

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

Фурса С., Капляр К. Нотаріальне процесуальне представництво: підстави виникнення та особливості здійснення представництва за законом.....	4
Берзін П. Проблеми визначення окремих ознак складу незаконного заволодіння грунтовим покривом (поверхневим шаром) земель (ст. 239 ¹ КК України)	9
Грабовська О. Місце доказування у системі цивільного процесуального права.....	13
Крижанівський В. Мировий суд в Україні та Англії.....	15
Клепікова О. Відшкодування збитків від зіткнення суден	20
Пацурія Н. Проблеми реалізації організаційно-господарських правовідносин у сфері авіаційного страхування щодо діяльності професійного об'єднання страховиків.....	23
Резнікова В. Фінансове посередництво: господарсько-правовий аспект	27
Поєдинок В. Державна інвестиційна політика: поняття, об'єкт, цілі, принципи	34
Совгіря О. Правове регулювання формування Уряду: досвід зарубіжних країн та проблеми вітчизняного законодавства	38
Задирака Н. Державне управління та виконавча влада: співвідношення понять.....	41
Дячук Л. Concubinatus у візантійському праві (IV – VI ст.).....	43
Мусієнко А. Основні напрями міжнародного співробітництва щодо протидії злочинам у сфері трансплантації органів або тканин людини.....	50
Москалюк О. Особливості застосування принципів права при визначенні напрямку дії закону в часі	53
Куйбіда Р. Свобода мирних зібрань в адміністративному судочинстві: загальні тенденції судової практики	55
Куцевич М. Окремі аспекти виникнення міжнародно-правових зобов'язань держави з міжнародних договорів у сфері кримінального права.....	58
Божко В. Погляд на функції оплати праці крізь призму теоретично-правових досліджень	61
Ізарова І. Принцип публічності в цивільному процесі і його зміст.....	66
Заярний О. Деякі особливості застосування адміністративно-господарських санкцій у сфері управління економікою	69
Вовк О. Концепція національної безпеки України: теоретичний аспект	77
Шевченко А. Притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності за новим законодавством про судоустрій та статус суддів.....	80
Шоха Т. Имущественный интерес как предмет договора экологического страхования	83
Горбань Н. Принцип професійної компетентності та морально-етичних стандартів діяльності нотаріуса	87
Шпенюв Д. Суб'єкти правовідносин в інформаційній сфері	92
Боднар В. Переважні права в акціонерному товаристві та способи їх захисту.....	95
Кравченко М. Класифікація закономірностей реалізації закону.....	99
Яценко Н. Особливості участі суду в цивільних процесуальних відносинах.....	105
Коваленко О. Повторність злочинів в окремих пам'ятках права, що діяли на території України у дорадянський період	107
Топорецька З. Особа потерпілого від грального бізнесу. Механізм формування лудо манії.....	111
Ліпій Є. Адміністративно-правова охорона екологічних прав громадян: сучасний стан та шляхи вдосконалення	114
Кіндюк Б. Охорона лісів згідно із законом "Про охорону природи Української РСР" від 30 червня 1960 р.	116

CONTENTS

Fursa S., Kaplyar K. Notary procedural representation: the grounds of representation and the features of the law	4
Berzin P. Problems of determination of separate signs of composition of the illegal laying hands on the ground cover (superficial layer) of earths (art. 239 ¹ CC of Ukraine).....	9
Grabovska O. Place of finishing telling in the system of civil judicial law	13
Kryzhanovskiy V. Magistrate court in Ukraine and England	15
Klepikova O. Recover damages from collision	20
Patsuriya N. Problems of implementation of organizational and economic relations in the field of aviation insurance with respect to the activities of a professional association of insurers	23
Reznikova V. Financial mediation: economic and legal aspects	27
Poiedynok V. State investment policy: concept, object, aims, principles	34
Sovgirya O. Legal regulation of the formation of the Government: experience of foreign countries and the problems of domestic legislation	38
Zadyraka N. Executive Branch and State Administration: Correlation of Notions	41
Djatchuk L. Concubinage in Byzantium right (IV – VI item)	43
Musienko A. The main trends of international cooperation against crime in the transplantation of organs or tissues	50
Moskaluk A. Features at the right to determine the direction of the Law in time	53
Kuybida R. Freedom of peaceful assembly in Administrative Proceedings: General trends of judicial practice	55
Kutsevych M. Some aspects of international legal obligations of the state to international treaties in the field of criminal law.....	58
Bozhko V. View on salary's functions through the lens of theoretically and legal research.....	61
Izarova I. The principle of publicity in civil procedure	66
Zayarniy O. Some specialties' of using economy-administrative sanctions in the sphere of government in economy	69
Vovk A. Concept of National Security of Ukraine: the theoretical aspect	77
Shevchenko A. Discipline liability for new law on the Judiciary and Status of Judges	80
Shokha T. Property interest as the subject of ecological insurance contract	83
Gorban N. The principle of professional competence and ethical standards of the Notary	87
Shpenov D. Subjects of legal relationships are investigational in an informative sphere	92
Bodnar V. Rights of priority in joint-stock company and ways of their protection	95
Kravchenko M. Classification of conformities to law of realization of law	99
Yatsenko N. Participation of the court in civil procedural relationships	105
Kovalenko O. Frequency crimes in individual sources of right that operated on territory of Ukraine in a pre-Soviet period	107
Toporetska Z. The victims from gambling. Mechanism of ludomaniyi.....	111
Lypiy Y. Administrative and legal protection of citizens' environmental rights: current status and ways of improvement	114
Kindyuk B. Forest Protection by the Law "On protection of the Ukrainian SSR nature" (enacted on June 30, 1960).....	116

НОТАРІАЛЬНЕ ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРЕДСТАВНИЦТВО: ПІДСТАВИ ВИНИКНЕННЯ ТА ОСОБЛИВОСТІ ЗДІЙСНЕННЯ ПРЕДСТАВНИЦТВА ЗА ЗАКОНОМ

В статті розкривається сутність нотаріального процесуального представництва, класифікація його видів, а також аналізується представництво за законом, підстави його виникнення, суб'єкти та особливості його здійснення. Запропоновано ряд пропозицій щодо вдосконалення норм ЦК, а також доповнення Закону України "Про нотаріат" нормами, які регламентують інститут представництва у нотаріальному процесі.

Ключові слова: представництво за законом, нотаріальний процес, батьки, діти, опікун, піклувальник.

В данной статье раскрывается сущность нотариального процессуального представительства, классификация его видов, анализируется законное представительство, основания его возникновения, субъекты и особенности осуществления. Внесено ряд предложений по совершенствованию норм ЦК, а также по дополнению Закона Украины "О нотариате" нормами, которые регламентируют институт представительства в нотариальном процессе.

Ключевые слова: нотариальное процессуальное представительство, законное представительство, нотариальный процесс, родители, дети, опекун, попечитель.

This article reveals the essence of the notary Procedure representation, a classification of its species, analyzed legal representation, the basis of its occurrence and characteristics of the subjects. Made several proposals to improve the standards of the Central Committee, as well as to supplement the Law "On Notary" norms that regulate the institution of representation used in the notary process.

Keywords: notary procedural representation, legal representation, the notarial process, parents, children, guardian, trustee.

Не зважаючи на численні роботи, присвячені вченими України інституту нотаріального процесуального представництва [1], до останнього часу існують як теоретичні дискусії, так і проблеми здійснення представництва в нотаріальній практиці. Так, не зважаючи на незаконність передачі права розпорядження майном представнику, до останнього часу непоодинокими є випадки посвідчення нотаріусами генеральних довіреностей, хоча ця тема була висвітлена в значній кількості досліджень [2]. Виникали і розглядалися вченими й інші питання щодо поняття "безвідклична довіреність" [3], щодо можливості посвідчувати довіреність на кількох представників [4] тощо. Тому актуальність даної теми не викликає сумніву.

Складність цієї теми обумовлюється тим, що базисом для регламентації нотаріального процесуального представництва є норми матеріального права, а для його дослідження цього інституту використовували поняття, запозичені з цивільного процесу. Але нотаріальний процес має певні особливості, які відрізняють його від цивільного процесу, тому в багатьох випадках запозичення понять є неможливим, оскільки призведе до неправильних висновків. Якщо до цього додати численні теоретичні дискусії щодо представництва, які мають місце в цивільному праві, то стане очевидною складність сприйняття надбудови, якщо базис не має стабільності.

Додаткова складність сприйняття представництва обумовлюється й тим, що у розділі IV ЦК, який називається "представництво", регламентуються не всі аспекти представництва, оскільки його специфіка розкривається й в інших нормах ЦК, СК та інших нормативних актах. Наприклад, згідно ч. 1 ст. 242 ЦК батьки (усиновлювачі) є законними представниками своїх малолітніх та неповнолітніх дітей, тому згідно ч. 1 ст. 237 ЦК вони зобов'язані або мають право вчинити правочин від імені своїх дітей і дане положення є правомірним у цивільному процесі. Але у нотаріальному процесі мають застосовуватися й певні обмеження, сформульовані у ч. 2 ст. 32 ЦК, де встановлено право неповнолітніх вчиняти окремі правочини не тільки за згодою батьків, а й з дозволу органу опіки та піклування.

Якщо до наведеного прикладу додати положення статей 43 та 44 Закону України "Про нотаріат", де передбачається встановлювати нотаріусу повноваження представника, то вийде, що представники можуть бути повноважними і такими, що не мають відповідних повноважень від суб'єкта, в інтересах якого вони мають намір діяти. Крім того, при широкому сприйнятті поло-

жень ст. 241 ЦК можна припустити, що допускається вчиняти правочин з перевищенням повноважень, але це стосується лише випадків, коли такі повноваження реалізуються поза нотаріальним процесом. В нотаріальному процесі нотаріус перевіряє повноваження представника на вчинення правочину, тому перевищення повноважень є неприпустимим. Тому необхідно сформувати поняття "уповноважений представник", а його правовими ознаками мають бути: 1) передані належним чином повноваження на вчинення правочину від імені особи, яку він представляє; 2) правочин, який вчиняє представник має входити до його повноважень.

Проаналізований приклад свідчить також про те, що надане у ч. 1 ст. 237 ЦК поняття "представництво", під яким розуміють правовідношення, у якому одна сторона (представник) зобов'язана або має право вчинити правочин від імені другої сторони, яку вона представляє, не відповідає особливостям нотаріального процесу. Більше того, навіть з точки зору цивільного права проаналізоване поняття "представництва" некоректне, оскільки у ньому йдеться про потенційне право на вчинення правочину, а не про особливості правовідношення між представником та особою, яку він представляє. Хоча терміни "зобов'язана" або "має право" спонукають до широкого сприйняття представництва, але ж безпосередньо не кваліфікують відносини між представником та особою, права та інтереси якої мають реалізуватися при вчиненні правочину.

Місце інституту представництва в нотаріальному процесі визначається такими основними факторами: по-перше, за його допомогою суб'єкти права отримують можливість здійснення юридичних дій в нотаріальному процесі за допомогою іншої особи, що розширює сферу їх правової активності. По-друге, для малолітніх, недієздатних та інших осіб представництво є єдиним способом участі в правовідносинах. По-третє, нотаріальна діяльність дозволяє не тільки реалізовувати представницькі повноваження гарантовано, а й передбачає можливість враховувати контролюючу функцію органів опіки та піклування, які уповноважені здійснювати нагляд за забезпеченням прав та інтересів тих осіб, які з тих чи інших причин не здатні адекватно висловити своє волевиявлення щодо конкретного правочину.

Отже, центральне місце в нотаріальних правовідносинах мають повноваження представника та їх оцінка нотаріусом, яка зумовлює, зокрема, і розуміння таких категорій, як воля і волевиявлення з точки зору норм права, що ускладнюється наявністю матеріально-

правових відносин між представником, як особою, що безпосередньо вступає у правовідносини з нотаріусом, та особою, яка діє для забезпечення інтересів іншої особи, що є, по суті, метою правовідносин між нотаріусом і представником. Разом з цим, при розгляді вказаних питань обов'язково слід враховувати особливості нотаріального процесу, як суспільних відносин, які забезпечуються державою через спеціальну процедуру, що передбачає їх безспірний і не примусовий характер та надає їм визначеного законом змісту, встановлюючи нормативними актами межі дозволеної поведінки суб'єктів нотаріального процесу. При цьому, спеціальною процедурою є сукупність визначених законом норм, які регулюють послідовність і можливі варіанти поведінки суб'єктів у нотаріальних правовідносинах, загальні і конкретні умови вчинення нотаріальних дій, а також права та обов'язки суб'єктів при вчиненні тих чи інших дій [5].

Оскільки представництво в нотаріальному процесі за своєю суттю є процесуальним, вважаємо доцільним перейти до аналізу представницьких правовідносин з позицій вчених-процесуалістів.

Так, російський вчений-процесуаліст Ярков В.В. під представництвом в цивільному процесі (процесуальним) розуміє виконання процесуальних дій однією особою від імені і в інтересах іншої особи [6]. З цим визначенням однозначно важко погодитись, оскільки в ньому відсутні основні аспекти представництва, якими мають стати підстави отримання відповідних повноважень представником для здійснення функцій представництва.

Вчений Світлична Г.О., розглядає представництво як правовідношення, в силу якого одна особа – представник – здійснює в суді в межах наданих йому повноважень процесуальні дії від імені та в інтересах іншої особи з метою надання юридичної допомоги при розгляді цивільної справи та здійснення захисту суб'єктивних прав і охоронюваних законом інтересів [7]. В цьому визначенні відсутня ознака комплексності взаємовідносин між представником та судом, представником та особою, інтереси якої представляються тощо. Отже, таке визначення спрощує поняття "представництво".

Очевидно, що наведені дефініції мають свої вади, тому доцільно розглядати сутність представництва з множиною можливих варіантів прав та обов'язків суб'єктів цього інституту.

В юридичній науці розповсюдженою є так звана концепція сприйняття представництва як правовідношення [8]. Нерідко представництво розглядається як сукупність "внутрішніх" і "зовнішніх" правовідносин. При цьому, під "внутрішніми" відносинами розуміється відношення між представником і особою, яку він представляє, а під "зовнішніми" – відносини між представником і третьою особою¹[9], в тому числі і нотаріусом. Однак така конструкція до останнього часу не має свого об'єктивного вираження в нотаріальному процесі, оскільки підстави нотаріального процесуального представництва можуть мати різноманітні форми та підстави, наприклад представництво батьками прав та інтересів своїх дітей. Проблемне питання полягає в тому, що тривалий час в науці представника сприймали як абсолютно незаінтересованого суб'єкта, не беручи до уваги, що представник потенційно може мати власні інтереси при здійсненні представництва. Тому непоодинокими є випадки, коли представники юридичних осіб укладають договори щодо відчуження об'єктів нерухомості, які належать юридичній особі, за явно низькими цінами, ма-

ючи власні інтереси від такого договору... Теж саме має іноді місце і у випадках відчуження об'єктів нерухомості, які належать неповнолітнім або малолітнім дітям тощо.

Наведене зумовлює необхідність робити акцент на змісті повноважень представника і важливості правильного їх сприйняття нотаріусом з урахуванням тих правових особливостей, які має певне провадження. Наприклад, коли йдеться про посвідчення заповіту, то представник не вправі його посвідчувати замість заповідача, а підписання заповіту замість особи, яка з об'єктивних причин не здатна зробити це власноручно, не можна сприймати як представництво. Так само, випадки неможливості виконання повноважень представником лише в загальних рисах сформульовані у ст. 238 ЦК, а конкретизуються вони залежно від реальних умов нотаріального провадження.

Тому важко однозначно погодитися з М.В. Шерстюком, який вважає, що в нотаріальному процесі, як правовідношенні, що має процесуальну природу з її специфічними ознаками, є те, що дії представника безпосередній правовий результат для особи, яку він представляє, не створюють, його дії мають безпосередні наслідки не для особи яку він представляє, а для нотаріуса, з яким представник вступає в процесуальні відносини [10]. Нотаріус, за загальним правилом, не повинен допускати вихід особи за межі наданих представнику повноважень, тому вчинений останнім правочин буде мати наслідки саме для такої особи.

Правова природа представництва або іншими словами механізм безпосереднього переходу прав і обов'язків полягає в тому, що представник своїм волевиявленням встановлює певну модель поведінки для особи, яку він представляє – забезпечує для нього конкретизацію правових норм матеріального та нотаріального процесуального права в правовідношенні, зокрема, довіритель набуває в результаті реалізації представником своїх функцій в нотаріальному процесі не тільки право оскаржити вчинений представником правочин, але й право оскарження нотаріальних дій або відмови у їх вчиненні, що впливає зі статті 50 Закону України "Про нотаріат".

Отже, нотаріальне процесуального представництва комплексні юридичні відносини, за якими одна особа (представник) виконує на підставі повноважень, наданих йому законом, статутом, положенням або договором, процесуальні дії в нотаріальному процесі, спрямовані на охорону та захист безспірних прав і охоронюваних законом інтересів іншої особи (довірителя), державних і громадських інтересів, у результаті чого в особи, яку представляють виникає комплекс матеріальних і процесуальних прав та обов'язків.

Згідно існуючій в теорії цивільного права класифікації видів представництва, на нашу думку, заслуговує уваги класифікація за юридичними фактами, з яких виникає представництво [11]:

- представництво, яке ґрунтується на законі (законне представництво);
- представництво, яке ґрунтується на договорі (договірне або добровільне представництво);
- представництво, яке ґрунтується на адміністративному акті.

Досить часто представництво, яке виникає на підставі закону ототожнюється з представництвом недієздатних осіб та відсутність дієздатності або її обмеження у особи, яку представляють вказується як невід'ємна ознака даного виду представництва. Такий підхід підтримується і законодавцем, зокрема ст. 242 ЦК передбачається можливість законного представництва малолітніх, неповнолітніх та недієздатних. Разом з тим таке обмежене тлумачення законного представництва не є

¹ *Синайський В.И.* Русское гражданское право. – М., 2002. С. 159; *Белов А.В.* Гражданское право. Общая и особенная части. Учебник. – М., 2003. – С. 422.

правильним, оскільки в багатьох випадках представництво в силу закону виникає і тоді, коли особа, яку представляють є дієздатною. Наприклад, представництво видавцем автора у випадку опублікування твору анонімно чи під псевдонімом до тих пір, поки автор не розкриє свою особу та не заявить про своє авторство, виникає в силу закону (стаття 11 Закону України "Про авторське право і суміжні права"). Як аналогічний приклад представництва дієздатних осіб може бути випадок представництва консулом громадян своєї країни за кордоном.

Загалом підтримуючи наведену класифікацію, варто доповнити її такими тезами. По-перше, корисним для нотаріального процесу є твердження В.А. Рясенцева про те, що представниками за законом слід вважати тільки тих осіб, які стають представниками безпосередньо за прямою вказівкою правової норми (батьки, усиновителі). Значна частина представників, що визначені як "законні", насправді є представниками за призначенням. Їх призначають державні, або інші уповноважені органи. Повноваження такі представники отримують не безпосередньо із закону, а лише в силу факту їх призначення адміністративним актом чи обранням на певну посаду [12]. По-друге, реалізація юридичною особою своєї правоздатності через свої органи та представництво – це два різних правових інститути, оскільки орган який представляє юридичну особу не має достатньої самостійності для визнання його особою. Це положення втілене, зокрема, в статті 92 ЦК. Лише у випадку коли юридична особа набуває цивільних прав та обов'язків та здійснює їх через своїх учасників застосовуються норми інституту представництва, оскільки такі учасники діють за довіреністю. Наприклад відповідно до статті 122 ЦК якщо ведення справ доручено окремим учасникам повного товариства, інші учасники можуть вчиняти правочини від імені товариства за наявності у них довіреності, виданої учасниками, яким доручено ведення справ товариства. Тому, волевиявлення органу юридичної особи не є самостійним, а є волевиявленням безпосередньо юридичної особи.

Якщо нотаріальна дія вчиняється за участю юридичної особи, нотаріус зобов'язаний перевірити правоздатність та дієздатність юридичної особи, право – дієздатність представника та його повноваження. Натомість, якщо до нотаріуса звертається представник фізичної особи, нотаріус перевіряє право – та дієздатність тільки представника, а також обсяг його повноважень.

Необхідно звернути увагу і на те, що у ЦК та Законі України "Про нотаріат" відсутні норми, які визначають осіб, які можуть бути представниками, а які ні. У Цивільному кодексі у різних нормах йдеться про застереження щодо представника. У ст. 237 ЦК мають місце такі положення, які потребують коментарів, оскільки вони сформовані для фахівців, а саме:

➤ не є (не може бути – С.Ф.) представником особа, яка хоча і діє в чужих інтересах, але від власного імені. З точки зору нотаріального процесу дане положення не зовсім коректне, оскільки представник діє від власного імені і саме особу представника встановлює нотаріус, а особу, яка уповноважила представника, з'ясовують лише за документами і щодо власних повноважень, які перевіряє нотаріус. Наприклад, довіритель уповноважив на підставі довіреності представника посвідчити договір продажу належного йому будинку, тому право власності на будинок буде з'ясовуватися на підставі правостановлювального документу, а також в цьому документі і в довіреності має як власник фігурувати одна й та сама особа. Отже, застосований у ст. 237 ЦК вираз є фігуральним, оскільки в ньому акцентується

увага на тому, що в договорі має використовуватися ім'я уповноваженої особи як сторони. У той же час, у нотаріально посвідченому договорі обов'язково має зазначатися й представник з ідентифікуючими його відомостями.

➤ не є (не може бути – С.Ф.) представником особа, уповноважена на ведення переговорів щодо можливих у майбутньому правочинів. Дане положення так само слід сприймати для розмежування правочинів і дій, які не мають істотних правових наслідків. Для ведення переговорів так само мають надаватися відповідні повноваження представника, з не уповноваженою особою вести переговори контрагенти не будуть.

Вважається також, що зміст статті 9 Закону України "Про нотаріат" щодо обмеження у вчиненні нотаріального провадження може бути поширений й на випадок, коли близькі родичі та члени сім'ї виступають як представники інших осіб. Тобто в протилежному разі можна буде говорити про порушення принципу неупередженості нотаріуса.

Представництво за законом обумовлюється тим, що, з одного боку, законодавством обмежується частина громадян на здійснення своїх прав і виконання обов'язків в силу різних об'єктивних причин. Так, малолітні і неповнолітні діти, недієздатні і обмежено дієздатні особи не вправі самостійно розпоряджатися своїми правами у певних правових ситуаціях. Крім того, безвісно відсутні особи та особи, місце перебування яких невідоме, не можуть реалізувати своїх прав і для забезпечення їх інтересів виступають уповноважені законом особи.

Так, найпоширенішим випадком представництва за законом є представництво малолітніх і неповнолітніх дітей їх батьками. Якщо дитина не може самостійно здійснювати свої права, ці права здійснюють батьки, опікун або піклувальник.

Малолітні особи не мають права самостійно укладати та підписувати договори, в тому числі в разі надання згоди їх батьками (усиновлювачами, опікунами) на вчинення таких договорів. Представниками осіб, що не досягли 14 річного віку відповідно до Сімейного кодексу України є батьки, які управляють майном, належним малолітній дитині без спеціального на те повноваження, тобто їх повноваження в нотаріальному процесі ґрунтуються на походженні дитини від них, засвідченому органом державної реєстрації актів цивільного стану. Про факт державної реєстрації акта цивільного стану органами державної реєстрації актів цивільного стану видається відповідне свідоцтво.

Варто відмітити, що законодавство не дає чіткої відповіді на питання, як має вчинити нотаріус, якщо у нього виникли сумніви щодо повноважень представників малолітньої особи. Адже, відповідно до статті 9 Закону України "Про державну реєстрацію актів цивільного стану" актовий запис цивільного стану є безспірним доказом фактів, реєстрація яких посвідчується, до спростування його в судовому порядку. Однак ані цим Законом, ані Законом України "Про нотаріат", ані Правилами державної реєстрації актів громадянського стану в Україні не встановлено права нотаріуса звертатися в цьому випадку до органів державної реєстрації актів цивільного стану. Що, безсумнівно, потребує подальшого врегулювання.

Представниками за законом є також усиновлювачі малолітніх осіб. Обсяг повноважень усиновлювача, як законного представника такий самий, як і у батьків дитини. Відмінність між ними, що має значення для нотаріального процесуального права, полягає лише в тому, що повноваження усиновлювача виникають не з моменту народження дитини, а з дня набрання чинності рі-

шенням суду про усиновлення. При цьому слід враховувати відповідні норми Цивільного процесуального кодексу (надалі – ЦПК) щодо набрання рішенням суду законної сили. Так, рішення суду набирає законної сили після закінчення строку для подання апеляційної скарги, якщо апеляційну скаргу не було подано. У разі подання апеляційної скарги рішення, якщо його не скасовано, набирає законної сили після розгляду справи апеляційним судом. Рішення або ухвала апеляційного суду набирають законної сили з моменту їх проголошення. Касаційна скарга може бути подана протягом двадцяти днів з дня набрання законної сили рішенням (ухвалою) апеляційного суду. Одержавши касаційну скаргу, суддя-доповідач протягом трьох днів вирішує питання про відкриття касаційного провадження, про що постановляє відповідну ухвалу та за наявності клопотання особи, яка подала касаційну скаргу, суддя-доповідач у разі необхідності вирішує питання про зупинення виконання рішення (ухвали) суду.

Проте, як вбачається зі статті 259 ЦК та 233 СК документом, що підтверджує повноваження усиновлювача, як представника є свідцтво про народження з тою відмінністю, що видається воно на підставі рішення суду. Це має значення з огляду на те, що у випадку усиновлення усиновлювачі мають право бути записаними як мати і батько дитини. Це є їх правом, а не обов'язком, тому свідцтво про народження може відповідно до статті 229 СК і не зазнати змін в частині запису про матір або батька дитини. З огляду на це, якщо у свідцтві про народження дитини батьками зазначені інші особи, ніж ті, що звернулися за вчиненням нотаріальної дії, нотаріусу необхідно ознайомитись з рішенням суду про усиновлення дитини.

За загальним правилом при вчиненні одним із батьків (усиновлювачів) правочинів щодо майна малолітньої дитини вважається, що він діє за згодою другого з батьків. Обов'язкова письмова нотаріально засвідчена згода другого з батьків вимагається тільки у випадках вчинення правочинів щодо транспортних засобів та нерухомого майна малолітньої дитини. Винятком є випадок, коли один з батьків позбавлений судом батьківських прав.

На практиці виникають проблеми з підтвердженням того, що місце проживання одного з батьків невідоме, у випадку, якщо не встановлено опіки над майном такої особи відповідно до статті 44 ЦК. Видається, що в цьому випадку логічно застосовувати загальне правило – всі спірні питання може вирішувати тільки суд, а нотаріус не може робити висновків про неповажність причин, коли батько понад 6 місяців проживає окремо від дитини тощо.

Нотаріусом не вимагається згода другого з батьків, якщо для вчинення нотаріальної дії подаються свідцтво про смерть другого з батьків; рішення суду про визнання його безвісно відсутнім; рішення суду про оголошення його померлим.

Крім того, батьки вирішують питання про управління майном дитини спільно, якщо інше не передбачено договором між ними. Виникає питання щодо форми такого договору. Відповідно до статті 9 СК вимагається тільки письмова форма, що є невірним з огляду на те, що згода другого з батьків при вчиненні правочинів щодо транспортних засобів та нерухомого майна малолітньої дитини має бути обов'язково нотаріально засвідчена.

Слід також пам'ятати, що майном відповідно до статті 190 ЦК є річ, сукупність речей, а також майнові права і обов'язки. Тому, наприклад, при посвідченні договору іпотеки нотаріусом обов'язково вимагається згода органів опіки та піклування, якщо з поданих документів буде видно, що право власності або право користування майном, яке є предметом іпотеки, мають діти.

Відповідно до Листа Міністерства юстиції України "Щодо отримання згоди органів опіки та піклування" від 25 липня 2006 р., для встановлення факту користування нерухомим майном нотаріуси витребувають довідку про реєстрацію місця проживання або місця перебування дитини за адресою майна, що відчужується або заставляється, видану житлово-експлуатаційною організацією або іншим відповідним уповноваженим органом з питань реєстрації. Коли з поданих документів нотаріусом встановлено, що така дитина проживає за іншою адресою, ніж адреса майна, що відчужується, а також те, що така дитина не має права власності на це майно (його частину) нотаріус має право не витребувати згоду органів опіки та піклування на посвідчення такого правочину. При цьому, нотаріусом при його посвідченні роз'яснюється зміст статті 176 СК, щодо зобов'язання батьків передати у користування дитини майно, яке має забезпечити її виховання та розвиток [13].

Чинне законодавство передбачає, що неповнолітні особи, віком від 14 до 18 років можуть самостійно підписувати правочини. Однак, незважаючи на дозвіл підписувати договори самостійно неповнолітні особи мають право укладати правочини тільки в разі надання письмової нотаріально посвідченої згоди батьків (усиновлювачів, піклувальників), а також дозволу органу опіки та піклування.

Залишається спірним питання, чи може бути неповнолітня особа представником. Виходячи з аналізу частини другої статей 43 та 44 Закону України та "Про нотаріат" відповідних норм ЦК, на це питання слід дати позитивну відповідь, оскільки закон не забороняє цього, але для визнання дій такого неповнолітнього представника правомірними, закон вимагає дотримання низки умов, зокрема, щодо згоди батьків (усиновлювачів), піклувальників, органу опіки і піклування у встановлених законом випадках.

В нотаріальній практиці виникає ще одне питання, пов'язане з обсягом дієздатності таких осіб: з одного боку стаття 32 ЦК дозволяє неповнолітнім вчиняти будь-які правочини за згодою батьків (усиновлювачів) або піклувальників. З іншого боку, відповідно до статті 1234 ЦК право на заповіт право на заповіт має фізична особа з повною цивільною дієздатністю. Стаття 56 Закону України "Про нотаріат" також вказує на те, що нотаріус посвідчує заповіти дієздатних осіб і це дає йому право відмовити неповнолітньому у посвідченні заповіту, що, на нашу думку, є порушенням права власності неповнолітнього.

Відповідно до статті 58 ЦК опіка встановлюється над малолітніми особами, які позбавлені батьківського піклування, та фізичними особами, які визнані недієздатними. Правочини від імені недієздатної особи та в її інтересах вчиняє опікун. Відповідно до статті 60 ЦК опікун над особою, що визнана недієздатною призначається судом. Опікун над малолітніми дітьми призначається або за рішенням суду, або за рішенням органів опіки і піклування.

За змістом ЦК, суд призначає опікуна в тому випадку, якщо під час розгляду судом іншої справи було виявлено, що дитина позбавлена батьківського піклування. Відповідно до статті 65 ЦК до призначення опікуна ці функції виконує орган опіки і піклування. Також ці функції може здійснювати спеціальний заклад, в якому перебуває дитина. Залежно від обставин підставами для представництва такої особи в нотаріальному процесі будуть рішення суду, рішення органу опіки і піклування.

Вітчизняному законодавству не відома конструкція "спів опікунства" над недієздатною особою. Але, у випадку наявності у підопічного майна поза межами його

місця проживання, встановлюється опіка над майном за місцем його знаходження. Виходячи із змісту діючих норм, можливе призначення двох і більше опікунів над майном безвісно відсутньої особи, якщо майно, яке їй належить знаходитися в різних населених пунктах, оскільки опіка над майном встановлюється за місцем його знаходження. В цьому випадку кожен з опікунів буде представником за призначенням. Слід підкреслити, що "співпредставництво" в цьому випадку буде мати місце лише за необхідності спільних дій.

Опіка та піклування встановлюються або судом, або органом опіки та піклування, тому відповідними документами, які визначають статус опікуна та піклувальника будуть або рішення суду, або постанова органу опіки та піклування.

В Україні відповідно до чинного законодавства існує така форма влаштування дітей сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, як патронат, що полягає у вихованні дитини до досягнення нею повноліття в сім'ї патронатного вихователя за плату і здійснюється на підставі договору, який укладається між органом опіки і піклування та патронатним вихователем. Відповідно до чинного законодавства, в Україні існує дві форми патронату: прийомна сім'я і дитячий будинок [14].

В нотаріальному процесі прийомні батьки та батьки-вихователі виступають представниками дітей за призначенням і діють без спеціальних повноважень як опікуни або піклувальники.

Документами, що підтверджують повноваження таких представників, визначені в Постанові Кабінету Міністрів України "Про затвердження Положення про прийомну сім'ю" від 26 квітня 2002 року та Постанові Кабінету Міністрів України "Про затвердження Положення про дитячий будинок сімейного типу" від 26 квітня 2002 року.

Особливим суб'єктом нотаріальних процесуальних правовідносин, що виникають за участю осіб з обмеженом законом дієздатністю є орган опіки і піклування. За законодавством України орган опіки і піклування має досить широкі повноваження, зокрема щодо управління і розпорядження майном таких осіб. Так, орган опіки і піклування надає свою згоду на вчинення представниками таких осіб за законом та за призначенням правочинів, що підлягають нотаріальному посвідченню. Але орган опіки та піклування в таких випадках не можна назвати представником таких осіб, оскільки він виконує контрольну функцію, яка зводиться до оцінки інтересів осіб і дачі згоди на вчинення правочину. При широкому сприйнятті ролі органу опіки та піклування як відповідного державного органу, який має охороняти і захищати права та інтереси відповідних осіб, можна говорити про представництво цим органом інтересів держави і відповідно таких осіб, але в реальних правовідносинах вони не приймають участі, оскільки не беруть участі в складанні договорів, не несуть відповідальності за негативні наслідки від вчиненого правочину тощо. Тому можна говорити лише про ті випадки, коли орган опіки та піклування безпосередньо представлятиме інтереси дитини або іншої особи в нотаріальному процесі як належне процесуальне представництво.

На жаль, в Україні тривалий час йдеться про необхідність прийняття Закону "Про органи опіки та піклування", але до останнього часу такий Закон не був прийнятий, що ускладнює сприйняття функцій і конкретних завдань цього органу та реалізацію положень законодавства. Зокрема, на практиці іноді виникають парадоксальні ситуації, коли на місцевому рівні встановлюються обов'язкові для заповнення бланки звернення до установ, які виконують функції таких органів, а їх представники навіть

допитують свідків тощо. Тому дана проблема потребує негайного законодавчого розв'язання.

Щодо статті 238 ЦК, то вона не дозволяє представнику вчиняти правочини від імені особи, яку він представляє з самим собою, оскільки в більшості випадків інтереси сторін в таких правочинах протистоять один одному. Колізія інтересів виключається, якщо правочин представника з самим собою здатен принести тільки правову вигоду особі, яку він представляє (ч.1 ст. 68 ЦК). Наприклад, опікун може подарувати свою річ своєму недієздатному підопічному, але представник не може виступати в одному договорі в двох правових становищах як дарувальник і, одночасно, як представник обдаровуваного. Тому для розв'язання такої колізії, на наш погляд, має залучатися до участі в нотаріальному процесі орган опіки та піклування. Представник при здійсненні одного і того ж акту може представляти сторони, що мають однокровний інтерес [15], але не дві сторони одного договору одночасно. Наприклад, подружжя вправі уповноважити одного представника на вчинення дій щодо їхнього спільного майна.

Опікун над майном фізичної особи, яка визнана безвісно відсутньою, або фізичної особи, місце перебування якої невідоме, може стати суб'єктом нотаріальних правовідносин як представник інтересів таких осіб за різних обставин, зокрема, коли прийматиме виконання цивільних обов'язків на їх користь шляхом отримання коштів з депозиту нотаріуса, при укладенні договору управління майном в їх інтересах тощо. Згідно, ст. 44 ЦК передбачається, що саме нотаріус встановлює опіку над майном таких осіб, тому за аналогією з виконавцем заповіту й має встановлюватися факт, що фізична чи юридична особа є опікуном майна таких осіб. Хоча можна погодитися й з пропозиціями українських науковців, що термін "опікун над майном" не зовсім коректний і необхідно говорити про опікування інтересів тих осіб, які не здатні цього робити особисто [16]. Тому цікавими для аналізу є гіпотези вчених, які стосуються необхідності запровадження реєстрів осіб, які здатні професійно виконувати повноваження помічників, опікунів, зокрема, інтересів безвісно відсутніх та інших осіб, піклувальників, а також управителів майна, розмежування ролі органів опіки та піклування при укладанні договорів щодо охорони і управління майном безвісно відсутніх осіб тощо. Зокрема, А.В. Зинов'єва вважає, що установником управління майном слід вважати не орган опіки та піклування, а опікуна, який має діяти за згодою органу опіки та піклування, і обирати управителя з числа офіційно зареєстрованих та з кваліфікованим персоналом юридичних осіб. Обґрунтовано цим автором і висновок, що значний перелік майна безвісно відсутньої особи доцільно "розкладати" на окремі види майна, виділяти те майно, яке необхідно лише зберігати, та надавати окремі види майна в управління спеціалізованим юридичним особам, а координацію управлінських функцій залишати за опікуном [17]. Тобто опікун має ставати представником за законом інтересів безвісно відсутніх осіб та осіб, місце перебування яких невідоме.

