж сентенції, що стали їхніми нареченими до відповідного призначення на посаду (D. 23.2.38. § 1). Вони також мали право укладати шлюбні угоди, відповідно до другого параграфу відомої сентенції Павла, з жителями провінції стосовно своїх дітей, але лише жіночої статі (D. 23.2.38. § 2). Це переконує у тому, що прямої залежності заборони шлюбу за *владним принципом* від соціального становища адміністратора не існувало. Rector provinciae, наприклад, як звичайний громадянин держави був зобов'язаний надати посаг жителю провінції, який одружувався з його дочкою (D. 23.2.38.2). Тобто, стосовно реалізації шлюбних інтересів дочки адміністратора не було жодних додаткових перешкод, що б обумовлювались посадою її батька, окрім, хіба що, загального положення Модестіна, яке стосувалось усіх *вільних* (не тільки вільнонароджених) громадян держави (наприклад, вільновідпущеників чи осіб низької моралі). "У відношенні (шлюбних) союзів, — як зазначив останній з плеяди римських класиків, — необхідно завжди брати до уваги не тільки те, що дозволено, але і те, що пристойно [*honestum*]" (D. 23.2.42). Таким чином Herennius Modestinus проголосив одну з доктринальних ідей римського та юстиніанівського шлюбного права.

Натомість, з лаконічного уривку Марціана, що у такій формі потрапив у Дигести Юстиніана, дізнаємося, що син кожного чиновника в провінції не міг одружитись з особою, яка там проживала (D. 23.2.57). Мабуть це пояснюється тим, що син являвся продовженням традиції *familias* та роду, а донька входила до іншої сім'ї і юридично втрачала зв'язок з *pater familias* та родинними цінностями. Натомість навіть тоді, коли син не був *підвладним*, він зберігав сакральні зв'язки з сім'єю колишнього домовладки. Попри терміновість відповідного обмеження у нормі Марціана, що не суперечить, а доповнює фрагмент Павла, все ж таки присутній елемент соціального становища адміністратора.

Регулятивний механізм, що сформувався за сукупністю відповідних правових норм, був свідченням того, що у низці випадків, позиції законодавчої політики Юстиніана відображали, швидше, античну, ніж християнську ціннісну парадигму. І це не випадково, оскільки відповідні праці з'явилися в контексті певних цінностей (III ст.), які попри активну релігійну політику імператора, знову ж знайшли відображення в реконструйованих та систематизованих нормах римського класичного права.

Що ж до мотивів захисту шлюбних прав жіночої частини вільнонароджених осіб Римської держави (в добу пізньої античності). Таке гіпотези, яка потребує спеціальних досліджень, можна висловити думку, що в цих нормах відобразилась позиція, сформована під впливом *філософії стоїків*, гуманістичного ставлення до жінки (*гуманізм — любов до людини, людинолюбство*) з провінції, яка могла разом з своїм батьком, стати об'єктом посягання адміністратора на їх права, волевиявлення та свободу. Таке ставлення до жінки було характерним явищем класичного римського та, особливо, юстиніанівського права, що, наприклад, проявилось в суттєвій еволюції майнових прав римських та візантійських жінок (D. 23.3.75; C. 5.13.1.15; I. 2.8 pr.; Nov. 89). З цих же позицій, можна оцінити не стільки наявність права, а відсутність заборони щодо шлюбу доньки чиновника та жителя провінції, оскільки останній, очевидно, не вважався потенційним об'єктом неправомірних дій адміністратора. Якщо порівняти дві моделі право-відносин, що торкалися морально-етичних підстав

юридичної заборони шлюбу та відносин, що в своєму протиправному змісті переходили на публічний рівень відповідальності, то в останніх модель *чоловік* (адміністратор чи його родич) + *жінка* (з провінції), та протилежна модель — *жінка* (донька адміністратора) + *чоловік* (з провінції), мали різні юридичні наслідки: у першому випадку передбачалась юридична відповідальність, у другому — реалізація особою (донька адміністратора) *jus connubii*. Натомість обидві моделі шлюбу, за нормами Октавіана Августа, (сенатор + жінка відомої категорії та жінка сенаторського походження + (наприклад) *вільновідпущеник*, не мали юридичної сили. Таким чином, у кожному випадку, відображених у Lex Julia et Papia Poppaea (поч. принципату) та *mandatum* неназваного імператора (очевидно Каракалли) і сентенціях римських юристів (перша пол. III ст.), були свої, особливі юридичні підстави для заборони шлюбу, оскільки йшлося про соціальний та адміністративний статус осіб. Соціальний статус — явище постійне, окрім обставин пов'язаних з *infamia*, натомість адміністративне становище — тимчасове.

Стосовно наступних фрагментів згаданих юристів (23.2.57; 23.2.63; 23.2.65) необхідно зауважити, що вони, деталізуючи норми фрагменту Павла, співвідносяться з ним, як конкретне та загальне (D. 23.2.38). Однак, окрім уточнення категорій чиновників, яким також заборонялися відповідні шлюби (*praefectus cohortis aut tribunus*), Емілій Папініан, окрім цього, з'ясовує причини та правову природу таких заборон. Він порівнював військових керівників з опікунами, наділеними відповідними повноваженнями і вважав, що саме "**становище вищої влади суперечить шлюбу**" (D. 23.2.63). Отже, цінність *Definitio* Папініана полягає в тому, що автор дає можливість зрозуміти мотивацію законодавців, які за цим визначенням вважали, що будь-яка особа, наділена владою, не може вступити у шлюб, з особою, що перебувала від попередньої у будь-якій формі залежності. Таким чином, в фрагменті Емілія Папініана був зафіксований правовий принцип для врегулювання відносин названих осіб, зміст якого відображав ідеї правової доктрини пізньоантичної та юстиніанівської доби.

Зміст правових норм "Відповідей" Юлія Павла, відображених в останньому з 4-х названих фрагментів (D. 23.2.65), зокрема, його першого параграфу, що по суті підтверджує названу мотивацію, але підкреслює, що незаконний шлюб чиновника з жінкою, що мешкає в провінції, набирав чинності після того, як він склав свої повноваження (D. 23.2.65. § 1). Таким чином, основною перешкодою шлюбу, за текстом фрагмента Павла, був також фактор влади, а не соціальне походження чиновника, що цілком відповідає відомій нормі — принципу його вчителів — Папініана.

Натомість останній фрагмент Павла у певному сенсі суперечив правовому змісту нормативних приписів відомого юриста Марцелла (*Marcellus*). "**Необхідно звертати увагу на те, — підкреслював останній — що б нижчі за чином люди брали в дружини тих, яких забороняється брати тим, хто володіє більш високою гідністю**" (D. 23.2.49). Спосіб систематизації відомих норм заборон в контексті уривку Марцелла та його правовий зміст є красномовним свідченням того, що він також вважався юристами Юстиніана загальним принципом врегулювання шлюбних відносин римських громадян за соціально-політичними ознаками. Але, у практичному значенні норма Марцелла, за формою закріплення бажаної поведінки майбутніх суб'єктів шлюбу, мала все ж таки *рекомендаційний* характер.

Процес християнізації римського права суттєво вплинув на визначення заборонених та незаконних шлюбів. Однак, Конституція імператорів Феодосія, Гра-

ціана і Валентинівна, видана у 380 р., на перший погляд лише пролонгувала норми, які обговорювались в працях названих римських юристів і увійшли, таким чином, до єдиного нормативно-правового акту ранньовізантійських імператорів. Але детальний аналіз її правового змісту свідчить про наступне: законодавець чітко підкреслив мету нормативно-правового акту, яка передбачала захист шлюбних інтересів і прав осіб, які могли бути порушені тими, хто займав найвищу посаду в межах певної адміністративно-територіальної частини імперії (*rector provinciae*); в нормі даного акту значно розширено і чітко визначено коло осіб, які належали до родини та оточення управителя провінції і позбавлялись, таким чином, права на шлюб у провінції. В конституції також допускається можливість заручин, за відповідною формою, з чиновником, який *не всіляє жаж* (*terribilis*), тобто не здійснює владного тиску на бажану жінку, її батька, опікуна, чи піклувальника (захисника), і має намір укласти законний шлюб; врегульовується також питання про передшлюбний дар (що в IV ст. став цілком юридичним явищем), який, у випадку відмови нареченої від шлюбу, після закінчення терміну служби адміністратора, безумовно йому повертався (С. 5.2.1). Наречена чи її домовладка, повернувши передшлюбний дар, не мали окрім цього жодних зобов'язань перед нареченим, які передбачались у звичайних шлюбних правовідносинах. Це пояснюється тим, що ризик відмови нареченої чи її батьків від шлюбної угоди (після складання повноважень), без жодної компенсації покладалася на посадовця, оскільки він був ініціатором шлюбу, що, очевидно, на думку законодавця, могло створити потенційну загрозу незаконного використання ним службового становища. Таким чином, основними поняттями регулятивного механізму Конституції 380 р. є *службовий статус особи, свобода нареченої, передшлюбний дар, термін служби, законний шлюб* або повернення до *status quo*. Мета даного нормативно-правового акту полягала у захисті волевиявлення нареченої та її домовладки (батька чи іншої особи), від можливого посягання і тиску високого посадовця чи когось із його оточення. Отже, мета імператорської конституції цілком відповідала християнській ціннісній парадигмі та правовій доктрині ранньовізантійського періоду.

Закон імператорів Феодосія, Граціяна і Валентинівна, в 438 році увійшов в *Codex Theodosiani* (СТh.3.6.1), а в 534 р., з незначними стилістичними доповненнями, в Кодекс Юстиніана (С. J. 5.2.1). Варто нагадати, що в останній фрагмент Павла, під час систематизації Дигест, була внесена інтерполяція, яка стосувалася передшлюбного дару та обставин його повернення нареченому. Це дає підстави вважати, що її джерелом була, у відповідній частині, конституція Феодосія, Граціяна і Валентинівна (380 р.). Отже, норма про заборону шлюбу правителям провінцій, зазнавши вказаних редакційних змін в Дигестах та у Кодексі Юстиніана, що обумовлювалось впливом канонічного права та відповідними ціннісними орієнтаціями законодавців, увійшла, завдяки авторитету *Corpus juris civilis* Юстиніана, у наступні збірки та зводи візантійського права.

Втім, в часи Еклоги, коли вперше було сформовано, як зауважував Карл Цехаріє фон Лінгентала, християнське шлюбне право [18, с. 57], дана проблематика, – в силу відповідного філософсько-релігійного праворозуміння, що було відображено у вступі до збірки, – формально втратила свою актуальність. Безпосередньою причиною цього було те, що після відомих рішень Вселенського Трулльського (п'ято-шостого) собору 691 – 692 рр., в умовах поширення іконоборського руху, учасники якого, окрім іншого, апелювали до метафізичних

та соціальних ідеалів раннього християнства, в Еклогі (726 р.) імператорів Ісаврійської династії, сформувалась флософсько-правова концепція шлюбу, що була в значній мірі відображенням шлюбного ідеалу християнської Церкви. Законодавці Еклоги чітко визначили форму волевиявлення осіб, які володіли *jus connubii*, та сформували досить розгалужену систему шлюбних заборон (Eccl. 2. 1 – 4) проігнорувавши, при цьому, норми законодавства Юстиніана, що передбачали обмеження шлюбів за соціальним статусом та адміністративним і майновим становищем. Отже, подальша розробка фрагментів римських юристів вважалась недоцільною, оскільки це суперечило християнській ідеї шлюбних відносин, в контексті яких формувалась нова концепція *права осіб*, їх правоздатності та змісту *jus connubii*.

Разом з тим, у вступі до Еклоги, який відображав тогочасну християнську правову доктрину, від імені імператорів Лева III та Константина V, йдеться про врегулювання відносин між особами різного соціального рівня, але *в справедливому суді*, і при особливій відповідальності тих, хто забезпечує реалізацію законів. "Тим же, хто поставлений виконувати закони, – констатували імператори-іконоборці, – ми рекомендуємо, а разом з тим і наказуємо утримуватися від всіляких людських пристрастей і виносити рішення, виходячи із здорового судження відповідно до істинної справедливості; не зневажати бідних, не залишати без переслідування *могутнього* і не висловлювати в перебільшеній формі на словах захоплення справедливості та рівності, насправді ж віддаючи перевагу як більш вигідному несправедливості і лиходійству" [19, с. 50 – 51]. Таким чином, попри формальне посилення на законодавство Юстиніана, як основне правове джерело Еклоги, її законодавці відмовились від норм Дигест, що регулювали відомі шлюбні відносини, передбачили вирішення подібних питань у контексті відповідальності чиновників та суддів за несправедливе рішення стосовно особи, яка займала нижче становище і вступила у певні відносини з впливовою особою. Однак автори Еклоги, при систематизації збірки, формально не заперечували чинності правового положення Кодексу та Дигест, але висловили своє ставлення до врегулювання тотожних проблем на більш абстрактному та загальному рівні, через християнські юридичні принципи процесуального права.

Натомість у добу Македонської династії відповідні норми римського права, доповнені інтерполяціями юристів Юстиніана, знову набрали юридичної чинності. Це було пов'язано не тільки з онтологічними чинниками, але й з особливостями праворозуміння та юридичної техніки законодавців. Поставити завдання відродження, систематизації та адаптації грекомовних текстів норм *Corpus juris civilis* Юстиніана, перекладених з латини на грецьку мову у другій пол. VI та на початку VII ст.), юристи Македонської династії змушені були у монументальному законодавчому зводі – *Basilicorum libri* (систематизованому за інституційною системою), відтворити відповідні норми шлюбно-сімейного права [20, с. 169 – 174]. Причини систематизації Василік, у які увійшли тексти складових частин *Corpus juris civilis*, пов'язані з особливостями мислення візантійських інтелектуалів, які в умовах розвитку середньовічної схоластики намагались при викладі будь-яких поглядів опиратися на непорушні авторитети та користуватися формулюваннями минулих часів (5, с. 33). Це був свого роду період "класицизму", тобто формального відтворення норм правової традиції.

Оскільки авторитетом для візантійських імператорів-реформаторів "доби класицизму" було законодавство Юстиніана, то джерелами відповідних правових норм

заборон, що увійшли у збірки Македонської династії, були фрагменти Дигест та відповідна *конституція* Кодексу Юстиніана (D. 23.2.38; C. 5.2.1; Bas. 28.4.60). В першоджерелах (*Інструкція* імператора, праці римських юристів) дане правове положення не мало християнського змісту, оскільки відповідні джерела появились у першій половині III ст. Але згодом християнських імператорів воно, очевидно, зацікавило в якості юридичного засобу для захисту свободи волевиявлення суб'єктів *законного шлюбу* (*matrimonium*), що належали до різними категорій *romano populus*. Увівши у Василіки нормативно-правові заборони, за адміністративним принципом, імператор Лев VI намагався досягнути подвійної мети: по-перше, він виявив знаки уваги до правових реформ Юстиніана і надав відповідним нормам законної сили (Bas. 28.4.60); по-друге, усвідомивши необхідність врегулювання відповідних суспільних відносин, імператор намагався використати відповідні правові приписи у судовій практиці.

Останнє змусило імператора адаптувати відповідні норми до нових суспільних умов. Для цього був створений новий юридичний акт (Nov. 23), правова форма якого – *Novellae Constitutiones* – сприяла правотворчим підходам, що виходили за межі існуючої правової традиції. Новела імператора Лева VI не стільки доповнила (щодо категорій осіб) попередні джерела, а кардинально змінила правовий зміст відомого нормативного положення, яке, торкаючись визначених суб'єктів шлюбних правовідносин, набрало чітко вираженого заборонно-безальтернативного змісту та імперативного характеру. Це спричинило, між нормами Василік та 23-ї Новели Лева Мудрого, певну колізію, яку очевидно слід тлумачити наступним чином. У випадку з *Basilicorum libri* імператор діяв як типовий середньовічний схоласт, намагаючись внести новий правовий зміст у старі, традиційні форми. У другому – він керувався власним розумінням суспільної необхідності та здоровим глуздом у ставленні до традиції, залучаючи у *Novellae*, при необхідності, навіть норми *jus non scriptum* (7, с. 89 – 92).

Разом з тим, слід зазначити, що основними ідеальними чинниками, які детермінували законодавчу діяльність Лева VI, було римське право та християнські цінності. Якщо перший чинник був реалізований перш за все у *Basilicorum libri*, то другий – в *Procheiros potos* (*компактний збірник права в 40 титулів*). У Василіки увійшли норми відомого правового положення, а в *Прохірон* – лише загальний принцип (як в Еклезії, але інший за формою) врегулювання відповідних суспільних відносин (*Proch.* 7. 16). Однак, опираючись на оцінки відомих дослідників законодавчої діяльності Лева VI, в контексті широкої палітри історичних джерел, слід зазначити, що він керувався не тільки "ідеєю права" (*римського*) та духом християнства, але й суспільною необхідністю та політичною доцільністю. Наприклад, Є. Ліпшиц, посилаючись на вказану Новелу та її наукові оцінки відомого дослідника законодавчої спадщини Лева VI, зауважила: "Відмітимо, що М.Я. Сюзюмов трактує цю новелу як посилення заборон шлюбних зв'язків правителів провінцій з місцевою землевласницькою аристократією" [7 с. 96]. Відомий дослідник історії Візантії Михайло Сюзюмов (1893 – 1982) (колишній студентом Тартуського (Юр'ївського) університету (1911 – 1916) дійсно тривалий час досліджував проблеми міської та частково сільської еліти Візантії, але очевидно його позиція, стосовно законодавчої політики імператора Лева VI, та мотивів відповідного правового положення у 23 Новелі, є більш багатогранною і аргументованою. Так, М. Сюзюмов звернув увагу на небезпеку зосередження в руках столичних сановників адміністративної влади та

земельної власності в провінціях, але окрім соціально-економічних та політичних аспектів історії Візантії, вчений приділив значну увагу ідейно-правовим явищам імперії, зокрема, досліджував *новели* Лева VI у контексті філософсько-правових та економічних поглядів імператора-філософа [5, с. 33-38]. Дослідник звернув увагу на критичне, але зважене ставлення імператора Лева Мудрого до правової традиції. Так, останній підкреслював: "Багато хто, шанує старі часи як щось священне, бажає слідувати їм в житті та в установленнях. Я ж знаю, що хоч старі часи і переважають багато в чому нинішні часи, але все ж таки в дечому старі часи поступаються новим" (Nov. 24). Намагаючись юридично захистити право кожної особи на необмежене нічим і ніким право приватної власності, він, на відміну від юридичної практики країн Східної та Західної Європи (в період середньовіччя та нового часу), не обмежував його стосовно нерухомого майна. Виходячи з принципів приватної власності римського права та християнської ідеї свободи, він виразив свою думку наступним чином: "Кожний власник має право продавати свою нерухомість будь-якій особі, кому забажає. Якщо власник сплачує встановлені державною податки, то ніхто із сусідів не має права перешкоджати відчуженню нерухомості" (Nov. 114). Ідея свободи і римське *jus commercii* обумовили скасування будь-яких обмежень для вільних жителів Константинополя і, передусім, сановників і архонтів столиці в набутті ними нерухомого майна (Nov. 84). Однак, у цій же *новелі*, імператор суворо заборонив вищим чиновникам та великим землевласникам з столиці, які виконували свої обов'язки в провінції, вести там власні комедійні справи та набувати будь-яке майно.

З такою позицією цілком узгоджується заборона, для тих же столичних сановників, що управляли римськими провінціями, одружуватись там з місцевими жителями (Nov. 23) та отримувати від їх батьків, опікунів чи інших уповноважених осіб *установлений посаг* (*dos*). Таким чином, відповідний шлюб міг сприйматись як форма набуття майна в провінції у *володіння*, оскільки посаг, з часів класичного римського права, вважався, принаймні формально, власністю дружини. Втім, цілком зрозуміло, що правитель провінції міг створити законні підстави для того, що б володіння могло набрати юридичного змісту власності.

Разом з тим, не відмовляючись від висловленої ідеї Є. Ліпшиц та М. Сюзюмова про мотиви однозначної і безальтернативної шлюбної заборони, необхідно взяти до уваги, що відповідно налаштований імператор-реформатор, який скасував статус вільновідпущеників, передбачив відповідний юридичний механізм шлюбу вільних і рабів, намагався захистити спадкові інтереси родичів монахів, обмежити економічний тиск *динатів* (читай магнатів) на соціальні низи (та ін.), не міг не керуватись такими ж ідеями свободи (про які, в іншому контексті, писав дослідник М. Сюзюмов), в контексті захисту *jus connubii* осіб, які знаходились під адміністративною юрисдикцією інших. В діях імператора, який керувався здоровим глуздом та прагнув справедливості, помітна відповідна логіка: якщо особисті права (шлюбні та майнові) столичних можновладців у провінціях суворо обмежувались, то права жителів провінції іманентно захищались. Отже, Лев VI у 23 *Novellae* суттєво змінив правовий зміст відомого положення: 1) розширив категорію осіб, які втрачали право на шлюб за відомим принципом; 2) скасував попередні нормативно-правові акти з даної проблематики; 3) однозначно заборонив особам відповідної категорії *romano populus* вступати у шлюб з жителями провінцій. Отже, за нормою Лева VI, будь-яка особа, наділена

владою, не могла вступити у шлюб, з особою, що перебувала від попередньої у будь-якій формі залежності. Остання вимога закону не допускала жодних альтернатив і варіантів, які передбачались попереднім законодавством, оскільки родинні відносини та формування магнатських володінь столичних чиновників в провінції таїли велику небезпеку децентралізації і занепаду держави. Таку позицію підсилює друга смислова частина відомої нам 84 Новели (про заборону сановникам вести комерційні справи в провінції), що увійшла разом з іншими в єдиний, як з'ясувала Є. Липшиц, збірник 113 Новел імператора Лева Мудрого (*Філософа*) (886 – 912 рр.), систематизований в часи його правління (до 894 р.) [7, с. 82].

В цілому, погоджуючись з позицією відомих дослідників законодавства Лева VI, слід зауважити, що *ліберальні* ідеї християнської свободи, неодноразово висловлювані імператором, в якості філософсько-правових принципів, не могли не відобразитись у відповідних нормах, що повинні були гарантувати захист від насильства адміністраторів у шлюбній сфері та вільне волевиявлення до шлюбу мешканцям провінцій.

Потрапивши в *Basilicorum libri* та 23 Новелу Лева Мудрого, нормативно-правові заборони, за адміністративним принципом, зберегли чинність до кінця існування Візантійської імперії, оскільки із *jus vetus* юридичну силу, як правило, зберегли ті норми, які увійшли у законодавство перших імператорів Македонської династії і, передусім, у монументальний звід *Basilicorum libri*, основний пам'ятник права Македонської династії (*60 книг*), який називали "грецьким Юстиніаном" [20, с. 169].

Насамкінець, відома шлюбна заборона увійшла в останні збірки права Візантійської імперії. Так, в збірку канонічного права – Синтагму Матвія Властаря (1335 р.) – згадані норми увійшли в двох варіантах: в лаконічній та розширеній формі. Остання, по суті, поєднала зміст відомої конституції Кодексу (5.2.1) та фрагменту Павла (23.2.38), відображеного у *Basilicorum libri*. Усі ці нормативно – правові акти мають явно виражений диспозитивний характер. Натомість, у *Шестикнижжі Арменопуло*, приватній копії основних положень усієї візантійської правової системи, маємо виклад відповідних норм у формі нормативно-правової дихотомії: 1) відображення названих джерел III, IV та VI ст. (+ фрагмент у *Basilicorum libri*), що передбачали певні альтернативи і навіть тимчасове порушення відповідних норм права, до закінчення служби адміністратора; 2) своєрідна ексцерпт із 23-ї новели імператора Лева VI, що має чітко виражений імперативний характер. Обидві частини відображають правовий зміст вказаних джерел.

Щодо правозастосування норм диспозитивної та імперативної частин відповідного фрагменту *Шестикнижжя Арменопуло* можна припустити, що їх застосовували в судовій практиці могло здійснюватись за прикладом церковних судів, тобто за принципом *акрівії* (принцип вирішення церковних проблем з позицій однозначної визначеності) та *ікономії* (принцип вирішення церковних питань з позицій поблажливості, практичної користі та зручності), в залежності від обставин, оцінка яких, очевидно, покладалась на розсуд судді. Такий підхід можна пояснити особливостями взаємовідносин персоніфікованих представників двох головних інститутів держави – патріарха та імператора. На останньому етапі історії Візантійської імперії (1261 – 1453 рр.) з'яв-

ляються спільні церковно-державні "Вселенські суди", світсько-канонічні правові збірки, спільні нормативно-правові акти. Характерною рисою відносин представників держави і Церкви стала взаємна підтримка імператора та патріарха [20, с. 218, 224, 229 – 233]. Причому домінуюча роль в цих взаєминах належала не імператору як раніше, який керував останками могутньої в минулому середземноморської імперії, а патріарху, оскільки церковна влада останнього поширювалась на усю християнсько-православну ecclesia, яка розташовувалась на трьох світових континентах. Саме вселенські патріархи намагались переконати правителів християнських країн, незадовго до падіння Візантійської імперії, що там де є Церква, там мусить бути імператор, що "імператор (*basileus*) і патріарх – рівно необхідні частини церковно-державного тіла" [21, с. 37]. Тому, посилення ролі Церкви у візантійському суспільстві та державі зумовило те, що не тільки джерела, але й методи канонічного права та церковного судочинства могла впливати на методологію правозастосування у світських судах Візантійської імперії.

В цілому *Синтагм Матвія Властаря* та *Шестикнижжя Арменопуло* мають (майже) компілятивний форму і певний час вважались приватними посібниками для церковних та світських судів. Разом з тим, завдяки цим джерелам (які пізніше стали офіційними збірками Церкви та правових систем православно-християнських держав (*Греції, Румунії*)), відомі норми-заборони шлюбів відповідної категорії осіб були рецепіювані в канонічне та світське право християнських країн та народів.

1. Дигести Юстиніана / Перевод с латинского; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. Т. IV – М., "Статут", 2004. – 780 с. 2. Шулин Ф. Учебник истории римского права. Пер. с нем. И. И. Щукина. Под. ред. В.М. Хвостова. – М., Тип. Э. Лисснера и Ю. Романа, 1893. – 609 с. 3. Римское частное право: Учебник / Под. ред. проф. И. Б. Новицкого и проф. И. С. Перетерского. – М.: Юрист, 544 с. 4. Подпригора О. А., Харитонов Е.О. Римское право: Пособие. – К.: Юринком Интер, 2003. – 512 с. 5. Сюзюмов М.Я. Экономические воззрения Льва VI // *Византийский Временник* – 1959. – Т. XV. – С.33-49. 6. Липшиц Е.Э. Право и суд в Византии в IV–VIII вв. – Л., Издат. "Наука", 1976. – 229 с. 7. Липшиц Е.Э. Законодательство и юриспруденция в Византии в IX – XI вв. – Л., Наука, 1981. – 246 с. 8. Сімейний кодекс України. Станом на 12 травня 2011 року // zakon.rada.gov.ua; 9. Бенеманский М. О ПРОХЕИРОС НОМОС императора Василия Македонянина. Его происхождение, характеристика и значение в церковном праве. Вып. I. – Сергиев Посад, 1906. – 556 с. 10. Дячук Л. Шлюбні "табу" у візантійській правовій культурі // *Про українське право*. – 2008. – № 3. – С. 216 – 237. 11. Fontes iuris romani antiquae edidit Carolus Georgius Bruns. – Tubingae, IN LIBERARIA LAUPPIANA, MDCCCLXXIX [1879]. – S. 105-108. 12. Покровский И.А. История римского права. – Минск: Харвест, 2002. – 528 с. 13. Дюрент В. Цезарь и Христос / Пер. с англ. В.В. Федорина. – М.: КРОН-ПРЕСС, 1995. – 736 с. 14. Ранович А. Б. Эдикт Каракаллы о даровании римского гражданства населению империи // *Вестник Древней истории*. – 1946 – № 2. – С. 66 – 80. 15. Матфей Властарь, иером. Алфавитная Синтагма: Собрание по алфавитному порядку всех предметов, содержащихся в священных и божественных канонах. – М., 2006. – 496 с. 16. Арменопуло К. Шестикнижие. Перевод ручной книги законов или так называемого Шестикнижия, собранного отовсюду и сокращенного достопочтенным Номофилаком и Судьею в Фессалонике Константином Арменопулом. – Ч. II. Одесса, 1908. – 163 с. 17. Дождев Д.В. Римское частное право. – М., Издат. группа ИНФРА М – НОРМА, 1997. – 704 с. 18. Zachariae von Lingenthal K.E. Geschichte des griechisch-romischen Rechts. – Berlin, WEIDMANNSCHE BUCHHANDLUNG, 1892. – 422 с. 19. Эклога. Византийский законодательный свод VIII века (перевод Е.Э. Липшиц) // *Эклога. Византийский законодательный свод VIII. Византийская Книга эпарха. – Рязань, "Александрия", 2006. – 591 с. 20. Медведев И.П. Правовая культура Византийской империи. – СПб.: Алетейя, 2001. – 576 с. 21. Сокольский В. О характере и значении Эпанагоги // *Византийский временник*. Т. I. Вып. I. Под. ред. В.Г. Васильевского и В.Э. Регеля. – СПб, Издание Императорской академии наук, 1894. – 798 с.*

Надійшло до редколегії 08.06.11

УДК 347.764 (477)

Н. Пацурія, канд. юрид. наук, доц.

СТРАХОВИЙ ІНТЕРЕС: ТЕОРЕТИЧНЕ ОБҐРУНТУВАННЯ ТА ПРОБЛЕМ ПРАВОВОГО ЗАКРІПЛЕННЯ

У статті здійснюється теоретико-правовий аналіз наукової категорії страхового інтересу та висвітлюються проблеми закріплення страхового інтересу у законодавстві України.

Ключові слова: потреба, інтерес, страховий інтерес, законодавство України.

В статье осуществляется теоретико-правовой анализ научной категории страхового интереса и освещаются проблемы закрепления страхового интереса в законодательстве Украины.

Ключевые слова: потребность, интерес, страховой интерес, законодательство Украины.

The article carried the theoretical – a legal analysis of scientific category of insurance interest, and highlights the problems of fixing of insurance interest in the legislation of Ukraine.

Key words: need, interest, insurable interest, the legislation of Ukraine.

Актуальність теми дослідження. Сутність страхування як соціально – економічного явища полягає у здатності слугувати засобом задоволення потреб членів суспільства [36, с.4].

Термін "потреби" визначає потребу в будь-чому [31, с.339]. Теорія потреб доводить, що вони різноманітні: фізіологічні, духовні, культурні, економічні, соціальні, тощо. Слід відзначити, що в соціологічній літературі потреби визначаються як об'єктивні категорії, що встановлюють необхідний зв'язок, залежність людини від природи і суспільства [44, с.156]. Проте слід наголосити на тому, що саме соціальний характер потреби піднімає її до нового якісного рівня – рівня інтересу [46, с.7; 23, с.23].

Представники юридичної науки не раз приділяли свою увагу категорії інтересу. Так Р. Ієрінг, Г. Ф. Шершеневич, А. В. Венедіктов визначалися із змістом та місцем в праві категорії інтересу. О. М. Вінник детально дослідила співвідношення та поєднання приватних і публічних інтересів у сфері господарювання. Проблематику категорії інтересу в господарському праві в різні часи також досліджували – Г. Л. Знаменський, В. К. Мамутов, І. Є. Замойський, Г. В. Пронська. П. С. Пацурківський, Ю. П. Пацурківський, О. В. Грищенко.

С. В. Михайлов, О. В. Малько, Н. М. Коркунов, Н. С. Кузнецова та ін. визначалися із інтересом з позицій науки цивільного права. Слід відмітити видатних процесуалістів, які вивчали інтерес як категорію цивільного процесу – М. А. Гурвич, А. Єрошенко, Р. Е. Гукасян.

В свою чергу І. Степанов, К. А. Граве, Л. А. Лунц, А. В. Собакінських, Л. Н. Клоченко, В. І. Сінайський, В. Р. Ідельсон, В. П. Крюков, В. К. Райхер, Ю.Б. Фогельсон, А.І. Худяков, М.Я. Шимінова та ін. досліджували наукову категорію страхового інтересу.

Цілями статті є здійснення аналізу наукової категорії страхового інтересу в праві та висвітлення проблем правового закріплення страхового інтересу в законодавстві України.

Виклад основного матеріалу. З'ясування сутності страхового інтересу вбачається можливим через здійснення аналізу загальної наукової категорії інтересу.

Загальновідомо, що слово "інтерес" має походження від латинського *interest* – мати значення, важливо [15, с.17]. Як визначають дослідники термін "інтерес" виник у середньовіччі як комерційний, що позначав відшкодування збитку. Починаючи з другої половини 20-го століття представники різних наук стали визначати інтерес, як усвідомлену потребу [45].

З позицій сучасної соціології інтерес є спрямованістю суб'єкта на значимі для нього об'єкти, пов'язані із задоволенням його потреб [19, с.238]. Економічна наука визначає інтерес як предмет зацікавленості, бажання, потреби, спонукальні мотиви дій економічних суб'єктів [9, с.549]. У психології інтересом визнається ставлення особистості до предмета. При цьому, за твердженням

психологів, зміст і характер інтересу пов'язані як із будовою і динамікою мотивів і потреб людини, так і з характером форм і засобів освоєння дійсності, якими вона володіє [8, с.164]. Як зазначають правники П. С. Пацурківський та Ю. П. Пацурківський інтерес це суспільне відношення змістом якого виступає потреба, що має соціальний характер і яка виражається в усвідомленні та реалізації цілей [32].

З огляду на це вбачається обґрунтованим підхід щодо визначення терміну "інтерес" через потребу.

В. І. Волович визначає інтерес як соціальну потребу певного суб'єкта (індивіда, групи, народу) через його місце у системі соціальних відносин та взаємодії з приводу умов та засобів задоволення таких потреб [39, с.217]. Р. фон Ієрінг, який започаткував дослідження теорії інтересу в праві у роботі "Інтерес і право" (1880 р.), чітко визначив, що інтерес є суттю життєвих вимог (потреб) [22, с.403]. Аналізуючи і критикуючи подекуди теорію Р. фон Ієрінга Р. В. Тарановський у праці "Інтерес и нравственный долг в праве" (1899 р.), відзначав, що інтерес є основним мотивом життєдіяльності людини [43, с.5] і цінністю блага в його особливому застосуванні до цілей особи [43, с.8].

У вченні Георга Вільгельма Фрідріха Гегеля інтерес є однією з найважливіших категорій філософії духу. На переконання мислителя, "... дії людей випливають із їхніх потреб [курсив мій – Н.П.], ..., їхніх інтересів ... і лише вони відіграють головну роль" [12, с.20].

Юристи радянської доби також не оминули увагою проблему співвідношення наукових категорій "потреба" і "інтерес". Р. Е. Гукасян в роботі "Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве" (1970 р.) відзначав, що категорія "потреба" застосовується до всього живого, а категорія "інтерес" – це соціальна потреба [17, с.9-10].

Сучасний дослідник С. В. Михайлов вивчаючи категорію інтересу у російському цивільному праві та узагальнюючі погляди різних вчених на поняття інтересу відзначає, що зміст інтересу складають саме потреби [28, с.5].

Таким чином, можна стверджувати, що інтерес це певна потреба в чомусь. Проте, слід погодитися із думкою В. П. Грибанова та Р. Е. Гукасяна, які вважали, що хоча між інтересом і потребою існує нерозривний зв'язок, вони є різними категоріями. За концепцією вказаних науковців потреба породжує інтерес, стаючи його змістом. В свою чергу, інтерес, що сформувався є конкретизацією потреби, тобто завершенням процесу проходження потреби через свідомість суб'єкта і спрямованість суб'єкта на певний об'єкт дійсності. Таким чином являючись первинним по відношенню до інтересу, потреба скеровує інтерес [13, с.52; 16, с.115].

Викладене дозволяє сформулювати питання: в чому полягає сутність потреби, що породжує інтерес у страхуванні осіб які функціонують у сфері господарювання?

Відповідаючи на поставлене питання необхідно дослідити сутність категорії "страховий захист". Історія розвитку суспільства доводить наявність постійної боротьби, яка виникає між природою і людиною у безлічі варіантів її прояву. Вказана боротьба зумовлює реалізацію певних ризиків шляхом настання несприятливих подій (випадків), які, як правило, втілюються у заподіянні матеріальних (майнових) збитків або окремому члену суспільства (індивіду, фізичній особі) або їх спільності (об'єднанню осіб в будь-якій формі).

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

Суспільні відносини щодо страхового захисту у сфері господарювання характеризуються наступними ознаками: 1) сфера здійснення – економіка держави, (страховий/ перестраховий ринок України); 2) особливий (обмежений) суб'єктний склад – на страховому/ перестраховому ринку України в якості основного суб'єктного складу виділяють: а) страховиків/ перестраховиків (страхові компанії / перестрахові компанії), товариства взаємного страхування; б) страхових посередників (страхові агенти, страхові та перестрахові брокери); в) об'єднання страховиків та інші. Суб'єкти організаційно – господарських повноважень на страховому ринку України складають дворівневу систему – мова іде про загальний та галузевий рівні. Загальний рівень становлять: Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України, Президент України; галузевий – орган державного управління спеціальної компетенції (орган державного нагляду за страховою діяльністю) – Державна комісія з регулювання ринків фінансових послуг України. Споживачами страхових послуг виступають учасники господарських правовідносин; 3) наявність організаційно-господарських зобов'язань а також поєднання організаційних і майнових елементів – підставою виникнення таких правовідносин у сфері страхування є договір страхування або чинне законодавство України. Чинне законодавство України дає визначення поняття договору страхування у трьох нормативних актах: ЦК України (ст. 979) [2], ГК України (ст. 354) [1], Законі України "Про страхування" (ст.16) [3]. Визначення, які містяться у наведених нормах, певним чином збігаються між собою. Вони містять у своєму змісті необхідні елементи договору страхування: наявність двох сторін страхових правовідносин (страховика і страхувальника); основні зобов'язання страховика і страхувальника; реалізацію зобов'язань страховика щодо здійснення страхових виплат залежно від настання страхового випадку, тощо. Відповідно до чинного законодавства України (ст.5 ЗУ "Про страхування") страхування в Україні здійснюється у двох формах – добровільній та обов'язковій. Обов'язкові види страхування встановлюються законами України, шляхом внесення змін до ст.7 Закону України "Про страхування", яка містить на сьогоднішній день перелік із 37 видів обов'язкового страхування. Згідно законодавства, для здійснення обов'язкового страхування держава встановлює порядок та правила його проведення, форми типового договору, особливі умови ліцензування, розміри страхових сум та максимальні розміри страхових тарифів або методику актуарних розрахунків, шляхом прийняття Кабінетом Міністрів України окремих Постанов, або шляхом прийняття Верховною Радою України спеціальних Законів. [30]; 4) матеріальний зміст господарських відносин, мова іде про суспільне виробництво і реалізація суб'єктами господарювання продукції, виконання робіт, надання

послуг. За своїм змістом страхова діяльність є особливим видом господарської діяльності, оскільки її предметом є надання специфічних послуг (страхових), що здійснюється за плату, постійно і на професійній основі; 5) врегулювання господарських відносин за допомогою господарсько-правових норм – на сьогодні суспільно-страхові відносини у сфері господарювання регулюються законодавством, яке: а) за сферою дії розмежовується, на: загальне законодавство про підприємництво; спеціальне законодавство про страхову діяльність (як окремий вид підприємництва); спеціалізоване, яке охоплює окремі норми права, і є частиною законодавства, що врегульовує зобов'язальні відносини в сфері страхування, та поширюється на всіх учасників страхових правовідносин. Вказані норми можуть входити як до блоку законодавства загальної дії так і до блоку спеціального законодавства; та б) за колом осіб, на: законодавство загальної дії, яке поширюється на всіх осіб, що з'являються в сфері страхової діяльності; відомче законодавство, дія якого поширюється безпосередньо лише на суб'єктів страхової діяльності (страхові (перестрахові) компанії, товариства взаємного страхування, страхових посередників, об'єднання страховиків та інших учасників інфраструктури страхового ринку); локальне нормативне регулювання.

Слід визначити, що специфіка страхового захисту обумовлена: випадковістю настання страхового випадку (реалізації страхового ризику); неможливістю заздалегідь визначити обсяг заподіяної шкоди; необхідністю попередження та подолання наслідків несприятливих подій (страхових випадків); відшкодуванням завданих ризиком збитків.

Таким чином поняття **страхового захисту** можна визначити як систему заходів щодо попередження, подолання, зменшення і відшкодування наслідків страхових випадків, яка забезпечується суб'єктами страхової (перестрахової) діяльності шляхом надання страхових (перестрахових) послуг на підставі договору страхування або закону, у відповідності до вимог чинного законодавства України.

Наведені чинники обумовлюють формування в суспільстві **страхового інтересу** щодо нагромадження і цільового витрачання ресурсів (як грошових так і натуральних) з метою здійснення заходів із попередження, подолання або зменшення негативного впливу ризиків (страхових випадків) і відшкодування збитків, спричинених їх настанням.

Що ж стає змістом страхового інтересу? І в чому полягає сутність потреби, яка його породжує?

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

За висновками фахівців, світова економіка в осяжному майбутньому не матиме змоги компенсувати збитки від стихійних лих і нещасних випадків, витрачаючи усе більше ресурсів на подолання їхніх наслідків і зме-

ншуючи частку ресурсів на відтворення матеріальних благ і поліпшення якості життя.

Накладаючись на менш значні надзвичайні ситуації (повсякденні соціально-економічні проблеми), катастрофи і стихійні лиха, за висловом У. Бека, перетворюють сучасну цивілізацію в "суспільство ризику" [5, с.12].

За таких умов істотну роль у забезпеченні стабільності економічної системи повинні відігравати певні ресурси, якими в змозі оперувати суспільство для зниження ризику нещасних випадків і катастроф, та компенсації завданих ними збитків, мова йде насамперед про грошовий страховий капітал [34, с.47], як фактор фінансового забезпечення майнових наслідків стихійних лих і нещасних випадків [10].

Викладене вище і породжує *потребу* суб'єктів господарювання у відшкодуванні матеріальних збитків, що є наслідками реалізації різноманітних *ризиків*.

Без задоволення вказаної потреби стає неможливим забезпечити безперервність процесу виробництва суспільних матеріальних благ та підтримати належний рівень життєдіяльності суб'єктів господарювання, потреби яких підлягають задоволенню. Саме тому, з метою задоволення визначеної потреби (як правило, у оперативному і повному відшкодуванні збитків, компенсації втрат, які зазнали члени суспільства) зацікавлені особи створюють спеціальні запаси (*страхові фонди*) шляхом поступового, регулярного акумулювання (накопичення) коштів та/або матеріальних ресурсів.

Наведене доводить, що саме страхова потреба (або потреба у страхуванні), породжує страховий інтерес суб'єктів господарювання трансформуючись у його зміст.

Теза про те, що "не має інтересу – не має страхування" є фундаментальною в доктрині страхового права [21, с.72]. Також, сучасні вчені вказують на наявність абсолютної теорії страхового інтересу. [18]

Погляди дослідників страхового права в основному зводяться до того, що у будь-яких правових відносинах категорія інтересу є базисним підґрунтям для реалізації учасниками таких правовідносин своїх суб'єктивних прав.[6, с.79; 40, с.85; 29, с.19].

Узагальнюючі наведене вище, можна відзначити, що *передумовою виникнення соціально-економічного інституту страхування* є інтерес у задоволенні потреб певних осіб (або груп таких осіб), щодо захисту майнових благ від настання наслідків випадкових небезпек (переважним чином, стихійних лих і нещасних випадків).

Інтерес як складна за своїм змістом категорія поділяється на різні види. Страховий інтерес, будучи видовим поняттям категорії "інтересу", характеризується як загальними ознаками, які притаманні науковій категорії інтересу, так і спеціальними ознаками інтересу, які характеризують його особливості у страхових відносинах.

В теорії страхового права існує багато точок зору з приводу визначення страхового інтересу: 1) інтерес це зворотна сторона шкоди; 2) це відношення особи до об'єкту, в силу якого ця особа може зазнати майнову шкоду від певної події, що може статися із певним об'єктом; 3) це шкода або збиток, який був понесений страховальником при виникненні страхового випадку; 4) це предметом страхового правовідношення; 5) це певна потреба осіб у забезпеченні своїх майнових інтересів, тому він не може бути охарактеризованим ні як шкода чи збиток, тим більше як вигода, і не може бути предметом страхового правовідношення; 6) страховий інтерес обумовлений потребою у компенсації майнових втрат, викликаних пошкодженням (знищенням) різних матеріальних цінностей або недоотримання їх; 7) страховий інтерес притаманний виключно майновому страхуванню [15, с.17].

Останні наукові дослідження, розглядають страховий інтерес як обов'язкову передумову укладання договору страхування. Проте дане твердження не вбачається аксіоматичними, адже фактично залишає поза категорією страхового інтересу зобов'язання із страхування які виникають на підставі закону (обов'язкові види страхування).

Семеняка В. В. страховий інтерес при здійсненні комірної діяльності розуміє як майнову зацікавленість страховальника в охороні предмету договору особистого страхування, майнового страхування та страхування відповідальності. Він обумовлюється потребою забезпечити захист майнових інтересів страховальників та третіх осіб [37, с.54].

Гринюк О. В. визначає страховий інтерес, як суб'єктивне вираження потреби суб'єкта (фізичної або юридичної), яке обумовлене певною об'єктивною потребою щодо забезпечення збереження об'єкта страхової охорони, що засноване на юридичному титулі, відповідно до якого ця особа може зазнати збитків при настанні певної події (страхової події) [14, с.5].

Когденко Н. Ю. вказує, що страховий інтерес є формою вираження потреб суб'єкта у страховому захисті, що визначається сукупністю умов навколишньої дійсності (об'єктивна складова) і пройшла крізь свідомість суб'єкта (суб'єктивна складова), що полягає у захисті матеріального стану страховальника [24, с.6], і проявляється через волю діяльності суб'єкта, метою якої є задоволення потреб. Саме з огляду на це, доводить автор, дослідники виділяють у структурі страхового інтересу категорію об'єкту, певну осяжну мету, свідомим і бажаним результатом якої є задоволення потреб [24, с.11].

На нашу думку **страховий інтерес** – це потреба страховальника (застрахованої особи, вигодонабувача, іншої третьої особи) у захисті своїх правомірних майнових інтересів, які є підставою для виникнення страхового правовідношення.

Теоретичні викладки стосовно проблематики категорії страхового інтересу не дозволяють нам оминати увагою практичну проблему пов'язану із закріпленням вказаної категорії у законодавстві України.

Не дивлячись на те, що страховий інтерес є системоутворюючою категорією страхування, його поняття у чинному законодавстві України відсутнє. Слід вказати, що перша редакція Закону України "Про страхування" від 07 березня 1996 року та редакція вказаного Закону від 04 жовтня 2001 року [4] визначали страховий інтерес в якості об'єкта страхування (ст.4). Закон України "Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Цивільного кодексу України" №997-V від 27 квітня 2007 року вніс зміни до назви та абзаци першого ст.4 Закону України "Про страхування" і на сьогодні вказаний Закон визначає ті ж майнові інтереси, в якості предмета договору страхування.

Наведені зміни породжують науково-теоретичну проблему взаємозв'язку та співвідношення таких базових категорій страхового права, як об'єкт страхування та предмет договору страхування.

Для того, щоб розібратися у зазначеному питанні, слід звернутися до аналізу більш загальних категорій вказаного порядку, і перш за все таких як об'єкт і предмет правового регулювання, об'єкт і предмет пізнання.

В. В. Лазарев визначає об'єкт правового регулювання як цілісну сукупність дій або суспільних відносин, які в певній частині піддаються правовому регулюванню. Крім того, він зазначає, що "сфера правового регулювання охоплює наявні суспільні відносини, які потребують нормативного юридичного опосередкування.

Предмет правового регулювання – також включає відому частину суспільних відносин, які *входять до об'єкту правового регулювання* [курсив мій – Н.П.], але разом з тим ці відносини ...фіксують вже існуючі, або такі, що можуть виникнути суспільні відносини" [25, с.59].

Теоретичні надбання кримінально-процесуальної науки, спираючись на наукові доробки теорії права, доводять, що об'єкт пізнання формулюється як частина об'єктивної дійсності. Дійсність, в свою чергу, як категорія, поєднує в собі і реальне і ідеальне. Поряд з поняттям "об'єкт", при описуванні пізнавальної діяльності використовується поняття "предмет". Тому, якщо в загальному плані об'єкт розуміють як частину об'єктивного світу, що знаходиться у взаємодії із суб'єктом, то предмет – це найбільш значущі властивості, зв'язки і відношення, які виділяє суб'єкт в об'єкті, виходячи із своїх цілей. Як зазначає А. С. Барабаш "природа у об'єкта і предмета різна: об'єкт є об'єктивним, предмет є суб'єктивним" [7, с.43].

З огляду на це стає зрозумілим, що наукові категорії об'єкта і предмета відрізняються одна від одної, хоча і залишаються співвідносними як загальне та особливе.

Філософська доктрина також доводить, що різниця між об'єктом і предметом будь-якої категорії пізнання існує. Предмет є лише однією стороною об'єкта [38, с.124]. Таким чином поняття об'єкту страхування є родовим поняттям по відношенню до поняття предмет договору страхування.

Як зазначали Р. Лукич та Сирих В.М., в реальному житті людина приступаючи до предмету пізнання або практичної діяльності, вже має або певне попереднє знання про нього, або, знання, що лише побіжно відносяться до нього [27, с.24; 41, с.43]. Саме ці смутні обриси передбачуваного предмету в науковій літературі іменуються об'єктом пізнання [33, с.92]. На думку В. С. Нерсисянца, "об'єкт – це те, що ще підлягає науковому вивченню за допомогою пізнавальних засобів і прийомів відповідної науки, ... об'єкт науки – це те, що ми про нього знаємо до наукового вивчення, а предмет – це вивчений об'єкт, те, що ми знаємо про нього після наукового пізнання" [35, с.2] [47].

Наведене викликає обґрунтовану критику, стосовно внесення змін до Закону України "Про страхування" якими, законодавцем, термін "об'єкт страхування" було штучно змінено на термін "предмет договору страхування", і при цьому зміст категорії, яка раніше визначалася, як об'єкт страхування, фактично залишився без змін. Слід вказати, що категорія об'єкту страхування та категорія предмету договору страхування не є взаємозамінними, хоча, безперечно, є взаємопов'язаними. Крім того, необхідно звернути увагу на той факт, що не дивлячись на відсутність визначення об'єкту страхування у чинному законодавстві України, ст.2, ст.15 Закону України "Про страхування" та ст.5 Закону України "Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів", як спеціальний нормативно-правовий акт в галузі здійснення окремого виду обов'язкового страхування [20], оперіюють терміном об'єкт страхування, надаючи йому іншого змісту, ніж той який вкладено у ст.4 ЗУ "Про страхування" [42].

Щоб уникнути такого спотвореного, однобокого зображення дійсності, необхідно брати вихідним пунктом пізнання не логічні поняття, категорії, а саму об'єктивну реальність, відображенням якої ці поняття і категорії є [41, с.101-102].

Таким чином, проведений аналіз норм Закону України "Про страхування" дає підстави стверджувати, що: 1) категорія "об'єкт страхування" була замінена в зако-

нодавстві України на категорію "предмет договору страхування" без достатніх теоретичних підстав і належного обґрунтування; 2) стаття 2, ст. 15 чинної редакції Закону України "Про страхування" визначає в якості об'єкта страхування такі категорії, які є лише частиною родового поняття об'єкт страхування [11]; 3) ст. 5 Закону України "Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів" визначає об'єктом вказаного виду страхування категорію більш високого порядку ніж ні які передбачені ст. 2, ст. 15 чинної редакції Закону України "Про страхування". Наведені приклади (ст.2, ст.15 Закону України "Про страхування", ст.5 Закону України "Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів") доводять, що при формуванні страхомого законодавства України порушена логіка побудови і віддзеркалення певних класифікаційних засад; 4) стаття 4 Закону України "Про страхування", спираючись на основні постулати законодавчої техніки, знаходиться "не на своєму місці". Розділ перший Закону України "Про страхування", в якому міститься ст. 4 має назву "загальні положення", при цьому розділ другий вказаного закону має назву "договір страхування", де, логічно і повинні знаходитися умови про предмет договору страхування; 5) в якості об'єкту страхування виступає певний майновий (страховий) інтерес, який притаманний суб'єкту страхових відносин, що формується через наявні страхові потреби, з приводу подолання та/або зменшення негативних наслідків стихійних лих та нещасних випадків. Предметом договору страхування є "певна річ матеріального світу, ... той предмет з приводу якого відбулася угода контрагентів" [26, с.32].

Проведений аналіз доводить необхідність внесення змін та /або доповнень до чинного законодавства України, зокрема:

I. Внести зміни до ст.4 Закону України "Про страхування", виклавши її в наступній редакції:

"Стаття 4. Об'єкти страхування

Об'єктами страхування можуть бути майнові інтереси, що не суперечать закону і пов'язані: з життям, здоров'ям, працездатністю та пенсійним забезпеченням (особисте страхування); володінням, користуванням і розпорядженням майном (майнове страхування); з відшкодуванням страховальником заподіяної ним шкоди особі або її майну, а також шкоди, заподіяної юридичній особі (страхування відповідальності).

II. Доповнити розділ другий Закону України "Про страхування" ст.16¹, виклавши її в наступній редакції:

"Стаття 16¹. Предмет договору страхування

Предметом договору страхування можуть бути особисті немайнові блага, майнові права, права вимоги, дії, роботи, послуги виробничого і невиробничого характеру, індивідуально визначні речі, нематеріальні активи, цінні папери та інше майно".

III. Абзац 2, ч.2 ст.2 Закону України "Про страхування" змінити, виклавши його в наступній редакції:

"виключно із страхування ризиків, пов'язаних з морськими перевезеннями, комерційною авіацією, запуском космічних ракет і фрахтом (включаючи супутники), у разі, якщо предметом договору страхування є товари, які транспортуються, та/або транспортні засоби, якими вони транспортуються, та/або будь-яка відповідальність, що виникає у зв'язку з таким транспортуванням товарів".

IV. Абзац 4, ч.2 ст.2 Закону України "Про страхування" змінити, виклавши його в наступній редакції:

"страхове посередництво, таке як брокерські та агентські операції стосовно: перестрахування, виключно із страхуванням ризиків, пов'язаних з морськими переве-

женнями, комерційною авіацією, запуском космічних ракет і фрахтом (включаючи супутники), у разі, якщо предметом договору страхування є товари, які транспортуються, та/або транспортні засоби, яким вони транспортуються, та/або будь-яка відповідальність, що виникає у зв'язку з таким транспортуванням товарів".

V. Абзац 2, ч.8 ст.15 Закону України "Про страхування" змінити, виклавши його в наступній редакції:

"договорів страхування ризиків, пов'язаних з морськими перевезеннями, комерційною авіацією, запуском космічних ракет і фрахтом (включаючи супутники), в разі коли предметом договору страхування є товари, які транспортуються, та/або транспортні засоби, яким вони транспортуються, та/або будь-яка відповідальність, що виникає у зв'язку з таким транспортуванням товарів".

VI. Статтю 980 Цивільного кодексу України змінити, виклавши її в наступній редакції:

"Предметом договору страхування можуть бути особисті немайнові блага, майнові права, права вимоги, дії, роботи, послуги виробничого і невиробничого характеру, індивідуально визначні речі, нематеріальні активи, цінні папери та інше майно".

VII. Статтю 982 Цивільного кодексу України змінити, виклавши її в наступній редакції:

"Істотними умовами договору страхування є об'єкт страхування, предмет договору страхування, страховий випадок, розмір грошової суми, в межах якої страховик зобов'язаний провести виплату у разі настання страхового випадку (страхова сума), розмір страхового платежу і строки його сплати, строк договору та інші умови, визначені актами цивільного законодавства".

Висновки. Дослідження категорії об'єкта страхування дозволило встановити, що об'єктом страхування виступає саме страховий інтерес.

Перспективи подальших розвідок у цьому напрямку полягають у розробці цілісної науково – обґрунтованої теорії страхового інтересу у сфері господарювання.

1. Господарський кодекс України від 16.01.2003 року // Офіційний вісник України. – 2003. – №11. – ст.462. 2. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 року // Офіційний вісник України. – 2003. – №11. – Ст. 461. 3. Закон України від 7 березня 1996 року № 85/96-ВР "Про страхування" // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №18. – Ст.78. 4. Закон України від 04 жовтня 2001 року № 2745-III "Про внесення змін до Закону України "Про страхування" // Відомості Верховної Ради України. – 2007. – № 33. – ст. 440. 5. Beck U. Risk Society: Towards a New Modernity. – L.: Thousand Oaks, 1992. – 260 p. 6. Абрамов В.Ю. Страховий інтерес як разновидність категорії інтереса в гражданском праве // Юридическая и правовая работа в страховании. – 2006. – № 1. – с.78-93. 7. Барабаш А.С. Соотношение понятий "объект" и "предмет" познания и использование из при описании уголовно-процессуальной деятельности // Юридическая наука и юридическое образование в России на рубеже веков: состояние, проблемы, перспективы. Материалы региональной научно-практической конференции. – Ч.3. – ИЗД-ВО ТГУ, Тюмень, 2001. – с.43. 8. Большой психологический словарь / Под ред. Б. Г. Мещерякова, В. П. Зинченко. – М.: АСТ Москва, 2009. – 816 с. 9. Большой экономический словарь / Под ред. Азриляна А.Н. – М.: Институт новой экономики, 2007. – 1472 с. 10. В даному аспекті термін "страховий капітал" вживається в широкому розумінні, як будь-який акумульований майновий капітал (фонд) призначений для компенсації та/або відшкодування постраждалим особам завданих збитків в результаті реалізації певних ризиків (централізовані резерви (страхові) фонди держави, децентралізовані фонди, страхові фонди (резерви) страховика). 11. Відповідно до ч. 2 ст. 2 Закону України "Про страхування" Забороняється здійснювати страхову діяльність на території України страховиками-нерезидентами, крім таких видів страхової діяльності: виключно із страхування ризиків, пов'язаних з морськими перевезеннями, комерційною авіацією, запуском космічних ракет і фрахтом (включаючи супутники), у разі, якщо об'єктом страхування [курсив мій – Н.П.] є майнові інтереси, пов'язані з товарами, які транспортуються, та/або транспортним засобом, яким вони транспортуються, та/або будь-яка відповідальність, що виникає у зв'язку з таким транспортуванням товарів; перестраховування; страхове посередництво, таке як брокерські та агентські операції стосовно: перестраховування, виключно із страхуванням ризиків, пов'язаних з морськими перевезеннями, комерційною авіацією, запуском космічних ракет і фрахтом (включаючи супутники), у разі, якщо об'єктом страхування [курсив мій – Н.П.] є майнові інтереси, пов'язані з товарами, які транспортуються, та/або транспортним засобом,

яким вони транспортуються, та/або будь-яка відповідальність, що виникає у зв'язку з таким транспортуванням товарів; допоміжні послуги із страхування, такі як консультаційні послуги, оцінка актуального ризику та задоволення претензій. Ч.8 ст.15 Закону України "Про страхування" вказує, що посередницька діяльність на території України з укладання договорів страхування з іноземними страховиками не допускається, крім: договорів страхування ризиків, пов'язаних з морськими перевезеннями, комерційною авіацією, запуском космічних ракет і фрахтом (включаючи супутники), в разі коли об'єктом страхування [курсив мій – Н.П.] є майнові інтереси, пов'язані з товарами, які транспортуються, та/або транспортним засобом, яким вони транспортуються, та/або будь-яка відповідальність, що виникає у зв'язку з таким транспортуванням товарів; договорів перестраховування з додержанням вимог цього Закону. 12. Гегель Г.В.Ф. Работы разных лет. – М.: 1972. – Т. 2 – 630 с. 13. Грибанов В. П. Интерес в гражданском праве // Советское государство и право. – 1967. – № 1. – С.49-56. 14. Гринюк О.В. Цивільно-правові аспекти майнового страхування в Україні. Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. – Київ, 2004. – 15 с. 15. Грищенко О.В. Страховий інтерес як необхідна умова існування страхового правовідношення // Науковий вісник Чернівецького університету серії "Правознавство". – 2002. – №3. – С.15-18. 16. Гукасян Р.Е. Правовые и охраняемые законом интересы // Советское государство и право. – 1973. – № 7. – С. 113-116. 17. Гукасян Р.Е. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве. Саратов, 1970. – 190 с. 18. Дедиков С.В. Функциональная теория страхового интереса. [Электронный ресурс] / "эж-ЮРИСТ". – 08.04.2010. – Режим доступа: <http://www.gazeta-urist.ru/article.php?i=1105> 19. Джери Д., Джери Дж. Большой толковый социологический словарь. В 2-х томах: Пер. с англ. Н.Н. Марчук. – М.: Вече, АСТ, 1999. – Т.1 – 544 с. 20. Закон України "Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів" визначає, що об'єктом обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності є майнові інтереси, що не суперечать законодавству України, пов'язані з відшкодуванням особою, цивільно-правова відповідальність якої застрахована, шкоди, заподіяної життю, здоров'ю, майну потерпілих внаслідок експлуатації забезпеченого транспортного засобу // Закон України "Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів" № 1961-IV від 01.07.2004 року // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 1. – (07.01.2005). – ст.1. 21. Идельсон В.Р. Страховое право. (лекции читанные в С.-Петербургском Политехническом Институте на Экономическом Отделении, Страховом подотделе в 1907 г.). – М.: Анкил, 1993. – 96 с. 22. Иеринг Р. Избранные труды. Самара, 2003. – 520 с. 23. Илларионов Т.Н. Механизм действия гражданско-правовых охранительных мер: Учебное пособие. Свердловск, 1980. – 76 с. 24. Когденко Н.Ю. Страховой интерес и смежные категории имущественного страхования в гражданском праве России. Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. – Волгоград, 2007. – 27 с. 25. Лазарев В.В. Определение сферы правового регулирования // Правоведение. – 1980. – №5. – с. 54-71. 26. Лион С.Е. Договор страхования по русскому праву. Товарищество "Печатная С. П. Яковлева", Москва, 1892. – 81 с. 27. Лукич Р. Методология права. М., 1981. – 304 с. 28. Михайлов С.В. Категория интереса в российском гражданском праве. – М.: Статут, 2002. – 205 с. 29. Михайлов С.В. Страховой интерес // "Страховое право". – 1999. – № 3. – с.19-28. 30. Мова іде про Закон України "Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів" від 1 липня 2004 року №1961-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 1. – ст.1. Слід вказати, що при запровадженні обов'язкового медичного страхування у відповідності до п.1, ч.1 ст.7 Закону України "Про страхування" регламентація вказаних відносин також буде здійснюватися Законом, прийнятим з огляду на проект Закону України № 5655 від 16.06.2004 року "Про обов'язкове медичне страхування" та проект Закону України № 4279 від 30.03.2009 року "Про фінансування охорони здоров'я та медичне страхування" [Електронний ресурс] / Електронна правова система "Законодавство України". – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua> Правовий механізм інших видів обов'язкового страхування перелік яких міститься у ст.7 Закону України "Про страхування" на сьогодні регламентується відповідними Постановами Кабінету Міністрів України. 31. Ожегов С.И. Словарь русского языка. М.: Русский язык; Издание 20-е, 1988. – 750 с. 32. Пацурківський П.С. Пацурківський Ю.П. Юридична категорія "інтерес" у цивільному праві. [Електронний ресурс] / Науковий вісник Чернівецького університету: Збірник наукових праць. Вип.200: Правознавство. – Чернівці: Рута, 2003. – С. 45-50. Режим доступу: <http://lawreview.chnu.edu.ua/article.php?lang=ua&visnuk=18&article=395> 33. Пермяков Ю. Е. Философские основания юриспруденции: монография / Ю. Е. Пермяков. – Самара : Самар. гуманитар. акад., 2006. – 248 с. 34. Порфирьев Б. Н. Опасность природных и антропогенных катастроф в мире и в России // Российский экономический журнал. – 2003. – № 5-6. – с. 44-55. 35. Проблемы общей теории права и государства : Учебник для вузов / Под общ. ред. академика РАН, д. ю. и., проф. В. С. Нерсисянца. – М.: Норма, 2004. – 832 с. 36. Рабинович П. Соціальна сутність прав людини: у світі потребового підходу // Вісник Академії правових наук України. – 2005. – №1. – с. 3-14. 37. Семеняка В.В. Цивільно-правове регулювання страхування в сфері космічної діяльності. Дис... канд. юр. наук: 12.00.03. – Київ, 2003. – 199 с. 38. Смирнов И., Титов В. Философия: учебник для студентов высших учебных заведений. – М.: 1998. – 288 с. 39. Соціологія: короткий енциклопедичний словник / В.І. Волович та ін. За ред. В.І. Волович. – К.: Український центр духовних культур, 1998. – 736 с.

40. Страхование от А до Я / под ред. Л.И. Корчевской, К.Е. Турбиной. – М., 1996. – 624 с. 41. Сырых В. М. Логические основания общей теории права: В 2 т. Т. 1: Элементный состав. – 2- изд., испр. и доп. – М.: Юридический Дом "Юстицинформ", 2001. – 528 с. 42. Так, за чинною редакцією ст. 4 Закону України "Про страхування" предметом договору страхування можуть бути майнові інтереси, що не суперечать закону і пов'язані: з життям, здоров'ям, працездатністю та пенсійним забезпеченням (особисте страхування); з володінням, користуванням і розпорядженням майном (майнове страхування); з відшкодуванням страховальником заподіяної ним шкоди особі або її майну, а також шкоди, заподіяної юридичній особі (страхування відповідальності). Ст.4 Закону України "Про страхування" в редакції від 07 березня 1996 року встановлювала, що об'єктами страхування можуть бути майнові інтереси, що не суперечать законодавству України, пов'язані: з життям, здоров'ям, працездатністю та додатковою пенсією страховальника або застрахованої особи (особисте страхування); з володінням, користуванням і розпорядженням майном (майнове страхування); з відшкодуванням страховальником заподіяної ним шкоди особі або її майну, а також шкоди, заподіяної юридичній особі (страхування відповідальності). Чинна редакція ст. 2 Закону України "Про страхування" забороняє здійснювати страхову діяльність на території України страховиками-нерезидентами, крім таких видів страхової діяльності: виключно із страхування ризиків, пов'язаних з морськими перевезеннями, комерційною авіацією, запуском космічних ракет і фрахтом (включаючи супутники), у разі, якщо об'єктом страхування є майнові інтереси, пов'язані з товарами, які транспортуються, та/або транспортним засобом, яким вони транспортуються, та/або будь-яка відповідальність, що виникає у зв'язку з таким транспортуванням товарів; перестрахування; страхове посередництво, таке як брокерські та агентські операції стосовно: перестрахування, виключно із страхуванням ризиків, пов'язаних з морськими перевезеннями, комерційною авіацією, запуском космічних ракет і фрахтом (включаючи

супутники), у разі, якщо об'єктом страхування є майнові інтереси, пов'язані з товарами, які транспортуються, та/або транспортним засобом, яким вони транспортуються, та/або будь-яка відповідальність, що виникає у зв'язку з таким транспортуванням товарів; допоміжні послуги із страхування, такі як консультативні послуги, оцінка актуарного ризику та задоволення претензій. 43. Тарановський Р. В. Интерес и нравственный долг в праве. Типография Варшавского учебного округа, Краковское предместье, №3. – Варшава, 1899 р. – 21 с. 44. Чинаков Л.И. К вопросу об интересе как социологической категории // Вопросы научного коммунизма и философии: Материалы теоретической конференции. Корасноярск, 1965. – С.156. 45. Шорохова Т.В. Проблема определения категории "интерес" в современной отечественной психологии и педагогике. [Электронный ресурс] // Интернет-журнал "Эйдос". – 2004. – 5 декабря. – Режим доступа: / <http://www.eidos.ru/index.htm> 46. Экимов А.И. Интересы и право в социалистическом обществе. Л., 1984. – 134 с. 47. Як що підтримати думку В.С. Нерсисянца про те, що в процесі теоретичного пізнання іде перетворення об'єкту в предмет, можна припустити, як зазначає Ю.Є.Пермяков, що завданням юридичної науки є артикуляція метафізичних засад права за допомогою доктринальних суджень. Метафізика передусе науковому пізнанню. Перш ніж досліджувати політичну форму юридичної влади, ми маємо уяву про ієрархію світу і необхідності організованого примусу. Перш ніж досліджувати умови винесення справедливого вироку, треба хоч щось знати про справедливість або допускати її наявність. Говорячи простіше, юриспруденція повинна мати в собі алгоритм переведення політичних і моральних імперативів у юридичну форму, коли б твердження про долю речі або людини набувало юридичної сили і знання непорушного юридичного факту // Пермяков Ю. Е. Философские основания юриспруденции: монография / Ю. Е. Пермяков. – Самара : Самар. гуманит. акад., 2006. – 248 с.

Надійшла до редколегії 08.06.11

УДК: 346:58

В. Поєдинок, канд. юрид. наук, доц.

СИСТЕМА ПРАВОВИХ РЕЖИМІВ ІНОЗЕМНОГО ІНВЕСТИВАННЯ

У статті висвітлюються загальні питання застосування правових режимів іноземного інвестування. Розмежовані поняття правового режиму іноземних інвестицій та правового режиму іноземного інвестування. Розглянуті сутність та сфера застосування національного режиму, режиму найбільшого сприяння та спеціального режиму.

Ключові слова: правовий режим, іноземне інвестування, національний режим, режим найбільшого сприяння, спеціальний режим.

В статье освещаются общие вопросы применения правовых режимов иностранного инвестирования. Разграничены понятия правового режима иностранных инвестиций и правового режима иностранного инвестирования. Рассмотрены сущность и сфера применения национального режима, режима наибольшего благоприятствования и специального режима.

Ключевые слова: правовой режим, иностранное инвестирование, национальный режим, режим наибольшего благоприятствования, специальный режим.

The article deals with the general issues concerning application of the legal treatments of foreign investment. The concepts of legal treatment of foreign investment and legal treatment of foreign investment activities are distinguished. The essence and coverage of national treatment, most-favoured nation treatment and special treatment are examined.

Key words: legal treatment, foreign investment, national treatment, most-favoured nation treatment, special treatment.

Правові питання іноземного інвестування традиційно привертають значну увагу дослідників. Цьому сприяють чинники подвійного характеру: *по-перше*, іманентна конфліктність регуляторних цілей формування сприятливого для іноземних капіталовласників інвестиційного клімату та забезпечення належного рівня національної безпеки країни – імпортера капіталу; *по-друге*, неоднорідність системи джерел правового регулювання відносин іноземного інвестування, яка характеризується складними взаємозв'язками і взаємодіями національно-правового та міжнародно-правового компонентів.

У вітчизняній юридичній науці проблематика іноземного інвестування представлена великою кількістю досліджень [4; 5; 7; 8; 10]. Усі вони неминуче торкаються теми *правового режиму* іноземного інвестування, хоча б з огляду на те, що категорія "режим" винесена в назву спеціального Закону, який регулює інвестиційну діяльність іноземних інвесторів в Україні. У цій статті ми ставимо за мету висвітлення деяких теоретичних аспектів правових режимів іноземного інвестування, розробка яких раніше не здійснювалася або потребує поглиблення. Для досягнення поставленої мети визначено наступні завдання: встановлення співвідношення поняття "правовий режим іноземного інвестування" та "правовий режим іноземних інвестицій"; визначення

змісту і сфери застосування національного режиму та режиму найбільшого сприяння; встановлення системного зв'язку між цими режимами та спеціальним режимом.

В рамках загальної теорії права С.С. Алексєєв визначає *юридичний режим регулювання* як особливу систему правового впливу, що полягає головним чином у специфіці прийомів (методу) регулювання, а також у його механізмі. Вказана специфіка настільки істотна, що складається саме режим регулювання, особлива його атмосфера – такий порядок, який пронизаний єдиними принципами і який позначається на усіх його елементах. Дотичним поняттям виступає механізм регулювання, тобто особливе зчеплення норм, правовідносин, індивідуальних актів, яке також виражає особливий юридичний режим (з точки зору властивого галузі юридичного інструментарію) [1, с. 162, 176].

Терміном "режим" ("правовий режим") широко оперує і сучасне господарське законодавство України. В.С. Щербина відзначає, що завдяки універсалізму термін "правовий режим", який у первісному розумінні й значенні вживався лише щодо майна (його окремих видів) господарських органів та інших видів майна, згодом почав застосовуватися і щодо інших об'єктів – діяльності, території, стану тощо [9, с. 70].

Відповідно до ст. 1 Закону України від 19 березня 1996 р. "Про режим іноземного інвестування", іноземні інвестиції – це цінності, що вкладаються іноземними інвесторами в об'єкти інвестиційної діяльності відповідно до законодавства України з метою отримання прибутку або досягнення соціального ефекту. Виходячи з цього визначення, "правовий режим іноземних інвестицій" є саме правовим режимом *майна* у сфері господарської (інвестиційної) діяльності.

Під правовим режимом майна у господарсько-правовій науці розуміють встановлені правовими нормами структуру цього майна, порядок його формування, використання і вибуття, звернення на нього стягнень кредиторів, а також межі розпорядження майном з боку третіх осіб [9, с. 71]. Специфіку правового режиму іноземних інвестицій порівняно з загальним правовим режимом майна становлять правові засоби, що містяться у спеціальному законодавстві та міжнародно-правових актах про іноземні інвестиції, чільне місце серед яких займають гарантії для іноземних інвесторів у разі примусових вилучень інвестицій та щодо репатріації інвестиційних капіталів.

Вважаємо, що термін "правовий режим іноземних інвестицій" не можна вважати замінником "правового режиму інвестиційної діяльності іноземних інвесторів" (або, коротше, "правового режиму іноземного інвестування"). По-перше, "спеціальна складова" правового режиму іноземних інвестицій спрямована на вирішення лише одного регуляторного завдання – захисту іноземних капіталовкладень, з огляду на що піддається значній міжнародно-правовій уніфікації. Що ж до правового режиму іноземного інвестування, то він обслуговує значно ширше коло регуляторних завдань, що стоять перед приймаючою державою – встановлення умов, меж та порядку допуску іноземних інвестицій, залучення цих інвестицій до пріоритетних секторів економіки, запобігання порушенню суб'єктами інвестиційної діяльності інтересів споживачів, завданню шкоди довкіллю тощо. По-друге, поняття "правовий режим іноземних інвестицій" стосується тільки майнового аспекту інвестиційної діяльності іноземних інвесторів і не може охоплювати організаційного аспекту. Тимчасом, в процесі інвестиційної діяльності інвестор здійснює численні дії саме організаційного характеру (як-от: затвердження та експертиза інвестиційних проектів, отримання ліцензій та інших дозвільних документів, сертифікація продукції тощо). По-третє, "правовий режим іноземних інвестицій" стосується тільки вже вкладених майнових цінностей, тобто, не охоплює так звану передінвестиційну стадію/фазу інвестиційного процесу.

Положення про правові режими іноземного інвестування у законодавстві України вперше з'явилися у ст. 7 Закону України від 16 квітня 1991 р. "Про зовнішньоекономічну діяльність", яка передбачає запровадження трьох правових режимів для іноземних суб'єктів господарської діяльності: *національного, режиму найбільшого сприяння та спеціального*.

Національний режим означає, що іноземні суб'єкти господарської діяльності мають обсяг прав та обов'язків не менший, ніж суб'єкти господарської діяльності України. Національний режим застосовується щодо всіх видів господарської діяльності іноземних суб'єктів цієї діяльності, пов'язаної з їх інвестиціями на території України (ч. 4 ст. 7 Закону "Про зовнішньоекономічну діяльність"). Положення про національний режим діяльності іноземних інвесторів відтворене в ч. 1 ст. 394 Господарського кодексу України та ч. 1 ст. 7 Закону "Про режим іноземного інвестування".

Надання національного режиму у зв'язку зі здійсненням іноземних інвестицій сприймається більшістю вітчизняних дослідників як дещо беззаперечне. Так, Д.Е. Федорчук вказує, що національний режим для іноземних інвесторів є загальним правилом. Він діє практично в усіх європейських державах, а також у США, Канаді, Австралії. Як загальний стандарт ставлення до іноземних інвесторів національний режим передбачений, на думку автора, і в рамках СОТ [10, с. 50]. Втім, коректність такого узагальнення потребує більш глибокого розгляду. За словами Томаса Вельде, провідного фахівця в галузі міжнародного інвестиційного та енергетичного права, правові та інституційні системи західних країн повняються явними та прихованими засобами захисту вітчизняних виробників та дискримінації іноземних інвесторів. Бюджетна підтримка, ліцензування експорту та імпорту, державні закупівлі, допуск до нафтогазових ресурсів та необхідних інфраструктурних благ, конкурентне регулювання, оподаткування, дозвільна система, природноресурсове законодавство часто використовуються з метою протекціонізму [21, с. 7]. Не маючи змоги здійснити в рамках статті репрезентативний огляд положень законодавства окремих зарубіжних країн, зосередимося на джерелах міжнародного інвестиційного права, яке узагальнює різноманітність сучасних підходів до регулювання інвестиційних відносин.

За оцінкою ЮНКТАД, національний режим є можливо найбільш важливим стандартом ставлення до іноземних інвесторів, закріпленим у міжнародних інвестиційних угодах. Водночас, цього стандарту найскладніше досягти, оскільки він зачіпає економічно (і політично) чутливі питання. Насправді, жодна країна дотепер не визнала за можливе надавати національний режим без застережень, особливо коли йдеться про право заснування [18, с. 1]. У міжнародному інвестиційному праві розрізняють дві стадії інвестиційного процесу – *передінвестиційну* (*pre-investment, pre-establishment*) та *постінвестиційну* (*post-investment, post-establishment*). Обсяг і характер зобов'язань, що приймаються державами на підставі міжнародних інвестиційних угод, стосовно кожної з двох стадій можуть суттєво відрізнятися.

У переважній більшості міжнародних інвестиційних угод зобов'язання надавати національний режим приймається лише у зв'язку з постінвестиційною стадією. Тобто, національний режим поширюється лише на ту діяльність іноземних інвесторів, яка здійснюється у зв'язку з інвестиціями, що були вкладені у приймаючій країні у відповідності з її законами і правилами. Зобов'язання надавати національний режим не стосується права приймаючих країн регулювати допуск іноземних інвестицій або встановлювати умови заснування підприємств з іноземною участю (див., наприклад: ч. 1 ст. 2 та ч. 1 ст. 3 Угоди між Україною і Федеративною Республікою Німеччина про сприяння здійсненню і взаємний захист інвестицій, ч. 1, 2 ст. 2 Угоди між Україною та Турецькою Республікою про взаємне сприяння та захист інвестицій, ч. 1 ст. 2 та ч. 1 ст. 3 Угоди між Урядом України та Урядом Держави Ізраїль про взаємне сприяння та захист інвестицій, ст. 10 (7) Договору енергетичної хартії).

Лише дві країни – США та Канада – відомі тим, що наполягають на включенні положення про національний режим на передінвестиційній стадії до двосторонніх інвестиційних угод, що укладаються ними [11; 12]. Північноамериканська угода про вільну торгівлю (NAFTA) (учасницями якої є ці самі країни) так само надає національний режим інвесторам та інвестиціям іншої договірної сторони стосовно "заснування, придбання, розширення, управління, супроводу, операційної діяльності та продажу або іншого розпорядження інвестиціями"

(ст. 1102). Однак загалом "у царині інвестування поширення національного режиму не лише на пост-, а й на передінвестиційну стадію сприймається багатьма країнами як "революція" [18, с.4].