1. Фурса С.Я. Довіреність і інститут представництва у цивільному законодавстві, нотаріальному та цивільному процесі України / Право України. – 1999. – №4. – С. 94-97; Фурса С.Я., Фурса Є.І. Нотаріат в Україні: Загальна частина. – К., 1999. – С. 185 – 201; Фурса С.Я.; Фурса Є.І. Нотаріальний процес. Теоретичні основи. – К., Істина, 2002. – 148-161; Фурса С.Я., Фурса Є.І. Фізичні особи в новому ЦК і нотаріальній діяльності / Нотаріат для Вас. – 2003.-№3 (42). Комаров В.В., Баранкова В.В. Нотаріат і нотаріальний процес – Харків, 1999 – С. 76; Комарова В.В., Баракова В.В. Нотаріат в Україні. –К.: Юрінкомінтер, 2006. – С. 94. Фурса С.Я., Фурса Є.І. Сучасні проблеми представництва/ Нотаріат Адвокатура Суд. – 2005. №2 (4). 2. Фурса С.Я., Фурса Є.І. Знову про генеральну довіреність/ Нотаріат Адвокатура Суд. – 2005. №2 (4). Фурса Є.І. Нотаріат в Україні: Теорія і практика. – К.А.С.К., 2001. – С. 240 –

256. Фурса С.Я., Фурса Є.І. Представництво за новим ЦК і нотаріат / Право. – 2004. – № 2. 3. Фурса С.Я., Фурса Є.І. Що собою являє безвідклична довіреність та які випадки її застосування? / Нотаріат Адвокатура Суд. – 2005. №2 (4). 4. Фурса С.Я., Фурса Є.І. Чи можливо відповідно до ст. 202, 244 ЦК посвідчувати довіреність (одну спільну) / Нотаріат Адвокатура Суд. – 2005. №2 (4). 5. Фурса С.Я. Нотаріальний процес: Теоретичні основи. – К.: Істина, 2002. – С. 138. 6. Ярков В.В. Представительство в суде / В кн. Гражданский процесс. – М., 1996. – С. 98. 7. Світлична Г.О. Представництво в суді / В кн. Цивільне процесуальне право України / За заг. ред. В.В. Комарова. – Харків, 1999. – С. 117. 8. Иоффе О.С. Советское гражданское право. Общая часть. Право собственности. Общее учение об обязательствах. Л., 1958. С. 156; Белов А.В. Гражданское право. Общая и особенная части. Учебник. М., 2003. С. 421. 9. Синайский В.И. Русское гражданское право. – М., 2002. С. 159; Белов А.В. Гражданское право. Общая и особенная части. Учебник. – М., 2003. – С. 422. 10. Шерстюк М.В. Судебное представительство по гражданским делам. – М., 1984. – С. 14 – 15. 11. Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. Кн. 1/ За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – С. 201. 12. Рясенцев В.А. Представитель-

ство и сделки в современном гражданском праве. – М.: Статут, 2006. – С. 320-321. 13. Апоній І.В. Сімейне право України: Навч. посіб. – К.: Центр учбової літератури, 2010. – С. 210. 14. Фурса С.Я. Сімейний кодекс: Науково – практичний коментар. – К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2008. – С. 672, 683; Апоній І.В. Сімейне право України: Навч. Посіб. – К.: Центр учбової літератури, 2010. – С. 337. 15. Ж.-Ф. Пиену, Ж. Ягр. Професіональне нотаріальне право / Пер. с франц.-Юристь, 2001. – С.130. 16. Зинов'єва А.В. Правовий зміст інституту опіки та піклування над інтересами безвісно відсутньої особи та особи місце перебування якої невідоме/ Юриспруденція: Теорія і практика. 2011. – №.2 (76) – С. 2-8. 17. Зинов'єва А.В. Договір управління майном безвісно відсутньої особи: матеріальний аспект, порядок та процедура нотаріального посвідчення даного договору / Вісник Вищої Ради юстиції. – 2011. – № 1(5). – С. 186-200. Зинов'єва А.В. Діяльність нотаріусів у разі встановлення факту безвісної відсутності особи або визнання особи такою, що місце її перебування невідоме / Юриспруденція: Теорія і практика. 2011. – №.1 (75). – С.27-32.

Надійшла до редколегії 12.09.11

П. Берзін, д-р юрид. наук

ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ОКРЕМИХ ОЗНАК СКЛАДУ НЕЗАКОННОГО ЗАВОЛОДІННЯ ҐРУНТОВИМ ПОКРИВОМ (ПОВЕРХНЕВИМ ШАРОМ) ЗЕМЕЛЬ (СТ. 239¹ КК УКРАЇНИ)

У статті досліджується зміст окремих ознак складів незаконного заволодіння ґрунтовим покривом земель, передбачених у ст. 239¹ Кримінального кодексу України, а також визначається відсутність відповідності змісту цих ознак положенням чинного земельного законодавства.

Ключові слова: Кримінальний кодекс України, земельне законодавство, незаконне заволодіння ґрунтовим покривом земель.

В статье исследуется содержание отдельных признаков составов незаконного завладения ґрунтовым покрывом земель, предусмотренных ст. 239¹ Уголовного кодекса Украины, а также показывается отсутствие соответствия содержания таких признаков положениям действующего земельного законодательства.

Ключевые слова: Уголовный кодекс Украины, земельное законодательство, незаконное завладение ґрунтовым покрывом земель.

In the article maintenance is probed of separate signs of compositions of the illegal laying hands on the ground cover of earths, foreseen the item of the 239¹ Criminal code of Ukraine, and also absence of accordance of maintenance of such signs is shown to positions of the current landed legislation.

Keywords: Criminal Code of Ukraine, land law, misappropriation of soil lands.

Законом України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за правопорушення у сфері довкілля" від 15 листопада 2009 р. Кримінальний кодекс (далі – КК) був доповнений статтею 239¹, що передбачає відповідальність за незаконне заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель. При цьому на практиці при кваліфікації цього злочину виникає ціла низка проблем, зумовлених невідповідністю змісту ознак складів цього злочину та положень чинного земельного законодавства України. Пояснити це можна ігноруванням законодавцем спеціальних техніко-юридичних правил (прийомів) нормотворчості, використання яких дозволяє йому сформулювати у КК конкретні заборони чи приписи таким чином, що вони набувають бланкетного характеру [1, с. 49-50] (зокрема, при викладенні змісту тих ознак складів злочинів, описати які, в силу численності регулюючого нормативного матеріалу, неможливо і недоцільно [2, с. 170-171]). З огляду на це метою даної статті є ілюстрація зазначених невідповідностей між змістом окремих ознак складів злочину, передбаченого ст. 239¹ КК, та положеннями чинного земельного законодавства, які мали бути враховані законодавцем при побудові бланкетного змісту диспозиції цієї кримінально-правової норми, а також визначення того, як само впливають вказані невідповідності на кваліфікацію цього злочину.

Одразу зазначу, що у назві ст. 239¹ КК та диспозиції її ч. 1 використовується поняття ґрунтового покриву та рівнозначне йому поняття поверхневого шару земель, а не поняття ґрунту. Поняття ґрунтового покриву є похідним від поняття ґрунту і вказує на певний поверхневий шар ґрунту, що розташовується у просторі земельної ділянки (землі). Тому ґрунт у чинному земельному законодавстві обґрунтовано визнається одним із складників земельних ділянок (землі). Підставою цього є поло-

ження ч. 2 ст. 79 Земельного кодексу (далі – ЗК), згідно з якою право власності на земельну ділянку поширюється в її межах на поверхневий (ґрунтовий) шар.

При встановленні адміністративної відповідальності за незаконне заволодіння ґрунтовим покривом землі законодавець розмежував поняття незаконного заволодіння ґрунтовим покривом (ст. 53⁴ Кодексу України про адміністративні правопорушення, далі – КУпАП) та поняття зняття і перенесення ґрунтового покриву земельних ділянок, невиконання умов зняття, збереження і використання родючого шару ґрунту (ст. 53³ КУпАП). При цьому у назві статті 53⁴ КУпАП та її диспозиції як рівнозначні вживаються поняття "ґрунтовий покрив" та "поверхневий шар", а у статті 53³ КУпАП – поняття ґрунтового покриву земельних ділянок та родючого шару ґрунту. Водночас у ст. 53³ КУпАП окремо передбачена відповідальність за зняття та перенесення ґрунтового покриву земельних ділянок без спеціального дозволу, а також невиконання умов зняття, збереження і використання родючого шару ґрунту.

Чинне земельне законодавство не використовує поняття заволодіння стосовно ґрунтів земельних ділянок (земельного покриву). Так, у ч. 2 ст. 168 ЗК використовується формулювання "зняття та перенесення ґрунтового покриву земельних ділянок", а в ч. 3 цієї статті ЗК – "порушення поверхневого шару ґрунту", "зняття, складування, зберігання поверхневого шару ґрунту" та "нанесення поверхневого шару ґрунту на ділянку, з якої він був знятий", поєднання яких включається у зміст поняття рекультивуації. Разом з цим у ч. 3 ст. 168 ЗК поняття порушення поверхневого шару ґрунту та його зняття, складування, зберігання та нанесення на іншу земельну ділянку для підвищення її продуктивності та інших якостей вживаються у значенні, що виходять за межі поняття рекультивуації.

За чинним законодавством зняття та перенесення ґрунтового покриву земельних ділянок здійснюється власниками земельних ділянок та землекористувачами лише за наявності спеціального дозволу органів, що здійснюють державний контроль за використанням та охороною земель (ч. 1 ст. 168 ЗК). В разі ж здійснення діяльності, пов'язаної з порушенням поверхневого шару ґрунту, власники земельних ділянок та землекористувачі повинні здійснювати зняття, складування, зберігання поверхневого шару ґрунту та нанесення його на ділянку, з якої він був знятий (рекультивация), або на іншу земельну ділянку для підвищення її продуктивності та інших якостей (ст. 2 ст. 168 ЗК). Зняття та перенесення ґрунтового покриву земельних ділянок без зазначеного дозволу не допускається.

Незаконне заволодіння ґрунтовим покривом земельної ділянки (її поверхневим шаром) означає його зняття та перенесення без дозволу спеціально уповноважених органів, що здійснюють державний контроль за використанням та охороною земель, або за наявності такого дозволу, але з порушенням існуючого порядку (правил) зняття і перенесення ґрунту земельної ділянки. Тому сутність незаконного заволодіння ґрунтовим покривом має полягати у безоплатному знятті та перенесенні родючого ґрунту земельної ділянки, що здійснюється винним з порушенням встановленого законодавством порядку.

Процедура видачі та анулювання спеціальних дозволів на зняття та перенесення ґрунтового покриву (родючого шару ґрунту) земельних ділянок визначена Порядком видачі та анулювання спеціальних дозволів на зняття та перенесення ґрунтового покриву (родючого шару ґрунту) земельних ділянок, затвердженим наказом Державного комітету України по земельних ресурсах від 4 січня 2005 р. № 1. Згідно з підпунктом 1.3 п. 1 цього Порядку його вимоги щодо отримання дозволів на зняття та перенесення ґрунтового покриву (родючого шару ґрунту) земельних ділянок є обов'язковими для власників земельних ділянок та землекористувачів, діяльність яких пов'язана з порушенням поверхневого (родючого) шару ґрунту. Такий дозвіл зобов'язані отримувати власники земельних ділянок та землекористувачі, які проводять гірничодобувні, геологорозвідувальні, будівельні та інші роботи, що призводять до порушення поверхневого (родючого) шару ґрунту (підпункт 3.1 п. 3 цього Порядку). При цьому в окремих випадках законодавець передбачає, що діяльність гірничодобувних, геологорозвідувальних та інших робіт, пов'язаних з порушенням ґрунтового покриву, відокремлена ґрунтова маса підлягає зняттю, складуванню, збереженню та перенесенню на порушені або малопродуктивні земельні ділянки відповідно до робочих проектів з рекультивации порушених земель та підвищення родючості ґрунтів (див.: ч. 2 ст. 52 Закону України "Про охорону земель" від 19 червня 2003 р. № 962-IV; ч. 3 ст. 166 ЗК; абз. 6 листа Державної інспекції з контролю за використанням та охороною земель Державного агентства земельних ресурсів України від 15 листопада 2007 р. № 6-8-2073/1105).

Видається зазначений дозвіл на підставі затвердженого в установленому порядку проекту землеустрою, у якому повинні бути визначені умови зняття, збереження і використання родючого шару ґрунту та порядок проведення рекультивации порушених земель. Якщо в проект ці умови не визначені чи визначені в неповному обсязі, Державний комітет України із земельних ресурсів відмовляє у видачі дозволу (див. підпункт 3.3 п. 3 Порядку видачі та анулювання спеціальних дозволів на

зняття та перенесення ґрунтового покриву (родючого шару ґрунту) земельних ділянок).

Органами, що здійснюють державний контроль за використанням та охороною земель (ч. 1 ст. 168 ЗК), відповідно до ст.ст. 5, 9 Закону України "Про державний контроль за використанням та охороною земель" від 19 червня 2003 р. № 963-IV є: а) спеціально уповноважений орган виконавчої влади з питань земельних ресурсів, що здійснює державний контроль за використанням та охороною земель (таким органом до 27 листопада 2010 р. була Державна інспекція з контролю за використанням та охороною земель, а також її територіальні органи (порядок їх діяльності передбачався Положенням про Державну інспекцію з контролю за використанням та охороною земель, затвердженим постановою КМУ від 21 червня 2010 р. № 477), але у зв'язку з набранням чинності 27 листопада 2010 р. постанови КМУ "Про ліквідацію Державної інспекції з контролю за використанням та охороною земель" від 22 листопада 2010 р. № 1068 цей орган був ліквідований, а зазначена постанова КМУ від 21 червня 2010 р. № 477 втратила чинність); б) спеціально уповноважений орган виконавчої влади з питань екології та природних ресурсів, що здійснює контроль за додержанням законодавства про охорону земель (таким органом є Державна екологічна інспекція та її територіальні органи); в) спеціально уповноважений орган виконавчої влади з питань аграрної політики, що проводить моніторинг родючості ґрунтів (таким органом є Державна служба охорони родючості ґрунтів). Повноваження зазначених органів закріплені у статтях 7-8 Закону "Про державний контроль за використанням та охороною земель". Підпорядковані такі органи центральному органу виконавчої влади з питань земельних ресурсів – Державному комітету України із земельних ресурсів, що діє на підставі Положення про Державний комітет України із земельних ресурсів, затвердженого постановою КМУ від 19 березня 2008 р. № 224.

Не вимагається спеціального дозволу на зняття та перенесення ґрунтового покриву (родючого шару ґрунту) земельних ділянок у випадках, якщо переміщення ґрунтового покриву (родючого шару ґрунту) здійснюється в межах однієї й тієї самої земельної ділянки, що надана для ведення особистого селянського господарства, ведення садівництва, будівництва і обслуговування житлового будинку, господарських будівель і споруд (присадибна ділянка), індивідуального дачного будівництва та будівництва індивідуальних гаражів (підпункт 3.2 п. 3 Порядку видачі та анулювання спеціальних дозволів на зняття та перенесення ґрунтового покриву (родючого шару ґрунту) земельних ділянок).

Процедура оформлення та видачі зазначеного дозволу передбачається п. 4 названого вище Порядку видачі та анулювання спеціальних дозволів на зняття та перенесення ґрунтового покриву (родючого шару ґрунту) земельних ділянок. Підстави та порядок припинення такого дозволу визначені п. 6 цього Порядку. Так, підставами для анулювання дозволу визнається: заява власника земельної ділянки чи землекористувача про анулювання дозволу; смерть власника земельної ділянки; припинення діяльності юридичної особи; припинення права користування земельною ділянкою; зміна власника земельної ділянки чи землекористувача; звернення стягнення на земельну ділянку, яка перебуває у власності, на вимогу кредитора; конфіскація земельної ділянки, яка перебуває у власності, за рішенням суду; визнання дозволу недійсним у судовому порядку; невиконання умов зняття, збереження і використання родючого шару ґрунту чи порядку проведення рекультивации порушених земель, визначених у проекті землеустрою;

використання земельної ділянки способами, які суперечать екологічним вимогам, якщо це призводить до забруднення чи засмічення земель, погіршення чи втрати родючості ґрунтів; невиконання законних розпоряджень чи приписів посадових осіб інспекційних органів Державному комітету із земельних ресурсів (підпункт 6.1 п. 6 зазначеного Порядку).

Правила зняття родючого шару ґрунту, потужність родючого та потенційно-родючого шарів ґрунту, що знімаються, а також особливості зберігання родючого шару ґрунту визначені у ГОСТ 17.4.3.02-85 "Требования к охране природного слоя почвы при производстве земляных работ" (затверджений та введений в дію постановою Державного комітету СРСР із стандартів від 5 травня 1885 р. № 1294).

Таким чином, заволодіння ґрунтовим покривом вважатиметься незаконним, якщо воно здійснюється: а) без одержання спеціального дозволу на зняття та перенесення ґрунтового покриву (родючого шару ґрунту) земельних ділянок; б) власниками земельних ділянок та/або землекористувачами, які здійснюють таке зняття та перенесення родючого шару ґрунту з порушенням вимог виданого їм дозволу; в) власниками земельних ділянок та/або землекористувачами, яким раніше виданий дозвіл на зняття та перенесення родючого шару ґрунту анульовано. При цьому утворюють таке заволодіння лише незаконне зняття родючого шару ґрунту з території певної (однієї) земельної ділянки та його незаконне перенесення на іншу земельну ділянку.

Незаконне зняття ґрунтового покриву (поверхневого шару) земель має місце у випадках, коли винна особа без спеціального дозволу на зняття та перенесення ґрунтового покриву (родючого шару ґрунту) земельних ділянок або з порушенням його обов'язкових умов за допомогою певних засобів чи знарядь забирає з поверхні земної кори родючий шар ґрунту, видаляючи його із прошарків покриву земельної ділянки. Наприклад, особа-землекористувач для потреб власного селянського господарства, не маючи обов'язкового проекту землеустрою певної ділянки, як підстави видачі зазначеного дозволу, та прагнучи поліпшити його продуктивність, вночі за допомогою робочого знаряддя для зрізання і розрівнювання ґрунту землерийної машини (бульдозера) знімає з території іншої (чужої) земельної ділянки родючий шар ґрунту, відвантажуючи його на спеціальні транспортні засоби для подальшого нанесення на малопродуктивні земельні ділянки свого господарства.

Перенесення ґрунтового покриву (поверхневого шару) земель як спосіб незаконного заволодіння родючим шаром ґрунту передбачає переміщення за відсутності зазначеного дозволу або з порушенням умов його видачі раніше знятої (забраної) ґрунтової маси (ґрунту) з території (просторів) однієї земельної ділянки на іншу будь-яким способом (зокрема, шляхом використання різних транспортних засобів; вироблених промисловим способом чи самотужки технічних пристосувань і механізмів, які забезпечують таке переміщення (наприклад, конвеєрної ленти, інструментів для погрузки ґрунту тощо); інструментів різного господарсько-побутового призначення, за допомогою яких особа може перенести певний об'єм забраного ґрунту (ведра, носилки та ін.) тощо).

Від перенесення ґрунтового покриву слід відмежовувати його нанесення. Останнє означає покриття родючим шаром ґрунту малопродуктивних земельних ділянок або ділянок, поверхневий шар ґрунту яких є порушеним, що необхідне для підвищення родючості ґрунтів та інших якостей земельної ділянки (незалежно від того, чи здійснюється таке покриття родючим шаром

на ділянці, з якої він був забраний (т.зв. рекультивація), або на іншій земельній ділянці).

За правилом, передбаченим підпунктом 3.2 п. 3 Порядку видачі та анулювання спеціальних дозволів на зняття та перенесення ґрунтового покриву (родючого шару ґрунту) земельних ділянок, не утворює незаконного заволодіння ґрунтовим покривом його зняття та перенесення в межах простору однієї й тієї самої земельної ділянки, що використовується в особистому селянському господарстві, садівництві, будівництві та обслуговуванні житлових будинків, господарських будівель і споруд (присадибних ділянок), індивідуального дачного будівництва та будівництва індивідуальних гаражів. Такі дії за інших необхідних умов не містять ознак складу злочину, передбаченого ст. 239¹.

Земельну ділянку, а також знятий з її поверхні ґрунтовий покрив (поверхневий шар) слід визнавати річчю – предметом матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права та обов'язки (ст. 179 ЦК України), а на підставі ст. 190 ЦК – також майном. З урахуванням того, що у ч. 1 ст. 181 ЦК України земельні ділянки вважаються нерухомими речами (нерухомим майном), вони за необхідних обставин можуть бути визнані різновидом майна.

На цій підставі, а також у зв'язку з використанням у диспозиції ч. 1 ст. 239¹ КК поняття незаконного заволодіння виникає потреба розмежування цього складу злочину із тими складами злочинів проти власності, конкретний зміст яких включає ознаки: а) протиправного оборонення чужого майна на свою користь чи на користь інших осіб (зокрема, такі ознаки, як "викрадення" (ч. 1 ст. 185, ч. 1 ст. 186 КК), "заволодіння чужим майном" (ч. 1 ст. 187, ч. 1 ст. 190, ч. 2 ст. 191 КК), "придбання права на майно" (ч. 1 ст. 190) та ін.); б) заподіяння майнової шкоди особі без оборонення майна на свою користь чи користь інших осіб, конкретизовані у ч. 1 ст. 192 КК як "заподіяння значної майнової шкоди"; в) інших посягань на власність (такими ознаками є, зокрема: "знищення" (ч. 1 ст. 194, 195, 196 КК), "пошкодження" (ч. 1 ст. 194, 196 КК)).

Співставляючи ознаки складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 239¹ КК, з ознаками складів злочинів, пов'язаних з протиправним обороненням майна, слід враховувати таке.

Предметом злочину, передбаченого ст. 239¹ КК, є не земельна ділянка в цілому, а лише такий її складник (елемент) як ґрунтовий покрив. З огляду на це не утворюють складу цього злочину дії, пов'язані з набуттям права на земельну ділянку, що вчинені шляхом обману або зловживання, розбою, вимагання. За певних обставин такі дії потребують самостійної кваліфікації за відповідною частиною статті 190, 187, 189 КК. При цьому можливість визнання ґрунтового покриву земельної ділянки майном певного виду створює додаткові труднощі щодо розмежування ознак складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 239¹ КК, та крадіжки (ст. 185 КК). Тому в таких випадках потребує окремого співставлення зміст ознак зняття і перенесення ґрунтового покриву, як окремих форм заволодіння таким покривом землі, та зміст викрадення при крадіжці. У результаті цього співставлення можна зробити наступні висновки.

По-перше, специфічними ознаками майна, як предмета крадіжки, грабежу та інших злочинів, пов'язаних з незаконним обороненням майна на свою чи іншої особи користь, які (ознаки) впливають на розмежування зазначених складів злочинів, є, зокрема, відокремленість майна від об'єктів навколишнього природного середовища та неможливість перебувати у стані певного природного блага. Для того, щоб стати відокремленим від природних багатств і позбутись стану природного блага

певний природний об'єкт повинен зазнати впливу з боку трудової діяльності людини і, таким чином, набути у необхідних випадках властивостей товару. Тому, за наявності всіх інших обов'язкових ознак майна, не може визнаватись предметом викрадення при вчиненні злочину, передбаченого ст. 185, земельна ділянка, оскільки її поняття виключає можливість бути відокремленою від такого об'єкта природного середовища, як земля чи земна кора (за певних обставин протиправне набуття права на таку ділянку може визнаватись шахрайством і кваліфікуватись за ст. 190). Відокремленою від земної поверхні може бути така складова земельної ділянки, як ґрунтовий покрив. В цьому випадку він, на відміну від земельної ділянки, не втрачає тих своїх обов'язкових властивостей, які визначають його зміст (сутність). При цьому саме на поверхневий (ґрунтовий) шар, згідно з ч. 2 ст. 79 ЗК, поширюється право власності на земельну ділянку. Відповідно до ч. 3 ст. 79 ЗК право власності на земельну ділянку розповсюджується на простір, що знаходиться над та під поверхнею ділянки на висоту і на глибину, необхідні для зведення житлових, виробничих та інших будівель і споруд.

По-друге, набуття ґрунтовим покривом властивостей майна можливе лише після його відокремлення від (видалення з) поверхні земельної ділянки (землі). Відтак предметом крадіжки й грабежу (а також інших злочинів, пов'язаних з незаконним оборотом майна на свою чи іншої особи користь) за необхідних обставин може бути лише знятий (незаконно знятий) з поверхні земельної ділянки ґрунтовий покрив. Тому його незаконне зняття саме по собі (як процес) не здатне утворити викрадення майна при крадіжці або вчиненні грабежу (а також інших злочинів зазначеної групи, об'єктивна сторона складів яких характеризується "заволодінням чужим майном" та "придбанням права на майно"; про це див. нижче). У зв'язку з цим дії, пов'язані з незаконним зняттям ґрунтового покриву земельної ділянки з метою подальшого його обороту на свою користь або користь інших осіб (у тому числі перенесення такого покриву на простір іншої ділянки, у певне сховище чи приміщення тощо), за інших необхідних умов слід кваліфікувати як закінчений злочин, передбачений ч. 1 або ч. 2 ст. 239¹ КК, та готування чи замах на крадіжку чи грабіж. Отже, при незаконному заволодінні ґрунтовим покривом його зняття з поверхні земельної ділянки слід розглядати як готування чи замах на крадіжку або грабіж, а не як таку, що утворює зміст ознаки (визначеної в ч. 1 ст. 185 та ч. 1 ст. 186 КК як "викрадення") у складі закінченого злочину, передбаченого ст.ст. 185, 186 КК. В таких випадках зміст викрадення утворює не лише незаконне зняття ґрунтового покриву з поверхні землі із зазначеною метою, а поєднання цього діяння з іншим діянням (іншими діяннями); наприклад, з пересуванням незаконного знятого поверхневого ґрунту на територію іншої ділянки, його перевезенням різними транспортними засобами тощо, що дозволяє винній особі розпоряджатися або користуватися таким майном.

При розмежуванні змісту поняття викрадення та незаконного перенесення ґрунтового покриву, що раніше був незаконно знятий з поверхні земельної ділянки (землі), слід враховувати таке. Перенесення ґрунтового покриву після його зняття може визнаватись специфічним способом викрадення при крадіжці, вчиненні грабежу. Відтак незаконне перенесення ґрунтового покриву за інших необхідних підстав може бути одночасно і його викраденням при крадіжці та грабежі. Оскільки ж обов'язковою ознакою складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 239¹ КК, яка не закріплена у ст.ст. 185, 186 КК, є створення небезпеки для життя, здоров'я людей чи для

довкілля, названі вище дії потребують кваліфікації за сукупністю зазначених злочинів (за ч. 1 ст. 239¹ КК та відповідною частиною ст. 185 або ст. 186 КК). При цьому виникнення вказаної небезпеки для життя, здоров'я людей чи довкілля не можна ототожнювати з насильством, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, а також з погрозою застосування такого насильства при грабежі (ч. 2 ст. 186 КК). У випадках, коли має місце відкрите викрадення ґрунтового покриву з поверхні земельної ділянки шляхом його незаконного зняття та перенесення, що супроводжується насильством, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або погрозою його застосування (наприклад, щодо власника земельної ділянки або землекористувача для утримання зрізаного спеціальними технічними засобами шару ґрунту), вчинене також потребує кваліфікації за сукупністю зазначених злочинів.

По-третє, незаконно знятий ґрунтовий покрив може бути предметом інших злочинів, пов'язаних з його незаконним оборотом на свою чи іншої особи користь (зокрема, розбоєм, вимаганням, шахрайством, привласненням і розтрати майна, а також заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем). У таких випадках незаконне зняття ґрунтового покриву та його незаконне перенесення за необхідних умов утворює склад самостійного злочину, у зв'язку з чим вчинювані особою дії потребують додаткової кваліфікації за ч. 1 ст. 187, ч. 1 ст. 190, ч. 2 ст. 191 КК.

Якщо незаконному заволодінню ґрунтовим покривом земельної ділянки передують дії, не пов'язані з оборотом такого покриву на свою чи інших осіб користь (зокрема, незаконне використання земельної ділянки, її ґрунтового покриву, що позбавляє її власника або землекористувача користуватись і розпоряджатись такою ділянкою чи поверхневим шаром ґрунту (наприклад, у випадках, коли потерпілий позбавляється можливості рекультивувати ділянку у зв'язку з тим, що вина особа всупереч попередній домовленості не повернула раніше знятий з цієї ділянки ґрунтовий покрив і використала його для відновлення родючості власної малопродуктивної ділянки), невчасне повернення або неповернення земельної ділянки її власникові або землекористувачеві, самовільне зайняття такої ділянки), то вчинене за необхідних умов кваліфікується за сукупністю злочинів, передбачених відповідною частиною ст. 192 або частиною 1 чи 2 ст. 197¹ та відповідною частиною ст. 239¹ КК. Якщо незаконному зняттю ґрунтового покриву передують або безпосередньо в процесі його здійснення винна особа вчиняє дії, що призводять до виснаження водних джерел, які знаходяться на цій ділянці, вчинене також додатково кваліфікується за відповідною частиною ст. 242 КК.

Не охоплюються поняттям незаконного заволодіння ґрунтовим покривом дії, пов'язані з пошкодженням земельної ділянки або певних її просторів (просторів у межах земельної ділянки). Тому у випадках, коли незаконне зняття ґрунтового покриву з поверхні земельної ділянки та його перенесення в інше місце призводить до умисного чи необережного пошкодження такої ділянки як майна, вчинене кваліфікується за сукупністю злочинів, передбачених відповідною частиною ст. 239¹ та ст. 194 КК. Так само утворює склад самостійного злочину умисне чи необережне знищення чи пошкодження будівель, споруд та іншого майна (рухомого чи нерухомого), розташованого на території земельної ділянки, ґрунтовий покрив з якої незаконно знімається винною особою та переноситься нею в інше місце, а також об'єктів рослинного світу, які знаходяться на цій ділянці. За

наявності підстав такі дії винного додатково кваліфікуються за ст. 194 або ст. 196, а також ст. 245 КК.

1. Панов М., Квасневська Н. Кваліфікація злочинів при банкетній диспозиції закону про кримінальну відповідальність // Право України. –

2010. – № 9. – С. 47-55. 2. Яремко Г.З. Банкетні диспозиції в статтях Особливої частини Кримінального кодексу України: монографія / За ред. В.О. Навроцького. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. – 432 с.

Надійшла до редколегії 12.09.11

О. Грабовська, доц.

МІСЦЕ ДОКАЗУВАННЯ У СИСТЕМІ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА

У статті досліджується поняття доказування у цивільному процесі, його мета та місце у системі цивільного процесуального права.

В статье исследуется понятие доказывания в гражданском процессе, его цель и место в системе гражданского процессуального права.

In the article the concept of finishing telling is probed in civil procedure, his purpose and place in the system of civil judicial law.

Ключові слова: *сутність та зміст доказування; мета доказування; інститут доказування у цивільному процесі.*

Ключевые слова: *сущность доказывания; цель доказывания; институт доказывания в гражданском процессе.*

Keywords: *essence and maintenance of finishing telling; purpose of finishing telling; an institute of finishing telling is in civil procedure.*

Юридичні терміни, поняття, категорії складають основу будь-якої науки, вчення, а також їх компонентів. Не є виключенням й цивільне процесуальне право, цивільний процес, які є складовими правової науки. Правильне розуміння термінів та понять, закріплених чи застосовуваних у цивільному процесуальному законодавстві, теоретичних висновках, у практичному обігу, їх однакове тлумачення, сприяє уникненню плутанини, що особливо важливим є для законотворчої та правозастосовчої діяльності, оскільки в залежність ставиться реалізація суб'єктами цивільних процесуальних правовідносин передбачених законодавством прав та обов'язків у суді, законність та обґрунтованість судового рішення, а отже, й якість захисту прав, свобод та інтересів.

Аналіз наукових та навчальних джерел, виданих останнім часом, свідчить про те, що авторами широко досліджуються та висвітлюються питання та проблеми доказування у цивільному судочинстві, і це не випадково, адже судові доказування становить основу процесуальної діяльності по розгляду та вирішенню будь-якої цивільної справи. Тому закономірно виникає питання про місце доказування у системі цивільного процесуального права, його взаємозв'язку з іншими нормами та інститутами. Враховуючи теоретичні категорії та критерії, також виникає питання про те, чи є доказування у цивільному судочинстві підгалуззю цивільного процесуального права? інститутом? тощо.

Можливість зробити той чи інший висновок про певне явище залежить, насамперед, від правильного лексичного розуміння слова, словосполучення, словарної конструкції, їх значенневих нюансів.

У новому тлумаченню словнику української мови поняття "доказувати (доказати)" протлумачено як "підтверджувати істинність, правильність чого-небудь фактами, незаперечними доводами" [1]. Якщо перенести значення тлумачення доказування на площину діяльності, пов'язаної із доказуванням у цивільних справах у суді, то можна дійти висновку, що доказування слід розуміти як підтвердження суб'єктами доказування усіма можливими засобами обставин (фактів, доводів тощо), на які кожен з них посилається як на підставу своїх вимог, тверджень, роз'яснень, заперечень тощо. Втім не лише "підтвердження істинності, правильності чого-небудь..." складає основу доказової діяльності у суді. Ці дії притаманні суб'єктам, які є юридично заінтересованими, але ж у цивільному процесі у доказуванні, незважаючи на прагнення до змагальної форми цивільного судочинства, суб'єктами доказування є не лише особи, які беруть участь у справі, а й суд, який не підтверджує істинності, правильності чого-небудь, а досліджує,

оцінює докази тощо з метою ухвалення законного та обґрунтованого рішення. Таким чином, покласти повністю поняття "доказувати", наведене у тлумачних словниках, в основу визначення поняття "доказування у цивільному процесі" не можна.

Норми цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) апелюють поняттям "доказування", зокрема ст. ст. 60, 62, однак не містять визначення поняття доказування у такий спосіб, як закріплено поняття "докази" у ч. 1 ст. 57.

Поняття доказування у цивільних справах розкривається в багатьох наукових та навчальних джерелах, і їх аналіз дає підставу для висновку про те, що кожен з дослідників у визначенні поняття судового доказування, його змісту, акцентували або акцентують увагу саме на тих аспектах, які здавалися їх авторами найбільш важливими і такими, що відображають сутність такого явища як судові доказування у цивільних справах. Так, процесуаліст – класик Е.В. Васильовський в "Учебнике гражданского процесса" 1917 р. писав, що доказування – це діяльність осіб, між якими виник спір, метою якої є переконати суд в істинності їх тверджень та заяв. Доказування в процесуальному сенсі уявляє собою встановлення істинності тверджень сторін перед компетентним судом у передбаченій законом формі [2]. У наведеному висновку автор виділяє сторони як основних суб'єктів спірного правовідношення, а отже, й доказування, діяльність яких зводиться до доведення ними перед судом своїх доводів, заперечень тощо, а завданням суду при цьому є встановити істинність цих тверджень.

У радянський період часу поняття судового доказування часто висвітлювали через його стадійність (етапи, процесуальні дії), і виділяли пошук, збирання, подання, дослідження, оцінку доказів тощо [3], і саме на цих аспектах зосереджували увагу і розкривали сутність доказування.

Пізніше у навчальних джерелах з'явилися більш повні визначення поняття доказування у цивільних справах, зокрема у підручнику відомих українських процесуалістів М.Й. Штефана, О.Г. Дріжчаної, Радзівєвської Л.К. та ін., до елементів "доказування" у цивільному процесі автори включили процесуальну і розумову діяльність суб'єктів доказування, яка проводиться в законодавчо врегульованому цивільному процесуальному порядку і спрямована на з'ясування дійсних обставин справи, прав і обов'язків сторін, установлення певних обставин шляхом утвердження юридичних фактів, вказівок на докази, а також подання, прийняття, збирання, витребування, дослідження та оцінки доказів [4]. Цей висновок згодом був підтверджений й іншими процесуалістами [5].

У даному визначенні поняття доказування враховано більше коло компонентів доказування: сама специфіка судового доказування (сукупність процесуальної та розумової діяльності), його законодавче регулювання, мета та стадії. Разом з тим відсутня вказівка на суб'єкти, які здійснюють доказову діяльність у суді.

Внаслідок поступового запровадження і реалізації змагальної форми цивільного судочинства, розробкою ЦПК України, в систему норм якого й було покладено основоположні засади змагальності, з'явилися визначення поняття судового доказування, в основу яких покладені сутнісні ознаки принципу змагальності, який визначає процесуальну природу такої діяльності [6].

У навчальних джерелах, підготовлених останнім часом, містяться, в основному, спрощені визначення поняття судового доказування. Зокрема, доказування визначають як "регламентовану в певний порядок процесуальну діяльність зі збирання, витребування і надання суду доказів суб'єктами, які за цивільним процесуальним законодавством вправі подавати докази в конкретній справі на різних стадіях її розвитку" [7], як "розумову та процесуальну діяльність суду та інших учасників цивільного процесу, спрямовану на встановлення істини по конкретній справі і вирішення спору між сторонами" [8] тощо.

Наведені висновки про сутність судового доказування у цивільних справах різняться розставленими акцентами, на які, очевидно, вплинули зміни як у цивільному процесуальному законодавстві, так і у суспільстві в цілому. Не менш різноманітні погляди висловлюються й щодо мети судового доказування у цивільних справах. Логічно, що судові доказування як і будь-яка діяльність має мету, тобто те, до чого діяльність прямує, чого прагне досягти. Різними дослідниками ця мета бачиться по-різному. Зокрема, вже згадані вище процесуалісти у своїх працях зазначали, що "мета доказування – встановити, що твердження сторони є істинним, тобто що приведені ним на свою користь обставини існують у дійсності і саме у такому вигляді, як він стверджує, або, навпаки, що обставини, які ним спростовуються, насправді немає" [9], або що метою доказування є "всебічне, повне та об'єктивне з'ясування дійсних обставин справи, тобто встановлення з допомогою доказів у повній відповідності з істиною юридичних фактів, з якими закон пов'язує виникнення, зміну та припинення спірного правовідношення між сторонами, та інших обставин, що мають значення для правильного вирішення справи" [10], "встановлення обставин та фактів, що мають значення для справи" [11], "підтвердження тих обставин, на які сторони посилаються як на підставу своїх вимог чи заперечень при захисті свого права у суді" [12] тощо. Окремі процесуалісти мету судового доказування вбачають у законному та обґрунтованому вирішенні правового конфлікту [13].

Кожен з наведених висновків в цілому є логічним та обґрунтованим, однак неповним. Думається, що для висновку про мету доказування у цивільних справах слід враховувати, що мета доказування обставин справи у кожного з його суб'єктів є різною. Зокрема, метою доказування стороною обставин справи є задоволення судом її інтересів, ухвалення прийнятного рішення саме для неї. Тобто мета доказування у особи, яка бере участь у справі, має приватний характер. Тому сторона ставить перед собою завдання (якщо під завданням розуміти "визначений, запланований для виконання обсяг роботи" [14]), спрямовані на обґрунтування своїх вимог та заперечень, або спростування фактів засобами, передбаченими законом тощо. Що стосується суду, то для нього як для органу, який реалізує конституційну

функцію правосуддя, метою доказування є захист прав, свобод та інтересів, ухвалення законного та обґрунтованого рішення, а досягти цієї мети можна лише за умов всебічного, повного та об'єктивного з'ясування обставин справи.

Наведені погляди та висновки про зміст доказування у цивільному судочинстві, його мети, обґрунтовано потребують уточнення та розширення, оскільки повинні давати максимальне повне уявлення про одну з найважливіших категорій цивільного судочинства – доказування. Зрозуміло, що врахувати усі нюанси судового доказування у цивільних справах в одному визначенні, – задача проблематична, але основні аспекти, які б дозволили комплексно уявити доказування у цивільних справах, чітко вирізняти його серед інших понять, категорій, необхідно.

Вірогідно, ґрунтовний висновок, у якому б відображались усі найважливіші аспекти доказування у цивільному судочинстві, можна зробити лише після дослідження кожного з них окремо, а також взаємозв'язку між ними. Проте беручи до уваги основні теоретичні висновки та погляди про сутність судового доказування та його мети, положення цивільного процесуального законодавства, можна виділити основні характерні риси, ознаки доказування у цивільних справах:

- 1) діяльність по доказуванню є процесуальною за своєю юридичною природою, оскільки здійснюється у зв'язку з розглядом та вирішенням цивільної справи у суді;
- 2) метою судового доказування є обґрунтування вимог та заперечень особами, які беруть участь у справі, повне, всебічне та об'єктивне з'ясування обставин справи, ухвалення законного та обґрунтованого рішення судом;
- 3) доказування у цивільних справах урегульоване масивом законодавчих актів;
- 4) ґрунтується доказування на реалізації суб'єктами цивільних процесуальних правовідносин найважливіших принципів цивільного судочинства;
- 5) здійснюється доказування усіма суб'єктами цивільних процесуальних правовідносин, хоча і з різною метою, юридичними підставами та наслідками тощо;
- 6) доказування у цивільних справах характеризується стадійністю (послідовністю) тощо.

Таким чином, доказування у цивільних справах – багатогранне поняття, яке включає чи не найбільшу кількість компонентів цивільного процесу. Яке ж місце доказування серед окремих норм та інститутів цивільного процесуального права? Враховуючи, що всередині галузі права прийнято виділяти підгалузі та інститути, логічно виникає питання про те, чим є доказування?

В теоретичних джерелах поняття "підгалузь права" тлумачиться як частина певної галузі, яка об'єднує правові норми та інститути, які регулюють суспільні відносини, що мають певне самостійне значення у межах їх відповідного типу. Водночас ці норми та інститути мають стійкий взаємозв'язок з іншими елементами даної галузі права [15], або як систему однорідних норм права, яка складається з певних правових інститутів (наприклад, спадкове право як підгалузь цивільного права складається з наступних правових інститутів: спадкування за законом і спадкування за заповітом) [16]. "Інститут права" – група взаємопов'язаних юридичних норм, що регулюють окремий вид суспільних відносин; елемент системи права. Є галузевими, міжгалузевими і комплексними. До галузевих відносять, зокрема, інститут громадянства, оподаткування, права на спадщину тощо [17], які функціонують в рамках певної галузі права, в даному випадку конституційного, фінансового, цивільного. В системі процесуального права прийнято,

наприклад, виділяти інститут цивільного процесуально-го представництва [18], інститут позову (інститут зустрічного позову) [19] та інші. Тобто інститут галузі права складається з групи норм, які регулюють певні правовідносини всередині галузі, тісно пов'язані з усіма іншими нормами та інститутами, "працюють" у сукупності, є невід'ємними від них. Думається, що і доказування у цивільному процесі логічно виділяти саме як один з галузевих інститутів цивільного процесуального права, який складається з сукупності норм, що регулюють процесуальну діяльність по доказуванню. Ці норми тісно пов'язані з усіма іншими нормами та інститутами, є взаємозалежними та взаємообумовленими.

1. Новий тлумачний словник української мови (у чотирьох томах). Том 1. – Київ: "Аконіт", 1999. – С. 801. 2. Васильовський Е.В. Учебник гражданского процесса / Под ред. и с предисловием В.А. Томсинова. – М.: Издательство "Зерцало", 2003. – С. 238. 3. Зокрема, див.: Осипов Ю.К. К вопросу о соотношении судебного познания и судебного доказывания // Сборник ученых трудов Свердловского юридического института – Свердловск: "Уральский рабочий", 1967, выпуск 7. – С. 222; Советский гражданский процесс / Под общей ред. проф. С.Ю. Каца, доц. Л.Я. Носко. – К.: "Вища школа", 1982. – С. 128. 4. Гражданское процессуальное право Украинской ССР / М.И. Стефан, Е.Г. Дрижчаная, Л.К. Радзиевская и др. – К.: Вища шк. Изд-во при киев. Ун-те, 1989. – С. 142 та ін.; Стефан М.И., Дрижчаная О.Г. Цивільне процесуальне право України: Підручник. – К.: Либідь, 1994. – С. 149. 5. Гражданский процесс Украины: Учебное пособие. – Х.: "Одиссей", 2003. – С. 135.; Цивільний процес України: Підручник / За ред. Ю.С. Червоного. – К.: Істина, 2007. –

С. 136. 6. Проблемы науки гражданского процессуального права / В.В. Комаров, В.А. Бигун, В.В. Баранкова; Под ред. проф. В.В. Комарова. – Харьков: Право, 2002. – С. 171. 7. Цивільний процес України: академічний курс за ред. С.Я. Фурси – К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2009. – С. 362. 8. Васильев С.В. Энциклопедия гражданского процесса. – Х.: Харьков юридический, 2009. – С. 255; Цивільний процес України: Підручник / За ред. Е.О. Харитоновой, О.І. Харитоновой, Н.Ю. Голубевої. – К.: Істина, 2011. – С. 139; Сенік С.В. Цивільне процесуальне право: навч. посібник / С.В. Сенік, Р.Я. Лемик. – Львів: Видавничий центр ЛНУ імені Івана Франка, 2010. – С. 123 – 124. 9. Васильовський Е.В. Учебник гражданского процесса / Под ред. и с предисловием В.А. Томсинова. – М.: Издательство "Зерцало", 2003. – С. 238. 10. Васильев С.В. Энциклопедия гражданского процесса. – Х.: Харьков юридический, 2009. – С. 256. ; Сенік С.В. Цивільне процесуальне право: навч. посібник / С.В. Сенік, Р.Я. Лемик. – Львів: Видавничий центр ЛНУ імені Івана Франка, 2010. – С. 123. 11. Проблемы науки гражданского процессуального права / В.В. Комаров, В.А. Бигун, В.В. Баранкова; Под ред. проф. В.В. Комарова. – Харьков: Право, 2002. – С. 160. 12. Гражданский процесс России: Учебник / Под ред. М.А. Витук. – М.: Юрист, 2004. – С. 168. 13. Новий тлумачний словник української мови (у чотирьох томах). Том 2. – Київ: "Аконіт", 1999. – С. 46. 14. Новий тлумачний словник української мови (у чотирьох томах). Том 2. – Київ: "Аконіт", 1999. – С. 46. 15. Юридична енциклопедія. Том 4. – К.: "Українська енциклопедія" імені М.П. Бажана, 1999. – С. 537. 16. Костенко О.Б. Основи правознавства: Посібник для вступників до вищих навчальних закладів. – Вид. 2-ге, доп. і перероб. – К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 2007. – С. 62. 17. Юридична енциклопедія. Том 2. – К.: "Українська енциклопедія" імені М.П. Бажана, 1999. – С. 701-702. 18. Халатов С.А. Представительство в гражданском и арбитражном процессе. – М.: Изд-во НОРМА, 2002. С. 65. 19. Васильев С.В. Гражданский процесс: Учебное пособие. – Х.: ООО "Одиссей", 2006. – С. 234.

Надійшла до редколегії 12.09.11

В. Крижанівський, канд. юрид. наук

МИРОВОЙ СУД В УКРАЇНІ ТА АНГЛІЇ

Стаття присвячена дослідженню зарубіжного досвіду становлення інституту мирових судів. Його запровадження стане прогресивним явищем у сфері правосуддя та сприятиме її демократизації. Мирові суди в інших державах вирішують морально-правові конфлікти та розглядають нескладні цивільні та кримінальні справи, сприяючи зменшенню навантаження на місцеві суди та підвищенню швидкості та оперативності розгляду справ.

Ключові слова: суд, мировий суд, правосуддя.

Статья посвящена исследованию зарубежного опыта становления института мировых судов. Его внедрение станет прогрессивным явлением в сфере правосудия и будет способствовать ее демократизации. Мировые суды в других государствах решают морально правовые конфликты и рассматривают несложные гражданские и уголовные дела, способствуя уменьшению нагрузки на местные суды и повышению скорости и оперативности рассмотрения дел.

Ключевые слова: суд, мировой суд, правосудие.

The article is devoted to research of foreign experience of becoming of institute of magistrate's courts. Its introduction will become the progressive phenomenon in the field of justice and will be instrumental in its democratization. Magistrate's courts in other states decide morally legal conflicts and examine simple civil and criminal cases, it helps in diminishing of loading on county courts and in rev-up and operationability of consideration of cases.

Key words: courts, magistrate's courts, justice.

Ідея створення мирових судів висить у повітрі. На думку деяких авторів відсутність, наприклад відповідальності суддів перед територіальними громадами є головною причиною неефективності діючих місцевих судів [1, 4]. Ця відповідальність – не що інше, як один з елементів інституту мирових судів.

Актуальність теми полягає в пропозиції виокремлення окремого інституту мирових судів в якості пріоритетного як на теоретичному так і на практичному рівні розбудови громадянського суспільства, а також дослідження як історико-правових та теоретичних засад формування інституту мирових судів як об'єкту вивчення, що, можливо, зменшить навантаження на суди загальної юрисдикції.

У Концепції вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, затвердженої Указом Президента України від 10 травня 2006 р. № 361/2006 [2, 1-8], зокрема зазначено, що з метою розвантаження судів потрібно розвивати альтернативні (позасудові) способи врегулювання спорів, а також створювати умови для стимулювання дешевих і менш формалізованих способів їх врегулювання.

Одним із таких альтернативних способів врегулювання спорів може стати інститут мирових судів, який вже давно і успішно функціонує у багатьох зарубіжних країнах, зокрема і в Російській Федерації. Мирові суди в цих державах вирішують морально-правові конфлікти та розглядають нескладні (малозначимі) цивільні та кримінальні справи, сприяючи зменшенню навантаження на місцеві суди та підвищенню швидкості та оперативності розгляду справ.

Діяльність мирових судів направлена на забезпечення реалізації принципів доступності і справедливості судочинства і є важливим показником демократичності судових систем цих країн.

Проблема мирового суду висвітлювалась у працях багатьох вітчизняних вчених як сучасності, так і минулих років. У радянський період історичний аспект проблеми мирового суду досліджувало багато науковців, зокрема Б.В. Віленський, В.В. Земляньська, М.І. Коротких, А.Й. Пашук. Серед представників сучасної історичної і правової науки, які приділили увагу проблемі мирових судів, слід відзначити С.Ф. Афанасьєва, Л.О. Зайцева, С.В. Каширського, С.В. Лонську, В.М. Кампо, В. П. Самохвалов, О.С. Смикаліна, І.І. По-

лякова, В.А. Чеховича, І.Г. Шаркову, Д.А. Шигаль, В.І. Шишкіна, О.Н. Ярмиша та деяких інших.

Незважаючи на значну кількість робіт із зазначеної тематики, на сьогодні практично відсутні дослідження теоретичних основ інституту мирових суддів, тому викликає необхідність проведення комплексного наукового дослідження, яке дозволить врахувати історичний та зарубіжний досвід та підвести його під вітчизняні соціальні, політичні та правові реалії.

Дослідження теорії мирової юстиції, відтворення цілісної картини її історичної еволюції, вивчення і узагальнення зарубіжного досвіду можуть бути корисними в процесі вибору оптимальної моделі мирового суду, яку слід впроваджувати в Україні, та розробки і подальшого вдосконалення законодавчої бази, направленої на регламентацію організації і функціонування мирових суддів.

Метою дослідження є розкриття історично-правового аспекту передумов започаткування інституту мирових суддів, дослідження науково-теоретичних та практичних підходів сьогодення та минулого для можливості впровадження інституту мирових суддів на території України.

В сучасній українській судовій системі інститут мирових суддів відсутній. Проте для запровадження мирових суддів на сьогодні існують такі правові передумови:

- конституційні положення щодо права кожного будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань (ч. 5 ст. 55 Конституції України);
- правові позиції Конституційного Суду України (Рішення від 9 липня 2002 р. № 15-рп/2002 (справа про досудове врегулювання спорів);
- позиції Комітету міністрів Ради Європи щодо зниження навантаження на суди загальної юрисдикції, викладені у Рекомендаціях № R (86) 12 від 16 вересня 1986 р., згідно з якою державам – членам Ради Європи рекомендовано передбачати альтернативні процедури врегулювання спорів шляхом позасудового розгляду і створювати відповідні органи, що не входять до судової системи цих держав, а також у Рекомендації REC (2001) 9 Комітету Міністрів державам членам стосовно альтернатив судовому вирішенню спорів між адміністративними органами влади та приватними особами;
- положення Концепції вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, затвердженої Указом Президента України від 10 травня 2006 р. № 361/2006.

Першою країною де згадується інститут мирових суддів була Англія, в королівській відвозі 1195 р., для допомоги шерифам (охоронцям порядку) в застосуванні правових норм було створено мирових суддів [3, 79]. Спочатку ці судді виконували адміністративні функції і тільки через століття – й судові.

Труднощі починаються з самого терміну. Так, в англійській мові, наприклад, на позначення цього явища використовується різні терміни: justice, magistrate (мировий суддя); justice peace, lay justice (мирова юстиція); magistrates' court (мировий суд) [4].

Як правило, вони вживаються як синоніми, хоча і мають свої смислові відтінки. Так, наприклад, в Англії термін "magistrate" протиставляється терміну "justice" як, відповідно, оплачуваний мировий суддя – мировому судді, що виконує свої обов'язки без винагороди. Термін же "мировий" слід вважати похідним від поняття "мир" в значенні "порядок, спокій" (англ. peace, франц. paix). Саме для охорони державного і суспільного порядку виникають в історії європейських держав мирові суди та їх аналоги (мирові установи). Мiroва юстиція –

це узяті в сукупності: система мирових судів, діяльність по здійсненню мировими судами своїх функцій, управління і нагляд за мировими судами (мирове судове відомство). Таким чином, поняття "мирова юстиція" складається з трьох елементів [5, 41].

У XIV ст. бере початок сучасний інститут мирових суддів: забезпечення законів про робітників 1361р. було передано до рук суддів у справах робітників, яким було надано ті самі права, що й шерифам. Мирові судді були непрофесіоналами і здебільшого не були знайомі з юриспруденцією. Вони розглядали цивільні та кримінальні справи на засадах права справедливості (прецедентного права). З'являється спеціальна посада мирових клерків – професійних, висококваліфікованих юристів, в обов'язок яких входило ведення діловодства мирового суду і консультування мирових суддів.

Особливим був порядок розгляду злочинів: їх мирові судді розглядали на своїх сесіях, які проводились у кожному графстві чотири рази на рік (суд кварталних сесій). Закони 1554 і 1555р.р. поклали на мирових суддів досудове розслідування злочинів. У 1590 р. судам кварталних сесій було передано розгляд складних злочинів. На кілька наступних століть суди кварталних сесій стали головними закладами місцевого самоврядування [3, 19], і лише закон 1842 р. обмежив їхню юрисдикцію, виключивши розгляд тяжких та інших складних злочинів.

Починаючи з XVI ст., деякі статuti дозволяли мировим суддям розглядати кримінальні справи під час так званих "малих сесій" без участі присяжних, діючи за принципами сумарного (спрошеного) судочинства. Після англійської революції 1640-1660 р. і до XIX ст. мирові суди поширилися на всій території Британської імперії як самостійні повновладні судові установи, наділені також значними адміністративними повноваженнями.

В сучасній Британії мирові судді переважно працюють в магістратських, тобто місцевих судах. Переважна більшість мирових суддів не є професійними юристами, хоча певна їх частина все ж має фах правознавців. Магістратські суди діють на підставі закону про них 1980 р [6]. У Великій Британії діє понад 500 таких судів з понад 24 тис. мирових суддів, з яких третина – жінки. Ці судді працюють на громадських засадах, але їм компенсують витрати, пов'язані з відрядженнями.

Термін "магістратські суди" сьогодні охоплює те, що раніше було відоме як "малі сесії" або "судді, які проводять допит". Ці суди переважно мали справу з численними дрібними злочинами, що переслідувались за спрощеним порядком судочинства. Магістрати – це, власне, судді від народу. Переважна більшість їх – мирові судді, які не є професійними юристами, і тільки незначна кількість є правниками за фахом [3, 19].

Непрофесійні судові заклади як невід'ємна частина британської юридичної системи вперше з'явилися у XIV ст., коли нарешті офіційно були запроваджені королівські комісії, що спочатку являли собою додаток до старої кругової поруки. Внаслідок цього юрисдикція мирових суддів значно розширилась. Декілька наступних століть суди кварталних сесій ще мали як апеляційну, так і широку початкову юрисдикцію у кримінальних справах щодо майже всіх правопорушень і стали головними закладами місцевого самоврядування.

Теперішня система магістратських судів, члени яких працюють на громадських засадах, є життєво важливою для ефективного здійснення карного судочинства. Ця система діє відповідно до Закону про магістратські суди, що був ухвалений у 1980 р. Кожне графство, райони Лондона, лондонське Сіті мають власні комісії для нагляду за додержанням правопорядку. Отже, юрисдикція

цих судів є суто локальною. Вони розглядають одноособово або колегіально (двоє-трьох суддів без присяжних) кримінальні справи та дуже обмежену кількість цивільних справ.

Судді магістратських судів призначаються від імені Британської Корони лорд-канцлером, який розглядає кандидатури, подані дорадчими комісіями, що існують у кожному графстві Англії і Уельсу. Юридична кваліфікація не є необхідною умовою цього призначення: члени експертних комісій радше зважають на особисті та моральні якості кандидатів, а також їхнє розуміння роботи. Кандидатів на посаду мирового судді добирають переважно зпоміж осіб середнього класу й середнього віку.

Після призначення на посаду магістратським суддям належить пройти базовий навчальний курс, під час якого вони знайомляться зі своїми обов'язками та умовами праці. Перш ніж стати до роботи, магістратський суддя мусить пройти початковий етап навчання: відвідувати суд як спостерігач, знайомитися із судовою практикою та процедурою й методами покарання порушників. Другий етап, що має завершитися не пізніше 12 місяців від початку навчання, полягає в подальшому вивченні основ роботи суду та відвідуванні тюремно-виправних закладів. За винятком добових та коштів на відрядження службовці магістратських судів не отримують платні за свою роботу.

Магістратським суддям допомагають професійні столичні магістрати, які працюють на державній службі у Лондоні, та професійні магістрати інших великих міст. На ці посади призначаються баристери чи соліситори зі стажем не менше семи років. До складу магістратського суду повинні входити не менше, ніж два, але не більше, ніж сім мирових суддів для розгляду справи за заявою у прискореному порядку, слухань з приводу скарги або проведення попередньої перевірки коштів особи, яку мають посадити до в'язниці за несплату штрафу, хоч, за звичаєм, суд складається щонайбільше з п'яти членів, але тепер оптимальною кількістю вважається трое суддів. Виключення забезпечується наявністю оплачуваного судді, який має всі повноваження двох мирових суддів. Окремий мировий суддя має обмежену юрисдикцію і не може наказати будь-якій особі сплатити більше, ніж 1 тис. фунт стерлінгів чи посадити до в'язниці більше, ніж на чотирнадцять днів. Однак, слід зазначити, що окремі судді можуть виконувати функцію щодо визначення способу судового розгляду правопорушення у прискореному порядку, за обвинувальним актом чи проведення досудового розслідування [5, 58].

Судді щороку обирають голову суду, який проводить засідання. Важливою посадою в магістратському суді є судовий клерк (секретар суду), який повинен мати початкову юридичну освіту. Головний його обов'язок – давати магістратам поради з питань права, судової практики, процедури й винесення вироків, але він не має права втручатися у процес ухвалення судових рішень. Таким чином, секретар суду виступає як радник з питань законодавства, однак має дбати про те, щоб забезпечити уникнення втручання у функції магістратських судів. Секретар суду також є постійною посадовою особою суду з адміністративними функціями, що несе відповідальність за організацію суду, стягнення штрафів, за роботу із заявами про надання правової допомоги у кримінальних справах та іншу адміністративну роботу. З огляду на це дуже важливим видається чіткий розподіл обов'язків між цими двома категоріями службовців та здатність посадових осіб і непрофесійних виконавців працювати разом.

Нагляд за діяльністю та функціонуванням колегій мирових суддів у кожному графстві чи юрисдикційній зоні

здійснює комітет магістратських судів. До складу комітету магістратських судів входять магістрати разом з кооптованими членами, саме вони призначають секретаря суду, відповідний стаж роботи якого має бути не менше п'яти років і вік якого відповідає встановленим межах.

На магістратські суди припадає значне навантаження. Вони розглядають до 97 % всіх кримінальних справ у першій інстанції, здійснюють попередній розгляд справ у злочинах, що переслідуються по обвинувальному акту, мають цивільну юрисдикцію, а також виносять рішення у адміністративних справах [7, 37].

Широка юрисдикція магістратських судів привела до спеціалізації суддів. Судді, які спеціалізуються на розгляді шлюбно-сімейних справ, складають матримоніальний суд (domestic); а ті, які спеціалізуються на розгляді справ, по яких проходять неповнолітні, – суд у справах неповнолітніх. В деяких судах практикується спеціалізація суддів з розгляду дорожніх злочинів.

Спільною рисою цивільних і кримінальних справ, що підпадають під юрисдикцію магістратських судів, є те, що вони мають невелике значення порівняно, наприклад, із цивільними справами, що їх розглядають у Високому суді або судах графств, або ж з кримінальними справами, які розглядає Суд корони. Компенсуючою перевагою спрощеного провадження у справі слід вважати її дешевизну та швидкість [8, 233].

Рішення магістратських судів оскаржуються шляхом подачі апеляції особою, визнаною винуватою в суд Корони, або будь-якою стороною, що бере участь в справі, – у Високий суд. Рішення суду Корони по апеляції на рішення магістратського суду може бути оскаржено у Високий суд, чиє рішення, у свою чергу, оскаржується в палату лордів.

Для кращого сприйняття особливостей інституту мирових судів, деталізуємо систему судів Великої Британії.

З кінця 60-х років в англійській судовій системі були проведена значна реформа, яка стосувалася як системи судів в цілому, так і юрисдикції окремих судів. Зміни в судовій системі були проведені численними актами парламенту, найважливіші серед них: Закон про суди 1971 р., Закон про повноваження кримінальних судів 1973 р., Закони про кримінальне правосуддя 1967, 1972, 1977, 1982 рр., Закони про апеляцію по кримінальних справах 1966 і 1968 рр., Закон про відправлення правосуддя 1982 р., Закон про магістратські суди 1980 р., Закон про Верховний суд 1981 р., Закон про суди графств 1984 р. Основний напрям реформи – скасування старих судів, багато з яких діяли ще в XII ст. (четвертні суди, суди асизів), місцевих судів, що мали територіальну юрисдикцію (Бристольський купецький суд, суд "запорошених ніг", Ліверпульський "пропускний суд") і створення єдиної централізованої системи судів. Так був завершений процес, початий попередньою реформою XIX ст. [9, 101].

Після проведених змін в Англії встановилася наступна система судів: магістратські, суди графств, Верховний суд. Останній є цілою системою вищих судів. До нього відносяться: суд Корони, Високий суд (що складається з трьох відділень – канцелярського, по сімейних справах і відділення Королівської лави), а також Апеляційний, в який входять два відділення – цивільне і кримінальне. На чолі стоїть палата лордів.

В Англії існує своєрідна система судових округів. Розрізняються округи ("території комісій") для магістратських судів, округу для судів графств (не співпадаючі з графствами як адміністративно-територіальними одиницями) і округи для суду Корони і Високого суду. Апеляційний суд і палата лордів засідають тільки в Лондоні.

"Території комісій" прирівняні до "територій судів малих сесій". Територіями управляють комітети магіст-

ратських судів, які створюються на щорічних зборах мирових суддів. У комітеті можуть входити судді Високого суду, окружні судді або рікордери. Комітети вирішують питання управління й організаційно-технічного постачання судів. Певною мірою комітети залежать від місцевих органів, оскільки останні оплачують їх витрати, включаючи утримання апарату. Таке становище не влаштовує комітети – і вони прагнуть вийти з-під фінансової опіки місцевих органів. Проте до теперішнього часу такі спроби не увінчалися успіхом.

У 1971 р. у зв'язку із створенням суду Корони встановилася ще одна система округів. Територія Англії була розділена на 6 округів (Мідленд і Оксфорд, Уельс і Честер, Північно-Східний, Північний, Західний, Південно-Східний). В кожному окрузі виділені центри трьох ступенів. У центрі першого ступеня – судді Високого суду, окружні судді і рікордери розглядають цивільні і кримінальні справи; в центрах другого ступеня ті ж категорії суддів розглядають тільки кримінальні справи; в центрах третього ступеня засідають тільки окружні судді і рікордери. Таким чином, суд Корони розглядає справи у всіх трьох центрах, а в центрах першого ступеня судді Високого суду розглядають цивільні справи.

Лордом – головним суддею з відома лорда-канцлера – була встановлена система розподілу справ між суддями суду Корони. Всі злочини діляться на чотири групи. До першої групи відносяться особливо небезпечні злочини (вбивство, державна зрада), які підлягають розгляду Високим судом. Злочини другої групи (наприклад, ненавмисне вбивство) також розглядаються суддями Високого суду, але за рішенням головуючого в окрузі судді вони можуть бути передані окружному судді або рікордеру. Злочини третьої групи розглядаються суддею Високого суду, окружним суддею або рікордером. До злочинів даної групи відносяться ті, які не входять до першої, другої і четвертої груп (підпал, грабїж). Злочини четвертої групи (сюди відносяться "гібридні злочини") розглядаються головним чином окружними суддями або рікордерами. Іноді справи даної категорії розглядають судді Високого суду.

В основі сучасної організації судів лежить давній англійський принцип "роз'їзних суддів", коли судді перебувають в єдиному центрі (Лондоні), звідки роз'їжджають по округах. Проте даний принцип достатньою мірою змінений. Р. Давид справедливо відзначив процес децентрації правосуддя, який виразився у відміні виїзних сесій і в тому, що судді Високого суду можуть перебувати поза Лондоном [10, 317].

Характер взаємодії судів у системі визначається розподілом на суди вищого рівня і нижчого рівня. До судів вищого рівня відносяться суди Високого суду, до нижчого – магістратські суди і суди графств. Суди нижчого рівня зв'язані рішеннями вищих судів за принципом прецеденту. Крім того, на них розповсюджується наглядова юрисдикція Високого суду. Суд Корони закон 1981 року відносить до Високого суду, з іншого боку на нього поширюється наглядова юрисдикція Високого суду.

Розподіл судів на суди вищого і нижчого рівнів не є єдиною підставою їх класифікації. Прийнятий розподіл судів на "протокольні" (courts of record) і "непротокольні". Спочатку передбачалося, що протоколи судів першої групи підлягають зберіганню в державному архіві. Відмінною рисою англійського судочинства було те, що протоколам взагалі не приділялося особливої уваги. В судах діяв принцип, згідно якому суддя при перегляді справи повинен складати власне уявлення про нього шляхом фактично повторного слухання. При такому підході протокол не мав для судді істотного значення.

В даний час відмінність між "протокольними" і "непротокольними" судами" абсолютно не пов'язана з долею їх протоколів, а полягає в тому, що суди, що мають статус "протокольних", мають право карати за неповагу до суду. Суд може бути віднесений до категорії "нижчих", але при цьому вважатися "протокольним", як, наприклад, суди графств.

Виділяють суди першої інстанції та апеляційні. Процес апеляції важко формувався в судах загального права. Тривалий час оспоровалася можливість перегляду вердикту присяжних, так звана апеляція з питань факту. Контроль за діяльністю судів здійснюється за допомогою видання прерогативних наказів, що впливали з повноваження Корони контролювати і виправляти помилки в діяльності своїх "слуг", у тому числі суддів.

Апеляційний процес спочатку склався в канцелярських судах і був перенесений в суди загального права після реформи 1873–1875 рр. Проте остаточно він сформувався значно пізніше. Суди магістратів і графств, як суди нижчого рівня розглядають тільки справи по першій інстанції. Суди вищого рівня значною мірою здійснюють апеляційну юрисдикцію.

Виділяють також суди цивільної і кримінальної юрисдикції. Деякі автори відзначають, що не слід проводити подібні відмінності між судами першої інстанції і апеляційними, оскільки один і той же суд може розглядати і кримінальні і цивільні справи, справи по першій інстанції і апеляції. На думку прихильників даної позиції, ці підстави класифікації не є всеохоплюючими [8, 200].

Однак спеціалізація судів у цивільних і кримінальних справах, що склалася, очевидна. Реорганізація апеляційного суду привела до утворення в ньому двох відділень – цивільного і кримінального.

До судів нижчого рівня відносяться, перш за все, магістратські суди. В Англії і Уельсі діє близько однієї тисячі таких судів. В магістратських судах справи розглядаються або декількома непрофесійними мировими суддями, або одним професійним стипендіарним магістратом. Мировий суддя також може розглядати справи одноособово, але тільки по тих злочинах, за які передбачено незначне покарання. До судів нижчого рівня відносяться також суди графств. Вони вперше були створені в 1846 р. з метою розгляду малозначних позовів [7, 140].

Діяльність судів графств регулюється в основному Законом про суди графств 1984 р., а також правилами судів графств, яких близько 300, і вони розглядають понад два мільйони справ щорічно [11]. В судах графств справи розглядаються окружними суддями, суддями Апеляційного суду, Високого суду, регістраторами. Останні розглядають обмежене коло справ, що визначене правилами судів графств. Рішення регістратора може бути в апеляційному порядку переглянуто суддею суду графства. В судах графств на відміну від магістратських справи вирішують професійні судді. Суди графств мають територіальну юрисдикцію. Справи порушуються за місцем проживання відповідача або правопорушника. Суди розглядають позови, що ґрунтуються на договорі або делікті (за винятком позовів про наклеп), у яких сума позову не перевищує 5 тис. ф. ст., позови про стягнення грошових сум (якщо вони не повинні розглядатися Високим судом) що, не перевищують 5 тис. ф. ст.; позови про захист права власності; позови по праву справедливості, якщо сума вимог не перевищує 30 тис. ф. ст.; позови про зміну заповіту, про управління нерухомістю.

Зміна характеру судів графств загострила проблему розгляду позовів на невелику суму (в Англії на суму до 500 ф. ст.). Для їх розгляду встановлена особлива процедура в судах графств. Процедура поєднує в собі риси

змагального та інквізиційного процесів. Роль судді-реєстратора в процесі розгляду позовів на незначну суму набагато більш активна: він сам визначає процедуру слухання справи, менш строгі правила подання доказів. Рішення реєстратора, як правило, є остаточним [5, 51].

Наступні три суди – суд Корони, Високий і Апеляційний – складають Верховний суд. Їх статус визначається як статус "вищих протокольних судів". Діяльність даних судів регулюється головним чином Законом про Верховний суд 1981 р. і відповідними правилами. У 1971 р. актом парламенту був створений суд Корони. У суді Корони засідають судді Високого суду, окружні судді і рікордери. Вони щорічно розглядають до 70 тис. справ. В деяких випадках судді суду Корони засідають з мировими суддями, число яких не повинне перевищувати чотирьох. Помітною особливістю даного суду є те, що в суді Корони засідають присяжні. В англійській громадській думці віддається перевага суду присяжних як більш справедливому. З другого боку, справа в суді Корони рухається повільніше і обходиться в три рази дорожче, ніж в магістратському суді. Суд Корони розглядає справи у злочинах, переслідуваних по обвинувальному акту, який складається на підставі документів попереднього розгляду справи в магістратському суді. Магістратський суд може передати справу в суд Корони, якщо прийде до висновку, що обвинувачений заслуговує більш суворого покарання, ніж має право визначити магістратський суд. Таким чином, між судами кримінальної юрисдикції (магістратськими і судом Корони) встановлена достатньо мобільна система передачі справ.

Суд Корони є також апеляційною інстанцією для оскарження рішень магістратських судів. В нього можуть подавати апеляції тільки засуджені. Засуджений, який на суді не визнав свою вину, має право оскаржити вирок в частині обвинувачення і покарання; засуджений, який визнав вину, – тільки в частині визначення покарання. Щорічно до суду Корони подається близько 15 тис. апеляцій на рішення магістратських судів. Оскаржується, по суті, кожне соте рішення. Чотири з 10 апеляцій задовольняються повністю або частково [12, 65].

Наступний суд Верховного суду – Високий суд. Вперше він був встановлений в результаті реформ 1873–1875 рр. замість суду канцлера, суду у морських справах і у справах про спадщину. В даний час Високий суд має три відділення: канцлерське, яке очолює лорд-канцлер (фактично віце-канцлер), відділення Королівської лави, очолюваної лордом – головним суддею, відділення у сімейних справах.

У Високому суді засідають судді Високого суду, окружні судді, рікордери, судді Апеляційного суду або колишні судді Високого й Апеляційного судів. Судді засідають в Лондоні і 24 центрах першого ступеня. Судді спеціалізуються за відділенням, але з їх згоди можуть бути переведені з одного відділення в інше. Канцлерське відділення розглядає справи про управління спадковим майном, про довірчу власність, спори пов'язані з викупом застав, виконанням договорів про купівлю-продаж, банкрутство, стягнення податків, управління нерухомістю. В рамках канцлерського відділення діє ряд спеціалізованих судів (Високий суд у справах банкрутства, суд у справах компаній, патентний суд).

Відділення Королівської лави розглядає головним чином позови з договорів і деліктів. Воно має суміжну юрисдикцію з судами графств. Завантаженість відділення значно менше, ніж судів графств (170–200 тис. справ щорічно). У відділенні діють адміралтейський і торговий суди. Адміралтейський суд розглядає позови про відшкодування збитків при зіткненні судів, компенсації за втрату товарів і та інше.

Третє відділення Високого суду – відділення у сімейних справах. В його юрисдикцію входить розгляд шлюбно-сімейних справ. Юрисдикція у шлюбно-сімейних справах перейшла до судів "загального права" з церковних судів. В судах "загального права" є спеціалізація суддів у даних справах. Сімейні суди діють в рамках магістратських судів. Деякі суди графств розглядають справи про розірвання шлюбів. Очолюється система відділенням у сімейних справах Високого суду.

У кожному відділенні Високого суду є апеляційне відділення для розгляду апеляцій: в канцлерському – для розгляду апеляцій на рішення судів графств у справах банкрутства і земельних спорах; у відділенні по сімейних судах – для розгляду апеляцій на рішення матримоніальних судів в рамках магістратських судів і рішення судів графств у шлюбно-сімейних справах.

Найбільше число справ потрапляє в апеляційне відділення Королівської лави, де розглядаються апеляції на рішення магістратських судів і на рішення суду Корони.

У 1966 році на підставі відповідного закону був створений Апеляційний суд з двома відділеннями – цивільним і кримінальним. В даний час цей суд грає найважливішу роль в системі англійських судів. Лише незначне число апеляцій поступає ще вище – в палату лордів. Кримінальні відділення очолює лорд – головний суддя. У відділенні засідають також лорди-судді, і залучаються судді Високого суду. Суд засідає у складі двох, трьох або більше суддів, у ряді випадків суддя засідає одноособово. В середньому у відділення щорічно поступає 6–7 тисяч звернень за дозволом подати апеляцію. Приймається до розгляду приблизно одна четверта частина справ від цього числа, а задовольняється приблизно половина прийнятих до розгляду апеляційних скарг.

Очолює цивільне відділення Апеляційного суду лорд-хранитель печатки. Судді засідають в такому ж чисельному складі, що і в кримінальному відділенні. У відділенні розглядаються апеляції на рішення Високого суду і судів графств, якщо подача апеляції не обмежена законом (ст. 18 Закону про Верховний суд 1981 р.). Для подачі апеляції, як правило, вимагається отримати дозвіл у судді суду графства, Верховного або апеляційного суду.

Найвищою судовою інстанцією є палата лордів, точніше, її апеляційний комітет, що складається з лорда-канцлера, ординарних лордів з апеляції і перів, які раніше посідали вищі судові посади. Як правило, комітет засідає у складі з трьох лордів. Апеляційний комітет розглядає порівняно невелике число апеляцій, в середньому 70–80 в рік. Невелике число даних апеляцій пояснюється частково складною процедурою їх подачі. Апеляції на рішення Апеляційного суду подаються з його дозволу або з дозволу палати лордів. Для подачі апеляцій на рішення апеляційного відділення Високого суду у кримінальних справах і рішення Високого суду у цивільних справах потрібне отримання сертифікату у судді, що розглядав справу. Сертифікат повинен підтверджувати, що справа має суспільну значущість, – це означає, що воно пов'язане з тлумаченням закону або прецеденту, створеного рішенням Апеляційного суду або палати лордів [5, 54].

Позитивний досвід діяльності інституту мирових судів у зарубіжних країнах свідчить на користь ідеї створення цього інституту і в нашій державі. Інститут мирових судів може внести свіжий струмінь в українську судову систему, виступивши за певних умов протиположно до старого пострадянського суду, а його запровадження стало б прогресивним явищем у сфері правосуддя та сприяло її демократизації.

1. Гриневецкий С. Парадокси місцевого самоврядування / Дзеркало тижня № 38 (617) 7 жовтня 2006. – С. 4. 2. Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів. Указ Президента України від 10 травня 2006 р. № 361/2006 // Урядовий кур'єр. – 2006. – № 17. – С. 1-8. 3. Шишкін В.І. Судові системи країн світу: Навч. Посібник. Частина 1. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – С.79. 4. A dictionary Law. Oxford, 1994. 5. Бурий А., Тарантула Р., Тополевський Р., Тополевська Л. Міжнародний досвід діяльності інститутів мирового судді, суду присяжних, народних засідателів та пропозиції щодо можливостей його застосування в Україні :

Посібн.: Регіональний громадський фонд "Право і Демократія" 2009р. – 131 с. 6. Magistrates' Courts Act 1980. // [Електронний ресурс] – режим доступу: <http://www.statutelaw.gov.uk> 7. Denham P. A modern introduction to law. L., 1983. P. 37. 8. Уолкер Р. Английская судебная система. М.: Юридическая литература, 1980 – С. 233. 9. Судебные системы западных государств. – М. Наука, 1991. С. 101. 10. Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1988. С. 317. 11. County Courts Act 1984. // [Електронний ресурс] – режим доступу: <http://www.opsi.gov.uk> 12. White R. The administration of justice. Oxford, 1985. P. 65.

Надійшла до редколегії 12.09.11

О. Клепікова, доц.