Тимчасом як деякі міжнародні документи передбачають надання національного режиму на передінвестиційній стадії, ці документи не є зобов'язуючими (наприклад, Кодекс з лібералізації руху капіталів ОЕСР, Інвестиційні принципи Азіатсько-тихоокеанської економічної співпраці (АПЕК). Проект Багатосторонньої інвестиційної угоди, розроблений в рамках ОЕСР, яка об'єднує економічно благополучні країни, що передбачав зобов'язуючі положення про національний режим, не здобув прихильності багатьох з цих країн, і переговори щодо його прийняття були припинені [16].

Не дивно, що і в рамках СОТ, яка є набагато більш гетерогенною групою, аніж ОЕСР, національний режим аж ніяк не є загальним стандартом ставлення до іноземних інвесторів. Слід відзначити, що наразі регулювання СОТ охоплює лише поодинокі аспекти здійснення інвестиційної діяльності. Угодами СОТ, які безпосередньо регулюють інвестиційні відносини, є Угода про пов'язані з торгівлею інвестиційні заходи (ТРИМС) та Генеральна угода з торгівлі послугами (ГАТС).

ТРИМС забороняє будь-які "пов'язані з торгівлею інвестиційні заходи", несумісні з положеннями статей III або XI ГАТТ 1994. Крім того, вона містить ілюстративний перелік заходів, який прямо забороняє вимоги локалізації виробництва, вимоги торговельного балансу, обмеження обміну валют та експортні обмеження (вимоги місцевого продажу), які суперечать статтям III:4 або XI:1 ГАТТ 1994. Роль ТРИМС у правовому режимі іноземного інвестування доволі обмежена. По-перше, зобов'язання, які ця Угода покладає на Членів, стосуються виключно постінвестиційної фази. По-друге, ця Угода перебуває у системному зв'язку з ГАТТ, а остання поширює національний режим лише на *товари*, а не на господарську діяльність відповідних суб'єктів загалом.

Щодо ГАТС, то вона розрізняє чотири способи міжнародної поставки послуг (ст. I (2)), з-поміж яких з інвестиційною діяльністю традиційно асоціюється третій спосіб – *комерційна присутність (commercial presence)*, тобто будь-який тип підприємницької або професійної діяльності, в тому числі через заснування, придбання або використання юридичної особи або створення чи використання відділення або представництва на території Члена з метою поставки послуги.

На відміну від режиму найбільшого сприяння, який згідно зі ст. II ГАТС є загальним правилом, що застосовується до усіх іноземних послуг та постачальників послуг, національний режим, так само як і доступ до ринку³, надається лише в тих секторах, які включені Членом до його Графіку специфічних зобов'язань у сфері послуг (далі – Графік). Члени самостійно визначають не лише перелік секторів, де приймаються зобов'язання, а й обсяг таких зобов'язань, а саме: конкретні межі доступу на ринок у відповідних секторах та будь-які винятки з національного режиму. Зобов'язання Членів, закріплені у Графіках, є "зв'язаними", тобто, можуть бути змінені лише в результаті переговорів з іншими заінтересованими Членами. Оскільки досягнення взаємоприйнятних домовленостей є малоімовірним, то фіксація зобов'язань у Графіках фактично гарантує інозем-

ним постачальникам послуг стабільність умов господарювання на майбутнє. Однак у решті секторів, не включених до Графіків, Члени можуть застосовувати обмеження національного режиму та/або доступу до ринку на власний розсуд.

У законодавстві і практиці Члена обмеження, що існують у невключених секторах, можуть бути як більш, так і менш жорсткими, ніж у включених. Не можна, таким чином, вважати, що екстенсивний перелік обмежень згідно з Графіком Члена відображає максимальний рівень перешкод у здійсненні торгівлі послугами, оскільки інші Члени можуть взагалі не включити цей сектор у власний Графік. Загалом, неясно, чи свідчить довший перелік секторів і часткових зобов'язань, прийнятих згідно з ГАТС, про тенденцію лібералізації (завдяки прозорості), чи протекціонізму (завдяки обмеженням) [15, с.3].

Недостатність регулювання питань іноземного інвестування в рамках СОТ була визнана у листопаді 2001 р. на Четвертій міністерській конференції в м. Доха (Катар). П. 20 Доської міністерської декларації вказав на необхідність забезпечення на багатосторонній основі прозорих, стабільних і передбачуваних умов для довгострокових міжнародних інвестицій, особливо прямих іноземних інвестицій, що сприятиме розвитку торгівлі. Тобто, була озвучена потреба прийняття нової комплексної Угоди СОТ про інвестиції. П. 22 Декларації приписував Робочій групі зі взаємозв'язку між торгівлею та інвестиціями дослідити, поміж іншого, "модальності зобов'язань на передінвестиційній стадії, що являля б собою позитивний список по типу ГАТС" [14]. Значна кількість країн-членів СОТ висловила своє ставлення до запропонованого підходу до моделювання відповідних зобов'язань – як позитивне (ЄС та його країни-члени) [13], так і негативне (ряд країн, що розвиваються) [20]. З боку останніх основним аргументом "проти" виступила неготовність до прийняття міжнародних зобов'язань щодо надання національного режиму на передінвестиційній стадії діяльності іноземних інвесторів. Неспроможність досягти консенсусу призвела до виключення питань іноземного інвестування з Доського порядку денного з розвитку рішенням від 1 серпня 2004 р. [19].

Режим найбільшого сприяння вимагає надання приймаючою державою інвесторам однієї іноземної держави умов не менш сприятливих, ніж надаються інвесторам будь-якої іншої іноземної держави за подібних обставин. Ст.7 Закону України "Про зовнішньоекономічну діяльність" вказує на застосування цього режиму тільки у сфері торгівлі, хоч він не менш важливий і для сфери інвестиційної діяльності.

Надання режиму найбільшого сприяння не суперечить вжиттю приймаючою державою заходів, що створюють конкурентні переваги для вітчизняних суб'єктів господарювання порівняно з іноземними. У зв'язку з цим заперечень щодо надання іноземним інвесторам цього режиму, як правило, не виникає. У міжнародному інвестиційному праві режим найбільшого сприяння є загальним правилом, що поширюється як на перед- так і на постінвестиційну стадію [17, с.XIII-XIV].

Винятки з режиму найбільшого сприяння пов'язані з існуванням двосторонніх та регіональних інтеграційних угод, які передбачають надання значних преференцій інвесторам країн-учасниць цих угод. У текстах відповідних угод такі винятки зазвичай формулюються у вигляді негативного списку, де визначаються сектори, галузі промисловості або заходи, до яких режим найбільшого сприяння не застосовуватиметься. Складання Переліку вилучень з режиму найбільшого сприяння передбачено і статтею II ГАТС.

³ В архітектоніці ГАТС національний режим та доступ до ринку розглядаються як самостійні предмети зобов'язань Членів, хоч таке розмежування є достатньо умовним, адже відсутність обмежень доступу до ринку іноземних послуг та постачальників послуг є нічим іншим, як наданням їм національного режиму на передінвестиційній стадії.

Щодо співвідношення ролі в інвестиційному праві національного режиму та режиму найбільшого сприяння у спеціальній літературі висловлені різні думки. На думку Т.Н. Нешатаєвої, в міжнародному інвестиційному праві режим найбільшого сприяння визначається як загальне правило, тоді як національний режим і преференційний режим – як виключний статус [6, с.31]. Д.Е. Федорчук, навпаки, вказує, що, незважаючи на свою поширеність, у відносинах з іноземними інвесторами режим найбільшого сприяння поступово поступається позиціями національного режиму [10, с.55]. Уявляється, що вадою обох точок зору є протиставлення режиму найбільшого сприяння та національного режиму як конкуруючих засад. Тимчасом, обидва режими є комплементарними складовими єдиного *принципу недискримінації*, який належить до фундаментальних принципів як міжнародного торговельного, так і міжнародного інвестиційного права. Протиставляти ці режими не можна ще й тому, що їх регуляторна спрямованість не перетинається – перший слугує забезпеченню рівності іноземних та вітчизняних інвесторів, другий – рівності іноземних інвесторів між собою незалежно від їх державної належності. Регуляторні заходи приймаючої держави можуть порушувати одну або іншу засаду, але не обидві водночас.

Разом з тим, слід відзначити, що "покриття" режиму найбільшого сприяння однозначно ширше, ніж національного режиму. Це пов'язано з тим, що надання першого тягне за собою менші втрати приймаючої держави з точки зору її публічних інтересів. Варте уваги і те, що саме визначення національного режиму містить у собі відсилку до "найбільшого сприяння": це режим "не менш сприятливий", аніж той, що надається вітчизняним інвесторам. Конституційний Суд України у пункті 3 рішення від 29 січня 2002 р. №1-рп/2002 щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 5 Закону України "Про усунення дискримінації в оподаткуванні суб'єктів підприємницької діяльності, створених з використанням майна та коштів вітчизняного походження" та частини першої статті 19 Закону України "Про інвестиційну діяльність" (справа про оподаткування підприємств з іноземними інвестиціями) роз'яснив, що в цьому разі поняття "національний режим" і "режим, не менш сприятливий, ніж стосовно власних громадян і підприємств" за суттю є тотожними. Тому саме режим найбільшого сприяння повинен відкривати перелік правових режимів іноземного інвестування.

Обговорення практичних питань імплементації режиму найбільшого сприяння і національного режиму, з очевидністю, відволікає увагу науковців від теоретичного питання про доречність кваліфікації останніх саме як режимів. Навіть поверховий розгляд дозволяє з'ясувати, що режим найбільшого сприяння та національний режим є певними *стандартами* ставлення до іноземних інвесторів. Як такі, вони не відповідають визначенням поняття правового режиму, що наводилися вище, оскільки не мають власного змістовного наповнення у вигляді характерної саме для них системи правових засобів. Можна вести мову лише про відповідність або невідповідність регуляторної практики держави режиму найбільшого сприяння чи національному режиму як стандартам, сама ж регуляторна практика (тобто, вжиття конкретних засобів регулювання) цими "режимами" не охоплюється.

Це спонукає до доволі очевидного висновку – "режим найбільшого сприяння" та "національний режим" є нічим іншим, як *принципами* правового регулювання, тобто, керівними засадами, що визначають спрямова-

ність правового регулювання відповідних суспільних (у нашому випадку – інвестиційних) відносин. Саме принципами найбільше сприяння та національний режим іменуються в іншомовних джерелах (англ. *most-favoured nation principle, national treatment principle*, нім. *Meistbegünstigungsprinzip, Inländerbehandlungsgrundsatz*), терміни ж режим (*regime*) у цьому контексті не вживається. Тому слід визнати умовність вітчизняного терміновживання, згідно з яким відповідні засади іменуються режимами, а не принципами.

Спеціальний режим згідно з ст.7 Закону "Про зовнішньоекономічну діяльність" застосовується: а) до територій спеціальних економічних зон (СЕЗ) згідно із ст. 24 Закону "Про зовнішньоекономічну діяльність"; б) до територій митних союзів, до яких входить Україна; в) в разі встановлення будь-якого спеціального режиму згідно з міжнародними договорами за участю України відповідно до ст. 25 цього Закону. Перераховані правові режими не є однопорядковими. Останні два є режимами, які надаються згідно з регіональними інтеграційними угодами. Традиційним предметом регулювання регіональних інтеграційних угод є торгівля, втім, спостерігається новітня тенденція включення до цих угод розділів, присвячених інвестиціям. Встановлення відповідних режимів означає надання суб'єктам господарювання окремих країн більших переваг, ніж надаються суб'єктам господарювання інших країн, тобто, мова йде про вилучення з принципу найбільшого сприяння. Слід відзначити, що ст. 24 ГАТТ дозволяє у порядку виключення з принципу найбільшого сприяння укладання регіональних торговельних угод за умови дотримання певних критеріїв: а) угоди повинні сприяти більш вільному протіканню торгівлі всередині групи без підвищення бар'єрів у торгівлі з країнами за межами групи. Іншими словами, регіональна інтеграція має доповнювати глобальну систему торгівлі, а не загрожувати їй; б) якщо засновується зона вільної торгівлі або митний союз, митні тарифи та інші торговельні бар'єри мають бути зменшені або усунуті практично в усіх секторах торгівлі всередині групи. Умови торгівлі з іншими країнами не повинні бути більш обмежувальними, аніж до заснування групи.

Вважаємо за доцільне іменувати режими, що встановлюються згідно з регіональними інтеграційними угодами як виняток з режиму найбільшого сприяння, не спеціальними, а *преференційними* режимами. Це більш точно відображає змістовне наповнення відповідних режимів, відповідає світовій традиції терміновживання (англ. *preferential treatment*) і дозволяє відмежувати ці режими від режимів СЕЗ як різновиду спеціальних режимів господарювання, що є цілком іншим правовим явищем.

Режим СЕЗ, попри зазначене в Законі "Про зовнішньоекономічну діяльність", є не режимом, який встановлюється безпосередньо для іноземних суб'єктів господарювання. Суб'єктами СЕЗ є суб'єкти господарювання, які розташовані і здійснюють підприємницьку діяльність на території СЕЗ та зареєстровані як суб'єкти СЕЗ. Тобто, режим СЕЗ є спеціальним режимом господарської, у тому числі зовнішньоекономічної, діяльності суб'єктів господарювання України. Інша справа, що ці суб'єкти господарювання можуть створюватися за участю іноземних інвестицій, тобто, іноземні інвестори є дестинаторами цього режиму опосередковано.

Якщо преференційні режими є відступами від принципу найбільшого сприяння, то спеціальні режими інвестиційної діяльності – відступами від загального режиму цієї ж діяльності. За визначенням Ю.А. Атаманової, *загальний правовий режим інвестиційної діяльності*

стосується більшості суб'єктів господарювання незалежно від галузевої належності та конкретного виду діяльності. Він має загальнодозвільний характер, підтримуючи в цілому будь-які інвестиції суб'єктів господарювання [2, с.73-74].

Спеціальний режим інвестиційної діяльності є різновидом *спеціального режиму господарювання*, під яким у господарсько-правовій літературі розуміють правовий режим, що визначає особливий порядок організації і здійснення господарської діяльності на певній території, у певній галузі економіки, який відрізняється від загального режиму господарської діяльності, передбаченого законодавством та запроваджується державою у певних цілях для забезпечення розумного поєднання публічних та приватних інтересів шляхом встановлення обмежень та/або заохочень для суб'єктів господарювання [3, с.15]. На відміну від режиму найбільшого сприяння та національного режиму, що, як було з'ясовано, є лише правовими принципами, спеціальні режими господарювання/інвестиційної діяльності є повноцінними правовими режимами, кожен з яких характеризується оригінальним сполученням регулятивних заходів, що утворюють їх зміст. У свою чергу, зміст спеціальних режимів може не відповідати принципу найбільшого сприяння або принципу національного режиму.

Проведене дослідження дає змогу дійти наступних *висновків*: 1) "правовий режим іноземних інвестицій" є правовим режимом майна у сфері господарської (інвестиційної) діяльності. Його специфіку порівняно з загальним правовим режимом майна становлять правові засоби, що містяться у спеціальному законодавстві та міжнародних інвестиційних угодах (гарантії для іноземних інвесторів). Правовий режим іноземних інвестицій як майна не є синонімом правового режиму іноземного інвестування як діяльності іноземних інвесторів; 2) національний режим та режим найбільшого сприяння є не самостійними правовими режимами, а правовими принципами, які разом утворюють принцип недискримінації; 3) принцип найбільшого сприяння застосовується як загальне правило як на перед- так і на постінвестиційній стадії інвестиційної діяльності. Принцип національного режиму застосовується як загальне правило лише на постінвестиційній стадії і не є загальним стандартом ставлення до іноземних інвесторів в рамках СОТ; 4) іноземним інвесторам можуть надаватися: а) загальний та спеціальні режими інвестиційної діяльності, встановлені законодавством України, згідно з принципом недискримінації і за винятками, передбаченими законодавством України та її міжнародними договорами; б) преференційні режими як виняток з принципу найбільшого сприяння на підставі регіональних інтеграційних угод.

Обсяг статті дозволив лише в загальних рисах окреслити систему правових режимів іноземного інвестування. Як було з'ясовано, структура цієї системи визначається передусім міжнародними інвестиційними угодами, які, у свою чергу, характеризуються розмаїттям підходів у питаннях змісту і сфери застосування відпо-

відних правових режимів. Значення приписів таких угод для національного, зокрема, господарсько-правового регулювання полягає у тому, що вони задають межі регуляторного розсуду держави, вихід за які означатиме порушення міжнародних зобов'язань і створюватиме підстави для позовів іноземних інвесторів. Перспективи подальших досліджень у цьому напрямку полягають в розробці детальної типології міжнародно-правових підходів щодо правових режимів іноземного інвестування, визначенні імплікацій цих підходів для господарсько-правового регулювання, оцінці пов'язаних з ними ризиків для регуляторного суверенітету держави з метою прийняття поінформованих рішень суб'єктами правотворчості і правозастосування.

1. Алексеев С.С. Структура советского права / С.С. Алексеев. – М.: "Юрид. лит.", 1975. – 258 с. 2. Атаманова Ю.Є. До питання про правові режими інноваційної діяльності в Україні / Ю.Є. Атаманова // Право України. – 2010. – №8. – С.72-79. 3. Зельдина Е.Р. Специальный режим хозяйствования: теоретические вопросы и направления модернизации: Монография / Е.Р. Зельдина. – Донець: ІЗПИ НАН України, ООО "Юго-Восток, Лтд", 2007. – 327 с. 4. Кібенко О.Р. Особливості правового регулювання іноземних інвестицій в Україні (міжнародно-приватно-правовий аспект): Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / О.Р. Кібенко. – Х., 1998. – 22 с. 5. Косса В.М. Правові засади іноземного інвестування в Україні / В.М. Косса. – Львів: Центр Європи, 1999. – 239 с. 6. Нешатаева Т.Н. Иностранные инвестиции в Российской Федерации: правовое регулирование и судебная практика / Т.Н. Нешатаева // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации: Специальное приложение к № 7: Июль 2001 года. Защита иностранных инвестиций в Российской Федерации (документы и комментарии). – М.: ЮРИТ-Вестник, 2001. – С. 28-44. 7. Притика Ю.Д. Правове регулювання іноземних інвестицій в Україні: навчальний посібник / Ю.Д. Притика. – К.: ТОВ "Юридичний світ", 2010. – 152 с. 8. Семерак О.С. Цивільно-правові аспекти регулювання та взаємного захисту іноземних інвестицій на практиці України, Угорщини, Польщі та Словаччини: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / О.С. Семерак. – К., 1999. – 19 с. 9. Щербина В. Поняття та зміст правового режиму майна суб'єктів господарювання / В.С. Щербина // Юридична Україна. – 2007. – № 1. – С. 70-78. 10. Федорчук Д.Э. Режим прямого иностранного инвестирования (сравнительно-правовое исследование): Дис... канд. юрид. наук: 12.00.04 / Д.Э. Федорчук. – Донець, 2003. – 229 л. 11. 2004 US model BIT [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>. 12. Canada's Foreign Investment Protection and Promotion Model Agreement (FIPA) [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/2004-FIPA-model-en.pdf>. 13. Concept paper on modalities of pre-establishment: communication from the European community and its member states: WT/WGTI/W/121 [Electronic resource]. – Mode of access: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2004/july/tradoc_111122.pdf. 14. Doha ministerial 2001: Ministerial declaration: WT/MIN(01)/DEC/1 [Electronic resource]. – Mode of access: http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm. 15. Egger P. The determinants of GATS commitment coverage / P. Egger, R. Lanz // World economy. – Vol. 31. – Issue 12. – Pp. 1666-1694. 16. Multilateral agreement on investment: Documentation from negotiations: Introduction [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www1.oecd.org/daf/mai/intro.htm>. 17. Most-favoured nation treatment: A sequel. – United Nations, 2010. – 157 p. 18. National Treatment / UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol. IV). – United Nations, 1994. – 94 p. 19. The Doha agenda [Electronic resource]. – Mode of access: http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/doha1_e.htm. 20. Views on modalities for pre-establishment commitments based on a GATS-type positive list approach: Communication from India: WT/WGTI/W/150 [Electronic resource]. – Mode of access: http://commerce.nic.in/wto_sub/Invest/sub_invest-W150.htm. 21. Waelde T. Investment arbitration under the Energy charter treaty / T. Waelde. – Mode of access: <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/Vol1/article1-10.pdf>

Надійшла до редколегії 08.06.11

УДК 346.2; 346.5

І. Кравець, канд. юрид. наук

ОЗНАКИ ГОСПОДАРСЬКИХ ОБ'ЄДНАНЬ ЯК ЦЕНТРІВ ГОСПОДАРСЬКИХ СИСТЕМ

Стаття присвячена проблемам правового становища господарських об'єднань як центрів господарських систем. Визначаються елементи господарських систем, де центром виступають господарські об'єднання. Аналізуються особливості складових вищевказаних господарських систем, виявляються прогалини у їх правовому регулюванні, пропонуються шляхи їх усунення.

Ключові слова: господарська система, центр господарської системи, об'єднання підприємств, господарське об'єднання, асоціація, корпорація, консорціум, концерн.

Статья посвящена проблемам правового положения хозяйственных систем как центров хозяйственных систем. Определяются элементы хозяйственных систем, центром которых выступают хозяйственные объединения. Анализируются особенности составляющих вышеуказанных хозяйственных систем, определяются пробелы в их правовом регулировании, предлагаются пути их устранения.

Ключевые слова: хозяйственная система, центр хозяйственной системы, объединение предприятий, хозяйственное объединение, ассоциация, корпорация, консорциум, концерн.

This article is devoted to the problems of the legal status of business associations as centers of economic systems. Here are defined elements of economic systems, where the center is the business associations. Also are analyzed the characteristics of the components above economic systems and identified gaps in their legal regulation, proposed ways to address them.

Keywords: economic system, the center of the economic system, enterprise associations, business associations, association, corporation, consortium concern.

У сучасних умовах при переході України до ринкової економіки, в нашій державі створюється велика кількість господарських об'єднань різних організаційно-правових форм з метою координації діяльності учасників господарських об'єднань, підвищення конкурентоспроможності продукції учасників господарських об'єднань, запровадження наукових розробок та новітніх технологій, саме з огляду на вищезазначене господарські об'єднання виконують важливі функції як центри відповідних господарських систем. Правове становище господарських об'єднань є предметом досліджень такими сучасними вченими як Бейцун І. В., Грудницька С. М., Джурицький В. О., Маканіна К. В., Шиткіна І. С., проте недостатнім є вивчення ознак господарських об'єднань саме як центрів господарських систем. З огляду на вищезазначене, актуальним вбачається визначення основ правового становища господарських об'єднань як центрів господарських систем.

Метою цієї статті є формулювання поняття господарських систем з урахуванням сучасних умов розвитку економіки України, визначення та характеристика елементів господарських систем, де центром виступають господарські об'єднання, виявлення проблем їх правового регулювання та пропонування шляхів вдосконалення відповідного чинного законодавства України.

Перш за все, необхідно визначити, що враховуючи сформульовані ознаки сучасних господарських систем [1, с. 50–51], вбачається обґрунтованим наступне визначення: "господарська система – це сукупність суб'єктів господарювання та/або суб'єктів організаційно-господарських повноважень, створена з метою ефективного здійснення організації господарської діяльності суб'єктів господарювання шляхом забезпечення порядку взаємодії між центром господарської системи та підпорядкованими йому учасниками господарської системи, а також учасниками господарської системи між собою".

Господарські об'єднання разом з господарськими організаціями, що до них входять, утворюють господарську систему, основним призначенням якої є забезпечення ефективного здійснення суб'єктами господарювання, що входять до відповідної господарської системи, господарської діяльності.

Виходячи з правової природи господарських об'єднань та притримуючись положення щодо подібності всіх господарських систем за основними складовими [2, с. 15], господарська система, де центром виступають саме господарські об'єднання, складається з таких елементів:

(1) суб'єкти (господарські об'єднання, учасники, що входять до таких об'єднань, органи державної влади/місцевого самоврядування, що прийняли рішення про

створення відповідного державного (комунального) господарського об'єднання – центра господарської системи);

(2) майнова база, що необхідна для функціонування цієї господарської системи;

(3) нормативно-правове регулювання (яке буде описано нижче) та установчі документи господарських об'єднань;

(4) інформаційна підсистема, що забезпечує зв'язок між господарським об'єднанням та суб'єктами, що входять до відповідної господарської системи.

Оскільки, важливою складовою господарських систем є їх центри, що здійснюють організаційно-господарські повноваження по відношенню до підпорядкованих їм учасників господарської системи, то актуальним в аспекті цього дослідження є визначення ознак господарських об'єднань як центрів господарських систем.

На думку Лаптева В. В. центр господарської системи – це уособлення того спільного, що об'єднує її ланки для досягнення цілей діяльності системи. Ці цілі здійснюються на окремих ділянках низовими ланками, а в масштабах всього виробничо-господарського комплексу – системою в цілому та її центром, що забезпечує досягнення як загальних, так і приватних цілей господарської системи із збереженням економічної та правової самостійності її ланок [3, с. 67].

Саме завдяки керуючій діяльності центра господарської системи, наголошувала Пронська Г. В., відбувається організаційно-функціональна консолідація системи, посилюється виробничо-технічна пов'язаність та економічна спільність виробничо-господарського комплексу – господарська система стає єдиним відносно автономним підрозділом народногосподарського комплексу. Проте інтегруючі можливості центра господарської системи не безмежні. При підпорядкуванні великої кількості підприємств центр не може враховувати у своїй організуючій діяльності роль та значення кожного з них у функціонуванні виробничо-господарського комплексу, в повній мірі знати та забезпечувати ефективне використання господарського потенціалу. Запобігти цьому можна, підкреслювала вчена, шляхом створення всередині господарської системи інтегрованих об'єднань зі своїми організуючими центрами – господарських систем нижчого порядку [4, с. 25–26].

Стаття 120 ГК України встановлює, що господарські об'єднання утворюються як асоціації, корпорації, консорціуми, концерни, інші об'єднання підприємств, передбачені законом. У ГК України необхідно закріпити, що критерієм визначення тієї чи іншої форми господарсь-

кого об'єднання, що зазначені у ст. 120 ГК України, є обсяг організаційно-господарських повноважень, що делегуються господарському об'єднанню його учасниками. Зокрема, як правило, найменший обсяг цих повноважень у асоціації, а найбільший – у концерні.

Від господарських об'єднань зі статусом юридичної особи як центрів господарських об'єднань відрізняються об'єднання, що не мають такого статусу, оскільки, наприклад, у холдинговій групі за участю холдингової компанії та корпоративних підприємств, саме холдингова компанія є центром відповідної господарської системи.

Для чіткого розуміння особливостей господарського об'єднання як центра господарської системи, необхідно розмежувати поняття "господарське об'єднання" та "господарське товариство", оскільки: (1) ці два види суб'єктів належать до організацій корпоративного типу, (2) господарське товариство за певних обставин може виконувати роль господарського об'єднання (наприклад, у разі створення кількох підприємствами приватного акціонерного товариства, яке має координувати їх діяльність у межах, визначених договором про створення такого товариства та його статуту); (3) система господарських товариств у складі холдингової компанії та її корпоративних підприємств може складати своєрідне об'єднання, що не має статусу юридичної особи.

На думку С. М. Грудницької, для уникнення плутанини необхідно провести в законодавстві чітке розмежування понять господарського товариства і об'єднання підприємств за критерієм, що складає відмінну ознаку об'єднання. Відмінна ознака об'єднання полягає у статусі об'єднання, на відміну від інших суб'єктів господарювання, у т. ч. господарських товариств, присутня відповідна управлінська (координаційна) компетенція щодо підприємств-учасників. Ця специфіка, зокрема, розмежовує господарське об'єднання, створене у формі господарських товариств, і господарські товариства з простою організаційною структурою [5, с. 12]. Н. О. Саніахметова стверджує, що відмінність між господарськими товариствами та господарськими об'єднаннями можна показати за різними підставами – метою діяльності, обсягом і сферою регулювання, а також колом учасників. Коло учасників господарських товариств набагато ширше, ніж господарських об'єднань: якщо учасниками господарських товариств можуть бути як фізичні, так і юридичні особи, то засновниками господарських об'єднань – тільки юридичні особи [6, с. 332]. Однією з організаційно-правових ознак господарського об'єднання є централізація в руках об'єднання як суб'єкта права функцій і повноважень його учасників. Склад функцій, які централізує об'єднання, визначають його засновники у договорі або статуті. Це можуть бути виробничо-господарські, науково-технічні, комерційні, правозаставчі (захисні) та інші функції [7, с. 164].

Отже, основною рисою, яка відрізняє господарське об'єднання від господарського товариства є наявність у першого організаційно-господарських повноважень відносно учасників такого об'єднання, про що свідчать положення Господарського кодексу України (далі – ГК України) [8] щодо мети створення та діяльності (1) об'єднання – координація господарської діяльності його учасників (ч. 1 ст. 118; ст. 120) і (2) господарського товариства – одержання прибутку (ч. 1 ст. 79).

В аспекті дослідження ознак господарських об'єднань, що здійснюють організаційно-господарські повноваження як центри господарських систем не можна погодитися з думкою Джуринського В. О., що суб'єктом організаційно-господарських повноважень є органи управління об'єднання, а не саме об'єднання [9, с. 20], оскільки цей висновок ґрунтується виключно на недос-

конах нормам чинного господарського законодавства, а не на дослідженні власне функціональної природи господарського об'єднання. Вчені як радянського, так і сучасного часу визнавали необхідність розмежування господарського товариства та господарського об'єднання саме з огляду на наявність у останнього по відношенню до своїх учасників певних управлінських/організаційно-господарських повноважень (Лаптев В.В., Пронська Г.В., Вінник О.М., Віхров О.П., Грудницька С.М., Саніахметова Н.О. та інші). Створюючи господарське об'єднання, його засновники/учасниками (у разі створення добровільного об'єднання) або єдиний засновник об'єднання, що утворюється в розпорядчому порядку з числа підприємств/господарських організацій, підвідомчих (підконтрольних) засновнику як власнику їх майна або уповноваженій власником особі (державній та комунальній господарські об'єднання) наділяють це об'єднання низкою організаційно-господарських повноважень. Основною рисою, яка відрізняє господарське об'єднання від господарського товариства (про що наголошувалося вище) є наявність у першого організаційно-господарських повноважень відносно учасників такого об'єднання.

З огляду на вищевикладене, уявляється обґрунтованим виокремлення таких ознак господарського об'єднання як центра господарської системи:

1) основне призначення – здійснення організаційно-господарських повноважень по відношенню до підпорядкованих йому учасників господарської системи, в тому числі шляхом забезпечення чіткої системи взаємодії між центром господарських систем та підпорядкованими центру учасниками господарської системи, а також учасниками господарських систем між собою;

2) наділення об'єднання низкою організаційно-господарських повноважень його засновниками/учасниками (у разі створення добровільного об'єднання) або єдиним засновником об'єднання, що утворюється в розпорядчому порядку з числа господарських організацій, підвідомчих (підконтрольних) засновнику як власнику їх майна або уповноваженій власником особі (в такому порядку, зокрема, створюються державні та комунальні господарські об'єднання);

3) обсяг тих організаційно-господарських повноважень, що набуваються центром господарських систем по відношенню до підпорядкованих йому (у межах таких повноважень) учасників господарських систем визначається в нормативно-правових актах (зокрема, гл. 12 ГК України), установчих та внутрішніх документах господарських об'єднань;

4) обсяг організаційно-господарських повноважень господарського об'єднання залежить від: його виду (асоціація, корпорація, концерн, консорціум); положень актів законодавства (наприклад, Декрет Кабінету Міністрів України "Про управління майном, що є у загальнодержавній власності, в будівництві та промисловості будівельних матеріалів" від 19.02.1993 р. № 19-93 [10]); установчих (статуту чи засновницького договору), внутрішніх документів (в т.ч. рішення загальних зборів учасників добровільного господарського об'єднання про закріплення за останнім додаткових повноважень);

5) у ході реалізації своїх повноважень приймає обов'язкові рішення для підпорядкованих йому учасників господарської системи;

6) здійснює контроль по відношенню до підпорядкованих йому учасників господарської системи;

7) повинен нести відповідальність перед підпорядкованими йому учасниками господарських систем та/або їх кредиторами за збитки, спричинені внаслідок реалізації своїх організаційно-господарських повноважень.

Щодо майнової бази, що необхідна для функціонування господарської системи, центром якої виступає господарське об'єднання, то виділяють кілька підстав виникнення майнових прав і обов'язків у відносинах господарського об'єднання та його учасників, основними з яких є:

1) засновницькі договори – стосовно господарських об'єднань, утворених за ініціативою суб'єктів господарювання;

2) інші угоди між господарським об'єднанням та його учасниками (у тому числі господарські договори як підстави виникнення майново-господарських зобов'язань);

3) акти органів державної влади та органів місцевого самоврядування (зокрема, щодо утворення державних (комунальних) господарських об'єднань);

4) рішення органів управління господарським об'єднанням (загальних зборів, правління, генерально-го директора тощо) [9, с. 142].

Викликають заперечення положення ч. 2 ст. 123 ГК України, відповідно до якої майно передається об'єднанню його учасниками у господарське відання або в оперативне управління на основі установчого договору чи рішення про утворення об'єднання. Видається недостатньо обґрунтованим обмеження можливості передачі господарському об'єднанню майна його учасниками на праві власності з огляду на все вище наведене, уявляється доцільним викладення ч. 2 ст. 123 ГК України у такій редакції: "Майно передається господарському об'єднанню його учасниками у власність, а державному (комунальному) господарському об'єднанню у господарське відання або в оперативне управління на основі установчого договору чи рішення про утворення об'єднання".

При характеристиці нормативно-правового регулювання як елемента господарської системи, центром якої виступає господарське об'єднання, слід вказати, що глава 12 ГК України має назву "Об'єднання підприємств", проте в ній йдеться не лише про об'єднання за участю виключно підприємств, а й про об'єднання з універсальним складом учасників – господарських організацій, що (а) здійснюють різні види господарської діяльності, в т.ч. "виробничі підприємства, наукові і проектні установи, інші установи та організації усіх форм власності" (ч. 3 ст. 125), та (б) спроможні забезпечити і фінансування, і виконання різноманітних (в т.ч. інвестиційних) програм і проектів силами учасників об'єднання (ч. 2, 4 ст. 120). В ч. 6 ст. 119 ГК України закріплена норма про застосування положень гл. 12 до об'єднань інших суб'єктів господарювання – юридичних осіб або об'єднань підприємств за участю таких осіб. З огляду на це, видається нелогічним застосування до-силь-таки вузького поняття "об'єднання підприємств" щодо всіх об'єднань (ч. 1 ст. 118), які виникають за участю будь-яких суб'єктів господарювання зі статусом юридичної особи з метою координації їх діяльності у сфері господарювання, а більш широке за своїм етимологічним значенням поняття – "господарське об'єднання" – лише щодо об'єднань підприємств, які створюються в добровільному порядку (ч. 2 ст. 119 ГК України). Тому, більш вдалою буде інша назва глави 12 ГК України – "Господарські об'єднання" [11, с. 113]. Також необхідно констатувати, що сучасне господарське законодавство України не в повній мірі регулює всі питання, пов'язані з правовим становищем господарських об'єднань. Зокрема, вказана глава 12 розділу II ГК України "Суб'єкти господарювання" містить лише дев'ять статей, що фрагментарно регулюють правове становище господарських об'єднань. Як зазначено в проекті Концепції модернізації господарського законодавства на базі ГК України, першочерговим завданням подальшої

кодифікації господарського законодавства є оновлення і доповнення положень ГК України. Кодифікація на цьому етапі повинна здійснюватися шляхом поглиблення і розширення змісту ГК України. Для цього необхідно збільшувати кількість його розділів, глав, статей [12, с. 9]. 16 червня 2011 року було прийнято постанову Верховної Ради України № 3539-VI "Про повернення на доопрацювання проекту Закону України про господарські об'єднання" (реєстр. № 7057) [13] та постанову Верховної Ради України № 3540-VI "Про повернення на доопрацювання проекту Закону України про державні та комунальні господарські об'єднання" (реєстр. № 7057-1) [14]. Особливості функціонування господарських об'єднань у різних сферах господарської діяльності регулює ряд нормативно-правових актів, наприклад, Закон України "Про кооперацію" від 10.07.2003 р. № 1087-IV [15], Закон України "Про сільськогосподарську кооперацію" від 17.07.1997 р. № 496/97-ВР [16], Закон України "Про кредитні спілки" від 20.12.2001 р. № 2908-III [17], Закон України "Про банки і банківську діяльність" від 07.12.2000 р. № 2121-III [18] та ін. Проте, слід наголосити, що прийняття єдиного закону, що регулював би правове становище господарських об'єднань (у т.ч. як центрів господарських систем) є, в сучасних умовах господарювання, необхідним.

Отже, оскільки, центри господарських систем забезпечують ефективне функціонування всієї господарської системи, в подальшому потребують дослідження питання визначення характеру взаємовідносин між господарським об'єднанням як центром господарських об'єднань та учасниками відповідних об'єднань, порядок реалізації організаційно-господарських повноважень господарськими об'єднаннями стосовно своїх учасників, який є різним залежно від організаційно-правової форми господарського об'єднання, межі та умови відповідальності центра господарської системи перед підпорядкованими йому учасниками та/або їх кредиторами, особливостей інформаційних підсистем вказаних господарських систем. Окремої уваги потребує дослідження правового становища холдингової компанії як центра відповідної господарської системи.

1. Кравець І. Організація господарських систем : постановка проблеми / І. Кравець // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – № 4. – С. 48–52. 2. Вінник О. М. Господарське право: Навчальний посібник. 2-е вид., змін. і доповн. / Вінник О. М. – К.: Правова єдність, 2008. – 766 с. 3. Лаптев В. В. Правовая организация хозяйственных систем / Лаптев В. В. – М.: Юридическая литература, 1978. – 168 с. 4. Пронская Г. В. Правовая организация отраслевых хозяйственных систем (на примере Украинской ССР) / Пронская Г. В. – К.: Издательское объединение "Вища школа", 1985. – 129 с. 5. Грудницька С. М. Правовий статус об'єднань підприємств у промисловості: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.04 "Господарське право; господарсько-процесуальне право" / С. М. Грудницька; НАН України; Інститут економіко-правових досліджень. – Донецьк, 1997. – 24 с. 6. Саніахметова Н. О. Підприємницьке право / Саніахметова Н. О. – К.: А.С.К., 2005. – 912 с. 7. Щербина В. С. Суб'єкти господарського права / Щербина В. С. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 264 с. 8. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18. – Ст. 144. 9. Джури́нський В. О. Правове становище господарських об'єднань в Україні / Джури́нський В. О. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 224 с. 10. Про управління майном, що є у загальнодержавній власності, в будівництві та промисловості будівельних матеріалів: Декрет Кабінету Міністрів України від 19.02.1993 р. № 19-93 // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 17. – ст. 188. 11. Кравець І. М. Правове становище суб'єктів організаційно-господарських повноважень / Кравець І. М. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 240 с. 12. Концепція модернізації господарського законодавства на базі Хозяйственного кодекса Украины (Проект) // Економіка та право. – 2006. – № 2. – С. 5–16. 13. Постанова Верховної Ради України від 16.06.2011 р. № 3539-VI "Про повернення на доопрацювання проекту Закону України про господарські об'єднання" // Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=3539-17> 14. Постанова Верховної Ради України від 16.06.2011 р. № 3540-VI "Про повернення на доопрацювання проекту Закону України про державні та комунальні господарські об'єднання" // Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=3540-17> 15. Про

кооперацію: Закон України від 10.07.2003 р. № 1087-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 5. – Ст. 35. 16. Про сільськогосподарську кооперацію: Закон України від 17.07.1997 р. № 496/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 39. – Ст. 261. 17. Про кредитні спілки: Закон України від 20.12.2001 р. № 2908-III // Офіційний

вісник України. – 2002. – № 3. – Ст. 79. 18. Про банки і банківську діяльність: Закон України від 07.12.2000 р. № 2121-III // Офіційний вісник України. – 2001. – 26 січня.

Надійшла до редколегії 08.06.11

Л. Комзюк, канд. юрид. наук, доц.

ГАРМОНІЗАЦІЙНИЙ ПОТЕНЦІАЛ ПРОЕКТУ КОДЕКСУ ЄВРОПЕЙСЬКОГО АВТОРСЬКОГО ПРАВА

У статті розглядаються деякі аспекти кодифікації європейського авторського права, зокрема проект Європейського кодексу авторського права. Обґрунтовано, що проект кодексу є феноменальним явищем у розвитку і гармонізації авторського права ЄС.

Ключові слова. Гармонізація авторського права. Кодифікація європейського авторського права. Європейський кодекс авторського права.

В статье рассматриваются некоторые аспекты кодификации европейского авторского права, в частности проект Европейского кодекса авторского права. Обосновано, что проект кодекса является феноменальным явлением в развитии и гармонизации авторского права ЕС.

Ключевые слова. Гармонизация авторского права. Кодификация европейского авторского права. Европейский кодекс авторского права.

In the article are considered some aspects of European copyright law codification, particularly the draft of European Copyright Code. Substantiated that the draft of Code is a phenomenon in development and harmonization of EU Copyright Law.

Key words. Harmonization of Copyright law. European copyright law codification. European Copyright Code.

На фоні багаторічного досвіду розробки проекту Європейського цивільного кодексу (Європейського кодексу приватного права), зокрема Принципів європейського договірної права, започаткованої ще у 80-х роках минулого століття, кодифікаційні процеси у сфері інтелектуальної власності ЄС мають значно скромнішу історію і менш значні здобутки. Це було зумовлено, зокрема, й недостатньою чіткістю визначення у засновницьких документах ЄС його компетенції у цій сфері. Ситуація з обсягом і визначеністю компетенції щодо гармонізації охорони прав інтелектуальної власності докорінно змінилась у зв'язку з прийняттям Лісабонських договорів, які відкривають якісно новий етап у зближенні національних законодавств держав-членів ЄС про інтелектуальну власність, зокрема й про авторське право (далі – АП). Так, ч. 1 ст. 118 Договору про функціонування Європейського Союзу передбачено, що в контексті створення і функціонування внутрішнього ринку Європейський Парламент і Рада, діючи відповідно до звичайної законодавчої процедури, встановлюють заходи зі створення європейських прав інтелектуальної власності для впровадження однакової охорони прав інтелектуальної власності у всьому Союзі і введення централізованих механізмів Союзу з надання дозволів, координації і нагляду (centralised Union-wide authorisation, coordination and supervision arrangements) [1].

Можемо передбачити, що це активізує процес гармонізації охорони прав інтелектуальної власності, включаючи АП, і піднесе їх (гармонізацію і охорону) на значно більш високий рівень.

Одним із найбільш перспективних напрямів гармонізації АП в контексті європейської інтеграції може стати розробка спільних доктринальних підходів щодо його основних інститутів і категорій, започаткована в 2002 році групою видатних науковців з провідних європейських університетів у процесі підготовки проекту Європейського кодексу авторського права [2].

Цьому явищу поки що не приділено жодної уваги вітчизняних науковців. Проте загальна теоретична база для розробки теми вже закладена у фундаментальних працях за редакцією Ю.Капіці [3] та О.Орлюк [4, с. 40-54]. Окремі аспекти гармонізаційних процесів у сфері авторського права ЄС висвітлені і в статтях автора [див., зокрема: 5]. За кордоном з'явилися перші наукові розвідки, в яких містяться, здебільшого, стримано позитивні оцінки проекту та його значення для подальшої

гармонізації АП ЄС [див., зокрема: 6]. Все викладене вище й актуалізує тему даного дослідження.

Метою цієї статті є аналіз гармонізаційного потенціалу проекту європейського кодексу авторського права в контексті формування *acquis communautaire* у сфері інтелектуальної власності ЄС.

Робота над проектом кодексу здійснювалась у рамках міжнародної програми, фінансованої урядом Нідерландів (під назвою "the Wittem Projekt"). До складу групи науковців, які працювали над проектом, входили, зокрема, такі відомі вчені, як: професори Лайонел Бенлі (Centre of Intellectual Property and Information Law, University of Cambridge, автор класичних праць з питань інтелектуальної власності) [див., зокрема: 7], Томас Дрейер (Institut für Informations- und Wirtschaftsrecht, Zentrum für angewandte Rechtswissenschaft, Karlsruhe Institute of Technology, автор праць з питань авторського права ЄС) [див., зокрема: 8], Рето Гілті (Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, Munich, автор праць з питань інтелектуальної власності, авторського права) [див., зокрема: 9], Бернт Гугенгольц (Instituut voor Informatierecht, Universiteit van Amsterdam, автор популярних праць з питань інформаційного та авторського права) [див., зокрема: 10], Ален Стровел (Strowel) (Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, автор популярних праць з питань теорії інтелектуальної власності та авторського права) [див., зокрема: 11; 12], Дірк Біссер (Universiteit Leiden), Джон Бінґ (Institut for rettsinformatikk, Universitetet i Oslo), Роберт Кларк (University College Dublin), Франк Готцен (Centrum voor Intellectuele rechten, Katholieke Universiteit Leuven), Марко Пікольфі (Università degli Studi di Torino), Ельжбета Траплє (Uniwersytet Jagiellonski w Krakowie) та інші (спочатку 7 членів проектного комітету, а всього 15 осіб) з провідних наукових інтелектуально-правових шкіл різних європейських країн.

Метою проекту кодексу є сприяння прозорості та узгодженості європейського АП. Робота над ним відображала стурбованість авторів браком прозорості на європейському рівні правотворення у сфері АП, зокрема недостатнім врахуванням думки наукової спільноти. Розробники проекту прагнули створити такий кодекс, який у першу чергу охороняв би моральні й економічні інтереси творців і водночас служив би інтересам суспільства шляхом сприяння створенню та поширенню творів літератури, мистецтва і науки.

Автори також висловлюють обґрунтоване сподівання, що цей проект зможе стати моделлю і реферативним посібником для майбутньої гармонізації чи уніфікації АП на європейському рівні. Адже, не зважаючи на двадцятирічний досвід гармонізації АП ЄС шляхом прийняття директив і зростаюче значення прецедентів Європейського суду, законодавство про АП в державах-членах ЄС й досі суттєво відрізняється. Все ж робоча група не поділяє позиції про необхідність введення уніфікованої європейської правової бази (unified European legal framework) у сфері АП.

Проект складається з преамбули і 5 глав, поділених на 28 статей, тобто є досить невеликим за обсягом. Він не стосується проблематики суміжних прав, прав на бази даних, питань захисту авторських прав та деяких інших. Це має своє пояснення, але дещо знижує цінність проекту.

Як вказують автори, цей кодекс не є рекодифікацією авторського права ЄС з чистого аркуша. Він враховує існуючий доробок ЄС – *acquis communautaire* – у цій сфері. Водночас, вони не зводили свою роботу лише до переказу чи консолідації норм семи директив ЄС про АП, які складають основу цього доробку. Радикалізм проектних пропозицій був обмежений також необхідністю залишатись в рамках, визначених Бернською конвенцією про охорону літературних і художніх творів, Угодою про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності та договорами ВОІВ, що є чинними для ЄС і його держав-членів.

Розглянемо деякі найважливіші, з нашої точки зору, положення проекту.

У статті 1.1 глави 1 **"Твори"** дається традиційне (з посиланням у примітках на Бернську конвенцію) визначення твору в галузі літератури, мистецтва чи науки як об'єкта АП. Об'єктом охорони може бути будь-який твір, незалежно від способу і форми його вираження. При цьому відсутня вимога фіксації твору. Передумовою охоронюваності твору є його відповідність критерію результату власної інтелектуальної творчості автора. Але це не просто умова для існування авторського права, вона визначає і межі цього права. Вимоги до критерію творчого характеру є "середніми". Презюмується, що він повинен бути дещо вищим, ніж уміння і праця. Якщо наголос робиться на елементах творчості, то для твору фактажного і функціонального за характером основна увага буде приділятися наявності певного рівня кваліфікації і праці, тоді як для мистецьких творів більший наголос робитиметься на особистому вираженні автора. Проект кодексу не використовує і не визначає термін "оригінальність твору", але, як вказують розробники, на практиці він може все ще бути використаний, щоб вказати, що твір кваліфікується як охоронюваний АП. Примірний перелік видів творів, наведений у ст. 1.1, не є вичерпним. Не охороняються АП а) офіційні тексти законодавчого, адміністративного і судового характеру, в тому числі тексти міжнародних договорів, а також офіційні переклади таких текстів; б) офіційні документи, опубліковані органами державної влади. Проте, "офіційні" твори приватних авторів будуть захищені, поки вони не стали "офіційними". Крім того, можуть, як і раніше, виникати питання морального права, незважаючи на виключення таких творів з охорони АП.

Досить оригінально побудована глава 2 **"Авторство і належність (ownership)"** (авторських прав). Вона включає лише одну статтю про авторство, а саме ст. 2.1, відповідно до якої автором твору є фізична особа або група фізичних осіб, які його створили (знаковим є невизнання можливості юридичної особи бути автором твору). У випадку визначення кола авторів фільму

розробники (в примітці 15) відсилають до відповідної директиви ЄС. Подальші статті глави закріплюють поділ авторських прав на моральні та економічні і закладають деякі основні (і досить "проавторські" в контексті балансу інтересів авторів як первинних суб'єктів АП та їх правонаступників, ліцензіатів і інших категорій суб'єктів АП) положення договірної авторського права, брак окремої глави щодо якого досить відчувається у проекті. Відповідно до ст. 2.5, якщо не обумовлено інакше, майнові права на твір, створений автором у процесі виконання своїх обов'язків або за доручення свого працедавця належать працедавцю.

У главі 3 **"Моральні права"** привертає увагу сам перелік і формулювання цих прав (право на розголошення твору (right of divulgation), право на атрибуцію (right of attribution), право на цілісність твору (right of integrity)), а також їхня темпоральна обмеженість, здебільшого, життям автора.

Принципово важливою є першість у цьому переліку права на розголошення як права вирішувати, чи і яким чином твір буде розкритий вперше.

Право на атрибуцію включає в себе:

а) право бути ідентифікованим як автор, в тому числі право на вибір способу ідентифікації, і право, якщо автор прийме таке рішення, залишитись неідентифікованим.

б) право вимагати, щоб ім'я або назва, яку автор дав твору, були вказані.

Відповідно до ст. 3.3. це право діє "протягом життя автора і [...] років після його смерті" (розробники залишають відкритим питання про визначення цього строку). правонаступники уповноважені здійснювати ці права після смерті автора.

Згідно зі ст. 3.4 право на цілісність твору розуміється як право протидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню чи іншій зміні, або іншим образливим діям щодо твору, які могли б завдати шкоди честі або репутації автора. Це право діє "протягом життя автора і [...] років після його смерті" (розробники залишають відкритим питання про визначення цього строку). правонаступники уповноважені здійснювати ці права після смерті автора.

Ст. 3.5 містить досить новаторські положення, а саме, що автор може погодитись не здійснювати свої моральні права. Така згода має бути обмеженою за масштабами, однозначною і поінформованою.

Ст. 3.6 містить певні обмеження у здійсненні моральних прав інтересами третіх сторін.

Принципово важливим є положення про невідчужуваність моральних прав (ст. 2.2).

Глава 4 **"Економічні права"** викладена найбільш традиційно як за переліком прав, так й за їх змістом, тому звернемо тут увагу лише на кілька важливих моментів, які стосуються цих прав. Принципово важливим є положення, що первинним суб'єктом (owner) економічних прав є автор твору (ст. 2.3). Ми повністю поділяємо консолідовану позицію авторів проекту щодо завеликої тривалості сучасного строку дії цих прав (див. примітку 40), яка до того ж має тенденцію до перманентного подовження, вже й до цього розкритиковану декотрим з авторів.

Найбільш цікавими, з нашої точки зору, пропозиціями відрізняється глава 5 **"Обмеження"**. У ст. 5.1 вводиться поняття "використання з мінімальними економічними значеннями", яке дозволяється без дозволу автора твору і без виплати винагороди. Перелік випадків цього використання є досить широкий.

Привертають увагу положення щодо вільного використання творів (без виплати чи з виплатою винагороди) в обсязі, виправданому метою використання, для особистого користування, особами з інвалідністю неко-

мерційного характеру, з науковою та освітньою метою, для забезпечення свободи слова та інформації, для сприяння важливим соціальним, політичним і культурним цілям, для забезпечення належного виконання адміністративних, парламентських, судових процедур або громадської безпеки та ін. Особлива увага приділена в ст. 5.4 використанню творів з метою підвищення конкуренції без дозволу і без виплати винагороди, в обсязі, виправданому метою використання. Зокрема, йдеться про використання для цілей зворотнього інжинірингу з метою отримання доступу до інформації особою, яка має право на використання твору.

Будь-яке використання допускається за умови, що воно не суперечить нормальному використанню твору і не зачіпає необґрунтованим способом законні інтереси автора або правоволоділця з урахуванням законних інтересів третіх осіб. Ст. 5.6 містить досить детальне формулювання вимог щодо дотримання моральних прав автора у зв'язку з вільним використанням твору, а ст. 5.7 щодо забезпечення справедливої та адекватної винагороди за вільне використання творів (у відповідних випадках).

Отже, проект європейського кодексу АП став феноменальним явищем у розвитку і зближенні доктринальних засад європейського АП. Можемо не сумніватись, що він матиме велике значення для процесу га-

рмонізації АП ЄС, сприяючи подоланню розбіжностей між різними системами АП.

1. The Treaty on the Functioning of the European Union [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.europa.eu/lisbon_treaty/full_text/index_en.htm. 2. European copyright code : The Wittem Project (April 2010) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.copyrightcode.eu/Wittem_European_copyright_code_21%20april%202010.pdf. 3. Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавство України / за ред. Ю.М.Каніци. – К.: Слово, 2006. – 1104 с. 4. Правове забезпечення сфери інтелектуальної власності в Україні в контексті європейської інтеграції: концептуальні засади: монографія / за науковою редакцією О.П.Орлюк. – К.: Лазурит-Поліграф. – 2010. – 464 с. 5. Комзюк Л.Т. Гармонизация авторского права Европейского Союза / Л.Т.Комзюк // Цивилист [Москва]. – 2009. – № 3. – С. 10 – 12. 6. Kuhlen R. Richtungsweisend oder eine nur begrenzt wahrgenommene Chance? Der Copyright-Code des Wittem-Projekts / R. Kuhlen // Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law. – 2011. – № 2. – P. 18 – 25. 7. Bently L., Sherman B. Intellectual Property Law. Third Edition / L. Bently, B. Sherman. – Oxford: Oxford University Press, 2008. – 1144 p. 8. Concise European Copyright Law / T. Dreier, B. Hugenholtz. – Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006. – 488 p. 9. Hilty R.M. Urheberrecht / Reto M. Hilty. – Bern: Stämpfli, 2011. – XXIII, 413 s. 10. Goldstein P., Hugenholtz B. International Copyright: Principles, Law and Practice. Second Edition / P. Goldstein, B. Hugenholtz. – New York: Oxford University Press, 2010. – 592 p. 11. Intellectual Property and Theories of Justice / A. Gossieries, A. Strowel (editor), A. Marciano (editor). – Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2010. – 277 p. 12. Strowel A. Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law / A. Strowel. – [Б. м.]: Edward Elgar Pub, 2009. – 322 p.

Надійшла до редколегії 08.06.11

Т. Коваленко, канд. юрид. наук, доц.

АНАЛОГІЯ В АГРАРНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ: УМОВИ ТА МЕЖІ ЗАСТОСУВАННЯ

В статті обґрунтовується можливість використання юридичної аналогії для подолання прогалів правового регулювання аграрних відносин, визначаються ознаки аналогії закону та аналогії права, умови та межі їх застосування для підвищення ефективності правового впливу в аграрній сфері економіки України.

Ключові слова: аграрне право; аналогія в аграрному праві; умови аналогії; межі аналогії.

В статье обосновывается возможность использования юридической аналогии для преодоления пробелов правового регулирования аграрных отношений, определяются признаки аналогии закона и аналогии права, условия и ограничения их применения с целью повышения эффективности правового влияния в аграрной сфере экономики Украины.

Ключевые слова: аграрное право; аналогия закона; аналогия права; основания аналогии; границы аналогии.

The possibility of the legal analogy application to overcome the gaps in the agrarian relations legal regulation has been justified, the features of the analogy in agrarian law, reasons and limits of its application to increase the legal influence effectiveness in Ukrainian agrarian sector of economy have been determined in the article.

Key words: agrarian law; analogy in agrarian law; reasons of analogy; limits of analogy.

Реформування аграрного сектора економіки, поява нових аграрних відносин, які потребують правового опосередкування, та відставання аграрно-правового регулювання від потреб практики, що обумовлюється рядом об'єктивних та суб'єктивних обставин, призводять до появи юридичних прогалів. Відсутність необхідного нормативно-правового регулювання аграрних відносин за наявності такої потреби є суттєвим дефектом аграрно-правового регулювання, який повинен бути заповнений або подоланий за допомогою наявних у праві юридичних механізмів.

Способом подолання прогалів у праві є юридична аналогія, яка в теорії права визначається як вирішення випадку, який безпосередньо не врегульований правом, але обов'язково знаходиться в сфері правового регулювання, шляхом застосування правової норми, що регулює подібні за характером відносини (аналогія закону), або на основі загальних засад і змісту законодавства (аналогія права) [6, с. 324]. Використання юридичної аналогії потребує прийняття зважених, обґрунтованих та творчих рішень, спрямованих на пошук правової норми чи правового принципу, можливих та необхідних для заповнення прогалини у правовому регулюванні аграрних відносин. В юридичній літературі кінця XIX ст.

вчені звертали увагу, що "особливістю аналогії є специфіка певного типу юридичного мислення, якому не властиве механічне співставлення фактів життя із текстом нормативно-правового акта. Застосування права може вийти за межі законів, коли почуття наполегливо вимагає рівного обговорення двох чи більше відносин. Застосування права ніколи не зупинялось прямо перед цією межею" [11, с.171-172].

Не зважаючи на суттєві прогалини у правовому регулюванні аграрних відносин в даний час, особливості їх подолання шляхом застосування аналогії не були предметом окремого наукового дослідження. Разом з тим, аналізуючи особливості правового регулювання окремих аграрних відносин, вчені виявляють прогалини і обґрунтовують можливі та допустимі способи їх усунення (Н. О. Багай, О. М. Батигіна, О. М. Браніцький, О. В. Гафурова, І. В. Гиренко, А. М. Земко, В. М. Єрмоленко, Г. С. Корнієнко, С. І. Марченко, В. В. Носік, Л. О. Панькова, О. О. Погрібний, В. І. Семчик, А. М. Статівка, Н. І. Титова, В. Ю. Уркевич, В. З. Янчук та інші вчені).

В аграрному законодавстві України не визначено ознаки, умови та межі застосування юридичної аналогії за наявності прогалів у правовому регулюванні аграрних відносин. На відмінну від аграрного законодавства,

у цивільному законодавстві допускається застосування як аналогії закону, так і аналогії права (ст. 8 Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 р.). Допустимість аналогії права та аналогії закону передбачена також у цивільно-процесуальному та господарсько-процесуальному законодавстві (ч. 8 ст. 8 Цивільного процесуального кодексу України від 18 березня 2004 р. та ч. 7 ст. 9 Кодексу адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р.).

Вчені відзначають, що "доля аналогії як взагалі в праві, так і в окремих її галузях залежить від домінуючої концепції відносно правової системи країни. Виходить концепція із суто формалістичного відношення до закону, чи вона прагне до різноманітності джерел права і прийомів його застосування, включаючи "вільну правотворчість суддів", – ось та історична шкала, всередині якої і раніше розгорталися відповідні дискусії" [4, с. 16]. Для сучасного аграрного права України характерним є поєднання приватноправових та публічно-правових методів регулювання аграрних відносин, диверсифікація джерел аграрного права, впровадження ефективних механізмів регулювання аграрних відносин з метою гарантування прав та інтересів селян й інших суб'єктів аграрних відносин у аграрно-правовій сфері, соціального розвитку села та комплексного розвитку сільських територій, забезпечення продовольчої безпеки держави та реалізації конституційного права кожного на достатнє харчування. Наведені ознаки дають підстави зробити припущення про допустимість юридичної аналогії для подолання прогалин правового регулювання аграрних відносин, що сприятиме підвищенню ефективності аграрно-правового впливу. Адже, як зазначає С. С. Алексєєв, "у більшості галузей права інститути аналогії і субсидіарного застосування – не лише необхідні, але і цілком "природні" інститути, які покликані забезпечити динамізм правової системи, можливості її пристосування до суспільних відносин, що змінюються" [2, с. 18].

Крім цього, необхідно також звернути увагу, що застосування юридичної аналогії не забороняється нормативно-правовими актами аграрного законодавства. Так, В. В. Лазарєв обґрунтував загальне положення, що аналогія дозволена всюди, де немає спеціальної заборони і де сам нормодавець не пов'язує настання юридичних наслідків лише з конкретним законом [5, с. 137]. На основі зазначеного та користуючись конституційним принципом відносної зв'язаності законом фізичних та юридичних осіб (дозволено все, що прямо не заборонено законом), можна зробити висновок про допустимість юридичної аналогії для подолання прогалин аграрно-правового регулювання при дотриманні умов та меж її застосування.

Юридична аналогія є можливою за умови існування дійсної прогалини у правовому регулюванні аграрних відносин, що потребує з'ясування наступних питань: чи підпадають певні аграрні відносини під сферу саме правового регулювання; чи дійсно відсутня норма, яка необхідна для їх врегулювання; чи не має місце кваліфіковане мовчання законодавця.

Застосування юридичної аналогії можливе лише у процесі реалізації аграрно-правових приписів, при цьому виникає питання щодо форми правореалізації, яка допускає аналогію. Так, О. Ф. Скакун відзначає, що аналогія можлива лише у процесі правозастосування [12, с. 594-597]. На думку С. С. Алексєєва, використовувати аналогію можуть виключно органи правосуддя – суди, із дотриманням усіх процесуальних норм і процесуальних гарантій [3, с. 119]. Водночас, у юридичній науці Російської Федерації обґрунтовується й протилежна позиція, відповідно до якої у правовій системі Росії

є допустимим і доцільним використання аналогії закону та аналогії права самими суб'єктами правовідносин (незалежно від наявності у них владних повноважень) у всіх формах реалізації права, а не лише пов'язаних із правозастосуванням (тобто й при дотриманні, виконанні і використанні), але за умови забезпечення правил і меж застосування інституту аналогії [13; 8, с. 3].

Вирішуючи питання про форму правореалізації, яка допускає аналогію, необхідно виходити із характерних ознак сучасного аграрного права як галузі права, що органічно поєднує як публічно-правові, так і приватно-правові підходи до регулювання аграрних відносин. З врахуванням зазначеного та виходячи із особливостей форм правореалізації, можна зробити висновок, що аналогія не допускається при дотриманні та виконанні аграрно-правових приписів. У процесі ж використання аграрно-правових норм юридичними та фізичними особами юридична аналогія є можливою, виходячи із конституційного принципу відносної зв'язаності законом зазначених суб'єктів та принципів аграрного права щодо гарантування прав та інтересів різних суб'єктів аграрних відносин. Разом з тим необхідно відзначити, що юридична аналогія при використанні приписів аграрного права є найбільш спірною, так як не оформлюється будь-якими юридичними документами та в будь-який момент може бути оскаржена до уповноважених органів. Найменше питань викликає використання аналогії у процесі застосування норм аграрного права, яка має ряд характерних ознак, а саме: здійснюється спеціально уповноваженим органом, у законодавчо визначеному порядку, оформляється юридичними документами, гарантується наявністю механізмів примусового виконання прийнятого на основі аналогії юридично значимого рішення.

Однією із умов застосування аналогії є наявність суб'єкта, уповноваженого на використання аналогії. Коло таких суб'єктів залежить від форми реалізації норм аграрного права. Так, у процесі використання аграрно-правових приписів до аналогії можуть звертатися будь-які юридичні чи фізичні особи, які є суб'єктами аграрних відносин та мають законний інтерес чи потребу набути або реалізувати певні аграрні права. Суб'єктами, які можуть використовувати аналогію у процесі застосування норм аграрного права, є спеціально уповноважені органи державної влади та місцевого самоврядування, що діють виключно у межах та у порядку, визначеному законом (суди, державні органи приватизації, місцеві ради тощо).

З метою подолання прогалин аграрно-правового регулювання може застосовуватись як аналогія закону, так і аналогія права. Відмінність зазначених правових способів подолання прогалин в аграрному праві зумовлюють виявлення особливостей їх використання у процесі регулювання аграрних відносин.

Аналогія закону полягає у застосуванні правової норми, яка регулює подібні за змістом та характером суспільні відносини. При цьому виникає питання, які саме відносини має регулювати норма, що використовується за аналогією, – виключно аграрні, чи це можуть бути норми, які регулюють подібні до аграрних цивільні, господарські, екологічні, земельні відносини? Інакше кажучи, при аналогії закону в аграрному праві допускається використання норм виключно аграрного права (внутрішньогалузева аналогія), чи це можуть бути подібні за змістом норми інших галузей права (міжгалузева аналогія)?

В науці колгоспного права В. С. Шелестов обґрунтовував можливість лише внутрішньогалузевої аналогії, зазначаючи, що "...будь-яка прогалина в колгоспному праві має вирішуватись на основі того нормативного матеріалу, який концентрується в межах цієї галузі пра-

ва і враховує юридичну своєрідність останнього. Тільки практика, заснована на таких основоположних началах, здатна сприяти дальшому зміцненню порядку й організованості, всебічному захисту прав і законних інтересів усіх учасників внутрішньогосподарських відносин" [14, с.57].

У чинному законодавстві України питання про можливість застосування міжгалузевої аналогії для заповнення юридичних прогалин врегульоване неоднозначно. Зокрема, цивільне законодавство допускає застосування лише внутрішньогалузевої аналогії в силу положень ст. 8 ЦК України. В аграрному законодавстві відсутні спеціальні обмеження застосування за аналогією виключно норм аграрного законодавства для регулювання всіх аграрних відносин чи їх певних видів. З врахуванням зазначеного, на нашу думку видається можливим залучати норми інших галузей права з метою подолання аграрно-правових прогалин, але за наявності необхідних для цього умов. До таких умов можна віднести наступні: а) дійсна відсутність норми саме аграрного права; б) подібність методів правового регулювання із спорідненою галуззю; в) схожість в істотних ознаках аграрних та подібних відносин; г) генетичний зв'язок аграрного та спорідненої галузі права (цивільного, екологічного, господарського, земельного); д) не суперечність загальним принципам та принципам аграрного права. Зокрема, в даний час є практична необхідність залучення норм трудового права для регулювання праці членів сільськогосподарських підприємств за відсутності правового регулювання особливостей їх праці в законах, підзаконних та локальних нормативно-правових актах аграрного законодавства, на що неодноразово зверталась увага в аграрно-правовій літературі [7].

Однією з умов застосування аналогії закону в аграрному праві є наявність правової норми, яка регулює подібні, близькі за змістом та характером відносини. Необхідно враховувати, що "серед реальних суспільних відносин, які регулюються правом, немає абсолютної тотожності, тому при використанні аналогії в розрахунок береться не будь-яка схожість, а тільки за суттєвими ознаками, що мають принципове значення, тобто відносна тотожність [15, с. 79]. При цьому, на нашу думку, перевага має надаватись подібній нормі аграрного права, і лише у випадку її відсутності – подібній нормі іншої, близької за предметом та методами правового регулювання, галузі права.

Як і аналогія закону, аналогія права є способом подолання прогалин правового регулювання аграрних відносин з метою забезпечення ефективності аграрно-правового впливу. Разом з тим, застосування аналогії права при регулюванні певних аграрних відносин не свідчить про остаточне заповнення юридичної прогалини. При виникненні подібних відносин у майбутньому необхідно буде знову обґрунтовувати можливість та необхідність аналогії права.

Використання аналогії права є доцільним за умови неможливості застосування аналогії закону, коли відсутня не лише правова норма, що повинна регулювати аграрні відносини, але й правова норма, яка регулює подібні за змістом та характером відносини. Тобто, при необхідності використання юридичної аналогії для подолання прогалини аграрно-правового регулювання, пріоритет повинна мати аналогія закону, і лише за неможливості її застосування – аналогія права.

Аналогія права полягає у застосуванні правових принципів для подолання прогалин аграрно-правового регулювання. При цьому виникає питання щодо того, які саме принципи – загальнолюдські (міжнародні), загальноправові (загальні, основні), міжгалузеві, галузеві – повинні застосовуватись при аналогії права у аграр-

них відносинах. Для чинного законодавства притаманні неоднозначні підходи до вирішення вказаного питання. Зокрема, у цивільному законодавстві в силу положень ч. 2 ст. 8 ЦК України допускається застосування лише галузевих принципів. У процесуальному законодавстві допускається застосування "загальних засад законодавства" (ч. 8 ст. 8 ЦПК України), "конституційних принципів та загальних засад права" (ч. 7 ст. 9 КАС України).

Необхідно звернути увагу, що принципи аграрного права не закріплені законодавчо і переважно обґрунтовуються в аграрно-правовій доктрині. Проте зазначене не є перешкодою застосування аналогії права при наявності прогалин у правовому регулюванні аграрних відносин. Як зазначає О. Ф. Скакун, принципи права можуть бути прямо сформульовані в законодавчих актах чи виникати із загального змісту таких актів, зумовлювати тим самим напрямки правотворчої, правозастосовчої та іншої юридичної діяльності [12, с. 258]. В науці до принципів аграрного права відносять: забезпечення потреб населення і промисловості безпечною і якісною сільськогосподарською сировиною, забезпечення продовольчої безпеки держави, урахування особливостей сільськогосподарської діяльності, вільного обрання селянами форм і напрямів сільськогосподарської діяльності, забезпечення рівності учасників аграрних правовідносин, підвищення ефективності державного регулювання аграрного сектора економіки, забезпечення інноваційного розвитку сільського господарства, пріоритетності соціального розвитку села, екологізації сільського господарства, гарантованості захисту прав сільськогосподарських товаровиробників, постійного удосконалення механізму правового регулювання аграрних відносин, запозичення позитивного досвіду правового регулювання аграрних відносин зарубіжними країнами [1, с. 55-62].

Принципи права України характеризуються системністю. Так, в силу взятих Україною міжнародних зобов'язань національні принципи права повинні відповідати загальнолюдським принципам (гуманізму, юридичної рівності, свободи, демократизму, справедливості, законності). В свою чергу, галузеві принципи, зокрема принципи аграрного права України, повинні відповідати загальноправовим принципам (верховенства права, законності, рівності перед законом, взаємозв'язку прав і обов'язків, взаємної відповідальності особи і держави, відповідальності за вину). Враховуючи специфіку предмета аграрного права України та його методів, виходячи із потреби гарантування продовольчої безпеки держави та права кожного на достатнє харчування, при подоланні аграрно-правових прогалин пріоритет матимуть галузеві принципи, загальні засади саме аграрного права України. У випадку їх відсутності можливим є застосування конституційних, загальноправових та міжнародних правових принципів.

Розгляд питання допустимості юридичної аналогії для подолання прогалин аграрно-правового регулювання буде неповним без з'ясування меж її застосування в аграрному праві України. Використання аналогії не є універсальним способом подолання прогалин правового регулювання аграрних відносин, адже юридичні прогалини класифікуються на подоланні та неподоланні, останні з яких не можуть бути заповнені шляхом аналогії. Чинне аграрне законодавство України не містить переліку випадків, коли юридична аналогія не допускається. Не визначені обмеження застосування юридичної аналогії ні в ЦК України, ні в процесуальних кодексах – ЦПК України та КАС України. Лише КК України містить спеціальну норму щодо недопустимості застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією (ч. 4 ст. 3).

На нашу думку, в аграрному праві юридична аналогія не допускається за умови чіткої законодавчої вказівки на вид нормативно-правового акта, який повинен регулювати певні аграрні відносини. Так, С. С. Алексєєв зазначає, що аналогія у всіх випадках допустима лише тоді, коли дане питання прямо не врегульоване в законі і законодавець не пов'язує настання юридичних наслідків лише із конкретним законом [3, с. 119].

Юридична аналогія в аграрному праві не допускається *при встановленні правових засад використання землі та інших природних ресурсів у процесі сільськогосподарського виробництва*. Так, відповідно до ст. 13 Конституції України кожний громадянин має право користуватися землею та іншими природними об'єктами права власності народу відповідно до закону. У ст. 14 Основного закону встановлено, що право власності на землю набувається і реалізується громадянами, юридичними особами та державою виключно відповідно до закону. Крім цього, у ст. 92 встановлено, що виключно законами України визначаються засади використання природних ресурсів. Подібні норми містяться і в аграрному законодавстві. Так, відповідно до ст. 1 Закону України "Про фермерське господарство" від 19 червня 2003 р. фермерське господарство є формою підприємницької діяльності громадян із створенням юридичної особи, на земельних ділянках, наданих їм для ведення фермерського господарства, відповідно до закону.

Юридична аналогія виключається *при встановленні обмежень у здійсненні підприємницької діяльності в аграрному секторі економіки*. Так, відповідно до ст. 42 Конституції України кожен має право на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом. А у ст. 92 передбачено, що виключно законами України визначаються правові засади і гарантії підприємництва, правила конкуренції та норми антимонопольного регулювання. В розвиток даної норми у ст. 9 Закону України "Про ліцензування певних видів господарської діяльності" від 1 червня 2000 р. закріплено перелік видів підприємницької діяльності в аграрній сфері, що підлягають ліцензуванню. Зазначений перелік є закритим, що виключає можливість юридичної аналогії у цих відносинах.

У ст. 41 Основного закону передбачено, що право приватної власності набувається в порядку, визначеному законом. Примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності, на підставі і в порядку, встановлених законом, та за умови попереднього і повного відшкодування їх вартості. Конфіскація майна може бути застосована виключно за рішенням суду у випадках, обсязі та порядку, встановлених законом. Статтею 92 Основного закону встановлено, що виключно законами України визначається правовий режим власності. Зазначені конституційні положення не допускають застосування юридичної аналогії *при встановленні загальних засад набуття, реалізації та припинення права приватної власності на основі та виробничі фонди у сфері сільськогосподарського виробництва*. Деталізуються зазначені обмеження в аграрному законодавстві. Наприклад, відповідно до ст. 20 Закону України "Про сільськогосподарську кооперацію" від 17 липня 1997 р. кооператив є власником будівель, споруд, грошей, майнових внесків його членів, виготовленої ним продукції, доходів, одержаних від її реалізації та іншої діяльності, передбаченої статутом кооперативу, а також іншого майна, придбаного на підставах, не заборонених законом.

За допомогою юридичної аналогії не можуть бути подолані прогалини у правовому регулюванні повноважень органів державної влади та місцевого самовря-

дування у сфері аграрних відносин та порядку здійснення окремих функцій державного та самоврядного регулювання. Насамперед необхідно виходити із конституційного принципу абсолютної зв'язаності законом органів державної влади та місцевого самоврядування при здійсненні своїх функцій із регулювання аграрних відносин. У ч. 2 ст. 19 Основного закону зазначено, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Так, відповідно до ст. 9 Закону України "Про насіння і садивний матеріал" від 26 грудня 2002 р. серед повноважень центрального органу виконавчої влади з питань житлово-комунального господарства у сфері квітково-декоративного насінництва та розсадиництва зазначено забезпечення відповідно до закону організації та контролю за виробництвом, розмноженням, збереженням, реалізацією та використанням квітково-декоративного насіння і садивного матеріалу, поліпшенням їх сортів, посівних і врожайних якостей.

Юридична аналогія не допускається *при встановленні видів та порядку оподаткування суб'єктів аграрних відносин, а також порядку використання отриманих коштів*. Згідно зі ст. 92 Конституції України податки та збори встановлюються виключно законом, що виключає можливість застосування аналогії для подолання прогалин у правовому регулюванні цих відносин. Подібні норми знайшли закріплення в аграрному законодавстві. Зокрема, у ст. 31 Закону України "Про фермерське господарство" передбачено, що оподаткування фермерського господарства провадиться у порядку, встановленому законом.

Виходячи із конституційного принципу, що виключно законом визначаються засади цивільно-правової відповідальності, діяння, які є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями, та відповідальність за них (ст. 92), ні аналогія закону, ні аналогія права є неможливими *при визначенні діянь, які є аграрними правопорушеннями; видів, підстав та умов застосування юридичної відповідальності за аграрні правопорушення та порядку поновлення порушених прав суб'єктів аграрних правовідносин*. Як зазначає П. М. Раб'нович, аналогія не допускається при застосуванні норм особливої частини кримінального права та норм про адміністративну відповідальність [10]. Положення про заборону аналогії зафіксоване безпосередньо у КК України, в ст. 3 якого зазначено, що застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонене. Зазначені обмеження застосування аналогії знайшли розвиток в аграрному законодавстві. Зокрема, відповідно до ст. 21 Закону України "Про фермерське господарство" за порушення кредитно-розрахункової і податкової дисципліни, санітарних і ветеринарних норм, правил, вимог щодо якості продукції та інших нормативно-правових актів, що регулюють здійснення господарської діяльності, голова фермерського господарства несе відповідальність, передбачену законом.

Застосування аналогії *повинно виключати зловживання аграрними правами, не суперечити принципам доброчесності, розумності, моральним засадам суспільства*. Таке обмеження впливає зі змісту ст. 66 Конституції України, яка встановлює обов'язок кожного не заподіювати шкоду природі, культурній спадщині, відшкодувати завдані ним збитки, а власність не повинна використовуватися на шкоду людині і суспільству (ст. 13). У законодавстві також передбачено, що використання власності на землю не може завдавати шкоди правам, свободам та гідності громадян, інтересам су-

пільства, погіршувати екологічну ситуацію і природні якості землі (ст. 42 Конституції України).

За аналогією закону *не можуть застосовуватись норми, які встановлюють виключення або спеціальне правове регулювання*. На думку А. С. Піголкіна, "не допускається... застосування аналогії тих правових норм, які встановлюють виключення, вилучення із загального порядку правового регулювання... В рівній мірі недопустиме застосування за аналогією тих норм, в яких є спеціальна вказівка про те, що вони застосовуються лише у випадках, прямо зазначених у законі. Це свідчить про заборону законодавцем застосування таких норм за аналогією" [9, с. 55]. На нашу думку, зазначене обмеження застосування аналогії закону є характерним і для аграрного права України. Зокрема, в 2001 році у законодавстві було передбачено спеціальний механізм набуття права на земельну частку (пай) громадянами, евакуйованими та відселеними внаслідок Чорнобильської катастрофи. Враховуючи виключний, спеціальний характер зазначених норм, вони не можуть поширюватись за аналогією на відносини щодо набуття права на земельну частку (пай) іншими категоріями громадян, наприклад, особами кримськотатарської національності, які повернулись із місць депортації.

Отже, на основі проведеного дослідження можна зробити наступні висновки:

1) аналогія закону – це спосіб дієвого, оперативного подолання прогалин правового регулювання аграрних відносин, які перебувають у сфері правового впливу та потребують саме нормативно-правового опосередкування, шляхом застосування правових норм як аграрного, так і споріднених з ним галузей права, що регулюють подібні за змістом та характером суспільні відносини, з метою забезпечення одночасно стабільності й гнучкості аграрно-правового впливу та підвищення його ефективності. Для заповнення прогалин аграрно-правового регулювання, в Україні допускається застосування як внутрішньогалузевої, так і міжгалузевої аналогії закону, але за умови відсутності прямої заборони нормами аграрного права та пріоритетності застосування норм саме аграрного права. Умовами застосування аналогії закону є: а) наявність дійсної прогалини у правовому регулюванні аграрних відносин; б) наявність правової норми, яка регулює подібні, близькі за змістом та характером відносини; в) наявність суб'єкта, уповноваженого на використання аналогії; г) використання або застосування правової норми; д) дотримання меж застосування аналогії;

2) аналогія права – це спосіб дієвого, оперативного подолання прогалин правового регулювання аграрних відносин, які перебувають у сфері правового впливу та потребують саме нормативно-правового опосередкування, за відсутності правових норм, які регулюють подібні відносини, шляхом застосування галузевих аграрно-правових, конституційних, загальноюридичних міжнародних правових принципів. Застосування аналогії права при подоланні юридичних прогалин в аграрному праві України передбачає залучення насамперед принципів, загальних засад аграрного права, а також аграрного законодавства, але за умови їх нормативної фіксації та несуперечності загальним, конституційно- та аграрно-правовим принципам. У випадку відсутності галузевих принципів для заповнення аграрно-правової прогалини можливим є застосування конституційних,

загальноправових та загальнолюдських (міжнародних) правових принципів. Умовами застосування аналогії права є: а) наявність дійсної прогалини у правовому регулюванні аграрних відносин; б) неможливість застосування аналогії закону; в) наявність суб'єкта, уповноваженого на використання аналогії права; г) наявність галузевого аграрно-правового принципу, який може бути використаний для врегулювання певних аграрних відносин, а за умови його відсутності – конституційного, загальноюридичного чи міжнародного принципу права; д) дотримання меж застосування аналогії;

3) для подолання прогалин правового регулювання аграрних відносин юридична аналогія не допускається у наступних випадках: а) при встановленні правових засад використання землі та інших природних ресурсів у процесі сільськогосподарського виробництва; б) при встановленні обмежень у здійсненні підприємницької діяльності в аграрному секторі економіки; в) при встановленні загальних засад набуття, реалізації та припинення права приватної власності на основні та виробничі фонди у сфері сільськогосподарського виробництва; г) при правовому регулюванні повноважень органів державної влади та місцевого самоврядування у сфері аграрних відносин; г) при встановленні відвідів та порядку оподаткування суб'єктів аграрних відносин, а також порядку використання отриманих коштів; д) при визначенні діянь, які є аграрними правопорушеннями; видів, підстав та умов застосування юридичної відповідальності за аграрні правопорушення та порядку поновлення порушених прав суб'єктів аграрних правовідносин; е) використання юридичної аналогії повинно виключати зловживання аграрними правами, не суперечити принципам добросовісності, розумності, моральним засадам суспільства; є) за аналогією закону не можуть застосовуватись норми, які встановлюють виключення або спеціальне правове регулювання.

1. Аграрне право України : підручник / В. М. Єрмоленко, О. В. Гафурова, М. В. Гребенюк [та ін.] ; за заг. ред. В. М. Єрмоленка. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 608 с.
2. Алексеев С. С. Советское право как система : методологические принципы исследования / С. С. Алексеев // Советское государство и право. – 1974. – № 7. – С. 11-18.
3. Алексеев С. С. Право : азбука – теория – философия : опыт комплексного исследования / С. С. Алексеев. – М. : Статут, 1999. – 712 с.
4. Белкин А. А. Аналогия в государственном праве / А. А. Белкин // Правоведение. – 1992. – № 6. – С. 13-24.
5. Лазарев В. В. Применение советского права / В. В. Лазарев. – Казань : Изд-во Казанского университета, 1972. – 200 с.
6. Лазарев В. В., Липень С. В. Теория государства и права : учеб. для вузов / В. В. Лазарев, С. В. Липень. – М. : Спарк, 1998. – 448 с.
7. Лебідь В. І. До питання про правове регулювання праці членів суб'єктів аграрного господарювання / В. І. Лебідь // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2006. – № 7. – С. 85-91.
8. Лобанов Г. А. Применение законодательства по аналогии / Г. А. Лобанов // Юрист. – 1999. – № 10. – С. 2-4.
9. Пиголкин А. С. Обнаружение и преодоление пробелов права / А. С. Пиголкин // Советское государство и право. – 1970. – № 3. – С. 49-57.
10. Рабинович П. М. Прогалины в праве / П. М. Рабинович // Юридическая энциклопедия : В 6 т. / Редкол. : Ю. С. Шемшученко (глав. редкол.) та ін. – Т. 5. – К. : "Укр. енцикл.", 1998. – С. 148.
11. Регельсбергер Ф. Общее учение о праве / под. ред. проф. Ю. С. Гамбарова / Ф. Регельсбергер. – М. : Типография Высочайше утвержд. Т-ва И. Д. Сытина, 1897. – 285 с.
12. Скаун О. Ф. Теория держави і права (Енциклопедичний курс) : підручник / О. Ф. Скаун. – Х. : Еспада, 2006. – 776 с.
13. Фидаров В. В. Пределы допустимости применения института аналогии права и аналогии закона в правовой системе России : Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / В. В. Фидаров. – Тамбов, 2009. – 228 с.
14. Шелестов В. Застосування аналогії в колгоспному праві / В. Шелестов // Радянське право. – 1987. – № 4. – С. 54-57.
15. Ярошенко О. М. Методи подолання прогалин у трудовому праві України / О. М. Ярошенко // Проблеми законності. – 2006. – Вип. 80. – С. 78-86.

Надійшла до редколегії 08.06.11

СТРУКТУРНО-ФУНКЦІОНАЛЬНІ ТА КОНСТИТУЦІЙНІ ПРИНЦИПИ ПОБУДОВИ МЕХАНІЗМУ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ

В статті розглянуто співвідношення між структурно-функціональними та конституційними принципами побудови механізму державної влади, а також взаємозв'язок між конституційними нормами-аксіомами та нормами-принципами та структурними особливостями побудови конституційного механізму державної влади в Україні.

Ключові слова: структурно-функціональні принципи, конституційні принципи, механізм державної влади, норми-аксіоми, норми-принципи.

В статье рассмотрено соотношение между структурно-функциональными и конституционными принципами построения механизма государственной власти, а также взаимосвязь между конституционными нормами-аксиомами и нормами-принципами и структурными особенностями построения конституционного механизма государственной власти в Украине.

Ключевые слова: структурно-функциональные принципы, конституционные принципы, механизм государственной власти, нормы-аксиомы, нормы-принципы.

The article is devoted to the relation between structural and functional principles, and constitutional principles of state power mechanism building, and the relation between constitutional axiom rules and principle rules, and structure specifics of state power building in Ukraine.

Keywords: structural and functional principles, constitutional principles, state power mechanism, axiom rules, principle rules.

Курс, проголошений Україною на побудову правової держави, порушив питання реформування конституційного механізму державної влади. Сучасний стан його функціонування характеризується передусім тим, що рівень організуючого впливу держави на суспільні процеси не відповідає потребам динамічного розвитку громадянського суспільства, формуванню соціально-орієнтованої ринкової економіки. На думку автора статті, такий стан речей, по-перше, пов'язаний, з теоретико-доктринальною невизначеністю принципів конституційного механізму, що суттєво знижує здатність держави ефективно врегульовувати суспільні відносини, перешкоджає реалізації прав та свобод людини і громадянина, послаблює режим законності.

По-друге, в науці та практиці сучасного українського конституціоналізму не завжди простежується взаємозв'язок між загально-методологічними (структурно-функціональними) та конституційними принципами сучасної республіканської форми правління.

Актуальність теми статті зумовлюється ще й тим, що одним із напрямів свого зовнішньополітичного розвитку Україна визначила входження до спільноти європейських держав з відповідним високим рівнем життя, культури й демократії. У свою чергу, політична і правова інтеграція до Європейського Союзу може бути досягнута лише в результаті набуття нових якісних характеристик, що неможливо без всебічного вдосконалення конституційного механізму державної влади і підвищення рівня визначеності її принципів. Адже останні є тією методологічною основою, завдяки якій законність перестає бути "законністю на папері", а стає "законністю в дії".

Метою статті є побудова описової моделі співвідношення структурно-функціональних та конституційних принципів побудови механізму державної влади. Статтю також присвячено проблемі взаємозв'язку конституційних норм-аксіом та норм-принципів із структурними особливостями побудови конституційного механізму державної влади в Україні.

Завданнями статті, у зв'язку з вищезазначеним, є:

1. Розкриття структури конституційного механізму державної влади України в контексті співвідношення її із засадничими принципами;

2. Встановлення співвідношення між структурно-функціональними та конституційними принципами побудови механізму державної влади.

Аналіз останніх досліджень та публікацій, в яких започатковано розв'язання наукової проблеми свідчить про те, що за даною тематикою можна виділити наукові праці багатьох вітчизняних вчених, серед яких варто згадати В.Б. Авер'янова, В.Д. Бабкіна, М.О. Баймурато-

ва, А.П. Зайця, О.В. Зайчука, А.А. Коваленка, О.Л. Копиленка, Л.Т. Кривенко, Ю.М. Оборотова, Н.М. Онищенко, М.П. Орзіха, О.В. Петришина, В.Ф. Погорілка, А.О. Селіванова, В.М. Селіванова, О.В. Скрипнюка, О.Ю. Тодику, Ю.М. Тодику, О.Ф. Фрицького, Ю.О. Фрицького, В.М. Шаповала, В.О. Шевчука, С.В. Шевчука, Ю.С. Шемшученка, О.І. Ющика, О.Н. Ярмиша та інших [6].

Проблеми зв'язку конституціоналізму в структурно- та доктринально-методологічному (аксіоматично-принциповому) вимірах в умовах демократизації суспільства і держави, а також глобальних політичних процесів, значною мірою знайшли своє відображення також у багатьох наукових та публіцистичних працях російських дослідників. Зокрема, з точки зору розуміння структури конституційних механізмів державної влади дедалі більший інтерес викликають праці таких відомих російських вчених-правознавців, політологів та філософів як Р.А. Абдрафікова, С.А. Авак'яна, І.Л. Бачила, О.В. Войтенка, І.В. Вострікова, І.М. Гомерова, М.П. Графа, В.Г. Графського, Д.В. Гусева, Ю.О. Дмитрієва, В.О. Затонського, Д.М. Зоїрова, В.І. Козіна, А.М. Кумикова, В.Г. Ледяєва, О.А. Лук'янова, Р.Д. Марданова, А.Ю. Мордовцева, Л.А. Морозова, О.Ю. Погожаєва, Є.В. Подбезного, Ж.Т. Тощенко, В.Ф. Халіпова, О.І. Цукатова, В.Є. Чиркіна та інших [див. огляди в.: 5, с.18-29; 7, с.30-32].

Загальноприйнято вважати, що механізм держави – це цілісна ієрархічна система державних органів, що здійснюють державну владу, а також установ, підприємств, за допомогою яких виконуються завдання і функції держави. Під конституційним механізмом держав, як правило, розуміється система органів державної влади (апарат держави) та інших основних інститутів держави (громадянство, територія (територіальний устрій), бюджетна, грошова і банківська системи, збройні сили та інші військові формування держави, державні символи тощо), юридичний статус і функції яких встановлені і закріплені в Основному Законі держави – Конституції. Роль Основного Закону, поруч з Конституцією, можуть виконувати інші органічні нормативні акти (в тих державах, де Конституція відсутня, їх роль відіграють хартії, декларації та інші конституційні нормативні акти) [3, с. 34-35].

Механізму держави загалом, і конституційному механізму як його різновиду, притаманний ряд ознак, що зводяться до наступного:

1) це ієрархічна система, тобто, система, побудована на засадах субординації та координації. Політико-організаційну основу системи складають органи держави, територія держави, збройні сили та інші державні військові формування, державні символи, столиця дер-

жави. Ієрархічним ланцюжком субординації в державах, побудованих на засадах конституціоналізму, є наступна послідовність (вертикаль): "народ як джерело влади та інституції громадянського суспільства" – "представницький орган, що реалізує народовладдя, та органи самоврядування"; – "глава держави (виконавчої влади) та гілка виконавчої влади" – "інші гілки влади";

2) це цілісна система внутрішньо-організованих елементів, яка має єдині принципи побудови і єдині завдання та цілі діяльності. Кожний із суб'єктів механізму держави, як його системний елемент, є органічно зумовленим усіма іншими його елементами і функціонуванням системи в цілому. Цілісність механізму державної влади забезпечується його інституціональною автономією, тобто, підтриманням системно-нормативних гарантій незалежності державного механізму від політичної волі окремих осіб (інституційно-правової деперсоналізованості). За умови високої міри персоналізованості державної влади в Україні ця ознака часто стає факультативною, що істотним чином відбивається на рівні її легітимності;

3) це система, яка має чітку структуру з певними зв'язками між її елементами. Первинними елементами є державні органи. Як будь-який механізм складається з різних елементів, так і механізм держави, будучи єдиним, містить у собі органи, блоки, підсистеми і самостійні гілки влади: законодавчу, виконавчу, судову. В цій розчленованості прослідковується ієрархія: різні державні органи, їх блоки, підсистеми посідають неоднакове місце у державному механізмі, але усі разом повинні діяти злагоджено і без збоїв. Так, одну з підсистем держави утворюють вищі органи держави: глава держави, законодавча, виконавча, судова гілки влади, органи прокуратури та ін. Інша підсистема – місцевого рівня: місцеві державні адміністрації та їх голови. Особливою підсистемою є судова, а також правоохоронні органи: прокуратура, міліція, органи служби безпеки та ін.;

4) це система, яка має єдину бюджетну, грошову, банківську системи, державну власність, котрі становлять її організаційно-економічну основу;

5) це взаємодіюча, динамічна і реально працююча система, за допомогою якої держава не просто здійснює управління суспільством (по суті, механізм держави створюється для виконання її функцій), але і підтримує з його інституціями безперервний зворотній зв'язок.

Цей принцип сучасного конституціоналізму покладений в основу моніторингової демократії і підтримання режиму безперервного консультування органів державної влади із відповідними громадськими організаціями, що виступають по відношенню до державних рішень своєрідним "лакмусовим папірцем" [5, с.80].

Конституційний механізм державної влади, згідно Конституції України, складають наступні взаємопов'язані елементи: а) орган законодавчої влади; б) глава держави; в) органи виконавчої влади; г) органи судової влади; д) інші органи держави [1].

Єдиним органом законодавчої влади в Україні є парламент – Верховна Рада України. Верховна Рада України є загальнонаціональним, виборним, представницьким, колегіальним, постійно діючим, однопалатним органом законодавчої влади, який складається з 450-ти народних депутатів. Вони обираються на основі загального, рівного і прямого виборчого права шляхом таємного голосування терміном на п'ять років (ст. 76).

Поділ державної влади на три гілки, що закріплений у статті 6 Конституції України, не скасовує її єдності і суверенітету. Державна влада має єдине джерело влади – народ ("Носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ" (ст.5 Конституції України)),

який реалізує своє право через народне волевиявлення, і тому державна влада виражає єдині корінні інтереси населення країни. Отже самостійність органів законодавчої, виконавчої і судової влади не є абсолютною, а завжди відносною, оскільки абсолютна самостійність змістовно заперечує конституціоналізм як такий. Глава держави якраз і покликаний забезпечувати узгоджене функціонування цих органів в інтересах волі народу з метою досягнення загальнодержавних цілей. У сучасних державах інститут глави держави, за загальним правилом, є одноосібним: в конституційних монархіях – монарх, в республіках – президент.

Відповідно до статті 102 Конституції України главою держави в Україні є Президент України. Він є гарантом державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина. Президент України обирається громадянами України на основі загального, рівного і прямого виборчого права шляхом таємного голосування строком на 5 років. Він призначає Прем'єр-міністра (за згодою Верховної Ради) і членів Кабінету Міністрів України за поданням Прем'єр-міністра (ст. 106).

Виконавча влада належить уряду, який безпосередньо управляє країною. Уряд зазвичай складається з глави уряду (прем'єр-міністра, голови ради міністрів або голови кабінету міністрів, першого міністра, канцлера і т.д.), його заступників і членів уряду, які очолюють окремі центральні органи державного управління (міністерства, департаменти) і іменуються міністрами, секретарями, статс-секретарями. Статус уряду, згідно з Конституцією України, має Кабінет Міністрів України, який є відповідальним перед Президентом України та підконтрольним і підзвітним Верховній Раді України. Органи виконавчої влади, за Конституцією України, становлять собою певну систему. До неї входять: Кабінет Міністрів України, який є вищим органом у системі органів виконавчої влади, міністерства та інші органи центральної виконавчої влади і місцеві державні адміністрації.

Судочинство в Україні, відповідно до статті 124 Конституції України, здійснюється Конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції.

Поряд з цими органами державної влади є органи, діяльність яких передбачена Конституцією України або законами України, але вони безпосередньо не віднесені до жодної гілки державної влади. Це, зокрема, Президент України, органи прокуратури, Центральна виборча комісія, Національна рада України з питань телебачення і радіомовлення тощо.

Загальними принципами структурування механізму державної влади та її окремих органів є:

- принцип поділу державної влади на законодавчу, виконавчу і судову та взаємодія органів державної влади;
- демократичний порядок формування органів державної влади;
- системність і структурованість;
- конституційність, законність в організації і діяльності;
- постійний характер діяльності і детермінованість, тобто, визначеність повноважень органів державної влади;
- врахування загально визнаних принципів та норм міжнародного права, досягнень національної і світової конституційної думки у практиці державного будівництва;
- гарантування діяльності органів державної влади.

[5, с.44].

Пріоритетним принципом структурної побудови органів державної влади є, звичайно, принцип поділу державної влади на законодавчу, виконавчу і судову.

Надзвичайно важливим принципом будівництва органів державної влади є принцип демократичного порядку їх формування. Зокрема, народні депутати Украї-

ни і Президент України обираються на основі загального, рівного і прямого виборчого права шляхом таємного голосування; Прем'єр-міністр України і Генеральний прокурор призначаються Президентом України за згодою Верховної Ради України; професійні судді на перші п'ять років призначаються Президентом України, а потім обираються парламентом безстроково.

Наступним важливим принципом організації і діяльності органів державної влади є їх системність і структурованість.

Вкрай необхідним в діяльності органів державної влади є принцип конституційності і законності. Відповідно до ст. 19 Конституції України "Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України". Тим самим має бути подолана практика багатьох десятиліть, коли ряд органів державної влади, в тому числі органи прокуратури, міністерства, державні комітети і відомства, діяли на підставі певних підзаконних актів.

Істотно новим принципом організації і діяльності органів державної влади за Конституцією України є постійний характер їх діяльності і чітка детермінованість повноважень. Так, народні депутати України обираються строком на 5 років (ст. 76) і здійснюють свої повноваження на постійній основі (ст. 78). Президент України обирається строком на 5 років, але одна і та сама особа не може бути Президентом України більше ніж два строки підряд. Президент України не може мати іншого представницького мандата, обіймати посаду в органах державної влади або в об'єднаннях громадян, а також займатися іншою оплачуваною або підприємницькою діяльністю чи входити до керівного органу або наглядової ради підприємства, що має на меті одержання прибутку (ст. 103). Лише професійні судді після перших п'яти років своєї роботи обираються Верховною Радою України безстроково [1].

Основні принципи державного ладу опосередковують суть держави, її тип, місце і роль в суспільстві. За Конституцією основними принципами державного ладу є такі принципи: принцип суверенності і незалежності держави, принцип демократизму держави, принцип соціальної і правової держави, принцип унітарності (єдності, соборності) держави та республіканської форми правління. Ці принципи впливають із визначення атрибутів української держави, яка, згідно із ст. 1 Конституції, є суверенною і незалежною, демократичною, соціальною і правовою державою. В наступних статтях вона проголошується також унітарною державою (ст. 2) і республікою (ст. 5) [1].

Принцип суверенності означає незалежність нашої держави в усіх основних сферах: політичній, економічній, соціальній та культурній (духовній, інформаційній). За своєю суттю суверенітет, незалежність означає верховенство, повноту і самостійність державної влади всередині країни та рівноправність і незалежність держави у відносинах з іншими державами.

Принцип демократизму держави опосередковує передусім взаємовідносини держави і суспільства, держави і особи. Цей принцип відповідає традиціям українського державотворення і знаходить своє виявлення у сучасних принципах формування органів державної влади, в їх системі, структурі, складі та основних засадах функціонування. Демократичною є держава, в якій всебічно і повно виражається воля народу, а її організація і діяльність постійно відповідають волі народу. Мається на увазі як загальна воля народу, так і воля окремих соціальних груп, спільнот та кожної окремої

особи – людини і громадянина. Тобто, демократичною є держава, яка здійснює владу народу з його волі і відповідно до його волі.

Шляхом вільних і демократичних виборів обираються народні депутати України до парламенту – Верховної Ради України. У такий же спосіб обирається й Президент України, а також органи місцевого самоврядування. Вибори до цих органів "є вільними і відбуваються на основі загального, рівного і прямого виборчого права шляхом таємного голосування" (ст. 71 Конституції України). Одним з основних показників демократизму держави є наявність виборних представницьких органів державної влади і органів місцевого самоврядування.

Принцип соціальної держави (радше, соціальної орієнтованості держави) полягає в тому, що держава є і має бути виразником, представником і захисником інтересів як усього суспільства, усього народу, тобто, публічних, загальних інтересів, так і інтересів кожної людини і громадянина. Соціальною державою, як правило, вважається та держава, яка бере на себе обов'язок піклуватися про соціальну справедливість, добробут громадян, їх соціальну захищеність. Соціальна держава дбає і має дбати насамперед про соціально незахищених або найменш соціально-захищених осіб і про відповідні верстви населення (безробітних, непрацевдатних тощо).

Правовий характер нашої держави (принцип правової держави або ж правової державності) знаходить свій вияв, насамперед, у передбаченому Конституцією України принципі верховенства права (ст. 8), у здійсненні державної влади на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу і судову (ст. 6), у взаємній відповідальності держави та особи (ст. 3), гарантуванні прав і свобод людини і громадянина тощо. Складовою частиною цього принципу є принцип верховенства права, який означає пріоритет права щодо держави, політики, економіки, культури та інших інститутів (основ) держави, а також щодо інших соціальних норм (моралі, звичаїв тощо).

Принцип унітарності держави означає її єдність, соборність в політичному, економічному, соціальному, культурному (духовному) та інших відношеннях. Ключовим моментом єдності держави є її територіальна єдність. У Конституції України з цього приводу зазначається, що "Територія України в межах існуючого кордону є цілісною і недоторканою" (ст. 2). Хоча тут варто зазначити й іншу конституційну норму: "Виключно всеукраїнським референдумом вирішуються питання зміну території України" (ст. 73). Відсутність офіційного тлумачення зазначених норм Основного Закону нашої держави з боку Конституційного Суду України на сьогоднішній день дає підстави стверджувати про теоретичну або практичну можливість приєднання до території України інших територій, або про від'єднання якогось її частин.

Принцип республіканської форми правління полягає у тому, що в такій організації державної влади (формі правління) глава держави (Президент) обирається народом або парламентом, шляхом прямих або непрямих виборів на певний строк. Україна, відповідно до ст. 5 Конституції, є республікою, оскільки глава держави – Президент України – "обирається громадянами України на основі загального, рівного і прямого виборчого права шляхом таємного голосування строком на п'ять років." Відповідно до змісту Конституції, наша держава за своїми основними рисами вважається президентсько-парламентською республікою, оскільки Президент України обирається громадянами України, формує Кабінет Міністрів України (уряд), який відповідальний перед ним, але не очолює його, тобто не є главою виконавчої влади. Верховна Рада України – парламент – може прийняти резолюцію недовіри Кабінету Міністрів

України, яка веде до його відставки. За відповідних умов Президент України має право розпуску парламенту.

Вищезазначені принципи нашої держави і державного ладу є пріоритетними, основними, але не єдиними. Прямо чи опосередковано Конституція України закріплює й низку інших принципів держави (їх можна було б віднести до субсидіарних принципів), зокрема принципи національної держави і принцип світськості держави.

Про національний характер нашої держави свідчать, зокрема, основні напрями її національної політики, передбачені і закріплені Основним Законом України. Зокрема, в статті 11 Конституції України зазначається, що "Держава сприяє консолідації та розвитку української нації, її історичної свідомості, традицій і культури, а також розвитку етнічної, культурної, мовної та релігійної самобутності всіх корінних народів і національних меншин України". Світський характер України закріплено в Основному Законі нашої держави опосередковано. Зокрема, в статті 35 Конституції України, поряд з проголошенням права на свободу світогляду і віросповідання, зазначається, що "Церква і релігійні організації в Україні відокремлені від держави, а школа – від церкви. Жодна релігія не може бути визнана державою як обов'язкова", тобто, як державна.

Отже, як стає очевидним із вищезазначеного, структурно-функціональні принципи формування механізму державної влади в умовах конституційного державного ладу знаходять своє пряме і безпосереднє продовження у вигляді конституційних принципів. Так, принцип поділу державної влади на законодавчу, виконавчу і судову та взаємодії органів державної влади пов'язаний із принципом республіканської форми правління та принципом правової держави; принцип демократичного порядку формування органів державної влади (вибор-

ність, призначення за згодою інших органів тощо) – пов'язаний із принципом демократизму, закріплений у Конституції України; принцип системності і структурованості – пов'язаний із принципами суверенності, унітарності (єдності, соборності) та демократизму; принцип конституційності, законності в організації і діяльності – пов'язаний із принципами соціальної та правової держави; принцип постійного характеру діяльності і детермінованості, тобто, визначеності повноважень органів державної влади – пов'язаний із конституційним принципом республіканізму; принцип врахування загально-визнаних принципів та норм міжнародного права, досягнень національної і світової конституційної думки й практики державного будівництва – пов'язаний з усіма конституційними принципами української держави, які відтворюють європейський (зокрема – французький) досвід конституціоналізму; принцип гарантування діяльності органів державної влади пов'язаним із принципом суверенності.

1. Конституція України від 28 червня 1996 року. 2. Абашмадзе В.В. Учение о разделении государственной власти и его критика / В.В. Абашмадзе. – Тбилиси, Изд-во Тбилисского гос. ун-та, 1972. – 156 с.
3. Байтин М.А. Государство и политическая власть / М.А. Байтин. – Саратов, Изд-во Саратовского гос. ун-та, 1972. – 208 с.
4. Богуцкий П. Поняття правової держави та методологічний підхід до проблем й формування // П. Богуцкий. – Київ: Право України. – 1996. – №4.
5. Болотина Е.В., Петухов В.Г. Разделение властей: исторический опыт, теория и практика российской государственности. / Е.В. Болотина, В.Г. Петухов. – СПб.: Речь, 2001. – 443 с.
6. Опришко В. Державно-правовая реформа в Украине: основные направления / В. Опришко. – Київ: Право України. – 1998. – №1.
7. Хабибулин А.Г. Научные основы типологии государства: Вопросы теории и практики / А.Г. Хабибулин. – СПб.: Республика, 1997. – 223 с.
8. Чиркин В.Е. Элементы сравнительного государственного устройства / В.Е. Чиркин. – М.: ИНФРА-М, 1994. – 375 с.

Надійшла до редколегії 08.06.11

І. Діковська, доц.

ВИДИ МІЖНАРОДНИХ ПЕРЕВЕЗЕНЬ: НОРМАТИВНИЙ І ДОКТРИНАЛЬНИЙ ПІДХОДИ

У статті аналізуються характерні ознаки окремих видів міжнародних перевезень.

Ключові слова: регулярні, нерегулярні перевезення, вантажні, пасажирські перевезення, перевезення у змішаному сполученні, транспортні конвенції.

В статті аналізуються характерні ознаки окремих видів міжнародних перевезень.

Ключевые слова: регулярные, нерегулярные перевозки, перевозки в смешанном сообщении, транспортные конвенции.

The article analyzes the characteristics of various kinds of international carriages.

Key words: scheduled, nonscheduled operations, cargo, passenger carriage, mixed traffic, transport conventions.

Правове регулювання міжнародних перевезень відрізняється в залежності від виду перевезення, до якого воно застосовується. Відтак, визначення ознак кожного з видів перевезення набуває особливого значення, оскільки, в результаті, воно дозволяє правильно застосовувати правові джерела, що регулюють міжнародні перевезення.

Міжнародні перевезення можна класифікувати за різними ознаками. Зокрема, у залежності від того, яким видом транспорту здійснюються перевезення, їх класифікують на залізничні, авіаційні, морські, внутрішні водні, автомобільні та перевезення в змішаному сполученні. При цьому слід звернути увагу, що деякі автори для даної класифікації використовують інший критерій. Так, наприклад, Садиков О.М. для даного поділу використовує такий критерій як характер транспортних організацій, які беруть у них участь [10, 6].

Поряд із цим варто відзначити, що у нормативному розумінні за певних умов перевезення певним видом транспорту може прирівнюватися до перевезення, що здійснюється іншим видом транспорту. Наприклад, від-

повідно до ст. 18 Конвенції про уніфікацію деяких правил міжнародних повітряних перевезень, вчиненої 28 травня 1999 року у м. Монреалі (далі – Монреальська конвенція) перевезення, здійснене перевізником повністю або частково іншим видом транспорту, ніж повітряний (без згоди вантажовідправника замість перевезення, яке за згодою сторін передбачалося здійснити повітряним транспортом) вважається перевезенням, здійснюваним у період повітряного перевезення.

Перевезення у змішаному сполученні має місце тоді, коли воно здійснюється різними видами транспорту. При цьому може використовуватися єдиний перевізний документ.

Варто відзначити, що разом з поняттям перевезень у змішаному сполученні на практиці застосовується поняття "інтермодальних", "мультимодальних" та комбінованих перевезень. Деякі автори розглядають їх як синоніми [3, 127]. Інші – розрізняють ці терміни. При цьому наголошується на тому, що інтермодальні перевезення є родовим поняттям. Їх визначають як перевезення вантажу декількома видами транспорту, де один

перевізник зобов'язується організувати всі перевезення вантажу (від дверей до дверей) з одного пункту відправлення чи порту через один чи декілька пунктів у кінцевий пункт призначення. В залежності від того, як розподілена відповідальність між включеними до такого перевезення перевізниками розрізняють мультимодальні та сегментарні перевезення. Мультимодальні перевезення визначаються як такі, у яких перевізник, який організує перевезення вантажу в цілому, бере на себе відповідальність за усе перевезення. У цьому випадку він може видавати відправникові документ на перевезення на весь шлях слідування. У сегментарних перевезеннях перевізник, що організує перевезення вантажу в цілому, бере на себе відповідальність лише за ту частину перевезення, яку він здійснює сам [5].

Деякі автори навпаки вважають, що інтермодальні перевезення є лише "сектором ширшого поняття комбінованих (модальних) змішаних перевезень" [7, 17].

Визначальною рисою комбінованих перевезень є те, що вони здійснюються у одному перевізному місці (контейнері). Європейська угода про найважливіші лінії міжнародних комбінованих перевезень і відповідні об'єкти від 1 лютого 1991 року визначає термін "комбіноване перевезення" як перевезення вантажів на одній і тій же транспортній одиниці з використанням декількох видів транспорту.

За об'єктом перевезення прийнято виділяти перевезення вантажів, пасажирів, а на залізничному транспорті – вантажобагажу (товаробагажу), поштових відправлень.

Визначення поняття вантажу міститься в різних міжнародних та внутрішніх нормативно-правових актах. Так, згідно з Конвенцією про полегшення міжнародного морського судноплавства від 9 квітня 1965 року вантаж – це будь-які товари й будь-якого роду предмети, що перевозяться на судні, за винятком пошти, суднових припасів, суднових запасних частин і спорядження, особистих мов команд і багажу, що слідує з пасажирами.

Відповідно до Міжнародної конвенції стосовно деяких правил про коносамент від 25 серпня 1924 року "вантаж" включають предмети, товари, вантажі й вироби будь-якого роду, за виключенням живих тварин та вантажу, який оголошений за договором перевезення як такий, що перевозиться на палубі й дійсно перевозиться таким чином (ст. 1).

Слід відзначити, що у певний період на сторінках української преси відбувалася дискусія стосовно відмежування поняття "вантаж" та "вантажобагаж". Вона була викликана тим, що редакція п. 6.2.4 Закону України "Про податок на додану вартість" зі змінами, внесеними Законом України "Про внесення змін до Закону України "Про Державний бюджет України на 2005 рік" передбачала застосування нульової ставки ПДВ для перевезення залізничним, автомобільним, морським і річковим транспортом пасажирів, багажу й вантажобагажу від пункту на зовнішньому митному кордоні до пункту за межами державного кордону України або від пункту за межами державного кордону України до пункту на зовнішньому митному кордоні. Беручи до уваги те, що п. 6.2.4. у згаданій редакції не передбачав застосування нульової ставки до перевезення вантажу, важливо було з'ясувати, чи охоплює поняття "вантажобагаж" поняття "вантаж". (Принагідно зазначимо, що сьогодні застосування нульової ставки ПДВ передбачене для міжнародних перевезень пасажирів і багажу та вантажів залізничним, автомобільним, морським і річковим та авіаційним транспортом (п. "а" п. 195.1.3. ст. 195 Податкового кодексу України).

Одна з точок зору полягала в тому, що "термін вантаж охоплює поняття вантажобагаж (товаробагаж)" [6]. Згідно з іншою думкою "вантажобагаж" й "вантаж" – різні предмети перевезення" [4].

Необхідно констатувати, що в чинному законодавстві України немає єдиного підходу до розуміння поняття "вантажобагажу". В одних випадках він визначається як різновид вантажу, а в інших – як різновид багажу. Так, наприклад, Закон України "Про залізничний транспорт" від 4 липня 1996 року № 273 із змінами та доповненнями, визначає вантажобагаж як вантаж, що перевозиться в пасажирських і поштово-багажних поїздах.

Водночас п. 1.7. Правил перевезень пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничним транспортом України, затверджених Міністерством України від 27 грудня 2006 року № 1196, визначаючи поняття легковагового багажу, як синонім до нього вживає поняття "вантажобагаж".

Інструкція про взаємодію посадових осіб митних органів, що здійснюють митні процедури з багажем і вантажобагажем, переміщуваними в багажних вагонах, і працівників залізниць України, затверджена наказом Державної митної служби України та Міністерством транспорту та зв'язку України від 18 вересня 2008 року № 1019 визначає вантажобагаж як предмети, що належать юридичним і фізичним особам, вагою окремого місця від 5 до 165 кг, що перевозяться в багажному вагоні за окрему плату без обмежень загальної ваги й без пред'явлення проїзних документів.

Для порівняння ця Інструкція визначає багаж як предмети загальною вагою до 200 кг (вагою окремого місця до 75 кг і довжиною не більше 3 м), що належать пасажиром, які мають проїзні документи й здають ці предмети для перевезення в багажному вагоні за окрему плату.

З наведеного, можна зробити висновок, що "вантажобагаж" – це речі, максимально дозволені виміри яких встановлюються актами законодавства, що перевозяться в багажних вагонах, відправниками яких можуть бути як пасажир так і особи, що не мають проїзних документів.

Багажем є речі, що перевозяться за договором перевезення, укладеним між пасажиром та перевізником, окремі характеристики яких встановлені відповідними нормативно-правовими актами. Зокрема, визначення поняття багажу міститься у Афінській конвенції про перевезення морем пасажирів та їх багажу 1974 року у редакції Протоколу 1976 року, Конвенції про міжнародні автомобільні перевезення пасажирів та багажу від 9 жовтня 1997, інших документах.

Більшість транспортних конвенцій визначають поняття пасажир як фізичної особи, яка на виконання договору перевезення, укладеного від її імені або нею самою, перевозиться за сплату або безоплатно перевізником (ст. 1 Конвенції про міжнародні автомобільні перевезення пасажирів та багажу). Аналогічне визначення поняття "пасажир" міститься у Конвенції про договір міжнародного перевезення пасажирів та багажу внутрішніми водним шляхам (КППВ) й у Конвенції про договір міжнародного автомобільного перевезення пасажирів і багажу (КАПП).

Водночас Афінська конвенція до пасажирів відносить не лише осіб, які перевозяться на судні за договором перевезення, а й тих, які за згодою перевізника перевозяться на судні для супроводження автомашини або живих тварин, які є предметом договору перевезення вантажів.

За періодичністю транспортних операцій розрізняють перевезення регулярні та нерегулярні.

Аналіз визначень регулярних перевезень в окремих актах нормативного [11] та ненормативного характеру [8] дозволяє виділити їх характерні риси. Зокрема, вони здійснюються за визначеними маршрутами, згідно з затвердженими опублікованими розкладами руху або рейсами настільки систематичними і частими, що являють собою систематичну серію рейсів. Крім того, ці перевезення відкриті для загального користування. Вони здійснюються за винагороду, причому тарифи перевезення є заздалегідь відомими пасажирам чи вантажовідправникам. Важливою характеристикою регулярних перевезень є те, що перевізники, які виконують такі перевезення, повинні здійснювати посадку і висадку пасажирів на кінцевих зупинках та в інших місцях, передбачених розкладами. Хоча окремі нормативно-правові акти можуть передбачати винятки з цього правила [11].

На авіаційному транспорті до регулярних належать також додаткові комерційні польоти, які виконуються у зв'язку з перевантаженням регулярних рейсів [8].

Морські регулярні перевезення іменуються лінійними. Вони здійснюються між визначеними портами двох або декількох країн, за лінійним розкладом суднами визначених типів з оплатою перевезень за встановленим тарифом лінії. До лінійних рейсів належить морське регулярне сполучення для забезпечення перевезень вантажів з періодичністю заходження суден до обов'язкового українського порту не рідше одного разу на місяць (п. 2.2. Інструкції про порядок реєстрації ліній закордонного плавання, затвердженої наказом Міністерства транспорту України від 13 червня 2000 року № 350).

Нерегулярними перевезеннями є такі, що не мають ознак регулярності або системності, тобто здійснюються не за опублікованим розкладом. Крім того, окремі нормативно-правові акти пов'язують "нерегулярність" перевезень, що здійснюються за одним і тим самим маршрутом, з їх частотою. Так, наприклад, п. 2.8. Порядку організації регулярних, нерегулярних і маятникових перевезень пасажирів автомобільним транспортом у міжнародному сполученні, затвердженого наказом Міністерства транспорту України від 9 лютого 2004 року № 75, до міжнародних регулярних перевезень відносить нерегулярні перевезення за одним і тим самим маршрутом з періодичністю частіше ніж один раз на тиждень.

До нерегулярних перевезень традиційно відносять чартерні, а також деякі інші. Так, наприклад, у повітряних перевезеннях до нерегулярних відносять нечартерні рейси для перевезення за індивідуально оформленими квитками чи індивідуально оформленою авіа вантажною накладною (інколи вони позначаються як "перевезення аеротаксі за запитом"). Ці рейси не виконуються відповідно до опублікованого розкладу, але продаються окремим суб'єктам (наприклад, вантажовідправникам). Польоти в данному випадку здійснюються за встановленими маршрутами, але із зупинками тільки в пунктах на маршруті, де необхідно зробити вивантаження (висадку) чи завантаження (посадку).

Комерційні польоти аеротаксі виконуються відповідно до отриманого незадовго до польоту запиту стосовно повітряного перевезення пасажирів, вантажу чи пошти, або будь-якої їх комбінації для отримання доходів. Звичайно вони виконуються малими повітряними суднами, включаючи вертольоти (звичайно не більше 30 пасажирських місць). До нерегулярних перевезень відносять також інші перевезення на вимогу [8].

Морські нерегулярні перевезення іменують трамповими. Вони виконуються без чіткого розкладу, і скеровуються судновласниками туди, де з боку фрахтувальників є попит на тоннаж. Трампові судна перевозять в основному масові вантажі: ліс, руду, вугілля, зерно,

нафтопродукти й інші вантажі, перевезені навалом або наливом. Більшість трампових суден – універсальні й можуть за необхідності перевозити генеральні вантажі – упаковані й неупаковані товарно-штучні вантажі (устаткування, хімікати, апаратуру, металовироби, автомобілі, трактори, вагони, сільськогосподарську техніку). Таким чином, на цих судах під вантаж можуть бути надані все судно, його частина або певні вантажні приміщення [9, 232].

В залежності від порядку проходження вантажем та пасажиром прикордонних пунктів (портів слідування) розрізняють перевезення без перевантажувальні (безпересадочні) і перевантажувальні (пересадочні) [10, 8].

Кількість проїзних документів, на підставі яких здійснюється перевезення є підставою для їх поділу на перевезення прямого сполучення, непрямого сполучення, перевезення послідовними перевізниками й перевезення з перевідправкою.

Особливим видом міжнародних перевезень є залізничні прикордонні перевезення, здійснюваний між двома сусідніми державами за правилами країни відправлення зі складанням внутрішньої накладної [9].

Особливим видом автомобільних пасажирських перевезень є маятникові перевезення, під час яких групи пасажирів перевозяться у визначений час з території однієї держави для тимчасового перебування на території іншої держави. Повернення цих пасажирів здійснюється автобусом того ж перевізника в країну попереднього виїзду. З цієї метою перший рейс у зворотному напрямку та останній рейс у головному напрямку здійснюється без пасажирів.

Деякі міжнародні договори встановлюють спеціальні вимоги до маятникових перевезень. Так, наприклад, відповідно до ст. 3 Угоди про міжнародні нерегулярні перевезення пасажирів автобусами (Угода INTERBUS) від 30 червня 2001 року місцем відправлення та місцем призначення маятникового перевезення повинні бути відповідно місце, де поїздка розпочинається, і місце, де вона закінчується, зокрема, у кожному випадку – навколишню місцевість у радіусі 50 км. Під час маятникових перевезень не можна здійснювати посадку або висадку пасажирів протягом поїздки. Перша зворотна поїздка й остання пряма поїздка в серії маятникових перевезень повинні здійснюватися без пасажирів.

Однак згідно із вказаною Угодою на класифікацію транспортної операції як маятникового перевезення не впливає той факт, що за домовленістю компетентних органів відповідної Договірної Сторони або Сторін пасажирів, здійснюють зворотну поїздку з іншою групою або іншим транспортним оператором, а також те, що пасажирів, незважаючи на положення підпункту здійснюють посадку або висадку під час поїздки.

Підсумовуючи варто зазначити, що в залежності від критерію міжнародні перевезення можуть бути класифіковані на різні види. При цьому характеристики одного і того самого виду перевезення можуть відрізнятися залежно від того, яким транспортом воно здійснюється.

1. Березовенко С.М. Управління зовнішньоекономічною діяльністю. Навч. посібник: 2-ге вид., випр. і доп. / За заг. ред. А. І. Кредісова. – К.: ВІРА-Р, 2002. – 552 с. 2. Інструкція про порядок реєстрації ліній закордонного плавання, затвердженої наказом Міністерства транспорту України від 31 травня 2000 № 276. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.com/document/spart43/inx43475.htm>. 3. Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизийное регулирование. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – 406 с. 4. Кифак О., Лелин Н., Малицька О., Селютин А. Послушаємо начальника транспортного цеху. Школа бухгалтера № 9 (16.5.2005). – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.dtk.com.ua/show/3nid050.html>. 5. Константинов В.Г. Эволюция смешанных перевозок. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://logist.org.ua/download/evolution.pdf>. 6. Лист Комітету ВРУ з питань будівництва, транспорту, житлово-комунального госпо-

дарства і зв'язку від 11.01.2006 № 06-12/10-14. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1064.836.0> 7. Милославская С.В., Плужников К.И. Мультимодальные и интермодальные перевозки: Учебное пособие. — М.: Рос.Консульт, 2001. — 368 с. — с. 17. 8. Определения ИКАО. Добавление В. Обзор классификации деятельности гражданской авиации и используемых определений STA/10-WP/716/10/09. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.icao.int/STA10/docs/STA10_wp007_ru.pdf. 9. Понятие международных перевозок и их классификация. Международные перевозки. Информационно-справочный портал о пассажирских, туристических,

грузовых перевозках и логистике. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://logistics-guide.net/ponyatie-i-klassifikaciya/> 10. Садиков О.Н. Правовое регулирование международных перевозок. — М.: Юрид.лит., 1981. — 288 с. 11. Угода між Кабінетом Міністрів України та Урядом Італійської Республіки про взаєморегулювання міжнародних пасажирських та вантажних перевезень від 3 лютого 1998 року — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=380_023.

Надійшла до редколегії 08.06.11

О. Совгиря, канд. юрид. наук

МІСЦЕ АКТИВ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ У ПРАВОВОМУ ЗАБЕЗПЕЧЕННІ ДІЯЛЬНОСТІ КАБІНЕТУ МІНІСТРІВ УКРАЇНИ

У статті досліджуються проблеми правового регулювання діяльності вищого органу виконавчої влади в аспекті визначення у механізмі такого регулювання місця активів Конституційного Суду України. Зокрема, з'ясовано, що на сьогодні акти Конституційного Суду України мають регулюючий вплив щодо складу Уряду, статусу міністрів, визначення правової природи відповідальності урядовців, змісту принципів діяльності Уряду, розв'язання т. зв. "компетенційних спорів". У публікації окреслено перспективи такого регулювання у частині сприяння знаходження політико-правового балансу між парламентом, главою держави та Урядом.

Ключові слова: Конституційний Суд України, Уряд, правове регулювання діяльності Кабінету Міністрів України.

В статье исследуются проблемы правового регулирования деятельности высшего органа исполнительной власти в аспекте определения в механизме такого регулирования места актов Конституционного Суда Украины. В частности, установлено, что на сегодня акты Конституционного Суда Украины имеют регулирующее влияние относительно состава Правительства, статуса министров, определения правовой природы ответственности членов Правительства, содержания принципов деятельности Правительства, решения так называемых "компетенционных споров". В публикации очерчены перспективы такого регулирования в части содействия нахождения политико-правового баланса между парламентом, главой государства и Правительством.

Ключевые слова: Конституционный Суд Украины, Правительство, правовое регулирование деятельности Кабинета Министров Украины.

The article examines the problems of legal regulation of higher executive authority in terms of defining the place of acts of the Constitutional Court of Ukraine and the mechanism of such regulation. In particular, the author states that nowadays acts of the Constitutional Court of Ukraine have a regulatory effect on the composition of the Government, the status of departmental minister, in determining the legal nature of government responsibility, the content of the principles of the Government and the solution of so-called "competential disputes". The publication outlines the prospects for such regulation especially those concerning the finding of a political and legal balance between Parliament, the Head of State and Government.

Keywords: Constitutional Court of Ukraine, legal regulation of the activity of the Cabinet of Ministers of Ukraine.

Промовистим свідченням ролі органів конституційної юрисдикції у правовому забезпеченні діяльності урядів є той факт, що, зокрема, Конституційна Рада Франції, створена з прийняттям Конституції V Республіки 1958 року, фактично мала першочерговим завданням забезпечити, щоб "парламент не втручався у сферу діяльності уряду" [4, с. 134-138].

Від часу проголошення Незалежності України у нашій державі триває процес збалансування діяльності гілок державної влади відповідно до вимог Основного Закону. В силу об'єктивних (відсутність традицій налагодження діалогу між гілками влади, практики розв'язання конституційних конфліктів) і суб'єктивних (наявність значної кількості прогалин у правовому регулюванні діяльності вищих органів державної влади аж до повної відсутності відповідних законів, невисока конституційна культура побудови відносин між окремими представниками вищих органів державної влади) причин, суб'єктом, який виконує функцію урівноваження стосунків між гілками влади, а часто і регулятора статусу вищих органів державної влади, зокрема, Уряду, є Конституційний Суд України.

У межах даної публікації предметом дослідження є ті рішення Конституційного Суду України як єдиного органу конституційної юрисдикції в Україні, що спричинили значний вплив на організацію та діяльність вищого органу виконавчої влади. Окремі аспекти цієї проблематики були об'єктом уваги вітчизняних дослідників, таких як: Авер'янов В. Б., Веніславський Ф. В., Дахова І. І., Єрмолін В. П., Жук Н. А., Кампо В. М., Козюбра М. І., Колодія А. М., Мартинюк Р. С., Силенко Л. М., Стрижак А. А., Тодика Ю. М., Федоренко В. Л., Чикурлій С. О., Шаповал В. М. та інші. Ми ж ставимо собі за мету дослідити питання про роль КСУ у правовому забезпеченні діяль-

ності КМУ системно, насамперед, в аспекті впливу активів єдиного органу конституційної юрисдикції на становлення правового статусу Уряду.

Правові засади діяльності та конфліктів Уряду 2005-2009 років. Відповідно до частини третьої статті 113 Конституції України Кабінет Міністрів України у своїй діяльності керується Конституцією і законами України, актами Президента України. Згідно із частиною третьою статті 113 Основного Закону, зі змінами 2004 р., відзначалося, що Кабінет Міністрів України у своїй діяльності керується Конституцією та законами України, а також указами Президента України та постановами Верховної Ради України, *прийнятими відповідно до Конституції та законів України* (курсив наш. — О. С.).

Слід відмітити, що формулювання Основного Закону, відповідно до якого Уряд у своїй діяльності має керуватися підзаконними актами, що прийняті відповідно до Конституції та законів України, є більш вдалим у порівнянні із чинною нормою. Однак, враховуючи те, що відповідно до частини третьої статті 106 Конституції України в редакції 1996 року. Президент України *на основі та на виконання Конституції і законів України* (курсив наш. — О. С.) видає укази і розпорядження, можна сказати, що це ж положення сформульоване в іншій нормі Основного Закону.

Втім у період дії Конституції України зі змінами 2004 року необхідність виконання активів глави держави Урядом викликала ситуації, що впливали зі змісту пункту 1 частини 1 статті 150 Основного Закону, відповідно до якого вирішення питань про відповідність Конституції України (конституційність) активів Президента України належить до повноважень Конституційного Суду України. Відомо, що Уряд відсутній серед суб'єктів звернення до єдиного органу конституційної юрисдикції, визначе-

них статтею 150 Конституції України для розгляду цих питань, але ініціаторами цих ситуацій були народні депутати України від проурядових фракцій.

У випадку сумнівів Уряду у конституційності актів Президента України, якими він мав керуватися у своїй діяльності, Кабінет Міністрів ініціював звернення до Конституційного Суду через проурядові фракції народних депутатів України.

Вважаємо, що ці конфліктні ситуації – серйозна конституційна проблема, яка потребувала належного врегулювання. Особливо з урахуванням періодичних загострень політичної ситуації у періоди різної політичної належності парламентської більшості та Президента України 2005-2010 років.

При цьому, з політичної точки зору, розв'язання зазначеного питання в судовому порядку є неприйнятним. Очевидно, що побудова відносин між Урядом, Президентом та парламентом має здійснюватися з позицій недопущення ситуацій конфронтацій, що вирішуються у судовому порядку.

За чинності Конституції України, зі змінами 2004 р., а отже існування обов'язкової вимоги утворення парламентської коаліції, основним завданням якої було формування Кабінету Міністрів, важливе значення для організації та діяльності Уряду мали Рішення Конституційного Суду України від 17.09.2008 р. № 16-рп/2008 та від 06.04.2010 р. № 11-рп/2010. Відповідно до першого із них, до складу коаліції депутатських фракцій могли увійти лише ті народні депутати України, які є у складі депутатських фракцій, що сформували коаліцію. А відповідно до другого – окремі народні депутати України, зокрема ті, які не перебували у складі депутатських фракцій, що ініціювали створення коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України, мали право брати участь у формуванні коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України.

Вважаємо, що зазначені суперечливі рішення КСУ є результатом протиріч у тексті самого Основного Закону держави, який містить як засади імперативно-партійного, так і національного мандату. В цій конституційній ситуації КСУ зайняв Соломонову позицію: на питання конституційного подання про формування парламентської більшості, заснованого на ідеології імперативно-партійного мандату народного депутата України, Суд відповідав з позиції даного мандата. А коли до КСУ звернулись із конституційним поданням з позицій національного мандату, він дав тлумачення словосполученню "формування парламентської більшості" з позицій національного мандата.

Компетенційні спори та відповідальність Уряду в період 2005-2009 років. У зв'язку із надто широким закріпленням компетенції Уряду, за Конституцією України, із змінами 2004 року, та, особливо, за Законом України "Про Кабінет Міністрів України" 2008 р., при їх реалізації неодноразово виникали "компетенційні спори". Найбільш ефективним способом вирішення зазначених спорів КСУ було офіційне тлумачення норм Конституції України та законів України, а також вирішення питань про відповідність Конституції України (конституційність) актів Уряду та інших суб'єктів, визначених пунктом 1 частини 1 статті 150 Основного Закону. Тим більше, що фактично в Україні вже існувала практика вирішення такої категорії спорів, що знайшло своє відображення у низці актів єдиного органу конституційної юрисдикції (Рішення Конституційного Суду України: від 19.06.2001 р. № 9-рп/2001 (предмет розгляду: невідповідність Конституції України акту Уряду через перевищення, на думку народних депутатів України, Урядом України своїх повноважень); від 29.09.2009 № 22-рп/2009 (предмет

розгляду: невідповідність Конституції України акту Уряду через перевищення, на думку Президента України, Урядом України своїх повноважень); від 20.10.2009 р. № 27-рп/2009 (предмет розгляду: невідповідність Конституції України акту Уряду через перевищення, на думку Президента України, Урядом України своїх повноважень); від 28.10.2009 р. № 28-рп/2009 (предмет розгляду: невідповідність Конституції України акту Уряду через перевищення, на думку народних депутатів України, Урядом України своїх повноважень); від 17.12.2009 р. № 32-рп/2009 (предмет розгляду: перебирання, на думку народних депутатів України, Президентом України повноважень Кабінетом Міністрів України); від 24.12.2009 р. № 36-рп/2009; від 12.01.2010 р. № 2-рп/2010 (предмет розгляду: невідповідність Конституції України акту Уряду через перевищення, на думку Президента України, Урядом України своїх повноважень); від 02.02.2010 р. № 4-рп/2010 (предмет розгляду: невідповідність Конституції України, на думку народних депутатів України, акту Уряду через перевищення ним своїх повноважень); від 17.02.2010 р. № 6-рп/2010 (предмет розгляду: зупинення акту Уряду Президентом України, через перебирання, на думку Президента, при його прийнятті Урядом повноважень парламенту).

Висловлюється думка і про те, що доцільним було б наділення Конституційного Суду безпосередньо правом вирішувати конфлікти між законодавчою та виконавчою гілками державної влади [1]. Однак, з нашої точки зору, на сьогодні Конституційний Суд по суті вирішує цю категорію справ, підтвердженням чого є наведені акти органу конституційної юрисдикції.

Частина перша статті 114 Основного Закону в редакції від 28 червня 1996 року закріплює, що до складу Кабінету Міністрів України входять Прем'єр-міністр України, Перший віце-прем'єр-міністр, три віце-прем'єр-міністри, міністри. За змістом частини 5 статті 107 Конституції України, знаходимо положення про посади: Міністра оборони України, Міністра внутрішніх справ України, Міністра закордонних справ України; у частині третій статті 131 Конституції – про посаду Міністра юстиції України.

Таким чином, закріплюючи загальний склад Уряду (стаття 114), Конституція України передбачає обов'язкове входження до його складу Міністра закордонних справ України, Міністра оборони України, Міністра внутрішніх справ України, Міністра юстиції України.

Аналізуючи структури і склад Кабінету Міністрів України у різні періоди вітчизняної історії, можна зазначити, що існує певний класичний перелік міністерств, керівники яких необхідно входять до складу уряду. Це, насамперед, міністерства закордонних і внутрішніх справ, оборони, фінансів, юстиції, керівники яких традиційно брали участь у формуванні складу урядових кабінетів від початку сучасного етапу державотворення. Згодом розширення функцій держави зумовило входження до урядів тих міністрів, які відають економікою, освітою, наукою і технікою, охороною здоров'я, соціальними питаннями тощо [6, с. 505].

У Рішенні Конституційного Суду України від 28.01.2003 р. № 2-рп/2003 слушно відзначається, що зафіксувавши назви окремих міністерств та інших центральних органів виконавчої влади, Конституція України тим самим передбачила їх існування і певну стабільність функціонування.

Вважаємо, що у змісті даного Рішення Конституційного Суду України могло також знайти відображення положення, відповідно до якого конституційно визначений класичний перелік міністрів, що входять до складу Уряду, мав би бути збережений при внесенні змін до чинної Конституції України або при прийнятті нового Основного

Закону. Звичайно, що така правова позиція Суду мала б характер рекомендації. Однак, зважаючи на його статус, ця позиція могла б мати важливе значення з точки зору забезпечення стабільності структури міністерств в умовах становлення вітчизняного конституціоналізму.

Крім того, вже цитованим Рішенням Конституційного Суду України від 28.01.2003 р. № 2-рп/2003, окреслено межі повноважень глави держави у частині реорганізації тих центральних органів виконавчої влади, про які йдеться в Конституції України, зокрема щодо міністерств.

Так, згідно із цим Рішенням, встановлення Конституцією України прямо чи опосередковано назв міністерств та інших центральних органів виконавчої влади зумовлює зміст повноважень Президента України щодо їх реорганізації. В разі реорганізації таких органів не можуть бути змінені їх назва та основне цільове призначення, що впливає з назви, оскільки це може призвести до зміни конституційно визначеного механізму здійснення державної влади її окремими органами або вплинути на обсяг конституційних повноважень цих органів, зокрема на повноваження Верховної Ради України щодо надання згоди на призначення та звільнення встановлених Основним Законом України посадових осіб [7, с. 36].

Рішенням Конституційного Суду України від 17.10.2002 р. № 16-рп/2002 охарактеризовано поняття "керівник", що дозволило визначити основні засади конституційно- та адміністративно-правового статусу міністра в Україні.

Так, відповідно до пункту 2 мотивувальної частини зазначеного Рішення, термін "керівник" центрального органу виконавчої влади, який міститься в частині першій статті 120 Конституції України, означає посадову особу виконавчого органу, сукупність кваліфікуючих ознак якої визначає статус керівника. До цих ознак належать конкретні державно-владні повноваження виконавчого та розпорядчого характеру такої посадової особи у сфері виконавчої влади, які їй згідно з Конституцією та законами України надаються відповідними органами державної влади (розподіл обов'язків між своїми заступниками; розпорядження матеріально-фінансовими цінностями; керівництво та спрямування роботи виконавчого органу і його апарату; вирішення кадрових питань; підписання правових актів виконавчого органу; представництво виконавчого органу у відносинах з громадянами, іншими державними органами, підприємствами, установами та організаціями усіх форм власності тощо). Правові акти посадової особи – керівника виконавчого органу, його вказівки, розпорядження, інші дії є обов'язковими до виконання.

Отже, керівник органу виконавчої влади є посадовою особою, яка, виходячи з характеру та змісту повноважень, очолює цей орган і несе персональну відповідальність за його роботу.

Системний аналіз Конституції України, підсумки якого викладені у Рішенні Конституційного Суду України від 04.07.2002 р. № 14-рп/2002, засвідчив, що вона не передбачає поєднання мандата народного депутата України зі службовою діяльністю членів Кабінету Міністрів України незалежно від того, чи віднесено їх посади до категорій державних службовців.

Зазначеним положенням визначено концепцію побудови статусу члена Уряду та народного депутата України, за якою їх посади є несумісними. У зв'язку із цим, слід відмітити, що конституювання принципу несумісності депутатського мандата і посади члена уряду є майже загальним правилом для пострадянських країн. За відповідних умов це не сприяє налагодженню зв'язків між урядом і парламентом, у багатьох випадках зво-

дить відповідальність першого перед другим до звітування [5, с. 73-74]. При цьому включення до конституцій окремих країн принципу несумісності зазвичай відображає прагнення законодавців до більш жорстокої (ніж у країнах із чистою парламентською формою правління) реалізації принципу розподілу влади, до більшої деполітизації кабінету [8, с. 378].

Порядку формування Уряду стосується і можливість оскарження актів Президента України про звільнення членів Уряду із посад. Це питання стало предметом роз'яснення Конституційного Суду України, який у своєму Рішенні від 07.05.2002 р. № 8-рп/2002 визначив, що положення про поширення юрисдикції судів на всі правовідносини, що виникають у державі, означає, що до юрисдикції Конституційного Суду України та судів загальної юрисдикції належить, відповідно до їх повноважень, вирішення питань, що мають правовий характер, зокрема тих, які виникають у зв'язку з призначенням чи звільненням певних посадових осіб Президентом України або Верховною Радою України (частина друга статті 124).

Вирішення Конституційним Судом України питань щодо відповідності Конституції України (конституційності) актів Президента України та правових актів Верховної Ради України не виключає можливості оскарження до судів загальної юрисдикції актів Президента України або постанов Верховної Ради України індивідуального характеру з питань призначення на посади чи звільнення з посад стосовно їх законності, за винятком положень тих актів, які є наслідком конституційно-політичної відповідальності (статті 115, 122 та інші Конституції України) посадових осіб.

Таким чином, роз'яснивши порядок оскарження актів щодо призначення та звільнення на посади, що стосуються, зокрема членів Уряду, Конституційний Суд України сформулював офіційне розуміння природи відповідальності членів Уряду, передбаченої Конституцією України, визначивши у пункті 3 мотивувальної частини свого Рішення від 07.05.2002 р. № 8-рп/2002, що припинення повноважень членів Кабінету Міністрів України, керівників інших центральних органів виконавчої влади Президентом України на підставі пункту 10 частини першої статті 106 Конституції України або відставка Кабінету Міністрів України у зв'язку з прийняттям Верховною Радою України резолюції недовіри згідно зі статтею 87 Конституції України означає, що відповідна оцінка діяльності членів Кабінету Міністрів України та керівників інших центральних органів виконавчої влади може стосуватися як законності їх дій, так і мати політичний характер.

Потрібно звернути увагу на той момент, що роз'яснення змісту та фактично створення правових норм, що визначають засади конституційно-правової відповідальності урядовців, є характерним і для органів конституційної юрисдикції інших держав.

Так, Конституційний Суд Російської Федерації сформулював низку принципів, якими повинен керуватися законодавець, при регулюванні конституційно-правової відповідальності урядовців. Серед них: принцип визначеності підстав відповідальності – чіткого встановлення всіх елементів складу конституційного делікту, щоб уникнути неоднозначного розуміння і, відповідно помилок, при застосуванні; заходи конституційно-правової відповідальності повинні відповідати вимогам справедливості та пропорційності; санкції мають співвідноситися із конституційно встановленими цілями та цінностями, а також з характером вчиненого конституційного делікту та з іншими факторами [2].

Слід вважати вартою для роздумів і позицію, відповідно до якої інстанцією, уповноваженою на притягнення до конституційно-правової відповідальності урядовців, може бути суд. Констатація настання конституційно-правової відповідальності таким суб'єктом юрисдикції уявляється найбільш доцільною. Особливо підходить для цієї ролі Конституційний Суд [3].

У період чинності Конституції України зі змінами 2004 року, значну роль у частині становлення правового регулювання процедури формування Уряду відіграло Рішення Конституційного Суду України від 11.12.2007 р. № 12-рп. Відповідно до його пункту 5 мотивувальної частини логіко-граматичне тлумачення пункту 12 частини першої статті 85 Конституції України не свідчить про необхідність подання Президента України для здійснення Верховною Радою України свого конституційного повноваження щодо звільнення з посади Прем'єр-міністра України, оскільки словосполучення "за поданням Президента України" не має синтаксичного зв'язку зі словосполученням "звільнення зазначених осіб з посад, вирішення питання про відставку Прем'єр-міністра України, членів Кабінету Міністрів України".

Таким чином, розтлумачивши зазначену норму Основного Закону, Конституційний Суд визнав можливість, в умовах дії Основного Закону, зі змінами 2004 р., реалізовувати на власний розсуд повноваження парламенту щодо вирішення питання про відставку Прем'єр-міністра України, членів Кабінету Міністрів України.

Отже, аналіз місця актів Конституційного Суду України у правовому забезпеченні діяльності Кабінету Міністрів України дає підстави для висновку про те, що зазначені акти на сьогодні є невід'ємною складовою у врегулюванні статусу Уряду його членів. Потенціал такого регулювання, особливо у зв'язку із новими політичними реаліями через відновлення дії Конституційним Судом України Конституції України в редакції 1996 року, не є вичерпаним, зокрема, у частині сприяння знаходження нового політико-правового балансу між парламентом, главою держави та Урядом.

Виходячи з наведеного, вважаємо за доцільне відмітити, що при підготовці тексту оновленої Конституції України, процес розроблення якої ініційований главою держави, у частині визначення змісту конституційно-правового статусу Уряду слід враховувати ті правові позиції, що закладені у Рішеннях єдиного конституційної юрисдикції. Зокрема, до таких позицій слід віднести необхідність закріплення "класичного" переліку міністерств; принципу несумісності мандата народного депутата України зі службовою діяльністю членів Кабінету Міністрів України; конституційно-політичного характеру відповідальності членів Уряду; інтегрованого підходу до розуміння принципу верховенства права як принципу діяльності Уряду.

Таким чином, очевидно, що і надалі єдиний орган конституційної юрисдикції виконуватиме функцію арбітра між главою держави та парламентом у частині реалізації тих повноважень Президента України та парламенту, що стосуються організації та діяльності вищого органу виконавчої влади.

1. Веніславський Ф. В. Конституційні основи взаємовідносин законодавчої та виконавчої влади в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.02 "Конституційне право" / Ф. В. Веніславський. — Х., 2000. — С. 114; Мартинюк Р. С. Реалізація принципу поділу влади в сучасній Україні: політико-правовий аналіз / Мартинюк Р. С. — Острог: Вид-во Національного університету "Острозька академія", 2007. — С. 85-86. 2. Виноградов В. А. Актуальные проблемы конституционно-правовой ответственности [Електронний ресурс]. — Режим доступу <http://constitution.garant.ru/science-work/modern/3942121/> 3. Виноградов В. А. Основание конституционно-правовой ответственности [Електронний ресурс]. — Режим доступу http://www.constitution.garant.ru/DOC_3967918.htm 4. Грицаєнко Л. Роль Конституційної Ради як органу конституційного контролю у державі та суспільстві Франції / Л. Грицаєнко // Право України. — 2005. — № 5. — С. 134-138. 5. Єрмолін В. П. Конституційні засади виконавчої влади в Україні (проблеми теорії і практики): дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.02 / Єрмолін Володимир Павлович. — К., 2002. — С. 73-74. 6. Малиновський В. Я. Державне управління : Навчальний посібник / В. Я. Малиновський — К.: Атіка, 2003. — С. 505. 7. Совгиря О. Склад та структура Кабінету Міністрів України: проблеми законодавчого регулювання / О. Совгиря // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. — Вип. 83. — 2010. — С. 36. 8. Черкасов А. И. Конституционные модели исполнительной власти // Сравнительное конституционное право : Уч. Пособие / Отв. ред. В. Е. Чиркин. — М.: Междунар. отношения, 2002. — С. 378.

Надійшла до редколегії 08.06.11

УДК 349.6:504.38

К. Прохоренко, асп.

СТРАТЕГІЧНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОХОРОНИ КЛІМАТУ В УКРАЇНІ

У статті проаналізовано стан розвитку чинного законодавства України щодо охорони клімату з точки зору діючої Стратегії державної екологічної політики з метою внесення пропозицій щодо його вдосконалення.

Ключові слова: охорона клімату; Стратегія державної екологічної політики; викиди парникових газів; адаптація; пом'якшення зміни клімату.

В статье проанализированы состояние развития действующего законодательства Украины об охране климата с точки зрения Стратегии государственной экологической политики с целью внесения предложений к его усовершенствованию.

Ключевые слова: охрана климата; Стратегия государственной экологической политики; выбросы парниковых газов; адаптация; смягчение последствий изменения климата.

The article analyses Ukrainian legislation related to the climate's protection concerning the current State strategy on environmental policy with making some proposals on its improvement.

Key words: climate's protection; the State strategy on environmental policy; emissions of greenhouse gases; adaptation to climate change; mitigation to climate change.

Україна є стороною Додатку I до Рамкової конвенції ООН про зміну клімату від 09.05.1992 р. [17] і Законом України №1430-IV від 04.02.2004 р. ратифікувала Кіотський протокол до неї від 11.12.1997 р. [3], чим взяла на себе обов'язок вживати відповідних заходів для стабілізації концентрації парникових газів у атмосфері до такого рівня, який би не допустив небезпечного антропогенного впливу на кліматичну систему.

Актуальність еколого-правової охорони клімату в Україні підсилена відсутністю спеціального закону щодо

охорони клімату та розробкою в різний час п'яти законопроектів з цього питання, зокрема: проекту закону України про екологічний ринок України (реєстраційний №5166 від 25.09.2009 р.), проекту закону України про парникові гази (реєстраційний №5424 від 09.12.2009 р.), про регулювання та управління викидами та абсорбцією поглиначами парникових газів (реєстраційний №4750 від 23.09.2010 р.), а також проектів законів України про енергоефективність (реєстраційний №5016 від

23.07.2009 р.) та про регулювання у сфері енергозбереження (реєстраційний №7231 від 07.10.2010 р.).

Статтею 5 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" №1264-XII клімат як самостійний об'єкт державної правової охорони не визначений [14]. Правовому регулюванню діяльності, що впливає на клімат, присвячена ч. 2 ст. 16 Закону України "Про охорону атмосферного повітря" №2707-XII, якою закріплено обов'язок суб'єктів екологічних відносин проводити роботу щодо зменшення викидів речовин, накопичення яких в атмосферному повітрі може призвести до негативних змін клімату [13]. Втім, спеціальних механізмів щодо скорочення таких викидів, крім констатації вказаного обов'язку, цим Законом не запроваджено.

Проблему протидії змінам клімату на національному рівні визначено в Кліматичній програмі України, затвердженій постановою Кабінету Міністрів України №650 від 28.06.1997 р. [11], прийнятій з метою забезпечення інформацією та прогнозами про можливі екологічні та соціально-економічні наслідки коливань і зміни клімату. Однак питання державної політики щодо власне стабілізації концентрації парникових газів у атмосфері цією Програмою не визначені.

Розпорядженням Кабінету Міністрів України №346-р від 18.08.2005 р. затверджено Національний план заходів з реалізації положень Кіотського протоколу до Рамкової конвенції ООН про зміну клімату (далі – План) [9]. На виконання Плану прийнято низку підзаконних нормативних актів, зокрема: щодо створення спеціального органу із забезпечення координації виконання міжнародних зобов'язань за Кіотським протоколом; вдосконалення національної системи обліку та оцінки обсягу викидів парникових газів та їх абсорбції; стосовно порядку реалізації та вимог до проектів спільного впровадження і проектів цільових екологічних (зелених) інвестицій; щодо участі України в міжнародній торгівлі квотами на викиди.

Водночас, принципово необхідні кліматоохоронні завдання, закріплені Планом, залишилися нереалізованими. Зокрема, не затверджено Національного плану розподілу дозволів на антропогенні викиди із джерел парникових газів, що передбачалося п. 4 Плану, не прийнято національного, регіонального і галузевих планів заходів щодо адаптації до змін клімату (п. 9 Плану), відсутній національний план з пом'якшення наслідків зміни клімату (п. 11), не забезпечено функціонування єдиного загальнодоступного банку даних про екологічно безпечні технології і методи, що застосовуються для зменшення обсягу антропогенних викидів забруднюючих речовин та парникових газів, збільшення їх абсорбції та його постійне функціонування (п. 15), і т.д. Описовий, оціночний та короткостроковий характер окреслених Планом заходів як, наприклад, завдання провести навчальний семінар з питань підготовки регіональних планів заходів з пом'якшення зміни клімату для обласних органів виконавчої влади (п. 10 Плану) не вніс, на наш погляд, вагомих змін у діюче правове регулювання діяльності, що впливає на клімат.

Показово, що стратегічними документами у сфері охорони навколишнього середовища: Концепцією національної екологічної політики на період до 2020 року, затвердженою розпорядженням Кабінету Міністрів України від 17.10.2007 р. №880-р. [15], Законом України "Про основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2020 року" №2818-VI від 21.12.2010 р. (далі – Стратегія) [12] та Національним планом дій з охорони навколишнього природного середовища на 2011-2015 роки від 25.05.2011 р. [6], – охо-

рона клімату як окремий напрям державної екологічної політики не згадується.

За таких обставин, видається неповною реалізація закріплених розділом II Стратегії принципів національної екологічної політики, з-поміж яких з охороною клімату передусім пов'язані: принцип запобігання надзвичайним ситуаціям природного і техногенного характеру, принцип забезпечення екологічної безпеки і підтримання екологічної рівноваги на території України та принцип відповідальності нинішнього покоління за збереження довкілля на благо прийдешніх поколінь.

Разом з тим, на деяких заходах зі скорочення викидів парникових газів зосереджено ціль 2 розділу III Стратегії, присвячену правовому забезпеченню екологічної безпеки та охорони атмосферного повітря.

Зокрема, передбачається оптимізація структури енергетичного сектору національної економіки шляхом збільшення обсягу використання енергетичних джерел з низьким рівнем викидів двоокису вуглецю до 2015 року на 10 відсотків і до 2020 року на 20 відсотків та забезпечення скорочення обсягу викидів парникових газів відповідно до задекларованих Україною міжнародних зобов'язань в рамках Кіотського протоколу до Рамкової конвенції Організації Об'єднаних Націй про зміну клімату (виділено К.П.).

Варто зауважити, що базовий рівень, по відношенню до якого визначатиметься кількісне співвідношення використання енергетичних джерел з низьким рівнем двоокису вуглецю, для цілей даної статті не визначений. Незрозумілою є позиція законодавця щодо ігнорування викидів інших, ніж двоокис вуглецю, різновидів парникових газів, наділених більшим потенціалом глобального потепління. Не вказано на конкретні правові механізми для досягнення таких цілей.

Відповідно до Національного кадастру антропогенних викидів парникових газів за 1990-2009 роки, станом на 2009 рік рівень викидів парникових газів в Україні становив на 59,4% менше від рівня викидів базового 1990 року [5, с. 6-7], що не пов'язано із вжиттям державою природоохоронних заходів і пояснюється економічним спадом. Водночас, згідно зі статистичними даними Міжнародного Енергетичного Агентства, Україна входить до двадцятки найбільших забруднювачів за викидами парникових газів і має одну з найбільших вуглецевих інтенсивностей економіки (0,91 кг CO₂/ВВП станом на 2008 р.) [22, с. 56]. За таких обставин, офіційна мета щодо забезпечення скорочення обсягу викидів парникових газів відповідно до задекларованих Україною міжнародних зобов'язань в рамках Кіотського протоколу свідчить про юридичне санкціонування збільшення таких викидів до рівня 1990 року, що, на наш погляд, несумісно з принципом пріоритетності вимог екологічної безпеки та попередження забруднення, закріпленими відповідно п. 3) та п. в) ч. 1 ст. 3 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища".

Відповідно до авторитетних розрахунків Міжнародного інституту прикладного системного аналізу, викиди парникових газів в Україні до 2020 року можуть бути стабілізовані на рівні, що становить 59% від рівня викидів 1990 року за звичайним сценарієм економічного розвитку за рахунок реалізації сприятливих переваг "гнучких механізмів" Кіотського протоколу, та скорочені на 55% від базового 1990 року з отриманням економічних вигод [21, с. 14]. Показовою в цьому відношенні є практика розвинутих країн, які на законодавчому рівні закріпили національні цілі зі скорочення викидів парникових газів більш суворі від тих, що встановлені Кіотським протоколом. Так, наприклад, Королівство Великобританія визначило ціль зі зниження викидів на 26-32% від рівня 1990 року до 2020 р. і на 60% до 2050 р., Єв-

ропейський Союз – на 20 % індивідуально і на 30% в рамках міжнародного співробітництва до 2020 р. (на 60-80% у 2050 р.), ФРН – на 40% до 2020 р., Швеція – 25% відносно 1990 р., Канада – 20% до 2020 р. відносно рівня 2006 р., Норвегія – 30% від рівня 1990 р. до 2030 р., Франція – 75% від рівня 1990 р. до 2050 р. [1, с. 114-123].

Одним із напрямів вищезазначеної цілі Стратегії є визначення до 2015 року основних засад державної політики з адаптації до зміни клімату, розроблення та поетапне виконання національного плану заходів щодо пом'якшення наслідків зміни клімату та запобігання антропогенному впливу на зміну клімату на період до 2030 року (виділено К.П.).

На наш погляд, попри нагальність прийняття вищевказаних актів, доцільно було б окреслити коло пріоритетних заходів, на яких має ґрунтуватися адаптаційна і пом'якшувальна політика зі зміни клімату. За висновками фахівців, такими заходами в Україні мають бути: впровадження системи контролю стихійних лих та екстремальних явищ погоди, збільшення кількості та інтенсивності яких пов'язане з глобальним потеплінням; розроблення і запровадження нових агротехнологій, що забезпечують максимально ефективне використання у сільськогосподарському виробництві сприятливих властивостей сучасного клімату України, а також попередження і послаблення впливу несприятливих умов і явищ; створення і використання нових посухостійких сортів сільськогосподарських культур; запровадження раціонального водокористування; розробка і впровадження програми берегозахисних заходів, яка враховуватиме направленість та інтенсивність процесів ерозії та підтоплення берегових територій тощо [16, с. 34-35].

Очевидно, що з таких позицій потребує відповідного зміни та доповнення чинне атмосфероохоронне, земельне, водне, лісове законодавство України в частині правового забезпечення раціонального використання, відтворення та охорони природних ресурсів, які є поглиначами парникових газів, а також їхньої адаптації до зміни клімату.

Стратегією закріплено й інші заходи, опосередковані правовим регулюванням діяльності, що впливає на клімат. Наприклад, планується зменшення обсягу викидів загальнопоширених забруднюючих речовин стаціонарними джерелами до 2015 року на 10 відсотків і до 2020 року на 25 відсотків базового рівня та пересувними джерелами шляхом встановлення нормативів вмісту забруднюючих речовин у відпрацьованих газах до 2015 року відповідно до стандартів Євро-4, до 2020 року – Євро-5 (виділено К.П.).

Слід зауважити на те, що закріплені Кіотським протоколом парникові гази не входять до Переліку найбільш поширених і небезпечних забруднюючих речовин, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України від 29.11.2001 р. №1598 [10], у зв'язку з чим формально вказана ціль охоплюватиме викиди лише парникових газів непрямої дії.

Необхідно також відмітити, що під час громадського обговорення Стратегії, однією із проектних пропозицій була: доповнити зазначену ціль запровадженням комплексного диференційованого транспортного збору та запровадження податку на пальне [18]. Вказані пропозиції при розгляді законопроекту враховані не були.

Водночас, на наш погляд, посилення екологічного оподаткування у транспортному секторі здатне призвести до більш ефективного природоохоронного ефекту в сукупності з механізмами стимулювання скорочення викидів парникових газів, які, крім системи торгівлі викидами, можуть передбачати: державні програми розвитку громадського транспорту; планування та поліпшення якості дорожньо-транспортної інфраструктури; стимулювання виробництва та імпорту транспортних

засобів, що характеризуються найменшими питомими викидами парникових газів на тонно-кілометр або пасажиро-кілометр, зокрема тих, що працюють на електричній енергії та альтернативних видах палива; планування та забудова територій з урахуванням обов'язкового використання смуг відведення під розміщення зелених насаджень; створення мережі автозаправних станцій для альтернативних видів палива; законодавче забезпечення екологічного маркування і сертифікації з метою гарантування споживачам доступної та повної інформації про енергоємність транспортних засобів, і т.ін.