ВІДШКОДУВАННЯ ЗБИТКІВ ВІД ЗІТКНЕННЯ СУДЕН

В статті наведено загальну характеристику інституту відшкодування збитків від зіткнення суден. Зіткнення суден розглядається як один із видів аварії.

Ключові слова: зіткнення суден, загальна аварія, відшкодування збитків.

В статье приводится общая характеристика института возмещения убытков от столкновения судов. Столкновение судов рассматривается как один из видов аварии.

Ключевые слова: столкновение судов, общая авария, возмещение убытков.

The article contains a general description of the Institute damages from collisions. Collisions is regarded as one of the types of accident.

Key words: collisions, general accident, damages.

Питанням відшкодування збитків приділяється чимало уваги вченими та юристами, що практикують. З огляду на це існує багато поглядів на питання про правову природу збитків та способи їх відшкодування. Проте, більшість питань, що виникають у зв'язку із застосуванням законодавства, що регулює відшкодування збитків від зіткнення суден, залишаються бути не розкритими, і тому останнім часом набувають все більшої актуальності.

Питання відшкодування збитків від зіткнення суден були предметом досліджень науковців різних правових шкіл, зокрема, Маковського О.Л., Іванова Г.Г., Самойловича П.Д., Джавада Ю.Х., Жудро А.К., Кейліна О.Д., Балобанова О.М., Деміденко В.В. та інших. Окремою мірою до цих питань зверталися науковці з господарського права.

Метою цієї статті є звернення авторки до загальних, ключових питань, що виникають в юридичній практиці і стосуються відшкодування збитків від зіткнення суден.

Зіткнення суден – це один із видів аварії, який може мати наслідком спричинення збитків судну, вантажу, а також життю та здоров'ю людей.[1] Тому, з боку різних міжнародних організацій приділяється чимало уваги питанням зіткнення суден.

Інститут загальної аварії – це звичай, що дійшов до нас з острова Родос, що у Греції. У Родоському законі цей звичай знайшов закріплення і його значення пов'язується з принципом: задля збереження цілого (судна, вантажу, фрахту) можна пожертвувати частиною цього цілого (наприклад, частиною вантажу задля того, щоб судно було знято з мілини) або нести відповідні витрати (наприклад, сплатити винагороду рятувальникові). [2] Таким чином вважали, що пожертвування меншим має призвести до рятування більшого.

Загальну аварію визначають в юридичній літературі по-різному. Як правило, під загальною аварією розуміють збитки, що мають нести учасники процесу перевезення. В інших випадках, говорять про сукупність правил, що регулюють визнання та розподіл загальної аварії.

Інститут загальної аварії є характерним для морського права, у відносинах щодо перевезень на автомобільному та повітряному транспорті, він не застосовується. Однак, застосування є можливим під час перевезень внутрішніми водними шляхами (про це свідчить Статут внутрішнього водного транспорту). Загальна аварія не застосовується до військових суден і суден, що задіяні для несення урядової некомерційної служби.

Отже, загальною аварією визнаються збитки, яких визнано внаслідок зроблених навмисно і розумно над-

звичайних витрат або пожертвувань з метою врятування судна, фрахту і вантажу, що перевозиться на судні, від загальної для них небезпеки. В основу принципу загальної аварії покладено принцип пожертвування частини заради рятування цілого.

Правове регулювання відносин з загальної аварії в Україні регулюється ст.ст.277-293 КТМУ. Уніфікація міжнародних норм щодо регулювання загальної аварії знайшла відображення у Йорк-Антверпенських правилах 1974р. із змінами 1990р. особливість цих Правил полягає в тому, що вони не мають характеру міжнародної конвенції, яка підлягає ратифікації. Ці правила є зводом кодифікованих звичаїв і застосовуються за згодою сторін.

Для віднесення збитків до загальної аварії необхідним є сукупність наступних ознак:

1) Навмисний характер збитків, оскільки вони не можуть виникати внаслідок випадкових дій, а тільки внаслідок розумних, свідомих дій (наприклад збитки внаслідок навмисної посадки судна на мілину).

2) Свідомий та надзвичайний характер збитків – передбачає їх виправданість в ситуації, яка мала місце. Такі збитки не виникають за обставин мореплавства в нормальних умовах.

3) Наявність загальної небезпеки для судна, вантажу і фрахту, оскільки виникнення таких збитків, з урахуванням їх природи, не може бути небезпечним лише для судна, вони водночас стосуються негативного впливу на фрахт та вантаж.

4) Характер небезпеки дозволяє стверджувати саме про реальну і серйозну небезпеку.

Для визнання збитків загальною аварією необхідним є наявність всіх наведених ознак. Відсутність хоча б однієї з них виключає питання про віднесення збитків до загальної аварії [3].

Основним міжнародним актом з питань відшкодування збитків від зіткнення суден є Міжнародна конвенція для об'єднання деяких правил відносно зіткнення суден (підписана в рамках ООН у Брюсселі 23.12.1910 р.), важливе значення також мають Конвенція про Міжнародні правила запобігання зіткненню суден на морі 1972 року (підписана в рамках ІМО 20.10.1972 р.), Правила відносно компенсації збитків від зіткнення суден (так звані Лісабонські правила, затверджені ІМО у 1987 р.). В главі 3 розділу IX Кодексу торговельного мореплавства України (далі – КТМУ) закріплені норми, що регулюють відшкодування збитків від зіткнення суден.

Згідно Міжнародних правил запобігання зіткненню суден на морі 1972 р., йдеться про основні заходи, спрямовані на унеможливлення зіткнення суден:

1) Кожне судно повинно постійно вести належне візуальне і слухове спостереження, так само як і спостереження за допомогою всіх наявних засобів, стосовно переважаючих обставин і умов, з тим щоб повністю оцінити ситуацію і небезпеку зіткнення.

2) Кожне судно повинно завжди прямувати з безпечною швидкістю, з тим щоб воно могло вжити належні та ефективні дії для попередження зіткнення і могло бути зупинене в межах відстані, необхідної при існуючих обставинах і умовах.

3) Кожне судно повинно використовувати всі наявні засоби згідно з переважаючими обставинами та умовами для визначення наявності небезпеки зіткнення. Якщо є сумніви щодо наявності небезпеки зіткнення, то варто вважати, що вона існує.

4) Дії для попередження зіткнення:

а) Будь-яка дія, що застосовується для попередження зіткнення, якщо дозволяють обставини, повинна бути впевненою, вчасною і відповідати хорошій морській практиці.

б) Будь-яка зміна курсу та (або) швидкості, що застосовується для попередження зіткнення, якщо дозволяють обставини, повинна бути досить великою, з тим щоб вона могла бути легко виявлена іншим судном, що спостерігає його візуально або за допомогою радіолокатора; варто уникати ряду послідовних невеликих змін курсу і (або) швидкості.

в) Якщо є достатній водний простір, то зміна тільки курсу може бути найбільш ефективною дією для попередження надмірного зближення за умови, що зміна зроблена завчасно, є суттєвою і не викликає надмірного зближення з іншими суднами.

г) Дія, що застосовується для попередження зіткнення з іншим судном, повинна бути такою, щоб призвести до розходження на безпечній відстані. Ефективність цієї дії повинна ретельно контролюватися до тих пор, доки інше судно не буде остаточно пройдене і залишене позаду.

д) Якщо необхідно відвернути зіткнення або мати більше часу для оцінки ситуації, судно повинно зменшити хід або зупинитися, застопоривши свої машини або давши задній хід.

Зіткнення – це подія за участю двох або більше суден, яка спричиняє збитки або шкоду, навіть за умов відсутності дійсного контакту. Тому, обов'язок відшкодувати збитки внаслідок зіткнення виникає за наявності трьох умов: 1) шкода, 2) вина того, хто спричинив шкоду; 3) причинний зв'язок між протиправною дією (бездіяльністю) та шкодою.

Протиправна дія (бездіяльність) мають місце тоді, коли поведінка того, хто спричинив шкоду, не відповідає вимогам нормативно-правових актів, що регулюють порядок плавання суден. В цьому разі мова може йти про порушення Міжнародних правил попередження зіткнення суден (МППЗС – 1972), місцевих правил плавання, морської практики, порушення статутів служби на судах тощо. Що стосується вини, то як правило, зіткнення суден відбувається з необережності. Випадки навмисного зіткнення зустрічаються рідко. Вина має значення для визначення особи, яка буде відшкодовувати спричиненні зіткненням збитки. Однак слід мати на увазі, що зіткнення може мати місце і за відсутності вини (наприклад, випадково або за наявності форс-мажорних обставин). Питання про причинний зв'язок ставиться задля того, щоб визначитися, чи дійсно протиправна дія (бездіяльність) призвели до спричинення збитків.

Важливе значення має порядок документарного оформлення випадку зіткнення суден. Цей процес в

більшості покладається на капітана судна і стосується вчинення такого роду дій, що спрямовуються на збір доказів та врегулювання взаємних вимог по відшкодуванню шкоди. Порядок оформлення випадку зіткнення суден напрацьований на практиці і його складають такі дії: (1) заява морського протесту, (2) надсилання судновласнику або капітану іншого судна заяви про відповідальність за зіткнення, (3) огляд пошкоджень судна та визначення збитків від зіткнення, (4) укладання угоди про юрисдикцію (тобто вирішення питання про місце розгляду вимог щодо відшкодування збитків внаслідок зіткнення), (5) забезпечення майнових вимог та за необхідності затримання чи арешт судна.

Актуальним з юридичної точки зору залишається питання про застосування законодавства у випадку відшкодування шкоди внаслідок зіткнення суден. Згідно ст. 296 КТМУ вирішальне значення має місце вчинення зіткнення.

1) Якщо зіткнення сталося у внутрішніх водах або територіальному морі, то до відносин, пов'язаних із відшкодуванням збитків, застосовується законодавство держави, де трапилося зіткнення. Зазначимо, що правова класифікація морських просторів наведена в Конвенції ООН по морському праву 1982 р., про правовий режим йдеться в Законі України від 04.11.1991 р. "Про державний кордон України", Конвенції про територіальне море та прилежну зону 1958 р. Внутрішні води та територіальне море є складовою частиною державної території. Правовий режим внутрішніх вод визначається правом прибережної держави, а режим територіального моря – також прибережної державою, однак з урахуванням права мирного проходу іноземних суден.

2) Якщо зіткнення трапилося у відкритому морі і спір у зв'язку із зіткненням розглядається в Україні, то застосовуються правила КТМУ.

3) Якщо всі судна, що зіткнулися, плавають під одним прапором і не зачіпають інтересів третьої сторони, застосовується законодавство держави прапора цих суден незалежно від того, де трапилося зіткнення.

В ч. 1 ст. 297 КТМУ закріплено основний принцип, покладений в основу правил про зіткнення суден: у зіткненні завжди приймає участь хоча б одне морське судно. А це значить, що одним з учасників зіткнення має бути морське судно, а іншим – може бути морське судно або судно внутрішнього плавання¹.

Згідно ч. 2 ст. 297 КТМУ правила гл. 3 розділу IX КТМУ застосовуються не лише у випадках зіткнення суден, а й у випадках, що підпадають під зіткнення. Мова йде про ті випадки, коли зіткнення суден не відбулося, але неправильні дії з боку одного судна (виконання або невиконання маневру чи недотримання правил судноплавства) призвели до спричинення шкоди іншому судну, особам, вантажу чи іншому майну, що знаходяться на судні. Такі випадки є підставою для відшкодування завданих у зв'язку з цим збитків.

За своєю природою зобов'язання щодо відшкодування шкоди внаслідок зіткнення є зобов'язаннями, що виникають внаслідок заподіяння шкоди. Однак, для застосування гл. 3 розділу IX КТМУ важливим є те, що спричинення шкоди не повинно бути результатом невиконання чи неналежного виконання договору, оскільки в

¹ Різновидами суден, залежно від того, в яких водних просторах (район плавання) і з якою метою (призначення судна, мета та спосіб використання) воно використовується, відповідно, є морське судно, річкове судно, торговельне, риболовне, ядерне судно, тощо. Річкові судна призначені для судноплавства по внутрішніх водних шляхах (річках, озерах, каналах) без права виходу в море. Морські судна призначені для судноплавства у морських територіальних водах України з виходом у нейтральні та територіальні води інших країн.

останньому випадку відносини сторін мають регулюватися договором або законом, що застосовується до відповідних договірних відносин. Отже, правила КТМУ не застосовуються, наприклад, у випадках зіткнення буксира з судном, що взято на буксир; у випадку спричинення збитків фрахтувальникові за договором тайм-чартеру внаслідок аварії, що мала місце відносно судна у разі зіткнення; у випадку відповідальності перевізника перед вантажовласником за пошкодження вантажу внаслідок зіткнення та в інших такого роду випадках. В таких випадках відносини сторін визначаються за відповідними договорами (буксирування, фрахтування, морського перевезення вантажу тощо). Виняток становлять випадки ушкодження здоров'я чи смерті внаслідок зіткнення суден.

З огляду на вищезазначене, мова може йти про відповідальність, що має свій предмет регулювання – окремий вид правопорушення – зіткнення суден. Суб'єктний склад правопорушення й характер такої відповідальності, можуть бути підставами для віднесення її саме до господарсько-правової відповідальності, а відшкодування збитків від зіткнення – до виду господарських санкцій, а саме – відшкодування збитків. Отже, правопорушення, пов'язане із зіткненням суден є окремим видом позадоговірних правопорушень і може бути підставою господарсько-правової відповідальності.

Нами вже зазначалося, що для відшкодування збитків внаслідок зіткнення необхідно довести вину того, хто спричинив збитки. Згідно ч.1 ст. 298 КТМУ у разі зіткнення суден без вини – випадково, внаслідок непереборної сили, або якщо неможливо встановити причини зіткнення, збитки несе той, хто їх зазнав. Правила зазначеної статті застосовуються і в тому разі, якщо судна або одне з них знаходилися в момент зіткнення на якорі чи були закріплені іншим способом. Це значить, що задля майнової відповідальності судновласника за зіткнення судна не має значення факт перебування суден у русі або стоянці.

В ст. 299 КТМУ визначається основна умова відповідальності за зіткнення суден – наявність вини одного із суден у зіткненні суден. В цьому випадку має місце так звана "персоніфікація", тобто наділення судна людськими властивостями. Персоніфікація використовується для спрощення викладення окремих правових норм в законодавстві багатьох країн. Отже, коли мова йде про неправильні дії або упущення одного із суден чи про вину судна, то в дійсності мова повинна йти про неправильні дії чи вину членів екіпажу або службових осіб судновласника, самого судновласника чи власника судна або осіб, що здійснюють експлуатацію судна на підставі договору чи в силу закону (наприклад, може мати місце вина лоцмана).

Таким чином, судновласник винного у зіткненні судна несе не лише свої збитки, він повинен відшкодувати збитки, спричинені судновласнику іншого судна, а також відшкодувати збитки, спричинені у зв'язку із зіткненням третім особам.

У випадку зіткнення з вини всіх суден, що зіткнулися, відповідальність кожної сторони визначається відповідно до ступеня вини у зіткненні. Ступінь вини визначається виходячи з конкретних обставин зіткнення, з урахуванням характеру допущених сторонами правопорушень. Розмір відповідальності при зіткненні з вини всіх суден, визначається по кожному судну окремо. Він повинен бути пропорційним вині судна у зіткненні.

Зазначимо, що за умов зіткнення двох суден, визначення розміру відповідальності кожного з них після визначення ступеня вини, не викликає на практиці складнощів. Однак, такі складнощі можуть мати місце тоді, коли при зіткненні двох суден, третє судно, уникаючи

зіткнення, отримує пошкодження чи несе загибель. В цьому разі спочатку слід визначитися, чи мало місце зіткнення з вини одного чи обох суден. Якщо буде встановлено, що зіткнення виникло з вини обох суден, то тоді визначається ступінь вини суден у зіткненні й відповідно до неї – розмір відповідальності судновласників. Потім окремо розглядається питання про вину у спричиненні пошкодження чи загибелі третього судна, що не приймало участі у зіткненні. Якщо третє судно отримало пошкодження чи загинуло з вини обох суден чи власної вини, то визначається ступінь вини кожного, у тому числі третього судна. Наприкінці визначається ступінь (доля) відповідальності кожного з судновласників перед третім судном (тобто відповідно до ступеня їх вини у спричиненні пошкодження чи загибелі третього судна).

Для відшкодування збитків внаслідок зіткнення суден правове значення має презумпція невинуватості суден. Отже, задля того, щоб вважати судно винним у зіткненні, потрібно довести його вину. Доказування при цьому покладається на іншу сторону. Якщо потерпілим від зіткнення є два судна, то кожна із сторін повинна надати докази вини іншого судна. Такий собі принцип змагальності: кожна сторона повинна довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог та заперечень. Доказами вини судна у зіткненні можуть бути матеріали розслідування аварій компетентними органами, записи у судовому та машинному журналах, у тому числі експертиза судноводіння.[4]

Для огляду пошкоджень судна судновласники можуть запрошувати фахівців – сюрвейєрів. За результатами огляду сюрвейєр складає акт, в якому фіксуються пошкодження, зазначається на вартість ремонтних робіт тощо. Сюрвейєр також складає висновок про швидкість суден під час зіткнення, що також впливає на встановлення причини зіткнення та ступеня вини суден.

Про солідарну відповідальність судновласників перед третіми особами за збитки, що виникли внаслідок смерті або ушкодження здоров'я людей у випадках зіткнення з вини всіх суден, що зіткнулися йдеться у ст. 302 КТМУ.

В цьому разі потерпілий має право вимагати відшкодування збитків як від усіх судновласників, винних у зіткненні суден, так і від будь-кого з них окремо, як в повному розмірі, так і в частині. Тому, потерпілий, що не отримав повного відшкодування від одного з судновласників, має право вимагати недоотриману частину відшкодування від інших судновласників. Якщо судновласник одного судна, до якого була адресована вимога про відшкодування шкоди, задовольнив її повністю, хоча повинен був сплатити меншу суму, то він вправі вимагати відшкодування надлишкової виплаченої суми з інших судновласників. В таких випадках регресивні вимоги задовольняються відповідно до ступеня вини суден у зіткненні.

У всіх інших випадках заподіяння шкоди третім особам збитки відшкодовуються відповідно до ступеня вини судна, правило про солідарну відповідальність не застосовується.

Відповідальність з вини одного судна, відповідальність з вини всіх суден, що зіткнулися, а також солідарна відповідальність можуть наставати в разі, коли зіткнення сталося з вини лоцмана або служби регулювання руху суден.

1. Транспортное право: Уч. пособие. – М.: "Былина", 2001. – С.137.
2. Юридический справочник по торговому мореплаванню / Под ред. А.С. Кокина. – М.: Спарк, 2002. – с.275.
3. Гуцуляк В.Н. Морское право: Учебное пособие. – М.: РосКонсульт, 2000. – С.279.
4. Комментарий к Кодексу торгового мореплавання Российской Федерации / Под ред. Г.Г. Иванова. – М.: Спарк, 2000. – С.522.

УДК 347.764 (477)

Н. Пацурія, доц.

ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ОРГАНІЗАЦІЙНО-ГОСПОДАРСЬКИХ ПРАВОВІДНОСИН У СФЕРІ АВІАЦІЙНОГО СТРАХУВАННЯ ЩОДО ДІЯЛЬНОСТІ ПРОФЕСІЙНОГО ОБ'ЄДНАННЯ СТРАХОВИКІВ

У статті досліджуються актуальні проблеми реалізації організаційно-господарських правовідносин у сфері авіаційного страхування щодо діяльності професійного об'єднання страховиків.

В статье исследуются актуальные проблемы реализации организационно-хозяйственных правоотношений в сфере авиационного страхования относительно деятельности профессионального объединения страховщиков.

The article investigates the implementation of the urgent problems of organizational and economic relations in the field of aviation insurance with respect to the activities of a professional association of insurers.

Ключові слова: страхування, авіаційне страхування, авіаційне страхове бюро, професійне об'єднання страховиків, авіаційний страховий пул.

Ключевые слова: страхование, авиационное страхование, авиационное страховое бюро, профессиональное объединение страховщиков, авиационный страховой пул.

Key words: insurance, aviation insurance, aviation insurance bureau, professional association of insurers, aviation insurance pool.

Вступ. Страхування як система захисту майнових інтересів громадян та юридичних осіб є необхідним елементом соціально-економічної системи суспільства. Застосування інституту страхування в процесі здійснення господарської діяльності надає гарантії відновлення порушених майнових інтересів у випадку настання непередбачуваних випадкових подій. На думку фахівців в сучасному світі не створено більш раціонального та надійного соціально-економічного механізму захисту майнових інтересів суб'єктів господарювання та фізичних осіб ніж страхування [18, 5]. Вказане яскраво унаочнюється при здійсненні професійної господарської діяльності у сфері авіації.

Актуальність досліджуваної теми обумовлена наявністю законодавчих прогалин при регулюванні організаційно-господарських правовідносин в сфері авіаційного страхування та необхідністю висвітлення у вітчизняній юридичній науці проблематики щодо створення та діяльності в Україні професійного об'єднання страховиків в цій сфері.

Теоретичну основу для написання статті становлять праці вітчизняних та зарубіжних вчених – Алексеева С.С., Базилевича В.Д., Базилевич К.С., Бобрової Д.В., Брагінського М.І., Вітрянського В.В., Граве К.О., Заруби О.Д., Ідельсона В.Р., Йоффе О.С., Журавльової Ю.М., Клепикової О.В., Коссака В.М., Лунца Л.А., Никифорова В.М., Осадця С.С., Пфайфера К., Райхера В.К., Рейтмана Л.І., Серебровського В.І., Толстого Ю.К., Турбіної В.К., Фогельсона Ю.Б., Халффа Р.О., Шахова В.В., Шершеневича Г.Ф., Шимінової М.Я., Шинкаренка І.Е., Щербини В.С., Яковлева В.М., Янішена В.П. та інших авторів.

Цілями статті є дослідження актуальних проблем реалізації організаційно-господарських правовідносин у сфері авіаційного страхування щодо створення та діяльності професійного об'єднання страховиків в цій сфері. Для досягнення поставлених цілей вбачається необхідним здійснення аналізу загальних засад правового регулювання авіаційного страхування як в Україні так і в світі а також висвітлення вітчизняного та іноземного досвіду з питань створення та діяльності професійних об'єднань страховиків у вказаній сфері.

Основний зміст. Як зазначають історики, один із перших полісів страхування повітряного судна на випадок авіакатастрофи був виданий перед Першою світовою війною в Лондоні із страховою сумою у 300 ф.ст. І саме з тих пір Лондонський страховий ринок залишається одним із головних центрів світового авіаційного страхування та перестрахування. Найбільший розвиток страхування повітряних суден отримало на початку 70-х років XX століття у зв'язку із розповсюдженням комерційної експлуатації цивільних суден, початком

серійного випуску багатомісних пасажирських широко фюзеляжних авіалайнерів, вантажних повітряних суден та розширенням регулярних перевезень. Страхування ризиків авіаційної відповідальності отримало поширення з середини 50-х років XX ст. [21, 138].

Сучасна глобалізація страхових відносин є процесом стирання законодавчих та економічних бар'єрів між національними страховими ринками, що відбувається під впливом змін у світовій економіці, і має на меті формування глобального страхового простору [18, 5].

Авіаційне страхування визнається вкрай ризикованим та характеризується катастрофічними збитками. Реакцією страховиків світу на авіакатастрофи останніх десятиліть та на катастрофічні розміри збитків стало призупинення укладання договорів страхування авіаційної відповідальності перед третіми особами, а згодом необмежене зростання тарифних ставок [17].

Протягом останніх років учасники страхового ринку України намагаються переконати законодавця у необхідності розвитку даного виду страхування, який за об'єктивних умов, переживає стагнацію.

Відповідно до ст.352 Господарського кодексу України [1] страхуванням є діяльність спеціально уповноважених державних організацій та суб'єктів господарювання (страховиків), пов'язана з наданням страхових послуг юридичним особам або громадянам (страхувальникам) щодо захисту їх майнових інтересів у разі настання визначених законом чи договором страхування подій (страхових випадків), за рахунок грошових фондів, які формуються шляхом сплати страхувальниками страхових платежів.

Авіаційне страхування є одним із видів страхування, який передбачає надання страхових послуг у сфері авіації. [15, 336] Межі правового регулювання авіаційного страхування на сьогодні окреслені нормами Господарського, Цивільного [2] та Повітряного кодексів України [4], Законом України "Про страхування" [5], Постановами Кабінету Міністрів України [8], Указами Президента України [6], низкою відомчих нормативних актів та локальними актами суб'єктів страхової авіаційної діяльності.

Авіаційне страхування в Україні та за її межами, як правило, здійснюється як на добровільних засадах так і засадах обов'язковості [12; 13; 14]. Тобто у формі добровільного та/або обов'язкового авіаційного страхування.

Добровільне авіаційне страхування – це страхування, яке здійснюється на підставі договору страхування між страховиком і страхувальником, у відповідності до правил добровільного авіаційного страхування, які визначають загальні умови і порядок його здійснення, і підлягають реєстрації у державному органі нагляду за страховою діяльністю при видачі останнім ліцензії стра-

ховику на право здійснення конкретного виду добровільного авіаційного страхування.

Стаття 6 Закону України "Про страхування" визначає перелік із 20 видів добровільного страхування, який не є вичерпним. В якості добровільних видів авіаційного страхування, що вміщені у переліку вказаної статті можуть здійснюватися: страхування повітряного транспорту; страхування вантажів та багажу (вантажобагажу); страхування відповідальності власників повітряного транспорту (включаючи відповідальність перевізника). При цьому страховик може запропонувати будь-який інший вид добровільного авіаційного страхування, який не вказано у переліку ст.6 Закону України "Про страхування", розробивши і затвердивши при цьому правила добровільного страхування та подавши їх на реєстрацію до Держфінпослуг [11], за умови, що положення вказаних правил не суперечитимуть чинному законодавству України.

Перелік обов'язкових видів страхування міститься у ст.7 Закону України "Про страхування", вказаний перелік є вичерпним і в якості обов'язкових видів страхування наведена норма встановлює авіаційне страхування цивільної авіації. Для здійснення такого виду страхування Кабінет Міністрів України у Постанові від 12 жовтня 2002 року № 1535 "Про затвердження Порядку і правил проведення обов'язкового авіаційного страхування цивільної авіації" (далі – Постанова КМУ №1535) встановив порядок та правила його проведення, форми типового договору, розміри страхових сум та максимальні розміри страхових тарифів, тощо.

Згідно Постанови КМУ №1535 обов'язкове авіаційне страхування цивільної авіації проводиться з метою забезпечення захисту інтересів експлуатантів, пасажирів, третіх осіб і включає: 1) страхування відповідальності повітряного перевізника за шкоду, заподіяну пасажиром, багажу, пошти, вантажу; 2) страхування відповідальності експлуатанта повітряного судна за шкоду, заподіяну третім особам; 3) страхування членів екіпажу повітряного судна та іншого авіаційного персоналу; 4) страхування повітряних суден; 5) страхування працівників замовника авіаційних робіт, осіб, пов'язаних із забезпеченням технологічного процесу під час виконання авіаційних робіт.

Слід згадати, що Повітряний Кодекс України від 1993 року [3] (Розділ XVII) у ст. 103 встановлював, що повітряний перевізник і виконавець повітряних робіт зобов'язані страхувати: членів екіпажу і авіаційного персоналу, які перебувають на борту повітряного судна; власні, орендовані та передані їм в експлуатацію повітряні судна; а також свою відповідальність щодо відшкодування збитків, заподіяних пасажиром, багажу, пошти, вантажу, прийнятим для перевезення, іншим користувачам повітряного транспорту а усі експлуатанти – третім особам, не нижче за рівень, встановлений Урядом України. В свою чергу ст. 105 Повітряного кодексу України від 1993 року визначала, що замовник зобов'язаний страхувати своїх працівників, осіб, пов'язаних із забезпеченням технологічного процесу при виконанні авіаційних робіт, та пасажирів, які перевозяться за його заявкою без придбання квитків. Експлуатант зобов'язаний страхувати свою відповідальність щодо відшкодування збитків, які можуть бути завдані ним при виконанні авіаційних робіт.

Повітряний кодекс України від 19 травня 2011 року на сьогодні визначає, що експлуатант цивільного повітряного судна комерційної авіації зобов'язаний страхувати: 1) членів екіпажу повітряного судна та інший авіаційний персонал; 2) свою відповідальність за шкоду, заподіяну третім особам; 3) осіб, які мають право перебувати на борту повітряного судна на законних підставах без придбання квитків.

При цьому зобов'язані страхувати: експлуатант або власник цивільного повітряного судна комерційної авіації – повітряні судна; авіаперевізник – свою відповідальність за шкоду, заподіяну пасажиром, багажу, вантажу і пошти; замовник авіаційних робіт – своїх працівників, працівників інших організацій, задіяних у виконанні авіаційних робіт, та осіб, які забезпечують технологічний процес під час виконання авіаційних робіт; експлуатант або власник повітряних суден авіації загального призначення, у тому числі легких, надлегких, аеростатичних та аматорських – відповідальність за шкоду, заподіяну третім особам; аеропорт та сертифіковані суб'єкти наземного обслуговування – свою відповідальність за шкоду, заподіяну третім особам; організації, що надають послуги з аеронавігаційного обслуговування – свою відповідальність за шкоду, заподіяну третім особам; розробники, виробники цивільної авіаційної техніки, організації з технічного обслуговування, що мають право проводити випробувальні польоти – повітряні судна, членів екіпажу, інший авіаційний персонал та свою відповідальність за шкоду, заподіяну третім особам. Це положення також застосовується до навчальних закладів під час виконання навчально-тренувальних польотів (ст.118).

Традиційно до авіаційного страхування (Aviation Insurance) відносять страхування повітряних суден (так зване "aviaKACKO") поряд із страхуванням різних видів відповідальності експлуатантів повітряних суден і інших літальних апаратів перед третіми особами, перед пасажиром на випадок смерті або тілесних пошкоджень, за їх багаж, поклажу, вантаж, загальну цивільну відповідальність авіакомпанії та інші види відповідальності. Міжнародна практика відносить до сфери авіаційного страхування також багато інших видів страхування, в тому числі страхування авіа запчастин і двигунів, пасажирів від нещасних випадків, авіадиспетчерів і інших фахівців від ризику втрати можливості займатися їх професійною діяльністю, страхування відповідальності аеропортів і власників або операторів ангарів, відповідальності виробників літальних апаратів і іншої продукції авіаційно-промислового комплексу та пов'язаних з авіацією галузей [21, 138].

Так, згідно світової класифікації до авіаційного страхування відносять: 1) страхування KACKO повітряних суден; 2) страхування різноманітних видів страхової відповідальності: експлуатантів повітряних суден і інших літальних апаратів перед третіми особами; перед пасажиром на випадок смерті або тілесних пошкоджень; відповідальність за багаж або поклажу, за вантаж і пошту; загальна цивільна відповідальність аеропортів; відповідальність власників і операторів ангарів; відповідальність організаторів авіаційних виставок і авіа шоу; відповідальність товаровиробників літальних апаратів і іншої продукції авіаційно-промислового-комплексу і пов'язаних з авіацією галузей; 3) страхування пілотів і екіпажу від нещасних випадків; 4) страхування пілотів від ризику втрати професійної ліцензії [21, 139].

Сьогодні на ринку авіаційного страхування України досить активно працює до 20-ти страхових організацій, проте ліцензії на здійснення обов'язкового авіаційного страхування цивільної авіації близько 60 страховиків [17].

Найважливішим фактором, що гарантує якість надання страхових послуг у сфері авіаційного страхування, як виду страхування що забезпечує покриття катастрофічних ризиків, є фінансова стійкість страхових компаній.

Для забезпечення фінансової стійкості зазначеного виду страхування всесвітня страхова практика виробила формулу об'єднання страховиків у професійні об'єднання (пули, бюро, асоціації та інші).

Авіаційні страхові об'єднання – це основна організаційна форма співпраці страховиків, які надають послуги у

сфері авіаційного страхування. Слід вказати, що ємність великих пулів дозволяє повністю забезпечити страхування основних ризиків, пов'язаних з експлуатацією повітряних суден. Без сумніву, фінансові можливості авіаційного пулу щодо покриття великих авіаційних ризиків і компенсації збитків набагато ширше, ніж у окремих, навіть найбільш потужних страхових компаній [20].

Зрозуміло, що саме з вказаною метою український законодавець у ч.3 ст.13 Закону України "Про страхування" встановив, що страховики, яким дозволено займатися страхуванням авіаційних ризиків ... можуть створити Авіаційне страхове бюро.

Таким чином, в нормативному акті спеціальної дії встановлено диспозитивну норму щодо можливості утворення страховими компаніями, які здійснюють окремі види авіаційного страхування, професійного об'єднання страховиків.

В розвиток вказаної норми законодавець у Постанові Кабінету Міністрів України від 27 квітня 1998 року № 561 "Про затвердження Положення про Авіаційне страхове бюро" (далі – Постанова КМУ №561) [9] нано мість вказував, що бюро створюється страховиками, які мають ліцензію на право здійснення обов'язкового авіаційного страхування та зареєстровані в Державному департаменті авіаційного транспорту відповідно до Указу Президента України від 15 січня 1998 року № 17 "Про невідкладні заходи щодо забезпечення безпеки авіації України", орган управління яких прийняв рішення про вступ до Бюро, за умови виконання вимог цього Положення. Бюро створюється зазначеними страховиками шляхом укладення установчого договору. Страховики, які прийняли рішення про вступ до Бюро, подають заяви до Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг. Державна комісія з регулювання ринків фінансових послуг призначає дату проведення загальних зборів засновників Бюро.

Аналіз наведеного вище дозволяє стверджувати, що законодавець у Постанові КМУ №561 по іншому (ніж в ч.3 ст.13 Закону України "Про страхування") підходив до врегулювання вказаних відносин: 1) фактично встановивши обов'язковість вступу страховиків до професійного об'єднання; 2) чітко визначивши види обов'язкового авіаційного страхування, при отриманні ліцензій на які, страховики зобов'язані набути членства у Авіаційному страховому бюро; 3) встановивши обов'язковість проходження процедури реєстрації страховиків у Державному департаменті авіаційного транспорту (в Державіаслужбі України); 4) закріпивши процедуру подання заяви до Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг, у разі, якщо страховики, прийняли рішення про вступ до Бюро.

З огляду на те, що Постанова КМУ №561 як підзаконний нормативно-правовий акт по іншому врегулювала правовідносини визначені Законом України "Про страхування" (ч.3 ст.13) слід загострити увагу на проблемах реалізації організаційно-господарських страхових правовідносин щодо створення та діяльності Авіаційного страхового бюро в Україні, які існували в законодавстві України з 1998 по 2005 роки.

Аналізована Постанова КМУ № 561 втратила чинність на підставі Постанови Кабінету Міністрів України № 788 від 20 серпня 2005 року "Про визнання такими, що втратили чинність, деяких постанов Кабінету Міністрів України" (далі – Постанова №788).

Вказану дію законодавця слід було б визнати такою, що усуває окреслені вище проблеми правового регулювання з питань порядку і форми створення та діяльності Авіаційного страхового бюро та встановлює диспозитивність у діяльності страховиків, які мають ліцензію (ліцензії) на здійснення обов'язкового авіаційного, щодо об'єднання у професійну спілку.

В період чинності Повітряним кодексом України від 1993 року (з 1993 по 2011 рік) у ст.103 "Обов'язкове страхування" зазначалося, що повітряний перевізник і виконавець повітряних робіт *зобов'язані* [курсив мій – П.Н.] страхувати членів екіпажу і авіаційного персоналу, які перебувають на борту повітряного судна, власні, орендовані та передані їм в експлуатацію повітряні судна, а також свою відповідальність щодо відшкодування збитків, заподіяних пасажиром, багажу, пошти, вантажу, прийнятим для перевезення; іншим користувачам повітряного транспорту а усі експлуатанти – третім особам, не нижче за рівень, встановлений Урядом України.

Наведена стаття вказувала, що обов'язкове страхування, передбачене частиною першою цієї статті, здійснюється страховиками, які визнані такими відповідно до законодавства України, одержали в установленому порядку ліцензії на здійснення цього виду страхування і є членами Авіаційного страхового бюро [курсив мій – П.Н.], яке здійснює координацію діяльності страховиків у галузі страхування авіаційних ризиків та представляє їх інтереси у міжнародних об'єднаннях страховиків. Утворення Авіаційного страхового бюро та його державна реєстрація здійснюються в порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України.

Таким чином, Повітряний кодекс України від 1993 року встановлював пряму залежність надання послуг із обов'язкового авіаційного страхування від факту набуття членства страховика у Авіаційному страховому бюро, тобто фактично вказував на обов'язковість такої процедури.

З огляду на викладене, вважається, що довгий час головним недоліком у реалізації організаційно-господарських страхових правовідносин щодо створення та діяльності Авіаційного страхового бюро вбачалася відсутність чіткої позиції законодавця щодо питання диспозитивності та/або обов'язковості набуття членства у Авіаційному страховому, адже два законодавчих акта вищої юридичної сили встановлювали різні правові режими (форми) об'єднання страховиків, які надають послуги у сфері авіаційного страхування, що визнавалося недоліком законодавчої техніки і створювало конкуренцію норм.

Новий Повітряний кодекс України у розділі 16 "авіаційне страхування" жодним чином не згадує про будь-яке професійне об'єднання страховиків у сфері авіаційного страхування.

І знову в законодавстві, у відповідності до Закону України "Про страхування", ми спостерігаємо положення про "можливість" (диспозитивність) створення на страховому ринку України Авіаційного страхового бюро. Вказане слід було б розглядати як позитивний крок правотворення, щодо впорядкування питань стовно порядку створення та організаційної форми діяльності професійного об'єднання страховиків. Тим не менш, головна проблема у реалізації організаційно-господарських страхових правовідносин щодо діяльності професійного об'єднання страховиків у сфері авіації полягає в іншому – у повній відсутності вказаного виду об'єднання у будь-якій формі на страховому ринку України.