Концентрація парникових газів у атмосфері залежить від обсягів та видів використовуваного палива у зв'язку з чим ефективність кліматоохоронного правового регулювання визначається енергетичною геополітикою держави. Енергетична стратегія України на період до 2030 року, схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 15.03.2006 р. №145-р. [2] передбачає ціль зі скорочення питомих викидів парникових газів на одиницю ВВП країни, що дозволяє забезпечити помірні темпи зростання цих викидів, які складатимуть у 2010 р. – 131,4, у 2015 р. – 140,6, у 2020 р. – 152,6 та у 2030 р. – 179,6 млн. тон вуглецевого еквіваленту. Перспективними напрямками енергетики в цій Стратегії визнано розвиток нетрадиційних і відновлювальних джерел енергії в Україні, насамперед таких як: біоенергетика, видобуток та утилізація шахтного метану, використання вторинних енергетичних ресурсів, позабалансових покладів вуглеводнів, вітрової і сонячної енергії, теплової енергії доквілля, освоєння економічно доцільного гідропотенціалу малих річок України. Проте, як свідчить прогнозований загальний баланс паливно-енергетичного сектору до 2030 року, частку використаного вугілля в якому планується збільшити з 59,6 млн. тон у 2005 році до 130,3 млн. тон у 2030 році, пріоритетне значення буде відведено збільшенню використання традиційних вуглецевоїнтенсивних джерел енергії.

Про стратегічні пріоритети у сфері охорони довкілля свідчить також податкова політика держави, що за тих чи інших умов може відігравати як стимулюючу, так і регресивну роль у відповідному правовому регулюванні охорони клімату. Відповідно до п. 243.4. ст. 243 Податкового кодексу України [8] ставка екологічного податку за викиди двоокису вуглецю становить 0,2 грн. за 1 тону, окису вуглецю – 49 грн., метану – 69 грн. за 1 тону, оксидів азоту – 1221 грн. / 1 тону. Порівняно з зарубіжними ставками вуглецеве оподаткування в Україні суттєво занижені. Наприклад, у 1999 році в Норвегії ставка податку на двоокис вуглецю була однією з найвищих у світі, становивши 51 долар США за 1 тону CO₂, і нині складає близько 21 доллара США за 1 тону CO₂; у Данії – 13,5 Євро за тону CO₂ (100 датських крон) [20].

Оподаткування енергоносіїв, у тому числі у вигляді податку на вуглець, регламентується Директивою ЄС 2003/96/ЄС [19]. Незважаючи на суперечливі оцінки фахівців, цей податок на сьогодні розглядається в якості одного з найбільш дієвих інструментів досягнення скорочень викидів парникових газів та покращення енергоефективності. Тому сучасні дослідники наголошують на необхідності супроводження вуглецевого оподаткування заходами з пом'якшення впливу енергетичних податків на конкурентноздатність енергоємних галузей промисловості шляхом використання механізму повернення податкових надходжень підприємствам у формі цілеспрямованих програм капіталовкладення, наприклад субсидій для інвестицій у енергозбереження чи науково-дослідні роботи по зменшенню забруднення, та проведення еколого-трудової податкової реформи [4].

З урахуванням вищезазначеного є підстави констатувати, що на даний час в Україні відсутня цілісна стратегія та комплексне правове регулювання охорони клі-

мату як самостійного напрямку екологічної політики держави. Фрагментарність, безсистемність та короткостроковість закріплених законодавством кліматоохоронних заходів, спрямованих передусім на отримання економічної вигоди від реалізації гнучких механізмів Кіотського протоколу, нівелюють потенційний екологічний ефект, а підзаконний рівень правового регулювання охорони клімату накладає відбиток на його ефективності.

Вважаємо, що може бути підтримана існуюча практика законотворення щодо спеціального правового регулювання охорони клімату. Так само доцільним є внесення зміни до чинного Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" № 1264-XII, Закону України "Про охорону атмосферного повітря" № 2707-XII, Земельного кодексу України № 2768-III, Водного кодексу України № 213/95-ВР, Лісового кодексу України № 3852-XII, Податкового кодексу України № 2755-VI, Кодексу України про адміністративні правопорушення № 8073-X, Закону України "Про екологічну експертизу" № 45/95-ВР та інших законодавчих актів в частині забезпечення механізмів правового регулювання екологічно-небезпечної діяльності, що впливає на клімат.

Доцільно на законодавчому рівні встановити національну мету щодо стабілізації концентрації парникових газів в Україні до 2020 року на рівні 55% базового 1990 року. При цьому, досягнення цілей Стратегії щодо переходу до низьковуглецевого збалансованого економічного розвитку можливе шляхом законодавчого запровадження як адміністративних, так і ринкових засобів обмеження викидів і стимулювання скорочень викидів парникових газів.

Нагальними заходами є також розробка і затвердження національного та регіональних планів з адаптації до зміни клімату та планів пом'якшення змін клімату з урахуванням міжнародних рекомендацій та національних особливостей.

1. Доклад о развитии человека 2007/2008. Борьба с изменениями климата: человеческая солидарность в разделённом мире / Пер. с англ. – М.: Издательство "Весь Мир", 2007. – 400 с. 2. Енергетична стратегія України на період до 2030 року : схвалено розпорядженням Кабінету Міністрів України : від 15 березня 2006 року № 145-р [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/signal/k06145a.doc>. – Назва з екрана. 3. Кіотський протокол до Рамкової конвенції Організації Об'єднаних Націй про зміну клімату : ратифіковано Законом України : від 4 лютого 2004 року № 1430-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2004, N 19, ст.261. 4. Маслюківська О.П. Використання податку на двоокис вуглецю як інструмент енергозбереження в Україні / О.П. Маслюківська // Економіка природокористування і охорони довкілля : Зб. наук. праць / РВПС України НАН України. – К.: РВПС України НАН України, 2007. – С. 174-180. 5. Національний кадастр антропогенних викидів із джерел та абсорбції поглиначами парникових газів в Україні за 1990-2009 роки [Електронний ресурс]: Міністерство

охорони навколишнього природного середовища України. – К. – 2010. – 449 с. – Режим доступу: <http://www.neia.gov.ua/nature/doccatalog/document?sessionId=A57108E773B41BA8BE507041F300AAFO?id=126931>. – Назва з екрана. 6. Національний план дій з охорони навколишнього природного середовища на 2011-2015 роки: від 25.05.2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.menr.gov.ua/content/article/84327>. Огляд досліджень з оцінки потенціалу скорочення викидів парникових газів в Україні. – Національний екологічний центр України. – К. – 2010. – 37 с. 8. Податковий кодекс України : від 02 грудня 2010 року № 2755-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2011, N 13-14, N 15-16, N 17, ст.112. 9. Про затвердження Національного плану заходів з реалізації положень Кіотського протоколу до Рамкової конвенції Організації Об'єднаних Націй про зміну клімату : розпорядження Кабінету Міністрів України : від 18 серпня 2005 року № 346 [у редакції розпорядження Кабінету Міністрів України від 05.03.2009 р. № 272-р] // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=346-2005-%F0>. – Назва з екрана. 10. Про затвердження переліку найбільш поширених і небезпечних забруднюючих речовин, викиди яких в атмосферне повітря підлягають регулюванню : постанова Кабінету Міністрів України : від 29 листопада 2001 року № 1598 // Урядовий кур'єр від 05.12.2001 – № 226. 11. Про Кліматичну програму України : постанова Кабінету Міністрів України : від 28 червня 1997 року № 650 [із змінами від 24.09.1999р.] // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=650-97-%EF>. – Назва з екрана. 12. Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2020 року : Закон України : від 21 грудня 2010 року № 2818-VI // Офіційний вісник України від 24.01.2011 – 2011 р., № 3, стор. 13, стаття 158, код акту 54464/2011. 13. Про охорону атмосферного повітря : Закон України : від 16 жовтня 1992 року № 2707-XII [із змінами від 02.12.2010р.] // Відомості Верховної Ради. – 1992. – № 50. – ст. 678. 14. Про охорону навколишнього природного середовища : Закон України : від 25 червня 1991 року № 1264-XII [у ред. від 02.12.2010р.] // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 41. – Ст. 546. 15. Про схвалення Концепції національної екологічної політики України на період до 2020 року : розпорядження Кабінету Міністрів України : від 17 жовтня 2007 року № 880-р. // Офіційний вісник України від 29.10.2007 – 2007 р., № 79, стор. 170, стаття 2961, код акту 41253/2007. 16. Протидія глобальній зміні клімату в контексті Кіотських домовленостей: український вимір / С. Л. Орленко, Я. А. Жаліло, І. В. Трофимова [та ін.]. – К.: НІСД, 2010. – 48 с. 17. Рамкова конвенція Організації Об'єднаних Націй про зміну клімату : ратифікована Законом України : від 29 жовтня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 50. – Ст. 277. 18. Таблиця обліку та стану врахування зауважень громадськості до проекту Закону України "Про Стратегію національної екологічної політики України на період до 2020 року" [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.menr.gov.ua/content/article/6080>. – Назва з екрана. 19. Directive 2003/96/EC on restructuring the Community framework for the taxation of energy products and electricity / European Council // Official Journal. – L283. – 2003. – P. 51–70. 20. Energy Taxes in the Nordic Countries – Does the polluter pay? [Electronic resource] // Eurostat. – Eurostat, 2003. – 43 с. – Mode of access: http://www.scb.se/statistik/MI/MI1202/2004A01/MI1202_2004A01_BR_MIFT0404.pdf. – Title from the screen. 21. Fabian Wagner, Markus Amann. Analysis of the proposals for GNG Reductions in 2020 Made by UNFCCC Annex-I Countries by Mid-August 2009 [Electronic resource] // International Institute for Applied Systems Analysis. Draft version September 19, 2009, 33 p. – Mode of access: <http://gains.iiasa.ac.at/gains/reports/Annex1-pledges.pdf>. – Title from the screen. 22. Key World Energy Statistics [Electronic resource] // International Energy Agency, 82 p. – Mode of access: http://www.iea.org/textbase/nppdf/free/2010/key_stats_2010.pdf. – Title from the screen.

Надійшла до редколегії 08.06.11

О. Криштопа, асп.

МІЖНАРОДНИЙ СОЮЗ НОТАРІАТУ: ПРИНЦИПИ ЛАТИНСЬКОГО НОТАРІАТУ ТА ЇХ ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ ДІЯЛЬНОСТІ НОТАРІУСІВ УКРАЇНИ

Розглядається питання про доцільності вступу України до Міжнародного союзу нотаріату, зокрема, умови та наслідки. Розкрито сутність деяких принципів нотаріату латинського типу та висловлена думка про доцільність їх імплементації у законодавство України про нотаріат.

Ключові слова: Міжнародний союз нотаріату, нотаріус, принципи, латинський нотаріат.

Рассматривается вопрос о целесообразности вступления Украины до Международного союза нотариату, в частности условия та последствия. Раскрыты сущность некоторых принципов нотариата латинского типа высказано мнение о целесообразности их имплементации в законодательство Украины о нотариате.

Ключевые слова: международный союз нотариату, нотариус, принципы, латинский нотариат.

The article raises the question of whether it is advisable for Ukraine to join the International Union of Notaries. In particular, the author discusses conditions and consequences of such accession. Specific principles of the Latin notary system are described and rationale for their implementation into the notary legislation of Ukraine is shown.

Key words: International Union of Notaries, notary, principles, Latin notary.

Питанням статусу Міжнародного союзу нотаріату, принципів латинського нотаріату приділялась увага у роботах таких українських вчених як В.В. Баранкова [1],

В.М. Бесчасний [2] та ін. Але дані вчені не здійснювали їх аналіз та не ставили питання про доцільність їх імплементації у законодавство України.

Для того, щоб орієнтуватися в напрямках розвитку нотаріальної діяльності, зокрема, й на міжнародному рівні необхідно визначитися, які ж базові принципи сучасного нотаріату пропагуються у світі і, зокрема, Міжнародним союзом нотаріату. Багато фахівців вважає і продовжує говорити про необхідність вступу України до Міжнародного союзу нотаріату (надалі – МСН), але не вказано, а які наслідки матиме такий вступ для України, українського нотаріату, громадян, які звертаються за вчиненням нотаріальних дій. Слід також звернути увагу на те, що в Україні дуже мало представлено інформації, яка б надала відповіді на ці питання. У зв'язку з цим, вважаємо необхідним дослідити ті позиції, які публічно висловлюються і розпочнемо аналіз з офіційного сайту Української нотаріальної палати надалі – УНП). УНП є добровільною громадською організацією нотаріусів, основним завданням якої, згідно її Статуту, є: ... підвищення ролі нотаріату в умовах формування в Україні ринкових відносин, престижу професії нотаріуса, створення умов для активної діяльності членів нотаріальної палати на основі єдності їх професійних інтересів, сприяння вдосконаленню діяльності нотаріусів по правовому обслуговуванню громадян, підприємств і організацій, забезпечення захисту законних соціальних інтересів членів палати, реалізації їх прав, сприяння міжнародним зв'язкам з метою зміцнення наукових і професійних контактів членів нотаріальної палати, обміну досвідом, співробітництву з міжнародними організаціями нотаріату. На сайті УНП буквально наведена лише така інформація: "Українська нотаріальна палата прийнята в якості спостерігача до світової організації нотаріусів – Міжнародного союзу латинського нотаріату, який об'єднує нотаріати 77 країн" [3]. Проте, дана інформація будь-яким чином не розкриває питання, що ж українські нотаріуси отримали від вступу УНП як спостерігача до МСН і яка подальша доля нотаріату України у разі, коли нотаріальна палата стане членом МСН.

Так, Голова Української нотаріальної палати заявила про таке: "Успішно працює Українська нотаріальна палата з розвитку міжнародного співробітництва. Окрім заходів із підвищення кваліфікації українських нотаріусів за кордоном, Палата плідно співпрацює з Міжнародним союзом нотаріату як спостерігача: ми обмінюємося необхідною інформацією, беремо участь у засіданнях Комісії у справах Європи МСН, готуємо огляди та узагальнення щодо законодавства України з тих чи інших питань. Підготовлено розділ України у спеціальному виданні під назвою "Режим майнових відносин подружжя, спадкування та дарування в міжнародному та внутрішньому обігу", більш відомий під назвою "Синя книга Латинського нотаріату". Палатою систематично надаються матеріали з оновлення цього розділу. При Комісії у справах Європи МСН, членами якої є Володимир Черниш (перший президент Палати), Людмила Павлова та Ігор Фріс (приватний нотаріус Івано-Франківського міського нотаріального округу), працюють робочі групи, що періодично надсилають на нашу адресу свої запитальники, які ми розглядаємо та надаємо відповіді на питання, що стосуються чинного законодавства України, зокрема з питань діяльності товариств з обмеженою відповідальністю, внесення даних про іноземні документи до національних публічних реєстрів, форм цивільних відносин та інші" [4].

Але питання було поставлене під іншим кутом зору, що нотаріат України отримує від приєднання до МСН. Слід враховувати, що "У 1998 році Українська нотаріальна палата прийнята спостерігачем до світової організації нотаріусів – Міжнародного Союзу (Латинського) Нотаріату, який об'єднує нотаріати 75 кра-

їн" [5]. Тобто за тринадцять років Українська нотаріальна палата не набула офіційного членства в МСН і залишається лише її спостерігачем, проте сторінки на сайті Української нотаріальної палати, яка б була присвячена співпраці з МСН, не існує.

У той же час, Російська Федерація ще у 1995 року вступила до Міжнародного Союзу Нотаріату і при аналогічних початкових умовах тривалий час вже є його дійсним членом. Слід зазначити, що до нотаріату РФ як при прийнятті до МСН, так і до останнього часу входять як державні, так і приватні нотаріуси, хоча до МСН вступило об'єднання приватних нотаріусів РФ.

На офіційному сайті Вінницької нотаріальної палати має місце така дискусійна інформація: "Міжнародний союз латинського нотаріату був утворений в 1948 р. в Буенос-Айресі і має на меті сприяти поширенню в світі законодавства країн – членів союзу і знайомству з його інститутами. Міжнародний союз періодично проводить свої конгреси, а також працює через комісії, наприклад по європейським справам і Середземномор'ю" [6]. Якщо буквально сприймати визначену мету, то виходить, що вступ України до МСН означатиме поширення на її території законодавства країн-членів союзу і Україна стане пропагувати таке законодавство на інші країни. Але сенс такої "місіонерської" діяльності МСН та, відповідно, Української нотаріальної палати, зокрема, не однозначний, оскільки згідно Статуту Української нотаріальної палати визначені інші напрями її діяльності.

Якщо проаналізувати російські джерела, то у них завдання МСН визначені так: "МСН – це неурядова організація, яка об'єднує країни з нотаріальною системою латинського типу. Завдання МСН полягає у підтримці, координації та розвитку нотаріальної діяльності на міжнародному рівні. На основі близького співробітництва між національними нотаріатами, Союз повинен забезпечувати незалежність і високе значення нотаріату в цілях кращого захисту прав окремих осіб і суспільства в цілому" [7].

Порівнюючи наведені вище точки зору щодо завдань МСН слід сказати про те, що доцільно однозначно сприймати ті завдання, які ставлять міжнародні організації перед вступом до членства в них. Останнє положення необхідне, оскільки рівень отримуваних результатів залежатиме від завдань таких організацій.

При цьому, умови вступу Української нотаріальної палати до МСН встановити складно, оскільки у новому Статуті Міжнародного союзу нотаріату, затвердженому Асамблеєю нотаріатів членів 2 жовтня 2007 року в Мадриді [8], не передбачено конкретних вимог, які висуваються до кандидатів у члени цієї організації.

На думку автора, основні ж проблеми, пов'язані зі вступом до цієї міжнародної організації, зумовлені основними і додатковими внесками, які учасники мають періодично сплачувати на утримання значної, постійно діючої, частини цієї організації. В цьому контексті звернемо увагу на таку інформацію: "Слід зазначити, що на даний час, по закінченню 60-ти річного рубежу від дати створення світової асоціації нотаріусів, Міжнародний союз нотаріату володіє серйозною політичною вагою. Зокрема, інтереси Союзу представлені при ООН, ЮНЕСКО, Гаазькій конференції з міжнародного приватного права, Європейській Комісії та Європейському Парламенті, Раді Європи, УНІДРУА та інших міжнародних організаціях" [9]. Політична вага МСН – це позитивне явище, яке дозволяє відстоювати інтереси нотаріусів в усіх престижних міжнародних організаціях, але такі представницькі функції обумовлюють додаткові витрати на оплату праці фахівців тощо.

Дане положення вважається важливим, оскільки існування багатьох державних і недержавних органів залежить від політичних напрямків розвитку суспільства та того впливу, який на нього здійснюють міжнародні організації, включаючи Раду Європи та інших. Зокрема, внутрішні орієнтири по реформуванню судової гілки влади в Україні узгоджувалися зі світовим досвідом, рекомендаціями міжнародних організацій тощо. Тому наявність в світі тих країн, в яких нотаріат якщо й функціонує, але не має істотного впливу на суспільні відносини, свідчить про потенційну можливість поширення такої схеми врегулювання суспільних відносин й на країні з латинським нотаріатом.

Зокрема, "Нотаріат вільного (латинського) типу функціонує в усіх країнах Європейського союзу, за винятком Великобританії, Данії, Фінляндії та Швеції. В першій також існує латинський нотаріат, але він об'єднує в собі незначну кількість нотаріусів: два десятки в Лондон-сіті і ще декілька сотень на іншій території країни. Компетентність англійських нотаріусів специфічна і стосується, в основному, міжнародних відносин в сфері нерухомості і корпоративного права" [10].

Якщо взяти до уваги поставлену ціль та способи її досягнення, то можна визначити, що розвиток нотаріату в Україні залежить не від зовнішніх факторів, а, насамперед, від діяльності внутрішніх державних і недержавних органів та самих нотаріусів.

У більшості західноєвропейських країн, а також у Латинській Америці і Японії функціонує нотаріат, де нотаріус є особою вільної юридичної професії, не входить до державного апарату і не є державним службовцем. Проте свої повноваження він отримує від державної влади, держава делегує йому право засвідчувати редактовані і складені ним документи з метою надання їм публічної і доказової сили, яку можливо заперечити тільки у судовому порядку. Існує ряд країн, де нотаріуси є виключно державними службовцями (наприклад, Португалія). До недавнього часу до таких відносились Україна і Росія. Аналіз Закону України "Про нотаріат" дозволяє зробити висновок, що він орієнтований на латинську модель нотаріату. Цей факт є результатом усвідомлення того, що реорганізація нотаріату (якому занадто довго не приділялося достатньої уваги) в сучасний період повинна розглядатися як необхідна умова ефективної взаємодії держави і права у рамках економічного простору. Тим часом одним із першочергових заходів, які були прийняті країнами, які прагнуть впровадити ринкову економіку, стала реставрація нотаріального інституту за типом країн латинського права [11].

Дана позиція науковців є правильною, оскільки розвиток економічних відносин потребує стабільності прав власності на відповідні об'єкти, особливо, щодо значимих та об'єктів, які мають значну цінність. У порівнянні з простою письмовою формою договору нотаріальна дозволяє говорити про більшу довіру до таких документів та більшу вірогідність і правове значення нотаріальних актів, оскільки у їх посвідченні бере участь неупереджена, висококваліфікована, юридично обізнана особа – нотаріус. Але доцільно встановити, що ж уявляє з себе нотаріат латинського типу.

Характерні риси будь-якої моделі нотаріату можуть розглядатися в спрощеному варіанті через аналіз принципів його діяльності, які фокусують увагу на його головних, відмітних ознаках.

Базові принципи системи латинського нотаріату були затверджені 18 січня 1986 року Бюро при Комісії з міжнародного співробітництва МСН та Постійною Радою в Гаазі 13, 14 та 15 травня 1986 року. Ці принципи – прямий та побічний результат роботи конгресів, що

проводилися МСН з моменту його заснування. Вони стосуються діяльності нотаріату, його функцій як знаряддя суспільного служіння. Принципи систематизовані, що дозволяє, по-перше, посилаючись на них, не звертаючись до висновків Конгресів; по-друге, уточнювати їх значення і, саме головне, – отримати робочий інструмент, який служить орієнтиром для нотаріатів тих країн, які ще не входять в Союз, але наближаються до цього і виявляють бажання сприяти поширенню нотаріального закону або покращенню і удосконаленню своїх законодавств у цьому напрямку [12]. Дане положення цілком правильне і поділяється всіма провідними науковцями.

Українські науковці також і давно звертали увагу на необхідність формування принципів нотаріату [13] і, зокрема, в Україні у переважній більшості вони сформульовані [14], [15] та ін. Але запропоновані міжнародні принципи організації нотаріату деякою мірою не визнані українськими фахівцями як такі, тому проаналізуємо міжнародні стандарти в тій послідовності, як вони викладені.

На перше місце поставлено такий принцип: "Нотаріус діє від імені держави, але підпорядковується тільки закону" [16]. Дане положення слід уточнити, оскільки запропонований МНС принцип стосується не державних, а про приватних нотаріусів. Тому можна погодитися з аргументами українських вчених щодо неможливості приватних нотаріусів використовувати державну символіку при оформленні ними нотаріальних актів, що є свідченням неможливості нотаріусу діяти від імені держави [17]. До наведених аргументів вважаю необхідним додати, що дане положення не узгоджується й з іншим міжнародним принципом: "Нотаріус несе повну майнову відповідальність за професійні помилки" [18]. Але як говорити про те, що нотаріус діє від імені держави, то відповідальність представників держави згідно норм Цивільного кодексу України перекладається на державу. Тому можна погодитися із зазначеним принципом лише в тій частині, що нотаріус підкоряється лише закону, але це положення доцільно уточнити, оскільки нотаріус має в межах визначених законом підкорятися й волі особи, яка до нього звернулася. У цьому зв'язку заслуговує на увагу положення ст. 91 Закону про нотаріат Польщі, у якій йдеться про те, що нотаріус складає нотаріальний акт, якщо цього вимагає закон чи така є воля сторін [19].

Інший принцип: "Функція латинського нотаріату – державне служіння, яке нотаріус здійснює незалежним чином, не входячи в ієрархію державних службовців" [20]. Але дане положення певною мірою неоднозначне. Дійсно, нотаріуси виконують державну функцію, але перебуваючи на державній службі акцент має ставитися на служінні тим особам, які звертаються до нотаріуса за допомогою. Саме про це й йдеться у іншому принципі: "Нотаріус забезпечує неупереджену кваліфіковану юридичну допомогу, законність, рівну справедливість і публічну достовірність приватних актів" [21].

Не зважаючи на високу "ноту", яка проголошена у даному принципі, слід брати до уваги, що право не є абсолютно рівним і справедливим щодо всіх суб'єктів. В багатьох випадках право слідує за волею власника майна, який може розділити спадщину не рівними частками між спадкоємцями, а нотаріус може порадишити особі похилого віку не заповідати і не дарувати майно, оскільки в такому випадку нові власники не будуть мати будь-яких зобов'язань щодо такої особи, а укласти спадковий договір чи договір довічного утримання. В останньому випадку особа похилого віку буде вправі вимагати допомоги ще при житті. У той же час, рівні спадкові частки при спадкуванні за законом називаються ідеальними, але ж за життя спадкодавця відношення до нього не є рівним? Тому не

можна абсолютизувати право і нотаріальну діяльність через те, що поняття "рівна справедливість" доволі часто суб'єктивне. У той же час, в силу складності нотаріальної діяльності можна говорити про те, що необхідна висока правова кваліфікація нотаріуса, вміння спілкуватися з людьми, а також принциповість в питаннях дотримання вимог законодавства.

Відносно принципу, що "акти нотаріуса мають особливу доказову, а доволі часто й виконавчу силу" [22] говорити складно через те, що ці питання зумовлені не діяльністю чи організацією нотаріату, а впливають із положень законодавства, зокрема, яке регламентує компетенцію нотаріусів.

Щодо принципу "Діяльність нотаріуса знаходиться в сфері безспірної юрисдикції, при цьому сприяючи попередженню спорів і конфліктів" [23], то така оцінка діяльності нотаріусів є об'єктивною, але вона спрощує сприйняття нотаріальної діяльності. Нотаріус посвідчує договори лише в тому випадку, коли у сторін не існує спору – це аксіома. Але наявність спорів в нотаріаті не виключається, оскільки спори можуть виникати як під час складання умов договору, так і при зверненні до нотаріуса, коли сторони наполягають на посвідченні лише ними складеного проекту договору. Тому загалом говорити про те, що діяльність нотаріуса знаходиться в сфері безспірної юрисдикції, не приходиться. Реальні правовідносини залежать від суб'єктивних факторів, але майстерність нотаріуса в питаннях медіації, зокрема, досягати компромісного варіанту викладення умов договору, має надати таким відносинам однозначності і законності, щоб усунути у майбутньому можливі спори. Тому, виходячи із даного принципу нотаріату, проголошеного МСН виникнення у майбутньому спорів щодо нотаріально посвідченого договору – це недолік у діяльності нотаріуса. На наш погляд, договір – це компроміс між сторонами і деякою мірою між ними та нотаріусом, тому наступний судовий розгляд спірних відносин судом – це лише уточнення позицій таких суб'єктів.

Якщо ж дотримуватися проголошеного МНС принципу: "Як радник, нотаріус виявляє дійсну волю сторін і викладає її в еталонно-кваліфікований юридичний акт" [24], то виходить, що у майбутньому спір між сторонами або сторонами і нотаріусом щодо договору неможливий. Практика свідчить про протилежне, що нотаріальні акти визнаються судами недійсними або окремі умови договорів незаконними, неконкретними тощо.

Тому, на думку автора, з аналізу вище наведених міжнародних принципів нотаріату, слід зробити висновок про те, що у договорі має зазначатися положення про те, ким складено проект договору. Якщо проект договору складено нотаріусом і потім "еталонно-кваліфікований" проект буде визнано судом недійсним, незаконним тощо, то це стає очевидним свідченням невідповідності кваліфікації нотаріуса міжнародним принципам і стандартам при складанні і посвідченні договорів. Отже, вважаємо недоцільним надавати діяльності нотаріусів зайве перебільшення, оскільки дане положення може бути розгорнуте проти їх інтересів.

Однак, пропозиція щодо необхідності фіксування факту, хто складав проект договору, який в подальшому був нотаріально посвідчений, на наш погляд, має принципове значення для того, щоб у майбутньому була можливість визначити, що ж сторони загалом мали на увазі. Наприклад, свобода договору дозволяє залишити поза увагою ті чи інші важливі умови, які істотні для регламентації прав та обов'язків сторін за договором. У той же час, згідно ст. 638 ЦК договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. У зв'язку з цим, представ-

ляється необхідним встановити, що сторони відмовилися від складання проекту договору нотаріусом, наполягали на тому, що вони всі важливі для їх правовідносин умови визначили, а всі інші істотні умови мають врегульовуватися згідно вимог законодавства. Така схема діяльності нотаріуса при посвідченні договорів дозволить зменшити ризик настання відповідальності у майбутньому, якщо сторони будуть наполягати на тому, що саме нотаріус, який посвідчував договір має відповідати за його зміст.

Проаналізовані принципи латинського нотаріату свідчать про те, що не з усіма з них можна однозначно погодитися, хоча вони є цікавими для української правової науки і мають слугувати орієнтиром для подальших досліджень в сфері теорії нотаріального процесу.

Абсолютно можна погодитися з тими заповідями, які були проголошені у доповіді екваторської делегації нотаріусів на пленарному засіданні 89 Міжнародного конгресу Латинського Нотаріату в Мексиці у 1965 році, а саме: поважай своє міністерство; утримайся, якщо навіть маленький сумнів робить неясними твої дії; віддавай належне Правді; дій обґрунтовано; вивчай присякливо; радься з честю; керуйся Справедливістю; обмежуйся Законом; працюй з достоїнством; пам'ятай, що твоя місія є в тому, щоб не було суперечок між людьми. Дані високоморальні положення, на наш погляд, мають увійти до присяги нотаріуса, яка складається перед заняттям посади. Але перша заповідь має стосуватися державних нотаріусів, які безпосередньо належать до Мін'юсту України, а приватні нотаріуси є самозайнятими особами, тому вони не можуть вважатися працівниками Мін'юсту.

В усякому разі, дані заповіді не є зайвими для всіх нотаріусів, оскільки вони спонукають до глибокого розуміння функцій нотаріусів в суспільстві, а також способів їх діяльності. Автор вважає, що до запропонованих заповідей можна додати й елемент, який запозичений у медиків, які одним із головних вважають принцип – не нашкодь хворому. Для нотаріусів так само важливо при посвідченні нотаріальних дій не нашкодити одній або обом сторонам, що може мати місце, коли договір складений з урахуванням інтересів лише однієї із сторін, а права та обов'язки іншої сторони регламентовані неадекватно правовій ситуації. Так, славнозвісні генеральні доручення, в яких фактично приховується договір купівлі-продажу автомобілів, мають вади, оскільки права покупця автомобіля належно не застережені і доволі часто мали місце випадки, коли автомобіль повертався власнику або його нащадкам чи конфіскувався, оскільки був крадений. В останніх випадках покупець залишався беззахисним через те, що в генеральному дорученні не можуть мати відомості про передані ним кошти. У зв'язку з цим, нотаріуси не повинні посвідчувати такі угоди, в яких одна із сторін опиняється в явно невідгодному становищі.

У зв'язку з наведеним, автор вважає, що досвід діяльності МСН важливий для розвитку нотаріату України, але питання вступу до цієї організації має визначатися приватними нотаріусами, які мають враховувати позитивні риси, а також їх вартість.

1. Баранкова В.В. Нотаріат в Україні / За заг. ред. В.В. Комарова. – К.: ЮрінкомІнтер, 2006. – С.35-41). 2. Бесчасний В.М. Нотаріат в Україні / За заг. ред. В.М. Бесчасного. – К.: Знання, 2008. 494 с. – С.24-25. 3. Про УНП. Офіційний сайт Української нотаріальної палати <http://palata.notariat.org.ua/aboutunp/> 4. Павлова Л. Історія Української нотаріальної палати/ Юридичний журнал <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3097> 5. Ключка О. У 1998 році Українська нотаріальна палата прийнята спостерігачем до світової організації нотаріусів – Міжнародного Союзу (Латинського) Нотаріату, який об'єднує нотаріати 75 країн. /Lex. Право і Закон// <http://legal-help.com.ua/?p=600> 6. Офіційний сайт Вінницької нотаріальної палати Основні світові системи нотаріату. Латинський нотаріат. Міжнародний союз латинського нотаріату.

<http://www.notariat.vn.ua/notariat/notariat-v-sviti> 7. Латинский нотариат. Центр нотариальных исследований. <http://www.notiss.ru/index.php?id=28> 8. Устав Международного союза нотариата, утвержденный Ассамблеей нотариатов 2 октября 2007 года в Мадриде. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.notiss.ru/usimg/statuts%20UINL.pdf> 9. О Латинском нотариате: Международный Союз Латинского Нотариата как инструмент содействия в развитии международного нотариата. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://maksimova.su/latin-notary.htm> 10. Латинский нотариат. Центр нотариальных исследований. [Электронный ресурс]. – Режим доступа <http://www.notiss.ru/index.php?id=28> 11. Комаров В.В., Баранкова В.В. Нотариат и нотариальный процесс: Учебник. / В.В. Комаров, В.В. Баранкова. – Х.: Консум, 2000. – 240 с. – С. 30-31. 12. Латинский нотариат. [Электронный ресурс]. // Мир нотариата. – Режим доступа: <http://mirnot.narod.ru/latnot.html> 13. Радзівевська Л.К. Деякі питання нотаріального права в світлі рішень XXVII з'їзду КІРС // Вісник Київського університету. – Вип. 29. – 1988. – С. 30-33. 14. Фурса С.Я. Проблема формування принципів організації та діяльності нотаріату в Україні // Часопис Київського університету права. №1, 2002. 15. Фурса С.Я., Фурса Є.І. Нотари-

ат в Україні. Загальна частина. – К.: Вентурі. 1999. 16. Латинский нотариат. [Электронный ресурс]. // Мир нотариата. – Режим доступа: <http://mirnot.narod.ru/latnot.html> 17. Фурса С.Я. Підпис нотаріуса як правовий акт // Юридичний вісник України. № 9 (401). 2003. 18. Латинский нотариат. [Электронный ресурс]. // Мир нотариата. – Режим доступа: <http://mirnot.narod.ru/latnot.html> 19. USTAWA z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie [електронний ресурс]. – Режим доступа: http://lex.pl/akt_prawny/?akt=Dz.U.2008.189.1158.html 20. Латинский нотариат. [Электронный ресурс]. // Мир нотариата. – Режим доступа: <http://mirnot.narod.ru/latnot.html> 21. Латинский нотариат. [Электронный ресурс]. // Мир нотариата. – Режим доступа: <http://mirnot.narod.ru/latnot.html> 22. Латинский нотариат. [Электронный ресурс]. // Мир нотариата. – Режим доступа: <http://mirnot.narod.ru/latnot.html> 23. Латинский нотариат. [Электронный ресурс]. // Мир нотариата. – Режим доступа: <http://mirnot.narod.ru/latnot.html> 24. Латинский нотариат. [Электронный ресурс]. // Мир нотариата. – Режим доступа: <http://mirnot.narod.ru/latnot.html>

Надійшла до редколегії 08.06.11

УДК 349.2

І. Підпала, здобувач

ПРАВОВІ ВИМОГИ ДО КАНДИДАТІВ У ЧЛЕНИ МОРСЬКОГО ЕКІПАЖУ ЗА НОРМАМИ МІЖНАРОДНОГО ТА НАЦІОНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Стаття присвячена дослідженню правових вимог до кандидатів у члени морського екіпажу за нормами міжнародного та національного законодавства.

Ключові слова: члени екіпажу, професійний відбір, безпека мореплавства, кваліфікація, дипломування, стан здоров'я.

Стаття посвящена исследованию правовых требований к кандидатам в члены морского экипажа по нормам международного и национального законодательства.

Ключевые слова: члены экипажа, профессиональный отбор, безопасность мореплавания, квалификация, дипломирование, состояние здоровья.

The article investigates the legal requirements for candidates for the marine crew for the international norms and national legislation.

Key words: crew members, the professional selection, navigation safety, qualification, certification, health.

Постановка проблеми. Із розвитком морського флоту, змінами його технічного стану, принципів та характеру експлуатації морських суден, в умовах формування нових економічних відносин, змінюється структура попиту на спеціалістів, пред'являються нові вимоги до змісту та якості морської освіти для забезпечення безпеки мореплавства. У зв'язку з цим необхідним та пріоритетним для держави стає вдосконалення нормативно – правового регулювання організації підготовки та дипломування моряків щодо полегшення їх працевлаштування.

Аналіз дослідження даної проблеми. Даному питанню не приділяли належної уваги і воно не стало предметом комплексних наукових досліджень в організації підготовки, перепідготовки, підвищення кваліфікації та дипломування моряків. Праці таких науковців як: А.Н. Шемякін, Л.М. Мацкевич, М.П. Зеленін, В.М. Єрофеев, Л.А. Позолотін містять низку системних положень і висновків, які опосередковано стосуються досліджуваної проблеми, чим створюють певні передумови для подальшого дослідження.

Завдання полягає в спробі системного аналізу вимог до кандидатів у члени екіпажу та стандартів підготовки і дипломування моряків, а також в межах цього аналізу розгляду національного законодавства України, яким врегульовано організацію професійної підготовки і дипломування моряків та вплив людського чинника і його професійної складової на безпеку мореплавства.

Метою даної статті є дослідження міжнародно – правових норм та національного законодавства, щодо правових вимог до кандидатів у члени екіпажу та організації підготовки і дипломування моряків для подальшого вдосконалення існуючого законодавства на виконання вимог Міжнародної Конвенції "Про підготовку і дипломування моряків та несення вахти" (ПДНМ/STCW'78), щоб полегшити працевлаштування громадян – моряків.

Виклад основного матеріалу. Порядок прийому на роботу осіб суднового екіпажу, а також їхні права та обов'язки, що впливають із трудових відносин, регулюються загальними нормами трудового законодавства України. Однак, принцип надання сторонам повної свободи при укладенні трудового договору в цьому випадку відсутній, тому що держава в інтересах охорони життя і здоров'я осіб, що знаходяться на судні, безпеки мореплавства і виконання своїх зобов'язань, що впливають з міжнародних договорів, учасником яких вона є, не може допустити наявності у судновому екіпажі осіб, що не відповідають встановленим вимогам щодо кваліфікації та стану здоров'я членів екіпажу [10]. Тому, безпека мореплавства, є основною умовою збереження людського здоров'я та життя, довкілля та майна на морі, відсутності неприпустимого ризику, пов'язаного з загибеллю або травмуванням людей, заподіянням шкоди довкіллю або матеріальних збитків, що забезпечується заходами технічного, організаційного та правового характеру. Вони впроваджуються шляхом встановлення вимог до конструкції, обладнання, постачання морських суден, різних видів державного нагляду за суднами, правил радіозв'язку та сигналізації, безпеки руху суден на найважливіших морських шляхах, системи навігаційної та гідрометеорологічної інформації, документального оформлення та розслідування аварійних морських подій, все це вимагає одним з найважливіших та найвагоміших заходів забезпечення безпеки в мореплаванні якісної професійної підготовки членів екіпажів морських суден та їхньої професійної придатності, що є необхідною основною умовою укладання з ними трудових контрактів [7].

Ефективність підготовки та дипломування моряків у першу чергу залежить від належної імплементації міжнародних вимог у цей процес та його організацію [5].

Таким чином, у вирішенні проблеми має стати вдосконалення професійного відбору курсантів у морські навчальні заклади.

Необхідною умовою професії судноводія є визначення професійної психологічної придатності кандидатів за допомогою процедури професійного відбору. При проведенні профвідбору за результатами психологічного тестування обстежувані особи діляться, як правило, на три основні категорії: абсолютно придатних, відносно придатних та непридатних. Для виявлення непридатних кандидатів при профвідборі мають бути, перш за все, враховані психологічні протипоказання, такі як: розсіяна увага, підвищена конфліктність, недостатня психічна стійкість, схильність до паніки і ризику. Все це не дасть можливості претенденту належним чином жити на судні і виконувати свої функції, особливо в небезпечних ситуаціях.

Професійний психологічний відбір важливий не тільки для забезпечення ефективної діяльності, але й може допомогти самій людині в збереженні фізичного і душевного здоров'я. Відсутність або низький рівень розвитку деяких важливих психологічних якостей може і не проявити себе негативно на етапі навчання, але неминуче проявиться в подальшому, у професійній діяльності. Якщо кандидат відноситься до категорії осіб, не придатних до оволодіння даною професією, то йому, як видно в більшості випадків, доведеться дуже важко вже на етапі навчання. Навіть якщо кандидат зможе завершити свою освіту, навряд чи він зуміє стати на практиці спеціалістом високої кваліфікації, що особливо важливо в надійності управління судном [8].

Праця моряка відрізняється особливою специфікою та вимагає значного напруження фізичних і психічних сил. Мореплавання завжди було і буде пов'язано з обмеженнями та незручностями для людини. На борту судна існує велика кількість несприятливих факторів – шум, вібрація, різкі перепади температури, постійне і досить вузьке коло людей і інші чинники, які діють на організм одночасно. Тут доречно згадати також складність інтернаціональних екіпажів – мовний бар'єр, можливість помилкового розуміння один одного в складній ситуації. Протилежність цьому – стабільність і спаяність екіпажів, які говорять однією мовою. Скорочення чисельності екіпажів на високоавтоматизованих судах призводить до зростання відповідальності та ускладнення функцій, виконуваних судовими спеціалістами. Усі судна повинні бути укомплектовані екіпажами, чисельність яких відповідає виконуваним функціям [4].

Однак практика показує, що судовласники йдуть на подальше скорочення кількості членів екіпажів. При цьому, вже стає практично неможливо встановити належний режим праці та відпочинку, безперервність, яких повинна складатися не менше 6-ти годин, то все це призводить до стомлення екіпажів, до зниження продуктивності праці, фізичних і розумових здібностей людини та погіршення здатності робити обґрунтовані висновки і приймати важливі рішення це викликає стан стресу, який нерідко веде до дезорганізації інтелектуальних процесів поведінки.

Стрес є стан високої напруги захисних реакцій організму людини, у відповідь на різкий вплив різних подразників [2].

Отже, беручи до уваги відсутність узгоджених міжнародних вимог до стану здоров'я моряків, при перегляді Міжнародної Конвенції ПДНВ-78 в 1995 р. була прийнята Резолюція № 9 "Розробка міжнародних вимог до стану здоров'я моряків", яка пропонує Міжнародній морській організації (ІМО), у співпраці з Міжнародною організацією праці (МОП) та Всесвітньою організацією

охорони здоров'я (ВООЗ), розробити міжнародні вимоги до стану здоров'я моряків.

На 65 сесії ІМО Комітет з безпеки на морі ухвалив, що підготовка управління та поведінка людини в надзвичайних ситуаціях є необхідною для ключового персоналу пасажирських суден і повинна включати такі елементи:

- поведінка людини і його реакція;
- оптимізація використання ресурсів;
- розробка аварійних планів;
- вміння здійснювати керівництво;
- вміння справлятися зі стресовими ситуаціями.

Також було вирішено, в терміновому порядку розробити детальні положення про підготовку персоналу пасажирських суден щодо управління та поведінки людини в надзвичайних ситуаціях, для можливого включення до Кодексу "По підготовці і дипломуванню моряків та несення вахти" (ПДМНВ). Теоретичні знання і практичні навички, безумовно, є важливими складовими "людського фактора", і безпосередньо пов'язані з питаннями безпеки мореплавання. Підтвердженням цьому є діяльність ІМО та МОП, яка безпосередньо спрямована на розробку вимог щодо кваліфікації судового екіпажу. Ці питання є надзвичайно актуальними в даний час, оскільки на світовому ринку спостерігається дефіцит кваліфікованих морських спеціалістів. Перші спроби встановити вимоги щодо кваліфікації командного складу і екіпажів суден були зроблені ще на І-й Міжнародній морській конференції, яка проходила у Вашингтоні в 1899 р. Незважаючи на те, що практично жодне з питань конференції не було закріплено спеціальним міжнародним договором, все-таки вони здобули загального визнання. Генеральна конференція ІМО скликана в Женеві Адміністративною Радою Міжнародного Бюро Праці зібралася 6 жовтня 1936р. і постановила: – прийняти ряд пропозицій щодо встановлення кожного морської державою вимог мінімальної кваліфікації, яка вимагається від капітанів, вахтових помічників, вахтових механіків на борту торговельних суден. На підставі цього МОП 24.10.1936 р. було прийнято Конвенцію "Про мінімальну кваліфікацію капітана і інших осіб командного складу торговельних суден" № 53, згідно зі ст. 3, якої: "Жодна особа не може бути допущена чи залучена до виконання функцій капітана, вахтового помічника капітана, головного механіка чи вахтового механіка на судні, на яке поширюються положення цієї Конвенції, без наявності свідоцтва про кваліфікацію, що засвідчує її здатність обіймати таку посаду і видане або затверджене відповідним органом влади території, на якій зареєстровано судно" [1].

Міжнародна Конвенція "По охороні людського життя на морі" (SOLAS 74) в Главі V Правила 14 "Укомплектування суден екіпажами" містить норму, згідно з якою уряди, що домовляються зобов'язуються в тому, щоб з точки зору охорони людського життя на морі всі судна були укомплектовані екіпажами в належному числі і належною кваліфікацією, а саме з врахуванням всіх вимог перед наймом на роботу [9].

Наступним кроком у цьому напрямку була Рекомендація МОП № 137 "Про професійне навчання моряків" прийнята в Женеві 28.10.70 р. на 55 сесії Генеральної конференції МОП. Незважаючи на успіх цього документа і велику роботу, проведену МОП в цьому напрямку, розвиток техніки на флоті, поява нових видів вантажів, ускладнюючі умови судноводіння, поступово при умові дотримання вимог перед наймом на роботу вивели "людський фактор" на перше місце для більш надійної безпеки мореплавання.

Тому, з метою поліпшення такого стану справ, ІМО розробила і прийняла Міжнародну Конвенцію "Про під-

готовку і дипломування моряків та несення вахти 1978 р., яка стала спробою встановити на глобальному рівні професійні мінімальні стандарти для моряків. Конвенція ПДНВ-78 була покликана, встановити мінімальні стандарти, яких держави зобов'язані дотримуватися. У багатьох країнах стандарти вищі за ті, які встановлені, однак і у багатьох державах (африканські та азійські країни) вони були значно нижче вимог, установлених Конвенцією ПДНВ 78. Таким чином, прийняття Конвенції ПДНВ 78 сприяло загальному підвищенню рівня підготовки і навчання моряків у всьому світі, що полегшило виконання вимог перед працевлаштуванням кандидатів у члени морського екіпажу.

Згідно зі ст. 1 Конвенції ПДНВ 78: "Держави зобов'язуються здійснювати її положення і видавати усі закони, декрети, накази і правила, та вживати усіх інших заходів, які можуть бути потрібні для повного здійснення положень Конвенції з метою забезпечення того, щоб з точки зору охорони людського життя і збереження майна на морі, а також захисту морського середовища – моряки на судах мали належну кваліфікацію і були здатні виконувати свої обов'язки".

Для досягнення цієї мети, згідно зі ст. 11 Конвенції ПДНВ 78, держави зобов'язуються: – створювати умови для утворення навчальних закладів для підготовки моряків; – забезпечувати обладнанням і посібниками ці заклади; розробити відповідні програми підготовки, включаючи проходження практики на морських судах; – прийняти інші заходи, що стосуються підвищення кваліфікації моряків та врахувати при цьому всі вимоги, що пред'являються до кандидатів як міжнародного так і національного рівня.

Передбачалося, що повсюдне застосування Конвенції ПДНВ 78 забезпечить дотримання вимог та достатню компетенцію капітанів та членів екіпажів морських суден з різних країн та їх безпечну експлуатацію. Однак, як показала статистика, Конвенція ПДНВ 78 не досягла своєї мети. Роль "людського фактора" в морських аваріях та катастрофах і далі залишалася незмінною: за різними оцінками, ця роль становила від 60% до 80%.

Головною причиною малої ефективності Конвенції була відсутність в ній чітко визначених обов'язкових стандартів. Це і призвело до того, що кожна адміністрація тлумачила і встановлювала правила на свій розсуд та не виконувала вимоги, що пред'являються до кандидата у члени морського екіпажу. У результаті в морському співтоваристві використовувалися різні стандарти професійної підготовки моряків і несення вахти. Багато з них не повною мірою відповідали вимогам Конвенції ПДНВ 78 [6].

З метою приведення Конвенції ПДНВ 78 у відповідність до сучасних умов та вимог судноплавства і на підставі Резолюції ІМО А.741 (18) від 14.11.92 р. про застосування "Міжнародного кодексу з управління безпечною експлуатацією суден і запобігання забрудненню" (МКУБ). Підкомітет ІМО розробив проект Кодексу "Про підготовку, дипломування моряків та несення вахти". Цей проект був розроблений на міжнародній конференції, що проходила у Лондоні з 26 червня – 7 липня 1995р. Конференція затвердила Кодекс "Про підготовку, дипломування моряків та несення вахти" 1995 р. (ПДНВ-95), який вступив в силу частково 1-го лютого 1997 р., оскільки введення всіх його положень передбачено лише до лютого 2002 р.

Конвенція ПДНВ 78/95 встановила обов'язкові мінімальні вимоги до кандидатів у члени морського екіпажу для дипломування судноводіїв, механіків, радіо-спеціалістів, а також мінімальні теоретичні знання та

практичні навички, необхідні для отримання дипломів відповідних фахівців.

Так, Правило II / 2 встановлює мінімальні вимоги про дипломування капітанів і старших вахтових помічників капітана суден валовою місткістю 200 реєстрових тонн і більше. Пункт II / 2 цих правил вимагає, щоб кожен кандидат на отримання диплома старшого помічника капітана мав схвалений стаж роботи, який не може бути менше 12 місяців, з них не менше шести місяців робити вахтовим помічником капітана та склав відповідний іспит.

Одним з ефективних засобів навчання новачків і тренувань фахівців морського профілю служать тренажери, тобто технічні пристрої, які дозволяють відпрацьовувати багато складних навичок, що необхідні людині при експлуатації автоматизованих систем реальної машини або механізму [2].

Так, в Україні відповідно до ст. 51 Кодексу Торгового Мореплавства (КТМ): "До зайняття посад капітана та інших осіб командного складу допускаються особи, які мають відповідні звання, установлені Положенням про звання осіб командного складу морських суден та порядок їх присвоєння, що затверджується Кабінетом Міністрів України". Присвоєння звань повинно засвідчуватися видачею дипломів або кваліфікаційних свідоцтв після успішного складання іспитів у державній кваліфікаційній комісії. Такий підхід повністю відповідає вимогам Міжнародної конвенції про підготовку і дипломування моряків та несення вахти 1978 р.

Тому в розділ III КТМ України, котрий називається "Екіпаж судна" включені ст. 51 і ст. 52, які встановлюють вимоги до кваліфікації та стану здоров'я членів екіпажу [3].

Положення Конвенції ПДНВ – 78/95 відповідно до правила, що міститься у ст. 3, застосовується до всіх моряків, що працюють на морських судах, що мають право плавати під прапором держави – сторони Конвенції, за винятком моряків, які служать на військових кораблях, воєнно-допоміжних судах або судах, що використовуються виключно для урядової служби. Однак держави повинні забезпечувати, щоб особи, які працюють на таких судах, відповідали, наскільки це доцільно і практично можливо, вимогам Конвенції. Також не застосовується дана Конвенція до моряків, які працюють на риболовних судах, прогулянкових яхтах і дерев'яних судах примітивної побудови.

Відповідно до правила, що міститься в ч. 5 ст. 10 Конвенції ПДНВ 78/95, при здійсненні контролю з боку держави порту вимоги до кваліфікації екіпажу, що містяться у Конвенції, повинні пред'являтися і до суден, які плавають під прапором держав, які не є сторонами Конвенції, для того, щоб цим суднам не створювати більш сприятливі умови, ніж суднам, що мають право плавати під прапором держави-сторони [6].

Згідно правила, що міститься в ч. 4 ст. 51 КТМ України, до заміщення посад командного складу, для яких не передбачено присвоєння звання, а також членів суднової команди допускаються особи, які мають видані у встановленому порядку відповідні документи, що підтверджують їх кваліфікацію, необхідну для виконання обов'язків на судні, тобто відповідають всім вимогам.

Позбавлення звання і вилучення диплома або кваліфікаційного свідоцтва допускається тільки за рішенням суду.

Що стосується вимог до стану здоров'я кандидатів у члени екіпажу, то в відповідності зі ст. 52, до роботи на судні допускаються особи, визнані придатними для цього за станом здоров'я. Висновок про придатність для роботи на судні за станом здоров'я видається закладом Міністерства охорони здоров'я України відповідно до Правил визначення придатності за станом

здоров'я осіб для роботи на судах, затверджених Наказом Міністерства охорони здоров'я України від 19 листопада 1996 р. № 347. Ці Правила відповідно до Закону України "Про охорону праці", Законом України "Основи законодавства України про охорону здоров'я" та КТМ України встановлюють:

- порядок організації медичних оглядів моряків;
- обов'язки, права і відповідальність судовласників, моряків і медичних установ Міністерства охорони здоров'я України, які проводять медичні огляди моряків;
- правила визначення придатності осіб за станом здоров'я для роботи на судах;
- розподіл функцій контролю за виконанням вимог цих Правил між зацікавленими міністерствами.

Морські законодавства більшості держав також встановлюють і інші вимоги до громадянства членів екіпажу або до окремих членів екіпажу, які займають визначену посаду. Так, в Україні відповідно до ст. 53 КТМ України члени екіпажу судна, зареєстрованого у Державному судовому реєстрі України або Судновій книзі України, можуть бути громадянами будь-якої держави. Капітаном судна може бути тільки громадянин України [3].

Висновки. Отже, питання вдосконалення правових вимог, що пред'являються до кандидатів у члени екіпажу є одним із найактуальніших проблем сьогодення і потребує:

1. Вдосконалити професійний відбір курсантів у морські навчальні заклади.

2. Чітко організовувати підготовку та дипломування моряків у прозорому правовому полі для забезпечення зайнятості з метою соціального та економічного розвитку держави.

3. До роботи на судні допускати тільки осіб, що визнанні придатними для цього за станом здоров'я.

4. Впровадити сертифікат про освіту єдиного міжнародного зразка.

5. При наявності потужного потенціалу навчальних закладів, високої професійності моряків, збереження морських традицій доцільно відбудувати власну морську галузь, так як економічні можливості для досягнення цього в Україні є.

1. Ерофеев В.Н. сертификация – по мировым стандартам // Порты Украины, №3, 2001. – с. 71-75. 2. Зеленин М.П. Эргономика на морском транспорте. – Одесса, 1999. – с. 353. 3. Кодекс Торгового Мореплавства Украины від 23 травня 1995 р. 4. Мацкевич Л.М. Охрана здоровья моряков. М.Транспорт, 1986. – с. 9-16. 5. Морське право України: Навч. Посібник / В.В. Деміденко, О.Н. Шемякін, О.О. Балобанов та ін.; Ред. В.В. Деміденко. – Одеса: АО "БАХВА", 1996. – С. 10. 6. Позолотин Л.А., Торский В.Г., Конвенция ПДМНВ 78/95(с поправками) Кодекс ПДНВ – 95 Основные положения и комментарии. – Одесса, 1998. – с.5. 7. Положення про систему управління безпекою судноплавства на морському і річковому транспорті, затверджене наказом Міністерства транспорту України від 20 листопада 2003 р. № 904 // Офіційний вісник України. – 2003. – № 52 (ч. 2). – Ст. –2844. 8. Снопков В.И., Конопелько Г.И., Васильева В.Б. Безопасность мореплавания. – М., 1994. – с.190. 9. SOLAS 74 Гл. V. Безопасность мореплавания, Пр.14. 10. Шемякин А.Н. "Морское право" (учебное пособие). – Харьков, "Одиссей"; 2004. – с.102-104.

Надійшла до редколегії 08.06.11

УДК 349.2

В. Божко, канд. юрид. наук, доц.

ОБСЯГ ПРАВА НА СПРАВЕДЛИВУ ЗАРОБІТНУ ПЛАТУ

Стаття присвячена з'ясуванню обсягу права працівника на справедливую заробітну плату. Автор доводить, що воно відноситься до соціально-економічних прав, носієм якого є кожна людина, котра завдяки своїй праці має отримати достатні засоби для забезпечення гідного рівня життя не лише для себе, але й інших членів своєї сім'ї. Проте в отриманні справедливої заробітної плати зацікавлений не лише працівник, але й роботодавець і суспільство загалом.

Ключові слова: оплата праці; заробітна плата; справедливість; справедлива заробітна плата; зміст права; обсяг права.

Статья посвящена исследованию объёма права работника на справедливую заработную плату. Автор доказывает, что оно относится к социально-экономическим правам, носителем которого является каждый человек, который благодаря своему труду должен получить достаточно средств, чтобы обеспечить достойный уровень жизни не только себе, но и всем членам своей семьи. Однако, в получении справедливой заработной платы заинтересован не только работник, но и его работодатель, а также общество в целом.

Ключевые слова: оплата труда; заработная плата; справедливость; справедливая заработная плата; содержание права; объём права.

This article is devoted to clarification of the scope of rights on justified salary concept. The author argues that it is related to social economy rights, belonged to every people, who through his labor must received ample resources for ensuring honorable living standard for himself and other family's members. Notwithstanding an employer, an employee and, in general, the society are interested in justified salary receiving.

Keywords: remuneration, salary, rightness, justified salary, sense of right, scope of rights.

Постановка проблеми. У низці міжнародно-правових актів, які відповідно до ст.9 Конституції України є частиною національного законодавства нашої держави, проголошено право працівників на справедливую заробітну плату. Тобто не право на заробітну плату взагалі, як плату за виконання роботи, обумовленої трудовим договором, а гарантію того, що працівник і члени його сім'ї матимуть достатні засоби для забезпечення собі звичного способу життя, для збереження людської гідності. Це обов'язково слід врахувати вітчизняному законодавцю, ухвалюючи Трудовий кодекс України. Адже, відповідно до частини третьої ст.22 Основного Закону України, при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод. Все це, на наш погляд, актуалізує науковий пошук змісту та обсягу права працівника на справедливую заробітну плату.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Науково-теоретичною основою дослідження стали праці О.І. Процевського [3], В.В. Цветова [4], Ю.М. Тодици [5], В.Ф. Погорілка [7], Д. Роулза [8] й інших дослідників.

Виділення невирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується дана стаття. Віддаючи належне науковому доробку названих учених, потрібно відмітити, що вони спеціально не зосереджували свою увагу на аналізі обсягу права на справедливую заробітну плату.

Формулювання цілей статті. Нашою метою є виявлення тих показників, за допомогою яких розкривається обсяг права на справедливую заробітну плату.

Виклад основного матеріалу дослідження. У теорії права загальновизнано, що всі права людини є рівноцінними й взаємозумовленими. Такий висновок втілено у пункті 1 ст.21 Маастрихтського Договору "Про Європейський Союз" від 7 лютого 1992 року: "...у своїх

діях на внутрішній та міжнародній аренах Європейський Союз керується принципами, які надихнули на його створення, розвиток і розширення та які він має намір поширювати у світі, а саме: ... універсальність й неподільність прав людини та її основоположних свобод". Таку позицію навіть підтверджує назва підрозділу 1 "Неподільність, взаємозалежність та взаємопов'язаність прав людини" розділу D "Права людини" Декларації та програми дій форуму тисячоліття: "Ми, народи: зміцнення ООН в двадцять першому столітті", схвалений у Нью-Йорку 26 травня 2000 року, в якій "...підтверджено універсальність, неподільність та взаємозумовленість всіх прав людини – особистих, політичних, соціальних, економічних і культурних" (пункт 3).

Іншими словами, всі з названих прав рівною мірою потрібні людині для життя, адже вона не зможе жити, якщо будуть принижувати її честь та гідність, порушуватимуть її недоторканість, чи вона буде позбавлена матеріальних засобів для існування, або не отримуватиме належної медичної допомоги, не навчатиметься, не зможе реалізувати свої інші права. Однак їх взаємозумовленість не виключає можливості класифікації прав і свобод людини на основні та похідні. Адже, згідно з частиною першою ст.3 Конституції України людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Тобто до найвищих соціальних цінностей вітчизняний законодавець відносить наступні особисті немайнові блага: життя і здоров'я людини, її честь і гідність, недоторканість і безпеку. Саме тому, на наш погляд, такі особисті немайнові права як право на життя та охорону здоров'я; на честь і гідність; право на особисту недоторканість є основними правами людини, утвердження і забезпечення яких є метою української держави. Натомість всі інші права, і в першу чергу, право на справедливую заробітну плату – похідні, своєрідні правогарантії, реалізація котрих сприятиме здійсненню основних прав. Адже, як справедливо наголошує єдиний орган конституційної юрисдикції в абзаці другому підпункту 6.1.1. пункту 6 мотивувальної частини свого Рішення від 29 січня 2008 року № 2-рп/2008, *"право заробляти собі на життя є невід'ємним від права на саме життя, оскільки останнє є реальним лише тоді, коли матеріально забезпечене"* [1].

Тому реалізація похідних прав людини і, зокрема, права на справедливую заробітну плату, є гарантією, засобом реалізації права людини на гідне життя. Адже, саме життя людини, будучи найвищою соціальною цінністю (ст. 3 Конституції України), будучи особистим немайновим благом (ст.201 Цивільного кодексу України), стає реальним лише тоді, коли матеріально забезпечене. Тобто не можна реалізувати право на життя, доки людина немає засобів для існування. Якщо без них життя неможливе, то чому ж тоді, згідно з правовою позицією Конституційного Суду України, особа має право заробляти собі на життя, а не зобов'язана це робити? Принагідно хотілося б нагадати, що в конституціях провідних країн світу закріплено не право, а *обов'язок працювати*. Так, наприклад, відповідно до ст.35 Конституції Королівства Іспанії від 27 грудня 1978 року "всі іспанці зобов'язані працювати". Згідно з частиною другою ст.4 Конституції Італійської Республіки "кожен громадянин відповідно до своїх можливостей та за власним вибором повинен здійснювати діяльність або виконувати функції, котрі б сприяли матеріальному або духовному розвитку суспільства". Відповідно до частини першої ст.49 Конституції Турецької Республіки від 7 листопада 1982 року кожен не лише має право, але й зобов'язаний працювати. "Праця – право та обов'язок

кожного громадянина", – проголошує припис частини першої ст.9 Декларації прав громадян та основних принципів державного устрою Сан-Марино від 8 липня 1974 року. Обов'язок працювати також закріплено у ст.27 Конституції Японії та ст.42 Конституції Китайської Народної Республіки. Такий обов'язок прямо не відображено в Конституції Індії, проте в пункті 2 статті 23 вказано: "Ніщо не перешкоджає Державі запроваджувати обов'язкові повинності в публічних сферах".

Можливо, саме тому в наступному абзаці свого Рішення єдиний орган конституційної юрисдикції уточнює: "Визначене статтею 43 Конституції України право на працю Конституційний Суд України розглядає як природну потребу людини своїми фізичними і розумовими здібностями забезпечувати своє життя" (абзац третій підпункту 6.1.1. мотивувальної частини Рішення від 29 січня 2008 року № 2-рп/2008).

Так, людина має природну потребу працювати. Але праця не є самоціллю людини. По-перше, працею вона прагне забезпечити собі та членам своєї сім'ї гідне життя, використовуючи свої фізичні й розумові здібності. По-друге, в процесі праці змінюється, розвивається сама людина, праця змінює її природу. Тому К.Маркс, продовжуючи думку Г.В. Гегеля, викладену ним у "Феноменології духу", яку називає "істинним місцем народження і тайною гегелівської філософії", підсумовує: "Велич гегелівської феноменології полягає в тому, що Гегель розуміє народження людини як процес, а людину – як результат власної праці" [2, с.153]. Таким чином, Г.В. Гегель також розуміє працю як самозбережну сутність людини і саме цим, на наш погляд, зумовлюється цінність праці для суспільства.

О.І.Процевський теж слушно наголошує: "Праця – це сутність людини, власне сама людина. Це невідокремлена функція людського існування та буття" [3, с.101]. "Праця – це певною мірою вираз індивідуальності працівника, віддзеркалення його суто особистих якостей", – вважає В.В. Цветов [4, с.88].

Таким чином, працівник зацікавлений у тому, щоб працювати, бо внаслідок цього він не лише розвивається, але й повинен одержати справедливую заробітну плату, котра стане запорукою отримання ним засобів до існування, гарантією його матеріальної забезпеченості, передумовою реалізації його права на життя. Вигідно це й роботодавцеві, який завдяки створеній у процесі праці доданій вартості забезпечує своє життя та життя членів своєї сім'ї. Виплата ним працівнику справедливої заробітної плати стане запорукою того, що він теж матиме бажання ефективно працювати, бо інакше у нього не буде стимулу до продуктивної праці, до підвищення рівня своєї кваліфікації. Адже безпідставно сподіватись, що страх смерті від голоду змусить сучасну людину працювати, бо соціальна держава проголошує право всіх, навіть незайнятих громадян, на достатній життєвий рівень для них та членів їх сімей. Тому держава також зацікавлена, щоб якомога більше людей не лише сприяли зростанню національного доходу держави, виробляли товари та надавали послуги, споживачами яких є всі члени суспільства, але й отримували достатні кошти для свого існування не за рахунок соціальної допомоги від держави, а саме завдяки своїй праці. Отже, держава змушена сприяти тому, щоб кожен завдяки своїй праці отримував справедливую заробітну плату.

Як справедливо наголошується у частині I ст.1 Декларації соціального прогресу та розвитку від 11 грудня 1969 року, схваленій резолюцією 2542 (XXIV) Генеральної Асамблеї ООН на її XXIV сесії, *"соціальний прогрес і розвиток потребують участі всіх членів суспільства у продуктивній та суспільно-корисній праці"*.

Однак не тільки працівники та роботодавці, але й суспільство в цілому зацікавлене не лише в праці як діяльності людини, але й у її результаті – щоб було виготовлено товари, надано послуги, щоб всі отримали справедливую заробітну плату та змогли забезпечити звичний для себе спосіб життя. Тому, ратифікувавши міжнародно-правові акти, в яких проголошено право працівника на справедливую заробітну плату, визнавши право людини на достатній життєвий рівень, держава Україна взяла на себе зобов'язання забезпечити його всім категоріям людей, як працівникам, так і роботодавцям. Адже соціальна держава має забезпечити гідне життя всім членам суспільства.

Вчені традиційно відносять право на заробітну плату до соціально-економічних (соціальних) прав людини. Так, Ю.М.Тодика наголошує: "На відміну від більшості особистих і політичних прав, багато *соціально-економічних прав* мають характер принципів і не забезпечуються безпосереднім захистом у судовому порядку". І далі: "Але це не означає, що цей вид прав зовсім не підлягає судовому захисту – захищаються не загальні формулювання, а вихідні від конституційних принципів права (наприклад, *не право на працю, а право на її оплату*") [5, с.150-151]. Таку позицію поділяє М.І. Кацев, аналізуючи зміст права на справедливую заробітну плату, визначеного ст.107 Конституції Латвійської Республіки [6, с.68]. Натомість В.Ф.Погорілко переконаний, що назване право відноситься до соціальних прав людини [7, с.275].

Незалежно від того, до соціально-економічних, чи до соціальних прав відноситься право на справедливую заробітну плату, всі дослідники визнають, що для його реалізації необхідне сприяння держави. Тобто на відміну від інших прав, які реалізуються на основі принципу "невтручання держави до певної сфери життєдіяльності людини", право на справедливую заробітну плату потребує специфічного механізму своєї реалізації, а отже, залежить від діяльності держави. Через те, якщо реалізація особистих чи політичних прав спрямована на вільний розвиток людини, то реалізація названого права навпаки, потребує певного обмеження цієї свободи. Саме тому, в диспозиції частини першої ст.2 Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права вказано, що держава повинні вжити всіх заходів, в межах наявних у них ресурсів, аби поступово забезпечити реалізацію таких прав людини. А країни, що розвиваються, з урахуванням рівня розвитку їх народного господарства, мають визначити той рівень прав, який вони зможуть гарантувати для осіб, котрі не є їх громадянами (частина третя ст.2).

Отже, право на справедливую заробітну плату є соціально-економічним правом, реалізація якого потребує сприяння держави. Тому його реалізація зумовлює необхідність формування та функціонування ефективного механізму правового регулювання оплати праці. Це сприятиме здійсненню не лише права людини на справедливую плату за її працю, незалежно від того, в якій сфері та в якості кого вона працює, але й її права на життя.

Саме тому поділяємо позицію Ю.М.Тодики: "В економічних, соціальних і культурних правах розкривається покликання соціальної, правової держави. Вона не може і не повинна роздавати всім громадянам матеріальні й духовні блага, але повинна забезпечити право на гідне життя, достатній життєвий рівень" [5, с.99].

З'ясувавши місце права на справедливую заробітну плату в системі прав людини, в структурі її правового статусу, ми повинні дослідити його обсяг.

Згідно з частиною третьою ст.22 Конституції України при прийнятті нових законів або внесенні змін до чин-

них законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод. Здійснюючи тлумачення цього припису, в абзаці п'ятому пункту 4 мотивувальної частини свого Рішення від 11 жовтня 2005 року №8-рп/2005, Конституційний Суд України констатує: "*Зміст прав і свобод людини – це умови і засоби, які визначають матеріальні та духовні можливості людини, необхідні для задоволення потреб її існування і розвитку. Обсяг прав людини – це кількісні показники відповідних можливостей, які характеризують його множинність, величину, інтенсивність і ступінь прояву та виражені у певних одиницях виміру*". І далі: "*Звуження змісту прав і свобод означає зменшення ознак, змістовних характеристик можливостей людини, які відображаються відповідними правами та свободами, тобто якісних характеристик права. Звуження обсягу прав і свобод – це зменшення кола суб'єктів, розміру території, часу, розміру або кількості благ чи будь-яких інших кількісно вимірюваних показників використання прав і свобод, тобто їх кількісної характеристики*" (абзац шостий пункту 4 мотивувальної частини Рішення від 11 жовтня 2005 року №8-рп/2005).

Тому нам необхідно виявити ті "кількісні показники відповідних можливостей", "розмір або кількість благ", які характеризують обсяг права на справедливую заробітну плату. Адже лише проголошення держави соціальною, нормативне закріплення права на справедливую заробітну плату ще недостатньо для того, щоб бути впевненим, що працівники за свою працю отримуватимуть саме таку плату. Тому потрібно з'ясувати показники, за допомогою яких можна було б відмежувати справедливую заробітну плату від несправедливої. При цьому слід врахувати, що саме по собі поняття "справедлива заробітна плата" містить категорію "справедливість", використання якої істотно змінює зміст та обсяг права працівника й обов'язку роботодавця. Адже за працівником визнається не просто право на отримання заробітної плати, а такої плати за його працю, яка відповідала б вимогам справедливості. Тому, перш ніж розпочати пошук показників справедливої заробітної плати, вважаємо за необхідне з'ясувати зміст самої категорії "справедливість".

"Справедливість є не лише моральною, але й оцінною категорією", – переконує Д.Роулз [8, с.38]. Адже, по-перше, всі явища оцінюються саме з моральних, етичних позицій як хороші чи погані, чесні чи нечесні, еквівалентні чи нееквівалентні, домірні чи не домірні, пропорційні чи непропорційні, рівні чи нерівні, збалансовані чи незбалансовані, врешті-решт, як справедливі чи несправедливі. На жаль, інших показників справедливості не існує. По-друге, через те, що справедливість є оцінною категорією, не існує абсолютної справедливості. Її зміст є мінливим, змінюються її вимоги. Тобто розуміння справедливості як чогось хорошого, чесного, домірного, пропорційного змінюється не лише з плином часу, але й по-різному сприймається різними суб'єктами права в один і той самий проміжок часу, залежить від конкретних життєвих обставин, від моральних принципів і цінностей людини, від її світогляду, від способу її життя. Тому те, що є справедливим для західних європейців, може бути несправедливим для жителів східної Європи, Азії й навпаки.

Зважаючи на те, наскільки правова норма відповідає моральним принципам, моральним цінностям, світогляду оцінювача, результат зважування її на шальках терезів справедливості може дати різні результати. Щоб усунути цей суб'єктивізм, щоб сприяти підвищенню ефективності правового регулювання за допомогою норм, котрі містять оцінні категорії, в праві використо-

вуються певні показники, за допомогою яких конкретизується зміст та обсяг таких категорій, як "справедлива", "гідна", "задовільна", "достатня", "розумна" тощо. Адже обсяг багатьох соціально-економічних прав розкривається законодавцем саме з їх допомогою. Однак держава не встановлює власних критеріїв гідного життя, справедливої заробітної плати, розумного терміна, а лише закріплює у законодавстві певні показники, котрі відповідають суспільній свідомості, традиціям, культурі, рівню економічного розвитку. Через це потрібно відшукати такі показники, використання котрих дасть змогу визначити обсяг відповідного соціально-економічного права взагалі та права на справедливую заробітну плату зокрема.

Використання оцінних категорій при визначенні обсягу права на заробітну плату, зумовлює не лише необхідність пошуку показників справедливої плати за працю, але водночас сприяє підвищенню ефективності правового регулювання оплати праці, адже дозволяє пристосовувати норми права до мінливого життя, до кожного конкретного випадку. Очевидно, що такі показники також мають бути мінливими в часі, адже справедливості є відносною, оцінною категорією. Тому визначити розмір справедливої плати за працю один раз і назавжди неможливо. Про показники справедливої плати за працю можна говорити лише з урахуванням особливостей того чи іншого суспільства, культурно-історичних умов життєдіяльності людини тощо. Однак вони мають дозволити відрізнити справедливую заробітну плату від несправедливої.

Також необхідне розуміння того, що показники справедливої заробітної плати не потрібно шукати в законі, бо він не завжди об'єктивно відображає існуючу реальність, у тому числі й загальносуспільні ідеали, а тому не завжди відповідає вимогам справедливості, рівності та свободи. Інакше справедливою потрібно буде визнати будь-яку заробітну плату, котра відповідає визначенням у ст.94 КЗпП України критеріям: наприклад, залежить від складності та умов виконання роботи, професійно-ділових якостей працівника, результатів його праці та діяльності роботодавця. Навіть ту, котра не забезпечує працівникові звичного способу життя, не гарантує гідного рівня життя для нього і членів його сім'ї, не є домірною щодо плати за працю інших працівників і доданої вартості, створеної власною працею, не пропорційна доходам роботодавця тощо.

Враховуючи все це, вважаємо за можливе відшукати показники справедливої заробітної плати у міжнародно-правових актах, які, згідно з правовою позицією Конституційного Суду України не лише визначають "систему прав людини", але й є частиною національного законодавства України.

У пункті 2 ст.23 Загальної декларації прав людини проголошено право кожного працюючого на "рівну плату за рівну працю" і "на *справедливу і задовільну винагороду*, яка забезпечує гідне людини існування для неї самої та її сім'ї, котра, за необхідності, доповнюється іншими засобами соціального забезпечення" (пункт 3 ст.23).

Аналізуючи наведені приписи Загальної декларації прав людини, слід відмітити, по-перше, що в пункті 2 мова йде про *плату* за працю, в той час як у пункті 3 – про *винагороду*. По-друге, відповідно до пункту 1 Загальної декларації кожен має право на справедливі умови праці, в той час, як працюючі мають право на справедливу і задовільну заробітну плату (пункт 3). Викликає здивування те, що розкриваючи зміст права на заробітну плату, Генеральна Асамблея ООН у наведеному приписі поряд використала дві категорії – "справедлива" і "задовільна" заробітна плата. Чи означає їх поєднання, що одна категорія доповнює іншу? На наш по-

гляд, "справедливість" – є більш ширшою, котра своїм змістом поглинає другу категорію. Адже незадовільна заробітна плата виключає її справедливість. У такому формулюванні права на заробітну плату є й інше протиріччя, яке полягає в тому, що незаслужена винагорода (наприклад, безпідставно завищена) може бути цілком кваліфікована як задовільна, але навряд чи вона буде справедливою. Поєднання цих категорій було б виправданим, якби мова йшла про обставини, які не залежать від людини (інвалідність, хвороба тощо). Можливо, саме тому у цій же статті зроблено застереження про можливість доповнення зазначеної винагороди "іншими засобами соціального забезпечення".

Згідно зі статтею 7 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права, держави-учасниці "визнають право кожного на справедливий й сприятливий умови праці, які включають, зокрема:

а) *винагороду*, яка забезпечувала б як мінімум, усім працівникам:

І) справедливую зарплату і рівну винагороду за працю рівної цінності без будь-якої відмінності, зокрема, жінкам повинні гарантуватись умови праці не гірші ніж ті, якими користуються чоловіки, з рівною *платою* за рівну працю;

ІІ) задовільне існування для них самих і їхньої сім'ї".

Із наведених приписів Пакту випливає, по-перше, що зміст терміну "заробітна плата" також спочатку розкривається через категорію "винагорода" (пункт а), а згодом – як "плата за працю" (підпункт І). По-друге, автори Пакту, як і Загальної декларації, прагнуть захистити три спільні цінності: в першу чергу, рівне ставлення до працівників, незалежно від їх статі (хоча в Декларації заборонена дискримінація у платі за працю й з інших підстав), у другу – забезпечити справедливую заробітну плату, а в третю – гарантувати задовільне існування працівника та членів його сім'ї.

Відповідно до частини І Європейської соціальної хартії (переглянутої), "всі працівники мають право на *справедливі умови праці*" (пункт 2) і "... на *справедливу винагороду*, яка забезпечує *гідний* рівень життя для них самих та для їхніх сімей" (пункт 4).

Крім того, згідно з частиною ІІ ст. 2 Хартії "Право на справедливі умови праці" "З метою забезпечення ефективного здійснення права на справедливі умови праці Сторони зобов'язуються: встановити розумну тривалість робочого часу ..., оплачувані святкові дні ..., щорічну оплачувану відпустку тривалістю не менше чотирьох тижнів".

Відповідно ж до частини ІІ ст. 4 "Право на справедливу винагороду" "З метою забезпечення ефективного здійснення права на справедливу винагороду Сторони зобов'язуються: 1. Визнати право працівників на таку *винагороду*, яка забезпечує їм і їхнім сім'ям *гідний* рівень життя. 2. Визнати право працівників на підвищену *винагороду* за надурочну роботу, з певними винятками. 3. Визнати право працюючих чоловіків і жінок на рівну *плату* за працю рівної цінності. 4. Визнати право усіх працівників на розумний строк попередження про звільнення з роботи. 5. Здійснювати відрахування із заробітної плати тільки на умовах і в розмірах, передбачених національними законами або правилами чи встановлених колективними договорами або арбітражними рішеннями. Здійснення цих прав досягається шляхом вільного укладання колективних договорів, або створеного на основі закону механізму встановлення заробітної плати або вжиття інших заходів, що відповідають національним умовам".

Проаналізувавши зміст наведених приписів Хартії, приходимо до висновку, що право на справедливу заробітну плату і право на справедливі умови праці отримують самостійне значення. Тобто усувається змішу-

вання змісту цих понять. Хоча, не зовсім зрозуміло, як із права на справедливий винагороду випливає право на розумний строк попередження про звільнення з роботи? Якби мова йшла про виплату компенсації внаслідок звільнення працівника з роботи, тоді можна було б говорити про існування взаємозв'язку між досліджуваними правами. Переконані, що за своїм змістом припис пункту 4 ст.4 частини II Хартії є значно ближчим до права на справедливий умови праці (ст.2 частини II Хартії), ніж до права на справедливий заробітну плату.

Слід звернути увагу й на не зовсім коректний переклад Хартії на українську мову. Адже, наприклад, у російському варіанті офіційного перекладу, котрий поряд з українським розміщений на сайті Верховної Ради України, в пункті 1 ст.4 частини II мова йде про "вознаграждение, которое обеспечит ... *достойный* жизненный уровень", що в українському варіанті офіційно перекладено таким чином: "винагороду, яка забезпечує ... *достатний* життєвий рівень". Упевнені, що такий переклад не є лінгвістично коректним, бо еквівалентом російського слова "достойный" не є українське слово "достатний", а "гідний". До того ж слово "достатний" на російську мову перекладається як "достаточный", а не "достойный".

Однак у такому варіанті офіційного перекладу словосполучення "*достатний* життєвий рівень" замість "*гідний* життєвий рівень" можна виявити ознаки зацікавленості. Адже заробітна плата, яка забезпечувала б людині гідний рівень життя, має бути вищою ніж та, котра гарантує лише достатній рівень. До того ж не зрозуміло: достатній для чого або кого?

Відповідно до ст. 5 Хартії Європейського Співтовариства "Про основні соціальні права працівників" від 9 грудня 1989 року, "*будь-яка праця повинна справедливо винагороджуватись*. З цієї метою ... в кожній окремій країні: *працівникам повинна бути забезпечена справедлива заробітна плата*, тобто достатня для того, аби вони могли забезпечити задовільний життєвий рівень; утримання із заробітної плати можуть здійснюватись лише відповідно до національного законодавства, при цьому у

працівників мають залишатись кошти, необхідні для забезпечення існування їх та членів їх сім'ї".

У Конвенції МОП "Про основні цілі та норми соціальної політики" №117 від 6 червня 1963 року проголошено: "Слід вжити заходів на міжнародному, регіональному або національному рівнях з метою ... створення можливості для підтримання *гідного рівня життя*". Саме тому, в статті 1 вказано: "Будь-яка політика повинна перш за все спрямовуватись на досягнення добробуту й розвитку населення, а також на заохочення його прагнення до соціального прогресу".

Висновки. Системний аналіз названих міжнародно-правових актів дає нам підстави для висновку, що показниками, за допомогою яких розкривається обсяг права працівника на справедливий заробітну плату, є:

- здатність заробітної плати забезпечити гідний рівень життя не лише працівникові, але й членам його сім'ї;
- вона не повинна бути меншою ніж мінімальна заробітна плата;
- вона має бути рівною за рівноцінну працю.

Крім того, необхідно наголосити на існуючому між цими показниками взаємозв'язку. На наш погляд, всі вони мають системний характер, бо є взаємозумовленими. Тому тільки їх одночасне застосування є запорукою реалізації права працівника на справедливий заробітну плату.

1. Рішення Конституційного Суду України від 29 січня 2008 року № 2-рп/2008 // Офіційний вісник України. – 2008. – №80. – Ст.2697.
2. Маркс К. и Энгельс Ф. Соч. [в 30-ти т.]. – Изд. 2-е. – Т.16: Сентябрь 1864 – Июль 1970. – М.: Госполитиздат, 1960. – XXX, 839 с. 3. Процевський О.І. Новий зміст права на працю – основа реформування трудового законодавства України // Право України. – 1999. – №6. – С.101–105. 4. Цветов В.В. Державне управління: основні фактори ефективності (політико-правовий аспект). – Х.: Право, 1996. – 164 с. 5. Конституційне право України: Підручник для студентів вищих навчальних закладів / За ред. Ю.М. Тодики, В.С. Журавського. – К.: Видавничий дім "Ін Юре", 2002. – 544 с. 6. Кацев М.І. Конституційно-правовий статус личности в Латвийской Республике // Право и управление. XXI век. – 2010. – №3. – С. 63 – 69. 7. Конституційне право України: Підручник. – 4-те видання / За ред. В.Ф.Погорілка. – К.: Наукова думка, 2003. – 734 с. 8. Роулз Дж. Теория справедливости // Вопросы философии. – 1994. – №10. – С.35-42.

Надійшла до редколегії 08.06.11

Л. Лисенко, асп.

ПРОЦЕСУАЛЬНА ФОРМА ВИРІШЕННЯ ПИТАННЯ ЩОДО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОКАЗІВ

Аналізуються ухвали суду, якими вирішуються питання про забезпечення доказів. Визначений зміст ухвали про забезпечення/відмову у забезпеченні доказів, в тому числі із врахуванням особливостей кожного способу забезпечення доказів. Особливо увага приділяється проблемним аспектам оскарження таких ухвал. Результатом дослідження стали пропозиції щодо вдосконалення регламентації інституту забезпечення доказів цивільним та нотаріальним законодавством.

Ключові слова: докази, забезпечення доказів, способи забезпечення доказів, ухвали про забезпечення доказів.

Анализируются определения суда, которыми решаются вопросы об обеспечении доказательств. Определено содержание постановлений об обеспечении/отказе в обеспечении доказательств, в том числе с учетом особенностей каждого способа обеспечения доказательств. Отдельное внимание уделяется проблемным аспектам обжалования таких постановлений. Результатом исследования являются предложения по совершенствованию регламентации института обеспечения доказательств гражданским и нотариальным законодательством.

Ключевые слова: доказательство, обеспечение доказательств, способы обеспечения доказательств, определения об обеспечении доказательств.

The author of the article analyses the court orders, which settle questions of providing evidence. The text of the order on providing/refusal to provide evidence is determined, including the characteristics of each method of providing evidence. Special attention is given to the problematic aspects of the appeal of such orders. In conclusion the author proposes to improve regulation of the institute for providing evidence by the civil and notarial legislation.

Key words: evidence, providing evidence, methods of providing evidence, orders on providing evidence.

Цивільний процесуальний кодекс України (далі – ЦПК) у ст. 10 визначає, що цивільне судочинство здійснюється на засадах змагальності сторін. Основний зміст принципу змагальності полягає в тому, що кожна сторона має право, якому одночасно кореспондується і обов'язок, довести ті обставини, на яких ґрунтуються її вимоги або заперечення. Наявність або відсутність таких обставин суд встановлює на основі представлених особами, які беруть участь у справі, доказів. Однак,

надати суду необхідні докази не завжди видається можливим, наприклад, якщо виникли певні труднощі з їх отриманням. З'явитися можуть і підстави побоюватися, що згодом зібрати та дослідити ці докази вже буде неможливо. За сприянням у цьому разі варто звернутися до суду, який наділений повноваженнями вживати заходи забезпечення доказів.

Деякі питання щодо забезпечення доказів у цивільному процесі висвітлювалися Штефаном М.Й., Треуш-

ником М.К., Івановим О.В., Васильєвим С.В., Дем'яновою О.В. Проте багато уваги інституту забезпечення доказів приділила Фурса С.Я., основоположні ідеї якої і дістали подальшого розвитку в цій статті.

Для початку зауважимо, що законодавець не тлумачить саме поняття "забезпечення доказів", а просто у ч. 1 ст. 133 ЦПК визначає, що особи, які беруть участь у справі і вважають, що у них є складнощі в поданні потрібних доказів, мають право заявити клопотання до суду про забезпечення цих доказів. Проте наука як завжди йде на крок попереду. Зокрема, Штефан М.Й. під забезпеченням доказів розуміє вжиття судом термінових заходів до закріплення у визначеному процесуальному порядку фактичних даних з метою використання їх як доказів при розгляді цивільних справ [7, с. 292]. Фурса С.Я. в свою чергу вважає, що це заходи, які спрямовані на зберігання відомостей про обставини справи, у випадках, коли використання джерел цих відомостей може у майбутньому виявитися неможливим або утрудненим [4, с. 381]. Від себе додам, що забезпечення доказів можна визначити ще як прояв владно-розпорядчих дій суду через сприяння зобов'язаним щодо доведення обставин по справі та іншим заінтересованим особам в отриманні доказів, у разі виникнення у них ускладнень при цьому, для представлення їх перед судом.

У наведеному визначенні ми згадали про інших заінтересованих осіб через те, що відповідно до ч. 3 ст. 133 ЦПК суд може забезпечити докази і до пред'явлення позову. Необхідність у цьому виникає, якщо потенційний учасник цивільного процесу не може зволікати із доведенням обставин, що мають значення для справи, в силу об'єктивних причин. Наприклад, він має намір подати в якості доказу продукти чи то інші речові докази, що швидко псуються, і тому потребують негайного огляду судом. Або ж певні документи, що знаходяться в розпорядженні сторонніх осіб, які не зацікавлені в наданні їх суду, можуть бути знищені, тому мають бути негайно витребувані. Зазначена норма гарантує збереження доказів у справі на випадок, коли їх можна втратити до початку судового розгляду.

Питання про забезпечення доказів, відповідно до ч. 4 ст. 135 ЦПК, вирішується ухвалою. Доречно сказати, що попередній ЦПК 1963 р. хоч і загально, але встановлював зміст такої ухвали. Так, у ч. 2 ст. 36 ЦПК 1963 р. йшлося про те, що про забезпечення доказів суд або суддя постановляє ухвалу, в якій зазначає порядок і спосіб її виконання. Крім того, на нашу думку, доцільно в ухвалі про забезпечення доказів також вказувати заявника, який звернувся з клопотанням про забезпечення доказів; докази, які необхідно забезпечити; з якою метою потрібно їх забезпечити; обставини, які свідчать про необхідність обрання відповідного способу забезпечення доказів. В ухвалі ж про відмову у забезпеченні доказів навпаки треба обґрунтувати на основі чого суд прийшов до висновку про недоцільність вжиття заходів щодо забезпечення доказів. До того ж слід встановлювати строк і порядок набрання ухвалою законної сили та її оскарження. Якщо ухвала про забезпечення доказів постановляється до пред'явлення позову, то суд має ще попередити заявника про обов'язок подати позовну заяву протягом трьох днів та встановити санкцію у разі невиконання цього обов'язку. Такий зміст ухвали про забезпечення/відмову у забезпеченні доказів має знайти відображення в чинному ЦПК.

Також при постановленні ухвал з питань забезпечення доказів слід враховувати особливості кожного способу забезпечення доказів. Для прикладу, законодавець у ч. 1 ст. 144 ЦПК визначив зміст ухвали про призначення експертизи: підстави та строк для прове-

дення експертизи; з яких питань потрібні висновки експертів, ім'я експерта або найменування експертної установи, експертам якої доручається проведення експертизи; об'єкти, які мають бути досліджені; перелік матеріалів, що передаються для дослідження, а також попередження про відповідальність експерта за завідомо неправдивий висновок та за відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків. Власні міркування доречно висловити стосовно ухвали щодо обрання такого способу забезпечення доказів як допит свідків. Перш за все на увагу заслуговує запропонована Фурсою С.Я. ідея концептуального уточнення засобів забезпечення доказів [4, с. 382-383]. На її думку, допит свідка – це дослідження доказу, а як спосіб забезпечення доказу треба розцінювати саме виклик судом свідка для його допиту у судовому засіданні. Тому і відповідна ухвала має вирішувати питання про виклик свідка для його допиту, в якій слід додатково вказати: прізвище, ім'я, по батькові свідка; місце його проживання (перебування) або роботи (навчання); обставини, які він може підтвердити; встановити день та час його виклику, а також варто зазначити, що у разі неявки свідка без поважних причин для дачі показань до нього можуть бути застосовані заходи процесуального примусу відповідно до ст. 94 ЦПК. Серед способів забезпечення доказів судом ч. 2 ст. 133 ЦПК передбачається витребування та (або) огляд доказів у тому числі за їх місцезнаходженням. Щодо такого способу забезпечення доказу як витребування письмового чи речового доказу, то в ухвалі, якою вирішується це питання, до того ж мають бути вказані відомості про особу, у якої вимагається зазначений доказ у заяві про його витребування та обставини, які може підтвердити цей доказ. Також в такій ухвалі варто зауважити, що за неповідомлення суду про можливість подати докази, а також за неподання доказів винні особи несуть відповідальність. Речові та письмові докази, які не можна доставити в суд, оглядаються за їх місцезнаходженням. Згідно з ч. 3 ст. 140 ЦПК у разі необхідності, в тому числі за клопотанням особи, яка бере участь у справі, для участі в огляді доказів за їх місцезнаходженням можуть бути залучені свідки, перекладачі, експерти, спеціалісти. У відповідній ухвалі варто вказувати про залучення таких осіб та наводити відомості про них. Крім того в цій ухвалі доцільно зазначити, місцезнаходження доказу; які обставини може підтвердити проведення огляду, можливо навіть навести перелік запитань, на які треба надати відповіді шляхом огляду того чи іншого доказу.

Постановлення ухвал, якими вирішуються питання щодо забезпечення доказів є однією з найважливіших гарантій захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, проте не менш важливою гарантією є можливість їх оскарження. Так, ч. 4 ст. 135 ЦПК передбачає, що оскарження ухвали про забезпечення доказів не зупиняє її виконання, а також не перешкоджає розглядові справи. Хоча законодавець і виокремив спеціальну 293 статтю ЦПК, яка чітко визначає, оскарження яких ухвал не перешкоджає продовженню розгляду справи та які можуть оскаржуватися в окремому порядку, однак, його позиція з цього приводу все ж неоднозначна. Зокрема, ухвала про забезпечення доказів у ст. 293 ЦПК не згадана. Те, що цієї ухвали немає в переліку ухвал, на які можуть бути подані скарги окремо від рішення суду, не означає, що вона не може бути оскаржена, оскільки Конституційний Суд України встановив, що вказаний перелік не є вичерпним [2]. Це підтверджується і вищенаведеним положенням ст. 135 ЦПК. Тобто існує пряма вказівка спеціальної норми, яка регулює питання забезпечення дока-

зів, на можливість оскарження відповідної ухвали. Хоча, проаналізувавши дану позицію законодавця, не можна не звернути увагу, на те, що було проігноровано ухвалу про відмову у забезпеченні доказів. Виходячи з даної трактовки, на сьогодні окремо можливо оскаржити лише ухвалу про забезпечення доказів, а для того, щоб оскаржити ухвалу про відмову у вчиненні такої дії, особа повинна дочекатися рішення суду і вже потім буде мати можливість реалізувати своє право на звернення до апеляційної інстанції. Але логіки в такому розумінні не вбачається, тому що згадані вище процесуальні документи є рівноправними за значенням, а різняться лише за наслідками постановлення. Більше того, сенсу в оскарженні такої ухвали може вже і не бути, адже, якщо особа клопоче про забезпечення доказів, то в неї є складнощі в їх оперативному отриманні, є певні побоювання, що доказ може зникнути, а після винесення рішення у справі цього доказу дійсно може не стати. На думку Дем'янової О.В. набагато ясніше була висловлена позиція ЦПК 1963 р. з приводу оскарження цих ухвал [1, с. 59]. Згідно з ст. 39 ЦПК 1963 р., оскарження ухвали про забезпечення доказів не допускається, на неї не може бути винесено окреме подання прокурора. На ухвалу про відмову забезпечити докази може бути подано скаргу або винесено окреме подання. Не можемо погодитися з даним твердженням, оскільки при такій позиції законодавця захищаються права лише заявника, особи, права яких можуть бути порушені ухвалою про забезпечення доказів (чи то сторона або потенційна сторона у справі, чи інша особа, яка бере участь у справі або ж та особа, чії права та обов'язки були предметом розгляду у суді) позбавлені можливості в зверненні до суду. До того ж у разі незаконності або необґрунтованості ухвали про забезпечення доказів також відсутня можливість перегляду такої ухвали, а це прямо суперечить проголошеним основним конституційним засадам судочинства про забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішення суду. З цього приводу були висловлені більш слушні зауваження Фурсою С.Я., що оскарження ухвали про забезпечення доказів слід розуміти у широкому аспекті щодо усього інституту забезпечення доказів, тобто мається на увазі оскарження ухвали як про забезпечення доказів так і відмови забезпечити доказ [4, с. 385], тому ч. 1 ст. 293 ЦПК має бути доповнена положенням про те, що окремому оскарженню в апеляційному порядку повинні підлягати ухвали як у забезпеченні доказів, так і про відмову відповідно вчинити такі дії [5, с. 872]. Відповідні зміни необхідно внести і до ч. 4 ст. 135 ЦПК. Завдяки такій регламентації вже не буде виникати питання з приводу можливості оскарження тієї чи іншої ухвали, оскільки воно буде передбачене в спеціальній статті щодо забезпечення доказів, та буде підтверджене нормою, що об'єднує всі ухвали, на які можуть бути подані скарги окремо від рішення суду. У результаті вищезначеного реалізація гарантованого права на судовий захист, безумовно, буде підсилюватися.

Однак, Дем'янова О.В. відзначає, що і сама ухвала про відмову забезпечити докази має здатність створювати істотні процесуальні перешкоди для заявника. Забезпечення доказів застосовується у випадках, коли їх отримання в подальшому буде утрудненим з різних причин. Саме через те, що докази можуть бути втрачені, через їх винятково важливе значення для справи, заінтересована особа звертається до суду з проханням щодо забезпечення. Ухвала про відмову в забезпеченні доказів може призвести до втрати доказу, втрати заінтересованою особою можливості належно довести свої вимоги [1, с. 59]. Дана ситуація є підставою для апеля-

ційного, касаційного оскарження, що забирає багато часу, та поки така ухвала буде оскаржуватись, свідок може й померти [6, с. 107].

При цьому Дем'янова О.В. наголошує на необхідності удосконалення інституту забезпечення доказів як традиційними засобами, так і з застосуванням нових методів [1, с. 59], наводячи міркування проф. Решетнікової, що своєчасним та дієвим є нотаріальний порядок забезпечення доказів до порушення цивільної справи, який існує у інших країнах [3, с. 439].

Слід зауважити, що нотаріальний порядок забезпечення доказів регламентований і вітчизняним законодавством. Так ст. 102 ЗУ "Про нотаріат" передбачено, що нотаріуси забезпечують докази, необхідні для ведення справ в органах іноземних держав. Дії для забезпечення доказів проводяться відповідно до цивільного процесуального законодавства України. Однак це ніяк не означає, що нотаріуси не можуть забезпечувати докази і для ведення справ у судах України.

Те, що нотаріуси забезпечують докази за аналогією з ЦПК, буквально означає, що нотаріуси можуть застосовувати способи забезпечення доказів, вказані у ч. 2 ст. 133 ЦПК, а саме: допит свідків, призначення експертизи, витребування та (або) огляд доказів у тому числі за їх місцезнаходженням. Однак, беззастережно поширити норми ЦПК, які регламентують забезпечення доказів на нотаріальний процес неможливо. Це пояснюється тим, що статус нотаріуса суттєво відрізняється від становища судді – він не наділений державою властивими повноваженнями, і не може застосовувати санкції до учасників процесу. Зокрема, нотаріус не може попереджати свідка, експерта про кримінальну відповідальність, передбачену ст. 384 Кримінального кодексу України [6, с. 104-105]. Проте суд не наділений повноваженнями допитати свідка за місцем його проживання або перебування, а нотаріус в силу поважних причин може до нього виїхати для відібрання показань. Наприклад, якщо єдина особа, якій відомі важливі обставини по справі, перебуває у лікарні у дуже тяжкому стані, і її свідчення мають суттєве значення для прийняття рішення по справі, то нотаріус може викласти пояснення такої особи на нотаріальному бланку у вигляді заяви, яка адресується суду. Вона підписується свідком, а це означає, що він згідний із викладеними поясненнями. Підпис особи на заяві засвідчується нотаріусом. Вчинення такої нотаріальної дії підтверджує, що зміст заяви не суперечить законам, і вона не має характеру угоди та не містить у собі відомостей, що порочать честь і гідність людини. Такий документ може бути використаний у якості доказу і підтвердити важливі для справи обставини.

Як бачимо альтернативним варіантом отримання доказів є їх забезпечення нотаріусом. Законодавче закріплення процедури здійснення провадження щодо забезпечення доказів нотаріусами, яка запропонована Фурсою С.Я. [6, с. 102-121], значно б розвантажила суди та полегшила б для осіб, на яких покладений обов'язок доказування, процес збирання доказів.

Підсумовуючи викладене, слід відмітити найголовніші результати дослідження інституту забезпечення доказів:

1. Наведене власне визначення поняття "забезпечення доказів" – прояв владно-розпорядчих дій суду через сприяння зобов'язаним щодо доведення обставин по справі та іншим заінтересованим особам в отриманні доказів, у разі виникнення у них ускладнень при цьому, для представлення їх перед судом.

2. Запропоновано редакцію статті, якою передбачено зміст ухвали про забезпечення/відмову у забезпеченні доказів.

"1. Ухвала суду про забезпечення/відмову у забезпеченні доказів, постановляється як окремий документ та складається з:

- 1) вступної частини із зазначенням: часу та місця її постановлення; прізвища та ініціалів судді та секретаря судового засідання; імен (найменування) заявника, який звернувся з клопотанням про забезпечення доказів;
- 2) описової частини із зазначенням: доказу, що потребує забезпечення; способу забезпечення, який просить вжити заявник; викладених у заяві обставин;
- 3) мотивувальної частини із зазначенням: доводів заявника щодо необхідності вжиття заходів забезпечення доказів;

мотивів, з яких суд дійшов висновку про доцільність/недоцільність обрання відповідного способу забезпечення доказів і закону, яким керувався суд, постановляючи ухвалу;

- 4) резолютивної частини із зазначенням: висновку суду щодо застосування вказаного способу забезпечення доказу; порядку і способу виконання ухвали; строку і порядку набрання ухвалою законної сили та її оскарження.

2. Якщо ухвала про забезпечення доказів постановляється до пред'явлення позову, то в ній має бути зазначений обов'язок заявника подати позовну заяву протягом трьох днів та встановлена відповідальність за невиконання цього обов'язку.

3. При постановленні ухвал з питань забезпечення доказів враховуються особливості кожного способу забезпечення доказів."

4. Дістала подальшого розвитку пропозиція Фурси С.Я., що ч. 1 ст. 293 ЦПК має бути доповнена положенням про те, що окремому оскарженню в апеляційному порядку повинні підлягати ухвали як у забезпеченні доказів, так і про відмову вчинити такі дії. Відповідні зміни необхідні внести і до ч. 4 ст. 135 ЦПК.

5. Підтримана ідея Фурси С.Я. щодо законодавчого закріплення процедури нотаріального провадження щодо забезпечення доказів необхідним для розгляду справ не лише у іноземному суді, а й судах України, що значно б розвантажило суди та полегшило процес збирання доказів для осіб, на яких згідно ст. 10 ЦПК покладений обов'язок доведення тих обставин на які вони посилаються як на підставу своїх вимог та заперечень.

1. Дем'янова О.В. Оскарження ухвал в цивільному судочинстві: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. — Київ, 2008. — 192 с. 2. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Заїченка Володимира Георгійовича щодо офіційного тлумачення положення пункту 18 частини першої статті 293 Цивільного процесуального кодексу України у взаємозв'язку зі статтею 129 Конституції України (про апеляційне оскарження ухвал суду) від 27 січня 2010 року N 3-рп/2010. 3. Справочник по доказуванню в гражданском судопроизводстве / [Под ред. д. ю. н., проф. Решетниковой И. В.] — 2-е изд., перераб. — М.: Норма, 2005. — 464 с. 4. Фурса С.Я., Фурса Є.І., Щербак С.В., Ясинок М.М., Паскар А.Л. Цивільний процес України: академічний курс: [підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.]; [за ред. С.Я.Фурси]. — К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2009. — 848 с. 5. Фурса С.Я., Фурса Є.І., Щербак С.В. Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2 т. / За заг. ред. С.Я.Фурси. — К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2010. — Т. 1. — 1044 с. 6. Фурса С.Я., Цюра Т.В. Докази і доказування у цивільному процесі: науково-практичний посібник / Фурса С.Я., Цюра Т.В. [Серія: Процесуальні науки] — К.: Видавець Фурса С.Я., КНТ, 2005. — 256 с. 7. Штефан М.І. Цивільний процес. Підруч. для юрид. спеціальностей вищих закладів освіти: — К.: Ін Юре. — 2005. — 608 с.

Надійшла до редколегії 01.06.11

УДК 349.412.2

Ю. Туцький, здобувач

ПОНЯТТЯ ТА ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЗЕМЕЛЬНОЇ ДІЛЯНКИ ЯК ОБ'ЄКТА ПРАВОВІДНОШЕННЯ ВИКУПУ ДЛЯ СУСПІЛЬНИХ ПОТРЕБ

У статті проаналізовано загальні характеристики земельної ділянки як об'єкта правовідношення викупу для суспільних потреб, на основі яких сформовано поняття земельної ділянки як об'єкта даного правовідношення.

Ключові слова: земельна ділянка, викуп для суспільних потреб, обтяження суспільними потребами.

В статье проанализированы общие характеристики земельного участка как объекта правоотношения выкупа для общественных нужд, на основе которых сформировано понятие земельного участка как объекта данного правоотношения.

Ключевые слова: земельный участок, выкуп для общественных нужд, обременения общественными нуждами.

In the article analyses the general characteristics of plot of land as the object of legal relations of redemption for the needs of society, which formed the basis for the concept of plot of land as the object of this legal relations.

Keywords: plot of land, redemption for the needs of society, burden of the needs of society.

Постановка проблеми. До числа фундаментальних категорій правовідносин викупу земельних ділянок для суспільних потреб відноситься об'єкт, яким є земельна ділянка. Без об'єкта, "як складового елемента будь-яких правовідносин" [1, с. 333, 344], існування правовідношення викупу земельних ділянок для суспільних потреб є неможливим. Адже, земля як унікальний природний об'єкт [2, с. 23], є обмеженою у просторі та не є вільно відтворювальним фактором виробництва [3, с. 123], але в той же час є єдиним місцем для існування людства.

Дослідження даної наукової проблеми актуалізується також тим, що сьогодні Україна стоїть на шляху проведення футбольного чемпіонату Євро 2012, що вимагає здійснення підготовчих дій, — як у сфері побудови спортивних комплексів, так і у сфері інфраструктури, — що ускладнюється в разі неможливості здійснення цих заходів за рахунок земель державної чи комунальної власності.

Ступінь наукової розробки проблеми. Окремі правові аспекти земельної ділянки, як об'єкта правовідносин, є предметом дослідження багатьох науковців, таких як: В. І. Андрейцев, А. П. Анісімов, О. Бадунін, Н. П. Барабаш, О. Г. Бондар, О. В. Глотова, В. К. Гуревський, Н. В. Ільницька, М. П. Кабитов, К. С. Клейменова, І. О. Костяшкін, П. Ф. Кулинич, Р. І. Марусенко, А. М. Мірошніченко, К. С. Мітягін, В. В. Носік, К. П. Пейчев, Д. М. Старостенко, Н. І. Титова, О. В. Шихалева, М. В. Шульга та інших. Однак спеціальне дослідження земельної ділянки як об'єкта правовідношення викупу для суспільних потреб в правовій науці є неповним, що і обумовило вибір предмета дослідження.

Мета даного дослідження полягає в тому, щоб провести ґрунтовний аналіз категорії земельна ділянка як об'єкт правовідношення викупу для суспільних потреб. А також на основі врахування новітніх досягнень право-

вої науки запропонувати низку конкретних рекомендацій щодо вдосконалення поняття земельної ділянки як об'єкта правовідношення викупу для суспільних потреб.

Виклад основного матеріалу дослідження. Земельна ділянка як частина земного простору є невід'ємним елементом у процесі задоволення суспільних потреб. В правовій доктрині земельна ділянка зазвичай розглядається, як виділена межами частина земної поверхні [4, с. 121] (з ґрунтами [5, с. 93], багаторічними насадженням [6, с. 206], та іншими невіддільними об'єктами [5, с. 117; 7, с. 34]); а деякі науковці, до її складу відносять і частину простору навколо неї [8, с. 25]; з установленим місцем розташування та визначеним правовим режимом, яка належить конкретному суб'єктові на праві власності [9, с. 7].

Беручи до уваги усі вищезазначені загальні характеристики об'єкта правовідношення, відзначимо, що земельна ділянка як об'єкт правовідношення викупу для суспільних потреб, характеризується також ознаками, які в сукупності визначають її особливість, по відношенню до загального об'єкта правовідносин.

Так, викуп, як одна із форм відчуження, визначає, що право власності на земельну ділянку переходить від одної особи до іншої. Саме перебування земельної ділянки у власності контрагента відчужувача, який має правомочність нею розпоряджатися, визначає земельну ділянку як об'єкт правовідносин викупу для суспільних потреб.

Згідно зі ст. 3 Закону України "Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності" від 17.11.2009 р., об'єктом викупу для суспільних потреб є земельна ділянка, яка перебуває у власності фізичних або юридичних осіб.

Оскільки земельні ділянки, як просторово і функціонально визначене ціле призначені не лише для задоволення потреб власника, а й являють собою споживчий інтерес для суспільства в цілому [10, с. 140], що виражається у формі дотримання принципу "соціального обов'язку" для кожного [11, с. 17], пропонуємо виділяти ознакою земельної ділянки як об'єкта правовідношення викупу, – її обтяження існуючими суспільними потребами. Однак, варто зауважити, що обтяження земельної ділянки характеризується саме незадоволеними (існуючими) суспільними потребами, для яких викупляється земельна ділянка. Так, якщо суспільна потреба припиняє своє існування, обтяження у даному розумінні також припиняється.

Суперечливою з цього приводу видається позиція К. С. Клейменової про те, що саме рішення уповноваженого органу про викуп визначає обтяження земельної ділянки [5, с. 8]. Відзначимо, що рішення органу державної влади чи органу місцевого самоврядування про викуп, як умова виникнення правовідносин, є лише правовою формою вираження існування суспільної потреби. Обтяженням же земельної ділянки, як об'єкта викупу, є суспільні потреби, які виражаються даним рішенням уповноваженого органу. Обтяження земельної ділянки спрямоване на вчинення землевласником певних дій, або ж утримання від них, чи терпіння з метою забезпечення прав третіх осіб [12, с. 72], як елемент в юридичній конструкції процедури викупу, є визначальним у вираженні правових статусів сторін у правовідношенні.

Особливостями викупу для суспільних потреб є характеристики земельних ділянок окремих категорій земель.

Відзначимо, що по при існування на сьогодні мораторію на відчуження земельних ділянок сільськогосподарського призначення, які перебувають у власності

громадян та юридичних осіб, п. 15 Перехідних положень Земельного кодексу України зроблено виключення на їх вилучення (викупу) для суспільних потреб.

Визначальними у процесі викупу земельних ділянок для суспільних потреб є положення ст. 23 Земельного кодексу України, де визначено, що для будівництва промислових підприємств, об'єктів житлово-комунального господарства, залізниць і автомобільних шляхів, ліній електропередачі та зв'язку, магістральних трубопроводів, а також для інших потреб, не пов'язаних з веденням сільськогосподарського виробництва, надаються переважно несільськогосподарські угіддя або сільськогосподарські угіддя гіршої якості. Схоже правове регулювання вживається і у ст. 57 Лісового кодексу України про те, що зміна цільового призначення земельних лісових ділянок з метою їх використання в цілях, не пов'язаних з веденням лісового господарства, а саме з метою їх використання для житлової, громадської і промислової забудови провадиться переважно за рахунок площ, зайнятих чагарниками та іншими малоцінними насадженнями.

Обмеженням викупу для суспільних потреб характеризуються особливо цінні землі. Так, згідно зі ст. 150 Земельного кодексу України, вилучення особливо цінних земель для несільськогосподарських потреб не допускається за винятком земельних ділянок, які перебувають у державній або комунальній власності у певних випадках. Викупляються ж для суспільних потреб земельні ділянки, які перебувають у приватній власності фізичних та (або) юридичних осіб. А тому, вважаємо, в даному випадку існує пряма законодавча заборона на викуп земельних ділянок, в яких існує суспільна потреба, для несільськогосподарських потреб.

Не можна оминати увагою положення про те, що викуп земельних ділянок для суспільних потреб під об'єкти містобудування повинен здійснюватися у відповідності до вимог, визначених містобудівною або землепорядною документацією (генеральних планів населених пунктів, проектів детального планування, іншою містобудівною документацією, техніко-економічним обґрунтуванням використання та охорони земель адміністративно-територіальних утворень, проектами землеустрою щодо впорядкування територій населених пунктів, тощо). Однак дана документація не може виражати безпосередньо суспільну потребу, як підставу викупу земельної ділянки. Планування, виражене у формі юридичних документів, визначає "... напрям і межі територіального розвитку, функціональне зонування, забудову і благоустрій території ..." [13, с. 467]. Так, зокрема, відповідно до ст. 1 Закону України "Про регулювання містобудівної діяльності" № 3038-VI від 17 лютого 2011 р., генеральний план населеного пункту це – містобудівна документація, що визначає принципи вирішення розвитку, планування, забудови та іншого використання території населеного пункту. У даному випадку, вважаємо, містобудівна документація, у формі обов'язковості дотримання її вимог (ст. 5) [14], лише встановлює юридичні рамки ймовірної спрямованості процедури викупу земельних ділянок для суспільних потреб, а не визначає де-юре існування суспільної потреби у викупі певної земельної ділянки. Як вірно вказує, з цього приводу, М. П. Кабитов, є недопустимим введення для даного випадку презумпції наявності публічної потреби, підстави викупу повинні бути обґрунтовані [15, с. 132].

Заборона на викуп земельних ділянок для суспільних потреб із земель природно-заповідного фонду, земель оздоровчого призначення, земель рекреаційного чи земель історико-культурного призначення відсутня. Водночас, на цих землях заборонено здійснювати будь-

яку діяльність, що суперечить цільовому призначенню або може негативно вплинути на стан цих об'єктів, чим опосередковано встановлюються обмеження у викупі земельних ділянок для суспільних потреб, що суперечать даним вимогам.

Висновок. На основі вищевикладеного, вважаємо за доцільне, запропонувати авторське визначення поняття земельної ділянки як об'єкта правовідношення викупу для суспільних потреб, під яким слід розглядати юридично відокремлену межами частину земної поверхні (в тому числі ґрунтовий покрив та багаторічні насадження) та простір навколо неї, з установленим місцем розташування, визначеним правовим режимом, яка належить на праві приватної власності юридичній та (або) фізичній особі, обтяжена існуючими суспільними потребами, для задоволення яких здійснюється її викуп.

1. Загальна теорія держави і права: [Підручник для студентів 3 – 14 юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів] М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, Л. Л. Богачова та ін.; За ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. – Харків: Право, 2002. – 432 с. 2. Кулинич П. Право власності на землю: нові підходи до визначення змісту // Право України. – 2009. – № 9. – С. 22 – 29. 3. Шульга М.В. Актуальные правовые проблемы земельных отношений в современных условиях. – Х.: Консум,

1998. – 224 с. 4. Кулинич П. Земельні ділянки сільськогосподарського призначення як об'єкти правового обігу // Право України. – 2010. – № 5. – С. 115 – 122. 5. Клейменова Е. С. Правовое регулирование изъятия (выкупа) земельного участка для государственных и муниципальных нужд: Дис...кан. юр. наук: 12.00.03; 12.00.06 / Орловский государственный технический университет. – Орел. – 2008. – 197 с. 6. Мірошніченко А. М., Марусенко Р. І. Науково-практичний коментар Земельного кодексу України. – 2-ге вид., перероб. і допов. – К.: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. – 507 с. 7. Старостенко Д. М. Правове регулювання межування земель: Дис...кан. юр. наук: 12.00.06 / Київський національний університет ім. Т. Шевченка. – К., – 2009. – 242 с. 8. Мірошніченко А. М. Земельне право України: Підручник. – К.: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. – 712 с. 9. Пейчев К. П. Правове регулювання відчуження земельних ділянок: Автореф. дис...кан. юр. наук: 12.00.06 / Національна юридична академія України ім. Я. Мудрого. – Харків, – 2005. – 18 с. 10. Костяшкін І. О. Окремі питання забезпечення соціальної функції права власності на землю в Україні // Університетські наукові записки. – 2009. – № 4 (32). – С. 139 – 143. 11. Корчевна Л. Мета права як проблема (політико – правовий аналіз) // Юридична Україна. – 2004. – № 1. – С. 16 – 19. 12. Кошишева О. Еколого-правова природа понять "обмеження" та "обтяження" // Юридична Україна. – 2008. – № 10. – С. 72 – 74. 13. Шеремет А. П. Земельне право України: навч. посіб. – К., – 2005. – 632 с. 14. Про регулювання містобудівної діяльності: Закон України: від 17 лютого 2011 року // Офіційний вісник України. – 2011. – № 18. – Ст. 735. 15. Кабытов Н. П. Выкуп земельного участка как основание прекращения права частной собственности: Дис...кан. юр. наук: 12.00.06 / Самарский государственный университет. – Самара. – 2004. – 214 с.

Надійшла до редколегії 01.06.11

УДК 347.736.7

І. Вечірко, суддя, канд. юрид. наук

ПРО ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ВІДНОСИН У СПРАВАХ ПРО БАНКРУТСТВО ТА ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ

У статті, з урахуванням судової практики, досліджуються деякі питання правового регулювання процесуальних відносин у справах про банкрутство. Особлива увага приділяється аналізу проблем, пов'язаних з порушенням справи про банкрутство та виявленням кредиторів боржника. Автором внесено пропозиції щодо вдосконалення окремих процесуальних норм, що регулюють правовідносини неспроможності.

Ключові слова: банкрутство, господарський суд, процесуальні правовідносини, боржник, кредитор, арбітражний керуючий, учасники провадження у справі.

В статье с учетом судебной практики исследуются некоторые вопросы правового регулирования процессуальных отношений в делах о банкротстве. Особое внимание уделяется анализу проблем, связанных с возбуждением дела о банкротстве и выявлением кредиторов должника. Автором внесено предложение по усовершенствованию отдельных процессуальных норм, которые регулируют правоотношения несостоятельности.

Ключевые слова: банкротство, хозяйственный суд, процессуальные правоотношения, должник, кредитор, арбитражный управляющий, участники производства по делу.

In the article, subject to judicial practice, investigated some issues of legal regulation of relations in the procedural bankruptcy. Particular attention is paid to the analysis of problems related to violation of bankruptcy and creditor debtor identification. The author made some proposals to improve the procedural rules governing the legal insolvency.

Key words: Bankruptcy, Commercial Court, procedural legal debtor, creditor, trustee in bankruptcy, the participants of the proceedings.

Інтеграція України до європейського співтовариства потребує проведення економічних реформ, значного оновлення законодавства, яке регулює відносини в сфері підприємництва. Проблеми, пов'язані з реформуванням законодавства про банкрутство, останнім часом знаходяться в центрі уваги органів законодавчої, виконавчої та судової влади, обговорюються в засобах масової інформації. У Верховній Раді України зареєстровано законопроект №8531 від 18 травня 2011 року, яким передбачається викласти Закон України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом" у новій редакції [1]. Зазначені обставини зумовлюють необхідність широкої дискусії науковців та фахівців-практиків для вироблення пропозицій по реформуванню відповідного законодавства.

Порушення справи про банкрутство зумовлює виникнення правовідносин процесуального характеру між господарським судом та іншими учасниками провадження. Процесуальні правовідносини, разом з іншими правовідносинами неспроможності, утворюють цілісну систему правового регулювання. Роль процесуальних відносин полягає у практичній реалізації норм інституту неспроможності при здійсненні провадження у справах про банкрутство [2, 13].

В зв'язку з цим важливе значення має виявлення проблем правового регулювання процесуальних відносин та пошуку шляхів їх вирішення.

Насамперед, слід звернути увагу на особливості порядку порушення провадження у справах про банкрутство. Механізм порушення провадження у справі має бути прозорим, зрозумілим для суб'єктів правовідносин неспроможності та враховувати їх права і законні інтереси. В зв'язку з цим цікавим є досвід інших держав. Згідно з законодавством Німеччини після подання заяви про порушення справи судом призначається експерт, який проводить фінансовий аналіз боржника. Метою такого аналізу є встановлення наявності підстав для порушення провадження, достатності майна боржника для погашення процесуальних витрат, а також перспектив подальшої виробничої діяльності боржника. Для запобігання зменшенню майнових активів боржника судом можуть бути вжиті такі заходи забезпечення вимог кредиторів: призначення тимчасового керуючого; накладення на боржника заборони щодо здійснення управлінських та розпорядчих дій; призупинення виконавчих проваджень відносно майна боржника; тимчасовий арешт поштового листування боржника.

Німецьке законодавство передбачає обов'язкове заслуховування боржника після подачі заяви кредитора щодо порушення справи про неспроможність. При цьому на боржника покладається обов'язок надати всі довідки, необхідні для судового рішення, а також підтримувати суд у виконанні його завдань. Боржником має бути заповнена детальна анкета про його майновий стан [3, 107].

З урахуванням висновку експерта (тимчасового керуючого) суд приймає рішення і за наявності підстав порушує провадження у справі про неспроможність. Таким чином, період між моментом подачі заяви і прийняттям рішення про порушення справи складає від кількох тижнів до трьох місяців [4, 447].

Законодавство США передбачає відмінності порушення справи в залежності від того, хто подає заяву – боржник чи кредитор. При поданні заяви боржником провадження вважається порушеним, і суд виносить відповідну постанову. Заява про порушення справи має бути подана трьома кредиторами з незабезпеченими вимогами, сума яких складає не менше п'яти тисяч доларів. Подача заяви автоматично тягне за собою припинення всіх судових проваджень у відношенні боржника. При надходженні до суду заяви кредитора, суд зобов'язаний заслухати боржника. Якщо боржник не висуває заперечень, відбувається порушення провадження у справі. За наявності заперечень боржника проводиться судові засідання, на якому встановлюється майновий стан боржника, а також його спроможність виконати свої зобов'язання. Порушення провадження у справі відразу проводиться з особливостями, пов'язаними із застосуванням або ліквідаційної процедури або процедури реорганізації боржника [4, 516].

Істотним недоліком вітчизняного законодавства є позбавлення боржника можливості надати свої пояснення та відповідні докази під час розгляду господарським судом питання щодо порушення провадження у справі про банкрутство. В науковій літературі висловлювалися пропозиції щодо необхідності удосконалення механізму порушення провадження у справі про банкрутство. Так, Б.М. Поляков звертав увагу, що, порушуючи справу про банкрутство, господарський суд використовує в якості підстави тільки ті документи, які додані ініціюючим кредитором до заяви, і під час прийняття заяви судом відсутня змагальність сторін. Крім цього, порушення справи про банкрутство зачіпає права всіх кредиторів боржника, внаслідок дії мораторію на задоволення вимог кредиторів. Аналізуючи зазначені обставини, Б.М. Поляков дійшов висновку, що прийняття судового акта про порушення справи про банкрутство по формальним підставам призводить до порушення конституційних прав господарюючих суб'єктів [5, 16-17].

Варто вказати, що ще в римському праві зверталась увага на необхідність врахування думки обох сторін, що доводить вислів "Audiat et altera pars!", що означає "Хай буде вислухана й друга сторона".

З урахуванням судової практики та вивчення досвіду застосування законодавства про банкрутство в інших державах автором статті раніше пропонувалось передбачити такий порядок порушення справи, відповідно до якого ухвала суду про порушення провадження у справі та застосування до боржника судової процедури розпорядження майном має виноситись за наслідками розгляду вимог ініціюючого кредитора в судовому засіданні за участю представників боржника та з урахуванням поданих боржником заперечень [6, 61].

Вказані пропозиції знайшли своє відображення в Проекті нової редакції Закону України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його бан-

крутом" від 18 травня 2011 р. №8531 [1]. Так, вказаним законопроектом передбачається новий порядок порушення провадження у справі, що складається з двох етапів. На першому етапі судом має бути вирішено питання про прийняття заяви про порушення справи, відмову в її прийнятті чи повернення поданої заяви. Приймаючи заяву про порушення справи про банкрутство, суд призначає підготовче засідання. На другому етапі за результатами розгляду справи в підготовчому засіданні суд, з урахуванням пояснень сторін, виносить ухвалу про порушення провадження у справі про банкрутство, або про відмову у порушенні провадження. Запропонований механізм порушення провадження у справі має запобігти численним випадкам безпідставного порушення справ про банкрутство лише за поданими заявником доказами.

Викликає інтерес питання щодо можливості відкликання боржником поданої ним заяви про порушення справи про банкрутство. Обов'язок боржника подати заяву про своє банкрутство спрямований в першу чергу на захист вимог кредиторів. У зв'язку з цим не можна погодитися з позицією Вищого господарського суду України, викладеною у постанові від 18 листопада 2009р. у справі №10/41-09, в якій йдеться про те, що відкликання боржником своєї заяви щодо порушення справи про банкрутство, поданої в порядку ч. 5 ст. 7 Закону про відновлення платоспроможності боржника, до здійснення публікації оголошення не може порушувати прав кредиторів як осіб, участь яких на цій стадії справи Законом не передбачена [7]. В даному випадку ВГСУ не враховано того факту, що ч. 5 ст. 7 Закону визначено обставини, за яких боржник зобов'язаний звернутися до господарського суду із заявою щодо порушення справи про банкрутство. Під час розгляду заяви боржника суд вивчає саме питання про наявність обставин, вказаних боржником у заяві. У підготовчому засіданні суд остаточно з'ясовує наявність підстав для порушення справи та у разі їх відсутності припиняє провадження у справі. Крім цього, провадження у справі такого боржника може бути припинено після застосування до нього процедур банкрутства відповідно до ст. 40 Закону про відновлення платоспроможності боржника. Таким чином, провадження у справі за заявою боржника, який був зобов'язаний подати заяву про своє банкрутство, має тривати до того часу, поки воно буде припинено на підставах, передбачених Законом. Боржник не має права відкликати подану ним заяву насамперед тому, що він публічно (шляхом звернення до суду та направлення копій заяви кредиторам) повідомив про наявність обставин, які зобов'язують його звернутися до господарського суду. Оскільки на час відкликання боржником своєї заяви зазначені обставини не змінилися, боржник, відкликаючи заяву, порушує вимоги ч. 5 ст. 7 Закону, норми якої зобов'язують його звернутися до суду.

Інша правова ситуація виникає, коли боржник реалізує своє право на подачу заяви про визнання себе банкрутом. Очевидно і в такому випадку господарський суд, забезпечуючи публічний інтерес, не має приймати відмову від заяви щодо порушення справи про банкрутство, якщо вона надійшла після винесення ухвали суду про порушення провадження у справі. Слід зазначити, що правові наслідки застосування процедур банкрутства є істотними, а тому не можуть бути повернуті в попередній стан без спричинення шкоди кредиторам та іншим учасникам провадження у справі.

На нашу думку, боржник має право відкликати свою заяву про визнання його банкрутом до винесення господарським судом ухвали про прийняття цієї заяви до розгляду. Після порушення провадження у справі і вве-

дення процедури розпорядження майном боржник не має права відкликати свою заяву, оскільки це порушує права та охоронювані законом інтереси учасників провадження, в першу чергу – кредиторів. Надання боржнику права в будь-який момент відмовитися від поданої ним заяви може бути використано недобросовісним боржником для ухилення від виконання своїх грошових зобов'язань і зобов'язань по сплаті обов'язкових платежів.

Інша проблема пов'язана з виявленням кредиторів боржника. Існуючий на сьогодні порядок виявлення кредиторів є недосконалим та таким, що не дозволяє всім кредиторам боржника отримати інформацію стосовно порушення провадження у справі про банкрутство. Так, відповідно до ч. 5 ст. 11 Закону про відновлення платоспроможності боржника, оголошення щодо порушення справи про банкрутство подається ініціюючим кредитором до офіційних друкованих органів Верховної Ради України та Кабінету Міністрів України, якими є, відповідно, газети "Голос України" та "Урядовий кур'єр". Таким чином, кредиторам необхідно постійно відслідковувати наявність публікацій щодо порушення справ про банкрутство своїх контрагентів в обох друкованих виданнях. За існуючого порядку такі кредитори, як громадяни-підприємці, малі та середні підприємства, не маючи відповідного штату працівників, в багатьох випадках не можуть своєчасно отримати інформацію щодо порушення справ про банкрутство, стосовно своїх боржників. Наслідком порушення кредиторами строків звернення в господарський суд із заявою з вимогами до боржника, відповідно до ч. 2 ст. 14 Закону про відновлення платоспроможності боржника, є погашення цих вимог, тобто втрата матеріального права. Очевидно, що для вирішення даної проблеми законодавцю необхідно діяти у двох напрямках:

- 1) передбачити інший порядок оприлюднення інформації щодо порушення справ про банкрутство;

- 2) виключити із Закону норму ч. 2 ст. 14 щодо погашення вимог кредитора, який несвоєчасно подав до суду заяву з вимогами до боржника.

Більш прийнятним для кредиторів, як суб'єктів підприємницької діяльності, так і державних органів була б публікація оголошення про порушення справи в одному друкованому виданні. Таким виданням може бути "Вісник Державного департаменту з питань банкрутства", який би виходив періодично, наприклад, два рази на місяць. Крім цього, відповідна інформація могла б міститися в мережі Інтернет на офіційному сайті Державного департаменту з питань банкрутства. Такий порядок сприяв би створенню належних умов для отримання кредиторами інформації щодо порушення справи про банкрутство.

Одночасно необхідно передбачити можливість розгляду господарським судом вимог кредиторів, які несвоєчасно подали заяви з вимогами до боржника. Визнані господарським судом, вимоги таких кредиторів мають задовольнятися в останню чергу.

В провадженні у справі про банкрутство виникають ситуації, коли кредитор, вимоги якого вже включені до реєстру вимог, на підставі ухвали суду, уступає право вимоги іншій особі. Законом прямо не врегульовано дане питання. Зокрема, Закон не визначає порядок внесення змін до реєстру вимог кредиторів, а також не передбачає права арбітражного керуючого самостійно внести зміни до реєстру вимог без ухвали господарського суду.

Кредитор у справі про банкрутство не повинен бути позбавлений права включення до реєстру вимог, якщо він у встановленому цивільним законодавством порядку став правонаступником вимог до боржника.

Заміна суб'єкта процесуального правовідношення повинна мати місце у разі як універсального, так і сингулярного правонаступництва в матеріальному правовідношенні. Цілком обґрунтованим є думка, що в усіх випадках, коли відбувається правонаступництво в матеріальному правовідношенні, повинно мати місце процесуальне правонаступництво на будь-якій стадії господарського процесу [8, 177].

В постанові Пленуму Верховного Суду України №15 від 18 грудня 2009р. "Про судову практику в справах про банкрутство" вказано, що арбітражні керуючі повинні вносити до реєстру відомості про заміну кредиторів за грошовими зобов'язаннями у разі переходу їх права вимоги відповідно до правил ЦК України; господарські суди мають зобов'язувати арбітражних керуючих вносити відповідні зміни до реєстру в разі оскарження необхідної відмови арбітражних керуючих у внесенні відомостей про заміну кредитора [9]. Таким чином, у наведеному роз'ясненні пропонується вносити зміни до реєстру вимог кредиторів самим арбітражним керуючим без рішення господарського суду. Проте не можна погодитися із таким порядком внесення змін до реєстру, оскільки відповідно до ст. 15 Закону про відновлення платоспроможності боржника реєстр вимог кредиторів затверджується господарським судом. Будь-які зміни до реєстру вимог мають вноситися арбітражним керуючим виключно на підставі ухвали господарського суду.

Процесуальний порядок проведення заміни кредитора може бути наступним. правонаступник має звернутися в господарський суд із заявою про заміну кредитора та надати докази свого правонаступництва (договір про уступку права вимоги). Після розгляду заяви господарський суд має винести ухвалу, на підставі якої правонаступник стає учасником провадження у справі про банкрутство. В зазначеній ухвалі одночасно має бути вказано про внесення відповідних змін до реєстру вимог кредиторів.

Недостатня законодавча урегульованість діяльності арбітражних керуючих та відсутність системного аналізу стану справ у цій сфері створюють умови для порушення законодавства та зловживань під час проведення процедур банкрутства, упередженості дій арбітражних керуючих на користь окремих кредиторів. Найбільшого поширення набули факти хабарництва, зловживання службовим становищем при проведенні оцінки майна, порушення порядку продажу майнових активів боржника [10, 111]. Все це зумовлює необхідність звернення уваги на порядок призначення судом арбітражних керуючих.

Судова практика свідчить, що в ряді справ суд призначав арбітражним керуючим державного підприємства іншу особу, ніж запропонована державним органом з питань банкрутства. Мотивами таких дій суду є погодження комітетом кредиторів іншої кандидатури, ніж запропоновано державним органом, а також – наявність у господарського суду сумнівів щодо можливості належного виконання запропонованою особою повноважень арбітражного керуючого. На нашу думку, при такому підході не забезпечується в повному обсязі реалізація повноважень державного органу з питань банкрутства. За наявності у суду сумнівів щодо можливості належного виконання повноважень особою, яка запропонована державним органом, доцільно було б передбачити повторне звернення до цього органу з метою надання іншої кандидатури арбітражного керуючого.

Проектом Закону України №8531 від 18 травня 2011 року [1] передбачається наділити державний орган з питань банкрутства правом призначення арбітражних керуючих для державних підприємств та підприємств, у статутному фонді яких частка державної влас-

ності перевищує 25%. На нашу думку, такі пропозиції не враховують концептуальних засад законодавства про банкрутство, які передбачають здійснення господарським судом контролю за діями учасників провадження у справі про банкрутство. Для організації такого контролю суд має бути наділений правом призначення арбітражного керуючого, який забезпечить проведення судових процедур, а також правом усунення арбітражного керуючого, якщо він неналежним чином виконує свої обов'язки. Саме господарський суд має передбачені Конституцією України та іншими нормативними актами повноваження щодо встановлення відповідності дій учасників провадження, у тому числі арбітражних керуючих, вимогам законодавства. На нашу думку, обмеження прав суду на здійснення контролю за діями арбітражних керуючих негативно вплине на ефективність застосування процедур банкрутства.

Частиною 11 ст. 17 Закону передбачено в провадженні у справі про банкрутство розгляд заяв керуючого санацією щодо визнання угод боржника недійсними і повернення всього отриманого за такою угодою. Даною нормою визначені спеціальні підстави визнання недійсними угод. Зокрема, може бути визнано недійсною угоду, укладену боржником із заінтересованими особами і в результаті якої кредиторам завдані чи можуть бути завдані збитки. Також може бути визнана недійсною угода, укладена боржником з окремим кредитором чи іншою особою протягом шести місяців, що передували дню винесення ухвали про санацію і надає перевагу одному кредитору перед іншим. Таким чином, контрагентом у таких угодах можуть бути як кредитори у справі про банкрутство, так і будь-які інші особи. Розглядаючи заяву керуючого санацією про визнання недійсною угоди, господарський суд має залучити до участі у розгляді справи особу, з якою боржник уклав оспорювану угоду. При цьому у справі про банкрутство така особа не може отримати статусу сторони, якщо вона не є кредитором боржника. Тому вказана особа бере участь у розгляді справи в якості учасника провадження у справі про банкрутство. Приймаючи участь у розгляді господарським судом заяви про визнання угоди недійсною, контрагент боржника за оспорюваною угодою має бути наділений процесуальними правами, передбаченими для сторін та інших учасників провадження у справі про банкрутство. Зокрема, це право брати участь в судових засіданнях, надавати пояснення, заперечувати проти доводів інших учасників провадження, у тому числі керуючого санацією. Слід зазначити, що визнання недійсною угоди боржника може проводитись і в межах ліквідаційної процедури на підставі заяви ліквідатора банкрута. В цьому випадку має бути передбачено той же процесуальний порядок, який встановлено для розгляду заяв керуючого санацією та забезпечено додержання прав учасників провадження у справі.

Звернемося також до проблем, пов'язаних із здійсненням процедури мирової угоди. Мирова угода може бути розірвана за рішенням господарського суду у разі її невиконання боржником щодо не менше як третини вимог кредиторів. На відміну від визнання мирової угоди недійсною, Законом прямо не передбачені процесуальні наслідки розірвання такої угоди. На нашу думку, після розірвання мирової угоди провадження у справі про банкрутство має бути поновлено, оскільки подальший розгляд справи в такому випадку сприяє досягненню одного із завдань провадження у справі – задоволенню вимог кредиторів. Не підлягає поновленню провадження у справі про банкрутство лише у тому випадку, коли на час розірвання мирової угоди відносно боржника вже порушена нова справа про банкрутство. В

цьому випадку конкурсні кредитори, відповідно до ч. 8 ст. 39 Закону, можуть заявити свої вимоги у новій справі про банкрутство в межах, передбачених раніше укладеною мировою угодою.

В судовій практиці виникають ситуації, коли в порушення умов мирової угоди, зокрема встановленої черговості, задовольняються вимоги окремих кредиторів. Розірвання мирової угоди, відповідно до Закону, не тягне за собою обов'язок конкурсних кредиторів повернути боржнику все отримане ними в ході її виконання. У зв'язку з цим необхідно передбачити в Законі норму про те, що кредитори зобов'язані повернути все отримане в ході виконання угоди, якщо вони знали чи повинні були знати про те, що задоволення їх вимог проведене з порушенням прав та охоронюваних законом інтересів інших кредиторів.

Законом передбачена можливість розірвання мирової угоди господарським судом стосовно окремого кредитора, що не зумовлює її розірвання відносно інших кредиторів. При цьому Закон не визначає ні підстав, ні наслідків розірвання мирової угоди щодо окремого кредитора чи кількох кредиторів. Очевидно, що норма про розірвання угоди щодо окремого кредитора має бути виключена із Закону, оскільки після розірвання мирової угоди строки виконання зобов'язання боржником щодо цього кредитора вважаються такими, що настали, і цей кредитор отримує переваги в погашенні боргу, бо не пов'язаний умовами даної угоди.

Однією із особливостей провадження у справах про банкрутство є здійснення його протягом тривалого часу та необхідність дотримання строків застосування судових процедур. В зв'язку з цим оскарження судових актів не повинно створювати перешкод для руху провадження у справах про банкрутство. Першим кроком на шляху усунення вказаних перешкод стало внесення змін до ГПК України, якими зменшено строки розгляду апеляційних та касаційних скарг на судові акти [11]. Проте, не було враховано того факту, що у справах про банкрутство усі судові акти, крім постанови про визнання боржника банкрутом, виносяться у формі ухвал. При цьому ухвалами вирішуються такі складні питання, як визнання та відхилення вимог кредиторів, затвердження плану санації, затвердження звіту ліквідатора за результатами ліквідаційної процедури та ряд інших. В більшості випадків суди апеляційної та касаційної інстанцій не можуть протягом встановленого ГПК 15-ти денного строку з'ясувати відповідність судового акту суду першої інстанції вимогам законодавства. В зв'язку з цим виникає необхідність у збільшенні строку розгляду апеляційних та касаційних скарг на ухвали, що виносяться у справах про банкрутство, наприклад, до одного місяця.

Крім цього, слід звернути увагу на те, що ГПК України прямо не визначає коло судових актів, які підлягають оскарженню в справах про банкрутство. Проте, Закон також не містить посилання на оскарження ряду судових актів, які мають істотне значення для учасників провадження, зокрема, постанови про визнання боржника банкрутом, ухвали про відхилення вимог кредитора та ін. В зв'язку з цим слід внести відповідні зміни до Закону, якими передбачити оскарження відповідних судових актів.

Межі даної статті не дають можливості окреслити усього комплексу проблем правового регулювання процесуальних відносин у справах про банкрутство. Широке обговорення поставлених питань буде сприяти вдосконаленню правового регулювання відносин неспроможності та більш ефективному здійсненню правосуддя у справах про банкрутство.

18.05.2011. – Режим доступу: <http://www.portal.rada.gov.ua>. 2. Вечірко І.О. Правове регулювання процесуальних відносин у справах про банкрутство в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04 / І.О. Вечірко. – К., 2011. – 20 с. 3. Wehr, Thomas. Grundzüge des deutschen Insolvenzverfahrens, Insolvenzordnung InsO // Überblick über die Handelssachen in Deutschland und in der Ukraine : [наук. роботи] / відп. ред. Б.М.Поляков. – К.: Логос, 2008. – С. 100-123. 4. Конкурсное производство [Текст] : учебно-практический курс / под ред. В.В. Яркова. – СПб.: Издательский дом С.Петербург. гос. ун-та, 2006. – 568 с. 5. Поляков Б.М. Комментарий судебной практики Верховного Суда Украины в делах о банкротстве / Б.М.Поляков. – К.: Логос, 2008. – 488 с. 6. Вечірко І.О. Основні стадії провадження у справі про банкрутство: особливості класифікації та зміст / І.О. Вечірко // Вісник господарського судочинства.

– 2009. – №3. – С. 58-67. 7. Постанова Вищого господарського суду України від 18.11.2009 р. у справі № 10/41-09. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua>. 8. Шкляр Т. Сторони у господарському процесі: правове регулювання / Т. Шкляр // Підприємництво, господарство і право. – 2008. – №11. – С.175-178. 9. Постанова Пленуму Верховного Суду України №15 "Про судову практику в справах про банкрутство" від 18.12.2009р. // Вісник Верховного Суду України. – 2010. – №2 (114). 10. Кузьменко О., Безрутенко С. Аналіз проблем правозастосовної діяльності у сфері фіктивного і прихованого банкрутства // Право України. – 2009. – №3. – С. 109-113. 11. Закон України "Про судоустрій і статус суддів" № 2453 – VI від 07.07.2010. – Режим доступу: <http://www.portal.rada.gov.ua>.

Надійшла до редколегії 01.06.11

А. Касумова, асп.

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА ОСОБИ НА СКАРГУ

Розглянуто проблемне питання міжнародно-правового механізму реалізації права особи на скаргу. Проаналізовано міжнародні нормативно-правові акти, в яких закріплено право особи на скаргу, а також органи і організації, до яких особа може звернутись із скаргою в разі порушення її прав і свобод. Визначено особливості процедури подачі скарги до міжнародних судових установ. Внесено пропозиції щодо приведення Кримінально-процесуального кодексу та інших законів України у відповідність до міжнародних обов'язків і зобов'язань України за міжнародно-правовими актами з прав людини.

Ключові слова: право особи на скаргу, міжнародні нормативно-правові акти, захист прав і свобод, кримінальний процес.

Рассмотрен проблемный вопрос международно-правового механизма реализации права человека на жалобу. Проанализированы международные нормативно-правовые акты, в которых закреплено право человека на жалобу, а также органы и организации, к которым лицо может обратиться с жалобой в случае нарушения его прав и свобод. Определены особенности процедуры подачи жалобы в международные учреждения. Внесены предложения по приведению Уголовно-процессуального кодекса и других законов Украины в соответствии с международными обязательствами и обязательствами Украины по международно-правовым актам по правам человека.

Ключевые слова: право личности на жалобу, международные нормативно-правовые акты, защита прав и свобод, уголовный процесс.

The questions of international legal mechanism of implementing the right to complain were considered. The international legal acts, which enshrined the right to complain, and agencies and organizations to which a person may submit a complaint in case violation of his rights and freedoms, has been analyzed. The major features of the complaint procedures for the submission into the international institutions have been identified. Contains proposals on bringing the Criminal Procedure Code and other legislation of Ukraine in accordance with the international obligations and commitments of Ukraine for the the international legal instruments on human rights.

Key words: the right to complain, international regulations, protection of rights and freedoms, criminal process.

Можливість особи звернутись зі скаргою до міжнародних установ є важливою гарантією захисту порушених прав і свобод громадянина. На даний момент поширеною є практика застосування міжнародно-правових норм судами України. Це значно розширює нормативно-правову базу з точки зору її тлумачення та безпосереднього застосування при підготовці та вирішенні конкретних справ у сфері захисту прав людини.

Інститут скарги, у тому числі його міжнародно-правовий аспект, розглядали такі вчені як М.В. Буроменський, В.Г. Буткевич, В.Н. Денисов, О.М. Ерделевський, В.І. Євінтов, В.К. Забігайло, Л.Г. Заблоцька, М.Д. Загряцкий, В.Ф. Кавун, Л.М. Липачов, В.Є. Мармазов, А.С. Мацко, В.В. Міцик, В.І. Муравйов, І.С. Піляєв, П.М. Рабінович, Л.І. Ратнер, В.І. Ремнев, Д.М. Супрун та інші. В міжнародно-правовій доктрині захисту прав людини право на скаргу досліджували М. Дженінгс, А.-М. Ла Роса, Р. Рот, М. Хензелін тощо.

В кримінальному процесі України скарга на порушення прав і свобод людини подається у різних випадках, найчастіше – в разі порушення права особи на справедливий судовий розгляд, на жорстоке поводження, незаконне затримання або позбавлення волі, також коли особа не може повною мірою ознайомитися із матеріалами справ, робити з них виписки, знімати копії, подавати додаткові матеріали, заявляти клопотання, давати усні і письмові пояснення, висловлювати свої доводи, міркування з усіх питань, що виникають у ході розгляду кримінальної справи, у тому числі при проведенні експертизи, в разі порушення права на заперечення проти клопотань, доводів та міркувань інших учасників процесу, заявлення відводів у випадках, передбачених кримінально-процесуальним законодавством,

оскарження дії (бездіяльності) органів державної влади та їх посадових осіб тощо.

За інформацією Української Гельсінської спілки з прав людини за 2009-2010 роки, чинна влада "успадкувала" системні проблеми в царині прав людини, серед яких і порушення права на справедливий суд, і на захист від катувань та іншого насильства [3].

Право на скаргу необхідно розглядати як можливість особи звернутись до суду і правоохоронних органів у разі порушення її прав та охоронюваних законом інтересів. Це – конституційне право, оскільки в ч.1 ст.55 Конституції України зазначено: "Кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб" [7]. Частина 3 ст. 55 Основного Закону передбачає, що кожен має право після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна.

Дослідження права на скаргу, в тому числі міжнародно-правового аспекту його реалізації, є важливим, оскільки сьогодні трапляється все більше випадків системних і грубих порушень прав людини. Не знаходячи правового захисту в Україні, такі особи змушені звертатись зі скаргами до міжнародних установ. Це підтверджують і статистичні дані, наведені в щорічній доповіді Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. Н.Карпачова зазначає, що на розгляді суддів Євро-суду нині близько 11 тисяч заяв, поданих проти України. За кількістю звернень наша країна посідає четверте місце (після Росії, Туреччини та Румунії). Станом на

1 січня 2011 року Європейський суд з прав людини виніс 715 рішень щодо України. У 604 випадках Європейським судом констатовано порушення Україною статті 6 Конвенції про захист прав і основоположних свобод ("Право на справедливий суд"). Аналіз рішень Європейського суду з цих питань засвідчує, що найчастіше тяганина виникала через неодноразове направлення справи на додаткове розслідування, новий судовий розгляд, великі інтервали між судовими засіданнями, незабезпечення явки сторін тощо. Через це людям інколи роками доводиться очікувати судові рішення [16].

На перший погляд, така висока кількість скарг до Європейського суду є не зовсім зрозумілою, адже на законодавчому рівні права і свободи особи чітко визначені, а також передбачені способи їх захисту. Проте на практиці не завжди є можливість реалізувати надані Конституцією України та іншими нормативно-правовими актами права і свободи. Наприклад, у справі "Харченко проти України" від 10 лютого 2011 року, Європейський суд з прав людини звернув увагу уряду України на структурний характер проблеми з дотриманням прав людини, що були виявлені в цій справі, а також на необхідність проведення реформ в законодавстві України і практиці його застосування (пункт 101 Рішення) [18, с.32].

Звертаючись до норм вітчизняного законодавства, бачимо, що Конституція України містить закріплені демократичні положення, які гарантують право кожного оскаржити незаконні дії чи бездіяльність органів державної влади чи посадових осіб (статті 8, 29 Основного Закону). Ці та інші положення зобов'язують законодавця проводити інтеграцію українського законодавства до європейських стандартів. До того ж, положення вітчизняного законодавства (в тому числі і кримінально-процесуального) повинні відповідати міжнародним стандартам забезпечення прав людини.

На міжнародному рівні розроблено дієвий механізм реалізації права особи на скаргу в разі порушення її прав і свобод. Існує велика кількість нормативних актів, що забезпечують особі цю можливість. Серед них: Загальна декларація прав людини (1948), Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (1950), Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (1966) та факультативні протоколи до нього.

Одним із перших міжнародних документів, в якому офіційно були сформульовані основні права та свободи людини, є Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 року. Цей документ у подальшому став зразком у розробленні багатьох національних нормативно-правових актів, в тому числі і в Україні. Серед інших положень, у Декларації закріплено можливість особи захищати свої права та інтереси, де у статті 8 зазначено, що: "Кожна людина має право на ефективне поновлення у правах компетентними національними судами в разі порушення її основних прав, наданих їй конституцією або законом" [2].

Більш конкретно право особи подати скаргу визначене в інших міжнародно-правових актах. Так, Україна підписала і ратифікувала Європейську конвенцію про захист прав людини та основоположних свобод від 04.11.1950 року [15]. В ч. 4 ст. 5 Конвенції зазначено, що: "Кожен, кого позбавлено свободи внаслідок арешту або тримання під вартою, має право ініціювати провадження, в ході якого суд без зволікання встановлює законність затримання і приймає рішення про звільнення, якщо затримання є незаконним" [8]. Про наявність в особи права подати скаргу на судові рішення можна зробити висновок із п.1 ст.2 Протоколу №7 від 22 листопада 1984 року до Конвенції, де зазначено: "Кожен засуджений судом за вчинення злочину має

право на перегляд його засудження чи вироку судом вищої інстанції" [17].

Подібне положення містить і Міжнародний пакт про громадянські і політичні права, який у ч.4 ст. 9 передбачає, що: "Кожному, хто позбавлений волі внаслідок арешту чи тримання під вартою, належить право на розгляд його справи у суді, щоб цей суд міг невідкладно винести постанову щодо законності його затримання і розпорядитися про його звільнення, якщо затримання є незаконним" [9]. А згідно з п.5 ст. 14 Пакту, "Кожен, кого засуджено за будь-який злочин, має право на те, щоб його засудження і вирок були переглянуті вищестоящою судовою інстанцією згідно з законом". Аналізуючи положення даного міжнародно-правового акту, приходимо до висновку, що в ньому прямо не названо право особи подати скаргу на захист порушених прав. Проте, воно передбачається як таке, що випливає із змісту зазначених положень. Адже, саме скарга, подана особою, права якої порушено, або в її інтересах іншою особою, є законним приводом для розгляду питання щодо порушення прав та законних інтересів особи. На користь цього рішення свідчать інші положення Пакту. Так, у пункті а ч. 3 ст. 2 зазначено, що: "Кожна держава, яка бере участь у цьому Пакті, зобов'язується забезпечити всякій особі, права і свободи якої визнані в цьому Пакті, порушено, ефективний засіб правового захисту, навіть коли це порушення було вчинене особами, що діяли як особи офіційні" [9]. А виходячи зі змісту статті 26 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, в якій сказано, що: "Всі люди є рівними перед законом і мають право без будь-якої дискримінації на рівний захист законом", можна говорити про юридично гарантовану можливість особи захищати свої права та свободи. До того ж, ч. 2 ст. 5 передбачає, що: "Ніяке обмеження чи приниження будь-яких основних прав людини, визнаних або існуючих в якій-небудь державі-учасниці цього Пакту на підставі закону, конвенцій, правил чи звичаїв, не допускається під тим приводом, що в цьому Пакті не визнаються такі права або що в ньому вони визнаються в меншому обсязі" [9]. Одночасно з Пактом був прийнятий Факультативний протокол, в якому визначався механізм розгляду скарг окремих осіб за конкретних обставин [11, с.24].

Право на скаргу закріплюється і рядом інших міжнародних документів. Так, Мінімальні стандартні правила поводження із в'язнями від 30 серпня 1955 року передбачають ряд положень щодо інформування в'язнів і подання ними скарг. У них детально зазначено, що: "Кожен в'язень повинен мати можливість звертатися в будні до директора чи уповноваженого ним співробітника з заявами чи скаргами" (ч.1 ст.36) [10].

У Декларації основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживання владою під терміном "жертви злочинів та зловживання владою" розуміють осіб, яким було завдано шкоду, у тому числі суттєве ураження їх основних прав внаслідок дій чи бездіяльності, що є порушенням міжнародно-визнаних норм, які стосуються прав людини (п. 18). Пункт 21 зазначеної Декларації закликає держави: "... розвивати й широко забезпечувати відповідні права і засоби правового захисту для жертв таких діянь" [11, с.176]. Одним з ефективних засобів правового захисту для цих жертв є скарга [5, с.179].

Можливість реалізувати права на скаргу надана особі і Мінімальними стандартними правилами ООН щодо заходів, непов'язаних з тюремним ув'язненням (Токійські правила). Вони передбачають правові гарантії щодо права правопорушника подавати скаргу до судового чи іншого компетентного незалежного органу з питань, які стосуються його особистих прав у процесі

застосування заходів, не пов'язаних з тюремним ув'язненням (п. 3.6) [11, с.61].

Даючи оцінку міжнародно-правовому механізму реалізації права на скаргу, необхідно виходити і з того факту, що Україна є членом Ради Європи (з 31 жовтня 1995 року). Вона зобов'язалась забезпечувати дотримання міжнародних стандартів в сфері прав людини. Наприклад, громадянин України може звернутись із скаргою до Комітету ООН з прав людини. Це право йому надане на підставі Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1966 року і Факультативного протоколу до нього. Комітет з прав людини складається з 18 експертів. Там розглядаються індивідуальні скарги на порушення передбачених у Пакті прав з держав, що ратифікували Факультативний протокол. Отримавши скаргу, Комітет доводить цей факт до відома держави-порушника, яка має протягом 6 місяців надати письмові пояснення щодо порушення і заходів, що будуть вжиті для відновлення прав.

У свою чергу, Європейська конвенція з прав людини також закріпила міжнародно-правову систему захисту прав та свобод людини. Стаття 13 цієї Конвенції проголошує, що кожна людина, права та свободи якої порушені, має ефективні засоби правового захисту перед державними органами, навіть якщо таке порушення було вчинено особами, які діяли офіційно [11, с.240].

Враховуючи вищенаведене, можна сказати, що сьогодні громадяни України можуть почувати себе більш впевнено, оскільки їх права перебувають під захистом міжнародної спільноти. Такий захист прав і свобод може бути реалізований через подання скарги будь-яким громадянином (ст. 25 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод) [11, с.259].

Отже, право на скаргу отримало своє нормативне закріплення в численних міжнародно-правових актах, що позитивно характеризує сучасний стан дотримання прав і свобод людини. Скарга виступає ефективним засобом правового захисту. Але сам міжнародно-правовий механізм реалізації права на скаргу має складну систему. Як наслідок – існує чимало проблем, які заважають і не дають можливості особі належним чином захищати свої права та свободи. На думку В.Ф. Кавуна, повідомлення, в яких стверджуються про порушення прав людини, поділяються на дві категорії:

➤ перша – включає повідомлення, які стосуються "індивідуальних і особливих" випадків (individual and specific) порушень прав людини;

➤ друга – охоплює повідомлення, які стосуються майнових, систематичних та грубих порушень (questions of massive, systematic or flagrant violations), що походять "або від політики прав людини", що проводиться державою, або "від зібрання індивідуальних випадків" [4, с.38].

Наведений поділ видається слушним, оскільки допомагає зорієнтуватись щодо того, які саме права особи порушені, які наслідки таких порушень, а також дозволяє класифікувати порушення прав людини на окремі категорії.

До основних проблем, які виникають при застосуванні міжнародно-правового механізму реалізації права на скаргу можна віднести наступні.

По-перше, в Україні існує проблема доступності правосуддя. Не завжди громадянин України має можливість звернутись із скаргою до міжнародної установи за захистом порушених прав. Причинами цього можна визначити низький рівень правової культури (коли особа не знає, що її скарга може бути розглянута на міжнародному рівні), недостатність коштів у неї, що не дозволяє їй брати участь у довготривалих судових процесах.

У чинному КПК України в статті 47 передбачено, що підозрюваний, обвинувачений та підсудний може запросити захисника і у випадках, коли у нього відсутні кошти на оплату його послуг. Проте механізм надання безоплатного захисника у законодавстві відсутній, а оплата особи, яка б захищала інтереси за призначенням є настільки низькою, що адвокати не бажають брати участі у таких справах або надають юридичні послуги неналежного рівня. Тому, аби надати матеріально не забезпеченій особі можливість реального доступу до правосуддя, необхідно прийняти Закон України "Про безоплатну правову допомогу" та внести відповідні зміни до чинного Закону України "Про адвокатуру".

Кількість скарг від громадян України до міжнародних установ зростає. Цьому сприяє той факт, що положення чинного Кримінально-процесуального кодексу України є застарілими та такими, що не можуть врегулювати на належному рівні усі проблемні питання. Значна кількість справ, що розглядають в Україні – здійснюються з порушенням строків їх розгляду. Тому, аби не допустити подальших порушень прав людини, необхідно реформувати кримінальний процес України. Окрім того, необхідно узгодити норми внутрішнього законодавства з тими міжнародними актами в сфері захисту прав людини, згода на обов'язковість яких була надана Верховною Радою України.

Тому, лише системне і послідовне реформування кримінально-процесуального законодавства України може допомогти зменшенню кількості скарг громадян України до міжнародних інстанцій з метою захисту порушених прав і свобод особи. Держава повинна надати правові гарантії доступу особи до правосуддя, а не лише проголосити це як одну із основ громадянського суспільства і правової держави.

По-друге, не завжди, отримавши задоволення скарги особи на міжнародному рівні, це рішення реально виконується в Україні. Хоча процедура розгляду конкретної справи чітко визначена, і рішення міжнародної інстанції має негайно виконуватись в Україні, існують численні приклади, які переконують у зворотному. Тому, ситуація із виконанням рішень міжнародних установ в Україні залишається незадовільною.

У Спеціальній доповіді "Про стан дотримання Україною європейських стандартів з прав і свобод людини" з нагоди 60-річчя Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод Н. Карпачова наголосила, що на даний час 91% рішень Європейського суду з прав людини (на 2010 рік ця кількість складала 640 рішень) продовжують перебувати на контролі Комітету Міністрів Ради Європи як такі, що не виконані [19, с.11].

Для покращення ситуації із реальним виконанням рішень європейської спільноти доцільним видається запровадження юридичної процедури, яка б передбачала матеріальне відшкодування для особи, на користь якої винесене рішення, але національним судом не виконане або виконане із порушенням строків такого виконання. Для цього в бюджеті України необхідно передбачити можливість фінансування видатків, пов'язаних з виконанням рішень національних судів, за якими боржником є держава, органи державної влади, державні установи та організації. Для особи необхідно встановити компенсації у разі невиконання такого рішення.

По-третє, наявність великої кількості універсальних правозахисних органів і організацій призводить до того, що особа не завжди може правильно зорієнтуватись, куди необхідно подавати скаргу. До таких міжнародних установ, які діють у всьому світі, можна віднести і Європейський суд з прав людини, Міжнародний кримінальний суд, Комітет ООН проти катувань, Африкансь-

ку комісію з прав людини, Комітет ООН з ліквідації всіх форм расової дискримінації, Міжамериканську комісію прав людини, Міжамериканський суд прав людини тощо. Як наслідок, для існування і функціонування такої кількості міжнародних установ необхідно приймати і велику кількість нормативно-правових актів, які б регулювали діяльність таких органів. Це питання деякою мірою врегульоване Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод. Вона встановлює, що для того аби захистити свої права, необхідно звернутись до системи судової практики (так зване Страсбурзьке право). Це можна зробити завдяки двом органам: Європейській комісії з прав людини (у яку входять по одному представнику від кожної держави, що ратифікували Конвенцію) і Європейському суду з прав людини (число суддів якого відповідає кількості держав-членів Ради Європи; судді вибираються Консультативною асамблеєю строком на дев'ять років зі списку осіб, пропонованих державами – членами Ради Європи) [6, с.34]. Загалом же, наявність значної кількості міжнародних інстанцій, куди особа може подати скаргу в разі порушення її прав і свобод позитивно характеризує систему захисту прав людини в світі.