Слід вказати, що такий вид професійного об'єднання певний час існував на вітчизняному страховому ринку. І тут доцільно згадати історичні факти. Авіаційне страхове бюро було створено в Україні у відповідності до Постанови КМУ № 561 і юридично припинило свою діяльність у 2005 році з моменту набуття чинності Постановою КМУ № 788. Однак, фактично Авіаційне страхове бюро України не працювало вже з 2002 року. При цьому, протягом існування Авіаційного страхового бюро його діяльність не задовольняла потреби учасників страхового ринку України, які надавали послуги із авіаційного страхування. Так, Білошицька Л.А. Голова правління ЗАТ СК "Укргаз" вказувала, "формально, ми ма-

емо Авіаційне страхове бюро. На превеликий жаль, Авіаційне страхове бюро не піднялось ані до рівня Морського, ані до Моторного бюро. Може, це пов'язано з нашим менталітетом, та авіаційні страховики вирішують свої проблеми самотужки. Не хочеться нікого ображати, але особисто я не в захваті від такого об'єднання, яке не може захистити себе від зазіхань колишніх працівників. ... Дуже жаль, що ми розвалили те, що було, не побудувавши нічого нового кращого" [17].

Одна з найгостріших проблем яка поставала перед Авіаційним страховим бюро – це мала фінансова ємність українського авіаційного страхового ринку. Страхові ризики у сфері авіації, як правило, сягають десятків мільйонів доларів, а розмістити на вітчизняному страховому ринку вдавалося не більше \$1-2 млн. [17].

Не зважаючи на відсутність Авіаційного страхового бюро на страховому ринку України, необхідність об'єднання страховиків, що надають послуги у сфері авіації, переважно в *організаційній формі страхового пулу*, доведена міжнародною практикою.

Організація діяльності страхових пулів заснована на принципах, які були сформульовані Л.І. Рейтманом: "Страховий пул – це об'єднання страхових компаній для спільного страхування певних ризиків, що створюється переважно при прийнятті на страхування великих і небезпечних ризиків. Діяльність страхового пулу будується на принципах співстрахування.

Кожна компанія передає в пул застраховані ризики, отримує певну частку внесків і в тій же частці несе відповідальність по відшкодуванню збитків." [19, 99].

Метою створення страхових пулів є задоволення потреб страхувальників, страховиків, а також перестраховиків, в організації комплексного страхового захисту певних майнових інтересів, у тому числі за рахунок забезпечення фінансової стійкості страхових операцій, а також гарантій страхових виплат [16, с.43-44].

У світовій страховій практиці існують різні види страхових пулів. Практично в кожній країні функціонують національні страхові пули, які створюються страховими компаніями в певних галузях страхової діяльності. Страховик, що вступає в пул, повинен мати ліцензію на проведення відповідних видів страхування. Вступ в пул не обмежує можливостей страховика в його відносинах з третіми особами і не є перешкодою для участі в інших професійних об'єднаннях.

Страхування великих ризиків (авіаційні, атомні, військові і т.д.), як зазначалося раніше, через страхові пули надає страховикам можливість перерозподіляти ці ризики з іншими страховиками, що позитивно впливає на фінансову стійкість страхування та виконання страхових зобов'язань [22, с.123]. Принцип розподілу ризиків встановлюється дог.твором між учасниками пулу.

В наш час у світі функціонують наступні пули у сфері авіаційного страхування: Австралійський авіаційний пул під егідою страхової компанії Кью-Бі-І Австралія; Американський авіаційний пул "Авіаційна страхова група США"; Американський авіаційний пул "Асоційовані авіаційні андеррайтери"; Швейцарський авіаційний пул під егідою страхової компанії Уинтертур; Японський авіаційний пул під егідою перестрахової компанії Тао Реиншуранс Ко [21, 138].

Як правило кожен із вказаних об'єднань страховиків має подібну структуру органів управління: загальні збори – найвищий орган об'єднання, до компетенції якого входить вибір і затвердження комітетів пулу, затвердження звітів виконавчих органів пулу, вибір і затвердження членів правління об'єднання, прийняття рішення про внесення змін до договору про дольову участь у пулі і про його ліквідацію; комітети – вирішують технічні питання діяльності пулу, питання про розмір комісійної винагороди членам пулу (брокерам, агентам та ін.); правління –

керує поточною діяльністю об'єднання, приймає рішення за пропозиціями підготовленими комітетами, репрезентує пул у міжнародних об'єднаннях [21, 139].

Вказані види об'єднань страховиків безпосередньо страховою діяльністю не займаються.

Крім того, слід означити ще одну проблему, яка зводить нанівець можливість функціонування професійного об'єднань страховиків у сфері авіації на страховому ринку України – це відсутність у національному законодавстві окремого спеціального нормативно-правового акту, який би визначив особливості правового становища некомерційних (непідприємницьких) організацій.

Викладене доводить об'єктивну необхідність створення в Україні професійного страхового об'єднання страховиків у сфері авіації, переважно в організаційній формі страхового пулу на засадах обов'язковості.

Наведене дозволяє сформулювати пропозиції до законодавця, а саме:

1. Прийняти Закон України "Про некомерційні (непідприємницькі) організації", в якому визначити понятійний апарат, мету діяльності, особливості функціонування, організаційні форми не комерційних суб'єктів господарювання, правові підстави створення та припинення їх діяльності, тощо;

2. Внести зміни до Закону України "Про страхування" в частині закріплення імперативної норми стосовно створення в Україні Авіаційного страхового пулу;

3. Закріпити в Законі України "Про страхування" та в Повітряному кодексі України поняття авіаційного страхового пулу, яке можна сформулювати наступним чином: *Авіаційний страховий пул* – це обов'язкове об'єднання страховиків, яким на підставі ліцензії дозволено здійснювати обов'язкове страхування відповідальності повітряного перевізника за шкоду, заподіяну пасажиром, багажу, пошти, вантажу; страхування відповідальності експлуатанта повітряного судна за шкоду, заподіяну третім особам; страхування членів екіпажу повітряного судна та іншого авіаційного персоналу; страхування повітряних суден; страхування працівників замовника авіаційних робіт, осіб, пов'язаних із забезпеченням технологічного процесу під час виконання авіаційних робіт.

4. Прийняти Положення "Про авіаційний страховий пул України";

5. Закріпити в Положенні "Про авіаційний страховий пул України" наступні умови що визначають правовий статус такого об'єднання, а саме: пул є юридичною особою, яка утворюється і діє відповідно до установчих документів та положення про нього; пул є неприбутковою організацією, яка утримується за рахунок внесків його членів та не провадить підприємницької та страхової діяльності; пул може створювати фонди, загальна кількість, цільове призначення, порядок формування, наповнення та витрачання яких визначаються загальними зборами членів пулу; метою утворення Пулу є координація діяльності його членів, пов'язаної зі обов'язковим страхуванням: відповідальності повітряного перевізника за шкоду, заподіяну пасажиром, багажу, пошти, вантажу; відповідальності експлуатанта повітряного судна за шкоду, заподіяну третім особам; членів екіпажу повітряного судна та іншого авіаційного персоналу; повітряних суден; працівників замовника авіаційних робіт, осіб, пов'язаних із забезпеченням технологічного процесу під час виконання авіаційних робіт; основними завданнями пулу є: здійснення організаційних заходів щодо співстрахування та перестрахування з метою забезпечення фінансової надійності страховиків – членів пулу; впровадження єдиних для всіх членів пулу правил поведінки на ринку страхових послуг, а також правил, спрямованих на захист прав страховиків і запобігання порушенням та зловживанням; участь у розробленні проектів нормативно-правових актів, що сприяють до-

сягненню завдань пулу; представництво у відносинах з органами державної влади, страхувальниками, страховиками, об'єднаннями страховиків і громадськими організаціями, захист інтересів членів пулу; установа та підтримання зв'язків з іноземними фахівцями у сфері страхування, координація взаємовідносин з об'єднаннями страховиків інших країн; організація навчання і підвищення кваліфікації працівників страховиків – членів пулу, інших підприємств, установ та організацій, проведення семінарів, конференцій з обов'язкового страхування; утворення філій, представництв та інших відокремлених підрозділів; організація методологічного супроводження діяльності пулу; розроблення та здійснення спільних програм та методів здійснення страхування будівельних ризиків, заходів щодо запобігання страховим випадкам; вищим органом управління пулу є загальні збори його членів. Порядок формування та повноваження органів управління пулу визначаються установчими документами.

Крім того, законодавцю, при розробленні положень про авіаційний страховий пул України, слід приділити увагу: врегулюванню питання щодо порядку і правил застосування вітчизняним страховиками стандартних Застережень Інституту авіаційних страховиків Ллойд та уніфікованих умов лондонських страховиків; проблемі недостатнього фінансування Державного спеціалізованого фонду фінансування загальнодержавних витрат на авіаційну діяльність [7]; процесам вивчення, дослідження та розробки методології функціонування професійного об'єднання страховиків у сфері авіації, методології оформлення угод, методології роботи при настанні страхових подій.

Висновок. Викладене доводить наявність проблем у реалізації організаційно-господарських правовідносин в сфері авіаційного страхування щодо діяльності професійного об'єднання страховиків у сфері авіації в Україні. Для вирішення в вищезазначених проблем сфера авіаційного страхування потребує посилення державного контролю та належного законодавчого регулювання.

Перспективи подальших розвідок у напрямку дослідження реалізації організаційно-господарських правовідносин в сфері авіаційного страхування в тому числі щодо діяльності професійного об'єднання страховиків полягають у законодавчому закріпленні наведених у статті пропозицій щодо внесення змін та/або доповнень до законодавства України.

УДК 347.732

В. Рєзнікова, доц.

ФІНАНСОВЕ ПОСЕРЕДНИЦТВО: ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

В даній статті розкривається поняття фінансового ринку, а також його співвідношення з ринком фінансових послуг. Визначено поняття фінансового посередництва, а також фінансових посередників, здійснено класифікацію останніх. З'ясовано роль та економіко-правове значення фінансового посередництва для сфери господарювання як невід'ємної складової в структурі фінансового ринку.

Ключові слова: фінансовий ринок, ринок фінансових послуг, фінансове посередництво, фінансові посередники.

В данной статье раскрывается понятие финансового рынка, а также его соотношение с рынком финансовых услуг. Определено понятие финансового посредничества, а также финансовых посредников, осуществлена классификация последних. Исследованы роль и экономико-правовое значение финансового посредничества для сферы хозяйствования как неотъемлемой составляющей в структуре финансового рынка.

Ключевые слова: финансовый рынок, рынок финансовых услуг, финансовое посредничество, финансовые посредники.

This article deals with the concept of financial markets, as well as its relationship with financial services market. The concept of financial intermediation is defined, as well as financial intermediaries, the classification of the latter is made. The role and the economic and legal significance of financial intermediation for economic sphere, as an integral component in the structure of the financial market is investigated.

Keywords: financial market, the financial services market, financial mediation, financial intermediaries.

Фундаментом формування ринкових відносин і структур, що забезпечують умови глибокої структурної перебудови економіки, є фінансовий ринок. У контексті дослідження фінансового посередництва його можна

1. Господарський кодекс України від 16.01.2003 року // Офіційний вісник України. – 2003. – №11. – ст.462.
2. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року // Офіційний вісник України. – 2003. – №11. – Ст. 461.
3. Повітряний кодекс України від 4 травня 1993 року № 3167-XII // Відомості Верховної Ради України – 1993 – № 25. – Ст. 274.
4. Повітряний кодекс України від 19 травня 2011 року // Офіційний вісник України. – 2011. – № 46. – Ст. 1881.
5. Закон України від 7 березня 1996 року № 85/96-ВР "Про страхування" // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №18. – Ст.78.
6. Указ Президента України від 15 січня 1998 року № 17 "Про невідкладні заходи щодо забезпечення безпеки авіації України" // Урядовий кур'єр. – 1998. – № 13-14. – 22 січня.
7. Постанова Кабінету Міністрів України від 28.09.1993 року № 819 "Про створення Державного спеціалізованого фонду фінансування загальнодержавних витрат на авіаційну діяльність та участь України у міжнародних авіаційних організаціях" [Електронний ресурс] / Законодавство України. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>
8. Постанова Кабінету Міністрів України від 12.10.2002 року № 1535 "Про затвердження Порядку і правил проведення обов'язкового авіаційного страхування цивільної авіації" // Офіційний вісник України. – 2002. – № 42.-стор. 157. – Ст. 1943.
9. Постанова Кабінету Міністрів України від 27 квітня 1998 року № 561 "Про порядок утворення та державної реєстрації Авіаційного страхового бюро і Морського страхового бюро" // Офіційний вісник України. – 1998. – №17. – Ст.625.
10. Постановами Кабінету Міністрів України від 12 жовтня 2002 року № 1535 "Про затвердження Порядку і правил проведення обов'язкового авіаційного страхування цивільної авіації" // Офіційний вісник України. – 2002. – № 42.-стор. 157. – Ст.1943.
11. Розпорядження Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України "Про затвердження скороченої назви Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України" №РК-10/2003 від 24.07.2003 року // [Електронний ресурс] / Інформаційно – правова система ЛІГА:ЕЛІТ.
12. Воздушный кодекс Российской Федерации от 19 марта 1997 года №60-ФЗ [Електронний ресурс] / "Консультант". – Режим доступу: <http://www.consultant.ru/popular/air/>
13. Закон Российской Федерации от 27 ноября 1992 года № 4015-1 "Об организации страхового дела в Российской Федерации" [Електронний ресурс] / "Консультант". – Режим доступу: <http://www.consultant.ru/popular/>
14. Постановление Правительства РФ от 27 октября 2008 года № 797 "Об утверждении Типовых правил обязательного страхования гражданской ответственности перевозчика перед пассажирами воздушного судна" // Собрание законодательства РФ. – 2008. – № 44. – ст. 5099.
15. Булгакова І. В., Клепікова О. В. Транспортне право України : [підруч. для студ. вищ. навч. закл.] / К.: Прецедент, 2011. – 344 с.
16. Комментарий к закону РФ "Об организации страхового дела в РФ" // Н.Г. Кабанцева, В.А. Ларионова. – М.: Волтерс Клувер, 2007.
17. Парашак О., Лисенко Н. Специфіка ринку авіа страхування. – [Електронний ресурс] / Режим доступу: <http://www.forinsurer.com>
18. Семеняка В.В. Цивільно-правове регулювання страхування в сфері космічної діяльності. Дис... канд. юр. наук: 12.00.03. – Київ, 2003. – 199 с.
19. Страхование дело/ под ред. Рейтмана Л.И. – М.:Банковский и биржевой научно-консультационный центр, 1992. – 524 с.
20. Формы объединения страховщиков. [Електронний ресурс] / Режим доступу: <http://strachconsult.ru/pravovaya-baza-obedineniya-straxovshnikov>
21. Шинкаренко І.Э. Страхование ответственности : справочник. – 2-е изд., испр. и доп. – М.: Анкил, 2006. – 416 с.
22. Камынина М.Г., Солнцева Е.Е. Перестрахование. Практическое руководство для страховых компаний. – М.: АО "ДИС", 1994. – 138 с.

Надійшла до редколегії 12.09.11

фінансових інститутів, які забезпечують ефективний перерозподіл фінансових ресурсів від донорів (інвесторів) до реципієнтів.

Питання функціонування фінансового ринку, а також фінансового посередництва, як його невід'ємної складової, були предметом дослідження таких вчених – економістів та/або фінансистів, як: Г. Вознюк, А. Загороднього, В. Зимовець, С. Зубик, С. Маслової, О. Опалова, Є. Боброва, В. Шелудько, О. Сліпушко, Т. Смовженко, С. Черкасова, В. Корнєєва та ін. Цивільно-правове регулювання ринку фінансових послуг є предметом досліджень Н. Дроздової. В той же час, фінансове посередництво не було предметом спеціальних господарсько-правових досліджень.

Метою дослідження в цьому аспекті є визначення поняття фінансового ринку, а також його співвідношення з ринком фінансових послуг; визначення поняття фінансового посередництва, а також фінансових посередників, їх класифікація; виявлення ролі та значення фінансових посередників для сфери господарювання як невід'ємної складової в структурі фінансового ринку.

Намагаючись послідовно дати відповіді на всі ці питання зазначимо найперше, що суб'єкти фінансового ринку можуть виступати в ролі як позичальника, так і інвестора. Роль посередника на цьому ринку, за переконанням С. О. Маслової та О. А. Опалова, відіграють фінансові інститути – посередники, які забезпечують зустріч інвестора і позичальника: банківські установи (емісійні, комерційні, інвестиційні, іпотечні, зовнішньоторговельні банки) та спеціалізовані небанківські установи (страхові та інвестиційні компанії, фінансові, пенсійні фонди, ощадні установи) [1, 16–17]. Фінансовий ринок – це саморегулююча система ринків, де концентрується попит та пропозиція на різні фінансові активи, послуги, що пов'язані з придбанням активів; це сфера господарських відносин між суб'єктами ринку в процесі формування та реалізації попиту і пропозиції фінансових активів [2]. Таке визначення фінансового ринку, зважаючи на нормативно визначене ЗУ від 12.07.2001 р. "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг" поняття фінансової послуги як операції з фінансовими активами, ближче до визначення поняття ринку фінансових послуг на тій підставі, що не враховує всього обсягу функцій фінансового ринку, але характеризує призначення ринку фінансових послуг. З функціонального погляду фінансовий ринок – це сфера ринкових відносин, що є механізмом, який акумулює і перерозподіляє грошові засоби суспільства між різними секторами і галузями, створює умови ефективного їх переливання і використання, сприяє капіталізації господарських відносин. З організаційного погляду фінансовий ринок – це сукупність різноманітних структурних елементів фінансових відносин, що взаємопов'язані й утворюють певні підсистеми, які можна розглядати як самостійні системи [3, 112–120]. Це дає підстави вважати ринок фінансових послуг самостійною підсистемою фінансового ринку. Деякі автори розглядають фінансовий ринок як ринок, де обіртаються капітали [4]. Інші науковці пропонують розглядати фінансовий ринок як ринок фінансових активів (елементами його є золото та дорогоцінні метали, національна валюта, позичковий капітал (кредити), цінні папери). Складовими фінансового ринку є валютний ринок, ринок національних коштів і фондовий ринок [5]. Фінансовий ринок можна визначити як такий ринок, що призначений для здійснення угод між покупцями та продавцями фінансових ресурсів за сприяння фінансових посередників і є сукупністю ринків – фондового, кредитного, валютного і ринку дорогоцінних металів.

Сутність ринку фінансових послуг в тому, що він відображає конкретні форми організації руху фінансових ресурсів за допомогою фінансово-кредитного механізму між суб'єктами господарювання і не є учасником. У розумінні Є. А. Боброва, ринок фінансових послуг – це сукупність відносин продавець-покупець, що здійснюються через фінансові послуги як сферу господарської діяльності [6, 88–94]. На підтвердження цієї точки зору деякі автори зазначають, що фінансовий ринок – це ринок, де об'єктом купівлі-продажу є різноманітні фінансові інструменти та ресурси [7]. Ринок фінансових послуг – це діяльність державних і фінансових інститутів щодо задоволення фінансових потреб і формування пропозицій на фінансові і супутні послуги у межах держави або у світовій інтеграції [8, 30–35]. У розвинених країнах ринок фінансових послуг має таку структуру: інвестиційний, банківський, страховий сектори. В Україні, згідно з ЗУ від 12.07.2001 р. "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг", ринок фінансових послуг включає: професійні послуги на ринках банківських, страхових, інвестиційних послуг, на ринку цінних паперів, професійні послуги на інших видах ринків, що забезпечують обіг фінансових активів. Ринок фінансових послуг – це система господарських відносин, що забезпечує акумулювання та перерозподіл вільного капіталу в сфері господарювання через надання та споживання фінансових послуг. Завдання ринку фінансових послуг – акумулювання та перерозподіл капіталу, наявного в суспільстві, для інвестування його в економіку країни, для забезпечення найбільш повного задоволення потреб споживачів у фінансових послугах за їх обсягом, структурою та якістю. Функціонування ринку фінансових послуг забезпечує кругообіг фінансових ресурсів у суспільстві. Головними суб'єктами такого кругообігу є власники та позичальники вільного капіталу. У процесі господарювання в одних суб'єктах ринку виникає потреба в коштах для розширення господарської діяльності або задоволення споживчих потреб, одночасно в інших – накопичуються заощадження, що можуть бути використані для інвестицій. Зазначені суб'єкти реалізують свої наміри на ринку шляхом проведення фінансових операцій за посередництва фінансових установ. Споживачі фінансових послуг звертаються до посередництва фінансових установ з метою задоволення намірів щодо: надійного та прибуткового розміщення заощаджених коштів; здійснення ефективного індивідуального або спільного інвестування; передачі в довічне управління майна та фінансових активів тощо. Саме тому, мабуть, В. М. Шелудько в структурі фінансового ринку виокремлює окремо ринок фінансового посередництва. На думку автора, ступінь розвитку фінансового ринку характеризується кількістю фінансових посередників і різноманітністю фінансових послуг, які вони надають. На розвиненому ринку здійснює свою господарську діяльність величезна кількість фінансових посередників, які за відповідну плату надають різні види фінансових послуг. Ці послуги пов'язані як з емісією фінансових активів, так і з їх обігом на вторинному ринку. Визначення ринку фінансового посередництва автор не наводить, однак зазначає, що інструменти ринку не тільки задовольняють потреби інвесторів щодо купівлі-продажу фінансових активів на регулярній основі за ринковою ціною, а й надають інформаційні, консультаційні, управлінські послуги [9].

Ринок фінансових послуг – це система господарських відносин, що виникають між фінансовими посередниками та іншими суб'єктами господарювання щодо розподілу фінансових ресурсів, купівлі-продажу тимчасово вільних грошових коштів і цінних паперів. Суб'єк-

тами ринку фінансових послуг виступають власники фінансових ресурсів, їх користувачі, фінансові посередники, а також держава в особі спеціальних органів нагляду й контролю. Фінансовими посередниками є особи, які сприяють налагодженню контактів і укладенню угод між власниками і користувачами фінансових ресурсів. Роль таких осіб виконують фінансові установи. Фінансова установа – це юридична особа, яка відповідно до закону надає одну чи декілька фінансових послуг, а також інші послуги (операції), пов'язані з наданням фінансових послуг у випадках, прямо визначених законом, та внесена до відповідного реєстру в установленому законом порядку. До фінансових установ належать банки, лізингові компанії, довірчі товариства, установи накопичувального пенсійного забезпечення, інвестиційні фонди і компанії, інші юридичні особи, виключним видом діяльності яких є надання фінансових послуг, а у випадках, прямо визначених законом, інших послуг (операцій), пов'язаних з наданням фінансових послуг. Фінансову установу розглядають за двома ключовими концепціями: як сферу надання фінансових послуг і як суб'єкта господарювання, що надає фінансові послуги [10, 61–65]. З організаційної точки зору, ринок фінансових послуг є сукупністю фінансових інститутів, що обумовлюють перебіг коштів від власників фінансових ресурсів до їх користувачів за допомогою фінансових посередників та під контролем державних органів управління. За ЗУ від 12.07.2001 р. "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг", ринки фінансових послуг є сферою діяльності учасників ринків фінансових послуг з метою надання та споживання певних фінансових послуг. До ринків фінансових послуг належать професійні послуги на ринках банківських послуг, страхових послуг, інвестиційних послуг, операцій з цінними паперами та інших видах ринків, що забезпечують обіг фінансових активів. Робота за фінансовими активами передбачає наявність двох каналів, за якими фінансові активи переміщуються від власників заощаджень до позичальників. Це переміщення може здійснюватися за двома напрямками: пряме фінансування та непряме фінансування (інвестування). У першому випадку інвестори беруть на себе ризик самостійного користування коштами і зазнають значних витрат, яких могли б уникнути, обираючи метод непрямого фінансування за допомогою фінансових посередників. Фінансові посередники, здійснюючи значні операції з фінансовими активами, зменшують для учасників ринку відповідні ризики і витрати на проведення операцій, інформаційне забезпечення та ін. Отже, фінансовими посередниками є фінансові установи, чій функції полягають в акумулюванні коштів громадян та юридичних осіб і подальшому їх наданні на комерційних засадах у розпорядження позичальників. Фінансові посередники посідають одне з центральних місць на фінансовому ринку як спеціалізовані інститути, що опосередковують рух фінансових ресурсів, залучаючи їх шляхом розміщення фінансових інструментів власного випуску (в т.ч. виражених у формі цінних паперів) серед індивідуальних інвесторів та вкладаючи закупувані таким чином кошти в різноманітні фінансові активи. У широкому розумінні фінансових посередників можна характеризувати як господарські організації, які надають своїм клієнтам посередницькі за змістом послуги у сфері інвестування. Фінансові посередники – це також й інститути, які організовують безпосереднє регулювання попиту та пропозиції на фінансові ресурси в економіці, основні суб'єкти ринку капіталів. Фінансові посередники є інституційними (а не індивідуальними) учасниками фінансового ринку, які структурують спектр фінансових

послуг відповідно до рівня розвитку фінансової системи держави. У цьому значенні інституційні учасники, на противагу індивідуальним, є колективними учасниками, котрі здійснюють різні види професійної діяльності з фінансовими активами, розподіляють прибуток між засновниками та довірцями відповідно до правових норм і конкретної господарської угоди. Інституційний учасник опікується капіталом своїх клієнтів, шукає оптимальні (з точки зору співвідношення ризику й дохідності) варіанти розміщення капіталу – в цьому головна перевага його фінансової поведінки. Індивідуальний учасник розпоряджається своїми коштами самостійно й отриманий прибуток повністю належить йому. До фінансових посередників, на відміну від інших господарських структур, висуваються високі вимоги: обов'язкова наявність спеціальної підготовки фахівців, відповідна якість надання послуг клієнтам. Послуги фінансових посередників об'єктивно зумовлюються диверсифікацією можливостей розміщення/акумуляції капіталу й поглиблення спеціалізації в діяльності суб'єктів господарювання. Двоєдність пропозиції та попиту щодо фінансової послуги визначає "імпульс" розвитку фінансового посередництва у сфері господарювання.

Щодо питання класифікації фінансових посередників немає єдиної точки зору ні у вітчизняній, ні в зарубіжній літературі. Класифікація видів фінансових посередників не є типовою для різних країн, багато в чому залежить від загального рівня економічного розвитку, практичних потреб учасників ринку, визначається національними традиціями ведення бізнесу, рівнем фінансової культури й іншими чинниками. Внаслідок цього є відмінності щодо трактування, визначення структури фінансового посередництва. У міжнародному середовищі застосовується класифікація видів фінансових посередників з огляду на пропоновані ними фінансові послуги. Вона диференціює посередників за напрямками діяльності: а) депозитні установи (банки, кредитні товариства – спілки); б) контрактно-ощадні установи (страхові компанії, пенсійні фонди, ощадні асоціації); в) інвестиційні установи (інвестиційні банки, ІСІ тощо). У вітчизняній літературі найпоширенішим є поділ фінансових посередників на дві групи: банки та небанківські фінансово-кредитні установи, які інколи називають ще спеціалізованими фінансово-кредитними установами ("парабанками"). В американській літературі фінансових посередників поділяють на три групи: депозитні інституції, договірні ощадні інституції, інвестиційні посередники. В американській практиці господарювання, крім депозитних і недепозитних посередницьких установ, вирізняються також фінансові установи федерального уряду. Через це при структуризації посередництва враховуються американські особливості ведення фінансового бізнесу – значна лібералізація та високоліквідний фондовий ринок. Натомість у континентальній Європі та Японії умови фінансування розвитку сфери господарювання більш жорсткі, реструкційні: наголос робиться переважно на банківському обслуговуванні клієнтських потреб, посередницький сервіс тут часто розглядається як банківський. Рівнопропорційне позиціонування банківських та небанківських посередників у країнах ґрунтується на різних моделях фінансового ринку, переважно на агло-саксонській і романо-германській. Загалом же, світова практика свідчить про кілька основних видів фінансових посередників, до яких відносять фінансових брокерів (посередників), торговців цінними паперами (дилерів), інвестиційні фонди і компанії, інвестиційних консультантів, довірчих товариств (трастові компанії). Фінансових посередників поділяють також на три основні групи: депозитні інститути, ощадні інститути та інве-

стиційні посередники. До категорії депозитних інститутів належать установи, які залучають кошти на депозити, надають кредити клієнтам і учасникам (комерційні та ощадні банки, інші ощадні, кредитні установи). До категорії договірних ощадних інститутів належать установи, які у процесі своєї діяльності здійснюють довготермінове накопичення капіталів клієнтів (учасників) з метою проведення подальших виплат цільового характеру на користь таких клієнтів (учасників), як страхові компанії, пенсійні фонди. До категорії інвестиційних посередників належать установи, діяльність яких полягає в об'єднанні коштів індивідуальних інвесторів (клієнтів) та розміщенні цих коштів у різноманітних фінансових активах з метою отримання прибутку. Це так звані ІСІ – різноманітні інвестиційні фонди. А. Загородній, О. Сліпушко, Г. Вознюк, Т. Смовженко вважають, що фінансові посередники – це сукупність фінансових установ (банки, страхові компанії, кредитні спілки, пенсійні фонди тощо), чиї функції полягають в акумулюванні коштів громадян та юридичних осіб і подальшому їх наданні на комерційних засадах у розпорядження позичальників [11]. За цим визначенням, головне завдання фінансових посередників, які складають інфраструктуру ринку, – спрямовувати рух капіталу (інвестиційних ресурсів) до найефективніших споживачів. Посередники сприяють зниженню ризику вкладень власників малих заощаджень, забезпечуючи їм сталі доходи. Відсутність фінансових посередників на ринку може спричинити до операційного його згорання, підвищення рівня натуралізації (бартеризації) господарського життя [12, 35–37]. В. В. Зимовець, С. П. Зубик вважають, що у широкому розумінні до фінансових посередників треба відносити: 1) комісіонерів (фінансові установи, які опосередковують рух фінансових інвестицій між різноманітними власниками), які не набувають права власності на фінансові інвестиції і, як правило, не формують інвестиційних портфелів; 2) фінансові установи, які набувають права власності (в т.ч. на правах повіреного) на фінансові активи з метою формування інвестиційних портфелів і ведення комерційної діяльності з цінними паперами, у т.ч. й фінансові посередники у вузькому розумінні (депозитні, договірні ощадні та інвестиційні інститути), фінансові дилери та інститути довірчого управління [13, 4]. Таке різноманіття у класифікації фінансових посередників зумовлюється двома обставинами: неоднозначністю трактування самого поняття "банк" та нерозробленістю загально визнаних критеріїв класифікації всіх посередників. У європейському законодавстві "банк" трактується ширше, ніж в американському. Через це деякі з інституцій, які за європейським законодавством належать до спеціалізованих банків (наприклад, інвестиційні банки) за американським законодавством не є такими, тому в літературі їх відносять до спеціалізованих небанківських інституцій (інвестиційних посередників). Звідси пропозиція класифікувати всіх фінансових посередників за одним критерієм – участю їх у формуванні пропозиції грошових коштів. За цим критерієм фінансових посередників поділяють на: 1) банки, які через грошово-кредитний мультиплікатор можуть впливати на пропозицію грошей; 2) небанківські фінансові посередники (фінансово-кредитні установи), що цього робити не можуть [19]. С. В. Черкасова, класифікуючи учасників ринку фінансових послуг за функціями, поділяє їх на: емітентів, індивідуальних інвесторів, інституційних інвесторів, фінансових посередників, інститути інфраструктури ринку, зазначаючи, що фінансовими посередниками є фінансові установи, які через реалізацію різноманітних фінансових операцій забезпечують акумулювання наявного капіталу у суспільстві та

його перерозподіл. Фінансові посередники реалізують себе як offerenti фінансових послуг. У залежності від виду фінансової установи, в складі offerentів фінансових послуг авторка виділяє банки, довірчі товариства, лізингові і факторингові компанії, брокерів, торговців цінними паперами, компанії з управління активами, ІСІ тощо [14, 30–32]. С. В. Герасимова визначає фінансових посередників як сукупність фінансових установ, оскільки ці установи акумулюють кошти фізичних та юридичних осіб, у т.ч. й шляхом випуску цінних паперів, а потім на комерційних засадах надають ці кошти позичальникам [15, 104]. В. В. Корнєєв, використовує "розширений" підхід, – розкриває значення посередників не тільки як поєднувальної сервісної ланки в супроводі кругообігу капіталу, але і як ринкових інститутів, котрі сприяють актам купівлі/продажу й самі придбавають фінансові активи для подальшого їх продажу [16, 78–79]. За таким підходом фінансових посередників трактують як продуцентів фінансових послуг і одночасно як дистриб'юторів фінансових ресурсів при переміщенні останніх між учасниками ринку. Їхнє призначення – поєднання господарських інтересів постачальників (інвесторів) і споживачів (реципієнтів) фінансового капіталу шляхом надання відповідних фінансових послуг. Головним завданням посередників є спрямування руху капіталу до його споживачів. Основою функціонування посередницьких структур є як реалізація прямих кредитно-інвестиційних угод (безпосереднє фінансування клієнтів), так і заміна прямого (безпосереднього) фінансування непрямым через випуск власником вторинних зобов'язань. Логічно, що при оперуванні фінансовими ресурсами предметом діяльності посередників виступають такі активи, як цінні папери і гроші.

Фінансове посередництво як самостійний вид господарювання виділяють на сьогодні як економісти, так і правники. За визначенням Ф. Мишкіна, фінансове посередництво – це процес непрямого інвестування, за якого фінансові посередники позичають кошти у тих, які їх заощадили, і, в свою чергу, надають позики іншим [17, 903]. Суттєвим у цьому визначенні є те, що фінансове посередництво розглядається як діяльність, що сприяє трансформації заощаджень в інвестиції. Вбачається, що фінансове посередництво – це система опосередкованого фінансування, яка полягає в залученні фінансових ресурсів з метою їх подальшого розміщення у фінансові активи. Коли залучені ресурси вкладаються в нефінансові активи, то вже не йдеться про фінансове посередництво. Водночас наведене визначення є неповним, оскільки фінансові посередники надають не лише позики (позики надають, як правило, банківські установи), а й вкладають кошти в корпоративні права, цінні папери, а також надають інші фінансові послуги. Фінансове посередництво означає професійну діяльність банківських та небанківських фінансових установ щодо задоволення господарських потреб клієнтів шляхом надання їм відповідних фінансових послуг. На думку В. В. Корнєєва, фінансові посередники є спеціалізованими професійними операторами фінансового ринку – кредитно-інвестиційними установами, що пропонують і реалізують фінансові послуги як особливий товар на умовах провадження виняткових і суміжних видів діяльності [16, 77–85]. Ризики й ресурси перерозподіляються між постачальниками та споживачами фінансового капіталу, між інвесторами/кредиторами та реципієнтами коштів у динаміці руху активів. Винятковий вид діяльності означає його обов'язкову виокремленість із сукупності інших, а поєднаний – дає змогу сполучити різні види діяльності. Потужним важелем регламентації функціонування фінансових посередників

є заборона їхньої виробничої й торгівельної діяльності (торгівлі нефінансовими активами). Затребуваність і пропозиція фінансових послуг є визначальними елементами в наведеному тлумаченні терміна "фінансові посередники". З ускладненням фінансової системи, відповідно, збільшується кількість послуг, які пропонують посередники. За рахунок збільшення обсягу послуг посередники здійснюють регулювання попиту та пропозиції на фінансовому ринку. Фінансове посередництво є різновидом фінансових послуг, що їх надають переважно фінансові установи як суб'єкти господарювання зі спеціальним статусом, які є юридичними особами, що відповідно до закону надають одну чи декілька фінансових послуг, внесені до відповідного реєстру в порядку, встановленому законом. Для фінансових посередників надання фінансово-посередницьких послуг є виключним видом їхньої діяльності. Фінансовими вважаються посередницькі послуги у сфері довірчого управління фінансовими активами, торгівлі цінними паперами, страхування та накопичувального пенсійного забезпечення. Важливим аспектом фінансового посередництва є умови здійснення цього виду господарської діяльності професійними учасниками фінансового ринку. З урахуванням цього й прийнято окреслювати коло осіб, що належать до фінансових посередників. В економічній літературі визначення терміна "фінансові посередники", як правило, збігається з визначенням терміна "фінансові інститути". Останні трактуються як фінансові установи, що опосередковують рух коштів від індивідуальних інвесторів (здебільшого власників заощаджень) до їх кінцевих споживачів та виступають при цьому принципами, – залучають, розміщують кошти від власного імені (такий підхід знаходимо у Ф. Дж. Фабозці, У. Ф. Шарпа, І. О. Бланка, В. Г. Федорова та ін.) [13, 5]. Таким чином, у найширшому розумінні фінансове посередництво – це будь-яка професійна посередницька діяльність на фінансовому ринку, включаючи комісійну діяльність з цінних паперів (або, за іншою термінологією, – брокерську діяльність), представницьку, довірчу тощо. У вузькому розумінні фінансове посередництво – це професійна діяльність із залучення і розміщення коштів індивідуальних інвесторів (клієнтів), яка передбачає тривалі відносини між індивідуальними інвесторами та фінансовими посередниками і, відповідно, нагромадження активів на балансах цих фінансових посередників.