Для того щоб систематизувати і уніфікувати права людини і способи їх захисту в Україні необхідно прийняти єдину концепцію розвитку в сфері прав людини, яка була подана на розгляд Верховної Ради України ще в 1998 році. Проект Закону України "Про Концепцію державної правової політики захисту прав людини" був підготовлений Міністерством юстиції України [14]. Проте, до сьогоднішнього дня він не набув чинності. Хоча прийняття Концепції державної правової політики захисту прав людини є як ніколи актуальним в сучасному суспільстві. В такому документі доцільно буде визначити, на якому рівні правової захищеності знаходяться права людини в Україні, проаналізувати основні напрями порушення прав людини та способи їх мінімізації, визначити стан дотримання норм міжнародних договорів у сфері захисту прав людини, які ратифіковані в Україні, а також зазначити майбутні цілі та способи діяльності органів державної влади в системі захисту прав людини. Прийняття законодавцем Концепції буде важливим показником виконання Україною міжнародних зобов'язань в сфері захисту прав людини (зокрема, як члена Ради Європи).

По-четверте, чинний Кримінально-процесуальний кодекс містить чимало прогалин, які призводять до систематичних порушень прав людини. Наприклад, там не зазначені граничні терміни тримання підсудних під вартою, а встановлені лише строки утримання особи під вартою під час досудового слідства. Як наслідок – особи, що перебувають під вартою, змушені роками чекати рішень судів. В щорічній доповіді Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини наводяться дані, які підтверджують такі порушення. Так, у справі "Нечитайло проти України" від 15 жовтня 2009 р. кримінальне переслідування заявника правоохоронними органами Луганської області сягнуло вісім з половиною років; у справі "Галат проти України" від 20 травня 2010 р. кримінальне провадження стосовно заявниці тривало в судах Полтавщини та Верховному Суді України майже шість років; у справі "Сланько проти України" від 15 липня 2010 р. розгляд кримськими судами та Верховним Судом України позову заявниці про відшкодування шкоди тривав понад десять з половиною років [16]. Звичайно такі випадки являють собою приклади грубого порушення прав людини і особи мають право звернутись із скаргами до міжнародних установ.

Для зменшення кількості звернень до Європейського суду з прав людини з питання тривалості перебування під вартою необхідним є прийняття нового Кримінально-процесуального кодексу України, в якому б чітко зазначено, протягом якого строку особа може перебувати під вартою, а також регулювались і інші випадки, коли недоліки законодавства призводять до порушень прав людини. До того ж, прийняття нового КПК України є необхідним, оскільки наша держава є членом Ради Європи, і ще 5 жовтня 2005 року Парламентська Асамблея Ради Європи прийняла резолюцію "Про виконання обов'язків та зобов'язань Україною" №1466, де в п.13.6 була поставлена вимога прийняти новий КПК України [13].

По-п'яте, недостатньо добре сьогодні розроблена і процедура контролю за скаргами громадян. Адже така процедура є результатом тривалих дій у кожній з інстанцій, які розглядають скаргу громадянина. Наприклад, за наведеними даними щодо діяльності Європейського суду з прав людини, більше 90 % його рішень стосуються неприйнятності скарг, тобто їх невідповідності критеріям, визначеним у ст.35 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Це означає, що замість фактичного розгляду скарги по суті, більше часу і зусиль витрачається на встановлення критеріїв невідповідності скарги зазначеним для неї вимогам. Це призводить до того, що Суд не може розглянути такі скарги своєчасно і швидко, тому нині існує велика черга у розгляді скарг Судом [19, с.34]. Тобто, вже на стадії отримання скарг Судом необхідно встановити чіткий термін їх перевірки на дотримання всіх вимог і передачі для розгляду по суті.

Висновки:

1. Право на скаргу – це юридично гарантована можливість особи захищати свої інтереси, що закріплена в низці міжнародно-правових актів з прав людини, а також в конституціях багатьох держав світу шляхом подання вимогу про усунення порушень прав і свобод особи з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб.

2. У випадках, коли реалізація права на скаргу в Україні не мала своїм наслідком усунення порушень прав особи, вона має право звернутись до міжнародних інстанцій. Проте це можливо зробити лише після використання всіх національних засобів правового захисту. Як показує практика, реалізація права на скаргу на міжнародному рівні часто здійснюється більш об'єктивно і гуманно, ніж в Україні. І навіть довготривала процедура розгляду скарг, значні черги і складність процедури їх розгляду не стають на перешкоді звернень громадян України до міжнародних установ.

3. За даними, оприлюдненими у Щорічному звіті про результати діяльності Урядового уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини у 2010 році, станом на 31 грудня 2010 року Україна – четверта країна в Європі по кількості звернень зі скаргами і заявами до Європейського суду з прав людини (після Росії, Туреччини та Румунії), що складає 7,5% від загальної кількості справ. Цей факт свідчить про те, що сьогодні почастішали випадки, коли особи не можуть в національних судах домогтись справедливості і захистити свої інтереси. Не останню роль в цьому відіграє той факт, що норми чинного Кримінально-процесуального кодексу застаріли. Деякі питання взагалі не мають свого законодавчого регулювання, інші – потребують подальшого тлумачення і доповнення. Вступаючи до Ради Європи, Україна зобов'язалась прийняти новий Кримінально-процесуальний кодекс. Цьому передували тривалий процес розробки проектів КПК України. Проте нині є підстави сподіватися, що підготовлений останнім

часом єдиний проект КПК України побудований на міжнародних стандартах у галузі прав людини і судочинства, з набранням ним чинності дозволить ефективніше забезпечити права осіб, які залучаються до сфери кримінально-процесуальної діяльності і зменшити кількість скарг до Європейського суду з прав людини.

4. Рішення міжнародних установ на користь громадян України не завжди виконуються в Україні. Щоб покращити ситуацію, доцільно звернутись до досвіду країн Європи (зокрема, Польщі і Росії), які передбачили на законодавчому рівні матеріальну відповідальність держави за невиконання рішень міжнародних установ або несвочасне їх виконання. В Державному бюджеті України необхідно передбачити фінансування видатків у вигляді компенсації особі за невиконання рішень міжнародних установ на користь громадян України.

5. Необхідно прийняти Концепцію державної правової політики захисту прав людини, проект якої підготовлено Міністерством юстиції України, яка б передбачила можливість особи оскаржити порушені права і свободи, визначала б основні напрямки гармонізації національного законодавства з міжнародними стандартами та положеннями тих нормативних актів, які ратифіковані Україною, а також внесла б комплексні корективи та пропозиції в реформування кримінально-процесуального законодавства України.

7. Для забезпечення реального доступу осіб до правосуддя, необхідно прийняти Закон України "Про безоплатну правову допомогу" та внести зміни до Закону "Про адвокатуру" в частині гарантування всім особам належної правової допомоги, в тому числі і в частині подачі скарги до міжнародних установ, а також встановлення чіткого механізму призначення такого захисника особам, які не мають достатніх коштів для оплати його послуг.

1. Документи ООН. Збірник S/25300. // Організація Об'єднаних Націй: Збірник документів. – М., 1981. – 647 с. 2. Загальна декларація прав людини. Прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 р. –

[Електронний ресурс]. – Режим доступу – www.rada.gov.ua 3. Звіт Української Гельсінської спілки з прав людини за 2009-2010 роки. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://helsinki.org.ua> 4. Кавун В.Ф. Механізми міжнародного контролю у сфері прав людини: дис. канд. юрид. наук: 12.00.11 / НАН України; Інститут держави і права ім. В.М.Корецького. – К., 2008. – 214 с. 5. Касинюк О.В. Процедура оскарження в міжнародному кримінальному суді // Пробл. законності: Респ. міжвідом. наук. зб. – Харків: нац.юрид.акад. України, 2004. – Вип. 65. – С. 179-187. 6. Климович О. Система національних засобів захисту прав людини (в контексті положень Конвенції про захист прав і основних свобод людини // Право України. – 2001. – № 1. – С. 34-37. 7. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141. 8. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу – www.rada.gov.ua 9. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права: прийнято резолюцією 2200 А (XXI) Генеральної Асамблеї ООН від 16 грудня 1966 р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу – www.rada.gov.ua 10. Мінімальні стандартні правила поводження з в'язнями. Прийнято резолюцією 663 СІ (XXIV) Генеральної Асамблеї ООН від 31 червня 1957 р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу – www.rada.gov.ua 11. Права людини і професійні стандарти для працівників правоохоронних органів в документах міжнародних організацій. – К.: Сфера, 2002. – 413 с. 12. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23.02.2006 року. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу – www.rada.gov.ua 13. Про виконання обов'язків та зобов'язань Україною: Резолюція Парламентської Асамблеї Ради Європи від 05.10.2005 № 1466(2005). – [Електронний ресурс]. – Режим доступу – www.rada.gov.ua 14. Про проект Закону України про Концепцію державної правової політики захисту прав людини: Постанова Верховної Ради України № 280-XIV від 01.12.1998. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу – www.rada.gov.ua 15. Про ратифікацію Конвенції про захист прав і основних свобод людини 1950 року та протоколів до неї: Закон України від 17 липня 1997 р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу – www.rada.gov.ua 16. Про стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні // Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. – 2010 р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу – http://ombudsman.kiev.ua/dopovid_6/Dop6_Zmist.htm 17. Протокол №7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 22.11.1984 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу – www.rada.gov.ua 18. Рішення Європейського суду з прав людини від 10 лютого 2011 року у справі "Харченко проти України" // Юридичний вісник України. – 2011. – № 14 (822) 2 – 8 квітня. – С. 25-32. 19. Стан дотримання Україною європейських стандартів з прав і свобод людини: Спеціальна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини з нагоди 60-річчя Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. – К., 2010. – 194 с.

Надійшла до редколегії 01.06.11

УДК 343.237 (477)

В. Ткаченко, здобувач

КРИМІНАЛЬНО-ПРОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ЗЛОЧИНУ, ВЧИНЕНОГО ЗА ПОПЕРЕДНЬОЮ ЗМОВОЮ ГРУПОЮ ОСІБ, ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ДЕЯКИХ ДЕРЖАВ-УЧАСНИЦЬ СНД

Розглянуто змістовні характеристики вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб за законодавством України та деяких держав-учасниць СНД. Встановлено її місце в загальній системі форм співучасті, передбачених КК України.

Ключові слова: інститут співучасті, форма співучасті, співучасть у вузькому розумінні, вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб, вчинення злочину організованою групою.

Рассмотрены содержательные характеристики совершения преступления по предварительному сговору группой лиц по законодательству Украины и некоторых государств-участниц СНГ. Установлено ее место в общей системе форм соучастия, предусмотренных КК Украины.

Ключевые слова: институт соучастия, форма соучастия, соучастие в узком понимании, совершение преступления по предварительному сговору группой лиц, совершение преступления, организованной группой.

Rich in content descriptions of commission of crime are considered on a previous concert by the group of persons on the legislation of Ukraine and some states-participants of the CIS. Its place is set in the general system of forms of participation, foreseen KK of Ukraine.

Key words: institute of complicity, form of complicity, complicity in the narrow understanding, commission of crime on a previous concert by the group of persons, commission of crime, by the organized group.

Останнім часом, у кримінально-правових дослідженнях інституту співучасті, серед науковців кримінального права особливої актуальності набуває порівняльно-правовий метод. Така зацікавленість обумовлюється, перш за все, тим, що одним із основних аспектів всебічного вивчення будь-якої норми права є саме її порівняльно-правове дослідження. З огляду на недостатній рівень науково-практичних розробок окремих положень інституту співучасті, він дозволить нам не лише вдосконалити національне кримінальне законо-

давство, виявити його спільні та відмінні ознаки, але й поліпшити судову та слідчу практику. А це, передусім, дозволить нам знову ж таки виявити як недоліки власного законодавства, так і на рівні різних країн.

Інститут співучасті, вочевидь, є одним з ключових інститутів кримінального права будь-якої держави світу. Основний зміст цього інституту, на нашу думку, є однако-вим. Проте у деяких конструкціях типових форм спільної злочинної діяльності, за допомогою яких охоплюються конкретні прояви співучасті у злочині, є певні відмінності.

© Ткаченко В., 2011

В загальному питанні співучасті у злочині за кримінальним законодавством окремих зарубіжних країн приділяли увагу як науковці радянського періоду, так і сучасні дослідники, зокрема: П.Ф. Тельнов, Н.Ф. Кузнецова, Б.С. Нікіфоров, Ф.М. Решетников, Н.С. Крилова, В.Н. Єрьомін, І.Д. Козочкін, А.В. Савченко, М.І. Хавронюк та ін. Проте комплексного вивчення вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб як однієї з форм співучасті не проводилося, що й визначає актуальність теми дослідження.

Тому основним завданням нашого дослідження є не тільки встановити відмінності в конструкціях типових форм спільної злочинної діяльності, але й з'ясувати змістовні характеристики вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб і, відповідно, визначити її місце в загальній системі форм співучасті, передбачених КК України.

Але проаналізувати положення кримінальних кодексів всіх існуючих держав неможливо та й, напевно, недоцільно. Тому ми вирішили обмежитись державами з подібними підходами до формулювання правових конструкцій протиправної поведінки осіб, які спільно вчиняють злочин.

Виходячи із зазначених вище критеріїв для порівняння нами використані кримінальні кодекси наступних країн: Азербайджанська Республіка, Республіка Білорусь, Республіка Казахстан, Киргизька Республіка, Республіка Молдова, Російська Федерація, Республіка Таджикистан.

Перш ніж перейти до з'ясування місця "групи осіб за попередньою змовою" в системному механізмі функціонування форм співучасті, передбачених в кримінальних кодексах держав, які зазначені вище, доцільно звернути увагу на позитивні моменти законодавчої техніки деяких з цих держав.

Так, однією з наших пропозицій по внесенню змін до КК України є вказівка в ст.28 Кодексу відповідної змістовної назви "Форми співучасті". Позитивним прикладом в цьому плані є положення кодексів наступних держав: ст.43 "Форми співучасті" КК Республіки Молдова; ст.31 "Форми співучасті" КК Киргизької Республіки; ст.31 "Форми співучасті у злочині" КК Республіки Казахстан [1-3].

Таким чином, назва статті Кодексу відтворює зміст положень цієї статті.

В процесі дослідження форм співучасті, які виділяються в кримінальному праві України, нами зверталась увага на те, що в ст.28 КК України передбачені не всі форми співучасті, а крім названих вище є ще одна форма співучасті регламентована нормами Загальної частини КК України, яка в науці кримінального права іменується "співучасть у вузькому розумінні" [4, с.257, 259].

З метою усунення вказаної вади законодавчої техніки в КК України нами сформульована нова редакція ст.28 КК України таким чином, щоб там були передбачені всі форми співучасті, які регламентовані Кодексом. Позитивним прикладом в цьому плані є підхід використаний в КК Киргизької Республіки, де в ст.31 "Форми співучасті", передбачені всі можливі форми співучасті, в тому числі та, про яку ми зазначали і, яка не передбачена в ст.28 КК України. Зокрема, в ч. 1 ст.31 КК Киргизької Республіки формами співучасті в злочині визнаються: проста співучасть, складна співучасть, організована група, злочинне співтовариство.

Обумовлена нами вище форма співучасті, тобто співучасть у вузькому розумінні передбачена в ч.3 ст.31 КК Киргизької Республіки, де під складною співучастью визнається вчинення злочину двома або більше особами з розподілом ролей (організатора, підбурювача, виконавця та пособника) [2].

Загалом необхідно відмітити, що така форма співучасті як "група осіб за попередньою змовою" передбачена в усіх вказаних кримінальних кодексах, зокрема: КК Азербайджанської Республіки (п.34.2. ст.34) [5]; КК Республіки Білорусь (ч.2 ст.17) [6]; КК Республіки Казахстан (ч.2 ст.31) [3]; КК Киргизької Республіки (ч.2 ст.31) [2]; КК Республіки Молдова (ст. 44) [1]; КК Російської Федерації (ч.2 ст.35) [7]; КК Республіки Таджикистан (ч.2 ст.39) [8].

Як вбачається з наведених положень кодексів, в одних державах "група осіб за попередньою змовою" на нормативному рівні визначена як різновид співвиконавства: КК Республіки Білорусь, КК Киргизької Республіки, КК Республіки Молдова, в інших: КК Азербайджанської Республіки, КК Республіки Казахстан, КК Російської Федерації, КК Республіки Таджикистан, буквально вказівка про це відсутня, хоча цілком імовірно, що в науці кримінального права цих держав дана форма співучасті все ж розглядається як різновид співвиконавства. Наприклад, А.В. Наумов, тлумачачи зміст даної форми співучасті, зазначає, що ця форма співучасті може поєднуватись як зі співвиконавством, так і зі співучастю у вузькому розумінні, тобто з розподілом ролей, однак в останньому випадку повинно бути не менше двох співвиконавців. При цьому, як зазначає А.В. Наумов, згідно з роз'ясненнями, що містяться в постанові Пленуму Верховного Суду Російської Федерації від 27.12.2002 р. №29 "Про судову практику у справах про крадіжку, грабїж і розбїй", якщо крім співвиконавців у вчиненні злочини брали участь особи, які допомагали співвиконавцям, то їх дії кваліфікуються як співучасть у формі пособництва за ознакою "вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб", з посиланням на ч.5 ст.33 КК Російської Федерації [9, с. 457-458], де й визначені ознаки пособництва. Такої позиції дотримується й інший російський вчений А.А. Гравіна [10, с.143].

Таким чином, в кримінальному праві держав, законодавство яких нами аналізується має місце згадуване в роботі раніше "вузьке розуміння" групи осіб за попередньою змовою, тобто як співвиконавства. Такий підхід є тотожним з тим, який використовує правозастосовна практика України і підтримує переважна більшість науковців.

Ми також погоджуємось з тим, що вузьке розуміння групи осіб за попередньою змовою дійсно має право на існування, а враховуючи відсутність нормативних приписів, які б давали можливість розглядати групу осіб за попередньою змовою як колективного суб'єкта незалежно від видового складу співучасників, на відміну від організованої групи, вузьке розуміння цієї форми співучасті є достатньо обґрунтованим з правової точки зору.

Однак, якщо проаналізувати систему форм співучасті, які передбачені в вказаних вище кодексах, то вона в цілому дозволяє більш повно врахувати специфічні характеристики можливих проявів співучасті, які наділені ознаками різних форм співучасті, і забезпечити більш точну їх кримінально-правову оцінку.

Зокрема, мова йде про наступне. Підхід, який домінує в кримінальному праві України щодо змісту ознак організованої групи та групи осіб за попередньою змовою унеможливорює точну і належно сувору кримінально-правову оцінку дій осіб, в наступних випадках:

1) дії двох суб'єктів, що виконували ролі різних видів співучасників, які відзначались високою організованістю і були наявні ознаки організованої групи, не можуть бути кваліфіковані ні за ознакою "вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою", через відсутність співвиконавства, ні за ознакою "вчинення злочину організованою групою", через відсутність третього суб'єкта;

2) дії трьох суб'єктів в поєднанні з усіма іншими ознаками організованої групи, але за відсутності мети – вчинення мінімум двох злочинів, не можуть бути кваліфіковані за ознакою вчинення злочину організованою групою.

Щоб виправити другу ситуацію, як вже зазначалось, Пленум Верховного Суду України в п.9 постанови "Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями" №13 від 23.12.2005 р., використовуючи недосконалість буквального формулювання положень ч.3 ст.28 КК України, дав дуже широке тлумачення змісту мети створення організованої групи, як однієї з конститутивних ознак цієї форми співучасті, а саме зазначив, що такою метою може охоплюватись вчинення ряду злочинів або тільки одного, який потребує ретельної довготривалої підготовки [11, с. 480]. Такий підхід суперечить буквальному змісту ч.3 ст.28 КК України, де мова йде про мету вчинення декількох злочинів, однак, вочевидь, таким чином передбачалось усунення прогалини в законодавчому регулюванні відповідальності за вчинення злочину декількома особами при наявності ознак притаманних організованій групі, але за попередньою домовленістю, яка стосується лише одного злочину.

В цьому плані підхід, використаний в аналізованих нами зарубіжних кримінальних кодексах більш чіткий. Законодавець тут прямо вказує на те, що організована група створюється з метою вчинення одного або декількох злочинів, зокрема:

1) КК Азербайджанської Республіки – п. 34.3. ст.34 "Злочин визнається вчиненим організованою групою, якщо він вчинений стійкою групою, яка складається з двох або більше осіб, які заздалегідь об'єдналися для вчинення одного чи декількох злочинів" [5];

2) КК Республіки Білорусь – ст.18 "Злочин визнається вчиненим організованою групою, якщо він вчинений двома або більше особами, які попередньо об'єдналися в керівану стійку групу для спільної злочинної діяльності" [6];

3) КК Республіки Казахстан – ч.3 ст.31 "Злочин визнається вчиненим організованою групою, якщо він вчинений стійкою групою осіб, які заздалегідь об'єдналися для вчинення одного або декількох злочинів" [3];

4) КК Республіки Молдова – ст. 46 "Організованою злочинною групою визнається стійка група осіб, які попередньо організувалися з метою вчинення одного або декількох злочинів" [1];

5) КК Російської Федерації – ч.3 ст.35 "Злочин визнається вчиненим організованою групою, якщо він вчинений стійкою групою осіб, які заздалегідь об'єдналися для вчинення одного або декількох злочинів" [7];

6) КК Республіки Таджикистан – ч.3 ст.39 "Злочин визнається вчиненим організованою групою, якщо він вчинений стійкою групою осіб, які заздалегідь об'єдналися для вчинення одного або декількох злочинів" [8].

Разом з тим, вказівка на один злочин створює деяку внутрішню суперечливість в самому понятті організованої групи, яке дається у наведених положеннях зарубіжних кодексів. Зокрема, мова йде про суперечність мети створення організованої групи з іншою конститутивною ознакою розглядуваної форми співучасті, її стійкістю.

Так, при аналізі змісту ознак організованої групи за КК України нами вже робився висновок про те, що саме мета створення організованої групи – для вчинення декількох злочинів, логічно обумовлює стійкість організованої групи, оскільки для вчинення декількох злочинів об'єктивно необхідно більше часу ніж для вчинення одного. При цьому є всі підстави стверджувати, що законодавець орієнтувався на реальну, а не ідеальну сукупність в діях учасників організованої групи.

Отже, визначення в зарубіжному законодавстві мети створення організованої групи як вчинення одного злочину входить у змістовну суперечність з іншою її нормативно закріпленою ознакою – стійкістю групи.

На нашу думку, ключовим показником стійкості групи є кількість запланованих і вчинених групою злочинів. Відповідно, з одного боку, в зарубіжних кодексах системне співвідношення групи осіб за попередньою змовою і організованої групи, виходячи з нормативних положень видається досконалішим, оскільки більш повно і точно охоплює можливі прояви співучасті типовими формами співучасті, з іншого боку, все ж таки існує внутрішня суперечливість в самому понятті організованої групи.

Що стосується першої вказаної вище проблемної ситуації, то в зарубіжному законодавстві, як видно з наведених положень кодексів, обмеження кількісного складу організованої групи мінімум двома особами, а не трьома, як в КК України, як і мета – вчинення одного злочину, також розширює зміст організованої групи. Відповідно, згідно з аналізованими зарубіжними кодексами, такими формами співучасті як група осіб за попередньою змовою та організована група можна охопити більше, порівняно з КК України, конкретних проявів співучасті, які за змістовними характеристиками є несумісними зі співучастю у вузькому розумінні.

Однак, з іншого боку, такий низький кількісний склад організованої групи, на нашу думку, не відтворює належним чином дійсного змісту такого злочинного об'єднання декількох осіб, яке охоплюється поняттям "організована група".

Враховуючи вищевикладене слід відмітити, що визначення організованої групи закріплене в ч.3 ст.28 КК України, з огляду на зміст кожної з передбачених в ньому ознак, є більш точним порівняно із зарубіжними відповідниками. Однак, системне охоплення можливих проявів співучасті типовими формами співучасті, передбаченими в КК України, потребує вдосконалення, і найбільш вдалим способом для цього є розширення змісту такої форми співучасті як "група осіб за попередньою змовою" разом з доповненням Кодексу нормативними орієнтирами щодо кваліфікації дій учасників групи, які б дозволили охопити цією формою співучасті дії різних видів співучасників, як колективного суб'єкта.

1. Уголовный кодекс Республики Молдова / Принят 18 апреля 2002 г. Введен в действие с 12 июня 2003 г. / Вступ. статья канд. юрид. наук А.И. Лукашова. – СПб.: Издательство "Юридический центр Пресс", 2003. – 408 с. 2. Уголовный кодекс Кыргызской Республики / Принят 18 сентября 1997 г., в редакции закона от 12 марта 2002 г. / Предисл. канд. юр. наук, зам. прокурора Санкт-Петербурга А.П. Стуканова, канд. юр. наук, зам. нач. управления прокуратуры Санкт-Петербурга П.Ю. Константинова – СПб.: Издательство "Юридический центр Пресс", 2002. – 352 с. 3. Уголовный кодекс Республики Казахстан / Закон Республики Казахстан от 16 июля 1997 г. / Предисл. министра юстиции Республики Казахстан, докт. юр. наук, проф. И.И. Рогова. – СПб.: Издательство "Юридический центр Пресс", 2001. – 466 с. 4. Навроцкий В.О. Основы криминально-правовой квалификации: Навальный посібник. – К.: Юринком Интер, 2006. – 704 с. 5. Уголовный кодекс Азербайджанской Республики / Утвержден Законом Азербайджанской республики от 30 декабря 1999 г. Вступил в силу с 1 сентября 2000 г. – Баку: Издательство "Юридическая литература", 2006. – 264 с. 6. Уголовный кодекс Республики Беларусь: принят Палатой представителей 2 июня 1999 года: одобрен Советом Республики 24 июня 1999 года: текст по состоянию на 12 марта 2007 г. – Минск: Амалфея, 2007. – 336 с. 7. Уголовный кодекс Российской Федерации. Официальный текст с изменениями и дополнениями согласно ФЗ №162 от 08.12.2003 г. ФЗ №169 от 08.12.2003 г. – М.: "ЮрКнига", 2004. – 160 с. 8. Уголовный кодекс Республики Таджикистан / Принят Законом Республики Таджикистан от 21 мая 1998 г. Введен в действие 1 сентября 1998 г. / Предисловие А.В. Федорова – СПб.: Издательство "Юридический центр Пресс", 2001. – 410 с. 9. Наумов А.В. Российское уголовное право. Курс лекций: в 3 т. Т.1. Общая часть. – 4-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – 736 с. 10. Научно-практический комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. В.П. Кашепов. – М.: ОАО "Издательский дом "Городец", 2005. – 752 с. 11. Постановки Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах (2-е вид., змін. і доп.). – К.: Видавничий дім "Скіф", 2006. – 492 с.

ДЕРЖАВНЕ УПРАВЛІННЯ ТА ПУБЛІЧНА АДМІНІСТРАЦІЯ: ШЛЯХ ДО ДЕМОКРАТІЇ

Досліджено поняття державного управління та публічної адміністрації, з'ясовано різницю між ними, визначено європейські принципи і стандарти в цій сфері та можливість їх запозичення в законодавство України.

Ключові слова: державне управління, публічна адміністрація, європейські стандарти належного врядування.

Исследованы понятия государственного управления и публичной администрации, установлена разница между этими двумя понятиями, определены европейские принципы и стандарты в этой сфере и возможность их заимствования в законодательство Украины.

Ключевые слова: государственное управление, публичная администрация, стандарты надлежащего управления.

Definitions of state administration and public administration are investigated. The difference between two categories explicated. European standards and principles in this field and possibilities of its implementation in Ukraine are explored.

Keywords: state administration, public administration, good governance standards.

Україна обрала шлях демократизації своєї правової системи, взявши за зразок європейські соціальні цінності та спрямованість на демократизацію. Вирішальний спосіб забезпечити демократичну спрямованість влади – покласти в основу діяльності держави обов'язок неухильно дотримуватись пріоритету прав і свобод людини встановити належну відповідальність державних органів і посадових осіб за невиконання цього обов'язку [10, С.6]. Саме через демократизацію державного управління держава може стати на шлях належного забезпечення та захисту прав людини і громадянина. Для повноцінного утвердження демократичних засад державного управління адміністративно-правовий режим взаємовідносин органів виконавчої влади і людини повинен виходити зі становища особи як такого суб'єкта, перед яким виконавча влада відповідальна за свою діяльність і має ґрунтуватися на беззаперечному визнанні пріоритету прав людини, її законних інтересів, правомірності її вимог і очікувань від діяльності державних органів, їх посадових осіб [10, С.8]. Виконавча влада і державне управління є своєрідними сторонами – умовно кажучи "статикою" і "динамікою" – єдиного явища, яке прийнято визначати як управлінську сферу діяльності держави [11, С.37].

В класичному розумінні, *державне управління – це цілеспрямований, організуючий і регулюючий вплив держави через систему її органів та посадових осіб на суспільні процеси, свідомість, поведінку і діяльність людей, що здійснюється в межах суб'єктивного фактора (суспільства) як управляючий вплив одних людей, організованих у владні структури, на інших, головним чином зайнятих у сферах відтворення матеріальних, соціальних та духовних цінностей та продуктів* [6, С.38]. В.Б.Авер'янов зазначав, що "місце і роль державного управління у суспільстві визначається тим, що воно у своєму існуванні спирається на владу – організовану силу суспільства, здатну використовувати метод примусу, поширює свій вплив на суспільство, охоплюючи управлінським впливом його важливі "вузлові" процеси, явища та взаємозв'язки та діє системно, оскільки з'єднує функціонування двох складних структур – державного апарату управління та публічних проявів суспільства", тобто *"управління – це і є організуюча діяльність держави, спрямована на виконання її завдань та функцій"* [11, С.29-30]. Він визначив державне управління як *особливий та самостійний різновид діяльності держави, що здійснює окрема система спеціальних державних органів – органів виконавчої влади* [11, С.6]. Також державне управління визначають як "підзаконну діяльність органів виконавчої влади, спрямовану на організацію нормального життя суспільства і забезпечення особистої безпеки громадян, на створення умов для їхнього матеріального, культурного та духовного розвитку" [20, С.5-6] або *"діяльність виконавчо-розпорядчого харак-*

теру, основним напрямком якої є виконання, тобто проведення в життя законів та підзаконних нормативно-правових актів" [19, С.17].

Рухаючись в напрямку Європи, Україні, поряд з поняттям державного управління, необхідно брати до уваги ще одну категорію – "публічна адміністрація". Проте не тому, що це поняття більш "сучасним", і не тому, що, визначивши для себе стратегічним європейський напрямок Україна повинна "копіювати" основні поняття і категорії до свого законодавства, а тому, що надати старому поняттю повністю нове, кардинально протилежне вихідному, значення – завдання не з легких, яке, до того ж, не є доцільним, головним чином, тому, що "державне управління" сприймається виключно як "спосіб реалізації державною владою розпорядчо-дозвільних функцій..." [21, С.19].

На відміну від права Європейського Союзу, для якого поняття "публічна адміністрація" є поширеним та часто вживаним в офіційних документах, у вітчизняній правовій науці цей термін є відносно новим і вперше в науковий обіг його було введено у 2001 році [9, С. 202], на офіційному рівні про нього вперше згадують у Концепції реформування публічної адміністрації в Україні [17]. Ця конструкція є вихідним терміном Концепції. Сенс цієї нової конструкції полягає у тому, що до цього часу вітчизняне адміністративне право та теорія управління оперували двома такими поняттями як "державне управління" та "місцеве самоврядування". Але світова практика включає ці два поняття в одну систему, визначаючи її як "public administration" ("публічна адміністрація"), тому, впроваджуючи реформу адміністративного права, необхідним є врахування світового досвіду загалом і європейського зокрема, враховуючи при цьому особливості національної правової системи.

Проте поняття "публічна адміністрація" виступає не просто симбіозом понять "державне управління" а "місцеве самоврядування", воно наділено якісно іншим змістом. Відтак, розглянемо, чим відрізняється сучасне поняття "публічна адміністрація" від звичного нам "державного управління".

Так, вітчизняні фахівці з адміністративного права, такі, як В.Б.Авер'янов, І.Б.Коліушко та В.П.Тимошук, аналізуючи термін "публічна адміністрація" визначили його як сукупність органів та інших інституцій, підпорядкованих політичній владі, які забезпечують виконання закону та здійснюють інші публічно-управлінські функції [14]. Також публічну адміністрацію детермінують як організацію та діяльність органів (установ, структурних організацій), що наділені прерогативами публічної влади і основою діяльності яких є забезпечення виконання чинного законодавства в публічних інтересах [4, С.89]. Враховуючи той факт, що в словосполученні "управління" змінює "адміністрація", зауважимо цікаву деталь: у західних країнах вважається, що слово "адміністрація" походить від латинського *ministrare* – "служити" [13, С.10]. В

той же час, спочатку в радянських джерелах, а тепер і в більшості сучасних українських праць термін "адміністрація" перекладають як "управління" [15, С.6], тобто від іншого латинського терміну – *administratio* [3, С.27].

Тепер до питання заміни "державний" на "публічний" – публічна адміністрація самою назвою передбачає спрямованість на реалізацію публічних, тобто, народних інтересів [4, С.90], а, отже, для публічної адміністрації характерною є наявність публічно-правових відносин. Ознаками публічно-правових відносин є:

- обов'язкова участь у цих відносинах суб'єкта, який наділений публічно-владними повноваженнями (влада, яку реалізують державні органи, органи місцевого самоврядування, їхні посадові та службові особи, уповноважені ними суб'єкти, виходить від держави або територіальної громади і спрямована на здійснення завдань та функцій цих соціальних утворень, а, отже, така влада є публічною);

- підпорядкованість одного учасника публічно-правових відносин іншому – суб'єкту владних повноважень (проявляється у можливості суб'єкта владних повноважень, здійснюючи свої повноваження, вирішувати питання про права та обов'язки особи, яка бере участь в правовідносинах);

- імперативність публічно-правових відносин (імперативність означає можливість виникнення та реалізації прав, обов'язків осіб, виконання владних повноважень лише в спосіб та у випадках, передбачених законом (ст. 19 КУ);

- домінування публічно-правового інтересу у цих відносинах Публічний інтерес – це інтерес соціальної спільності, що визнаний, задоволений державою. Визнання публічності інтересу здійснюється шляхом його правового (юридичного) забезпечення (фіксації в нормах і встановленні механізму реалізації) [5, С.31].

На "батьківщині" публічної адміністрації – в країнах ЄС, цей термін існує у двох значеннях: вузькому і широкому. У вузькому сенсі під "публічною адміністрацією" розуміються "регіональні органи, місцеві та інші органи публічної влади", "центральні уряди" та "публічна служба" [8, С.74]. Виходячи з того, що до "публічної адміністрації" відносяться органи публічної влади, розглянемо, які саме органи до них включаються. Це є "інституції регіонального, місцевого чи іншого характеру, інші органи, діяльність яких регулюється нормами публічного права чи діями держав-членів, органи, наділені достатніми суверенними повноваженнями країни, які з формальної точки зору не є частиною адміністративного апарату держави-члена, але структура та завдання якого визначені в законі (причому ці завдання належать сфері функціонування держави)" [8, С.75]. Таким чином, у вузькому сенсі під "публічною адміністрацією" розуміється система органів публічної влади, які здійснюють свої завдання у сфері функціонування держави виключно в інтересах суспільства [7]. В широкому сенсі в праві ЄС до "публічної адміністрації", крім органів публічної влади, відносять ті органи, які не входять до неї, організації, але виконують делеговані нею функції [16, С.27]. Якщо ж звернутись до Резолюції щодо публічної відповідальності [1], публічна влада (*public authorities*) є будь-якою установою публічного права (включаючи державу, регіональні та місцеві органи державної влади, незалежні публічні підприємства) та фізичними особами під час виконання ними повноважень офіційних органів.

Діяльність органів публічної адміністрації ґрунтується на наступних загальних принципах: 1) верховенства права як пріоритету прав та свобод людини і громадянина, гуманізму та справедливості в діяльності публічної адміністрації; 2) законності як діяльності публічної

адміністрації відповідно до повноважень і в порядку, визначених законом; 3) відкритості як оприлюднення та доступності для громадян інформації про діяльність та рішення публічної адміністрації, а також надання публічної інформації на вимогу громадян; 4) пропорційності як вимоги щодо обмежень рішень публічної адміністрації метою, якої необхідно досягти, умовами її досягнення, а також обов'язку публічної адміністрації зважати на наслідки своїх рішень, дій та бездіяльності; 5) ефективності як обов'язку публічної адміністрації забезпечувати досягнення необхідних результатів у вирішенні покладених на неї завдань при оптимальному використанні публічних ресурсів; 6) підконтрольності як обов'язкового внутрішнього та зовнішнього контролю за діяльністю публічної адміністрації, в тому числі судового; 7) відповідальності як обов'язку публічної адміністрації нести юридичну відповідальність за прийняті рішення, дії та бездіяльність [12, С.7].

Для того, щоб становлення публічної адміністрації в Україні виявилось ефективним, необхідним є вирішення наступних завдань: 1) формування стабільної та ефективної організації і діяльності виконавчої влади, насамперед, шляхом інституційного розмежування політичних та адміністративних функцій в системі виконавчої влади; 2) організації професійної, політично нейтральної та відкритої публічної служби шляхом відмежування політичних посад від сфери публічної служби, встановлення правових механізмів захисту публічних службовців від незаконних політичних впливів, запровадження відкритого конкурсного прийняття на публічну службу та службового просування тощо; 3) створення системи спроможного місцевого самоврядування шляхом децентралізації публічних завдань (повноважень) та ресурсів, створення економічно самодостатніх суб'єктів місцевого самоврядування у сільській місцевості; 4) визначення перспектив та створення передумов для запровадження регіонального самоврядування; 5) зміцнення статусу приватних осіб у відносинах з органами публічної адміністрації шляхом справедливого правового регулювання адміністративної процедури, впровадження нових організаційних форм та стандартів якості адміністративних послуг, удосконалення механізмів правового захисту приватних осіб у відносинах з органами публічної адміністрації; 6) гарантування підконтрольності публічної адміністрації політичній владі та суспільству шляхом посилення контрольних функцій парламенту, місцевих рад та фінансового контролю, розвитку системи адміністративного судочинства, залучення громадськості до участі в управлінні публічними справами [17].

Враховуючи вищевикладене, можна виділити наступні ознаки публічної адміністрації:

1. Певним чином узгоджена і організована система органів;

2. Суб'єктом виступає держава в особі органів державної виконавчої влади та виконавчих органів місцевого самоврядування;

3. Складовими елементами системи виступають також державні заклади, організації, установи;

4. Публічна адміністрація спирається на владні повноваження, виконує адміністративно-управлінські функції;

5. Діяльність публічної адміністрації поширюється на все суспільство;

6. Метою діяльності виступає забезпечення інтересів як держави, так і суспільства в цілому, а не окремих громадян і соціальних груп;

7. Щодо методів впливу, то, окрім комплексу правових, політичних, економічних методів і засобів, застосовується і примус за допомогою правоохоронних органів [18, С.522].

Отже, термін "публічна адміністрація" виступає симбіозом змісту термінів "державне управління" та "місцеве самоврядування", та є сукупністю органів виконавчої влади та місцевого самоврядування, що підпорядковані публічній владі, діяльність яких спрямована на виконання закону та реалізацію інших публічно-управлінських функцій, які можуть делегуватися підприємствам, установам та організаціям та будь-які інші суб'єкти, що здійснюють функції публічного управління, які своєю діяльністю забезпечують права і свободи людини і громадянина.

Впровадження європейських стандартів діяльності органів публічної адміністрації є передумовою розбудови демократичної держави та громадянського суспільства. Уособленням складової таких стандартів наразі виступає концепція **належного врядування**. Слово "врядування" (governance) з'явилося вперше в 1937 р. у статті американського економіста Рональда Коуза "The nature of the firm" [23]. В сучасному розумінні термін "врядування" став відомим наприкінці 1980-х – на початку 1990-х рр., коли низка пов'язаних між собою проблем і викликів змушують держави шукати нові форми і підходи до здійснення управління, серед яких: глобалізація; інформатизація, швидке поширення інформації через ЗМІ та Інтернет; стрімкий розвиток інформаційних технологій; суспільні трансформації тощо. Ініціаторами досліджень врядування виступили міжнародні організації, що опікуються суспільними трансформаціями та просуванням демократичних реформ. Питанням врядування присвечують свої праці такі відомі вчені, як Т.Крістіансен, Дж.Річардсон, В.Волес, Л.Меткаф, С.Гоці та інші [10, С.50].

Обґрунтування доцільності вживання терміна "врядування" замість "управління" наявні в робочих та офіційних документах ООН, ПРООН, Світового банку, ОЕСР і т.ін., які визначають його як управлінський аспект діяльності всієї системи влади в країні: "урядування можна розглядати як практику економічної, політичної і адміністративної влади з управління справами держави на всіх рівнях. Це поняття об'єднує механізми, процеси та інститути, через які громадяни і групи висловлюють свої інтереси, реалізують законні права, виконують обов'язки і балансують між розбіжностями". Зазвичай врядування розглядають як процес взаємодії органів влади із суспільними інститутами та громадянами в процесі прийняття рішень, як поліцентричну форму соціальної координації, в якій узгоджуються добровільно індивідами та організаціями, з самоврядними і власними примусовими властивостями.

Сама концепція "governance" складається з трьох основних елементів, які впроваджуються в життя під егідою понять "колегіальність" та "взаємодія":

- Відповідальність несе не тільки політична влада. "Governance" являє собою компроміс, заснований на впливі політичного, економічного й соціального факторів, оскільки пропонує нові форми дій, що ставляться до регулювання;

- Різні суб'єкти вимагають залучення до процесу прийняття рішень і в стані пропонувати нові рішення для вирішення суспільних проблем. "Governance" наголошує на делегуванні відповідальності, що відбувається в трикутнику між державою, громадянським суспільством і ринком;

- Жоден із суб'єктів не має знань і засобів, необхідних для самостійного вирішення проблем, що існують. Виникає необхідність у багатовимірних процесах взаємодії та переговорів між різними учасниками, оскільки кожна проблема, що виникла, має свій рівень, на якому вона має бути вирішена – відповідний рівень виступає гарантією належного розв'язання проблеми [23].

Європейське врядування являє собою унікальний, характерний для Європейського Союзу спосіб прийняття рішень, вироблення та реалізації європейських політик, до якого залучені: 1) наднаціональні органи ЄС; 2) держави-члени; 3) їхні субнаціональні органи держав-членів (провінції, землі, кантони, регіони тощо); 4) бізнес-громади, зокрема транснаціональні корпорації, малий, середній, сімейний бізнес або підприємництво; 5) громадянське суспільство, зокрема, асоціації та платформи неурядових організацій, конфедерації профспілок та професійні асоціації, благодійні фонди і т.ін. [10, С.12].

На сьогодні основними принципами належного урядування в Європі вважають:

- **участь** (всі громадяни мають право голосу в прийнятті рішень – прямо чи за допомогою легітимних інститутів, які представляють їх інтереси, така широка участь будується на свободі зібрання слова, а також на здатності до конструктивного діалогу);

- **верховенство права** (чесність і безпристрасність правових структур, особливо тих, які забезпечують дотримання прав людини);

- **прозорість** (свобода інформації, її повнота і доступність, для всіх, хто у ній зацікавлений);

- **чутливість** (всі інститути реагують на щонайменші потреби своїх громадян);

- **орієнтація на згоду** (дотримання балансу інтересів для досягнення широкого консенсусу з питання, що найбільше відповідатиме потребам групи і якими способами, з допомогою яких процедур цього слід добиватися);

- **справедливість** (усі громадяни мають можливість покращити свій добробут);

- **результативність і дієвість** (максимально ефективне використання ресурсів для задоволення потреб громадян);

- **підзвітність** (уряд, приватний бізнес і структури громадянського суспільства підзвітні громадськості та інституційним носіям прав);

- **стратегічне бачення** (лідери і громадськість виходять із довгострокових перспектив управління і розвитку особистості, чітко уявляють засоби для їх реалізації) [22, С.94]. Цей перелік є удосконаленим та розширеним варіантом принципів, що у 2001 році були визначені у Білій книзі Європейського урядування: відкритість, участь, підзвітність, ефективність та злагожденість.

Залишається актуальним питання: чому саме концепція належного урядування зможе краще за інші забезпечити права людини і громадянина? Вона наділена трьома важливими рисами, що дозволяють приходити до таких висновків, а саме:

1. Урядування по-новому визначає силу держави. Донедавна правозахисники вагалися з відповіддю на питання про те, яка з держав може краще гарантувати права людини й громадянина – сильна чи слабка? Концепція урядування трансформує "владу над" у "владу для", нівелюючи таким чином потребу держави застосовувати силові механізми, оскільки рішення будуть виконуватися добровільно;

2. Сама концепція орієнтована на задоволення потреб та інтересів людини. Однією з її основних цілей є підвищення ефективності та результативності державного управління, яке "служить" людині, а не людина є лише одним із складових елементів процесу управління державою;

3. Поліцентричність – одна з найважливіших рис концепції урядування – наявність кількох центрів прийняття рішень. Це дозволяє приймати рішення на тому рівні, який найкраще може розв'язати певну суспільну проблему, і створює перепони для монополізації влади із при-

іння ршень одним із центрів [22, С. 80]. Фахівці у даній галузі вважають, що саме цих трьох ознак бракує концепціям, що впроваджувалися досі в Україні, оскільки всебічне зосередження на потребах людини є необхідним та ключовим аспектом будь-яких демократичних перетворень в державі. І хоча для України запровадження зазначених стандартів є не обов'язковим, а рекомендованим, їх закріплення та реалізація повинні стати своєрідним трампліном встановлення рівноправ'я між державою та громадянами, оскільки Україна прагне до статусу демократичної, соціальної і правової держави, як це визначено статтею першою Основного Закону держави.

1. Recommendation No. R (84) 15 of the Committee of Ministers to member states //relating to public liability//. – [Електронний ресурс] – Режим доступу: www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/administrative_law_and_justice/ 2. Авер'янов В.Б. Реформування українського адміністративного права: ґрунтовний привід для теоретичної дискусії // Право України. – 2003. – №5. – С.117. 3. Авер'янов В. Характер предмета адміністративного права: уточнення доктринальної оцінки/ Державне управління: проблеми адміністративно-правової теорії та практики / За заг. ред. В.Б.Авер'янова. – К.: Факт, 2003. – С. 25-30. 4. Адміністративне право України (у визначеннях та схемах): Навч. посіб. – К.: Атіка, 2008. – 272 с. 5. Адміністративне право України: Підручник. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 544 с. 6. Атаманчук Г.В. Теория государственного управления: Курс лекций. – М.: Юрид. Лит., 1997. – 400 с. 7. Білозерська Т.О. Реформування публічної адміністрації в Україні як крок до європейської інтеграції. – [Електронний ресурс] – Режим доступу: www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2007-2/07btodei.pdf 8. Гнидюк Н. Визначення поняття публічної адміністрації в ACQUIS COMMUNAUTAIRE // Законодавство України: Наук.-практ.коментар. – 2006. – №10. – С.74-77. 9. Гнидюк Н. Публічна адміністрація як об'єкт

структурних змін // Збірник наукових праць УАДУ/ За заг.ред. В.І. Лугового, В.М. Князева. – К.: Вид-во УАДУ, 2001. – Вип. 1 – С.202 – 212. 10. Демократичні засади державного управління та адміністративне право: Монографія / [Кол.авт.: Шемшученко Ю.С., Авер'янов В.Б., Андрійко О.Ф., Кресіна І.О., Нагребельний В.П. та ін.]; за заг.ред. д.ю.н. В.Б. Авер'янова. – К.: Видавництво "Юридична думка", 2010. – 496 с. 11. Державне управління: теорія і практика / За ред. В.Б.Авер'янова – К.: Юрінком Інтер, 1998. – 432 с. 12. Ефективна публічна адміністрація (довідник для міністрів)/ автори-упорядники: І. Коліушко, В. Тимошук. – К., 2006. – 32 с. 13. І.Коліушко. Пріоритети розвитку українського адміністративного права // Адміністративне право в контексті європейського вибору України. Збірник наукових праць. – К.: Міленіум, 2004. – С.10-13. 14. Коліушко І., Тимошук В. Реформа публічної адміністрації на місцевому та регіональному рівні як один із напрямків адміністративної реформи. – [Електронний ресурс] – Режим доступу: www.municipal.gov.ua/data/loads/2005_zbirn_problemttrans_statta_koliyshko_timoshuk.doc 15. Колпаков В.К., Кузьменко О.В. Адміністративне право України: Підручник. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 544 с. 16. Комашко М.В. Деякі проблемні питання делегування повноважень у сфері здійснення місцевого самоврядування // Держава та регіони. Сер.: Право. – 2001. – №2. – С.27-31. 17. Концепція реформування публічної адміністрації. – [Електронний ресурс] – Режим доступу: www.center.gov.ua/docman/ 18. Кравцова Т.М., Солонар А.В.: Форум права 2010 р., №4, с.522-525. 19. Нижник Н.Р. Деякі аспекти сучасної концепції державного управління в Україні // Вісник УАДУ. – X, 1995. – Вип.4. – С.17 – 18. 20. Нижник Н.Р., Машков О.А. Системний підхід в організації державного управління. – К.: Вид-во УАДУ, 1998. – 160 с. 21. Пікулькин А.В. Система государственного управления. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2001. – 399 с. 22. Права громадян у сфері виконавчої влади: адміністративно-правове забезпечення реалізації та захисту. – К.: Наук. Думка, 2007. – 586 с. 23. Стрельцов В.Ю. Формування та розвиток концепції європейського врядування. – [Електронний ресурс] – Режим доступу: www.kbuapa.kharkov.ua

Надійшла до редколегії 01.06.11

Ю. Борисова, асп.

ДО ПРОБЛЕМИ ВХОДЖЕННЯ "ЕЛЕКТРОННОЇ" ФОРМИ ПРАВОЧИНУ В ТРАДИЦІЙНУ КЛАСИФІКАЦІЮ ФОРМ ПРАВОЧИНУ

Стаття присвячена проблемі правового регулювання "електронної" форми правочину в цивільному праві України. Автор проаналізував теоретичні наукові розробки з даного питання та діюче законодавство на предмет співвідношення "електронної" форми правочину з традиційними усною та письмовою формами. На підставі викладеного зроблено власний висновок про оптимальне входження нової теоретичної конструкції "електронна форма правочину" до цивільного права.

Ключові слова: правочин, форма правочину.

Статья посвящена проблеме правового регулирования "электронной" формы сделки в гражданском праве Украины. Автор анализирует теоретические научные разработки по этому вопросу и действующее законодательство касательно предмета соотношения "электронной" формы сделки с традиционными усной и письменной формами. На основании изложенного сделан собственный вывод про оптимальное входжение новой теоретической конструкции "электронная форма сделки" в гражданское право.

Ключевые слова: сделка, форма сделки.

Article is devoted to the legal regulation of "electronic" transaction forms in the civil law of Ukraine. The author has analyzed the theoretical research and development on this issue and the legislation in relation to the subject of "electronic" form of the transaction with the traditional oral and written forms. Based on the above draw their own conclusions about the optimal entry of a new theoretical framework "electronic form of the transaction" in civil law.

Key words: transaction, forms of transaction.

Актуальність дослідження зумовлена тим, що в останні десятиріччя електронні технології залучаються до все нових сфер життя людини, в тому числі і до відносин в сфері торгівельної діяльності, що призвело до появи нового феномену – електронної комерції. Завдяю повноцінному розвитку нового явища виступають не технологічні причини, а недосконалість та, часом, відсутність правового регулювання зазначених відносин. Оскільки електронні технології пов'язані з економічними базисними процесами і все частіше виступають сполучним елементом між різними суб'єктами, наявність відповідної правової основи, що визначає завдання, напрямки розвитку та діяльності національного ринку, має суттєве стратегічне значення. Вона повинна будуватися відповідно до принципів розвитку світових ринків електронних товарів і послуг. Правові норми при цьому не повинні суперечити одна одній і нормам міжнародного права [1, с.8].

Метою статті є дослідження проблеми нової, так званої, "електронної" форми правочину для вироблення висновків про її співвіднесення з традиційними усною та письмовою формами.

Поява нових економічних і правових явищ, таких як "електронний правочин", "електронний цифровий підпис", "електронний документ", "електронна комерція" свідчить про зміну самого типу суспільного мислення. Розвиток мережі Інтернет вносить багато нового у відносини між суб'єктами, які користуються нею. Тепер з'явилася можливість за лічені секунди укласти договір з контрагентом з іншого міста або країни. При цьому нові завдання виникають і у цивільного права, які полягають в тому, щоб підготувати правову базу для регулювання вже виниклих суспільних відносин. Таким чином, в даний час окреслилася гостра потреба у вивченні, розробці та впровадженні механізмів функціонування електронної діяльності [2].

Одним із гострих неврегульованих питань в сфері електронної комерції постає форма правочинів, дотримання якої є однією із загальних вимог, необхідних для забезпечення його чинності. Форма є однією з ключових категорій вчення про правочин. Ні чинне цивільне законодавство, ні наука цивільного права не дають однозначного визначення поняття форми правочину, немає серед юристів одностайної думки і стосовно її типології. Ця проблема призводить до неоднозначного тлумачення й застосування чинного законодавства.

Зміст і форма – філософські категорії, які традиційно використовуються для характеристики відносини між способом організації речі і власне матеріалом, з якого дана річ складається [3].

Форма у філософії (форма, морф) – поняття, що позначає деяку протилежність змісту і субстанції. Значення поняття форми в різних філософських дисциплінах – наприклад, в метафізиці, логіці, естетиці, етиці – різне. Подібно до того, як якість предмета не може бути відокремлена від нього без зміни самого предмета, так і форма невіддільна від змісту як його сутності [4].

Таким чином, філософія розглядає поняття "форма" у взаємозв'язку з категорією "зміст". Змістом в нашому випадку виступає правочин.

Тут доцільно згадати, що дискусія про форму правочину не є новою для доктрини цивільного права. Так, в радянській доктрині цивільного права сформувалися два погляди на цю проблему. Представники першої групи (В. Толстой, О. Красавчиков) відстоювали позицію, відповідно до якої під формою правочину слід розуміти форму вираження волі. Прихильники іншої групи (О. Іоффе, В. Шахматов) розуміли під формою спосіб фіксації волі сторін.

Сьогоднішнє цивільне право України стоїть на першій позиції, про яку можливо судити з назви ст. 205 ЦК "Форма правочину. Способи волевиявлення". Відстоюючи дану позицію, В. Харчук зазначає, що укладення правочину маємо пов'язувати із фіксацією волі особи, а форму правочину – зі способом, за допомогою якого волевиявлення було зафіксоване [5, с.63].

Історична трансформація вітчизняного та зарубіжного законодавства, що регламентує форму угод, є одним з найважливіших напрямів розвитку світової юриспруденції, тому вона заслуговує найпильнішого вивчення та аналізу, оскільки такий аналіз робить ще більш глибокою і цікавою характеристику даного правового інституту в сучасних реаліях.

Сказане дозволяє стверджувати, що питання про форму правочинів є одним з важливих питань сучасної цивілістики, що свідчить про актуальність даної теми [6, с.4].

Аналіз змін, що відбулися за останні кілька років у цій галузі правового регулювання, в тому числі і як наслідок науково-технічного прогресу, який безпосередньо відбивається у цивільних правовідносинах, свідчить про те, що законодавець до цих пір знаходиться в пошуку найбільш оптимальних способів фіксації волевиявлень учасників цивільного обігу. При цьому далеко не всі легальні новели знаходять одностайне схвалення учених і практичних працівників. Фактично без уваги законодавця залишаються численні проблеми, пов'язані з укладанням правочинів в так званій "електронній" формі, яка стрімко завойовує цивільно-правовий простір.

Так, одні науковці вважають, електронна форма є різновидом письмової форми. На думку представників іншої позиції, які поділяють підхід, прийнятий в багатьох зарубіжних країнах, електронна форма правочину є окремою формою правочину [7, с.65].

До першої групи вчених можна віднести А. Ананько, який зазначає, що правочини укладаються у двох фор-

мах: усній чи письмовій. Кожна з форм має різновиди. Різновидами усної форми є власне усне (словесне) вчинення правочину; конклюдентні дії, мовчання. Різновидами письмової форми є просте письмове (теж словесне, але зафіксоване, як прийнято вважати на папері) вчинення правочину; письмова нотаріально засвідчена форма; електронна форма. Електронний документ на машинному носії прирівнюється до документа на паперовому носії і має однакову з ним юридичну силу. Такий підхід до визначення юридичної сили правочину, укладеного за допомогою електронного засобу зв'язку, пояснюється тим, що здійснення операції в електронній формі, як і здійснення угоди в простій письмовій формі, має на увазі під собою вираження волі суб'єкта за допомогою письмової мови, шляхом складання документа, що виражає її зміст, який підписується особою або особами, які укладають угоду [8].

Підтримуючи наведену позицію, О. Гудзь зазначає, що єдиною відмінністю електронного правочину є те, що він фіксується на віртуальному папері, а не на папері, виробленому із переробленої деревини [9, с.36].

До другої групи вчених можна віднести В. Харчука, який критикує позицію, згідно з якою еволюція носія письмової форми не призводить до виникнення нової форми поряд з письмовою: особливість самої фіксації волевиявлення в засобах електронного передання даних полягає не лише у створенні текстового документа, а й можливості фіксування волевиявлення за допомогою звукових, відео файлів, графічних файлів [5, с.63].

На підтримку даного твердження Н. Блажівська зауважує, що між волевиявленням, складеним в письмовій та електронній формі, є ряд відмінностей [7, с.68]. Д. Сахарук на додачу до цього зауважує, що "письмова" та "електронна" форма правочину форми є видовими щодо родового поняття, яким слід вважати "запис", тобто фіксацію змісту правочину на матеріальному або електронному носії, який надає можливість зберігати інформацію про зміст правочину протягом тривалого часу і відтворити її на першу вимогу у формі, зрозумілій людині [10, с.43].

Проте помилковим, на нашу думку, є протиставлення усної форми письмовій, оскільки обидві форми передбачаються вираження волі за допомогою слів із єдиною різницею, що у першому випадку такі слова не фіксуються на носіїві, а у другому така фіксація відбувається. Крім того, зазначений поділ форми правочину на види слід вважати неповним, оскільки і правочини, вчинені за допомогою конклюдентних дій, можуть бути зафіксовані на носіїві, наприклад, магнітній стрічці (мова йде про відеозапис). Звичайно, для вирішення зазначеного протиріччя такий правочин можна вважати письмовим. Однак, зважаючи на різноманітність носіїв, на яких відбувається фіксація, а також на відмінність способів передачі інформації, таке рішення є неприйнятним. Тому запропонована у ЦК України типологія форми правочину, на нашу думку, є неповною та непослідовною, а через це потребує певного уточнення. На думку Д. Сарахука позиція ч.2 ст. 207 ЦК суперечить загальноприйнятому в світі підходу до електронної форми як самостійного виду форми правочину [10, с.44].

Певна специфіка і порядок укладення електронного правочину, особливість використання електронного правочину як доказу дозволяють зробити висновок про те, що ставити знак рівності між письмовим і електронним договорами не зовсім коректно [11, с.187].

Цікавою є позиція Н. Блажівської, яка вважає за доцільне використання поняття "електронний правочин", адже поняття "правочин, вчинений в електронній формі", виключає зі сфери аналізу правочини, вчинення

яких відбувається в традиційний спосіб, натомість виконання – в електронній формі [7, с.64].

В юридичній літературі визначення електронного правочину містять термінологічні розбіжності та характеризуються вкладенням у це поняття суперечливого змісту, тому необхідно дати йому належну дефініцію[5, с.62], але для цього ми маємо вирішити питання про форму правочину, який вчиняється за допомогою електронних засобів зв'язку.

Існує й інша точка зору на класифікацію форм правочину. Вимога про форму, зрозумілу для сприйняття людини, диктує необхідність класифікувати форму подання інформації. Виділяють дві форми вираження: внутрішню і зовнішню. Формою внутрішнього подання електронного документа є запис інформації, що становить електронний документ на носії інформації комп'ютера (тут і далі за текстом під комп'ютером мається на увазі також і інші електронні пристрої, що дозволяють записувати, зберігати, обробляти, відтворювати і передавати інформацію), виражений у вигляді двійкових чисел. Формою зовнішнього подання електронного документа є відтворення електронного документа на екрані дисплея, на паперовому або іншому віддільному від машинного носія матеріальному об'єкті в доступному для візуального спостереження вигляді (без додаткових технічних пристосувань) і формі, зрозумілій для сприйняття людиною. Таким чином, А.Ананько робить висновок, що можна говорити про те, що електронна форма правочину відповідає обов'язковим вимогам, що пред'являються до простої письмової форми правочину [8].

Ми не погоджуємося з даною думкою, оскільки не будь-який правочин, вчинений за допомогою електронних засобів зв'язку можливо прирівняти до письмового: наприклад, правочин, що зафіксований з використанням аудіо- та відео-пристроїв, ніяк не можна назвати письмовим і розповсюдити на нього всі ознаки письмового правочину (підпис, інші реквізити). І навпаки, правочин, вчинений за допомогою комп'ютера та який має форму текстового документу може вважатися письмовим. Тобто головна властивість, яку повинен мати правочин, вчинений з використанням електронних засобів зв'язку для того, щоб прирівнюватися до письмового – можливість його існування в текстовому відтворенні, доступному для сприйняття людиною: він має бути виражений за допомогою писемності. Якщо дана вимога не виконується, говорити про письмову форму правочину, вчиненого за допомогою електронних засобів зв'язку – безпідставно.

Підсумовуючи все вище викладене ми дійшли наступних висновків:

➤ Формулювання "електронна форма правочину", "правочин, вчинений в електронній формі" мають місце лише як теоретичні наукові напрацювання, які ніяк не можуть бути реалізовані на практиці, оскільки так звана "електронна форма" включає і аудіо-форму, і відео-форму, і навіть письмову форму (якщо правочин вчинений за допомогою комп'ютера або його аналога та існує в текстовому вираженні);

➤ Формулювання "електронний правочин" теж є суто теоретичним, оскільки наряду з поняттями "усний правочин" (правочин, вчинений в усній формі) та "письмовий правочин" (правочин, вчинений в письмовій формі)

мі) логічно припустити, що "електронний правочин" – це правочин, вчинений в електронній формі, але оскільки "електронна форма" – це теоретична конструкція, яка на практиці має різні фактичні вираження, то і "електронний правочин" – така сама суто теоретична конструкція;

➤ Для позначення теоретичного поняття всієї сукупності так званих "електронних правочинів" ми вважаємо за доцільне використовувати термін "правочин, вчинений за допомогою електронних засобів зв'язку" (або ввести таке роз'яснення на законодавчому рівні). Даний термін хоча і має складну мовну будову, проте не суперечить вітчизняній теорії цивільного права, вводячи неіснуючу "електронну форму", не вводять в оману, натякаючи на існування якісно нового виду правочинів – "електронних правочинів". Навпроти, термін "правочин, вчинений за допомогою електронних засобів зв'язку" вказує на спосіб вираження волі сторін, на технічні засоби, які були при цьому застосовані, при цьому не порушуючи традиційний поділ форм правочину на усну і письмову. Нагадаємо, що назва ст. 205 ЦК "Форма правочину. Способи волевиявлення" та її зміст свідчить про те, що існує дві форми правочину – усна та письмова", способів же волевиявлення – безліч, саме тому ч.2 ст. 205 містить невичерпний перелік технічних засобів зв'язку, за допомогою яких може вчинятися правочин.

Вважаємо, що поділ форм правочинів на усну та письмову в умовах сьогодення є застарілим. Виходячи із наведеного пропонуємо розподіл на зафіксовану та незафіксовану форму правочину (як це вже зроблено в Німеччині) [7, с.66]. В підтримку наведеної позиції можна навести наступні приклади: перехід користувачем на відповідні сторінки сайту для підтвердження замовлення, який фіксує система; замовлення по телефону із натисненням кнопок; керування голосом для укладення угод; відео-запис та інше. Описані випадки, які на сьогодні породжують виникнення у сторін прав та обов'язків, є укладенням угод, які не можна віднести ні до письмових, ні до усних. В іншому випадку необхідно таки ввести поняття електронної форми, яка в свою чергу буде взаємопоглинати із письмовою та усною в окремих зазначених випадках.

1. Красикова А. В. Гражданско-правовое регулирование электронных сделок : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Красикова Анна Валерьевна. – Саратов, 2005. – 180 с. 2. Козлов П. Электронная сделка – новая форма для новых возможностей [Электронный ресурс] / Режим доступа: <http://www.advolex.ru/articles/elctron/> 3. Новейший философский словарь. Минск – 1999 г. [Электронный ресурс] / Режим доступа: http://philosophy.polbu.ru/soderzanie_i_forma.htm 4. Энциклопедический словарь Ф.А. Брокгауза и И.А. Ефрона. – С.-Пб.: Брокгауз-Ефрон. – 1890–1907 г.г.. Электронный ресурс] / Режим доступа: http://dic.academic.ru/dic.nsf/brokgauz_efron/108220/%D0%A4%D0%BE%D1%80%D0%BC%D0%B0 5. В. Харчук . Электронный правочин./ Юридический журнал. – 2009. – № 3. – С.62-63. 6. Никифоров В. С. Форма сделок в Российском гражданском праве : автореф. дис. на соискание уч. степени канд. юрид. наук. спец 12.00.03 / В. С. Никифоров. – Рязань, 2009. – 20 с. 7. Блажівська Н. Електронний правочин. Юридичний журнал. – 2007. – № 1. – С.63-70. 8. Ананько А. Електронна форма сделки в международной торговле. [Электронный ресурс] / Режим доступа: <http://www.office-metodist.com.ua/e-commerce/resource.php?lan=rus&id=131> 9. Гудзь О. Еволюція форм правочинів: від усної до "електронної". Юридичний журнал. – 2006 – № 1. – С. 32-38. 10. Сахарук Д. Поняття та види форми правочину. // Підприємництво, господарство і право. – 2003 – № 12 – С. 43-47. 11. Халиков Р. Понятие электронной сделки. Вестник ТИСБИ. – 2005. – № 4. – С. 187-191.

Надійшла до редколегії 01.06.11

ПРОБЛЕМИ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ВИКОРИСТАННЯ ІНФОРМАЦІЇ, ЩО МІСТИТЬ БАНКІВСЬКУ ТАЄМНИЦЮ

Ступінь інформатизації суспільства на даний момент призводить до винесення питання про користування інформацією на перший план. Безпека інформації є актуальним питанням не тільки унаслідок факту, що інформація – один з основних національних ресурсів, основа національної, економічної і політичної потужності держави. Специфіка і відсутність однозначних законів, так само як і положень, приводить до ускладнення процесуального використання інформації. На даний момент немає конкретизованої термінології і законів, які визначали б всі аспекти операцій з інформацією. Особливий інтерес представляє банківська інформація, яка потрапляє під розділ "банківської таємниці". Ключовою особливістю є те, що використання вказаної інформації знаходиться на стику понять "розголошення банківської таємниці" і "розкриття банківської таємниці". Слід також відзначити, що розвиток інформаційних засобів ускладнює завдання державних органів по моніторингу, відстежуванню і запобіганню злочинам.

Ключові слова: банківська таємниця, процесуальне використання, конфіденційність, інформація, банки.

Степень информатизации общества на данный момент приводит к вынесению вопроса об обращении с информацией на первый план. Безопасность информации является актуальным вопросом не только по причине факта, что информация – один из основных национальных ресурсов, основа национальной, экономической и политической мощи государства. Специфика и отсутствие однозначных законов, равно как и положений, приводит к осложнению процессуального использования информации. На данный момент нет конкретизированной терминологии и законов, которые определяли бы все аспекты операций с информацией. Особый интерес представляет банковская информация, которая попадает под раздел "банковской тайны". Ключевой особенностью является то, что использование указанной информации находится на стыке понятия "разглашение банковской тайны" и "раскрытие банковской тайны". Следует также отметить, что развитие информационных средств осложняет задачи государственных органов по мониторингу, отслеживанию и предотвращению преступлений.

Ключевые слова: банковская тайна, процессуальное использование, конфиденциальность, информация, банки.

Nowadays the degree of informatization of society results in taking the question about operating information in the first place. Safety of information is a key question not only because of the fact, that information is one of basic national resources, basis of national, economic and political power of a country. Specific character of laws and their absence of synonymous, as well as acts, results in complication of the judicial use of information. Now there is no specified terminology and laws which would determine all the aspects of operations with information. Particular interest is presented by bank information which gets under the section of "bank secrecy". A key feature is that the use of the indicated information is on the joint of concept "disclosure of bank secrecy" and "divulging of bank secrecy". It is necessary also to emphasise that development of informative facilities complicates the tasks of public organs on monitoring, watching and prevention of crimes.

Key words: bank secrecy, legal use, confidentiality, information, banks.

Вступ.

Сучасний етап розвитку світового суспільства характеризується домінацією таких явищ як глобалізація, інтернаціоналізація, НТП та інформатизація. В силу стрімкого розвитку усіх сфер життєдіяльності суспільства поширюється роль інформаційної сфери, як сукупності інформації, суб'єктів, що здійснюють відповідні операції щодо її зберігання, збору, обробки та використання, тощо. Постає питання регулювання суспільних відносин, що виникають з цього приводу. Інтерес до питання використання інформації та доступу до неї обумовлений процесами постійного трансформування економічних процесів, що призводять до появи відповідних правовідносин.

Актуальність даного питання також обумовлена наступним: недостатність правового регулювання та неточність трактування певних понять, що пов'язані з практикою правового використання інформації, що відноситься до банківської таємниці, двоякість становища банків та суб'єктів, відсутність досвіду ефективної боротьби з протиправними діями з банківською таємницею, необхідність визначення шляхів взаємодії органів, що здійснюють розслідування, банків, комерційних структур, кредитних організацій та приватних суб'єктів з приводу доступу до конфіденційної інформації. Забезпечення правового захисту інтересів особистості, суспільства та держави в інформаційній сфері повинно стати одним з ключових пріоритетів національної політики та законодавства.

Об'єктом дослідження виступає сукупність суспільних відносин, пов'язаних з процесуальним використанням інформації, що є банківською таємницею.

Предмет дослідження – законодавство, що регулює питання пов'язані з процесуальним використанням банківської таємниці, а саме отримання, використання та захист даних, що відносяться до вказаного поняття.

Поява законів обумовлена реальними потребами суспільства щодо управління певним процесом, поняттям тощо [1]. Отже, правова норма виникає в результаті прагнення законодавця відобразити та закріпити регулювання проблемних моментів (випадків, ситуацій тощо) відповідним чином. На сьогодні правовий режим банківської таємниці в Україні визначається Законом України "Про банки та банківську діяльність", Законом України "Про Національний банк України", Декретом Кабінету Міністрів України "Про систему валютного регулювання і валютного контролю", положеннями Законів України "Про інформацію" (2657-12), "Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму" (249-15), "Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю" (3341-12), Кримінально-процесуальним кодексом України (1001-05, 1002-05, 1003-05), Цивільним процесуальним кодексом України (1618-15). Відзначимо, що слід розрізняти поняття "розкриття банківської таємниці" та "розголошення банківської таємниці" (2, ст. 45, 60-62). В даному випадку предметом дослідження є саме правомірне розкриття інформації, тобто суб'єктів, що мають право оперувати банківською таємницею та процедуру надання банками такої інформації вказаним суб'єктам.

Окрім цього пропонується визначитися з варіантами процесуального використання банківської інформації, а саме:

1) Перш за все, банки зобов'язані надавати інформацію, зазначену у пунктах 6.1., 6.2. г.6 ЗУ "Про банки та банківську діяльність".

2) Банки повинні розкривати інформацію, що містить банківську таємницю на письмо вимогу, при наявності певних умов.

3) Надання інформації широкого доступу.

Перед усім, звернемося до ЗУ "Про інформацію". В ст.30 Закону України "Про інформацію" зазначено, що інформація банківського характеру відноситься до інформації з обмеженим доступом, але також до винятку, на відміну від іншої інформації, розголошення якої забороняється, та може бути поширена без згоди її власника, якщо ця інформація є суспільно значимою, є предметом громадського інтересу і право громадськості знати переважає права власника щодо її захисту. В ст.60 ЗУ "Про банки та банківську діяльність" надано наступне тлумачення інформації: "Інформація щодо діяльності та фінансового стану клієнта, яка стала відомою банку у процесі обслуговування клієнта та взаємовідносин з ним чи третім особам при наданні послуг банку і розголошення якої може завдати матеріальної чи моральної шкоди клієнту, є банківською таємницею". Ст.61 підтверджує зобов'язання банків щодо збереження вказаної інформації, зокрема обмеження кола осіб стосовно доступу до інформації. В ст.62 наявний порядок розкриття інформації. Зокрема вказано, що інформація щодо фізичних та юридичних осіб, яка містить банківську таємницю, розкривається у трьох основних випадках:

1) зі згоди власника (письмовий запит або письмова згода).

2) на письмову вимогу суду або за його рішенням.

3) надається на письмову вимогу державним органам. Зокрема: органам прокуратури, СБУ, Монопольного комітету, органам податкової служби, центральному органу виконавчої влади, органам державної виконавчої служби.

4) іншим банкам та Національному банку України.

5) особам у деяких випадках: у разі смерті власника рахунку особам, що є у заповідальному розпорядженні; особі, на користь якої відчужуються активи при процедурах ліквідації, або при виконанні заходів, що передбачені програмами фінансового оздоровлення.

Слід відзначити, що на перший погляд банківська таємниця є не абсолютною, і й на практиці не існує. Проте, в ст.62 Закону України "Про банки і банківську діяльність" зазначені й обмеження стосовно доступу державних органів. Банк розкриває інформацію за письмовим запитом прокуратури, СБУ, МВС та антимонопольного комітету стосовно операцій за рахунками, органам Державної податкової служби з питань оподаткування або валютного контролю, органам державної виконавчої служби з питань виконання рішень судів стосовно стану рахунків. Інші банки мають право отримати інформацію лише в обсягах необхідних для надання кредитів, банківських гарантій. Таким чином, можна стверджувати, що розкривається тільки та інформація, що є необхідною для виконання державними органами своїх прямих обов'язків та тільки в межах, що зазначені Законом.

Процесуальне використання інформації, що є банківською таємницею, регулюється вказаними джерелами, а саме здійснюється відповідно до вимог глави 10, статей 64, 71 Закону України "Про банки і банківську діяльність", статей 7, 56, 57 Закону України "Про Національний банк України", статті 12 Декрету Кабінету Міністрів України від 19.02.93 N 15-93 "Про систему валютного регулювання і валютного контролю", положень Законів України "Про інформацію", "Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом", "Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю", Кримінально-процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України.

В Законі України "Про банки і банківську діяльність" визначені вимоги до письмового запиту відповідного державного органу на отримання інформації:

1) бути викладена на бланку державного органу встановленої форми;

2) підписаний керівником державного органу (чи його заступником), скріпленого гербовою печаткою;

3) містити передбачені зазначеним Законом підстави для отримання вказаної інформації;

4) містити посилання на норми закону, відповідно до яких державний орган має право на отримання такої інформації.

В Постанові Правління Національного банку України "Про затвердження Правил зберігання, захисту, використання та розкриття банківської таємниці" зазначені порядок та межі розкриття інформації детальніше, а саме вказано, про те що фізична або юридична особа-клієнт має право дати дозвіл або запит на розкриття інформації. В даному випадку клієнт надає письмовий запит (дозвіл), який повинен бути завірений підписом керівника банку, чи вповноваженою ним особою та відбитком печатки банку або нотаріально. Якщо клієнт – юридична особа, умови – підпис керівника або вповноваженої ним особи, печатка юридичної особи.

Відповідно до Закону України "Про банки та банківську діяльність", процедура розкриття інформації містить наступні етапи:

1) Підготовка письмового запиту або письмової вимоги суду на розкриття інформації. Запит/вимога повинна відповідати наступним критеріям:

1.1. Обґрунтованість обставин та необхідності.

1.2. Визначеність меж / обсягів розкриття інформації.

1.3. Цілеспрямованість. Необхідно зазначити мету використання вказаної інформації.

1.4. Відповідність Законом та іншим документам, що регламентують даний процес з посиланням на норми, відповідних до яких суб'єкт має право на отримання інформації.

2. Надання відповідним чином оформленого запиту/вимоги банку.

При цьому слід зазначити, що у ч.3. ст. 290 Цивільного процесуального кодексу зазначено, що рішення суду підлягає негайному виконанню і оскарження не зупиняє виконання вимоги. Тобто в цьому випадку, а саме на вимогу суду, банк повинен негайно розкрити інформацію. Специфічним є порядок оскарження рішення, щодо відрізняється від загальноприйнятого в ЦПК. Так, особа, щодо якої банк розкриває банківську таємницю, або заявник мають право у п'ятиденний строк оскаржити ухвалене судом рішення до апеляційного суду в установленому порядку. Оскарження рішення не зупиняє його виконання (ч. 3 ст. 290 ЦПК).

В інших випадках, якщо вимога оформлена відповідним чином до вимог ч. 2 ст. 62 ЗУ "Про банки та банківську діяльність", банк приймає вимогу на розгляд. Банк має право відмовити у розкритті інформації, якщо вимога не відповідає встановленим нормам.

3. Банк розкриває інформацію або дає мотивовану відповідь про неможливість її надання протягом 10 робочих днів з дня отримання вимоги. На цьому етапі банк також зобов'язаний повідомити відповідний орган, від якого надійшла вимога на розкриття інформації, про неможливість надання інформації у вказаний строк та зазначити строк, в який інформація буде надана.

Згідно з Постановою "Про внесення змін до деяких нормативно-правових актів Національного банку України" від 12.11.2010 N 491, банки зобов'язані надавати на

запит Уповноваженого органу таку інформацію, що містить банківську таємницю: додаткову інформацію з приводу фінансових операцій, що стали об'єктом фінансового моніторингу, копії первинних документів, на підставі яких були проведені такі операції та пов'язані з ними фінансові операції, відомості про їх учасників, а також іншу інформацію, копії документів, необхідні для виконання покладених на Уповноважений орган завдань; інформацію, копії документів, необхідні для виконання Уповноваженим органом запиту, що надійшов від уповноваженого органу іноземної держави; інформацію про відстеження (моніторинг) фінансових операцій клієнта, операції якого стали об'єктом фінансового моніторингу; інформацію, необхідну для перевірки фактів порушення вимог законодавства у сфері запобігання та протидії легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму.

Обмеження стосовно отримання інформації, що містить банківську таємницю, передбачені статтею 62 Закону "Про банки і банківську діяльність", не поширюються на службовців Національного банку України або уповноважених ними осіб, які в межах повноважень, наданих Законом України "Про Національний банк України", здійснюють функції банківського нагляду або валютного контролю. Національний банк України має право відповідно до міжнародного договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, або за принципом взаємності надати інформацію про банк органу банківського нагляду іншої країни, якщо:

1) це не порушує державні інтереси та банківську таємницю;

2) є гарантії того, що отримана інформація буде використана виключно з метою банківського нагляду;

3) є гарантія того, що отримана інформація не буде передана за межі органу банківського нагляду.