Роль фінансового посередництва у сфері господарювання полягає в забезпеченні ефективного розміщення наявного капіталу шляхом акумуляції та розміщення фінансових ресурсів індивідуальних інвесторів. Для цього за певних інституційних передумов фінансові посередники виконують специфічні функції. Основними передумовами здійснення фінансового посередництва у сфері господарювання є: 1) економічна стабільність (фінансове посередництво не може провадитись в умовах високої інфляції, непередбачуваності реальної й очікуваної доходності фінансових активів); 2) економічне зростання, що зумовлює зростання доходів у сфері господарювання, а також попит на послуги фінансових посередників (неможливість розвитку фінансового посередництва в умовах економічного спаду). Інституційними передумовами розвитку фінансового посередництва є: 1) нормативно-правові умови, що забезпечують захист інтересів інвесторів, належні процедури державного регулювання діяльності з фінансового посередництва; 2) сформоване специфічне інвестиційне середовище (інфраструктура фінансового ринку, ефективні й ліквідні фондові ринки). Фінансові посередники відіграють важливу роль у функціонуванні фінансового ринку,

а через нього – у розвитку економіки, їх господарсько-правове призначення полягає в забезпеченні для базових суб'єктів фінансового ринку максимально сприятливих умов для їх успішного функціонування (функціонально діяльність фінансових посередників спрямована не всередину фінансової сфери, не на самих себе, а ззовні, на сферу господарювання, на підвищення ефективності діяльності суб'єктів господарювання). Переваги фінансового посередництва виявляються в: 1) можливості для кожного окремого кредитора оперативно розмістити вільні кошти в дохідні активи, а для позичальника – активно мобілізувати додаткові кошти, необхідні для вирішення виробничих та споживчих завдань, і так само оперативно повернути їх на вихідні позиції; 2) скороченні витрат базових суб'єктів фінансового ринку на формування вільних коштів, розміщенні їх у дохідні активи, запозиченні додаткових коштів (це зумовлюється такими чинниками: а) кредитору і позичальнику не потрібно багато часу витратити на пошуки один одного (на рекламу, створення інформаційних систем тощо); б) не потрібно здійснювати складні оціночно-аналітичні заходи щодо потенційного клієнта, щоб визначити його надійність, платоспроможність (цей клопіт і витрати бере на себе фінансовий посередник); в) не потрібно мати справу з великою кількістю дрібних кредиторів чи позичальників на підтримання контактів, для чого потрібні значні кошти, їх консолідованим представником на ринку є посередник, підтримання контактів з яким обійдеться значно дешевше); 3) зменшенні фінансових ризиків для базових суб'єктів фінансового ринку, оскільки значна частина їх перекладається на посередників (це стає можливим завдяки широкій диверсифікації посередницької діяльності, створенню спеціальних систем страхування та захисту від фінансових ризиків); 4) збільшенні доходності позичкових капіталів, особливо зосереджених у дрібних власників, завдяки зменшенню фінансових ризиків, скороченню витрат на здійснення фінансових операцій (посередники мають можливість сконцентрувати значну кількість невеликих заощаджень і спрямувати їх на фінансування великих, високодохідних операцій, проектів); 5) можливості урізноманітнити відносини між кредиторами і позичальниками наданням додаткових послуг, що їх беруть на себе посередники (страхування кредитора від різних ризиків, задоволення потреб в пенсійному забезпеченні, набуття права власності й управління певними активами тощо). Фінансові посередники спеціалізуються на наданні таких послуг, у зв'язку з чим формується широке коло їх окремих видів. У кожній країні цей перелік може бути різним, – чим більше в країні розвинутий фінансовий ринок, тим більшим буде ряд різноманітних фінансових посередників. Світова практика господарювання свідчить про вагомий роль фінансових посередників, що виражається у тих функціях, які покликані виконувати фінансове посередництво. Сутність фінансового посередництва, його значення, як і ринку фінансових послуг загалом, за визначенням Л. М. Горбача, О. Б. Кауна, розкривається через систему функцій, основними з яких є: 1) фінансове обслуговування учасників економічного кругообігу та фінансове забезпечення процесів інвестування у виробництво, розширення виробництва та дольової участі на основі визначення найефективніших напрямів використання капіталу в інвестиційній сфері; 2) знаходження для кожного власника капіталу контрагента угоди та мінімізація витрат на проведення фінансових операцій; 3) формування ринкових цін на окремі види фінансових послуг; 4) інформування учасників ринку про рівень витрат, рентабельність, якість фінансових послуг [20, 24]. Фун-

кції фінансового посередництва – це зовнішній прояв його властивостей у системі господарських відносин (вони зумовлюються унікальною роллю, яку виконує фінансове посередництво в економічному розвитку). Ця роль полягає в максимально ефективному розміщенні капіталів індивідуальних інвесторів. Слід виділити декілька важливих функцій, що їх виконують фінансові посередники у сфері господарювання. Насамперед фінансові посередники дають змогу в масштабах суспільства і окремого підприємства мати певну економію на деяких операціях внаслідок спеціалізації. Фінансові структури з'являються як посередники об'єктивно, внаслідок дії економічних законів ринкового характеру, і функціонують у змішаному механізмі господарювання, обслуговуючи різні сектори національного господарства, підпадаючи під дію державних і ринкових регуляторів. Другою функцією фінансового посередництва є залучення вільних інвестиційних ресурсів, спрямування їх у сферу господарювання (фінансові посередники своєю діяльністю впливають на структурну перебудову, динаміку руху економічних процесів). Третьою функцією є зниження рівня ризиків при інвестиційній діяльності. Ця функція стосується приватного інвестора, який не завжди може оцінити об'єкти інвестування. Четвертою функцією є консультативна [2, 240]. Функції фінансового посередництва можна умовно поділити на дві групи: 1) функції, що характеризують роль та значення фінансового посередництва у сфері господарювання; 2) функції як ряд специфічних завдань, що їх слід виконувати виключно в рамках цього виду господарської діяльності. Всі ці функції характеризують результати, які досягаються за умов розвитку фінансового посередництва в системі господарювання. Вони полягають у зростанні обсягів інвестицій, поліпшенні структури інвестицій і зниженні вартості інвестицій: 1) активізація механізмів трансформації заощаджень в інвестиції шляхом підвищення інвестиційної активності індивідуальних інвесторів (фінансове посередництво виконує завдання забезпечення додаткового обсягу інвестицій у виробництво національного продукту); 2) активізація процесів перерозподілу, мобільності капіталів (вилучення капіталів із традиційних сфер застосування та фінансове забезпечення нових, ефективніших видів господарської діяльності, що сприяє підвищенню продуктивності), – фінансове посередництво виконує завдання підвищення якості інвестицій та сприяння структурним зрушенням у сфері господарювання шляхом переорієнтації потоків капіталу з традиційних у нові види господарської діяльності; 3) зниження відсоткових ставок (розвиток системи фінансового посередництва сприяє розширенню пропозиції ресурсів на фінансових ринках, дедалі більша частина заощаджень надходить на ці ринки через фінансових посередників, що сприяє зниженню вартості залучення капіталів для реального сектора економіки). Як зазначають В. В. Зимовець та С. П. Зубик, розвиток фінансового посередництва не впливає на рівноважний рівень процентної ставки, який визначається реальною прибутковістю інвестування та низкою економічних чинників (насамперед, темпами інфляції). Водночас розвиток фінансового посередництва сприяє скороченню розриву (спреду) між вартістю залучення та розміщення фінансових ресурсів, при цьому номінальні процентні ставки наближаються до рівноважного рівня. Зниження вартості залучення капіталів активізує попит на фінансові ресурси з боку реального інвестора та стимулює інвестиційну діяльність [13, 18–19]. Крім виділених функцій фінансового посередництва, які є основними, виділяють також інші (додаткові). Серед них функція трансформації активів, – фінансові посередники

забезпечують перетворення неліквідних активів на ліквідні, а також активів з великими номіналами в активи з малими номіналами. Це і функція контролю за діяльністю позичальників (емітентів) аж до безпосередньої участі у створенні та управлінні підприємствами (така функція тісно переплітається з функцією моніторингу, управління ризиками, – по суті, участь в управлінні підприємствами – це крайній вияв моніторингу, коли користувач інформації про об'єкт інвестування та розпорядник інвестиційних коштів є однією особою). Специфіка реалізації цих функцій фінансовими посередниками різного типу визначається певними законодавчими обмеженнями щодо окремих сторін їх діяльності (щодо формування інвестиційного портфеля, залучення коштів, участі в операціях на фондовому ринку). Таким чином, при задоволенні господарських потреб клієнтів фінансові посередники, крім виконання власних комерційних завдань, розв'язують і загальногосподарські питання (макроекономічні проблеми), забезпечуючи міжгалузевий і мікрорегіональний перерозподіл капіталу. На основі аналізу сформульованих функцій можна виділити два етапи у процесі генезису фінансових посередників: 1) накопичення довіреного в управління капіталу; 2) управління (інвестування) накопиченим капіталом. Поступово формується ситуація, коли зазначені етапи перестають бути послідовними. Чіткий ланцюговий взаємозв'язок етапів розвитку посередницьких структур замінюється симбіозом операційних можливостей дотримання фінансової стратегії, коли тактичні зміни характеру ринкового середовища спонукають до непередбачуваних варіацій, а згодом і "підживлення" фінансовими ресурсами. Фінансові посередники, котрі пропонують і надають професійні послуги, повинні: 1) випереджати можливості індивідуальних інвесторів стосовно дохідності вкладень, якості портфельного управління активами; 2) застосовувати інновації щодо інструментів і форм роботи, формувати фінансову культуру поведінки на ринку. Реалізація інвестиційних очікувань у сфері господарювання значною мірою залежить від професіоналізму посередницьких структур.

Отже, діяльність фінансових посередників є обов'язковим атрибутом сучасної сфери господарювання. В умовах розвиненої ринкової економіки свою діяльність здійснює значна кількість фінансових посередників, які за винагороду надають різні види фінансових послуг. В Україні інститут фінансового посередництва знаходиться на стадії становлення та розвитку. Фінансовим посередництвом визнається господарська діяльність з акумуляції та перерозподілу наявного в суспільстві вільного капіталу та реалізації фінансових операцій, що супроводжують ці процеси. ГК України (ст. 333) визначає фінансове посередництво як діяльність, пов'язану з отриманням та перерозподілом фінансових коштів, крім випадків, передбачених законодавством. Така діяльність є різновидом фінансової діяльності банків та фінансово-кредитних механізмів. Фінансовими посередниками є фінансові установи, які шляхом реалізації різноманітних фінансових операцій здійснюють акумулювання наявного в суспільстві вільного капіталу, його перерозподіл. Сучасні фінансові посередники є професійними учасниками фінансового ринку і відіграють важливу роль у його функціонуванні, а через нього впливають на розвиток сфери господарювання. Основне призначення фінансових посередників полягає у фінансуванні сфери господарювання та забезпеченні ефективного перерозподілу капіталу в суспільстві. Завдяки цьому створюються сприятливі умови для ефективного функціонування реального сектора економіки, прискорення кругообігу капіталу в процесі господарської дія-

льності. Поряд з цим діяльність фінансових посередників сприяє активізації підприємництва, стимулює платоспроможний попит, збільшує грошову масу в країні. Фінансові посередники є інституційними інвесторами фінансового ринку і, окрім виконання суто посередницьких функцій, можуть самостійно акумулювати вільний капітал та здійснювати інвестування за рахунок власних і залучених коштів. Значення діяльності фінансових посередників виражається у процесах фінансування суб'єктів господарської діяльності. Така діяльність сприяє підвищенню ефективності функціонування економіки, її розширеному відтворенню. Фінансові посередники: 1) сприяють зменшенню вартості господарських операцій при одночасному зростанні їхньої кількості; 2) об'єднують заощадження своїх клієнтів для здійснення значних інвестицій на первинному ринку; 3) диверсифікують ризик, що досить важко зробити окремим власникам заощаджень самостійно. Діяльність фінансових посередників вигідна і для заощаджувальників, і для позичальників, а саме: відпадає потреба в пошуках один одного; знижується ризик неповернення позики або неефективних капіталовкладень; знижуються сумарні витрати позичальника на отримання позики; дрібні заощаджувальники отримують можливість брати участь у бізнесі, який дає вищі прибутки; фінансові посередники зменшують вартість здійснення фінансових операцій через уніфікацію та спеціалізацію. Фінансові посередники, здійснюючи операції з інвестування і залучення коштів, не лише зменшують для учасників ринку витрати і відповідні ризики від проведення операцій з фінансовими активами, а й знижують витрати через економію на масштабі операцій і вдосконалення процедур оцінювання цінних паперів. Без фінансових посередників не можуть реалізовуватися переваги ринку фінансових послуг. Інвестиції при цьому підпадають під двоякий ризик [20, 32]. З одного боку, внаслідок зміни ринкової кон'юнктури середні ціни на всі фінансові активи змінюються (падають або зростають), й уникнути ризику неможливо; з іншого – окремі суб'єкти господарювання можуть збанкрутувати або покращити своє фінансове становище і цього ризику можна уникнути шляхом купівлі диверсифікованого портфеля фінансових активів багатьох компаній. Отож особи, які здійснюють інвестування через фінансових посередників, підпадають під ризик, пов'язаний із загальним рухом ринкових цінностей, а індивідуальні інвестори, які вкладають кошти в купівлю фінансових активів підпадають під два види ризику. Діяльність фінансових посередників формує ринок фінансових послуг, де в рамках кругообігу капіталу реалізуються договірні відносини посередників із клієнтами щодо обслуговування останніх з використанням спектра фінансових інструментів. Результатом функціонування ринку фінансових послуг є фінансова послуга як особлива форма товару, рух якого від посередника до послугоотримувача здійснюється з допомогою інформаційно-комунікативної мережі взаємного зв'язку. Для широкого впровадження послуг фінансових посередників за вітчизняних умов необхідно: а) стимулювати цільову сегментацію формування клієнтського попиту щодо управління довіреними коштами, а згодом і його задоволення шляхом індивідуального чи обмежено-групового обслуговування; б) проводити консультаційно-пояснювальну роботу серед потенційних клієнтів з метою акцентування їхньої уваги на перевагах інституційної форми розміщення вільних коштів; в) стимулювати конкуренцію між банківськими і небанківськими структурами шляхом забезпечення рівних умов їхньої діяльності; г) забезпечити кількісний та якісний "прорив" фінансового сервісу через застосування

нових фінансових послуг і продуктів; д) посилити регулятивні вимоги до нагляду за посередницькою діяльністю з боку держави й саморегулювних організацій із метою захисту прав власності, уникнення фінансового шахрайства, обмеження можливості побудови фінансових пірамід; е) перманентно збільшити обсяги гарантійного відшкодування втрат клієнтських коштів за форс-мажорних обставин у банківській і небанківській сферах. Основні цілі й напрямки розвитку фінансового посередництва можна визначити, як: створення сприятливого інвестиційного клімату, стимулювання інвестування у виробництво; інвестиційне забезпечення структурної перебудови економіки; мобілізація всіх джерел інвестиційних ресурсів, їх ефективне використання; стимулювання розвитку кредитно-фінансової системи; забезпечення зростання внутрішнього валового продукту, створення умов для нарощування внутрішніх інвестиційних ресурсів; запровадження механізмів стимулювання довгострокового кредитування виробництва банками; стимулювання збільшення заощаджень індивідуальних інвесторів, вдосконалення системи гарантій залучення їх вкладів у фінансово-кредитні установи; удосконалення нормативно-правової бази інвестиційної діяльності; стимулювання інститутів фондового ринку до впровадження нових фінансових послуг, продуктів та інструментів; усебічне сприяння розвитку фондового ринку [21, 44–47]; сприяння випуску високоліквідних і довгострокових цінних паперів; зосередження торгівлі ліквідними корпоративними цінними паперами на організованому ринку за допомогою передусім економічних важелів.

Висновки.

Сучасне розуміння сутності фінансової системи обмежується зведенням її до поверхневих форм акумуляції, розподілу та перерозподілу фінансових потоків. Фінансова система – це певний інституційний устрій, що забезпечує трансформацію заощаджень в інвестиції та вибір напрямків їх подальшого використання в продуктивному секторі економіки країни. Розподіл ресурсів здійснюється через фінансові ринки та фінансові інститути, які виконують різноманітні посередницькі функції, надають різні посередницькі послуги. Для сучасної ринкової економіки фінансовий ринок є її "нервовим центром". Це надзвичайно складна структура з великою кількістю учасників – фінансових посередників, що оперують із різноманітними фінансовими інструментами, виконують широкий набір функцій з обслуговування й управління економічними процесами. Поліпшення економічної ситуації в Україні – і це в умовах ринку стає дедалі очевиднішим – залежить не тільки від зусиль держави щодо нарощування виробництва, а й від внеску фінансових посередників, їх спроможності мобілізувати фінансові ресурси для інвестування реального сектора економіки. Фінансовий ринок забезпечує потреби суб'єктів господарювання в капіталі, виконує свої функції шляхом використання механізму надання фінансових послуг. Фінансова послуга – це господарська операція з фінансовими активами, що здійснюється в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, і за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів з метою отримання прибутку або збереження їх вартості. До фінансової послуги належить відносити і посередництво на фінансовому ринку. Зазначене підтверджується і КВЕД, затвердженим наказом ДКСУ від 28.09.2010 р., де до секції К "Фінансова та страхова діяльність" віднесено і фінансове посередництво. Таким чином, поняття "фінансове посередництво" тісно пов'язане з поняттям "фінансової послуги". Фінансова послуга – це як соціально-економічна, так і господарсь-

ко-правова категорія, пов'язана з трансформацією коштів у грошовий капітал суб'єктів господарювання на банківському, страховому й інвестиційному ринках, а також інші послуги (в т.ч. й посередницькі) фінансового характеру. Об'єкт фінансових послуг – це те, що призводить до виникнення послуги, тобто страховий поліс, безготівкові розрахунки, банківські кредити тощо. Суб'єкти фінансових послуг – учасники фінансового ринку: з одного боку замовники, тобто споживачі (безпосередні отримувачі) фінансових послуг, а з другого – фінансові організації (юридичні та фізичні особи – підприємці), що надають фінансові послуги, й, безперечно фінансові посередники як специфічна категорія господарюючих суб'єктів на ринку фінансових послуг. Фінансове посередництво є різновидом фінансових послуг, що їх надають переважно фінансові установи як суб'єкти господарювання зі спеціальним статусом, які є юридичними особами, що відповідно до закону надають одну чи декілька фінансових послуг та які внесено до відповідного реєстру в порядку, встановленому законом.

Посередництво на фінансовому ринку (фінансове посередництво) – це професійна господарська діяльність із залучення та розміщення коштів індивідуальних інвесторів (клієнтів), яка передбачає тривалі відносини між індивідуальними інвесторами та фінансовими посередниками і, відповідно, нагромадження активів на балансах цих фінансових посередників. Фінансові ж установи, чий функції полягають в акумулюванні коштів громадян та юридичних осіб (індивідуальних інвесторів) і їх подальшому наданні на комерційних засадах у розпорядження позичальників, можна іменувати фінансовими посередниками. Останніх може бути класифіковано на види: 1) за економічним змістом пропонованих ними фінансових послуг (депозитні установи, ощадні установи, інвестиційні установи); 2) за належністю до

банківської фінансової системи (банки, небанківські фінансово-кредитні установи).

1. Маслова С. О. Ринок фінансових послуг: Навчальний посібник / С. О. Маслова, О. А. Опапов. – К.: Кондор, 2006. – 192 с.
2. Ходаківська В. П. Ринок фінансових послуг: теорія і практика: Навч. посібник / В. П. Ходаківська, В. В. Беляєва. – К.: ЦУЛ, 2002. – 616 с.
3. Токмакова І. В. Сутність і структура фінансового ринку / І. В. Токмакова, В. Г. Краснов // Фінансовий ринок. – 2001. – № 12. – С. 112–120.
4. Финансы / [под. ред. А. М. Ковалевой]. – М.: Финансы и статистика, 1998. – 230 с.
5. Шеремет А. Д. Финансы предприятия / А. Д. Шеремет, Р. С. Сайфуллин. – М.: Инфра-М, 1998. – 194 с.
6. Бобров Є. А. Роль та місце ринку фінансових послуг в структурі фінансового ринку / Є. А. Бобров // Фінанси України. – 2007. – № 4. – С. 88–94.
7. Кравченко П. П. Как не проиграть на финансовых рынках / П. П. Кравченко. – М.: Дело, 2000. – 224 с.
8. Фінансові послуги в Україні: Енциклопедичний довідник: У 6 томах / [Мітюков І. О., Александров В. Т., Ворона О. І., Недбаєва С. М.]. – Т. 1. – К.: Укробанквидав, 2001. – С. 30–35.
9. Шелудько В. М. Фінансовий ринок: Навч. посібник / В. М. Шелудько. – К.: Знання-Прес, 2003. – 535 с.
10. Дмитрієва О. Поняття та характеристика ринку фінансових послуг / О. Дмитрієва // Банківська справа. – 2004. – № 3. – С. 61–65.
11. Словник банківських термінів / [Загородній А., Сліпушко О., Вознюк Г., Смовженко Т.]. – К.: Аконті, 2000. – 605 с.
12. Краснов В. Український ринок капіталів / В. Краснов // Вісник НБУ. – 2001. – № 2. – С. 35–37.
13. Зимовець В. В. Фінансове посередництво: Навчальний посібник / В. В. Зимовець, С. П. Зубик. – К.: КНЕУ, 2004. – 288 с.
14. Черкасова С. В. Ринок фінансових послуг: Навчальний посібник / С. В. Черкасова. – Львів: "Магнолія 2006", 2008. – С. 30–32.
15. Герасимова С. В. Роль фінансових посередників в організації інвестиційної діяльності акціонерних товариств / С. В. Герасимова // Фінанси України. – 2007. – № 4. – С. 103–111.
16. Корнев В. В. Модифікація форм фінансового посередництва в Україні / В. В. Корнев // Фінанси України. – 2008. – № 1. – С. 77–85.
17. Мишкін Фредерік С. Економіка грошей, банківської справи і фінансових ринків / Фредерік С. Мишкін. – К.: Основа, 1998. – 963 с.
18. Дроздова Н. В. Цивільно-правове регулювання фінансових послуг в Україні / Н. В. Дроздова // Юридична Україна. – 2005. – № 1. – С. 27–29.
19. Ходаківська В. П. Ринок фінансових послуг: Навчальний посібник / В. П. Ходаківська, О. Д. Данілов. – Ірпін: Академія ДПС України, 2001. – 501 с. (Тема 4, § 4.1.– 4.3.).
20. Горбач Л. М. Ринок фінансових послуг: Навчальний посібник / Л. М. Горбач, О. Б. Каун. – К.: Кондор, 2006. – 436 с.
21. Пшик Б. Розвиток фінансового посередництва – шлях до вдосконалення інвестиційної політики / Б. Пшик // Вісник НБУ. – 2002. – № 7. – С. 44–47.

Надійшла до редколегії 12.09.11

УДК: 346.5

В. Поєдинок, доц.

ДЕРЖАВНА ІНВЕСТИЦІЙНА ПОЛІТИКА: ПОНЯТТЯ, ОБ'ЄКТ, ЦІЛІ, ПРИНЦИПИ

У статті розглядаються загальні питання державної інвестиційної політики як напрямку державної економічної політики. Державна інвестиційна політика повинна бути спрямована на створення загального ефективного правового механізму руху капіталів та захист (гарантування) капіталовкладень, а не на здійснення селективних втручань в економіку.

Ключові слова: державна економічна політика, державна інвестиційна політика, рух капіталу, захист інвестицій.

В статье рассматриваются общие вопросы государственной инвестиционной политики как направления государственной экономической политики. Государственная инвестиционная политика должна быть направлена на создание общего эффективного правового механизма движения капиталов и защиту (гарантирование) капиталовложений, а не на осуществление селективных вмешательств в экономику.

Ключевые слова: государственная экономическая политика, государственная инвестиционная политика, движение капиталов, защита инвестиций.

The article deals with basic issues of the state investment policy as an area of the state economic policy. The state investment policy should be aimed at the creation of the overall effective legal mechanism for the movement of capital and investment protection (guaranteeing), not at making selective interventions into the economy.

Key words: state economic policy, state investment policy, movement of capital, investment protection.

Проблема впливу держави на зміст і форми економічних ринкових відносин та його адекватного правового забезпечення була і залишається центральною не тільки для господарсько-правової науки, а й тією чи іншою мірою для всієї юридичної науки як такої [4, 149]. Одним з головних понять, які описують і концептуалізують зазначений вплив, є *державна економічна політика*. Напрямок останньої є *державна інвестиційна політика*, якій належить провідна роль у забезпеченні економічної системи фінансовими ресурсами, необхідними для здійснення якісних її трансформацій.

У вітчизняній юридичній науці ґрунтовно досліджувалася проблематика державної економічної політики

загалом [4], державної регуляторної політики [8], державної політики в різних галузях та сферах економіки. Господарсько-правовому забезпеченню державної інвестиційної політики в Україні присвячене дисертаційне дослідження В.І. Кухаря [8]. Разом з тим, потребують подальшої наукової розробки такі питання, як: обсяг і зміст поняття "державна інвестиційна політика" та його співвідношення з поняттям "державне регулювання інвестиційної діяльності"; об'єкт державної інвестиційної політики; цілі, які визначають спрямованість державної інвестиційної політики; принципи, на яких вона ґрунтується. Формулювання авторської позиції з зазначених питань становить *завдання* цієї статті.

Термін "політика"/"державна політика" характеризується значною полісемією. Як зазначають британські фахівці у сфері державної політики Б. Гоґвуд та Л. Ґан, хоч використання терміна "політика" як символу сфери діяльності та участі уряду є типовим і, вочевидь, виправданим, це може служити лише відправною точкою. Автори вдаються до наступної категоризації вживання терміна "політика": як позначення сфери діяльності; як вираження загальної мети або бажаного стану речей; як конкретні пропозиції; як рішення уряду; як формальне затвердження; як програма; як продукт; як результат; як теорія моделі причини і результатів; як процес [1, 26-34]. Вважаємо за доцільне виходити з розуміння політики як процесу, оскільки воно найбільш широким і відтак меншою мірою страждає на методологічні обмеження.

Господарський кодекс (ГК) України [2], Глава 2 якого присвячена основним напрямам та формам участі держави і місцевого господарювання у сфері господарювання, не дає окремої дефініції державної економічної політики. Втім, виходячи з визначень *економічної стратегії* та *економічної тактики* як двох форм її реалізації (ч.2,3 ст.9), можна дійти висновку, що під державною економічною політикою розуміється визначення пріоритетних цілей народного господарства, засобів та способів їх реалізації. При цьому правове закріплення економічної політики здійснюється шляхом визначення засад внутрішньої і зовнішньої політики, у прогнозах і програмах економічного і соціального розвитку України та окремих її регіонів, програмах діяльності Кабінету Міністрів України, цільових програмах економічного, науково-технічного і соціального розвитку, а також відповідних законодавчих актах (ч.4 ст.9).

Таким чином, згідно з ГК зміст поняття державної економічної політики фактично вичерпується прогнозуванням і плануванням. Стадія фактичного впровадження "цілей, засобів та способів їх реалізації", очевидно, охоплюється поняттям "державне регулювання господарської діяльності". І справді, ч.1 ст. 12 ГК встановлює, що засоби державного регулювання господарської діяльності застосовуються *для реалізації економічної політики*. Подібну думку висловлює і Д.В. Задихайло, вказуючи, що державна економічна політика реалізується через застосування державою окремих відносно установлених комплексів приватноправового та публічно-правового регулювання [4, 154].

Таке бачення співвідношення державної економічної політики та державного регулювання господарської діяльності, хоч і підкріплене авторитетом законодавця, не відповідає розумінню державної політики як процесу, що підтримується у цій статті. Процес політики складається з таких етапів, які має пройти певна проблема: 1) рішення виробити рішення (пошук проблеми або окреслення плану дій); 2) рішення з приводу способу рішення (фільтрація проблеми); 3) визначення проблеми; 4) прогнозування; 5) формулювання цілей та пріоритетів; 6) аналіз варіантів; 7) впровадження політики, моніторинг і контроль; 8) оцінювання та перегляд; 9) підтримування, наступництво або припинення політики [1, 14]. Таким чином, *державна економічна політика як процес включає у себе і стадію впровадження засобами державного регулювання*. Тобто, економічна політика повинна розглядатися і як фактична діяльність держави в особі уповноважених органів у сфері економіки, а не лише те, що держава пообіцяла або санкціонувала у встановленому законом порядку. З очевидності, продукти діяльності держави на практиці можуть не узгоджуватися з положеннями прогнозних і програмних документів. Навряд чи є сенс говорити про дещо як про "політику", якщо насправді цього не відбувається.

Попри те, що поняття "державна економічна політика" є ширшим за "державне регулювання господарської діяльності", буде неточним визначити їх співвідношення лише як співвідношення цілого і частини, оскільки обидва поняття мають власні смислові відтінки. Якщо для державної економічної політики визначальним є парадигматичний аспект (якою держава бачить свою роль в економіці), то для державного регулювання – інструментальний аспект (за допомогою яких засобів (інструментів) здійснюється вплив на економічну систему).

Відповідно до ч.1 ст. 10 ГК України *інвестиційна політика* належить до основних напрямів економічної політики поряд з структурно-галузевою, амортизаційною політикою, політикою інституційних перетворень, ціновою, антимонопольно-конкурентною, бюджетною, податковою, грошово-кредитною, валютною та зовнішньоекономічною політикою. За визначенням В.І. Кухаря, державна інвестиційна політика являє собою системну і цілеспрямовану діяльність визначених державних органів зі створення та реалізації спеціального алгоритму заходів щодо розвитку інвестиційного ринку або окремих його сегментів за допомогою формування відповідного за змістом нормативно-правового забезпечення інвестиційних відносин, застосування необхідних засобів їх державного регулювання та прямої участі держави як суб'єкта цих відносин, що базуються на узгодженій моделі такого ринку, яка закріплена у Державній програмі інвестиційного розвитку. При цьому *об'єктом державної інвестиційної політики є інвестиційний ринок* як система суспільно-економічних відносин, спрямованих на забезпечення процесу відтворення конкурентоспроможного виробництва товарів та послуг через механізм задоволення інвестиційного попиту, за рахунок інвестиційної пропозиції відповідних інвестиційних товарів, що сформувалася в процесі акумуляції інвестиційного потенціалу [8, 6-7].

Позитивною рисою цього визначення є включення у поняття державної інвестиційної політики стадії фактичного впровадження. Разом з тим, уявляється, що поняття "інвестиційного ринку" не є оптимальним для визначення об'єкта державної інвестиційної політики. Слід звернути увагу на те, що дефініція інвестиційного ринку дається на основі низки економічних понять. Однак сама економічна наука вказує на те, що ринок не є єдиною моделлю організації економічних (у тому числі інвестиційних відносин), при цьому альтернативною моделлю розглядається *фірма*. Так, згідно з класичною позицією одного з засновників неінституціоналізму, лауреата Нобелівської премії з економіки 1991 р. Рональда Коуза існування фірми обумовлене економією на трансакційних витратах. Координація діяльності всередині фірми замінює ринкову координацію, коли трансакційні витрати, пов'язані з використанням цінового механізму, стають значними [9, 286]. Тобто, у багатьох випадках створення підприємства і безпосереднє управління ним на основі відносин власності або корпоративних прав обійдеться дешевше, аніж здійснення тієї самої діяльності на підставі договорів з іншими економічними агентами.

Як відзначає М.І. Одінцова, обсяг трансакцій, які здійснюються всередині фірм, – це, напевно, величина того ж порядку, як і обсяг угод, що реалізуються на ринку. Крупні компанії – це величезні господарства з тисячами учасників. Тільки одна ця обставина вимагає приділяти значну увагу неринковим способам організації трансакцій. Фірми завжди відігравали центральну роль у зростанні і процвітанні економіки. Поряд з технологічними інноваціями організаційні інновації справляли значний вплив на зростання добробуту нації. Тому ана-

ліз, наприклад, законодавства, яке визначає інституційну структуру, тільки з точки зору ринкової перспективи уявляється надто вузьким [9, 283]. В рамках інвестиційно-правової проблематики останнє означає, що визначення об'єктом державної інвестиційної політики інвестиційного ринку залишає поза межами такої політики здійснення суб'єктами господарювання інвестицій у власну господарську діяльність.

Як вказує О.Х. Юлдашев, політика як діяльність спрямована на моделювання іншої (не політичної) діяльності – об'єкта політичного впливу [10, 8]. Тобто, *об'єктом державної інвестиційної політики є інвестиційна діяльність*, що здійснюється будь-якими суб'єктами цієї діяльності у всіх галузях і сферах економіки, з використанням будь-яких видів інвестицій та правових форм цієї діяльності. Поряд з розумінням інвестиційної діяльності у широкому значенні – як діяльності, що є складною за своїм змістом і включає комплекс різноманітних дій, що здійснюються на різних стадіях інвестиційного циклу, в економічній літературі зустрічається і вузьке визначення інвестиційної діяльності, згідно з яким вона являє собою процес перетворення інвестиційних ресурсів у вкладення [5, 25]. Тобто, згідно з вузьким підходом *інвестиційна діяльність є сукупністю (системою) операцій, пов'язаних з рухом капіталу*. Взаємозв'язок понять інвестицій/інвестиційної діяльності та капіталу є визначальним для розуміння цілей державної інвестиційної політики.

Ч. 1 ст.10 ГК встановлює, що інвестиційна політика спрямована на створення суб'єктам господарювання необхідних умов для залучення і концентрації коштів на потреби розширеного відтворення основних засобів виробництва, переважно у галузях, розвиток яких визначено як пріоритети структурно-галузевої політики, а також забезпечення ефективного і відповідального використання цих коштів та здійснення контролю за ним. Уявляється, що законодавець не відмежував від властивого радянському законодавству та доктрині розуміння інвестицій як "капітальних вкладень" – витрат на створення нових, розширення, реконструкцію і технічне переозброєння діючих підприємств і основних фондів, впровадження технічного прогресу в будівництво об'єктів виробничого і невиробничого призначення, виконання проектно-вишукувальних робіт [6, 5]. Домінуючим в поглядах на капітальні вкладення був витратний підхід, скільки він відображав специфіку функціонуючого в умовах адміністративно-командної економіки господарського механізму. Основне значення надавалося виробничій стадії руху коштів як вихідному пунктові інвестиційної діяльності, применшувалася роль грошової форми обороту основного капіталу, функціонування якої обмежувалося рамками тільки будівельного комплексу. Акцент на витратній стороні інвестицій, ігнорування стадії перетворення ресурсів у витрати, яка повинна передувати виробничій стадії руху коштів, викривляли дійсну логіку та послідовність інвестиційного процесу, звужували загальний простір руху інвестицій [5, 20-21]. Звернемо увагу також на те, що, на думку законодавця, державна інвестиційна політика не повинна опікуватися інвестиціями у фінансовому секторі, а також інвестиціями у тих галузях реального сектора, які не належать до "пріоритетів структурно-галузевої політики".

У ринкових умовах державна інвестиційна політика повинна виходити з поняття капіталу в широкому сенсі як цінності, що приносить потік доходу [7, 266]. Сучасний економіст Е. де Сото, розмірковуючи над інтелектуальним спадком Адама Сміта, вказує, що "капітал – це не нагромаджена купа активів, а потенціал, який вона має для розгортання нового виробництва. Цей

потенціал, звісно, абстрактний. Він має бути оформлений і уречевлений, перш ніж його можна використати" [3, 47]. Капітал потребує процесу, що виражає економічний потенціал активу у формі, яку можна використати для додаткового виробництва. Саме формалізовані відносини власності становлять процес, форми і норми, які перетворюють активи на капітал [3, 49-50]. Тобто, державна інвестиційна політика повинна бути спрямована передусім на *створення ефективного правового механізму руху капіталів та забезпечення захисту (гарантування) капіталовкладень* (загальна мета державної інвестиційної політики). Лише після створення безперервного правового простору, який сприяє реалізації економічного потенціалу активів, доречно вести мову про "накачування" коштами окремих галузей/сфер економіки.

Ці міркування знаходять підтвердження в міжнародному праві. Так, Монтеррейський консенсус Міжнародної конференції з фінансування розвитку ООН 2002 р. [11] встановлює, що для залучення і розширення притоку продуктивного капіталу країни повинні продовжувати вживати зусиль щодо забезпечення прозорого, стабільного і передбачуваного інвестиційного клімату при належному забезпеченні дотримання договорів і повазі до прав власності, заснованих на раціональній макроекономічній політиці і діяльності інституцій, що надають як вітчизняним, так і міжнародним підприємствам можливість діяти ефективно, прибутково та з максимальним внеском у розвиток. Особливі зусилля вимагаються в таких пріоритетних сферах, як економічна політика та регуляторна база, необхідні для заохочення та захисту інвестицій (п. 21).

На основі Монтеррейського консенсусу в рамках ОЕСР були розроблені Основи політики щодо інвестицій (*Policy framework for investment*) 2006 р. [12]. Цей документ, що має рекомендаційний характер, охоплює 10 сфер політики, які вважаються визначальними у створенні здорового середовища для усіх інвесторів, від малих та середніх до багатонаціональних підприємств. Цими сферами є: інвестиційна політика; сприяння інвестуванню (нерегуляторна діяльність держави – В.П.); торгівля; конкуренція; оподаткування; корпоративне управління; політика заохочення відповідальної ділової поведінки; розвиток людських ресурсів; розвиток інфраструктури і фінансового сектора; публічне управління. В рамках кожної з цих сфер політики країнам пропонується перелік питань, які допомагають визначити, чи сприяє їхня політика інвестиціям. Таким чином, визнається, що на якість інвестиційного клімату впливає широкий спектр різних напрямів державної політики, що вимагає взаємоузгодженості між цими напрямками, їх концептуальної єдності. Цей інтеграційний підхід дозволяє виявляти "слабкі ланки" загальної економічної політики держави, які потребують реформування.

Щодо власне інвестиційної політики Основи політики щодо інвестицій ОЕСР встановлюють, що її якість "прямо впливає на рішення усіх інвесторів, як малих так і великих, вітчизняних або іноземних. Прозорість, захист прав власності та недискримінація є принципами інвестиційної політики, які лежать в основі зусиль щодо створення здорового інвестиційного середовища для всіх" [12, 13]. Слід визнати, що ці принципи є репрезентативними щодо основних викликів, на які повинна реагувати державна інвестиційна політика. *Прозорість* є необхідною умовою прийняття інвесторами поінформованих рішень; *захист прав власності та інших прав щодо інвестицій* є необхідною умовою залучення активів у трансакції, тобто, перетворення їх на капітал, здатний генерувати додаткову вартість; *недискримінація* є необхідною умовою глобалізації процесів руху капіталів

і отримання переваг, пов'язаних з міжнародним співробітництвом. Ступінь відповідності інвестиційної політики зазначеним принципам Основи пропонують визначати за наступним переліком питань:

1) які заходи вжиті державою для забезпечення того, що закони та інші нормативно-правові акти, які стосуються інвестицій та інвесторів, включаючи малі і середні підприємства, та їх застосування і примусове впровадження є ясними, прозорими, легкодоступними і не надміру обтяжливими?

2) які заходи вжиті державою щодо прогресивного запровадження своєчасних, безпечних та ефективних методів реєстрації прав власності на землю та інші об'єкти?

3) чи прийняла держава закони та інші нормативно-правові акти, спрямовані на захист прав інтелектуальної власності, та чи існують ефективні механізми їх примусового впровадження? Чи є рівень захисту таким, що заохочує інноваційну та інвестиційну діяльність вітчизняних іноземних фірм? Які заходи вжиті державою щодо задоволення потреб в інтелектуальній власності з боку малих та середніх підприємств?

4) чи є система примусового забезпечення виконання договорів ефективною і доступною для усіх інвесторів? Які альтернативні способи вирішення спорів прийняті у державі для забезпечення якнайширших можливостей захисту за розумною ціною?

5) чи підтримується державою політика своєчасної, адекватної та ефективної компенсації у разі експропріації, яка до того ж відповідає її міжнародно-правовим зобов'язанням? Які явні і добре визначені межі можливості експропріювати встановлені державою? Чи існують незалежні канали для оцінки реалізації цієї можливості або її оспорювання?

6) чи вжиті державою заходи щодо утвердження недискримінації як загального принципу, що лежить в основі законів та інших нормативно-правових актів, які регулюють інвестиції? Чи має держава механізми забезпечення прозорості існуючих дискримінаційних обмежень іноземних інвестицій та періодичного перегляду пов'язаних з ними витрат у співвідношенні з задуманою публічною метою? Чи переглядає держава обмеження вільного руху капіталів та прибутків та їхній вплив на залучення іноземних інвестицій?

7) чи співпрацюють органи, що здійснюють інвестиційну політику, з відповідними органами в інших державах з питань реалізації міжнародних договорів про сприяння та захист інвестицій? Чи здійснює держава періодичний перегляд існуючих міжнародних інвестиційних договорів та зобов'язань з метою визначення, чи створюють їх положення більш сприятливі умови для інвестицій? Чи існують засоби забезпечення ефективного дотримання державою зобов'язань згідно з міжнародними інвестиційними договорами?

8) чи ратифікувала і застосовує держава міжнародні договори з питань арбітражного розгляду інвестиційних спорів? [12, 13].

Ці питання фактично містять у собі формулювання конкретних цілей державної інвестиційної політики. Щодо їх змісту слід звернути увагу на відсутність: *по-перше*, вказівок на пріоритетність одних галузей економіки, видів інвестицій та інвесторів, правових форм ін-

вестиційної діяльності над іншими, *по-друге*, акцентів на пільгах та інших селективних втручаннях держави в інвестиційну діяльність. На нашу думку, це не означає, що держава не може або не повинна встановлювати пріоритетні напрями власного економічного розвитку та здійснювати державну підтримку господарської діяльності в рамках таких пріоритетних напрямів. Втім, останнє належить до простору передусім структурно-галузевої, а не інвестиційної політики – остання повинна зосереджуватися на обслуговуванні загального правового механізму продуктивного функціонування капіталу, створенні інвестиційного клімату, сприятливого для усіх категорій інвесторів.

Висновки: державна економічна політика як процес включає у себе і стадію впровадження засобами державного регулювання; поняття "державне регулювання господарської діяльності" позначає інструментальний аспект державної економічної політики (за допомогою яких засобів (інструментів) здійснюється вплив держави на економічну систему в рамках державної економічної політики); об'єктом державної інвестиційної політики є інвестиційна діяльність як сукупність (система) операцій, пов'язаних з рухом капіталу, що здійснюється будь-якими суб'єктами цієї діяльності у всіх галузях і сферах економіки, з використанням будь-яких видів інвестицій та правових форм цієї діяльності; загальною метою державної інвестиційної політики є створення ефективного правового механізму руху капіталів та забезпечення захисту (гарантування) капіталовкладень; прозорість, захист прав власності та інших прав щодо інвестицій, недискримінація є принципами інвестиційної політики, які забезпечують створення сприятливого інвестиційного клімату для усіх категорій інвесторів; визначення пріоритетних галузей економіки та здійснення селективних втручань у цих галузях не є першочерговими цілями державної інвестиційної політики.

Перспективи подальших наукових досліджень проблематики державної інвестиційної політики полягають, зокрема, в обґрунтуванні на основі світового досвіду моделей цієї політики та визначення моделі, оптимальної для України.

1. Гоґвуд Б., Ґан Л. Аналіз політики для реального світу / Б. Гоґвуд, Л. Ґан. – К.: Основи, 2004. – С. 26-34.
2. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. // ВВР України. – 2003. – №18. – Ст.144.
3. Де Сото Е. Загадка капіталу. Чому капіталізм перемагає на Заході і ніде більше / Е. де Сото. – К.: Ніка-Центр, 2009 р. – 232 с.
4. Задихайло Д.В. Держава та економічне ринкове середовище: господарсько-правовий контекст / Д.В. Задихайло // Вісник Академії правових наук України. – 2005. – №3. – С. 149-161.
5. Игонина Л.Л. Инвестиции : учеб. пособие / Л.Л. Игонина. – М.: Экономистъ, 2005. – 478 с.
6. Кузнецова Н.С. Подрядные договоры в инвестиционной деятельности в строительстве / Н.С. Кузнецова. – К.: Наукова думка, 1993. – 160 с.
7. Курс экономической теории: Учебник / Под ред. М.Н. Чепурина и Е.А. Киселевой. – Киров: "АСА", 2006. – 832 с.
8. Кухар В.І. Господарсько-правове забезпечення державної інвестиційної політики в Україні: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.04 / В.І. Кухар. – Х., 2008. – 20 с.
9. Одинцова М.І. Институциональная экономика / М.І. Одинцова. – М.: ГУ ВЭШ, 2009. – 400 с.
10. Юлдашев О.Х. Проблеми вдосконалення державної регуляторної політики в Україні: Монографія / О.Х. Юлдашев. – К.: МАУП, 2005. – 336 с.
11. Monterrey consensus of the international conference on financing for development [Electronic resource] / United Nations, 2003. – Mode of access: <http://www.un.org/esa/ffd/monterrey/MonterreyConsensus.pdf>. – 25 p.
12. Policy framework for investment [Electronic resource] / OECD, 2006. – Mode of access: <http://www.oecd.org/dataoecd/1/31/36671400.pdf>. – 72 p.

Надійшла до редколегії 15.09.11

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ФОРМУВАННЯ УРЯДУ: ДОСВІД ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН ТА ПРОБЛЕМИ ВІТЧИЗНЯНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

У публікації досліджено питання стосовно історії та проблем законодавчого регулювання порядку формування Кабінету Міністрів України, що постали у зв'язку із "поверненням" до Конституції України 1996 р. та прийняттям Закону України "Про Кабінет Міністрів України" від 07. 10. 2010 р., зі змінами, що є першим законом, який врегулює порядок формування зазначеного органу за умов президентсько-парламентської форми правління. Також досліджено досвід зарубіжних країн із зазначеної проблеми з метою виявлення тих положень, що можуть бути застосовані у вітчизняній практиці державотворення.

Ключові слова: Уряд, президентсько-парламентська форма правління, порядок формування Кабінету Міністрів.

В публикации исследуются вопросы относительно истории и проблем законодательного регулирования порядка формирования Кабинета Министров Украины, которые возникли в связи с "возвращением" к Конституции Украины 1996 г. и принятием Закона Украины "О Кабинете Министров Украины", с изменениями, который является первым законом, который регулирует порядок формирования указанного органа в условиях президентско-парламентской формы правления. Также исследован опыт зарубежных государств по указанной проблеме с целью выявления тех положений, которые могут быть использованы в отечественной практике государственного строительства.

Ключевые слова: Правительство, президентско-парламентская форма правления, порядок формирования Кабинета Министров Украины.

The article investigates the history and regulatory issues of mechanism for forming the Cabinet of Ministers of Ukraine with regard to "reversion" to Constitution of Ukraine of 1996 and adoption of Law of Ukraine "On the Cabinet of Ministers of Ukraine" of 07.10.2010, as amended, that is regarded to be the first Law to regulate forming of the abovementioned authority within the frames of presidential-parliamentary government. The author also analyzes the relevant experience of foreign countries in order to figure out provisions to be applied in national-building practice.

Keywords: Government, presidential-parliamentary government, mechanism for forming the Cabinet of Ministers of Ukraine.

У незалежній Україні, що є державою зі змішаною формою правління, уряд формується спільно главою держави і парламентом. Однак на сьогодні ми не можемо назвати процес формування Уряду таким, що є остаточно законодавчо закріпленим. Більше того, цей конституційний процес зазнає досить частих законодавчих змін.

У зв'язку із цим, актуальним є дослідження таких змін у контексті виділення їх позитивних та негативних аспектів з метою подальшого вдосконалення вітчизняного законодавства.

Наявні дослідження проблем правового регулювання формування Уряду у більшості своїй стосуються конкретного етапу вітчизняного державотворення та не є ретроспективними. У зв'язку із цим, більшість таких досліджень не мають комплексного характеру. Тому метою цієї публікації є не лише констатація тих проблем законодавчого регулювання формування Уряду, що мають місце на сучасному етапі, а і виявлення тих аспектів правового регулювання зазначеного питання, що вже мали місце раніше та мають бути враховані у подальшій правотворчості.

Так, згідно із Законом Української РСР "Про заснування поста Президента Української РСР і внесення змін та доповнень до Конституції (Основного Закону) Української РСР" від 05.07.1991 р. визначальну роль у формуванні Кабінету Міністрів відігравала Верховна Рада: вона призначала представленим Президентом кандидатуру на посаду Прем'єр-міністра, звільняла з посади Прем'єр-міністра за пропозицією Президента, надавала згоду на призначення Державного міністра з питань оборони, національної безпеки і надзвичайних ситуацій, Міністра внутрішніх справ, Міністра закордонних справ, Міністра фінансів, Міністра юстиції, Голову комітету державної безпеки. Інших членів Кабінету Міністрів Президент призначав і звільняв за поданням Прем'єр-міністра. За Конституційним договором між Верховною Радою України та Президентом України "Про основні засади організації та функціонування державної влади та місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України" від 8 червня 1995 року Президент України міг формувати Кабінет Міністрів України без участі Верховної Рада України: Президент України у місячний строк після вступу на посаду або з дня відставки попереднього складу Уряду призначає Прем'єр-міністра України, фо-

рмує новий склад Уряду України – Кабінет Міністрів України (ч. 1 ст. 22). Однак такий спосіб формування уряду не був позапарламентським у його, так би мовити, чистому вигляді, оскільки Конституційний Договір передбачав інвеституру Уряду: "У двомісячний строк від дня сформування Кабінет Міністрів України представляє Програму своєї діяльності на розгляд Верховної Ради України. У разі незгоди з поданою Програмою Верховна Рада України може виразити Кабінету Міністрів України недовіру (ч. 2 ст. 22). Оголошення Верховною Радою України вотуму недовіри усьому складові Уряду України чи окремим його членам тягне за собою їх відставку (п. 23 ч. 1 ст. 17)" [1, с. 420].

Нова Конституція України дещо розширила повноваження Верховної Ради України щодо формування Кабінету Міністрів України – вона стала надавати згоду на призначення Президентом України Прем'єр-міністра України (п. 12 ч. 1 ст. 85), за того, що члени Кабінету міністрів України, керівники інших центральних органів виконавчої влади призначаються Президентом України за поданням Прем'єр-міністра України (п. 10 ч. 1 ст. 106). Однак Конституція скасувала інвеституру Кабінету Міністрів України. Хоча вона і віднесла до повноважень Верховної Ради України "розгляд і прийняття рішення щодо схвалення Програми діяльності Кабінету Міністрів України" (п. 11 ч. 1 ст. 85), але не визначила юридичних наслідків несхвалення Верховною Радою України Програми діяльності Кабінету Міністрів України. Конституційними змінами від 8 грудня 2004 року в Україні запроваджено парламентський спосіб формування Кабінету Міністрів України зі значним розширенням відповідних повноважень Верховної Ради України [1, с. 420-421, 422]. Однак, згідно із Рішенням Конституційного Суду України від 30. 09. 2010 р. № 20-рп/2010, відбулося "повернення" до Конституції України 1996 р., а отже і до закріпленої нею моделі формування Уряду.

Таким чином, порядок формування урядів залежить від форми правління, що існує в конкретній країні.

Процедура формування уряду може налічувати декілька етапів. Дослідники виділяють такі з них: підготовчий, стадію пробних мандатів, стадію призначення та інвеституру [2, с. 96-98].

Порядок формування Кабінету Міністрів України за чинним Основним Законом умовно поділяють на два ета-

пи: а) призначення Прем'єр-міністра України; б) призначення інших членів Кабінету Міністрів України [3, с. 134].

З нашої точки зору, порядок формування нового складу Уряду є законодавчо впорядкованим процесом ("урядотворчий процес"), який включає такі етапи та підетапи:

I призначення Прем'єр-міністра України, що включає:

1) внесення Президентом України кандидатури Прем'єр-міністра України на розгляд парламенту;

2) розгляд Верховною Радою України подання Президента України про надання згоди на призначення на посаду Прем'єр-міністра України;

3) прийняття парламентом постанови про надання згоди на призначення Прем'єр-міністра України. У разі ненадання згоди Верховною Радою України на призначення Прем'єр-міністра України Президент України вносить на розгляд Верховної Ради України подання про надання згоди на призначення на зазначену посаду в порядку, описаному вище;

4) видання Указу Президента України про призначення цієї особи Прем'єр-міністром України.

II Призначення членів Уряду. Цей етап передбачає:

1) внесення новопризначеним Прем'єр-міністром України подання Президенту України (єдиним списком чи окремо) про призначення членів Кабінету Міністрів України;

2) видання Указу Президента України про призначення цієї особи членом Кабінету Міністрів України або доручення Прем'єр-міністрові України внести нове подання щодо персонального складу Кабінету Міністрів України або щодо кандидатур на окремі посади членів Кабінету Міністрів України. Нове подання вноситься Прем'єр-міністром України у визначений Президентом України строк. Призначення на вакантну посаду члена Кабінету Міністрів України (крім Прем'єр-міністра України) здійснюється у порядку, описаному вище.

За Конституцією України, зі змінами від 08.12.2004 р., процес формування Уряду включає такі етапи:

1) формування парламентської більшості (коаліції);

2) внесення парламентською коаліцією пропозиції Президенту України щодо кандидатури Прем'єр-міністра України та внесення Президентом України подання про призначення Верховною Радою України Прем'єр-міністра України;

3) призначення за поданням Президента України Прем'єр-міністра України;

4) призначення на посади членів Кабінету Міністрів України, який включав два підетапи – призначення Міністра оборони України та Міністра закордонних справ України, що здійснювалося за поданням Президента України, та призначення інших членів Уряду, що здійснювалося за поданням Прем'єр-міністра України, та схвалення Програми діяльності Уряду;

5) вступ на посаду членів Кабінету Міністрів України та початок роботи новосформованого Кабінету Міністрів України.

Слід відмітити, що процедура формування Уряду, що була передбачена Конституцією України, зі змінами 2004 р., а також прийнятими в період її дії законами про Кабінет Міністрів України (2006 та 2008 рр.), Законом України "Про Регламент Верховної Ради України" характеризувалася як позитивними, так і не досить досконалими моментами, що стосувалися цього питання. Зупинимося на їх аналізі з метою подальшого врахування відповідних положень при вдосконаленні законодавства про статус Уряду.

Отже, до позитивних моментів вказаного правового регулювання слід віднести те, що у законодавстві (а саме у Регламенті Верховної Ради України) було чітко визначені вимоги до коаліційної угоди, а також те, що

Програма діяльності Кабінету Міністрів України базується на узгоджених політичних позиціях та програмних завданнях коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України (частина 1 статті 11 Закону України "Про Кабінет Міністрів України"). Таке положення мало забезпечити взаємодію та послідовність у діяльності коаліції та сформованого нею Уряду.

Такими, що потребували вдосконалення, слід вважати:

імперативний характер формування парламентської коаліції під загрозою дострокового припинення повноважень парламенту, що значною мірою сприяло штучному формуванню більшості, а отже нестабільності її існування; відсутність у законодавстві положення про взаємозв'язок припинення діяльності коаліції та сформованого нею Уряду;

суперечливість правової позиції Конституційного Суду України у питанні щодо можливості участі у формуванні парламентської коаліції народних депутатів України, що не входять до складу депутатських фракцій (Рішення Конституційного Суду України: від 17.09.2008 р. № 16-рп/2008 та від 06. 04. 2010 р. № 11-рп/2010);

неоднозначність у врегулюванні питання відносно ролі Президента України при внесенні ним подання про призначення Верховною Радою України Прем'єр-міністра України. Так, позиції дослідників, що існували із цього питання, можна об'єднати у дві групи. До першої групи можна віднести тих вчених, які вважають, що роль Президента України у формуванні Уряду мала бути формальною. Спеціалісти із протилежною точкою зору відзначали, що законодавство не містило прямої заборони диспозитивних дій Президента України щодо пропозиції коаліції депутатських фракцій. На практиці така неоднозначність законодавчого врегулювання могла призвести до виникнення конституційного конфлікту;

відсутність правового механізму розв'язання ситуації, що могла виникнути у разі невнесення Президентом України до Верховної Ради України подання про призначення на посаду Прем'єр-міністра України у строк, визначений Конституцією України;

різний порядок призначення на посаду Міністра оборони України і Міністра закордонних справ України, що, за умови опозиційності Президента та парламентської більшості, не сприяло консолідованій роботі Уряду.

Розпочинаючи аналіз порядку формування Уряду в Україні, слід відмітити, що тенденцією у більшості сучасних демократичних країн є те, що незалежно від сукупності та послідовності дій президента та парламенту, спрямованих на формування уряду, визначальним чинником є не нормативно-правові механізми, а розстановка сил у парламенті [4, с. 34]. Таким чином, жоден уряд в демократичній змішаній республіці не буде створений, якщо він не буде спиратись на підтримку парламентської більшості.

Практика висунення кандидатури на посаду Прем'єр-міністра політичною партією або коаліцією, що має більшість у парламенті (нижній палаті) отримала назву "позитивний парламентаризм". Однак у ряді країн північно-західної Європи (конституційні парламентські монархії – Данія, Норвегія, Нідерланди) використовується механізм "негативного парламентаризму". Він передбачає, що Прем'єр-міністр та уряд не зобов'язані отримувати вотум довіри від Парламенту і відразу після призначення починають працювати. Разом із тим у Парламенту залишається право висловити їм вотум недовіри. Така практика сприяє утворенню уряду меншості [4, с. 28-33].

Слід також звернути увагу на те, що довіра з боку парламенту (його палати) може висловлюватися або всьому складу уряду, або лише його голові. Призначення тільки одного глави уряду є відображенням інституту

раціоналізованого парламентаризму. Таке призначення сприяє посиленню виконавчої влади. Члени уряду призначаються і зміщуються главою держави за пропозицією керівника уряду. Міністри таким чином своєю посадою зобов'язані тільки керівникові уряду. Ця обставина сприяє консолідації виконавчої влади. Однак на сьогодні у більшості західних держав все ж вимагається отримання довіри всім складом уряду [5, с. 749]. Натомість в Україні закріплена саме модель раціоналізованого парламентаризму.

Характеристику процедури формування Уряду в Україні потрібно розпочати із її першого етапу: *призначення Прем'єр-міністра України*.

Проаналізуємо положення Закону України "Про Кабінет Міністрів України" від 07.10.2010 р., зі змінами, що визначають процедуру формування Уряду.

У першу чергу, слід відмітити, що чинний Основний Закон, а також зазначений Закон України "Про Кабінет Міністрів України" не передбачають необхідності формування парламентської більшості (коаліції) у розумінні стійкого, постійно діючого суб'єкта. Однак аналіз норм Конституції України та цього Закону свідчить про необхідність формування ситуативної більшості, що підтримуватиме кандидатуру на посаду Прем'єр-міністра України, а також Програму діяльності новосформованого Уряду*.

Отже, модель формування уряду, що передбачена вітчизняним чинним законодавством, певною мірою можна віднести до коаліційних. Оскільки кандидатура на посаду Прем'єр-міністра України потребує підтримки парламентською більшістю (хоча і ситуативною та політично неоднорідною).

Відповідно до статті 8 Закону України "Про Кабінет Міністрів України", Верховна Рада України розглядає подання Президента України про надання згоди на призначення на посаду Прем'єр-міністра України не пізніше ніж у п'ятиденний строк з дня внесення такого подання до Верховної Ради України. Встановлення такого строку, безумовно, є позитивним. Однак імовірно є ситуація, коли парламент в силу певних причин порушує зазначені строки. Очевидно, що у такому випадку Законом мають передбачатися відповідні механізми розв'язання цієї ситуації. Однак за чинним Законом України "Про Кабінет Міністрів України" вони відсутні.

* І такий висновок підтверджується тим, що ще до набуття чинності Конституцією України, зі змінами 2004 р., де містилася вимога формування парламентської коаліції як постійно діючого суб'єкта, мали місце спроби формування такої більшості. Так, народними депутатами Верховної Ради України III скликання, що входили до складу 11 фракцій, у січні 2000 р. було сформовано парламентську більшість із підписанням Угоди про створення, засади та основні напрями діяльності Парламентської більшості у Верховній Раді України. Важливим етапом структурювання Верховної Ради IV скликання було підписання керівниками 5 фракцій та 4 депутатських груп Угоди про утворення та основні засади діяльності постійно діючої парламентської більшості у Верховній Раді України четвертого скликання та Положення про постійно діючу парламентську більшість у Верховній Раді України четвертого скликання. Однак діяльність цієї більшості, як і більшості Верховної Ради України III скликання, не відзначалася стабільністю існування та послідовністю у прийнятті рішень. Після прийняття Рішення Конституційного Суду України від 30.09.2010 р. № 20-рп/2010, відповідно до якого визнано таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним), Закон України "Про внесення змін до Конституції України" від 8 грудня 2004 року № 2222-IV, втратило чинність, зокрема, положення Основного Закону про необхідність формування парламентської більшості. Однак, цікаво, що вже 04.10.2010 р. керівники тих же фракцій, що утворювали парламентську коаліцію, підписали Угоду про сформування парламентської більшості "Стабільність і реформи".

Закон України "Про Кабінет Міністрів України" передбачає, що кандидат на посаду Прем'єр-міністра України за пропозицією депутатських фракцій до розгляду питання на пленарному засіданні Верховної Ради України зустрічається з депутатськими фракціями та відповідає на їхні запитання. А за Законом України "Про Регламент Верховної Ради України" від 10.02.2010 р., зі змінами, (частина 3 статті 205) кандидат на посаду Прем'єр-міністра України також зустрічається із депутатськими групами та відповідає на їхні запитання. Крім того, цією ж нормою встановлюється, що кандидатура Прем'єр-міністра України попередньо розглядається на засіданні комітету, до предмета відання якого належить таке питання, який надає Верховній Раді своє рішення не пізніше ніж у чотириденний строк з дня внесення відповідного подання Президентом України.

Вважаємо, що дана норма не повинна бути правовою, а може мати лише політичний характер, бути традицією. Отже, вона не повинна закріплюватися законодавчо. А тому доцільним є її виключення із Закону.

За Законом також встановлюється, що під час розгляду питання про надання згоди на призначення на посаду Прем'єр-міністра України у пленарному засіданні Верховної Ради України бере участь Президент України.

Зміст даної норми також викликає запитання. Оскільки незрозуміло, чи є участь у такому засіданні правом або обов'язком глави держави. Крім того, норма не дає відповіді на запитання відносно того, чи можливе проведення такого пленарного засідання, за умови якщо Президент України на засіданні відсутній.

Процедура проведення такого пленарного засідання визначена законом України "Про Регламент Кабінету Міністрів України", відповідно до статті 205 якого на обговорення кандидатури на посаду Прем'єр-міністра України Верховною Радою відводиться до однієї години часу, в тому числі для доповіді кандидата на цю посаду – до 20 хвилин. За процедурним рішенням Верховної Ради час для обговорення кандидатури на посаду Прем'єр-міністра України може бути збільшений. Після представлення кандидат на посаду Прем'єр-міністра України виступає з доповіддю про основні напрями майбутньої діяльності Кабінету Міністрів України, відповідає на запитання народних депутатів. В обговоренні кандидатур на посаду Прем'єр-міністра України беруть участь представники депутатських фракцій (депутатських груп), представники комітетів (у разі їх створення), народні депутати.

У Законі України "Про Кабінет Міністрів України" також закріплено, що голосування у Верховній Раді України щодо надання згоди на призначення Прем'єр-міністра України проводиться у поіменному режимі. Рішення про надання згоди на призначення Прем'єр-міністра України приймається у формі постанови Верховної Ради України. Постанова Верховної Ради України про надання згоди на призначення Прем'єр-міністра України невідкладно направляється Президенту України.

Видається, що існування цієї норми є непрямим підтвердженням необов'язковості участі глави держави у пленарному засіданні парламенту, на якому надається згода на призначення Прем'єр-міністра України, оскільки, якщо Президент України присутній на такому засіданні особисто, потреби повідомляти його про прийняте рішення немає.

Одним із найбільш проблемних слід вважати положення частини 8 статті 8 Закону, відповідно до якого у разі ненадання згоди Верховною Радою України на призначення Прем'єр-міністра України Президент України вносить на розгляд Верховної Ради України подан-

ня про надання згоди на призначення на зазначену посаду. Так, "відкритими" лишаються наступні питання:

чи повинен Президент України вносити нову кандидатуру на посаду глави Уряду у разі її відхилення парламентом чи він вправі вносити одну і ту ж кандидатуру повторно;

якщо глава держави може "наполювати" на внесеній ним кандидатурі, то скільки разів може відбуватися таке внесення і який механізм виходу із ситуації, що виникає в цьому випадку;

який орган виконуватиме функції Уряду, якщо внаслідок протистояння парламенту та Президента України не буде призначено Прем'єр-міністра України та сформовано новий склад Уряду.

Згідно із частиною 8 статті 9 Закону України "Про Кабінет Міністрів України", особа, призначена Прем'єр-міністром України, набуває повноважень за цією посадою з моменту видання Указу Президента України про призначення цієї особи Прем'єр-міністром України.

Другим етапом формування Кабінету Міністрів України є призначення його членів.

Відповідно до частини 3 статті 114 Основного Закону, частини 1 статті 9 Закону України "Про Кабінет Міністрів України" члени Кабінету Міністрів України, крім Прем'єр-міністра України, призначаються на посаду Президентом України за поданням Прем'єр-міністра України.

Слід відмітити, що схематичність формулювання положень зазначеного Закону у частині формування складу Уряду може призвести до виникнення ситуації, за якої відсутні правові механізми впливу на главу держави у випадку неформального ним складу Уряду у строки, визначені Конституцією України. Така ситуація є імовірною, якщо Президент України під політичним тиском призначає Прем'єр-міністром України особу, що є політично опозиційною до нього.

Недоліком чинного Закону України "Про Кабінет Міністрів України" є і відсутність норми, яка би визначала момент набуття повноважень новосформованим складом Кабінету Міністрів. Непрямо, зі змісту окремих норм Закону (відповідно до частини 3 статті 46: засідання Кабінету Міністрів України вважається повноважним, якщо на ньому присутні більше ніж половина посадового складу Кабінету Міністрів України; частина 1 статті 52: постанови та розпорядження Кабінету Міністрів України приймаються на засіданнях Кабінету Міністрів України шляхом голосування більшістю голосів від посадового складу Кабінету Міністрів України) випливає, що для того, щоб новоутворений Уряд став повноважним, необхідним є призначення більшості від його посадового складу.

У зарубіжних країнах процедура отримання новоутвореним урядом довіри за рішенням парламенту (ни-

жньої палати), проголосованим абсолютною більшістю депутатів, називається інвеститурою. Саме ця процедура забезпечує уряду легітимність і здатність реалізовувати повноваження. У переважній більшості випадків інвеститура має місце в тих країнах, де уряд носить, як правило, коаліційний характер, і де відсутні дві-три домінуючі політичні сили [2, с. 99].

Інститут інвеститури слід відмежовувати від інституту вотуму довіри чинному уряду, хоч за процедурою між ними практично немає відмінностей. Природа вотуму довіри чинному уряду полягає в тому, що уряд, з метою одержання підтримки у парламенті його важливих заходів і перед їх здійсненням, ставить питання про довіру. Мета ініціювання такого вотуму довіри може бути й інша, але вона завжди зумовлена політичними міркуваннями. Будь-який вотум довіри відрізняється від вотуму недовіри лише за суб'єктом ініціювання: в останньому випадку питання про недовіру, як правило, ставить парламентська опозиція [6, с. 69-71].

Що ж стосується інституту інвеститури в Україні, то в класичному вигляді він відсутній. Однак, якщо Президент та парламентська більшість є в опозиції один до одного, то схвалення парламентом кандидатури глави Уряду фактично набуває характеру інвеститури. Якщо ж ні, то таке схвалення є суто формальністю, що нічого спільного із зазначеною процедурою не має.

Отже, фактично, після "повернення" до Конституції 1996 р., в Україні діє перший Закон України "Про Кабінет Міністрів України" від 07. 10. 2010 р, зі змінами, що регулює процес утворення Уряду саме за президентсько-парламентської форми правління. У зв'язку із цим, слід на основі практики його застосування розробити пропозиції по його вдосконаленню та запровадити їх до тексту зазначеного Закону.

1. Шляхтун П. П. Конституційне право України : [підручник] / П. П. Шляхтун. – К.: "Освіта України", КНТ, 2008. 2. Дахова І. І. Конституційно-правовий статус уряду в зарубіжних країнах: порівняльно-правовий аспект: дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.02 / Дахова Ірина Іванівна. – Х., 2006. 3. Любченко П. М. Організація роботи Кабінету Міністрів України / П. М. Любченко // Державне будівництво і місцеве самоврядування в Україні : [Підручник для студентів вищих навчальних закладів] / [за ред. С. Г. Серьогіної]. – Харків: Право, 2005. 4. Стосунки між законодавчою та виконавчою гілками влади у парламентських республіках. Дослідження здійснене Лабораторією законодавчих ініціатив на замовлення Програми сприяння Парламенту України // Створення коаліційних урядів. Права опозиції. Форми парламентського контролю. – К., 2006. 5. Маклаков В. В. Конституционное право зарубежных стран. Общая часть: [учеб. для студентов юрид. вузов и фак.] / В. В. Маклаков. – М.: Волтерс Клувер, 2006. 6. Ермолін В. П. Конституційні засади виконавчої влади в Україні (проблеми теорії і практики): дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.02 / Ермолін Володимир Павлович. – К., 2002.

Надійшла до редколегії 15.09.11

Н. Задирака, доц.

ДЕРЖАВНЕ УПРАВЛІННЯ ТА ВИКОНАВЧА ВЛАДА: СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ

В статті автор аналізує попередні та нові визначення понять "державне управління" та "виконавча влада". З метою забезпечення прав і свобод людини і громадянина держава повинна закріпити розмежування цих понять.

Ключові слова: держава, виконавча влада, державне управління.

В статье автор анализирует формулировки понятий "государственное управление" и "исполнительная власть". С целью обеспечения прав и свобод человека и гражданина государство должно закрепить разграничение этих понятий.

Ключевые слова: государство, исполнительная власть, государственное управление.

The article analyze previous and modern statement "State administration" and "Executive branch". On state level correlation of this notions should be given for guaranteeing of human and citizens rights and freedoms.

Key words: State, Executive branch, State administration.

Розбудова України як правової держави вимагає радикальної зміни пріоритетів у державній діяльності і принципів та форм відносин між владою і громадянами.

За сферою реалізації адміністративне право – це право, передусім, державного управління, тобто влад-

ного впливу держави на різноманітні суспільні процеси. Але таке визначення суспільної спрямованості адміністративного права не є цілком повним і точним. Тим більше, що протягом тривалого часу в нашій країні у механізмі державного управління переважали адміністра-

тивно-командні методи, з якими і пов'язувалися передусім роль і значення адміністративного права.

Нині потрібний принципово новий погляд на суспільне призначення адміністративного права, який відповідно до Конституції України має ґрунтуватися на визначенні головним обов'язком держави утвердження і забезпечення прав і свобод людини і громадянина, а також принципу, згідно з яким саме ці права і свободи та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави.

На сучасному етапі розвитку нашого суспільства метою адміністративно-правового забезпечення реалізації прав і свобод громадян у їх взаємовідносинах з органами виконавчої влади є закріплення таких форм і напрямів діяльності зазначених органів, їх посадових осіб, які б забезпечували повсякденний демократичний режим цих відносин на основі непорушності конституційних прав і свобод людини і громадянина. Такий правовий стандарт взаємовідносин органів виконавчої влади і особи враховує статус особи як такого суб'єкта, перед яким виконавча влада відповідальна за свою діяльність.

Обґрунтованість і перспективність такого підходу підтверджується практикою міжнародного співтовариства, що знайшло відображення в ряді положень міжнародно-правових актів. Вони не суперечать меті і принципам діяльності будь-якої демократичної держави. Саме тому органи виконавчої влади повинні зважати не лише на статус громадянина, закріплений у національному законодавстві, а й на положення відповідних міжнародно-правових актів. Їх сприйняття і деталізація у національному законодавстві повинні відбуватися з урахуванням реальних, перш за все матеріальних, можливостей здійснення у повсякденному житті.

На думку Авер'янова В.Б. ефективно і вільно здійснення прав людини, формування системи виконавчої влади, яка стане близькою до потреб і запитів людей, а головним пріоритетом її діяльності стане служіння народів та національним інтересам є одним з головних ознак демократичного суспільства і правової держави [1, 125-127].

Природа виконавчої влади, зумовлена об'єктивним її призначенням – виконанням законів та інших правових актів, підтверджує принципову єдність процесу реалізації повноважень цієї гілки влади зі змістом управлінської діяльності держави. Це дає змогу визначити виконавчу владу і державне управління органічно поєднаними сторонами єдиного явища, яке визначається як управлінська (або адміністративна) сфера діяльності держави.

Сутність правової держави полягає у самообмеженні, у законності, тобто будь-який акт державної влади повинен бути заснований на законі. Конституючи за допомогою спеціально створених органів наявність даної норми права, визначаючи межі застосування норми, вирішуючи спори про правовідносини, у кожному конкретному випадку з'ясовуючи наявність та розмір свого права на покарання держава відправляє правосуддя. Окрім встановлення права та відправлення правосуддя, уся інша діяльність держави може бути визначена як управління.

Сутність державного управління полягає в наступному: воно наділено примусовою владою; воно є не лише правом, а й обов'язком держави. Матеріальна сутність державного управління, тобто цілі, які держава собі ставить, визначаються умовами часу та місця. Оскільки управління містить частку самостійності в прийнятті рішень, то в деяких випадках воно виступає розпорядженням, а якщо управління полягає у втіленні отриманого наказу, то воно і визначається виконанням.

Все це примушує і на доктринальному рівні, і на практиці переглянути традиційне в минулому визнання пріоритетності для виконавської діяльності держави завдань з організації управління суспільними справами.

Це необхідно тому, що і досі адміністративне право абсолютною більшістю юристів тлумачиться як право "управлінське", тобто як право, яке регулює відносини державного управління. Хоч це і правильно, але це – не повна відповідь, і тільки цим обмежувати визначення спрямованості адміністративного права аж ніяк не можна.

Власов В. та Студенікін С. визначають державне управління як виконавчо-розпорядчу діяльність уповноважених органів державної влади щодо реалізації законів [2, 8].

Студенікін С. також визначає державне управління як виконавчу і розпорядчу діяльність органів державної влади [3, 5].

Якщо вважати змістом діяльності органів виконавчої влади виконавчо-розпорядчу діяльність щодо реалізації правових норм, закріплених у законах, то відсутність останніх ставить під сумнів доцільність діяльності органів виконавчої влади у цьому розумінні. Таким чином, визначаючи організаційно-правовий бік форми державного управління і державного регулювання, не можна відокремлювати діяльність органів виконавчої влади від діяльності органів законодавчої влади. Чинне законодавство невід'ємно пов'язане з діяльністю органів виконавчої влади, тому що, з одного боку, закріплює її основи й визначає її мету і завдання, а з другого, – знаходить у ній опору для застосування. Діяльність щодо визначення цілей управління й формування основи для діяльності всіх органів управління не може розглядатися у відриві від системи управління і є її невід'ємною частиною.

Як справедливо зазначає Кагановська Т. виконавча влада – це політико-правова категорія, а державне управління – організаційно-правова й навіть організаційно-технологічна категорія. Кожна з гілок державної влади реалізує одну або кілька функцій державного управління. При цьому справедливо можна стверджувати, що виконавча влада в особі своїх органів реалізує весь комплекс управлінських функцій, у той час як дві інші гілки влади – лише одну з них або деякі у необхідній комбінації. Функціонуючи спільно й узгоджено, всі три гілки державної влади, виконуючи кожна свій набір управлінських функцій, становлять єдиний, цілісний державний апарат, що реалізує державне управління в повному обсязі [4, 153].

Афанасьєв В. наголошує на необхідності розгляду поняття державного управління у двох основних аспектах: а) як управління всім суспільством; б) як управління лише державними справами [5, 22 – 52].

В свою чергу, Атаманчук Г. звернув увагу на те, що підставою для виокремлення державного управління серед інших видів управління є акцентування на такому специфічному суб'єкті управлінського впливу як держава в цілому, а не на якійсь одній із гілок влади [6, 38].

Досить вдало сформулював поняття "державне управління" Данилькевич М., зазначивши, що в широкому розумінні державне управління є управлінням державними справами, яке здійснюється всіма органами держави і у всіх гілках влади [7, 20].

Разом з тим слід зазначити, що державне управління за доктринальним визначенням є видом діяльності держави, який полягає у здійсненні нею організуючого впливу на ті сфери і галузі суспільного життя, потреби функціонування і розвитку яких вимагають певного втручання держави за допомогою відповідних важелів. Головні серед них пов'язані з використанням повноважень виконавчої влади. Проте державне управління здійснюється і

за межами функціонування виконавчої влади, наприклад, на рівні державних підприємств, установ і організацій. Завдяки цьому поняття "державне управління" за змістом є ширшим, ніж поняття "виконавча влада".

Таким чином, можна відзначити наявність двох основних підходів до розуміння поняття державного управління в сучасній юридичній науці: спеціальне (чи вузьке) значення – це управлінська діяльність уповноважених органів державної влади та компетентних посадових осіб у сфері реалізації виконавчої влади; широке значення – цілісна сфера діяльності державної влади, всіх її гілок, всіх органів та посадових осіб, а також можливість делегування частини повноважень недержавним інституціям.

Державне управління як владно-організуюча діяльність органів і посадових осіб здійснюється як у межах органів виконавчої влади, так і поза їх межами. В демократичних державах функції виконавчої влади здійснюються не тільки суб'єктами виключно державної влади, а й іншими недержавними суб'єктами. Зокрема, ці функції можуть бути делеговані державою як органам місцевого самоврядування, так і деякими іншим недержавним інституціям.

Специфіка співвідношення понять "виконавча влада" і "державне управління" полягає в тому, що частина функцій державного управління реалізується за межами виконавчої влади, але водночас частина функцій виконавчої влади може реалізовуватись також і за межами державного управління. Орган державного управління має певну ініціативу, тобто свободу дій, яка проявляється у доцільному виконанні державних справ. Закон не може передбачити усі можливі комбінації життєвих ситуацій, за яких задачі, поставлені перед державою, можуть бути втілені за допомогою діяльності органів державного управління, звідси випливає необхідність існування вільного розсуду, але лише в обмеженому вигляді.