Положення цієї статті не поширюються на випадки повідомлення банками відповідно до законодавства України про операції, що мають сумнівний характер, та на інші передбачені законом випадки повідомлень про банківські операції спеціально уповноваженому органу виконавчої влади з питань фінансового моніторингу.

Особи, винні в порушенні порядку розкриття та використання банківської таємниці, несуть відповідальність згідно із законами України.

У разі заподіяння банку чи його клієнту збитків шляхом витоку інформації про банки та їх клієнтів з органів, які уповноважені здійснювати банківський нагляд, збитки відшкодовуються винними органами.

Висновки.

Системний аналіз відповідного законодавства свідчить про те, що перелік банківської таємниці можна доповнити наступними положеннями: персональними даними про клієнтів банку, що діють, отриманими банком офіційно; відомостями про майно, яке знаходиться на зберіганні в банку (зведення про власника майна, перелік майна і його вартість, зведення про види банківського заощадження); інформацією про осіб, які хотіли стати клієнтами банку, але за наявності певних причин ними не стали; інформацією про клієнтів, які вже припинили свої стосунки з банком. Правова охорона право банківської

таємниці власників починається з моменту отримання письмового висновку у формі договору між клієнтом – з одного боку, і банківською установою – з іншою.

Слід відзначити, що питання щодо розкриття банківської таємниці врегульовані різноманітними нормативними, що призводить до наявності певних протиріч між їх окремими положеннями та неоднозначності тлумачення тих чи інших понять та обставин. Саме тому дії, що вчиняють учасники цивільного і кримінального судочинства, мають різний характер і змістовне наповнення, тому регламентація нормами цивільного процесуального права дій в рамках кримінального процесу, порядок виробництва якого визначений статтею 1 УПК України, виключається (окрім випадків, якщо це пов'язано з рішенням цивільного позову у кримінальній справі).

Результати проведеного узагальнення свідчать про наявність помилок і неоднакової практики застосування судами норм матеріального і процесуального права при розгляді справ про розкриття банками, що містять банківську таємницю інформації щодо юридичних і фізичних осіб, що вимагає надання судам відповідних роз'яснень.

1. Коробеев А.И. Советская уголовно-правовая политика. – Владивосток, 1987. – с. 52. 2. Закон України "Про банки та банківську діяльність". Документ 2121-14, поточна редакція від 19.10.2010 на підставі 2478-17, чинний. [Електронний документ] Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?page=1&nreg=2121-14#Find>. Дата доступу 28.12.2010. 3. Закон України "Про національний банк України". Документ 679-14, поточна редакція від 19.10.2010 на підставі 2478-17, чинний. [Електронний документ] Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=679-14>. Дата доступу 28.12.2010. 4. Декрет Кабінету Міністрів України "Про систему валютного регулювання і валютного контролю". Документ 15-93, редакція від 24.03.2006 на підставі 3509-15, чинний. [Електронний документ] Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=15-93>. Дата доступу 28.12.2010. 5. Закон України "Про інформацію". Документ 2657-12, поточна редакція від 13.10.2010 на підставі 2592-17, чинний. [Електронний документ] Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2657-12>. Дата доступу 28.12.2010. 6. Закон України "Про запобігання та протидію легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму". Документ 249-15, остання редакція від 20.08.2010 на підставі 2258-17, чинний. [Електронний документ] Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=249-15>. Дата доступу 28.12.2010. 7. Закон України "Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю" (3341-12). [Електронний документ] Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=3341-12>. Дата доступу 28.12.2010. 8. Кримінально-процесуальний кодекс України (1001-05, 1002-05, 1003-05). Документ 1001-05, 1002-05, 1003-05, поточна редакція від 20.08.2010 на підставі 2258-17. [Електронний документ] Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1001-05>. Дата доступу 28.12.2010. 9. Цивільний процесуальний кодекс України (1618-15). [Електронний документ] Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1618-15>. Дата доступу 28.12.2010. 10. Постанова Правління Національного банку України "Про затвердження Правил зберігання, захисту, використання та розкриття банківської таємниці" від 14 липня 2006 року N 267. [Електронний документ] Режим доступу: http://ratibor.ligazakon.ua/_doc2.nsf/alldocWWW/CBVEAE68168BFEECC22571C5004E1D04!OpenDocument&ed=2009_02_27&ap=56#56. Дата доступу 28.12.2010. 11. Постанова "Про внесення змін до деяких нормативно-правових актів Національного банку України" від 12.11.2010 N 491. [Електронний документ] Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=z1212-10>. Дата доступу 28.12.2010.

Надійшла до редколегії 01.06.11

УДК 034.34.03

П. Косянчук, асист.

ТЕОРЕТИКО-ПРАКТИЧНІ ПИТАННЯ УЖИТТЄВЛЕННЯ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ УКРАЇНЦІВ У КОНТЕКСТІ ПРАВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

У цій статті автор через логіко-правну парадигму розглядає деякі питання правового гарантування особистих немайнових прав українців правноохоронними засобами української правничої системи, серед яких важливе місце посідає інститут правної відповідальності. Дослідник обґрунтовано окреслює цілий пласт проблем засадничо запропонованого у цій праці нового напрямку сучасного правознавства як етноправознавство, що особливо нагально для України в умовах домінування антиетнічних за суттю глобалізаційних процесів. Подаючи достатні доводи, науковець виокремлює "правничого українця" як суб'єкта української правної реальності та "правного українця" як суб'єкта правовостосунків відповідно; обґрунтовує наявність рідко маніфестованих, як правило, нових для загалу особистих немайнових прав українця (в межах невичерпності цих прав) та нових видів відповідальності за порушення цих прав.

Ключові слова: правна відповідальність, юридична відповідальність, права українців, особисті немайнові права українців, права української нації, українське правобачення, правничий українець, правний українець

В этой статье автор через логико-правовую парадигму рассматривает некоторые вопросы юридического обеспечения личных неимущественных прав украинцев правоохранительными средствами украинской юридической системы, среди которых важное место занимает институт правовой ответственности. Исследователь обоснованно очерчивает целый пласт проблем принципиально основоположных в этом труде нового направления современного правоведения как этноправоведение, что особенно остро для Украины в условиях доминирования антиэтнических по сути глобализационных процессов. Подавая достаточные доводы, учёный выделяет "правничого украинца" как субъекта правоотношения; обосновывает наличие редко манифестированных, как правило, новых для общественности личных неимущественных прав украинцев (в пределах неисчерпаемости этих прав) и видов ответственности за нарушение этих прав.

Ключевые слова: правовая ответственность, юридическая ответственность, права украинцев, личные неимущественные права украинцев, права украинской нации, украинское правопонимание, правовой украинец.

In this article, the author examines some problems of the legal guarantee of personal non-property rights of the Ukrainians through the logic-legal paradigm by law enforcement means of the Ukrainian legal system, among which the Institute of legal liability takes an important place. The researcher logically outlines the whole stratum of the problems of the proposed direction of modern jurisprudence as ethnic jurisprudence which is especially topical for Ukraine under the conditions of the dominance of anti-ethnic in their essence globalizational processes. Having sufficient grounds, the researcher picks out "a law Ukrainian" as the subject of law reality and "a legal Ukrainian" as the subject of a legal relationship; proves the presence of rarely demonstrated, as a rule, new for the general public personal non-property rights of a Ukrainian (within the inexhaustibility of these rights) and types of the liability for breaches.

Keywords: legal liability, law liability, the rights of Ukrainians, non-property rights of Ukrainians, Ukrainian nation rights, and Ukrainian law understanding, law Ukrainian, legal Ukrainian.

Наявний у світі формат глобалізаційних процесів беззаперечно має свої додатні риси з точки зору цивілізаційного суспільствобудування. Проте, окрім позитивних, наявні й від'ємні аспекти глобалізації, виходячи з етнічної моделі світобачення – відбувається поступова, планована елімінація етнічного компоненту в соціальних утворах. Етнодеградаційні перебіги, на жаль, стали нормою для сучасної Європи. У таких складних умовах боротьби за природне "етнічне" опинився й український етнос як генетико-культурне осереддя Європи, яку в давнину називали Енеєю [6, с. 5]. Проте такої стан речей не оминають своєю увагою свідомі представники української етнічної, себто природноправної, світоглядної методології, зауважуючи на наявних проблемах, та пропонуючи шляхи їхнього розв'язання. Вони вбачають, що, саме, українське право є тим найціннішим "предківським скарбом", який є засобом забезпечення справедливості, прав українця та інтересів української нації в минулім, теперішнім і майбутнім часі. Ось чому в умовах українського етнодержавотворення настільки зростає потреба у вивченні, використанні українського права, яке втілює в собі українську модель Порядку, і є осердям української правничої методології, адептами якої стає дедалі більше сучасних українських науковців-правознавців.

Одним із ключових елементів забезпечення прав українців у межах правничої системи сучасної України є правноохоронні механізми, серед яких важливу роль виконує інститут правної відповідальності, який став об'єктом рефлексій багатьох вітчизняних і зарубіжних дослідників. Питанням правної відповідальності в умовах незалежної України дають раду чимало науковців, серед яких, на думку автора, у руслі нещодавніх праць важливо відзначити: К. Басіна, О. Іваненко, О. Стрельник, Л. Белу, Н. Іванчук, А. Осауленка та ін. Ці дослідження,

головним чином, присвячені проблемам загальнотеоретичного характеру.

Проте увага дослідників найбільше прикута до проблем обсягу правної відповідальності. Так, наприклад, І. Кандафарева, В. Примак досліджують питання цивільноправної відповідальності. А ось, наприклад, Л. Гусейнов, С. Максименко, О. Трохановський досліджують питання міжнародноправної відповідальності. Господарськоправну досліджують, зокрема, Л. Левчук, О. Зварний. Фінансовоправну відповідальність – А. Іванський, З. Будько, О. Мукохін та ін. Важливо відзначити, що питання виокремлення деяких видів правної відповідальності є досі дискусійними у сучасному правознавстві. Відомо багато наукових проблем, що виникають у процесі логічної операції поділу поняття "правна відповідальність" за галузями права та у процесі здійснення інших логічних операцій над обсягом розгляданого поняття [3]. Незважаючи на великий обсяг досліджень правної відповідальності, дослідники, на жаль, оминали питання правної відповідальності з точки зору українського етноправознавства. Беручи до уваги засадничі, окреслені на початку праці проблеми українського етнобуття, в умовах негативних проявів глобалізації, керуючись українською етнічною природноправною методологією, варто розпочати, розгорнути цілий етноправознавчий напрямок стосовно до проблем правового гарантування особистих немайнових прав українців, і правної відповідальності у цьому контексті. Зокрема, важливою у цьому стосунку є розробка досліджень нових видів правної відповідальності як логічної системи.

Актуальність проблеми правового гарантування особистих немайнових прав, у контексті правної відповідальності, очевидна. Вона зумовлена станом соціальних стосунків, за якого має місце можливість порушення і,

власне, фактичне порушення особистих немайнових прав українців, у тім числі за ознакою зовнішніх форм їхньої етнічної належності у призмі їхньої індивідуальності. З іншого боку, за цього стану речей, наявна високої міри правнича пасивність самих же українців у стосунку до згаданих правопорушень, що свідчить про "хворобливий стан" етнопсихіки більшості українців. Правнича пасивність виражена невдаванням до заходів захисту, охорони права та правної відповідальності, зокрема. На жаль, актуальність проблематики часто штучно непомітна для наукової громадськості у призмі її ціннісних орієнтирів. Мало хто з дослідників-теоретиків звертає увагу на питання національної ідентичності, індивідуальності правничого українця, говорить про права української нації, та, загалом, про українське право, українську правничу свідомість, вже не кажучи про розгляд питань захисту, охорони прав українців та, зокрема, правної відповідальності. Українське правобачення зумовлене послуговуванням українською правничою методологією, яка нині не є "модною", загально схваленою правничометодологічною лінією. Так, нині відомо лише декілька не зовсім популярних для загалу сучасних джерел, що присвячені питанням українського права як засадничого засобу гарантування прав українців у його філософії та історії. Варто означити, у цім контексті, філософський і науковий здобуток таких українців-сучасників: О. Шевченка, І. Гриценка, І. Безклубого, Г. Лозко, О. Івановської, П. Косянчука та ін. Виходячи з української парадигми правобачення, крім вказаних науковців, дослідження українського права вможливлені у тім числі завдяки науковій праці, філософським розваженням філософів, етнологів, мовознавців, археологів, антропологів, расологів тощо. Поміж них не можна не відзначити В. Шаяна, Г. Лозко, О. Потебню, О. Наливайка, Ю. Шилова, Ю. Мосенкіса, С. Єрмолаєнко, І. Білодіда, О. Луцишину, В. Дяченка, С. Сегеду та ін.

Чому ця стаття подана у контексті такого суб'єкта соціальних взаємин як українець? Бодай лише тому, що "феномен етнонаціонального виникає разом з початком людської історії, стаючи чи не найістотношою рисою...тому, зрозуміло, що і суспільна свідомість людей несе на собі протягом усього свого існування етнонаціональні характеристики" [13, с. 26]. Це природна і природна методологічна засада: формувати, бачити, сприймати світ правничих явищ українським.

Питання особистих немайнових прав українців і правної відповідальності за їхнє порушення розглядаване переважно у працях з історії українського права в інтерпретації конкретного науковця засобами сучасного категорійного апарату правознавства. Однак нині, в умовах панування ідей "громадянського суспільства" як лівобачної матриці хаосу, "ефемерних прав людини" та ін., більшість науковців не сприймає питання гарантування, реалізації українських особистих немайнових прав, власне, за проблематику. Отже, зрозуміло, що у добу домінування штучних за природою антиетнічних тенденцій у правничій науці в Україні питання національного, а отже природного, погляду на правничий світ є не лише непопулярним, а часто й таким, що піддається певному "переслідуванню" з боку адептів "антиетнічного світобачення" [див. 8, с. 253-265]. Крім того, деякі дослідники на обґрунтування глобалістичних методологій не лише розмивають етнічну компонентну в етнімі "українці", але й ставлять під сумнів саме існування української нації як кровноспорідненої спільноти в своїй основі.

У контексті особистих немайнових прав українців, їхнього гарантування засобами правної відповідальності, важливо, перш за все, розумітися на особливостях "українського світу" (у тім числі як об'єкту прав) у призмі

національної індивідуальності. Якщо у працях з українознавства, української етнопсихології, метафізичної антропології та ін. "український світ" у всім своїм "багатстві" є тим неповторним феноменом, що постає наріжним каменем провадження наукових досліджень, то сучасне правознавство в Україні переважно позбавлене подібного орієнтиру. Це є свідченням неприродного розвитку правознавства в Україні.

Щоб збагнути українську правничу реальність, українські методології стосовно неї, потрібно визначити смислове значення предиката (-тів) "правний", "правничий", осягнути філософські основи українського права, і, звісно ж, бути носієм української правосвідомості в цілому. Проте нині мало хто орієнтується в цих питаннях. Українське правобачення засадничо окреслене в праці І. Безклубого та П. Косянчука "Світоглядні витoki права українського народу" у Часописі кафедри теорії та історії держави і права Київ. нац. ун-ту імені Тараса Шевченка за ред. проф. І. Безклубого "Про українське право" число III [1, с. 19-28] та у праці Г. Лозко та П. Косянчука "Методологічні орієнтири української правничої реальності" в означеному часописі у Числі IV [8, с. 253-265].

Одним із вимірів буття правничого українця є вимір виразу його свідомості у формах, які можна розглядати у межах семіози, розуміючи ці форми як семіотичні коди. Такими семіотичними конструкціями є й форми виразу національної ідентичності та національної свідомості в цілому, зокрема у правничій сфері. Національна ідентичність за своїм змістом та формою виразу охоплювана національною індивідуальністю – неповторністю через призму відмітних ознак особистості українця в усіх її компонентах та формах прояву.

Говорячи про явне, про форми виразу української правосвідомості, зокрема про зовнішній аспект ідентичності, то на перший план виходить українська мова як своєрідна картина українського світу, як засіб, що дозволяє "бачити світ українськими очима", через призму української душі. Відтак, цілком природно, щоб мову вважати за те немайнове благо, яке справедливо забезпечувати правом.

Видатний етнолінгвіст Е. Сепір і антрополог Б. Лі Ворф розробили теорію, як форму наукового пізнання, в межах якої довели залежність культури етносу від мови. Мова – це не просто набір звуків, відтворюваний на основі знаків, це ціла світоглядна парадигма. Мови розрізняють не лише за особливостями лексичного складу, синтактики, морфології та ін., але й за мерологією світу на елементи, які є матеріалом для мовносвітоглядних конструкцій.

Крім того, не лише природна вербальна мова, але й мова одягу концентрує у собі семіотичні коди української етносвідомості, архетипи якої линуць з часів Трипілля, а то ще й раніше, про що повідомляють археологічні пам'ятки, зокрема, Кам'яної Могили. Важливо наголосити на єдності мови та етносу, на зв'язку мови й національної свідомості, мови й розвитку інтелектуального, духовного життя нації [2, с. 5, с. 50-76]. На жаль, часто нехтуваним є факт існування прямої пропорційності поміж яскравістю національних рис і рівнем інтелектуальної обдарованості людини. Відтак геній завжди у психологічному сенсі глибоко національний, – стверджують Г. Лозко, Д. Овсяніко-Куліковський [10, с. 6; 9, с. 81].

Української ідентичності у її зовнішнім прояві може надати й українська зачіска. Правда, мало хто нині здатен зрозуміти семіотичний код українського чуба-джури, військової кіски, чи то українських вусів.

Важливо поглянути на досліджувану проблему через призму встановлених державою засобів гарантування можливості ужиттєвлення інтересів українців.

Держава Україна, що нині наявна на екосі українців, своїм законодавством закріпила правила, які юридично уможливають кожному реалізувати свій інтерес у сфері своєї індивідуальності, сукупність яких складають регулятивний і правоохоронний механізм, одним із елементів якого є інститут правної відповідальності.

За виниками українського конституціоналізму стало можливим упровадження засад правного регулювання в контексті основоположних особистих немайнових та майнових прав людини, і етнічного українця зокрема. Крім того, Конституція поклала на державу повноваження сприяти консолідації та розвитку української нації, її історичної свідомості, традицій і культури.

Завдяки праці видатних науковців у сфері "приватного права" стало можливим, аби приватноправне регулювання в стосунку до правничої системи України було нормативно забезпечене Цивільним кодексом (надалі – ЦК) України 2003 р. – цінним надбанням української правничої культури.

У контексті дослідження проблеми юридичного гарантування можливостей у сфері здійснення українських інтересів, зокрема щодо індивідуальності та форм її виразу, у галузі національної особистої свободи в цілому, у першу чергу важливо наголосити на тих правах, які становлять ґрунт правного, на державному рівні, забезпечення українського етнобуття на рівні первинної етнотвірної одиниці – етнічного українця.

Чи правомірними є вимоги до українця, аби він мовився "людською мовою", себто не українською, будучи в Україні? Чи можна українцеві, зокрема студентові або викладачеві, мати козацького чуба, носити традиційну українську вишиванку? Чи можуть українському студентові за його українськість знижувати оцінки чи вдаватися до інших форм упередженостей тощо? Певність у своїх українських інтересах і правах, спираючись на засоби їхнього гарантування, дозволить правильно надати відповіді на ці питання. Це потрібно також для того, щоб зрозуміти зміст регулятивних правозаємин, які у разі наявності правопорушення, можуть перейти на рівень охоронних правостосунків, де, зокрема, знаходить своє місце правна відповідальність задля скарання порушників.

Тож здійснімо загальний огляд актуальних питань гарантування інтересів українців у контексті деяких засадничих, як правило, рідко маніфестованих, нових для загалу особистих немайнових прав, дотично до правоохоронних та правозахисних механізмів.

Перш за все, йдеться про право на свободу особи (ст. 288 ЦК України), яке охоплює, за суб'єктним складом, у тім числі свободу особи, належної до певної етнічної спільноти, раси тощо. У нашій разі – право на свободу етнічного українця в усіх сферах його життєдіяльності. Це право охоплює такі аспекти свободи українця: фізичний, особистісний, релігійний, правничий, політичний та ін. Фактично, право на свободу є підложжям особистих немайнових прав, адже з нього випливає змога провадити лінію у сфері свого приватного життя (зміст особистого немайнового права) незалежно від волі інших осіб, в конкретних межах. Так, ч.1 ст. 271 ЦК України закріпили, що зміст особистого немайнового права становить можливість фізичної особи вільно, на власний розсуд визначати свою поведінку у сфері свого приватного життя. Правоможності цього права отримують свою конкретизацію на рівні інших прав. Наприклад, у праві на особисту недоторканість (ст. 289 ЦК України). Конкретизує право на свободу право на особисте життя та його таємницю (ст. 301 ЦК України), згідно з яким правничий українець має правно гарантовану змogu реалізувати свої інтереси у галузі "особисто-

го українського світу" через призму своєї "хліборобської ментальності". Право на свободу стосується, зокрема, і мовної свободи українця послуговуватись рідною мовою, а рідна мова – це мова закладена генетично, що обґрунтовано доводять науковці в дослідженнях, проведених на порубіжжі 20 і 21 століть. Як вже було згадано, мова – це особисте немайнове благо особи, і, звісно, нації.

Важливим правом українця є право на ім'я згідно зі своєю національною традицією та право на зміну імені відповідно до означеної традиції (ч. 2 ст. 28, 294, 295, 296 ЦК України). Цілком справедливо зауважує на важливості іменування особи згідно з національною традицією видатний мовознавець Ірина Фаріон [11, с. 108-113; 12, с. 18-20]. Неприпустимим є насаджування неукраїнських варіацій імен особливо дітям, адже це не лише порушує право особи на ім'я в межах її юридично гарантованої свободи, але й негативно позначається на картині світу дитини-українця. Неприпустимими також є звертання за іменем до етносвідомого українця із уживанням неукраїнських відповідників імені, йдеться у тім числі про суфіксальні закінчення. Це, в першу чергу, порушує право фізичної особи українця на ім'я, і зокрема право на правильне його відтворення, навіть у зменшувальному-пестливому варіанті, використання якого визначає сама фізична особа. Неукраїнською традицією, що впливає не із звичаю, а із закону, є доєднання імені "по-батькові" до українського імені. Здійснені спостереження, експерименти, ідеалізації щодо реалізації права на ім'я згідно з національною традицією показують, що етнічний українець не може зреалізувати право на українську форму імені, адже органи реєстрації актів цивільного стану, з посиланням на положення ст. 28 ЦК України та на пункт відповідної "інструкції-закону", відмовлять українцеві у зміні його імені на ім'я, що не містить імені за батьком. Виходячи з положень абзацу другого ч.1 ст. 28 ЦК України, у зв'язку з тим, що українець, який перебуває у громадянстві України, не є представником національної меншини, то він не має таких прав, які мають представники національних меншин в аспекті права на ім'я. Постає питання: а чи можлива правна відповідальність за таке порушення за наявності шкоди? Звісно, що можна звернутись до суду, вбачаючи у ситуації спірні правостосунки і наявність передумови – норм закону, на які можна спиратись в обґрунтуванні позиції сторони у спорі. Але що буде, коли суд відповідної ланки та інстанції не виходитиме з "духу" цивільного закону, з принципів верховенства права (the rule of law), і не вдасться до захисту права українця, разом із застосуванням заходів правної відповідальності до суб'єкта владних повноважень? Вочевидь, урахуовуючи українськодержавну судову практику, варто буде сподіватись лише на Європейський суд з прав людини. Водночас, багато що залежить саме від методології обґрунтування правної позиції у суді, зокрема її змістовного наповнення. Проте великим закладеним в українське (?) державотворення "вибуховим пристроєм" є Декларація про державний суверенітет, яка передала долю українців в руки держави. Як вихід, мабуть, доведеться українцеві назвати себе представником національної меншини, подаючи для цього відповідні обґрунтування. Саме це, на думку автора статті, є тим одним із правничих "вивертів", що може забезпечити право українця на ім'я в контексті означеної проблеми.

Важливим також є право на повагу до честі та гідності особи (ст. 297 ЦК України), яка є етнічним українцем. Честь для українця, особливо для українця-воїна за варною належністю, це найвища чеснота. Умерти збезчещеним – це найгірше, що могло для нього бути. Виходячи з українських витокових бачень про вічність

душі: якщо особа збезчещувала, зганьблювала себе шляхом порушення присяги (як звичаєвоправного акту), то вона перетворювалась у всіх подальших життях своїх на роба [7, с. 24-25] – людиноподібну істоту, що не має волі, а відтак і свободи – перетворювалась із суб'єкта права на об'єкт. На жаль, нині, в добу духовного, етнічного, расового занепаду української етнічної спільноти відбулась вагома аксіологічна підміна. Етнопсихіка більшості українців оповита атрофованим національним почуттям. Уражені меншовартістю Українці забули: що то є національні цінності, вартості, переважно втратили свій етнічний образ, що призводить, у наслідку, до дезорієнтації всієї психіки. "Тоді людині байдужа і мова, і політика, і держава. Увага зосереджується на матеріальних речах: добробуті, ситості тощо" [9, с. 91], – відзначає українська філософа сучасності Г. Лозко. Саме такий стан речей нині можна спостерігати поміж усіх станів українського суспільства. Ось чому, у цей складний час, у руслі глобалістичної аксіологічної непевності, таким важливим правом у сфері етнічних цінностей є право на повагу до честі й гідності. Це право, за суттю, є гарантованою змогою етнічного українця втілювати свій інтерес у сфері своєї національної цінності як у внутрішніх, так і у зовнішніх проявах цієї цінності особи, як на рівні самовизнання цієї цінності, так і її визнання з боку інших суб'єктів. У разі здійснення посягання на українську гідність, зокрема честь, як в аспекті української нації, яка охоплює конкретну особу, пак в аспекті національної особи, яка разом з іншими особами-українцями складає українську націю, можна порушити питання про застосування правоохоронних механізмів, зокрема правової відповідальності, адже такі порушення, щонайменше, тягнуть за собою, а рїогї, моральну шкоду.

Нині, у складні часи розвитку українського державотворення, деякі особи дозволяють собі вчиняти діяння, що посягають на права чи охоронювані законом інтереси українців, спричиняючи українцям суттєву шкоду. Зараз не можна "покладати руки", потрібно активно не лише ужиттєвлювати засоби захисту прав, але й порушувати питання про правну відповідальність за сам факт посягання на охоронювані законом інтереси та права українців, а також за завдану українцям шкоду, яка може бути як наслідок протиправних діянь. Модель демократії (засадничого хаосу) в Україні уможливило паплюження українських національних символів, заперечення існування української нації, заперечення актів етноциду щодо українців, зокрема Голодомору 1932-1933 рр. як одного із найбільших в історії людства генцидів, заперечення актів теїциду тощо. Також деякі суб'єкти владних повноважень зухвало, самовпевнено, а часом цинічно дозволяють собі вживати недержавну мову під час офіційних спілкувань, порушуючи Конституцію України. Зрозуміло, що розумові здібності, чи то просто ненависть до всього українського, або ж комплекс меншовартості не дають змогу засвоїти або застосовувати українську мову певним особам. Але ж чи повинно це виключати правну відповідальність?

Проте проблеми правового, зокрема правового, простору українців не вичерпувані лише глибоко принциповими, важливими для духовного розвитку та відродження нації мовними питаннями. Так, наприклад, нині почастишали діяння, виражені фізичними конфліктами, ухваленням неправих актів, іншими діяннями депутатів у Верховній раді України, що завдають українцям значну, мало виправну часом шкоду. Адже парламентарі, з точки зору правової системи України, є представниками українців (77,8% станом на 2001 рік) та громадян України інших національностей, і протиправна поведінка парламентарів призводить до підірвання

української слави та честі, паплюження доброї пам'яті українських пращурів не лише в очах українців, але й світової спільноти. Ганьба депутатів у очах світових співтовариств означає не зовсім добру славу, яка "накладається тінню" на українцях. Це призводить не лише до моральної шкоди, але й часто заподіює матеріальну, як в частині збитків, так і в частині упущеної вигоди, шкоду. Типовим прикладом сьогодення є те, що іноземні потенційні економічні інвестори просто оминають український правничий простір переважно через недобру славу, якою українців таврує владна верхівка, а це вже, щонайменше, упущена вигода. Також цю шкоду можна відчути й тоді, наприклад, коли, перебуваючи за кордоном на українця можуть "тицяти пальцями" через його національність, чи державну належність тощо. Наявні всі достатні підстави для застосування до правопорушників-парламентарів, інших правопорушників-високопосадовців заходів правнотвїдповїдальнення у вигляді не лише моральних компенсацій, відшкодування матеріальної шкоди, але й ба навіть люстрації (в аспекті правової відповідальності) таких удаваних "вельможів". Крім того, не винятково, що можна застосувати й публічноправну відповідальність за правом карним. Проте з метою забезпечення "правильного", проукраїнського, тлумачення положень деяких статей законів, що передбачають публічноправні стосунки відповідальності, потрібно провадити удосконалення публічного права на рівні його законодавчого забезпечення, і безумовно, що вжити заходи щодо зміни "владних інтерпретаторів" правозастосовних процесів. Питання правничої інтерпретації знакових процесів у межах приватноправної площини не менш важливе. Певна річ, треба враховувати положення інституту недоторканості певних суб'єктів права.

Одним із підставових прав українця в аспекті вираження його національно забарвленої свідомості є *право на індивідуальність* (ст. 300 ЦК України). Для українців притаманні певні архетипові особливості, які надають неповторності його індивідуальності. Йдеться, насамперед, про такі риси ментальності: тісний зв'язок з природою, предками; оригінальність, універсальність, волюбність, миролюбність, відважність, спритність, хитрість, доброта, оптимізм, щирість, небажання нікому підпорядкуватись, вороже ставлення до чужого, хліборобська пасивність тощо. З досліджень етнопсихологів випливає, що індивідуальність – це органічна риса українців. Крім цього, аналізуючи підложжя української індивідуальності, то важливим є огляд не тільки метафізичного, але і фізико-атропологічного аспекту.

У чому ж практично може виявлятися українець? Так, в аспекті зовнішнього вигляду – це, перш за все, українська антропологія (фізична). Українськість українця як особистості також може бути підкреслена його вбранням, що наповнене українськими семіотичними кодами. Крім того, й особливістю догляду за тілом. Так, для чоловіків – це українські вуса, традиційна зачіска ("джюра", "чуб", "під макотер" залежно від стану, варни тощо) та ін. В аспекті метафізичної антропології українець може вирізнитись лінією поведінки, інтелектуальним рівнем, українською картиною світу в цілому та ін. Відомо, що "елементи етнічної картини світу, маючи образно-міфологічну природу, зачіпають глибинні смислоттєві орієнтації представників етнічної спільноти та є ґрунтом національної ментальності" [5, с. 85]. Мовна індивідуальність також є об'єктом цього права. Уся сукупність особливостей особистості українця формує його індивідуальність, яка набуває свого образу.

Зміст суб'єктивного права українця на індивідуальність охоплює правоможність мати певну індивідуаль-

ність; користуватись своєю індивідуальністю у руслі можливих форм її прояву; визначати свою індивідуальність на власний розсуд; вимагати належної поведінки з боку інших осіб; в тім числі охоплює змогу захисту цього права у разі правопорушення та правну відповідальність.

Правна гарантованість змоги українця у сфері проявів свого внутрішнього українського світу передбачає перспективу вжиття заходів захисту права від можливих посягань, заходів охорони в цілому, а серед них і заходів правної відповідальності як охоронних правостосунків у стані активації права й обов'язку управненої особи зазнати певних власне особних, майнових, організаційних втрат.

Важливим надбанням правничої культури є закріплення й інших особистих немайнових прав у законодавстві України. Проте, не всі права безпосередньо прописані у законодавстві.

Виходячи із системного аналізу чинного законодавства, зокрема враховуючи нормативні положення, що закріпили наріжне право українця на свободу в усіх сферах його життєдіяльності, в тім числі, на розвиток зазначеного права – право на особисте життя та його таємницю, право на індивідуальність; із нормативних положень ст. 11 Конституції України, які покладають на державу Україна повноваження сприяти консолідації та розвитку української нації, її історичної свідомості, традицій і культури; керуючись тим, що перелік особистих немайнових прав, які визначені законодавством, не є вичерпним (ч. 3. ст. 270 ЦК України); керуючись наявністю механізму гарантування здійснення особистих немайнових прав (ч. 2 ст. 272, ст. 273, 275, 276 ЦК України; інші законодавчі акти), а також наявністю юридично гарантованої усвідомленої природної потреби українця на зв'язок зі своїм етносом, зокрема на українське мовне середовище і на українське середовище в цілому, отже-відтак, можна проголосити про наявність права українця на українське середовище в усіх сферах, вимірах життєдіяльності українця, у тім числі мовний – право на український мовний простір. Разом з тим констатувати наявність права українця на рідну мову, а також право українця на національність як природну даність, яку не можна обирати.

Окремо варто наголосити на праві українця на *рідну мову та український мовний простір*, що в умовах аксіоматичної "мовної окупації" є особливо актуальним. Питання онтології й реалізації цього права були частково порушені під час засадничого розгляду права українця на свободу, на індивідуальність тощо. Крім загального механізму гарантування здійснення особистих немайнових прав, варто правно-праксеологічно звернути увагу на ст. 10 Конституції України, яка є наріжним каменем у практичному ужитті прав українця на рідну мову та український мовний простір. Хоч Конституція України фактично деєтнізує етнічних українців і надає багато в чому перевагу національним меншинам, та й ст. 10 Конституції України не згадує про рідну мову українців як мову, що передається генетично, проте, у призмі українського правобачення положення цієї статті можна взяти на озброєння до арсеналу прав етнічних українців. Частина 1 ст. 10 карбує, що державною мовою в Україні є українська мова. Тобто українська мова, у світлі тлумачення Конституційного суду України, є обов'язковим засобом спілкування на всій території України під час здійснення повноважень органами державної влади та органами місцевого самоврядування (мова актів, роботи, діловодства, документації тощо), а також в інших публічних сферах суспільного життя, які визначаються законом. Які ж то є публічні сфери суспільного життя? Відповідно до ч. 5 ст. 10 Конституції України, застосування мов визначається законом. За-

кон УРСР "Про мови в Українській РСР" є осердям законодавства про мови, які визначає основні питання мововжитку в Україні, конкретизуючи Конституцію України. Важливою для повсякдення є ст. 17 цього Закону, відповідно до положень якої "у всіх сферах обслуговування громадян вживається українська або інша мова, прийнята для сторін". А отже, українець, який себе шанує, наполягатиме на виконанні цієї статті, прагнучи україномовного обслуговування, адже інше для нього, а рїгої, неприйнятне. На жаль, порушення у цій сфері найрозповсюдженіші. На захист вашого права: відмовляйтеся сплатувати за товар допоки ви не почуєте української мови; прохайте повністю перекласти українською мовою ресторанний стравопис; залишайте запис про порушення законодавства про мови у книзі відгуків, скарг і пропозицій, що поліпшить реалізацію інституту правної відповідальності за злісне порушення права українця на рідну мову й законодавства про мови, відповідно.

Варто звернути увагу на ще один важливий момент. За логікою Конституції України, якщо українці – це громадяни всіх національностей, то й жива українська мова (яка насправді може бути винятково продуктом етносу, а не штучної правно-політичної спільноти) – це та, яку формують ці "українці". Це й обсценізми московського етносу, це й так званий "суржик", та й російська мова українського зразка (з яскраво вираженою українською особливістю, зокрема у синтактиці та фонетиці), що тримається в межах советського традиціоналізму тощо. Проте, на щастя, панівним є природніше тлумачення мовного вислову "українська мова", що вжито у Конституції. Але наскільки природніше? Чи можна ту українську мову із штучними советськими правописами, пак правомовними, втручаннями середини 30 років 20 століття назвати українською мовою? Той український "правопис", який нині подають як "офіційний", не є виразником правдивої української мови, яка не повинна бути, зрештою, суворо уніфікованою, проте, це не означає, що вона повинна бути полонена росіянізмами. Проблема полягає не лише в тому, що українська мова часто відсутня в офіційнім та позаофіційним житті, але якщо й наявна, то у переважно скаліченому варіанті. Це проблема належності освіти й відсутності українського мовно-інформаційного простору, який держава не забезпечує, адже обрала глобалістичний, себто антиетнічний шлях, свого розвитку. Особливо стримує україномовне відродження апелювання до "офіційного" чи то "чинного" правопису. Почасти така "офіційність" спирається на "беззаперечний" авторитет поважних наукових інституцій, які повинні були би знатися на мовних питаннях, а також нібито на закріплення правопису на законодавчому рівні. Справді, з одного боку, таке закріплення відповідало би положенням ст. 10 і 92 Конституції України, проте, якої якості було би те закріплення? Невже законодавчо закріплена білоруська наркамаўка є правописом білоруської мови? На сьогодні в Україні, на щастя, не існує закону, який визначав би питання правопису. Проте існує постанова Кабінету міністрів України від 8 червня 1992 року, яка всупереч ч. 5 ст. 10, ч. 2 ст. 19, п. 4 ч. 1 ст. 92 Конституції України, чомусь ще досі чинна, й визначає, що "міністерствам і відомствам України, місцевим державним адміністраціям забезпечити впровадження нової редакції правопису в діловодство, освіту, видавничу справу, радіо- й телевізійне мовлення, інші сфери суспільного життя". Йдеться про правописні норми третього видання "Українського правопису", розроблені Орфографічною комісією Академії наук України, які не зображають усіх особливостей української мови. Таким чином, в умовах браку закону,

який би містив правопис української мови, згадані апеляції до "офіційності" правопису не є прийнятними.

На жаль, автор цієї статті через поширену стереотипізацію, хоч і повністю не вдається до бажаної моделі правопису в усіх нюансах, проте багато в чому, викладаючи свою думку, засадничо втілює його вимоги. Проте редакційні колеги багатьох часописів та інших друкованих видань залишають за собою право змінювати подані рукописи авторів, відповідно до вимог свого розуміння правопису.

Проте найприкраща проблема в тому, що держава не лише неефективно забезпечує існування мовного етноукраїнського простору, але й часом прямо перешкоджає процесу його формування та функціонування. Для етносвідомих українців та їхніх однодумців проблеми очевидні: російськомовні, часом просто чинічні, виступи посадових осіб органів державної влади та місцевого самоврядування; скалічена українська мова від перших осіб держави; незабезпечення україномовним перекладом фрагментів новинного матеріалу, ток-шоу лівової частки теле- і радіоканалів; брак друкованих україномовних мас-медійних видань; українське книговидання у не перевазі тощо. Найліпшою реакцією на наявні неподобства було би масове та згуртоване застосування арсеналу всіх національних і позанаціональних правових засобів. Свідомо згуртованість та масовість явища захисту прав українців та правового увідповідальнення порушників є запорукою вирішення проблем українського мовного (і не лише) етнобуття.

Таким чином, перелік прав українця не вичерпаний тими правами, які закріплені в Конституції України, Цивільному кодексі України, і, в тім числі, які були згадані у цій праці.

Фактично запропонований підхід дає змогу побачити, що усякий природноправний інтерес українця може бути певного рівня об'єктом особистого немайнового права, а не розглядуваний як охоронюваний законом інтерес. Варто нагадати, що, як слушно визначає Є. Крашенінніков [4, с. 14], статус охоронюваного законом інтересу інтерес здобуває лише тоді, коли він набуває визнаності законом шляхом надання його носієві охоронного права як засобу його захисту. Проте, беручи до уваги легальне визначення особистого немайнового права, описаний в цій статті алгоритм виокремлення інших, окрім тих, що визначені в ЦК України, особистих немайнових прав українця, забезпечує регулятивне охоплення будь-яких правових особистих немайнових інтересів українця. І у разі правопорушення, об'єктом якого є гарантований правом особистий немайновий інтерес, то об'єктом судового захисту буде вже не власне інтерес, а особисте немайнове суб'єктивне право – гарантована правом змога ужиттєвлення свого особистого немайнового українського інтересу.

Обов'язки. Спостерігаючи розважання автора над проблемами особистих немайнових прав українців, не можна було не помітити, що правам кореспондують відповідні обов'язки.

Так, особистому немайновому праву українця кореспондує обов'язок фізичних та юридичних осіб таким чином провадити свою діяльність, аби не порушувати це особисте немайнове право; обов'язок органів державної влади, органів місцевого самоврядування у межах своїх повноважень забезпечити здійснення українцем особистих немайнових прав; обов'язок юридичних осіб, їхніх працівників, окремих фізичних осіб, професійні обов'язки яких стосуються прав українця, утримуватися від дій, якими ці права можуть бути порушені

(ст. 273 ЦК України); обов'язок посадових і службових осіб вчинити необхідні дії, спрямовані на забезпечення здійснення особистого немайнового права українця (ст. 272 ЦК України).

У контексті згадуваних прав, порушення прав українця можливе внаслідок невиконання або неналежного виконання пасивного чи навіть активного обов'язку у стосунку до цих прав.

У разі створення протиправного перешкоджання в ужиттєвлюванні особистого немайнового права українця, можливе застосування заходів захисту. Зокрема йдеться про обов'язок суб'єктів права, діями (діями або бездіяльністю) яких порушене особисте немайнове право українця, вчинити необхідні дії задля негайного його поновлення (ч.1. ст. 276 ЦК України). Якщо дії, необхідні для негайного поновлення порушеного особистого немайнового права українця, особи не вчиняють, суд може ухвалити рішення щодо поновлення порушеного права. Існують загальні положення, передбачені ст. 16 ЦК України, що передбачають способи (видове до "засоби") захисту права. Способи захисту часто деталізовані на рівні окремих особистих немайнових прав. Так, наприклад, приватний закон передбачає захист порушеного поширенням неправдивої інформації особистого немайнового права українця (ст.ст. 277, 278 ЦК України), або ж захист права на ім'я українця, яке було перекручене (ч. 3 ст. 294 ЦК України), або ж у разі порушення права українця на безпечне для життя та здоров'я довкілля (навколишнє природне середовище) (ст. 293 ЦК України) тощо. Отже, як можна побачити, регулятивному змісту правостосунків кореспондують відповідні охоронні права та обов'язки.

Проте наявні всі підстави порушувати питання не лише про захист права українця з метою його поновлення, але й про ініціацію правової відповідальності – правоохоронного інституту, норми якого в диспозиції містять охоронне право, що виникає у особи, регулятивне право якої порушене, і охоронний обов'язок особи-порушника вдатися до певної поведінки, що виражається для правопорушника у непов'язаних з виконанням регулятивного обов'язку (у тім числі із засобами забезпечення виконання зобов'язань та захистом регулятивного права в цілому) втратах особистого, майнового характеру (обмеження або позбавлення), що впливають з обов'язку (якого не існувало до правопорушення, перед носієм права) у порушника бути покараним. Правопорушник може зазнати правової відповідальності за порушення особистого немайнового права українця як в межах площини приватного, так і публічного права. Певна річ, що охоронні правозаємні відповідальності можуть перебігати на рівні досудового або судового регулювання. Відповідно до ч. 2 ст. 276 ЦК України, якщо дії, необхідні для негайного поновлення порушеного особистого немайнового права фізичної особи, не вчиняються, суд може постановити рішення щодо поновлення порушеного права, а також відшкодування моральної шкоди, завданої його порушенням. А якщо таке порушення спричинило збитки або упущену вигоду, то суд може ухвалити рішення щодо відшкодування майнової шкоди.

Таким чином, є права і обов'язки регулятивного рівня правостосунків, можливі (та наявні) права й обов'язки охоронного рівня правостосунків, адже можливі (та наявні) правопорушення, а отже можлива, необхідна (і наявна як інститут) правна відповідальність!

Важко не помітити, що всю статтю пронизує такий суб'єкт суспільних стосунків як "правничий українець", про що було зауважено на початку праці, посилаючись

до феномену "етнонаціонального". Чим же зумовлене вдавання до української правничої феноменології, антропології, етнопсихології та в цілому українознавства!? Перш за все тим, що таке бачення є природним – сприймати правничий світ з точки зору української правничої парадигми (в тім числі у призмі відповідних суб'єктів: українців і не українців), розуміючи, що право – це перш за все продукт етнотворчості, і ми, свідомі українці, є в першу чергу його відтворювачами, носіями української правничої свідомості, яку виражаємо у повсякденні, застосовуючи категорійний апарат етноправнознавства, українознавства, правничої антропології, правничої етнопсихології та ін. По-друге, йдеться про охорону й захист не просто українського особистого немайнового суб'єктивного права, а ми захищаємо цілий внутрішній світ особи (особистості), яка є належною до української етнічної спільноти, і пов'язана, перш за все енергетично, зі своїм етносом, у тім числі зі своїм екосом. По-третє, порушення особистого немайнового права етносвідомого українця на своїй етнічній землі (де проживає 77,8% українців станом на 2001 р.) а пріоріт тягне за собою втручання у внутрішній світ українця, тобто завдає моральної шкоди, що уможливує питання застосування правної відповідальності, як мінімум, наприклад, компенсації за моральну шкоду. Інакше кажучи, лише сам факт негативного посягання на особисті немайнові блага українця можна сприймати як апіорне порушення права українця, адже таке порушення відбувається на екосі українця, в його "домівці", щодо нього власне як українця, і це звісно спричиняє такий особі, у призмі її українськості, шкоду. По-четверте, враховуючи антиукраїнські настрої в українськостеродержавному суспільстві, зокрема з боку державного апарату, справедливо порушити питання про наявний "антиукраїнізм", зокрема у руслі протиправної бездіяльності держави, інших суб'єктів права щодо активних обов'язків в частині забезпечення особистих немайнових прав, зокрема таких, як право на навколишнє природне середовище, право на охорону здоров'я; або ж порушити це питання щодо активних антиукраїнських діянь. По-п'яте, враховуючи, що чимала частина порушень особистих немайнових прав має саме етнонаціональний мотив, не лише латентного кшталту, але й явно відкритого характеру, це також зумовлює потребу у "правничому українцеві". По-шосте, беручи до уваги правничу українську традицію взаємозахисту, взаємодопомоги, безпосередній зв'язок кожного українця з етносом (а етносу – з кожним українцем), отже-відтак, посягання на українця – це посягання на всю українську націю, а, отже, і на її первинний твірний компонент – Українця! Саме така українська традиційна правнича ідеологія у руслі необхідної правничої активності українців може стати запорукою відродження, розвитку та в цілому процвітання української нації.

Таким чином, наявні достатні підстави впровадити "правничого українця" як суб'єкта правної реальності та "правного українця" як суб'єкта правостосунків у науковий і правничопрактичний вжиток, зокрема в контексті теорії правної відповідальності.

Із розважань, поданих у цій праці, можна зробити висновок, що до порушників рідко маніфестованих, як

правило, нових для загалу особистих немайнових прав можуть бути застосовані заходи правної відповідальності різних видів, які можна чи потрібно застосовувати за потреби. Аби не вдатись до логічної хиткості з неправильним поділом, потрібно здійснити беззаперечно правильний за наслідком поділ правної відповідальності на: приватну й публічну правну відповідальність.

У контексті окресленого в цій праці обґрунтованого підходу визначення такого суб'єкта особистих немайнових прав як українця, то наявні підстави для обґрунтування нового виду – правної відповідальності за порушення прав українців та прав української нації! Це поняття отримані внаслідок логічної операції обмеження поняття "правна відповідальність за порушення прав особи" та "правна відповідальність за порушення прав нації". Крім того, новим у керунку розвитку української правної теорії є виокремлення "українськостеродержавної відповідальності" як відповідальності з точки зору українського правобачення. У стосунку відповідальності за порушення прав етнічного українця важливе значення має описаний у цій праці постулат презумпції моральної шкоди, заподіяної українцеві внаслідок посягання на його особисте немайнове право, і принцип "ланцюгової реакції" – взаємозв'язку нації і особи, особи і нації у разі порушення особистого немайнового права українця. Актуальним також є питання розробки і впровадження до правничої системи України такого публічноправно-і приватноправнокарного чину як "антиукраїнізм".

Ужиттєвлення зазначених завдань стане можливим у разі застосування української природної методології провадження наукових і філософських правничих досліджень.

1. Безклубий І., Косянчук П. Світоглядні витоки права українського народу // Про українське право. Часопис кафедри теорії та історії держави і права. Число III / За ред. І. Безклубого. – К., 2008. – с. 19-28.
2. Єрмоленко С. Я. Мова і українознавчий світогляд: Монографія. – К.: НДІУ, 2007. – 444 с. 3. Косянчук П. Теоретичні проблеми виокремлення видів правної відповідальності за галузями права // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка / Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – Київ, 2009. – С. 43-47. – (Юридичні науки; Вип. 80).
4. Крашенинников Е. А. Охраняемый законом интерес его защиты // Вопросы теории охранительных правоотношений – Ярославль, 1991 – 44 с. 5. Лозко Г. С. Етнологія України. Філософсько-теоретичний та етнорелігієзнавчий аспект. – К.: "АртЕк", 2001. – 304 с. 6. Лозко Г. С. Пробуджена Енея. Європейський етнорелігійний ренесанс. – Харків: Див, 2006. – 464 с. 7. Лозко Г. Священний смисл Присяги на тлі суспільного хаосу // Сварог. – 2003. – Вип. 13 – 14. – с. 23-27. 8. Лозко Г., Косянчук П. Методологічні орієнтири української правової реальності // Про українське право: Часопис кафедри теорії та історії держави і права Київ. нац. ун-ту імені Тараса Шевченка / За ред. проф. І. Безклубого. – К.: Грамота, 2009. – Чис. IV. – С. 253-265 – 384 с. 9. Лозко Г. С. Українське народознавство. – 2-е вид., доповнене та перероблене. – К.: "АртЕк", 2004. – 478 с. 10. Овсянников Куликовский Д. Психология национальности. – Петербург, 1922. – 39 с. 11. Фаріон Ірина. Національне й універсальне в антропонімії // Іншомовні елементи в ономастиці України: Матеріали наукового семінару, 12-13 вересня 2001 р. / НАН України Інститут української мови / Шульгач В. П. (відп. ред.). – К.: Київ, 2001. – 132 с. 12. Фаріон Ірина. Саме згодних називатися горщиками в піч і ставлять (Про національне й універсальне в антропонімії) // Урок Української. – 2002. – № 7. – С. 18 – 20. 13. Філософія: Підруч. для студ. вищ. закл. освіти / Бичко І. В., Бойченко М. І., Бузький М. П., Табачковський В. Г.; [Голов. ред. В. М. Куценко]. – К.: Либідь, 2002. – 402 с.

Надійшла до редколегії 01.06.11

КРИТЕРІЙ ДОСТАТНОСТІ ПРИ ОЦІНЦІ ДОКАЗІВ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ І США: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

У статті досліджено проблему достатності як критерію оцінки доказів у цивільному процесі США та України і проведено порівняльно-правовий аналіз цього питання. Зокрема, детально проаналізовано сутність поняття достатності, правила оцінки суддями достатності поданих сторонами доказів. Виявлено позитивний досвід США, який може стати корисним для розвитку українського доказового права та судової практики та запропоновано зміни до ЦПК України, спрямовані на удосконалення процесу оцінки доказів.

Ключові слова: оцінка доказів, достатність доказів, стандарти доказування.

В статье исследовано проблему достаточности как критерия оценки доказательств в гражданском процессе США и Украины и осуществлен сравнительно-правовой анализ этого вопроса. В частности, подробно проанализировано сущность понятия достаточности, правила оценки судьями достаточности представленных сторонами доказательств. Обнаружено положительный опыт США, который может быть полезным для развития украинского доказательственного права и судебной практики, предложены изменения в ГПК Украины, направленные на усовершенствование процесса оценки доказательств.

Ключевые слова: оценка доказательств, достаточность доказательств, стандарты доказывания.

The article researches the topic of sufficiency as a criterion for evaluation 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 sufficiency, of rules for evaluation by judges of the sufficiency of evidence introduced by parties. It identifies positive experience of the US system, which can prove of use for the development of the Ukrainian evidence law and court practice, recommends amendments to the Civil Procedure Code of Ukraine that are aimed at improving the process of evaluation of evidence.

Keywords: evaluation of evidence, sufficiency of evidence, standards of proof.

У національній теорії цивільного процесу питання достатності доказів є одним з найменш досліджених елементів оцінки доказів. Хоча певною мірою питання достатності доказів торкалися у своїх працях С.Я. Фурса, Т.В. Цюра, В. В. Комаров, В. М. Кравчук, О. І. Угриновська, С. В. Васильєв. Крім цього, на відміну від інших критеріїв оцінки доказів (зокрема, належність і допустимість), правила оцінки достатності доказів взагалі не регламентовані національним цивільним процесуальним законодавством. Водночас критерій достатності має важливе значення для ухвалення справедливого судового рішення, яке спрямоване на захист прав та інтересів особи. Тому проблематика достатності доказів у цивільному процесі потребує ґрунтовного дослідження. Для цього цікаво проаналізувати як регулюється це питання у теорії, законодавстві та судовій практиці США – держави, яка є класичним представником змагального процесу.

Процес встановлення достатності доказів означає перевірку того, чи можна на підставі сукупності поданих доказів переконатися у існуванні або відсутності певного факту, який входить до предмету доказування і підлягає встановленню судом. Як правило, достатність доказів стосується завершальної стадії доказування і встановлюється безпосередньо при вирішенні справи судом (ухваленні судового рішення). Хоча, як слушно зазначають російські процесуалісти питання про достатність доказів може виникнути і раніше [1, с. 370, 9, с. 93]. Наприклад, для ухвалення процесуальних рішень у справі, не пов'язаних із закінченням провадження. Так, у справі про ДТП з великою кількістю очевидців не потрібно допитувати їх усіх. У таких випадках слід керуватися принципом розумної достатності: обмежити докази після встановлення предмету доказування у необхідних для конкретної справи межах.

Як зазначають С.Я. Фурса та Т.В. Цюра, поняття "достатність доказів" назвати новим важко, оскільки воно має доволі широке застосування в юридичній літературі та судовій практиці. З цим поняттям пов'язується можливість оцінити певну обставину як встановлену. При цьому, в судовій практиці кожна сторона надає суду свій аналіз достатності доказів, але суд в

своєму рішенні має констатувати обґрунтованість сторонами заявлених позовних вимог [11, с. 191].

Достатність є оціночним поняттям, тому неможливо дати однозначну відповідь на питання про те, яка кількість доказів є достатньою [9, с. 94]. У кожній конкретній справі достатність поданих доказів оцінюється індивідуально, а отже, вказівки щодо достатності чи недостатності доказів більше характерні для судової практики, ніж для норм права. Справді, визначення достатності доказів відсутнє у цивільному процесуальному законодавстві України та США, хоча у законодавстві обох країн так чи інакше зазначається про цей критерій оцінки доказів.

У ч. 3 ст. 212 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) закріплено положення про те, що суд оцінює достатність доказів. Це правило означає, що докази у своїй сукупності повинні переконувати у наявності певної обставини. Якщо доказів недостатньо для встановлення певної обставини, суд робить висновок про недоведеність цієї обставини.

На відміну від ЦПК України, у федеральному законодавстві США немає чіткої вказівки на критерій достатності. Правило про необхідність оцінки достатності доказів у їх сукупності встановлене прецедентним правом. Крім цього, Правила 50 та 52(а)(5) Федеральних правил цивільного процесу передбачають, що якщо докази, подані однією стороною, не дають юридично достатніх доказових підстав для вирішення справи на її користь, справа має бути вирішена на користь протилежної сторони.

Не зважаючи на нечітку законодавчу регламентованість критерію достатності доказів, у США це поняття добре розтлумачене в судових прецедентах та наукових доробках. Зокрема, у судовій практиці у цивільних справах та юридичній літературі наводяться такі визначення правила достатності доказів:

достатність доказів – це правовий стандарт, який застосовується для визначення того, чи подані докази є достатніми для передачі справи на розгляд присяжних, або є юридично достатніми для того, щоб професійний суддя міг ухвалити рішення в силу закону [18, с. 768];

достатні докази – це докази такої якості і ваги, які раціональна і справедлива особа, будучи неупередже-

но розсудливою, може сприйняти як адекватні для підтримання певного висновку [19, с. 387];

достатні докази – це докази, які наділені певними якісними характеристиками і належною значимістю та дають достатнє фактичне підґрунтя для вирішення справи у певний спосіб [14, с. 360];

достатні докази – це докази, які за суттю, вагою чи кількістю створюють юридичні підстави для ухвалення відповідного судового рішення [28, с. 248];

достатні докази – це така кількість належних доказів, яка за звичайних умов задовольняє неупереджений розум відповідно до встановленого стандарту [17, с. 373].

Слід зазначити, що у США термін "достатність доказів" використовується як синонім ваги (або переваги) доказів – наявності більшої кількості достовірних доказів, поданих у ході судового процесу однією зі сторін для ухвалення рішення на її користь. Тобто, через зважування доказів суд або присяжні встановлюють яка зі сторін надала більшу кількість достовірних доказів для вирішення справи на свою користь.

За загальним правилом, в американському цивільному судочинстві поданих у цілому та у сукупності доказів має бути достатньо для того, щоб задовольнити покладений на сторону тягар доказування і передати справу на вирішення суду [21, с. 110]. При цьому питання про те, чи надала сторона достатню кількість доказів, може вирішувати лише професійний суддя, а не присяжні.

В юридичній літературі та судовій практиці США в залежності від конкретних обставин справи розмежовують два види достатності доказів: очевидна достатність ("prima facie evidence") та задовільна достатність ("satisfactory evidence").

Очевидно достатніми є докази, яких згідно з законом достатньо для встановлення певного факту або усієї сукупності фактів, що обґрунтовують вимоги або заперечення сторони, доти, доки існування цього факту не буде заперечено іншими доказами [16, с. 546]. Тобто такі докази не є безспірними, але якщо протилежна сторона не надасть належні докази для їх спростування, вони є достатніми для ухвалення рішення на користь особи, яка їх подала [15, с. 1220]. Наприклад, у справах про заподіяння шкоди позивач має довести такі обставини:

- 1) фактичне заподіяння шкоди;
- 2) наявність у відповідача обов'язку не вчиняти певні дії, які можуть завдати шкоду;
- 3) порушення відповідачем цього обов'язку;
- 4) порушення було безпосередньою причиною заподіяної шкоди.

У разі підтвердження позивачем цих чотирьох обставин належними, допустимими і достовірними доказами, їх буде очевидно достатньо для того, щоб суд вирішив справу на його користь.

Вказівки на те, яка кількість доказів є очевидно достатньою для певної категорії справ, містяться у нормах матеріального права. Наприклад, відповідно до законодавства штату Мічіган очевидно достатніми є докази завдання автомобілю шкоди під час його знаходження під доглядом власника гаража для доведення необережної вини власника [27, ст. 4973.06].

На відміну від очевидної достатності, критерії задовільної достатності не встановлюються законом. Задовільна достатність застосовується при остаточній оцінці доказів у більшості цивільних справ. Задовільно достатньою є така кількість доказів, яка за результатами їх розумового зважування судом або присяжними здатна переконати у правдивості певного факту. Тобто, у такому випадку достатніми є докази, які можуть обґрунтувати ухвалення рішення на користь особи, яка їх подала. Це пов'язано з питанням зважування доказів.

Визначення поняття достатності доказів також трапляються у сучасній вітчизняній та російській науковій літературі. Однак, слід зазначити, що порівняно з іншими критеріями оцінки, категорія достатності аналізується не часто.

На думку С.Я. Фурси, достатність доказів або їх сукупність означає, що вони або їх кількість та вагомість дозволяють суду зробити висновок про існування або відсутність певного юридичного факту (фактів), на підтвердження якого вони зібрані та в результаті встановлення якого в особи виникне, зміниться або припиниться певне суб'єктивне право [5, с. 555]. І. В. Решетнікова визначає достатність як таку сукупність доказів, яка дозволяє вирішити справу [10, с. 26]. С.В. Васильєв вважає, що достатність доказів означає, що вони дозволяють дійти достовірного висновку про існування факту, на підтвердження якого вони зібрані. Якщо такого висновку дійти не можна, то це вказує на недостатність доказів або їхньої сукупності [3, с. 150]. В.В. Комаров зазначає, що визначаючи достатність доказів суд вирішує питання про те, чи можливо на підставі наявних доказів у справі зробити висновок про існування фактів, які входять до предмету доказування, а також про права і обов'язки сторін [4, с. 232].

При встановленні достатності доказів необхідно також оцінити усі докази разом з позиції їх взаємозв'язку. Так, на думку В.М. Кравчука та О.І. Угриновської, достатні докази повинні бути узгоджені між собою і в сукупності давати можливість суду встановити дійсні відносини сторін і правильно вирішити спір [7, с. 477]. Б.Т. Матюшин визначає достатність доказів як їх об'єктивну властивість, яка виражається у взаємовідносинах доказової інформації (фактичних даних) між собою, і дозволяє створити об'єднаний образ окремих сторін (фактів) і спірних матеріальних правовідносин в цілому [6, с. 42]. Тобто, оцінка достатності повинна здійснюватися з урахуванням усієї сукупності доданих до справи доказів, адже саме так можна усунути суперечності між доказами та сумніви в істинності висновку, зробленого на підставі дослідженої доказової інформації.

Вітчизняні та російські процесуалісти зазначають, що достатність доказів є не кількісним, а якісним показником [5, с. 555-556; 9, с. 94]. Одиначний непрямий доказ завжди є недостатнім, тому що дозволяє зробити лише можливий, а не достовірний висновок про факт, що доказується (припущення). Водночас достатність не означає необхідності подання якомога більшої кількості доказів. Важливо, щоб обставини справи були доведені і суд міг або задовольнити вимоги позивача, або відмовити у їх задоволенні. Таку думку поділяють американські юристи, які зазначають, що перевага (достатність) доказів означає не більшу кількість свідків або обсяг доказів, а переконливу силу доказів [22, с. 30-31]. Зазвичай вважається, що суд не може вирішити справу на користь однієї зі сторін лише на підставі мінімальних доказів. Але у випадках, коли позивач надав мінімальну кількість доказів, а відповідач взагалі не надав жодних доказів, то очевидно, що мінімум доказів і за кількістю і за переконливістю буде більше, ніж повна відсутність доказів. Однак у таких випадках це зовсім не означає, що суд ухвалить рішення на користь позивача.

Як вже зазначалося, зазвичай, встановлення достатності доказів є завершальним етапом оцінки доказів, а тому можна зробити висновок, що достатність утворюють належні, допустимі та достовірні докази. Проте при оцінці достатності доказів було б помилково орієнтуватися виключно на ці критерії. Достатність доказів не може встановлюватися лише шляхом механічного додавання належних за змістом, допустимих за формою

та достовірних доказів. Адже подані у справі докази можуть бути належними і цілком достовірними, але їх може виявитися недостатньо для того, щоб суд зміг зробити висновок про те, що певний факт дійсно мав місце (а отже, для того, щоб ухвалити рішення на користь тієї чи іншої сторони). На жаль, у вітчизняній процесуальній літературі відсутні погляди на те, як повинен діяти суд у разі виявлення недостатності доказів при вирішенні справи. У працях радянських процесуалістів висловлювалися думки, що у таких випадках суд повинен досліджувати додаткові докази (зокрема, через витребування доказів із власної ініціативи або зобов'язання сторін подати додаткові докази). Раніше Верховний Суд України з цього приводу висловлював думку, що у разі виявлення недостатності зібраних у справі доказів, суд повинен пропонувати сторонами та іншим особам, які беруть участь у справі, подавати додаткові докази [8, п.14]. Однак із введенням змагальності у цивільне судочинство України суд у позовному провадженні перестав бути активним учасником процесу, він не може пропонувати сторонам подати додаткові докази або витребувати їх із власної ініціативи. У класичному змагальному процесі суд має ухвалювати рішення виключно на підставі тих доказів, які подані сторонами, навіть якщо цих доказів недостатньо [29, с. 2]. Таким чином, у разі відсутності достатніх доказів для переконання суду в існуванні фактів, які входять до предмету доказування, суд не може вирішити справу на користь тієї сторони, на якій лежить тягар доказування.

Цікавим є досвід США, де при оцінці достатності доказів у цивільному судочинстві діють спеціальні правила. Як вже зазначалося, у США достатньою є така кількість доказів, яка може задовольнити певний стандарт (тобто стандарт доказування). Термін "стандарт доказування" ("standard of proof") пов'язаний з питанням тягара доказування і означає відносну кількість доказів, яка необхідна для отримання переваги стороною, на якій лежить тягар переконання [28, с. 249]. У той же час, стандарт доказування є критерієм, відповідно до якого суд ухвалює рішення у справі. При цьому, керуючись стандартом доказування при оцінці достатності доказів, суд не ставить за мету встановлення об'єктивної істини у справі, а має лише визначити вірогідність того, що певний факт, який обґрунтовується поданими доказами, дійсно мав місце.

Залежно від стандартів доказування достатність доказів вимірюється у різних відсотках. В американському цивільному процесі існує два стандарти доказування: цивільний стандарт та підвищений цивільний стандарт [28, с. 250].

Цивільний стандарт застосовується у більшості справах і відомий під назвою "перевага доказів" ("preponderance of evidence") – наявність більш вагомих доказів на користь певної сторони. Цей стандарт означає, що сторона має переконати суд або присяжних у тому, що її аргументи є швидше вірогідними, ніж невірогідними, що ймовірніше за все певний факт відповідає істині [13, с. 659; 23, с. 246]. У кількісному вимірі це значить, що шанс виграти справу стороною, на якій лежить тягар доказування, складає більше, ніж 50%. Якщо ж суд переконується у тому, що перевага доказів знаходиться на стороні опонента, або ж, зважаючи на рівний розподіл доказів між обома сторонами (50% на 50%), буде однаково переконаний як у правомірності, так і в неправомірності аргументів сторони, – це означає, що сторона не змогла виконати свій тягар переконання, а тому справу виграє протилежна сторона. Іншими словами, для отримання позитивного рішення сторона має досягти переваги в доказах на свою

користь або ж переваги у балансі ймовірностей ("balance of probabilities").

Проте, як вже зазначалося, перевага доказів означає їх домінування не у кількісному вимірі (тобто кількості викликаних стороною свідків), а у якісному вимірі (тобто впливі усіх доказів в їх сукупності на переконання присяжних чи суду у більшій ймовірності існування факту, ніж його відсутності) [12, с. 435; 26, с. 1182]. У відсотковому відношенні для задоволення позову необхідно довести 51% обґрунтованості позовних вимог. Але якщо позивач надав докази, а відповідач не навів жодних протилежних доказів, це зовсім не означатиме, що позов має бути задоволено. Можлива ситуація, коли сторона подала докази, але при цьому справа буде вирішена не на її користь, оскільки сторона не переконала суд у ймовірності існування факту [25, с. 22].

Оцінка ймовірності фактично припускає наявність у суду двох варіантів вирішення справи, з яких суд обирає один, керуючись тими доказами, які, на його думку, є ймовірнішими. Тобто немає необхідності в тому, щоб суд не мав жодних сумнівів, але достатньо, щоб обраний варіант рішення був більш ймовірним, ніж відхилений [24, с. 794].

Слід зазначити, що деякі американські суди критично сприймають застосування терміну "ймовірність" при оцінці достатності доказів та ухваленні рішення, оскільки він містить в собі сумнів і невпевненість. У судовій практиці висловлюється думка, що судові рішення не може базуватися лише на оцінці ймовірностей, а необхідно, щоб суд або присяжні фактично вірили і були переконані у правдивості фактів за допомогою переваги доказів [24, с. 795]. Після того, як докази були зважені, факт вважається доведеним за допомогою переваги доказів, якщо суд фактично вірить у його правдивість, не зважаючи на наявність певних залишкових сумнівів. Таким чином, сторона не лише повинна подати докази з більш переконливою силою, але ці докази мають бути такими, щоб переконати суд у правдивості її вимог.

На відміну від цивільного стандарту, підвищений цивільний стандарт застосовується не часто, однак він є відомим цивільному процесу [20, с. 429]. Цей стандарт застосовують у справах, на які поширюється особливий захист держави, а тому для їх вирішення вимагається досягти вищого ступеня вірогідності. Підвищений цивільний стандарт зазвичай визначають як "чіткі та переконливі докази" ("clear and convincing evidence") і застосовують щодо позовів, у яких суд або законодавець вирішили, що для отримання рішення на свою користь сторона, повинна подати більше, ніж звичайну кількість доказів [28, с. 249-250]. Це може мати місце, наприклад, у випадках, коли наслідки вирішення цивільної справи є набагато серйознішими, ніж звичайне матеріальне відшкодування, і наближаються за своїм характером до наслідків у кримінальній справі. Тому застосування простого цивільного стандарту у таких справах, викликало б істотний ризик ухвалення помилкового рішення. Прикладами справ, у яких застосовується підвищений цивільний стандарт є справи про депортацію іноземців за зверненнями державних органів, про визнання особи недієздатною і поміщення її на примусове лікування до психіатричного закладу або позбавлення батьківських прав [21, с. 45].

Підвищений цивільний стандарт може також застосовуватися, якщо законодавець схильється до недовіри доказам, які найчастіше подаються у певних видах позовів, а тому ускладнює здатність сторони, яка посилається на такі докази, переконати суд у своїй правоті. Наприклад, якщо сторона намагається заперечити висловлений у заповіті очевидний і чіткий намір спадко-

давця шляхом подання усних доказів, які суперечать цьому письмовому документу [24, с. 340].

Слід зазначити, що основна цінність підвищеного стандарту полягає в тому, що він виступає в якості інструмента, який нагадує суду, що до доказів, поданих у такій справі, необхідно ставитися з особливою обережністю. Кількісне визначення підвищеного цивільного стандарту є досить нечітким, деякі спеціалісти вважають, що для задоволення позову на підставі "чітких та обґрунтованих доказів" необхідно довести приблизно 75-85% позовних вимог [2, с. 201]. У будь-якому разі для визнання доведеності певного факту у таких справах суддя має ширшу можливість діяти на власний розсуд, встановлюючи, чи виконала сторона покладений на неї підвищений тягар доказування.

Хоча стандарти доказування є одним з важливих елементів змагального процесу США, залежно від яких вимірюється достатність поданих сторонами доказів у відсотковому еквіваленті, у цивільному судочинстві України вони не встановлені. За радянських часів таким критерієм було встановлення об'єктивної істини у справі. Нині, з введенням у вітчизняний цивільний процес принципу змагальності, розширення принципів диспозитивності і процесуальної рівності сторін, від принципу об'єктивної істини відмовилися. Однак, не зважаючи на те, що цивільний процес став більш змагальним, законодавством не було закріплено стандартів, якими суд повинен керуватися при вирішенні справи. Ч. 1 ст. 212 ЦПК України містить лише положення про те, що суд оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному, об'єктивному та безпосередньому дослідженні наявних у справі доказів. Суд не зобов'язаний самостійно збирати докази, а оцінює лише ті докази, які були надані сторонами. Врешті-решт суд має ухвалити рішення у справі на користь тієї сторони, яка, на його думку, надала більш переконливі докази для обґрунтування своєї правової позиції. Однак, керуючись своїм внутрішнім переконанням при оцінці доказів кожен український суддя покладається на особисті критерії, які залежать від сприйняття конкретною людиною тієї або іншої обставини. Водночас відсутність єдиного розуміння достатності доказів призводить до неоднакового вирішення справ.

З огляду на це, враховуючи досвід США, для полегшення українським суддям завдання з оцінки достатності доказів, доцільно запровадити універсальні стандарти доказування, які можуть бути застосовані при попередній та остаточній оцінці доказів.

Звичайно, не можливо встановити чіткі правила, які б відповідали на питання про те, скільки доказів достатньо у кожній конкретній справі для ухвалення законного і обґрунтованого судового рішення. Однак наявність загальних критеріїв, за якими суди могли б оцінювати докази сприяло б єдності судової практики і однакового застосуванню процесуального права.

При попередній оцінці доказів стандарт має бути нижчим, ніж при остаточній оцінці. Так, при вирішенні процесуальних питань суд може використовувати стандарт ймовірності, який не вимагає, щоб докази переконували у існуванні або відсутності певної обставини, а лише дозволяли припустити певний висновок. Однак, при ухваленні судового рішення за результатами розгляду справи стандарт доказування повинен бути вищим, ніж для попередньої оцінки. У таких випадках обов'язково повинен бути дотриманий стандарт переконливості. Для встановлення обставин у справі при її вирішенні необхідно, щоб докази переконували у наявності цих обставин; упевнювали в тому, що вони є швидше правдою, ані ж неправдою. Якщо є докази на ко-

ристь протилежного твердження – про відсутність таких обставин, то вони не повинні породжувати вагомих сумнівів у тому, що ці обставини дійсно були. За наявності таких сумнівів суд повинен зробити висновок про недоведеність певної обставини. Тобто, якщо позивач не зможе переконати суд у тому, що його позиція є більш правдивою, ніж позиція відповідача, позов не може бути задоволений. Але при цьому потрібно враховувати діючі у законодавстві презумпції, відповідно до яких певну обставину потрібно вважати встановленою, якщо не буде наведено переконливих доказів щодо відсутності цієї обставини.

Доцільно також закріпити у ЦПК України, на рівні з критеріями належності та допустимості (яким Кодекс присвячує окремі статті), конкретні норми щодо критерію достатності доказів. Вироблення чіткого розуміння оцінки достатності доказів допомагатиме суду в ухваленні правильного рішення. Тому пропонуємо доповнити ЦПК України статтею такого змісту:

"Достатність доказів

1. Достатніми є докази, які у своїй сукупності переконують у наявності або відсутності певної обставини.

2. Якщо сторона не подала достатньо доказів для підтвердження певної обставини суд робить висновок про її недоведеність".

1. Белкин А. Р. Теория доказывания в уголовном судопроизводстве. – М.: Норма, 2005. – 528 с. 2. Бернам У. Правовая система США. 3-й выпуск. – М.: "Новая юстиция", 2006. – 1216 с. 3. Васильев С. В. Цивильний процес: Навчальний посібник. – Х.: ТОВ "Одісей", 2008. – 480 с. 4. Гражданский процесс: учебник / под ред. проф. Комарова В.В. – Х.: ООО "Одиссей", 2001. – 704 с. 5. Комментар до ЦПК Цивильний 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. Матюшин Б.Т. Общие вопросы оценки доказательств в судопроизводстве. – Хабаровск: Хабаровская высшая школа МВД СССР, 1987. – 70 с. 7. 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. 8. Постанова Пленуму Верховного Суду України "Про практику застосування судами процесуального законодавства при розгляді цивільних справ по першій інстанції" N 9 від 21 грудня 1990 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v0009700-90>. 9. Решетникова И.В. Доказывание в гражданском процессе: учеб.-практ. пособие. – М.: Издательство Юрайт, ИД Юрайт, 2010 – 503 с. 10. Справочник по доказыванию в гражданском судопроизводстве / под. ред. И.В. Решетниковой. – 4-е изд., перераб. – М.: Норма, 2007. – 480 с. 11. Фурса С.Я., Цюра Т.В. Докази і доказування у цивільному процесі України: Науково-практичний посібник. (Серія: Процесуальні науки) – К.: Видавець Фурса С.Я., КНТ, 2005. – 256 с. 12. Decision of the California Court of Appeal (Sixth District) in the case of Glage versus Hawes Firearms Company, November 29, 1990 // West's California Reporter, Vol. 276, P. 430-438. 13. Decision of the Court of Appeal of Louisiana (First Circuit) in the case of Braud versus Kinchen, March 10, 1975 // Southern Reporter Second, Vol. 310, P. 657-660. 14. Decision of the Supreme Court of Kansas in the case of State versus Green, December 13, 1975 // Pacific Reporter Second, Vol. 544, Pages 356-363 (Пішення Верховного Суду штату Канзас у справі State versus Green). 15. Decision of the Supreme Court of Kansas in the case of State versus Haremza, November 3, 1973 // Pacific Reporter Second, Vol. 515, Pages 1217-1224 (Пішення Верховного Суду штату Канзас у справі State versus Haremza). 16. Decision of the Supreme Court of Utah in the case of Godesky versus Provo City Corporation, September 12, 1984 // Pacific Reporter Second, Vol. 690, Pages 541-548 (Пішення Верховного Суду штату Юта у справі Godesky versus Provo City Corporation). 17. Decision of the United States Court of Appeals (District of Columbia Circuit) in the case of Chrysler Corporation versus United States Environmental Protection Agency, June 19, 1980 // Federal Reporter Second, Vol. 631, Pages 865-896 (Пішення Апеляційного суду США (Регіональний округ для Округу Колумбія) у справі Chrysler Corporation versus United States Environmental Protection Agency). 18. Decision of the United States Court of Appeals (Fifth Circuit) in the case of Urti versus Transport Commercial Corporation, June 13, 1973 // Federal Reporter Second, Vol. 479, Pages 766-770 (Пішення Апеляційного суду США (П'ятий регіональний округ) у справі Urti versus Trasport Commercial Corporation). 19. Decision of the United States Court of Appeals (Fifth Circuit) in the case of Boeing Company versus Shipman, April 7, 1969 // Federal Reporter Second, Vol. 411, Pages 365-405 (Пішення Апеляційного суду США (П'ятий регіональний округ) у справі Boeing Company versus Shipman). 20. Decision of the United States District Court for Delaware in the case of Marker versus Finch, February 22, 1971 // Federal Supplement, Vol. 322, Pages 905-911 (Пішення Окружного суду США для штату Делавер у справі Marker versus Finch). 21. Decision of

the United States Supreme Court in the case of Addington versus Texas, April 30, 1979 // United States Supreme Court Reporter, Vol. 441, Pages 418-433 (Рішення Верховного Суду США у справі Addington versus Texas). 22. Giannelli P. C. Understanding Evidence // LexisNexis/Matthew Bender & Co., 2006 – Second Edition. – 731 p. 23. Martin M. Basic Problems of Evidence, p. 218 // Philadelphia: American Law Institute-American Bar Association, 1988. – Sixth Edition. – 498 P. 24. McBaine J.P. Burden of Proof: Degrees of Belief, page 246 // California Law Review, Vol. 32, Page 242-254 (1944). 25. McCormick on Evidence: In 2 Vol.: Vol. 1 // Ed. By K.S. Broun. – St. Paul, MN: Thomson/West, 2006. – Sixth Edition. – 990 Pages. 26. Morgan E. Basic Problems of Evidence // Philadelphia: Joint Committee on Continuing Legal Education of the American Law Institute and the American Bar Association, 1961. – 432 p. 27. Nolan J.R.,

Nolan-Haley J.M. Black's Law Dictionary: Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern, By Henry Campbell Black, M.A. (St. Paul, Minnesota: West Group, 1990 – Sixth Edition) – 1657 p. 28. Ohio Revised Code on October 1, 1953 (with amendments). Title 49: Public Utilities, Chapter 4973: Employees; Policemen. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://codes.ohio.gov/orc/4973.06>. 29. Reutlinger M. Evidence: Essential Terms and Concepts. – New York: Aspen Law & Business, 1996. – 295 p. 30. Rothstein P. F., Raeder M. S., Crump D. Evidence in a Nutshell: State and Federal Rules, p. 79 // St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1997. – Third Edition. – 644 p.

Надійшла до редколегії 01.06.11

УДК 347.672

О. Калініченко, здобувач

ФОРМИ ЗАПОВІТУ ЗА ЦИВІЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ

Стаття присвячена класифікації форм заповітів. Обґрунтована доцільність класифікації форм заповітів за двома критеріями – залежно від суб'єкту посвідчення заповіту та за порядком посвідчення заповіту.

Ключові слова: спадкування за заповітом; заповіт; форма заповіту; посвідчення заповіту.

Статья посвящена классификации форм завещаний. Обоснована целесообразность классификации форм завещаний по двум критериям – в зависимости от субъекта удостоверения и порядка удостоверения завещания.

Ключевые слова: наследование по завещанию; завещание; форма завещания; удостоверение завещания.

The article views the classification of will forms. The expedience of the classification of will forms according to two criteria is grounded. The first criterion is the subject of will attestation, the second criterion is the order of will attestation.

Key words: succession under a will, will, form of a will, will attestation.

Чинний Цивільний кодекс України (далі за текстом – ЦК України) імперативно регулює порядок посвідчення заповітів та визначає нікчемність заповіту, складеного з порушенням вимог щодо його форми (ч. 1 ст. 1257 ЦК України).

Насамперед слід вказати, що формою правочину є спосіб вираження волі особи, яка його вчиняє. Для того, щоб воля особи як явище суб'єктивне отримала юридичне значення, їй необхідно надати певне об'єктивне вираження, тобто певну форму [1, с. 63]. Як зазначає З. В. Ромовська, протягом тривалого часу у радянській та пострадянській літературі вважалося аксіомою твердження "форма волевиявлення – форма угоди". Під час підготовки проекту ЦК України до третього читання ця цивілістична аксіома була переглянута: форма і спосіб волевиявлення – нетотожні поняття; друге є ширшим за змістом. Відповідно було змінено назву статті 205 – "Форма правочину. Способи волевиявлення" [2, с. 360].

Загальні засади регулювання форми правочину визначені у ст. 205 ЦК України, де зокрема зазначається, що правочин може вчинятися усно або в

- письмовій формі. Сторони мають право обирати форму правочину, якщо інше
- не встановлено законом. Це зумовлює достатньо важливі практичні наслідки,
- зокрема: тільки в рамках усної та письмової форми можливо обирати форму
- правочину, причому цей вибір обмежується приписами закону; конклюдентні дії та мовчання не відносяться до форми правочину [3, с. 280].

Відповідно до вимог ст. 1247 ЦК України, заповіт складається у письмовій формі, із зазначенням місця та часу його складення. Заповіт має бути особисто підписаний заповідачем. Крім того, заповіт має бути посвідчений нотаріусом або іншими посадовими, службовими особами, визначеними у статтях 1251, 1252 ЦК України, а також статтями 34, 40 Закону України "Про нотаріат" та зареєстрований у Спадковому реєстрі в порядку, затвердженому Кабінетом Міністрів України.

Щодо форми заповіту загальною нормою є ст. 205 ЦК України, спеціальною – ст. 1247 ЦК України. Наведене зумовлено принципом пріоритетності спеціальної норми, сутність якого зводиться до такого. Якщо одне і те саме правовідношення урегульоване загальною та

спеціальною нормами, то застосуванню підлягає норма спеціальна. У разі відсутності спеціальної норми – застосовується загальна. Таким чином, до правовідносин із складення та посвідчення заповіту слід застосовувати саме положення норми ст. 1247 ЦК України.

А відтак, важко погодитися із Л. К. Буркацьким, який доходить висновку, що до посвідчення заповіту поширюються загальні вимоги щодо форми і змісту правочину (ст. 203, ч. 4 ст. 207 ЦК України) [4, с. 88].

Питанню форми заповіту приділено достатньо уваги в юридичній літературі. Більшість праць з обраної тематики присвячено формі заповіту як умові його дійсності, а також загальним вимогам щодо форми цього правочину. Проте, залишилися питання, що потребують детального наукового аналізу. Відсутня єдина позиція, зокрема, у класифікації форм заповіту, а також в обґрунтуванні необхідності такої класифікації. Наприклад, Л. В. Шевчук з цього приводу зазначає, що заповіти можуть бути за формою свого вираження приватними та публічними. Такий розподіл проводиться нею за критерієм участі органу державної влади у вчиненні заповіту [5, с. 8]. С. Я. Фурса та Є. І. Фурса за особливостями процедури посвідчення заповіту виділяють: секретний заповіт; заповіт за участю свідків; заповіт, у якому бере участь або зазначається його потенційний виконавець [6, с. 40]. У свою чергу Ю. О. Заїка виділяє такі види заповітів – секретний заповіт; заповіт з умовою; заповіт подружжя [7, с. 101-128], що, на нашу думку, включає класифікацію як за способом посвідчення (секретний заповіт) та за змістом (заповіт з умовою), так і за суб'єктом складом (заповіт подружжя). Л. К. Буркацький надає наступну класифікацію заповітів: заповіт з покладенням заповідального відказу; заповіт з покладенням на спадкоємців інших обов'язків; заповіт з умовою; заповіт із встановленням сервітуту; спільний заповіт подружжя; секретний заповіт [4, с. 109-129].

Таким чином, немає єдиної системи класифікації заповітів за формою, що спонукає до ретельного наукового аналізу цих відносин. А відтак, метою даної статті є визначення форм заповітів за чинним цивільним законодавством. Virshennia цього питання має не лише теоретичне, а й практичне значення, оскільки спадкування за заповітом – один із найважливіших інститутів спадкового права. Крім цього, така класифікація сприя-

тиме як встановленню правової норми, що має застосовуватися при посвідченні конкретного виду заповіту, так і упорядкуванню спадкових правовідносин шляхом врахування всіх різновидів форм заповітів, встановлених ЦК України.

У контексті даного дослідження важливо підкреслити, що "форма" та "вид" заповіту не є тотожними категоріями. Вище вже відзначалося, що під формою заповіту розуміють спосіб вираження волі, тобто мова йде про процедуру посвідчення зазначеного правочину відповідною посадовою, службовою особою. Вказана процедура обумовлюється по-перше, суб'єктом посвідчення заповіту, та, по-друге, певним порядком вчинення такої дії. У свою чергу вид заповіту характеризує зміст цього правочину (заповіт з умовою, заповіт із підпризначенням спадкоємця, заповіт із призначенням його виконавця тощо) або суб'єктний склад (особистий заповіт; заповіт подружжя), та не стосується процедури посвідчення. У даній статті розглядатимуться саме форми заповіту.

До форми заповіту законодавцем пред'являються більш суворі вимоги, ніж до будь-якого іншого правочину. Це пояснюється тим, що заповіт набуває юридичної сили вже після смерті ініціатора цього правочину – заповідача, і останній вже позбавлений можливості підтвердити або уточнити свою волю. Як вірно вказував В. К. Дроніков, форма заповіту є необхідною умовою його дійсності, порушення якої призводить до недійсності самого заповіту [8, с. 69].

Закон імперативно регулює особливості посвідчення заповіту – заповіт має бути посвідчений нотаріусом або іншими посадовими, службовими особами, визначеними у статтях 1251, 1252 ЦК України. Нотаріуси посвідчують заповіти відповідно до Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженою Наказом Міністерства юстиції України від 03.03.2004 р. № 20/5. Згідно зі ст. 1251 ЦК України, якщо у населеному пункті немає нотаріуса, заповіт, крім секретного, може бути посвідчений уповноваженою на це посадовою особою відповідного органу місцевого самоврядування. Такі особи посвідчують заповіти в порядку, встановленому Інструкцією про порядок вчинення нотаріальних дій посадовими особами виконавчих комітетів сільських, селищних, міських рад народних депутатів, затвердженою Наказом Міністерства юстиції України від 25.08.1994 р. № 22/5.

У свою чергу, ст. 1252 ЦК України, ст. 40 Закону України "Про нотаріат" визначає вичерпний перелік посадових, службових осіб, які мають право посвідчувати заповіти: 1) заповіт особи, яка перебуває на лікуванні у лікарні, госпіталі, іншому стаціонарному закладі охорони здоров'я, а також особи, яка проживає в будинку для осіб похилого віку та інвалідів, може бути посвідчений головним лікарем, його заступником з медичної частини або черговим лікарем цієї лікарні, госпіталю, іншого стаціонарного закладу охорони здоров'я, а також начальником госпіталю, директором або головним лікарем будинку для осіб похилого віку та інвалідів; 2) заповіт особи, яка перебуває під час плавання на морському, річковому судні, що ходить під прапором України, може бути посвідчений капітаном цього судна; 3) заповіт особи, яка перебуває у пошуковій або іншій експедиції, може бути посвідчений начальником цієї експедиції; 4) заповіт військовослужбовця, а в пунктах дислокації військових частин, з'єднань, установ, військово-навчальних закладів, де немає нотаріуса чи органу, що вчиняє нотаріальні дії, також заповіт працівника, члена його сім'ї і члена сім'ї військовослужбовця може бути посвідчений командиром (начальником) цих частин, з'єднання, установи або закладу; 5) заповіт особи,

яка тримається в установі виконання покарань, може бути посвідчений начальником такої установи; 6) заповіт особи, яка тримається у слідчому ізоляторі, може бути посвідчений начальником слідчого ізолятора. Вказані вище особи посвідчують заповіти згідно з Порядком посвідчення заповітів і довіреностей, що прирівнюються до нотаріально посвідчених, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 15.06.1994 р. № 419 в редакції Постанови Кабінету Міністрів України від 06.07.2006 р. № 940.

Слід відзначити, що правом посвідчувати заповіти, включаючи секретні, за межами території України наділені також консульські посадові особи, які працюють в дипломатичних представництвах та консульствах України. Порядок посвідчення заповіту консулом регулюється Положенням про порядок учинення нотаріальних дій в дипломатичних представництвах та консульських установах, затвердженим Наказом Міністерства юстиції України, Міністерства закордонних справ України від 27.12.2004 р. № 142/5/310.

Таким чином, досить широке коло осіб мають право посвідчувати заповіти. На думку практичних працівників, посвідчення заповіту посадовими особами здебільшого має досить формальний характер. Посадові особи не мають відповідних знань у галузі права. Як правило, головний лікар з хворим практично не зустрічається, його дієздатність перевірити не може, оскільки з хворим спілкується лікар, який безпосередньо його лікує, чи завідувач відділення [7, с. 95].

Перевагами ж нотаріальної форми правочину є те, що вона більшою мірою забезпечує законність і достовірність його змісту, ясність і визначеність щодо факту вчинення угоди. Щоб впевнитись, що правочин відповідає закону, нотаріус визначає сутність відповідних відносин, з'ясовує їхню правову кваліфікацію, перевіряє дієздатність фізичної особи, а також її дійсну волю. Крім того, нотаріус

- має відповідну освіту та досвід роботи, що значно зменшує можливість визнання
- заповіту недейсним в судовому порядку після відкриття спадщини.

Чинний ЦК України значно розширює свободу заповідальних розпоряджень, порівняно із ЦК УРСР 1963 р., та встановлює різноманітність форм заповітів. А відтак, з метою врахування всіх форм заповітів, а також їх ознак, уявляється справедливим у цьому аспекті виділяти два критерії поділу – за суб'єктом посвідчення та за порядком посвідчення.

Залежно від суб'єкту посвідчення, заповіти можна класифікувати на такі групи:

- нотаріальні: заповіти, що посвідчуються державними та приватними нотаріусами;
- не нотаріальні: заповіти, які прирівняні до нотаріальної форми, а саме:

а) консульські: заповіти, що посвідчуються консульськими посадовими особами, які працюють в дипломатичних представництвах та консульствах України;

б) заповіти (крім секретних), що посвідчуються посадовими, службовими особами, перелік яких встановлюється у ст. ст. 1251, 1252 ЦК України та ст. ст. 37, 40 Закону України "Про нотаріат". Для прикладу, З. В. Ромовська визначала заповіти, посвідчені посадовими, службовими особами як "посадові" заповіти [9, с. 87].

Підкреслимо, що цивільне законодавство не визначає, в чому полягає відмінність термінів "службова" та "посадова" особа в контексті ст. ст. 1251, 1252 ЦК України. Посвідчення заповітів посадовими, службовими особами має ряд особливостей, що безперечно впливає на форму цього правочину. Так, по-перше, заповіт

посвідчується посадовою особою органу місцевого самоврядування за наявності таких умов: 1) відсутність у населеному пункті державного або приватного нотаріуса; 2) наявність у посадові особи органу місцевого самоврядування відповідних повноважень на посвідчення заповітів. По-друге, вказана особа не має права посвідчувати секретний заповіт у зв'язку із доволі складною процедурою посвідчення та оголошення секретних заповітів. По-третє, посадові та службові особи, визначені у ст. 1252 ЦК України, посвідчують заповіти лише при свідках. Заповіти, посвідчені посадовими та службовими особами, прирівнюються до нотаріально посвідчених. Це означає, зокрема, що зміна і скасування таких заповітів здійснюється в такому ж порядку, що і заповітів, які посвідчені нотаріусами. Спадкові права за такими заповідями оформлюються за загальними правилами [10, с. 261].

За порядком посвідчення заповіти поділяються на:

- звичайний заповіт, який посвідчується за правилами ст. 1247 ЦК України. Так, заповіт складається у письмовій формі, із зазначенням місця та часу його складення. Заповіт має бути особисто підписаний заповідачем. Якщо фізична особа у зв'язку з хворобою або фізичною вадою не може підписатися власноручно, за її дорученням текст правочину у її присутності підписує інша особа. Підпис іншої особи на тексті правочину, що посвідчується нотаріально, засвідчується нотаріусом або посадовою особою, яка має право на вчинення такої нотаріальної дії, із зазначенням причин, з яких текст правочину не може бути підписаний особою, яка його вчиняє. Особа, яка залучається до підписання заповіту замість заповідача, має назву "рукоприкладчик";

- посвідчення заповіту при свідках на підставі ст. 1253 ЦК України. Вказана норма встановлює два способи посвідчення заповіту при свідках – необов'язковий, коли свідки запрошуються за бажанням заповідача та обов'язковий, якщо заповідач через фізичні вади не може сам прочитати заповіт, а також у разі, коли заповіт посвідчується посадовими, службовими особами в порядку ст. 1252 ЦК України. Свідками можуть бути лише особи з повною цивільною дієздатністю. Свідки, при яких посвідчено заповіт, зачитують його вголос та ставлять свої підписи на ньому. У текст заповіту заносяться відомості про особу свідків. Як справедливо зазначає з цього приводу О. Є. Кухарев, залучені до процесу посвідчення свідки мають засвідчити: а) заповідач на момент складення та посвідчення заповіту розумів значення своїх дій та міг керувати ними (такий факт може бути встановлений свідками лише візуально); б) заповідач висловив свою істинну волю, до нього не застосовувався психічний або фізичний вплив; в) заповідач особисто підписав заповіт або на його прохання заповіт підписала в його присутності інша особа [11, с. 109];

- секретний заповіт. Відповідно до ст. 1249 ЦК України секретним є заповіт, який посвідчується нотаріусом без ознайомлення з його змістом. Особа, яка склала секретний заповіт, подає його в заклеєному конверті нотаріусові. На конверті має бути підпис заповідача. Нотаріус ставить на конверті свій посвідчувальний напис, скріплює печаткою і в присутності заповідача поміщає його в інший конверт та опечатує. Головна мета інституту секретного заповіту полягає в тому, щоб максимально захистити таємницю заповіту. С. Я. Фурса та Є. І. Фурса цілком справедливо проводять аналогію між посвідченням секретного заповіту і такою нотаріальною дією, як прийняття документа на зберігання, відповідно до якої документ може бути прийнято на зберігання нотаріусом без ознайомлення з його змістом [6, с. 66].

Наведена вище класифікація дає можливість узагальнити риси всіх заповітів, що викладені у чинному ЦК України, та вдосконалити поняття "заповіт". Варто нагадати, що форма заповіту є однією з умов чинності цього правочину, а недотримання вимог щодо форми заповіту має наслідком його нікчемність.

Слід відзначити, що в окремих країнах передбачена спрощена форма заповіту. Наприклад, згідно з § 2250 Німецького цивільного укладення, особа, яка перебуває у місцевості, з якою перервано сполучення внаслідок епідемії чи інших надзвичайних обставин або перебуває у плаванні на німецькому судні, може скласти заповіт в усній формі, але в присутності трьох свідків [12, с. 514]. За ЦК Російської Федерації громадянин, який знаходиться у стані, що загрожує його життю, може викласти останню волю щодо свого майна в простій письмовій формі. Викладення громадянином останньої волі в простій письмовій формі визнається заповітом, якщо заповідач у присутності двох свідків власноруч підписав документ, із змісту якого слідує, що він представляє собою заповіт. Такий заповіт має назву "заповіт за надзвичайних обставин" (ст. 1129 ЦК РФ).

Усні заповіти за надзвичайних обставин в присутності двох свідків допускає і ст. 17 Закону КНР "Про спадкування". Якщо надзвичайні обставини відпали, заповідач має право скласти заповіт у письмовій формі або у формі звукозапису, за цих обставин усний заповіт втрачає силу [7, с. 100].

Проведене у цій статті дослідження дозволяє зробити такі висновки.

1. Щодо форми заповіту підлягає застосуванню ст. 1247 ЦК України, яка є спеціальною нормою до цих правовідносин і відповідно паралізує дію загальної норми – ст. 205 ЦК України.

2. Обґрунтовується доцільність класифікації форм заповітів за двома критеріями: залежно від суб'єкта посвідчення та за порядком посвідчення.

Залежно від суб'єкту посвідчення, заповіти можна класифікувати на такі групи: нотаріальні; не нотаріальні, які прирівняні до нотаріальної форми.

За порядком посвідчення, заповіти поділяються на: звичайний заповіт; заповіт при свідках; секретний заповіт.

1. Гриняк А. Б. Цивільно-правовий договір як підстава виникнення права спільної власності фізичних осіб : монографія / А. Б. Гриняк. – Тернопіль : Підруч. і посіб., 2008. – 176 с. 2. Ромовська З. В. Українське цивільне право. Загальна частина: Академічний курс: Підручник. – 2-ге вид., допов. / З. В. Ромовська. – К. : Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. – 594 с. 3. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). – Т. 4: Об'єкти. Правочини. Представництва. Строки / За ред. проф. І. В. Спасько-Фатеевої. – Серія "Коментарі та аналітика". – Х. : ФО-П Колісник А. А., 2010. – 768 с. 4. Буркацький Л. К. Спадкове право України: теорія, практика, зразки заяв: навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. / Л. К. Буркацький. – К. : Вид. Дім. "Ін Юре", 2008. – 384 с. 5. Шевчук Л. В. Заповіт як підстава виникнення правонаступництва в цивільному праві України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 "Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право" / Л. В. Шевчук. – К., 2001. – 17 с. 6. Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд : [наук.-практ. посіб.] / [С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, О. М. Клименко та ін.]; за заг. ред. С. Я. Фурси. – К. : Видав. Фурса С. Я. : КНТ, 2007. – 1216 с. 7. Заїка Ю. О. Спадкове право України: Становлення і розвиток: Монографія. 2-е вид. / Ю. О. Заїка. – К. : КНТ, 2007. – 288 с. 8. Дроников В. К. Наследственное право Украинской ССР / В. К. Дроников. – К. : Вища школа, 1974. – 159 с. 9. Ромовська З. В. Українське цивільне право. Спадкове право: Підручник / З. В. Ромовська. – К. : Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. – 264 с. 10. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). – Т. 12: Спадкове право / За ред. проф. І. В. Спасько-Фатеевої. – Серія "Коментарі та аналітика". – Х. : ФО-П Колісник А. А., 209. – 544 с. 11. Кухарев О. Є. Спадкове право України: Навч. – практич. посіб. / О. Є. Кухарев. – К. : Алерта; ЦУЛ, 2011. – 222 с. 12. Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование. – М. : НОРМА, 1999. – 648 с.

ОЗНАКИ ТА ПОНЯТТЯ ЗОВНІШНІХ ФУНКЦІЙ

У статті аналізуються та узагальнюються характерні ознаки зовнішніх функцій і визначається поняття зовнішніх функцій в сучасних умовах розвитку української держави.

Ключові слова: держава, зовнішні функції, ознаки, поняття.

В статье анализируются и обобщаются характерные признаки внешних функций и определяется понятие внешних функций в современных условиях развития украинского государства.

Ключевые слова: государство, внешние функции, признаки, понятие.

In the article the differential characteristics of external functions are analysed and generalized and the concept of external functions in the current context of the development of the Ukrainian state is determined.

Keywords: state, external functions, characteristics, concept.

Сучасний світ переживає докорінні, фундаментальні, глибокі зміни, які безумовно стосуються України. В цьому контексті присутні дві сторони: поживлення сучасних глобалізаційних та численних інтеграційних процесів, становлення засад інформаційно-відкритого суспільства – як позитивні вияви – та ризики залежності внутрішнього благоустрою України від зовнішніх процесів, намагання використати Україну на шляху досягнення своїх цілей іншими державами – як прояви негативу. Тому серед багатьох актуальних теоретичних проблем державотворення, що потребують глибокого переосмислення і дослідження, важливе місце посідає питання зовнішніх функцій.

Демократична, правова, європейська держава не може бути комплексом догматичних механізмів регулювання. Отже, можна говорити про два основні етапи розвитку перспективної правової держави в умовах сьогодення. Молодий державний механізм живе логістично, плануючи свої дії в короткотерміновій перспективі – місяць, рік, десятиріччя. Проте держави, які завершили етап становлення, досягли певного статусу в регіональному масштабі та мають значимий різновекторний досвід на міжнародній арені, відповідно, впевнено заявляють про наміри закріпитися у світовому просторі, зайняти свою чітку нішу, задекларувати свою міжнародну позицію, отримувати бажаний досвід та розвиток від співпраці з іншими державами тощо. В такому разі слід планувати всі етапи формування державних механізмів стратегічно, довготерміново, охоплюючи всі сфери життєдіяльності держави, приділяючи увагу розвитку інновацій та новим напрямкам взаємодії з іншими суб'єктами міжнародного права.

У контексті вищезазначеного обґрунтовано підвищується роль теоретичного аспекту побудови чіткого концепту напрямів розвитку зовнішніх функцій держави. Адже осмислення стратегічно важливих функцій для подальшого, не ізольованого від світової громадськості суспільства, в їх сьогоденних та майбутніх проявах дасть ключ до оптимального розвитку держави.

Розуміючи, що методологічна основа будь-якого державно-правового дослідження становить ті загальні питання, без яких неможливе подальше дослідження проблемних питань і явищ, зважаючи, що методологічну культуру правника розуміють як рівень його світоглядної зрілості, професійної майстерності та правової інформованості, вважаємо за доцільне підійти до вивчення загального наукового контексту питань зовнішніх функцій.

Усвідомлюючи складність процесу комплексного наукового дослідження конкретного правового явища – зовнішніх функцій, ми виділяємо, насамперед, два ключові аспекти, що його формують: методологічну основу та вплив соціальних явищ на правовий інструментарій.

Теоретики права зазначають, що зміна суспільних циклів потребує реформування вищезазначених відносин, проте інертність суспільства призводить до дисба-

лансу суспільного розвитку, а саме – невідповідності потребам сьогодення основоположних теоретико – правових категорій [9, С. 18].

Слід враховувати, що науковою думкою напрацьований потенціал ідей, підходів, на основі яких відбувається процес освоєння проблематики функцій держави в цілому. Особливе місце останнім часом відводилося вивченню поняття внутрішніх функцій, чому присвячений цілий ряд дисертаційних досліджень, а також окремим функціям: екологічній, політичній, оборонній. Ціла плеяда молодих економістів звернулася до проблематики економічної функції та діяльності держави в цьому напрямі. Правники близького зарубіжжя на рівні окремих досліджень зверталися до проблематики співвідношення функцій та інших суміжних понять, а також співвідношення функцій держави сучасного і радянського періодів.

При цьому відсутня загальна теоретико-правова характеристика зовнішніх функцій як глибокого самостійного явища в цілому та особливостей і перспектив їх розвитку зокрема.

Крім того, слід зазначити, що питання зовнішніх функцій держави розуміються в теорії права неоднаково (поняття, класифікація); деякі положення теорії зовнішніх функцій держави у зв'язку з розвитком та інтеграційними процесами потребують нових підходів до розуміння їх сутності, що дає підстави виокремити ряд нових напрямів у розробці проблеми. У цілому необхідно визнати, що поняття функцій держави недостатньо розроблене в аспекті визначення специфіки здійснення зовнішніх функцій держави в сучасних умовах. Тому вбачається за доцільне зупинитися на комплексному дослідженні особливостей зовнішніх функцій Української Держави та їх понятті.

Звертаючись до дослідження поняття "функція", зазначимо, що цей термін широко застосовується в науковій сфері, в тому числі має специфічне юридичне значення. Так, О.М. Андрусенко, виходячи з розуміння філософської категорії "функції" як поєднання трьох основних аспектів: "діяльсного (специфічний спосіб взаємодії з навколишнім світом), сутнісного (розкриття іманентних властивостей і природи системи) та цільового (призначення такої системи в контексті збереження та розвитку системи вищого порядку), вбачає визначення для категорії "функція" – основний напрямок (вид) діяльності певного об'єкта (системи), який об'єктивно сформувався в процесі взаємодії об'єкта із зовнішнім середовищем, характеризує сутність цього об'єкта та його призначення в контексті збереження та розвитку системи, елементом якої він є" [1, С. 43].

Серед юридичних визначень ми зустрічаємо вже суто правниче застосування поняття "функції". Воно тлумачиться як "функції держави" і становить основні напрями або види діяльності держави, які виражають її суть і призначення, роль і місце в суспільстві [12, С. 313]. Можна не погодитись із визначенням у частині

певного ототожнення понять "напрями" та "види" діяльності. Напрямок – це "шлях діяльності, розвитку когось, чого-небудь, спрямованість якоїсь дії, явища" [4, С. 731], тоді як вид – це "окрема галузь роботи, заняття, різновид у ряді предметів, явищ і т. ін." [4, С. 132]. Тому функцію доцільніше, на наш погляд, розглядати як напрям діяльності держави, який виражається в різноманітних видах її діяльності.

Крім того, державність на території сучасної України мала свою векторність і до визначення її "функцій" юридичною наукою. Можна згадати так звану Державу Скіфів, основу якої становила родова організація, що відіграла значну роль під час розподілу земель, перекочівель та ін. [7, С. 10–11]. Крім функції розподілу земель, скіфська державність, безумовно, мала на меті захоплення кращих територій для своєї общини, не можна нівелювати й оборонне призначення, що характерно для того періоду.

Пізніше античні міста-держави виконували функцію забезпечення своїх громадян трудовою діяльністю, тут вже можна говорити про зародки соціального призначення такої державності, наприклад: "Ольвія мала свою сільськогосподарчу територію – хору, на якій її жителі могли вирощувати хліб та овочі, пасти худобу" [7, С. 19].

Примітивність будови первісних державних утворень з часом ускладнювалась, що призвело до появи нових функцій [2, С. 30].

У сучасному розумінні це поняття набуло поширення в радянську епоху в рамках класової природи держави, про що зазначає переважна більшість теоретиків права.

На нинішньому етапі розвитку державотворення переважна більшість науковців звертається до соціального призначення держави як до фактору, що розширює горизонти розуміння сутності держави та її функцій. Наприклад, серед визначень знаходимо такі наголоси: "Функції держави – основні напрями діяльності держави, у яких відображаються та конкретизуються її мета, виявляється її сутність, зміст та соціальне призначення у соціально неоднорідному суспільстві" [10, С. 38].

А. Машков в рамках характеристики загальносоціального підходу до розуміння сутності держави визначає її "як організацію політичної влади, яка створює умови для компромісу інтересів різних класів і соціальних груп. Відповідно, соціальна сутність держави полягає у захисті загальносуспільних (а нині – загальнолюдських) інтересів" [8, С. 302].

Ще однією істотною, на наш погляд, ознакою є те, що функції держави "характеризуються спадкоємністю, зумовленою тим, що вони піддаються могутньому впливу етнокультурних пластів життя суспільства – національних, територіальних особливостей, традицій тощо" [6, С. 91]. Це надзвичайно важлива характеристика, яка впливатиме на тенденції розвитку зовнішніх функцій у контексті їх національного змісту. Звертаючись до загальносвітової еволюції державності (Греції, Риму, Європи, Азії тощо), А.Б. Венгеров про роль історичного призначення функціональності держави зауважує: "Весь цей схематичний виклад між змістовними та формальними характеристиками держави знадобився для того, щоб показати, що історичний досвід дійсно дає підстави теорії держави стверджувати: з еволюцією держави змінюється і дієва її сторона, ця діяльність наповнюється новим змістом, виникають нові структури держави, інші засоби та способи, які забезпечують реалізацію її функцій" [5, С. 143].

Отже, на нашу думку, не можна повністю ігнорувати класовість функцій держави або соціальне їх призначення, важливо розуміти оптимальне співвідношення

змішаного змісту функцій: загальносоціальний, класовий та національний.

Слід звернути увагу на те, що функції за своєю суттю є об'єктивним поняттям і обумовлені закономірностями взаємодії суспільства та держави, а тому в останньої немає вибору – виконувати їх чи ні. Невиконання державою своїх функцій, безумовно, спричинить складну суспільну реакцію [11, С. 147]. Водночас, функції не можуть реалізуватися без волі та свідомості людей. Це також важлива характеристика, врахована нами під час визначення ознак зовнішніх функцій. Окремі правники з цього приводу зазначають, що "функції держави за своєю природою мають об'єктивно-суб'єктивний характер. Об'єктивність означає їх обумовленість закономірностями взаємодії суспільства і держави, а суб'єктивність вказує на те, що вони реалізуються завдяки свідомості і волі людей, задіяних у державному механізмі" [6, С. 91].

Ще одним важливим елементом є те, що зовнішні функції держави знаходяться у нерозривному взаємозв'язку з внутрішніми, доповнюють одне одного. Серед теоретиків права нині поширене твердження, що внутрішні функції набувають зовнішнього характеру і навпаки. Вищезазначену точку зору підтримують М.В.Цвік, О.В. Петришин, Л.В. Авраменко, зазначаючи, що переважна більшість зовнішніх функцій виступає продовженням внутрішніх, особливо в державах з однотипною сировинною базою [6, С. 95]. Не можна погодитись із такою точкою зору в контексті взаємодії внутрішніх і зовнішніх функцій. Вони віддзеркалюються тому, що держава здійснює цілий ряд функцій у внутрішньому і зовнішньому напрямках, проте не вся система в таких напрямках обов'язково тотожна. Більш того, за своєю суттю, змістом і наповненням функція однієї сфери суспільного життя у внутрішньому її прояві та зовнішньому матиме різний зміст, обсяг та призначення.

А.Б.Венгеров, співвідносячи внутрішні та зовнішні функції, вказує, що останні "також характеризують діяльність держави як цілісну організацію суспільства, але звернену вже не всередину, а ззовні її життєдіяльності" [5, С. 153].

Проте взаємодія зовнішніх і внутрішніх напрямів діяльності держави не вичерпує тему співвідношення, особливо в частині зовнішніх функцій. Теоретики права констатують, що "кожна держава заради найефективнішого вирішення своїх внутрішніх завдань вступає у відносини з іншими країнами у сферах економіки, політики, культури, розбудови збройних сил. За їх допомогою держава може швидше та ефективніше розв'язувати ті проблеми, які вона з тієї чи іншої причини не може розв'язати самостійно, особливо тоді, коли для цього немає необхідних сировинних та інших матеріальних ресурсів" [6, С. 95].

Результатом такої співпраці стало формування численних міжнародних утворень, зокрема Європейського Союзу, Співдружності незалежних держав тощо. В цьому контексті важливим для розуміння зовнішніх функцій є поняття суверенітету – політико-юридичної властивості державної влади, яка означає її верховенство і повноту всередині країни, незалежність і рівноправність ззовні.

Зовнішня сторона державного суверенітету виражає незалежність та рівноправність держави як суб'єкта міжнародного права у взаємовідносинах з іншими державами, недопустимість втручання у внутрішньодержавні справи ззовні. Крім того, держава не має права робити все, що вважає за необхідне, щодо інших держав. Проти таких дій застерігає міжнародне право. Державам, наприклад, забороняється застосовувати силу проти інших держав, за винятком самооборони або уповноваження з боку Ради Безпеки ООН.

Іншим обмеженням свободи дій держави є юридичний обов'язок виконувати укладені нею договори. Так, члени Європейського Союзу уклали між собою договір, відповідно до якого велика частина їх економічного життя підлягає керівництву з боку Союзу. Крім того, Європейський Союз має власну систему права і свій власний суд, який виходить із принципу, що у разі виникнення суперечностей між законами Союзу і законами держави-учасниці пріоритет належить законам Союзу. Попри ці обмеження, члени Європейського Союзу залишаються суверенними державами. Слід зазначити, що утворення на зразок Європейського Союзу або Співдружності незалежних держав складаються з суверенних держав, тому говорити про тотожність їхніх зовнішніх функцій із зовнішніми функціями кожної конкретної держави в такому утворенні не можна.

Отже, ще однією важливою характеристикою зовнішніх функцій на сьогодні є їх багатоаспектність, яка полягає у співіснуванні функцій, що здійснює країна за своїм суспільним призначенням та функцій, що походять із співпраці на міждержавному рівні.

З іншого боку, єдність загальносоціальних задач всіх цивілізованих країн світу спричинила потребу в здійсненні та забезпеченні комплексу спільних функцій. Проте історичні, соціальні, національні, економічні, політичні, релігійні, моральні та інші чинники не дають можливості реалізувати ці функції в рамках глобального об'єднання.

Тому вважаємо за доцільне вперше виділити трирівневу систему зовнішніх функцій держави в комплексі: власне зовнішні функції держави (здійснюються в цілому та регіонально); зовнішні функції держави, що витікають з її співпраці з іншими суб'єктами міжнародного права та участі в міждержавних утвореннях (важливо розуміти розмежування їх компетенції); глобальні функції, викликані потребами сьогодення та повинні виконуватися всіма державами на міжнародній арені.

Переходячи до осмислення основних ознак державних функцій, звернемося до факторів впливу на їх формування, існування і розвиток. Функції держави виникають, постійно розвиваються, змінюються, зникають під впливом зовнішніх та внутрішніх чинників. Такими чинниками можуть бути радикальні соціальні зміни в суспільстві; зміни сутності держави та її соціального призначення, форми держави; завдання і цілі, що стоять перед державою; особливості національних чинників – мови, культури, традицій; рівень науково-технічного, інтелектуального розвитку; створення загальнопланетарного інформаційного простору; екологічний чинник; міжнародна обстановка та ін.

На основі проведеного аналізу чинників, які формують зовнішні функції, пропонуємо виділити притаманні їм загальні ознаки, а саме:

1. Зовнішні функції держави виникають, реалізуються, трансформуються або припиняють своє існування відповідно до завдань держави на певному етапі її розвитку та певним чином залежать від форми держави.

2. У зовнішніх функціях держави відображаються внутрішній стан і динаміка соціальних, економічних, політичних та інших відносин, а також особливості таких перетворень у світовому просторі. Тобто вони рівнобіжно реагують на обидва вищезазначені фактори.

3. У методах і темпах реалізації зовнішніх функцій держави виявляється ступінь її активності на міжнародній арені.

4. Зовнішні функції держави відображають умови суспільного життя всередині неї, а також готовність до

інтеграційних та інших глобалістичних процесів, роль держави у світовій спільноті.

5. Зовнішні функції знаходяться у нерозривному взаємозв'язку з внутрішніми і хоча направлені на здійснення завдань на міжнародній арені, разом із тим впливають на внутрішні державні процеси.

6. Зовнішні функції мають об'єктивно-суб'єктивний характер. Об'єктивність означає їх обумовленість закономірностями взаємодії міжнародної спільноти і держави, а суб'єктивність вказує на те, що вони реалізуються завдяки свідомості та волі людей, задіяних у державному механізмі.

7. Зовнішні функції спричинені та пов'язані з етносом нації, наповнені національним змістом, особливо в питаннях форм та методів їх реалізації.

8. Зовнішні функції також характеризуються наступністю, яка зумовлюється тим, що вони піддаються впливу територіальних, історичних та інших факторів формування.

9. Зовнішні функції багатоаспектні, що проявляється у взаємозв'язку та взаємодії зовнішніх функцій конкретної держави, зумовлених специфікою її завдань та цілей, а також тих, що їх здійснює ця держава в рамках участі в різних міждержавних утвореннях та глобальних, які нині повинні здійснювати всі цивілізовані країни світу.

Як показує аналіз наукової літератури, теоретики права обирають домінуючими ознаками та використовують у дефініції різні складові зовнішніх функцій, тому за наслідками узагальнення різних підходів та позицій ми пропонуємо наступне визначення: зовнішні функції держави – це комплекс предмету та змісту певного напряму зовнішньої діяльності держави, що витікає з відповідного її завдання, відповідає соціальній суті, призначенню, ролі та місцю держави в суспільстві, в притаманних йому формах і відповідними методами.

Отже, на основі вищевикладеного можна зазначити, що питання еволюції поняття функцій держави в цілому та зовнішніх зокрема, необхідно розглядати комплексно, враховуючи сучасні методологічні позиції; вони мають коло притаманних лише їм ознак, які відрізняють їх від суміжних понять, а їх дефініція має враховувати всі основоположні її елементи.

1. Андрусенко О.М. До питання про зовнішні функції сучасної держави // Наукові записки НаУКМА, тематичний випуск "Юридичні науки", 2006, С.43-46.
2. Біленчук П.Д., Гвоздецький В.Д., Сливка С.С. Філософія права: Навчальний посібник / За ред. П.Д. Біленчука. – К.: Атіка, 1999. – 208 с.
3. Варич О.Г. Функції сучасної держави: проблеми визначення та класифікації // Держава і право, випуск 30. – К., 2005. – С.77-84.
4. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел.-К.; Ірпін: ВТФ "Перун", 2005. – 1728 с.
5. Венгеров, А. Б. Теория государства и права: учебник / А. Б. Венгеров. – 3-е изд. – М.: Юриспруденция, 2000. – 528 с.
6. Загальна теорія держави і права: [Підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів] / М.В. Цвік, О.В. Петришин, Л.В. Авраменко та ін.; За ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПРН України М.В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПРН України О.В. Петришина. – Харків: Право, 2010. – 584 с.
7. Історія держави і права України. Підручник. – У 2-х т. / За ред. В.Я. Тація, А.Й. Рогожина, В.Д. Гончаренка. – Том 1. – Кол. авторів: В.Д. Гончаренко, А.Й. Рогожин, О.Д. Святоцький та ін. – К.: Концерн "Видавничий Дім "Ін Юре", 2003. – 656 с.
8. Машков А. Проблеми теорії держави і права. Основи: Курс лекцій – К.: КІС., 2008. – 470 с.
9. Про українське право. Часопис кафедри теорії та історії держави і права Київ. нац. ун-ту імені Тараса Шевченка. / За ред. проф. І. Безклубого. – К., 2010. – Чис. V. – 367 с.
10. Теорія держави і права: Навч. посіб. / А.Ю. Олійник, С.Д. Гусарев, О.Л. Слюсаренко. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – 176 с.
11. Теория государства и права: Учебник для вузов. 2-е изд., изм. и доп. / Под ред. проф. В.М. Корельского и проф. В.Д. Перевалова. – М.: Издательская группа НОРМА – ИНФРА М, 2000. – 616 с.
12. Юридична енциклопедія, т. 6: в 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: "Укр. енцикл.", 1998, Т.6:Т-Я.-2004. – 768 с.:іл.

ВЖИТТЯ ЗАХОДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПОЗОВУ ЯК ПІДСТАВА ДЛЯ ПРИТЯГНЕННЯ СУДДІ ДО ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Предметом дослідження статті є підстави притягнення судді до дисциплінарної відповідальності. Проаналізовано таку підставу як необґрунтоване вжиття заходів забезпечення позову. Наведені способи забезпечення позову за процесуальними кодексами України. Окреслено проблему недоцільності закріплення на законодавчому рівні чіткої вказівки на обмеження у процесуальній діяльності судді.

Ключові слова: забезпечення позову, дисциплінарна відповідальність.

Предметом исследования статьи являются основания привлечения судьи к дисциплинарной ответственности. Анализируется такое основание как необоснованное применение мер по обеспечению иска. Приведены способы обеспечения иска согласно процессуальным кодексам Украины. Рассматривается проблема нецелесообразности закрепления на законодательном уровне четкого указания на ограничения в процессуальной деятельности судьи.

Ключевые слова: обеспечение иска, дисциплинарная ответственность.

The main idea of the article is the reasons to discipline responsibilities of judges. Analysis of such grounds as unjustified taking of injunctive relief. These methods of action for remedial legislation of Ukraine. It is designated a problem of inexpediency of fastening at a legislative level of the precise indication on restriction in remedial activity of the judge.

Key words: injunctive relief, discipline responsibilities.

Приймаючи Закон України "Про судоустрій та статус суддів" [4] законодавець мав на меті докорінне реформування судової системи.

Одним з найбільш вагомих питань, яке потребувало негайного вдосконалення, було приведення інституту дисциплінарної відповідальності суддів до міжнародних стандартів.

Основним принципом, який закладався під час розроблення Закону України "Про судоустрій та статус суддів" [4] щодо процедури притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності, була прозорість такого провадження, перелік підстав для притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності повинен був бути зрозумілим та вичерпним, виключивши можливість використання процедур притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності для незаконного втручання у процес правосуддя.

Позитивним моментом у цьому процесі стало те, що Закон України "Про судоустрій та статус суддів" [4] наділяє правом на звернення зі скаргою на поведінку судді, яка може мати наслідком дисциплінарну відповідальність, кожного, кому відомо такі факти.

Однак, інших сподівань як громадськості, так суддівської спільноти Закон України "Про судоустрій та статус суддів" у процедурі та порядку застосування до суддів дисциплінарної відповідальності не виправдав.

Статтею 83 Закону України "Про судоустрій та статус суддів" [4] було закріплено перелік підстав для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності:

1) істотні порушення норм процесуального права при здійсненні правосуддя, пов'язані, зокрема, з відмовою у доступі особи до правосуддя з підстав, не передбачених законом, порушення вимог щодо розподілу та реєстрації справ у суді, правил підсудності чи підвідомчості, необґрунтоване вжиття заходів забезпечення позову;

2) невжиття суддею заходів щодо розгляду заяви, скарги чи справи протягом строку, встановленого законом;

3) порушення вимог щодо неупередженого розгляду справи, зокрема порушення правил щодо відводу (самовідводу);

4) систематичне або грубе одноразове порушення правил суддівської етики, що підриває авторитет правосуддя;

5) розголошення таємниці, що охороняється законом, в тому числі таємниці нарадчої кімнати або таємниці, яка стала відомою судді під час розгляду справи у закритому судовому засіданні;

6) неподання або несвоєчасне подання для оприлюднення декларації про майновий стан і доходи (по-

даткової декларації), зазначення в ній завідомо неправдивих відомостей.

З одного боку, законодавець пішов шляхом чіткого окреслення (вичерпного переліку) усіх можливих підстав для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності, а з іншого, деякі з наведених підстав можна вважати явним посяганням на незалежність суддів, а інші – взагалі неконституційними.

Зупинимось детальніше на такій підставі для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності як необґрунтоване вжиття заходів забезпечення позову.

У загальному, інститут забезпечення позову можна окреслити, як такий механізм вжиття певних необхідних заходів, спрямованих проти несумлінних дій відповідача, який в умовах змагального процесу набуває особливого значення.

Коли відповідачу становиться відомо про пред'явлення позову, він може здійснити заходи до того, щоб рішення не було виконано: сховати майно, продати, знищити або знецінити його. Для протидії процесуальні закони (Цивільний процесуальний кодекс України [5], Господарський процесуальний кодекс України [1], Кодекс адміністративного судочинства України [2]) надають позивачу, при забезпеченні позову, певні процесуальні переваги – швидкість розгляду заяви про забезпечення, розгляд такої заяви без участі відповідача, негайне виконання ухвали про забезпечення позову. Користуючись процесуальними заходами несумлінний позивач може втрутитись в господарську діяльність відповідача, змінити керівника господарського товариства або державної установи, зайняти певне приміщення і таке інше.

Відповідно до статті 151 Цивільного процесуального кодексу України [5], статті 66 Господарського процесуального кодексу України [1], забезпечення позову можливо, якщо невжиття заходів забезпечення може утруднити чи зробити неможливим виконання рішення суду. Пленум Верховного Суду України у постанові "Про практику застосування судами цивільного процесуального законодавства при розгляді заяв про забезпечення позову" зазначив що, забезпечення позову – це сукупність процесуальних дій, які гарантують виконання рішення суду в разі задоволення позовних вимог [3].

М.І. Штефан визначив забезпечення позову, як вжиття судом, у провадженні якого знаходиться справа, заходів щодо охорони матеріально-правових інтересів позивача проти несумлінних дій відповідача (який може сховати майно, продати знищити або знецінити його), що гарантує реальне виконання позитивно прийнятого рішення [6, 167].

Відповідно до статті 11 Цивільного процесуального кодексу України [5], суд розглядає цивільні справи в межах заявлених ними вимог, рішення суду повинно містити висновок по суті позовних вимог (стаття 215), рішенням суду вирішується матеріально-правовий спір між позивачем та відповідачем. В розрізі питання щодо забезпечення позову зазначене дає підстави стверджувати, що забезпечуватись може тільки матеріально-правові вимоги позивача.

Інші вимоги, які не відносяться до предмету позову, не є забезпеченням позову та забезпечуватись не можуть.

При єдності позицій вчених у можливості застосування забезпечення позову виключно в межах предмету позову, думки щодо застосування забезпечення позову за різними видами позовів суттєво різняться. М.Й. Штефан визначає забезпечення позову, як вжиття судом, в провадженні якого знаходиться справа, заходів щодо охорони матеріально-правових інтересів позивача, які гарантують за його позовом про присудження реальне виконання позитивно прийнятого рішення [6, 168]. Т.Б. Юсупов стверджує, що безпосередній предмет забезпечення – це завжди матеріально-правова вимога, яка складає предмет будь-якого позову, що дозволяє зробити висновок про забезпечення тільки виконавчих позовів [7, 7]. Тобто, М.Й.Штефан, Т.Б. Юсупов обмежують можливості застосування інституту забезпечення позову позовами про присудження. Однак, з таким висновком погодитись не можливо. Заходи з забезпечення можуть бути необхідними, наприклад у справах про визнання авторства. В цьому випадку можливо застосування такого заходу з забезпечення позову як заборона оприлюднення твору до вирішення питання про право авторства на спірний твір. При отриманні позову про визнання права власності, відповідач може продати спірне майне, тим самим утруднити виконання судового рішення.

Тим самим, твердження щодо можливості забезпечення тільки виконавчих позовів не відповідає природі процесуального інституту забезпечення позову. Наведена аргументація дозволяє стверджувати, що забезпечення позову можливо як за позовами про присудження, так і за позовами про визнання.

При достатньо широкій можливості застосування забезпечення позову в межах матеріально-правових вимог ухвали про забезпечення позову не повинна фактично вирішувати справу за суттю.

Пленум Верховного суду України [3] окремо наголошує на неможливості забезпечення позову у справах про захист трудових чи корпоративних прав шляхом зупинення дії рішення про звільнення позивача з роботи та зобов'язання відповідача й інших осіб не чинити перешкод позивачеві у виконанні ним своїх попередніх трудових обов'язків, оскільки таким чином фактично ухвалюється рішення без розгляду справи по суті.

Цей висновок повністю узгоджується з нормами Цивільного процесуального кодексу України [5] та Господарського процесуального кодексу України [1].

Щодо норм Кодексу адміністративного судочинства України слід звернути увагу на окремі особливості. Стаття 117 Кодексу адміністративного судочинства України [2] передбачає, що суд за клопотанням позивача або з власної ініціативи може постановити ухвалу про вжиття заходів забезпечення адміністративного позову, якщо існує очевидна небезпека заподіяння шкоди правам, свободам та інтересам позивача до ухвалення рішення в адміністративній справі, або захист цих прав, свобод та інтересів стане неможливим без

вжиття таких заходів, або для їх відновлення необхідно буде докласти значних зусиль та витрат, а також якщо очевидними є ознаки протиправності рішення, дії чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень. В цьому випадку (забезпечення позову якщо очевидними є ознаки протиправності рішення, дії чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень) положення щодо неможливості вирішення справи по суті знаходить своє відображення у частині третій статті 117 Кодексу адміністративного судочинства України – подання адміністративного позову, а також відкриття провадження в адміністративній справі не зупиняють дію оскаржуваного рішення суб'єкта владних повноважень, але суд у порядку забезпечення адміністративного позову може відповідною ухвалою зупинити дію рішення суб'єкта владних повноважень чи його окремих положень, що оскаржуються.

В цілому, суди адміністративної юрисдикції при винесенні ухвали про забезпечення позову зазначають про неможливість вирішення ухвалою справи по суті.

На нашу думку, враховуючи особливості завдання Кодексу адміністративного судочинства України, а саме захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень, інститут забезпечення позову має особливо важливе зазначення.

Дійсно, за своєю природою адміністративне судочинство передбачало оскарження рішень, дій чи бездіяльності саме суб'єктів владних повноважень, а звернення самих суб'єктів з позовами до фізичних чи юридичних осіб визначалось як виняток, тільки в окремих випадках.

Однак, стрімкий розвиток суспільних відносин вніс свої корективи, наразі більшість адміністративних справ, які розглядаються в порядку адміністративного судочинства подані суб'єктами владних повноважень до фізичних чи юридичних осіб і стосуються стягнень заборгованості, фінансових санкцій тощо.

У зв'язку з чим, суб'єкти владних повноважень здебільшого і є ініціаторами вжиття заходів забезпечення позову шляхом заборони вчинення дій, спрямованих на відчуження будь-яких активів, шляхом накладення арешту на майно і грошові кошти відповідачів.

Закріплення у процесуальному законодавстві України інституту забезпечення позову дозволяє стверджувати про його міжгалузевий характер. Питання, які виникають у цивільному, господарському та адміністративному судочинстві, повинні вирішуватись однаково, з урахуванням підстав для застосування таких заходів та способів забезпечення позовних вимог.

Проаналізувавши норми процесуальних кодексів України, можна дійти висновку, що забезпечення позову можливо виключно в межах предмету позову, але ухвалою про забезпечення позову не повинна фактично вирішуватись справа за суттю. Зазначений висновок, враховуючи міжгалузевий характер інституту забезпечення позову розповсюджується на цивільне, господарське та адміністративне судочинство.

Водночас, враховуючи, що законодавець чітко закріпив таку підставу для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності як необґрунтоване вжиття заходів забезпечення позову, можна зробити висновок, що інститут забезпечення позову може втратити свою важливість та його призначення може знівелюватися.

Приймаючи ухвалу про вжиття заходів по забезпеченню позову, суд повинен враховувати, що прийняття такого рішення доцільно та можливе лише в разі наявності достатньо обґрунтованого припущення, що не вжиття таких заходів може у майбутньому ускладнити виконання рішення суду чи привести до потреби докладати значні зусилля для відновлення прав позивача.

Передбачені підстави для застосування заходів забезпечення позову є оцінними, містять небезпеку для застосування заходів забезпечення позову всупереч цілям інституту забезпечення позову.

Однак, враховуючи закріплення такої підстави для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності як необґрунтоване вжиття заходів забезпечення позову, дійсно набагато безпечніше для самого судді відмовити позивачу у вжитті таких заходів.

Також, оскільки, законодавець закріпив саме поняття "необґрунтоване вжиття", то це наводить на думку, що відмова у вжитті таких заходів не може бути підставою для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності. І навпаки, вжиття заходів забезпечення позову ставить суддю у залежність від свого ж рішення, дає йому підстави побоюватися, що здійснення таких заходів може в подальшому бути як підставою для притягнення його до дисциплінарної відповідальності так і звільнення із займаною посади.

Слід зазначити, що вказана підстава для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності може бути застосована лише до суддів першої та апеляційної інстанції, оскільки забезпечення позову у касаційному прова-

дженні не передбачено, що взагалі суперечить суті самого поняття дисциплінарної відповідальності судді.

Підсумовуючи викладене, необґрунтоване вжиття заходів забезпечення позову не може існувати окремою підставою для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності і потребує визнання такого положення неконституційним з огляду на те, що є завуальованим впливом на суддю під час здійснення ним правосуддя.

Більш дієвим механізмом вдосконалення судівництва України, як в цілому, так і щодо дисциплінарної відповідальності зокрема, є врегулювання діючої системи правосуддя не шляхом її кардинальних змін, а шляхом її прозорості, відкритості та демократичності як для кожної особи так і для судді.

1. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 р. № 1798-XII // Відомості Верховної Ради України – 1992 р. – № 6.
2. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р. № 2747-IV // Відомості Верховної Ради України – 2005 р. – № 35-36, № 37.
3. Про практику застосування судами цивільного процесуального законодавства при розгляді заяв про забезпечення позову: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 22.12.2006 р. № 9 // Бізнес:законодавство та практика – 2007 р. – № 7.
4. Про судову систему та статус суддів: Закон України від 7 липня 2010 р. № 2453-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 41, № 41-42; № 43; № 44-45.
5. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV // Відомості Верховної Ради України – 2004 р. – № 40-42.
6. Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право України: Академічний курс: Підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів. – К., 2005.
7. Юсупов Т. Б. Обеспечение иска в арбитражном и гражданском процессе // Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Специальность 12.00.15 – Гражданский процесс; Арбитражный процесс. – М., 2005.

Надійшла до редколегії 01.06.11

А. Лазарев, здобувач

ПРИНЦИПИ ДІЯЛЬНОСТІ ЦЕНТРАЛЬНОЇ ВИБОРЧОЇ КОМІСІЇ В УКРАЇНІ

У статті розглянуто поняття принципів діяльності Центральної виборчої комісії в Україні, їх система та зміст кожного з них, зокрема, принципів: верховенства права, законності, незалежності, компетентності, об'єктивності, професійності, колегіальності розгляду і вирішення питань, обґрунтованості прийнятих рішень, відкритості, гласності.

Ключові слова: виборче право, Центральна виборча комісія України, принципи права.

В статье рассмотрено понятие принципов деятельности Центральной избирательной комиссии в Украине, их система и содержание каждого из них, таких как, принципы: верховенства права, законности, независимости, компетентности, объективности, профессиональности, коллегиальности рассмотрения и решения вопросов, обоснованности принятых решений, открытости, гласности.

Ключевые слова: избирательное право, Центральная избирательная комиссия Украины, принципы права.

In the article the concept of principles of activity of the Central election committee is considered in Ukraine, their system and maintenance each of them, such as, principles: supremacies of right, legality, independence, competence, objectivity, professionalism, collective nature of consideration and decision of questions, validity of the accepted decisions, openness, publicity.

Keywords: election law, the Central Election Commission of Ukraine, principles of law.

Розглядаючи принципи як елемент конституційно-правового статусу Центральної виборчої комісії, хотілося б зазначити, що у демократичних країнах в основу побудови системи органів управління виборчим процесом та організації діяльності цих органів покладено певну систему принципів. Це, насамперед: незалежності, неупередженості та політичної нейтральності, професіоналізму, відкритості тощо. Кінцевою метою втілення цих принципів в життя є забезпечення демократичності виборів, відповідності волевиявлення виборців офіційним результатам виборів.

Питання принципів в праві не нове. Ряд вчених присвятили свої наукові дослідження даній проблематиці. Зокрема, питаннями принципів права займалися С.С.Алексєєв, Г.А. Борисов, А.І. Денисов, А.М. Колодій, В.Н. Кудрявцев, О.А. Лукашова, П.М. Рабінович, В.М. Семенов, Л.С. Явіч тощо. Питаннями принципів діяльності органів державної влади, і, зокрема, Вищих виборчих органів, займалися С.А. Альфер, Б.Н.Габричидзе, А.В. Иванченко, В.М. Коланда, Л.М. Козодой, Н.М. Янюк тощо.

Загалом, під принципами статусу та діяльності у юридичній літературі розуміють найбільш важливі, ключові ідеї і положення, що лежать в основі їх побудови і функціонування. У тлумачних словниках під принципом розуміється "основне, вихідне положення... особливість, покладена в основу створення або здійснення чогось, норма, правило, яким керується хто-небудь в житті, поведінці" [1, с. 467], у зв'язку з чим принципи часто ототожнюються з нормами права, основними засадами правового регулювання, а інколи визначаються як основні права і обов'язки суб'єктів правовідносин. Необхідно відзначити і те, що якщо ті чи інші принципи отримали нормативне закріплення, то вони вважаються нормами-принципами, під якими, як правило, розуміються принципи, які прямо закріплені у нормах права та являють собою внутрішній зміст цих норм [2, с. 221].

Принципи організації й діяльності органів публічної влади – це законодавчі відправні засади, ідеї, положення, які виступають базисом формування організації та функціонування органів публічної влади. Вони поділяються на загальні принципи, що стосуються системи ор-

ганів публічної влади в цілому, і спеціальні, дія яких розповсюджується лише на окремі підсистеми, ланки цієї системи чи на окремі органи публічної влади [3, с.46].

Таким чином, принципи діяльності Центральної виборчої комісії в Україні можна визначити як закріплені в правових нормах найбільш загальні, вихідні положення, основні засади, керівні настанови, що визначають найважливіші правила, за якими організується і здійснюється діяльність Центральної виборчої комісії та кінцевою метою втілення в життя яких є забезпечення демократичності виборів, відповідності волевиявлення виборців офіційним результатам виборів.

В юридичній науці, загальні принципи прийнято поділяти на дві групи в залежності від форми їх юридичного закріплення й місця в загальній системі принципів, що визначають організацію роботи органів публічної влади.

До першої групи відносяться принципи, які закріплені в Основному Законі і являють собою засади конституційного ладу України: вища соціальна цінність людини, народний суверенітет, державний суверенітет, республіканізм, демократизм, унітаризм, соціальна держава, правова держава, світська держава, поділ влади, верховенство права, законність, гласність, визнання міжнародно-правових стандартів. Для цих принципів характерною є вища юридична сила (навіть у порівнянні з іншими нормами Конституції), фундаментальний характер, найвищий ступінь абстрактності, універсальність, підвищена стабільність, ідеологічна нейтральність, конституційна форма закріплення, системність. Ці основоположні конституційні принципи, які визначають демократичну спрямованість діяльності державних органів.

До другої групи загальних принципів можна віднести: позапартійність державної служби, професіоналізм і компетентність, економічність, ефективність, самостійність, рівний доступ громадян до державної служби, поєднання виборності та призначуваності, колегіальності та єдиначальства, відповідальності держави за діяння своїх органів та посадових осіб, поєднання загальнодержавних і місцевих інтересів. Вони підпорядковані основам конституційного ладу і поширюють свою дію на всі органи публічної влади [3, с.47].

Спеціальні принципи організації та діяльності органів публічної влади є досить різноманітними і обумовленими специфікою кожного з них. З огляду на це перелік і конкретний зміст цих принципів буде викладено при характеристиці організації роботи кожного з органів публічної влади окремо.

Наявність та взаємодія означених вище принципів зумовлює і забезпечує функціонування апарату держави як взаємопов'язаної системи органів, що забезпечують ефективно виконання владних повноважень.

Принципи діяльності Центральної виборчої комісії в Україні, як органу публічної влади, знайшли своє відображення і у чинному законодавстві України. Зокрема, відповідно до статті 2 Закону України "Про Центральну виборчу комісію" від 30 червня 2004 року основними принципами діяльності Центральної виборчої комісії є: верховенства права, законність, незалежність, компетентність, об'єктивність, професійність, колегіальність розгляду і вирішення питань, обґрунтованість прийнятих рішень, відкритість і публічності [4]. На нашу думку, цей перелік принципів діяльності Центральної виборчої комісії необхідно доповнити такими принципами: гуманізму та позапартійності.

Отже, ми охарактеризуємо їх через призму конституційно-правового статусу Центральної виборчої комісії.

В Україні визнається і діє принцип верховенства права відповідно до ст. 8 Конституції України. Згаданий принцип належить до найкращих прогресивних здобут-

ків політико-правової історії людства і покликаний забезпечувати гуманістичний розвиток суспільства. Верховенство права – це панування права в суспільстві. Йдеться про визначальну роль права у стосунках між усіма учасниками суспільного життя, у життєдіяльності державних і недержавних організацій, соціальних спільнот, груп, об'єднань, зрештою – усіх людей. Вираз "верховенство права", або ж "панування ("правління") права", вперше вжив у XIX ст. англійський юрист А. Дайсі. У новітній історії цей термін використовується у деяких міжнародних актах (зокрема, у Конвенції про захист прав людини і основних свобод).

Цей принцип у правовій державі визначає умови життєдіяльності усього соціального організму, тобто порядок створення, існування і функціонування державних органів і громадських організацій, соціальних спільнот, відношення до них, а також між собою окремих громадян, а тому є базовим, найбільш значущим. Завдяки цьому він модифікується у різних сферах функціонування держави і права, наприклад, у правоутворенні, правореалізації, правоохороні. Він також означає, що не держава створює право, а навпаки, право є основою організації і життєдіяльності держави в особі її органів і посадових осіб, інших організацій. А звідси випливає і твердження про те, що не держава надає права і свободи людині, а народ створює право, щоб, насамперед, обмежити ним державну владу [5, с.13-14].

Зміст і сутність принципу, що коментується, визначаються, насамперед, самим феноменом права. Якщо вважати таким явищем тільки юридичні норми – формально-обов'язкові правила поведінки загального характеру, встановлені або санкціоновані державою, – тоді поняття верховенства права втрачає самостійне значення. Адже, у цьому випадку воно відображало б підпорядкованість держави лише її законам, іншим юридичним нормам, які вона сама ж встановила і які в будь-який час сама може змінити чи скасувати. Безперечно, держава має бути зв'язана своїми чинними законами, проте ця зв'язаність більш адекватно відбивається поняттям "верховенство закону". Поняття ж "верховенство права" набуває самостійного значення в юриспруденції лише за тієї умови, що саме право інтерпретується як таке явище, котре виникає та існує незалежно від держави, від діяльності її законодавчих та інших органів, в тому числі і Центральної виборчої комісії.

З позицій соціально-детерміністського, конкретно-історичного підходу правом (як феноменом недержавного походження) можна вважати, зокрема, можливості суб'єктів суспільного життя, які необхідні їм для існування й розвитку, об'єктивно зумовлюються досягнутим рівнем економіки й культури людства і мають бути загальними та рівними для всіх однопольових суб'єктів. Без сумніву, найсуттєвішим різновидом є права людини. І саме вони мають стати вирішальним, визначальним чинником та критерієм при визначенні змісту діяльності держави і різних соціальних спільнот та громадських об'єднань. У разі реального панування прав людини в суспільному житті якраз і виникають підстави констатувати реалізацію принципу верховенства права. Верховенство права, інтерпретоване як пріоритетність у суспільстві, насамперед, прав людини, проявляється головним чином у таких рисах державного і суспільного життя:

- закріплення в конституційному та інших законах держави основних прав людини (закони, які їм суперечать, є не правовими);

- панування в суспільному та державному житті таких законів, котрі виражають волю більшості або всього населення країни, втілюючи при цьому загальнолюдські цінності та ідеали насамперед права і свободи людини;

– врегулювання відносин між особою і державою на основі загально дозволеного принципу: "Особі дозволено чинити все, що прямо не заборонено законом";

– взаємної відповідальності особи і держави.

Наведені ознаки є, власне, суттєвими рисами і правової держави, що нею проголосила себе Україна в Конституції (ст. 1), і Центральна виборча комісія повинна ґрунтувати свою діяльність на чіткому дотриманні положень Конституції України та видавати свої підзаконні нормативно-правові акти на основі її положень та не в супереч Конституції України.

У юридичній літературі принцип законності розуміється як система керівних положень та ідей, що визначають природу законності, її місце у суспільстві та у системі інших правових категорій. Ці ідеї обумовлені закономірностями суспільного розвитку, є засобом формування мотивів правомірної поведінки та переконання суб'єктів з приводу необхідності дотримання законів, вони відображають ставлення суспільства до нормативно-правових актів; опосередковано регулюють суспільні відносини, сприяють дотриманню та виконанню правових приписів всіма суб'єктами права; забезпечують єдину ідейну основу законності та єдність її природи; характеризують місце законності у системі правових категорій та призначення у системі регулювання суспільних відносин [6, с.367]. Таким чином можна стверджувати, що принцип законності, вказує на те, що діяльність Центральної виборчої комісії може здійснюватися лише відповідно до Конституції України і законів України.

Розглядаючи принцип незалежності хотілося б зазначити, що виборчі органи створюються як відособлені від інших органів державні інститути, здатні самостійно виконувати покладені на них правовими нормами функції. Виборчі органи, як правило, створюються так, щоб вони могли функціонувати достатньо незалежно від інших державних органів. Звичайно, всі державні органи складають єдину систему, через що вони знаходяться в певній взаємозалежності. Разом з тим, можна говорити про лише відносну незалежність підсистем державних органів або окремих державних органів від інших органів держави в рамках єдиної системи органів.

Так, Відносна незалежність Центральної виборчої комісії розуміється з таких позицій, що:

1) для Центральної виборчої комісії встановлений самостійний правовий статус;

2) Центральна виборча комісія формується в установленому порядку і на встановлений термін, а достроково припинити повноваження, переформатувати цей орган, змістити або перемістити на інше місце призначених його посадових осіб можна тільки у чітко встановлених правовими нормами випадках;

3) фінансування Центральної виборчої комісії повинне здійснюватися безпосередньо з Державного бюджету України на основі спеціально виділених і закріплених в бюджеті засобів, хоча можуть бути додатково передбачені і інші джерела фінансування.

Розглядаючи питання про професіоналізм і компетентність членів Центральної виборчої комісії, слід особливо підкреслити справедливості вимоги про необхідність глибокого вивчення ними правових питань, оволодіння необхідним об'ємом юридичних знань. Це пояснюється в першу чергу тим, що виборчий процес в Україні регулюється нормами права.

В юридичній літературі визначено, що "професіонал" – це спеціаліст своєї справи, а "професія" – це вид діяльності, заняті особи, яка володіє комплексом спеціальних фахових знань та практичних фахових умінь і навичок, набутих внаслідок поглибленої загальної та спеціальної підготовки, а також досвіду роботи [7, с.19].

Професіоналізм є глибоким та всебічним знанням та володінням практичними навичками в певній галузі суспільно корисної діяльності.

Професіоналізм державного службовця покликаний забезпечити стабільність державної служби, якісне виконання функцій, постійну його готовність до вирішення складних завдань, можливість покращення своїх професійних якостей тощо. Державний службовець повинен бути компетентним співробітником, тобто якісно здійснювати свої повноваження.

Принцип професіоналізму і компетентності державних службовців є першоосновою для організації і функціонування державної служби. Це не тільки одна з основних вимог, яка визначає формування і практичну діяльність персоналу, але й необхідна правова умова, без виконання якої неможливе отримання права на здійснення посадових повноважень.

Принцип професіоналізму у конституційно-правовому статусі Центральної виборчої комісії втілено Законом України "Про Центральну виборчу комісію" від 30 червня 2004 року. Згідно п. 6. ст. 6 Закону не менше 8 з 15 членів Центральної виборчої комісії (у тому числі голова, заступник голови та секретар Комісії) повинні мати вищу юридичну освіту) [4].

Одним із способів забезпечення принципу професійності і компетентності членів Центральної виборчої комісії є: існування конкурсного підбору кадрів; система навчання і підвищення кваліфікації; атестація та проведення щорічної оцінки виконання державними службовцями покладених на них завдань і обов'язків; система контролю за дотриманням законодавства про державну службу.

Принцип професіоналізму і компетентності членів Центральної виборчої комісії характеризується наступними ознаками:

1) компетентність членів Центральної виборчої комісії, проявом якої є: знання ними справи, наявність необхідної професійної освіти і навичок у роботі, вивчення і освоєння передового досвіду;

2) систематичне якісне виконання службовцями різних операцій, прийняття рішень, стабільність службових відносин, відчуття стійкості службової діяльності практичності і результативності виконаної роботи;

3) удосконалення методів управління забезпечення взаємозв'язку з населенням; недопущення застою, консерватизму, бюрократизму, зниження почуття відповідальності;

4) поєднання змінності управлінського персоналу зі стійкістю кваліфікованих, ініціативних працівників, своєчасне підвищення їх на посаді або пересування їх на інші відповідальні ділянки управлінської діяльності з урахуванням бажання, кваліфікації і наявного досвіду;

5) оптимальне поєднання в апараті державних органів молодих державних службовців і спеціалістів, які передають їм свої досвід і навички, що забезпечить поступовість розвитку державної служби [8, с.123].

Принцип об'єктивності діяльності Центральної виборчої комісії означає, що її діяльність має ґрунтуватися на дійсності, реальності, конкретності фактів. Об'єктивність діяльності Центральної виборчої комісії впливає з точного вивчення фактів і документів, заслуховування пояснень, що перевіряються зацікавленими особами, проведення необхідних підрахунків, аналізів, вимірів, співставлень, виявлення причин порушень, недопільків чи помилок. І лише уміння встановити істину, здійснити аналіз усіх встановлених даних у сукупності веде до правильних, обґрунтованих і аргументованих висновків. Все це дає змогу знайти правильне рішення при усуненні порушень чи попередити небажані наслідки.

Наступним принципом діяльності Центральної виборчої комісії є принцип колегіальності розгляду і вирішення питань. Принцип колегіальності означає таку організацію і діяльність відповідного колективного органу, коли до його складу входить відповідне число осіб, вибраних персонально у встановленому законом порядку, а питання, що належить до компетенції колегіального органу, вирішують більшістю голосів на засадах колективного, вільного та ділового обговорення. Колегіальність створює найширші можливості для використання професійних знань, досвіду, організаторських здібностей усіх осіб, які входять до складу колегій, а також широких мас населення, з якими підтримується постійний зв'язок.

Як відзначає російський фахівець в області виборчого права, А.В. Іванченко, "принцип організації і діяльності комісій як колегіальних органів є одним з основоположних початків їх правового статусу ..." [9, с.95]. Цей принцип діяв вже при організації діяльності всієї системи виборчих комісій в Україні на основі Закону України "Про вибори народних депутатів України" від 25 березня 2004 року [10], а також Закону України "Про Центральну виборчу комісію" від 30 червня 2004 року [4]. У цих же джерелах містяться і інші демократичні принципи діяльності виборчих комісій, а саме – відвертість, гласність, вільне обговорення по різних питаннях.

Принцип колегіальності знаходить свій прояв і в організації роботи Центральної виборчої комісії і виборчих комісій інших рівнів. Згідно процедурі скликання і проведення засідань Комісії право скликання належить голові Комісії або за його дорученням його заступникові, а також на підставі письмової вимоги не менше третини всіх членів Комісії з правом вирішального голосу або половини членів Комісії з правом дорадчого голосу. При цьому засідання Комісії визнається правомочним у разі, коли на ній присутні голова або заступник голови Комісії і не менше половини від загального складу членів Комісії з правом вирішального голосу. Рішення повинні ухвалюватися відкритим голосуванням більшістю голосів від присутніх на конкретному засіданні, а рішення нормативного характеру – більшістю голосів від загального числа членів Комісії. Голова Комісії, розподіляючи обов'язки між її членами в цілях організації роботи по виконанню її рішень, володіє правом давати доручення членам Комісії, запрошувати на засідання представників влади, громадських організацій і так далі, а також представляти Комісію в державних органах, в міжнародних організаціях і ін., інформувати Президента країни, Верховну Раду України, інші державні органи про роботу Комісії.

Суттєвим, на наш погляд, є принцип відкритості діяльності Центральної виборчої комісії, що передбачає відкритість управління для зовнішньої перевірки. Отже, відкритість дозволяє кожному дізнатися про механізми прийняття управлінських рішень, з іншого боку полегшує органам нагляду проводити зовнішні перевірки. В той же час зазначений принцип є необхідним інструментом забезпечення чіткого контролю за дотриманням верховенства права, рівності всіх громадян перед законом.

Відкритість діяльності Центральної виборчої комісії виконує дві важливі функції, з одного боку, вона захищає інтереси суспільства, шляхом підвищення ефективності управління та посилення боротьби з корупцією, з іншого – є важливим інструментом захисту сутності Конституції, відповідно до якої, людина – основна цінність суспільства".

І тут особливої уваги заслуговує процес застосування принципу відкритості, який зобов'язує Центральну виборчу комісію у своїй діяльності постійно обґрунтову-

вати свої рішення, що допоможе зрозуміти внутрішню закономірність, якої дотримувався цей державний орган під час прийняття рішень.

Публічність є одним з найважливіших принципів роботи виборчих органів в багатьох країнах [11, с.256]. Відзначимо, що в Мексиці, наприклад, в рік проведення виборів на основі багатопартійності при Федеральному виборчому інституті (ФВІ) створюються Національна комісія із спостереження за виборами і Національний комітет з перевірки результатів голосування. Такі ж органи формуються на всіх виборчих рівнях. Відповідно в кожній з 94 тис. дільничних комісій є по 2 представники від кожної з партій, що беруть участь у виборах, що в сукупності із спостерігачами і активістами означає, що в роботі виборчих комісій бере участь до 2,5 млн. чоловік. При цьому всі вони зобов'язані пройти місячні курси, спеціально організовані Федеральним виборчим інститутом. Це відповідає в цілому завданню демократичного представництва громадян у виборчих органах. При цьому до самих громадян, що побажали взяти таку участь, пред'являються певні вимоги, пов'язані із забезпеченням гарантії їх об'єктивності в ході виборів. Їм задаються наступні питання: корінні це жителі або такі, що лише тимчасово проживають в конкретному районі; чи мають вони необхідні знання для виконання своїх функцій; чи не займали вони керівні партійні посади протягом 6 років до їх висунення. Все це важливо для чесних виборів. Крім того, починаючи з 1994 р. політичні партії і суспільні об'єднання можуть запрошувати на вибори іноземних спостерігачів, які зобов'язані акредитуватися при Федеральному виборчому інституті [12, с. 34].

Принцип публічності відомий і в інших країнах. Наприклад, в США засідання Федеральної виборчої комісії, як правило, відкриті для всіх охочих. Підстави для проведення закритих засідань встановлені законом. Закриті засідання проводяться зазвичай для обговорення кадрових і конфіденційних питань, а також деяких аспектів порушення законів. Вважається, що публічність і відкритість забезпечується присутністю, як правило, в кожній дільничній комісії одного представника від двох найбільших партій (Республіканської і Демократичної), вони зазвичай іменуються "виборчими суддями", оскільки конкуруючі партії уважно стежитимуть за тим, щоб для іншої сторони не було створено ніяких незаконних переваг.

У Україні принцип публічності знайшов своє втілення, наприклад, в ст. 4 Закону України "Про Центральну виборчу комісію" від 30 червня 2004 року, що закріпила право кандидатів і довірених осіб, а також представників засобів масової інформації бути присутніми на засіданнях виборчої комісії, а при розгляді заяв і скарг – представників зацікавлених сторін [4]. Цілком зрозуміло, що право вільного доступу можливе при дотриманні ряду формальностей, необхідних для забезпечення нормальних умов роботи комісії. Так, можуть бути присутніми на засіданні не будь-які члени виборчих об'єднань, а їх офіційні представники, не будь-які журналісти, а акредитовані. Крім того, принцип публічності виявляється в публікації рішень комісії і офіційних повідомлень у пресі, в інших засобах масової інформації, а також в установленому Комісією "Віснику Центральної виборчої комісії". Проводяться також прес-конференції, різні зустрічі з виборцями, представниками засобів масової інформації для кращого ознайомлення громадськості по питаннях, пов'язаних з виборчими правами. І звичайно, важливими є такі аспекти діяльності виборчих комісій, як порядок публікації підсумків виборів і присутності в день голосування на виборчих дільницях спостерігачів.

Принцип гуманізму у формуванні і діяльності Української держави базується на тому, що в ст. 1 Конституції держава визнається як соціальна. Відповідно зусилля державних органів України, в тому числі і Центральної виборчої комісії, мають бути спрямовані на задоволення матеріальних і духовних потреб особи, забезпечення благополуччя людини і суспільства. Конституція (ст. 3) уперше в основах конституційного ладу проголосила, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю, що утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Ця конституційна вимога звернена до всіх без винятку органів держави, до кожного державного службовця. Це положення знаменує принциповий поворот у взаємовідносинах громадянина і держави. Безумовно, зміни не можуть відбутися швидко, але важливо, що Конституція гарантує новий магістральний шлях розвитку України як демократичної, правової, соціальної держави, де права людини мають бути в центрі уваги органів держави.

Принцип позапартійності служби в Центральній виборчій комісії, відокремлення церкви від держави та її органів означає, що в Центральній виборчій комісії не можуть утворюватися структури політичних партій, релігійні організації. Державні службовці Центральної виборчої комісії керуються Конституцією та законами України і при виконанні посадових обов'язків не зв'язані рішеннями партій, політичних рухів, інших громадських формувань.

Виходячи з вище викладеного, необхідно зазначити, що принципи діяльності Центральної виборчої комісії можна визначити як основи створення і спрямованості

відповідної діяльності, які найповніше виражають зміст законодавства, що регламентує організацію і діяльність даного інституту. Передбачені в ст. 2 Закону України "Про Центральну виборчу комісію" від 30 червня 2004 року принципи діяльності даного органу необхідно розширити їх кількість та передбачити принцип гуманізму та позапартійності, що суттєво вплине на ефективність її діяльності.

1. Тлумачний словник української мови / Уклад.: Ковальова Т. В., Коврига Л. П. – Х. : Синтекс, 2005. – 671 с. 2. Скакун О.Ф. Теорія держави і права: підручник / О.Ф. Скакун. – Х. : Консум, 2001. – 340 с. 3. Ярмиш О.Н., Серьогін В.О. Державне будівництво та місцеве самоврядування в Україні: Підручник. – Харків: Вид-во Національного ун-ту внутр. справ, 2002. – 653 с. 4. Про Центральну виборчу комісію: Закон України від 30 червня 2004 року // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – N 36. – Ст.448. 5. Колодій А. М. Конституція і розвиток принципів права України (методологічні питання): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01; 12.00.02 / Київ. ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 1999. – 36 с. 6. Теорія держави і права. Академічний курс: Підручник / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 688 с. 7. Габричидзе Б.Н., Коланда В.М. Принцип професіоналізму в державній службі // Государство и право. – 1995. – № 12. – С. 19-26. 8. Янюк Н. Принципи державної служби як основа її професійності та стабільності // Вісник Львівського ун-ту. – 2009. – Вип. 48 – С. 119–127. 9. Іванченко А.В. Избирательные комиссии в Российской Федерации: история, теория, практика. – М., 1996. – 253 с. 10. Про вибори народних депутатів України: Закон України від 25 березня 2004 року // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 27-28. – Ст. 366. 11. Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юрист, 2000. – 761 с. 12. Альфер С.А. Избирательные комиссии: система, правовой статус, порядок формирования : научно-правовое и практическое пособие / Белорусский центр конституционализма и сравнительно-правовых исследований.- Минск : Тесей, 2001. – 56 с.

Надійшла до редколегії 01.06.11

Наукове видання



ВІСНИК
КИЇВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА

ЮРИДИЧНІ НАУКИ

Випуск 88

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 30.09.11. Формат 60х84^{1/8}. Вид. № Ю5. Гарнітура Arial. Папір офсетний.
Друк офсетний. Наклад 300. Ум. друк. арк. 30,0. Обл.-вид. арк. 15,4. Зам. № 211-5796

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>