1. Авер'янов В.Б. До питання про поняття так званих "управлінських послуг" // Право України. – 2002. – № 6. – С.125-127.
2. Власов В., Студеникин С. Советское административное право. – М., 1959.
3. Советское административное право / под. ред. Студеникина С. – М., 1958.
4. Кагановська Т. Щодо поняття та змісту сучасного державного управління // Право України 2010. – №12.
5. Афанасьев В.Г. Научное управление обществом. Опыт системного исследования. – М., 1968. – 384 с.
6. Атаманчук Г. Теория государственного управления. – М., 1997.
7. Данилькевич Н.И. Административное право Украины. – Днепропетровск, 2001.

Надійшла до редколегії 15.09.11

УДК 94 (4) "313/1453"; 347. 237

Л. Дячук, доц.

CONCUBINATUS У ВІЗАНТІЙСЬКОМУ ПРАВІ (IV – VI ст.)

В статті досліджується юридичне регулювання приватних суспільних відносин за нормами інституту конкубітату ранньовізантійського права.

Ключові слова: конкубінат, традиція, право, незаконно народжені діти, еволюція, античність, християнські цінності.

В статье исследуется юридическое регулирование частных общественных отношений за нормами института конкубината ранневизантийского права.

Ключевые слова: конкубинат, традиция, право, незаконно рожденные дети, эволюция, античность, христианские ценности.

In the article probed legal adjusting of private public social relations after the norms of institute of concubinage Early-Byzantium rights.

Key words: concubinage, tradition, right, illegitimate children, evolution, antiquity, christian values.

Конкубінат (*lat.* Concubinatus: con (cum) – разом; cubo – лежу) – це форма постійного співжиття осіб, що не могли через об'єктивні причини (соціальні, майнові, моральні тощо) вступити у законний шлюб. Конкубінат з'явився тоді, коли сформувалась парна, постійна і узаконена, на рівні сакральної правової традиції, патріархальна сім'я та виникла соціальна нерівність, що стала характерним елементом еволюції кожного історичного соціуму. Конкубінат відомий нам з часів систематизації перших в світовій історії збірок права, які з'явилися у країнах Стародавнього Сходу. Поява перших знакових систем, що сприяли фіксації соціального досвіду, було характерною ознакою переходу первісного суспільства до якісно вищого ступеня його самоорганізації, в контексті публічних та приватних відносин. Разом з тим, становлення кожної цивілізації, ознакою якої є, зокрема, *поява міста* як осередку концентрації політичного, економічного, релігійно-культурологічного та пізнавально-прогностичного досвіду, обумовлювало не тільки прогресивні, але й деструктивні тенденції суспільного розвитку. Це, передусім, пов'язано з кризою ментально-ціннісних орієнтацій людини та традиційних форм суспільного буття. Становлення міст-держав, а згодом формування багатонаціональних імперій супроводжувалось певним розривом з існуючою раніше правовою традицією, нормативні принципи якої не могли втримати соціум від негативних суспільних тенденцій. В цих умовах, як зауважив відомий філософ та соціолог права Владислав Бачинін, "дезорганізаційні процеси повсюдно переходять у деструктивні, які справляють на

людську поведінку не соціалізуючий, а переважно асоціалізуючий, біологізуючий вплив. Дрімаючи в глибинах людської підсвідомості агресивні начала, що раніше успішно блокувалися цивілізаційними нормативними структурами, тепер, коли останні виявляються напівзруйнованими, стають безконтрольними й активно заявляють про себе безліччю різноманітних ексцесів імморального і протиправного характеру" [1, с. 51 – 54]. В формі *парафрази* ідей та висновків дослідника слід зазначити, що все це приводить до *аномії* – заперечення *номосу*, коли одні морально-правові приписи і норми уже не діють, а інші ще в процесі становлення, яка в свою чергу веде до непередбачуваності та всездозволеності на індивідуально-особистісному та груповому рівні.

Останнє змушувало правителів перших стародавніх держав вдаватися до систематизації правових звичаїв і вносити до них доповнення та зміни, які, як правило, в цілому відповідали рівню розвитку відповідного соціуму. Отже, поява перших збірок права була історичною відповіддю на процеси, які торкнулися патріархального суспільства.

Становлення класового суспільства обумовило низку заборон, що були пов'язані з соціальним становищем особи. Почали формуватись традиції як усього суспільства, так і окремих його прошарків. Якщо у одних народів сформувалась соціальна структура суспільства, основи якої залишались незмінними впродовж тисячоліть (Індія), то в інших – соціальні зміни при певному консерватизмі поступово впливали на еволюцію уже традиційної структури відповідного суспільства. Однак,

в будь-якому разі кожна в тій чи іншій мірі замкнута група мала свій спосіб життя та його усвідомлення, що зумовлювало певні особливості сприйняття та осмислення суперечливого світу людських відносин, для узгодження яких необхідні були адекватні засоби та регулятивні механізми. Осмислення суперечностей та інстинкт самозбереження сприяли появі та розвитку спочатку звичаєвих приписів, а згодом позитивних норм права, що були зафіксовані в офіційних збірниках держав Стародавнього світу. Вони регулювали не тільки шлюбні, але й такі особисті відносини, які, відповідно до існуючої ціннісної парадигми та правової доктрини, не мали перспективи завершитись законним шлюбом. Очевидно, не бажаючи вступити в двобій з людською природою, стародавні законодавці передбачили законні форми взаємин зафіксовані в офіційних збірниках держав Стародавнього світу. Вони регулювали не тільки шлюбні, але й такі особисті відносини, які, відповідно до існуючої ціннісної парадигми та правової доктрини, не мали перспективи завершитись законним шлюбом. Очевидно, не бажаючи вступити в двобій з людською природою, стародавні законодавці передбачили законні форми взаємин зафіксовані в офіційних збірниках держав Стародавнього світу. Вони регулювали не тільки шлюбні, але й такі особисті відносини, які, відповідно до існуючої ціннісної парадигми та правової доктрини, не мали перспективи завершитись законним шлюбом.

Однак, особливо увагу це суспільне явище викликало в середовищі римських юристів класичного періоду та правознавців ранньої Візантії. В більшості досліджень та в навчальній літературі з римського права (Ф. Шулін [3, с. 239], М. Хвостов [4, с. 396 – 398], Й. Покровський [5, с. 428 – 429], М. Казер [6, с. 328-329], О. Підпригора [7, с. 90 – 91] Є. Харитонов [8, с. 263] та ін.) оцінки даного інституту торкаються не тільки римського класики та попередніх періодів, але й його правового становища у період пост-класичного або ранньовізантійського права. Вказані праці мають важливе значення для дослідження даної тематики, оскільки в період ранньовізантійського права починається динамічна еволюція конкубітату в умовах християнізації та часткової елінізації римського класичного права. Окрім загальних курсів римського права проблеми конкубітату з кінця XIX ст. почали уже досліджуватись в спеціальних історичних (R. Friedl [9]) та юридичних працях (P. Meyer [10]).

Своєрідним синтезом досліджень конкубітату є відповідні фрагменти з загального курсу приватного римського права Макса Казера [6, с. 328 – 329]. В своїх змістовних і лаконічних оцінках він оперується на спеціальні та загальні праці не тільки німецьких, але й вчених-романістів з різних європейських країн: P. Meyer [10], Plasard [11], H. Wolff [12], K. Rebro [13], Costa та ін. До речі, окрім зазначеної праці Ганса Вольфа (Wolff), на яку посилався Макс Казер, йому належить блискуче дослідження з етимології юридичних понять, розкриття змісту яких, в процесі їх еволюції, дає принципову інформацію, наприклад, про правове врегулювання становища дітей, народжених в конкубінаті, на різних етапах римської та ранньовізантійської історії [14, с. 138]. Натомість у науковій літературі з візантійського права дана проблема майже не досліджувалась. Винятком являються цінні зауваги М. Бенеманського [15, с. 320 – 324], Є. Ліпшиц [16, с. 47 – 49;] та В. Васильєвського [17, с. 263]. Окрім того, конкубінат розглядався в загальних працях з історії візантійського права відомими дослідниками, такими як J. Mortreuil [18], K. E. Zachariae von Lingenthal [19], L. Mitteis [20], J. H. A. Lokin [21] та ін. Важливе значення

для дослідження різних аспектів візантійського права мала публікація його першоджерел, яку здійснили K. E. Zachariae von Lingenthal [22] та J. Zepos [23].

Тим не менше, **актуальність дослідження** особливостей конкубітату на різних етапах історії візантійського права, окрім гносеологічної мети, пов'язана з тим, що специфічні форми даного правового явища існували впродовж усієї історії людства. Йдеться також про так званий неоформлений, фактичний, громадянський шлюб і т. ін. в сучасному постмодерному суспільстві. Історичним прикладом в країнах, де християнство стало офіційною релігією, було, наприклад, постійне співжиття життя, окрім законного шлюбу, сина останнього гетьмана України, *міністра народної освіти* Російської імперії, Олексія Кириловича Розумовського (1748 – 1822 рр.) з жінкою недворянського походження, діти яких, за відповідним указом імператора, були узаконені та визнані дворянами (без графського титулу) і отримали прізвище *Петровські* – за назвою села Перово, де вони проживали в дитинстві [24]. Така форма набуття незаконними дітьми від конкубіни прав свого батька (*при певних обмеженнях*), за розпорядженням імператора, виникла у ранньовізантійському праві (Nov. 89, 9 – 11).

Перед тим, як перейти до аналізу даного інституту, в межах еволюції візантійського права, необхідно з'ясувати особливості регулювання відповідних відносин за нормами римського класичного права. Така необхідність обумовлена тим, що відповідні норми римського класичного періоду стали об'єктом християнізації (з IV ст.), в процесі якої відбувалась генеза ранньовізантійського права.

Інститут конкубітату у римському та візантійському праві передбачав такі правові положення: *правове становище чоловіка – ініціатора і суб'єкта конкубітату; походження конкубіни та її правове становище; форма та умови укладення конкубітату; припинення відповідних взаємовідносин; правове становище дітей, народжених в конкубінаті; правовідносини конкубіни та її дітей з їх природним батьком, форми їх усиновлення.*

Отже, передусім, розглядаємо проблему **конкубінат і чоловіки** в контексті загальних оцінок конкубітату та проблеми його законності за нормами класичного періоду та науковими оцінками дослідників. Претендувати на конкубінат за римською правовою доктриною могла особа чоловічої статі, яка мала статус свободи, право римського громадянства та *jus connubii*, але не могла вступити у шлюбні відносини з бажаною особою, що через соціальні чи моральні ознаки не мала права на законний римський шлюб (*matrimonium*). Разом з тим, ще до часів римського класичного права конкубінат не обмежував вступ у законний шлюб, а останній не позбавляв чоловіка можливості вступити у конкубінат. З цього приводу відомий дослідник римського права Фрідріх Шулін, посилаючись на відоме джерело, писав: "В стародавні часи **поряд** з шлюбом дозволений був і конкубінат" [3, с. 240]. Якщо в архаїчні та докласичні часи римського права конкубінат вважався явищем, що узгоджувалось з давньою правовою традицією і не зазнало принципкових змін, то в часи Октавіана Августа він став об'єктом правового регулювання і зазнав необхідних для шлюбної політики принципів корекцій та доповнень. Джерелами новелістичних підходів імператора були його два закони: *Lex Julia de adulteriis* та *Lex Julia et Papia Poppaea* [25, с. 105; с. 107 – 108]. В контексті спорідненої, але різнопланової тематики в обох законах були обґрунтовані правові положення, що визначали тенденцію розвитку конкубітату до початку християнізації римського права (IV ст.). В науковій літературі стосовно даного явища, що зазнало суттєвих змін на поча-

тку доби принципату, виникли різні оцінки, що зводились до проблеми законності майбутнього правового інституту. Наприклад, В. Хвостов вважав конкубінат юридичним, але не узаконеним явищем [4, с. 396 – 397]. Натомість Ф. Шулін залишив більш оптимістичні оцінки. Така позиція очевидно була зумовлена тим, що в основу свого бачення проблеми він поклав не Lex Julia de adulteriis як Хвостов, а Lex Julia et Papia Poppaea та його інтерпретацію римськими класичними юристами. Так, посилаючись на відому норму Ульпіана (з 2-ої книги "Коментарів до закону Юлія і Папія") (D. 25.7.1) та Марціана (з 12-ї книги "Інституцій") (D. 25.7. 3.1) німецький вчений зазначив: "Мати подібну жінку (невідомого походження або, яка торгує власним тілом чи вільновідпущеницю) в якості конкубіни вважається більш пристойним, чим одружуватися з нею, і Lex Julia et Papia Poppaea прямо-таки санкціонував конкубінат для тих випадків, коли, через нерівність станів, шлюб був неможливим чи засуджувався" [3, с. 239 – 240]. Для підтвердження законності конкубінату він пов'язує його з положенням про майнові очікування та забезпечення дітей конкубіни. В той же час відомий знавець римського права Й. Покровський підкреслює, що таке нормативно-правове положення виникло пізніше [5, с. 429]. Стосовно ж самого конкубінату він вважав, що лише в кінці класичного періоду останній вважався чимось на кшталт ерзац-шлюбу.

Суперечність законодавства Октавіана Августа щодо конкубінату та становища в ньому вільнонародженого чоловіка, як уже зазначалось, полягає в тому, що в контексті боротьби з перелюбом та незаконними шлюбами він, на думку імператора, був явищем необхідним і тому допустимим.

За відповідними законами Октавіана Августа чоловік, який перебував у конкубінаті, не підлягав кримінальній відповідальності (як за інші аморальні форми стосунків з жінками). Конкубінату надавалась перевага перед законним шлюбом з особами, з якими останній не міг бути узаконеним або вважався непристойним. Але за логікою обох нормативно-правових актів, і, головним чином, за римською правовою доктриною, конкубінат ніяк не міг вважатися законним шлюбом, а відсутність matrimonium передбачала цивільну відповідальність за безшлюбність – обмеження в спадкових правах. Це переконали в тому, що наявність конкубінату, у який за Lex Julia de adulteriis могли вступати лиш не одружені чоловіки, навпаки допускала паралельний вступ у законний шлюб (matrimonium), оскільки за безшлюбність передбачалась юридична відповідальність, а норма Октавіана Августа очевидно носила диспозитивний характер.

Отже, конкубінат фактично визнавався як за одруженими, так і не одруженими громадянам Риму, оскільки вважався таким, що не суперечив шлюбу. Таке поєднання двох форм сумісного життя являлось допустимим, оскільки основною метою принцепса, у даному контексті, було створення нормативно-правових умов для зростання народжуваності у законних шлюбах.

Становище чоловіків в конкубінаті намагались відповідним чином виправдати коментатори нормативно-правових актів Октавіана Августа – римські юристи кінця класичного періоду. Характерно-типовою для даного часу є позиція відомого юриста Ульпіана: 1) особа, що відносились до певної категорії жінок, могла стати лише конкубіною, тому вільнонароджений чоловік мав право вступити з нею тільки в конкубінат (D. 25.7.1. §1,2); 2) відмінність між обома формами – законний шлюб та конкубінат – лише в проблемі неможливості конкубіною засвоїти від чоловіка право честі (honore) та статус ма-

тері сімейства. Така позиція пізньоримського юриста виражала по суті християнські ідеї, до яких він не міг формально мати відношення; але особливість духовної сфери полягає в тому, що цінності, поширені серед значної частини суспільства, могли впливати на римських інтелектуалів на рівні підсвідомого і втілювались у їх сентенціях як породження власних інтелектуальних роздумів.

Разом з тим, відомий римський юрист Марціан зайняв більш стриману позицію (D. 25.7.3). Перефразовуючи його сентенцію, відзначимо, що Марціан все ж таки визнавав конкубінат явищем законним, оскільки, як він підкреслює, про нього йдеться в законодавстві Октавіана Августа, причому не в контексті заборони, а в сприйнятті як юридичної категорії і допустимої форми різностатевих відносин. Однак, цілком резонно стосовно цього висловився В. Хвостов. *"Сожительство это по-прежнему оставалось незаконным, – зауважує дослідник, – конкубина не имела никаких прав относительно своего сожителя, а дети ее были незаконными, и родство между ними и их отцом в глазах права никакого значения не имело. Отношение к конкубинату изменилось при христианских императорах"* [4, с. 396 – 397]. Отже, В. Хвостов заперечує, що Lex Julia de adulteriis надав конкубінат законності і вважає явищем допустимим, але не узаконеним. Позиція В. Хвостова являється цілком обґрунтованою, оскільки конкубінат вважався не бажаною, а можливою формою подружнього життя, яка не мала жодних юридичних наслідків. Оцінка ж Марціана виражала, очевидно, праворозуміння кінця класичного періоду. Позначеною іншими відтинками була позиція щодо конкубінату римського юриста Павла, який вважав, що конкубінат – це ідеальна форма для відповідних відносин між вільновідпущеницею та її патроном (D. 25.7.2). Таким чином, сприймаючи конкубінат як фактично існуюче і незаборонене явище, він пов'язував його з традиційною причиною – соціальною нерівністю і захистом прав патрона, в контексті конкубінату з його вільновідпущеницею.

Отже, розглянувши проблему "чоловіків в конкубінаті" необхідно, для більш предметного розуміння даного юридизованого явища, з'ясувати суспільне походження конкубіни та її правовий статус. З відомих правових актів та їх тлумачень випливає, що джерелом формування даної категорії осіб були відповідні соціально – та морально-правові фактори. В Римській державі конкубіною, передусім, могла стати вільновідпущениця, яка отримала свободу, але залишилися під патронатом колишнього рабовласника. Останній мав перевагу перед іншими стосовно конкубінату з колишньою рабицею, оскільки, як зауважив Ульпіан, "більше відповідає честі патрона мати вільновідпущеницю в якості конкубіни" (D. 25.7.1). Більше того, вільновідпущениця-конкубіна, на думку римського юриста Павла, повинна залишатися при патроні на випадок його невиліковної психічної хвороби (D. 25.7.2). Підсумовуючи сказане, необхідно зауважити, що відпущениця мала право стати конкубіною іншої особи, але, як вважав Ульпіан, коментуючи закон "Юлія і Папія" (*так в тексті*), перевага повинна була надаватись патрону (D. 25.7.1.), оскільки він звільнив її з рабства (manumission). На нашу думку, остання вимога до майбутньої конкубіни очевидно розглядатися за bona fide, оскільки Ульпіан висловив лише пропозицію заборонити їй шлюб з іншою особою, якщо це буде суперечити бажанню патрона (D. 25.7.1). Звичайно, можна небезпідставно припустити, що положення Ульпіана, в даному контексті, могло стати правосильним уже за jus respondendi, яким був наділений знаменитий юрист, але однозначно відомо, що воно на-

брало законності у Дигестах Юстиніана (за конституцією *Tanta 16 грудня 533 року*) [26, с. 49 – 69].

Разом з тим, з часів правових реформ Октавіана Августа, конкубіна визначалась не тільки за соціальним статусом, але й за моральними ознаками. Такий підхід з'явився за нормами "шлюбного законодавства" Октавіана Августа, що наклало свій відбиток, як зауважив Й. Покровський, на усю подальшу історію римських сімейних відносин [5, с. 428]. Наприклад, вільнонароджена жінка, яка була засуджена за *stuprum*, не могла вступити у законний шлюб (*matrimonium*), а лиш тільки в конкубінат (D. 25.7.1). За законом *Lex Julia et Papia Poppaea* вступити в конкубінат мала право вільнонароджена особа, яка *quaestum corpore fecit* (продавала своє тіло). Октавіан Август, таким чином, намагався обмежити проституцію, надавши можливість пов'язати вступити в допустиму форму співжиття

Окрім того, як відзначає Марціан, конкубіною могла стати також вільнонароджена особа, місце народження якої було невідомо (D. 25.7.3). Очевидно він мав на увазі категорію жінок, що належала до соціальних низів римського громадянства, оскільки аристократи знали не тільки власне походження, а весь свій родовід. В кінцевому рахунку, продовжує Марціан, конкубіною могла стати будь-яка вільнонароджена особа, яка вела добropорядний спосіб життя, при умові її волевиявлення та у присутності свідків (D. 25.7.3). Така норма очевидно застосовувалась як засіб позбавлення "чесної жінки" від можливого примусу при вступі в конкубінат.

Разом з тим, відповідна юридична процедура засвідчувала дійсність намірів і волевиявлення кожного з суб'єктів конкубінату, надавши йому, таким чином, певного юридичного значення. Однак, необхідно зазначити, що така особа зазнавала *deminutio minimū*, тобто пониження її сімейного статусу в суспільстві. Вона втрачала потенційне або існуюче право *називатися матроною*, матір'ю сімейства, і відповідний рівень гідності (*matronae nomen et honestatem*) (D.5.14.7).

Таким чином конкубіною могла стати особа, що відносилась до однієї з двох груп жінок, що вирізнялися за рівнем статусу свободи: вільновідпущениці (обмежений статус свободи) та вільнонароджені (абсолютний статус свободи). З числа вільнонароджених виділяється декілька категорій жінок, які визначаються: а) за аморальним способом життя; б) особи, що притягалися до кримінальної відповідальності; в) жінки, що не знають свого походження (з числа плебеїв чи соціальних низів); г) добropорядні жінки, що особисто виявили волю вступити в конкубінат. Однак, як підкреслювалось, конкубінат вільновідпущениці і її патрона найбільш відповідав честі останнього і сприймався в кінці класичного періоду як найбільш відповідна форма конкубінату.

Конкубінат як об'єкт правового регулювання, на відміну від адюльтеру, мав певну **юридичну форму** утворення. Він укладався, окрім осіб *ingenna honesta*, через *nudus consensus*. Така "гола угода" не мала відповідної процедури і жодних юридичних гарантій. Але її наявність сприяла формуванню в суспільстві погляду на конкубінат як *quasi nuptia*. Цьому сприяло також те, що суб'єктами конкубінату були жінки *ingenna honesta*, які набували становища конкубіни шляхом волевиявлення та юридичної процедури [3, с. 240]. Підставами **розірвання конкубінату** була узгоджена позиція сторін, або волевиявлення будь-кого з його суб'єктів [ibid]. Єдиним випадком, коли таке розлучення римські юристи кінця класичного періоду намагались врегулювати, була проблема взаємовідносин конкубіни-вільновідпущениці та її патрона (D. 25.7.1 – 3).

Правове становище конкубіни в значній мірі залежало від її соціального походження. Наприклад, якщо конкубіна-вільновідпущениця мала певні зобов'язання перед патроном, з яким була пов'язана цивільними зобов'язаннями (як вільновідпущениця), то правове становище вільнонародженої жінки в конкубінаті не передбачало таких зобов'язань. Вона могла за власною волею як вступити в конкубінат, так і розірвати відповідні відносини. В іншому ж усі жінки в конкубінаті залишалися рівними, так як у відносинах з чоловіками не мали ні юридичних прав, ні обов'язків. Їх подружнє становище визначалося давньоримською правовою традицією.

Втім, з часів Октавіана Августа правове становище конкубіни починає уже залежати як від законодавчої політики імператорів, та і від ментальних стереотипів суспільства. Безперечно, такі риси, які набував конкубінат в процесі правової еволюції, були обумовлені тенденціями суспільного розвитку, моральними та соціальними особливостями шлюбних та позашлюбних відносин. Правове становище конкубіни відрізнялось від сімейно-правового статусу законної дружини перш за все тим, що чоловік, як зауважив Ф. Шулінін, посилаючись на юриста Павла, "не визнавав її рівною собі за походженням супутницею життя" [3, с. 239.]. На відміну від законної дружини, конкубіна не могла долучитись до сакральних родових традицій чоловіка та засвоїти *maritalis honoris* (подружню гідність) (D. 39.5.31). Їх могло пов'язувати кохання, але не тотожність суспільного становища. Конкубіна мала, очевидно, зобов'язання вірності перед чоловіком, що однак не торкалося сфери права, а було пов'язано з особистими почуттями та моральними якостями суб'єктів взаємовідносин. В цілому, усі права, які отримувала законна дружина, не розповсюджувались на конкубіну. Все, що чоловік робив на її користь (надання *alimenta*, захист конкубіни, дарування речей), вважалося його благодіянням, а не виконанням юридичних обов'язків (D. 24.1.3. § 1; 39.5.31). Власне, саме дарування чоловіка жінці, як зауважував Папініан, дозволялось у випадку їх перебування не у шлюбі, а в конкубінаті (D. 39.5.31).

Оригінальною стосовно правового становища конкубіни є думка Ф. Шулініна, що після смерті чоловіка, якщо у нього не було законної дружини, конкубіна (незалежно від походження) та її діти могли отримати право на четверту частину його спадщини. Дослідник зауважив (втім не зовсім впевнено), що дана норма, очевидно, появилась в законі Октавіана Августа *Lex Julia et Papia Poppaea* [3, с. 240, 241]. Натомість Й. Покровський підкреслював, що з плином часу (після законодавства Октавіана) діти конкубіни отримали обмежені спадкові права [5, с. 429]. Така теза була висловлена дослідником в контексті правовідносин III ст. Разом з тим, проф. Покровський майже повторює спірну позицію Шулініна, яка також дотична до правового становища конкубіни, що уже в межах класичного періоду діти останньої називались, не *spurius* чи *vulgo questis*, а *liberi naturales* (ibid). Натомість, як довів Г. Вольф, в період римського класичного права поняття *liberi naturalis*, *filia naturalis* та *pater naturalis* в імператорських конституціях, які поступово підмінили інші форми права, ніколи не вживалось, оскільки для позашлюбних дітей, за римською правовою доктриною, батька юридично не існувало [16, с. 48]. Більше того, навіть прикметник *naturalis*, на думку дослідників, не використовувався в даному контексті впродовж усього класичного періоду (ibid). Це сприяє підтвердженню думки В. Хвостова, який одноznачно пов'язував вказані поняття та появу обмежених спадкових прав дітей, народжених в конкубінаті, з добою християнських імператорів [4, с. 397]. Позиція В. Хвостова

про загальне правове становище конкубіни в I – III ст. підтверджується також тим, що відповідна норма (про спадкові права дітей конкубіни) не згадується як така, що належала до класичного періоду, ні в Дигестах Юстиніана, ні в інших джерелах римського та ранньовізантійського права.

Разом з тим, відомий юрист Ульпіан в контексті проблеми дарунків законній дружині та конкубіні зазначив у 22-й книзі "Коментарів до Сабіна", що між ними, окрім *гідності становища*, ніякої різниці немає (!) (D. 24.49.4). Це ставило його у певну суперечність з існуючою правовою традицією. Щоправда, в іншому фрагменті (32-а кн.) Ульпіан більш чітко відзначив особливості становища конкубіни та законної дружини (D. 24.1.3. § 1). Для того, щоб зрозуміти позиції різних юристів і певну колізійність між окремими сентенціями одного і того ж дослідника, необхідно, на наш погляд, мати на увазі певні особливості праворозуміння римських юристів початку, середини та закінчення класичного періоду, а також врахувати наступні обставини. В класичний період римського права, очевидно, існували дві тенденції в оцінці правового змісту конкубінату. Одна виражала традиційну і, в той же час, новаторську думку щодо конкубінату як засобу перестороги від адюльтеру і як форми співжиття осіб, що не породжувала жодних юридичних зобов'язань. Інша тенденція, що посилювалась у III ст., яку виражав у своїй творчості Ульпіан, була відображенням правової ідеї, що конкубінат (в його часи) – це форма нерівного, неюридичного, але фактичного і дозволеного шлюбу. Очевидно, окремі правові ідеї останніх римських юристів класичного періоду об'єктивно (без суб'єктивного усвідомлення цього) виражали певні тенденції до відповідності християнським цінностям, що незабаром стануть аксіологічною основою подальшої еволюції римського, передусім, шлюбно-сімейного права.

Гносеологічними та джерельними підставами такої думки є фрагменти з Дигест, що стосуються до правового регулювання шлюбних відносин пізньоримських юристів. Передусім, мова йде про Ульпіана та його учня Модестіна. Так, лаконічне відображення основної ідеї шлюбу Ульпіана – *Nuptias non concubitus, sed consensus facit* (D. 50.17.30), цілком узгоджується з шлюбною концепцією відомого християнського мислителя Св. Григорія Ниского (IV ст.). В своїх проповідях він намагався переконати християн-неофітів в тому, що подружнє життя, перш за все, явище духовне та інтимне, і ґрунтується на взаєморозумінні чоловіка та дружини. Натомість населення стародавніх міст, відповідно до антично-еліністичної традиції, сприймало шлюб як явище публічне, орієнтоване, перш за все, на його матеріальні наслідки та народження потомства [27, с. 332-333]. Таким чином, сентенція Ульпіана цілком відповідала майбутнім прагненням і надіям християнських мислителів доби ранньовізантійського права. Стосовно Модестіна, слід зазначити, що він був автором відомого визначення шлюбу, яке сприймалося дослідниками римського та візантійського права, як таке, що відповідало цінностям не античної, а християнської правової парадигми [15, с. 275 – 276; 28, с. 821]. Підтвердженням цього являється входження даного визначення в основні збірки візантійського цивільного та канонічного права [29, с. 25 – 37]. Стосовно проблеми конкубінату, позиція Модестіна була наближена не тільки до християнських законодавців ранньовізантійського періоду, але й до Еклогі (VIII ст.) Лева III та Константина V, яка із всіх джерел візантійського права найбільш повно відобразила християнське вчення про шлюбно-сімейні відносини. Отже, Гереній Модестін висловив

свою позицію наступним чином: *Спільне життя (consuetudino) з вільною жінкою необхідно розглядати не як конкубінат, а як шлюб, якщо тільки вона не торгує своїм тілом* (D. 23.2.24). Необхідно зазначити, що він не пов'язує визнання конкубіни законною дружиною з певною юридичною процедурою (як через три століття це зробить Юстиніан), а лиш з публічним визнанням її сімейного статусу. Основним критерієм такого визнання був *статус свободи* та відсутність моральних застережень. Дане правове положення Модестіна набрало чинності лише в Дигестах Юстиніана і, очевидно, впливало на його новелістичні підходи (Nov. 89, 13).

Отже, римські юристи III століття цілком усвідомлювали необхідність якісних корекцій конкубінату, що диктувалась як відповідними ціннісними орієнтаціями, так і явищами тогочасного життя. Наприклад, Папініан писав, що дарунки, які отримувала конкубіна від свого чоловіка, не можна відмінити і, що не втрачає силу те, що раніше набуло силу *на основі права* (D. 39.5.31 pr). Така позиція свідчить, що Папініан, посилаючись на невідоме нам офіційне джерело ("встановлення") про відповідний дозвіл, опосередковано визнає конкубінат законним явищем, але чітко вирізняв його від *matrimonium*. Тим не менше, вже при житті Папініана на ці подарунки дивились як на юридичні факти, що брались до уваги при укладенні законного шлюбу осіб, які були в конкубінаті (*ibid*).

Разом з тим, юрист Павло у фрагменті про конкубінат, що розташований в останній, 50-й книзі Дигест, вказує на існування у його часи нової категорії вільнонароджених жінок, що вступали в постійні, але позашлюбні подружні зв'язки. У названій сентенції безпосередньо йдеться про жінку, яку називали *amica* (подруга), що постійно проживала в будинку чоловіка на становищі дружини, але без укладення законного шлюбу. Історичним підтвердженням позитивного сприйняття такого неформального союзу Павло, очевидно, бачив в існуванні такої ж категорії жінок, під назвою *pellices*, в архаїчний період римського права. Про це йдеться у збірнику (який згадує дослідник) царських законів VI ст. до н.е. понтифіка Папірія (D. 50.16.144). Таким чином, уся сукупність онтологічних та гносеологічних явищ свідчить про суттєві зрушення в оцінках *правового становища конкубіни* в працях пізньоримських юристів.

Підтвердженням наявності такої тенденції, як частково зазначалось при аналізі правового становища конкубіни, є також *еволюція правового становища дітей, народжених в конкубінаті*. На думку істориків римського та візантійського права юридичне становище дітей є основним критерієм, що відрізняє конкубінат від законного шлюбу [16, с. 47 – 48]. Звідси можна зробити висновок, що тенденція зростання прав народжених в конкубінаті дітей іманентно вела до набуття останнім окремих ознак *matrimonium*. Щоправда, такий процес був довготривалим і досяг відповідного результату лише у законодавстві імператорів Ісаврійської (VIII ст.) та Македонської династій (2-га пол. IX – поч. X ст.).

Отже, відповідно до існуючої римської традиції, на яку часто посилаються римські юристи класичного періоду, діти конкубіни не вважались такими, що народилися у шлюбі і належали до сім'ї свого батька. Більше того, він не мав щодо них жодних юридичних зобов'язань. Доба змін щодо різних аспектів конкубінату почалась на початку класичного періоду, але відомого динамізму набрала в посткласичний або ранньовізантійський період. Так, відповідно до *Lex Julia et Papia Ponea*, в інтерпретації Ф. Шуліна, як зазначалось вище, природний батько мав право заповісти своїм *liberi naturales* та їх матері чверть усього залишеного ним майна

[3, с. 241]. На жаль, підтвердження такої інформації, окрім німецького вченого, про появу спадкових прав дітей народжених в конкубінаці за нормами *Lex Julia et Papia Poppaea*, в інших джерелах знайти не вдалося. Стосовно самого акту, який з'явився пізніше закону Юлія Октавіана Августа, Йосип Покровський писав: "З плином часу їм (дітям конкубіни) надаються деякі обмежені права успадкування, право бути визначеним способом узаконеними і т. д." [5, с. 429]. Очевидно, Покровський мав на увазі конституції імператорів доби ранньовізантійського права (від Константина до Юстиніана). Таким чином, завершуючи огляд основних аспектів конкубінату в концепції класичного періоду, перейдемо до еволюції їх правового змісту, починаючи з часів християнізації римського права.

Як засвідчують історичні та правові джерела, важливі зміни норм конкубінату, дорогу до яких намагалися прокласти останні юристи класичного періоду, з'явилися лише після того, як відбулась легітимізація християнської Церкви [30]. Така історична подія вселенського масштабу започаткувала два важливі для нової цивілізації, субідрядні, один до іншого, суспільні процеси: 1) формування християнської парадигми як аксіологічної основи еволюції соціально-політичних та правових явищ; 2) християнізація римського класичного права, на основі відповідної парадигми, з паралельною імплементацією окремих інститутів та норм еліністичної правової традиції.

Християнська епоха на початку свого становлення та розвитку не могла не визначитись через своїх промоторів стосовно різних суспільних явищ, які не відповідали її духовним цінностям та суспільним ідеалам. Однак, критичне ставлення до конкубінату не привело до його ліквідації як суспільно-правового явища. Тому реформування відносин в конкубінаці було, очевидно, одним із нагальних завдань правової політики перших християнських імператорів. З цього приводу цілком влучно висловився В. Хвостов: "З одного боку, вони (імператори) дивились на конкубінат як на безсоромний і незаконний зв'язок, і поєднували з ним відомі невідомі наслідки; з іншого боку, однак, вони виділяють конкубінат з ряду інших ще менше гідних схвалення статевих зв'язків і поєднують з ним деякі переваги" [4, с. 397]. Таким чином, відношення законодавців до конкубінату отримували нерівний та хиткий ("колеблючийся") характер [4, с. 397].

Започаткував процес християнізації римського права на початку IV ст. імператор Константин I [31, с. 161 – 181]. В зв'язку з цим інститут конкубінату зазнав важливих нормативно-регулятивних змін, оскільки перший християнський імператор намагався, передусім, привести у відповідність до християнських цінностей ті правові інститути, які обмежували або гарантували особисті права вільних громадян Римської імперії, передусім, за нормами шлюбно-сімейного права. Разом з тим, він передбачив посилення юридичної відповідальності за посягання на суспільну мораль і порушення правових норм інституту шлюбу та сім'ї [31, с. 161 – 181]. Норми "шлюбного законодавства" Октавіана Августа він частково змінив та доповнив (напр., форму юридичної відповідальності за перелюб (Cth. 9.7.2)), окремі усунув (штрафи за відсутність шлюбу та дітей), а частина норм, втративши соціальну детермінацію, вийшла з юридичної практики. Разом з тим, з'явилася низка нових правових явищ у сфері сімейних відносин, частина з яких безпосередньо дотична до різних аспектів конкубінату. Звичайно, перший християнський імператор не міг одночасно скасувати усі норми римського права, які не відповідали християнському праворозумінню шлюбних відносин. Він намагався звес-

ти до мінімуму негативний вплив таких норм, очевидно усвідомлюючи, що їх існування пов'язане правдавньою правовою традицією "ромейв".

У таких особливостях правової ситуації з'явилася Конституція 320 р. *De concubinis*, у якій позиція імператора викладена наступним чином: *Nemini licentia concedatur constante matrimonio concubinam penes se habere* (C. 5.26.1). Намагаючись зберегти відповідну філологічну форму та правовий зміст, ми пропонуємо наступний варіант перекладу: "Нікому не дозволено бути в законному шлюбі і мати конкубіну (наложницю)". Виходячи із змісту конституції можна зробити наступні висновки: 1) Імператор не скасував сам інститут конкубінату, як підкреслював Ф. Шулін [3, с. 240], а по суті визначив альтернативу: або законний шлюб, або конкубінат; тобто, особисті стосунки в подружньому житті повинні бути моногамними; 2) Така позиція усунула гостру проблему паралельного існування законного та незаконного союзу осіб, яка принципово суперечила християнській правовій доктрині. Враховуючи християнське ставлення до конкубінату, такі відносини (законний шлюб + конкубінат), очевидно, сприймалися як двоєженство; 3) Імператор неначе відкривав перспективу для перетворення конкубінату у спрощену форму законного шлюбу. Такій ідеї, враховуючи основний критерій відмінності між законним шлюбом і конкубінатом, відповідала наступна реформаторська діяльність Константина, відображена у двох конституціях 336 р., зафіксованих в *Codex Theodosiani* (CTh. 4.6.2) та *Codex Justiniani* (C. 5.27.1). В першій конституції йдеться про відсутність чинності заповіту на користь позашлюбних дітей (CTh. 4. 6. 2), тобто і тих дітей, що народились в конкубінаці. Таким чином, імператор, допустивши альтернативу – шлюб чи конкубінат, намагався останній поставити в невідоме становище. Наступний закон 336 р. ввійшов у Кодекс Юстиніана тому, що він вніс певні доповнення до попереднього та підтвердив його заборони. Можна сказати, що це була покращена редакція тієї конституції, що увійшла у Кодекс Феодосія. Отже, конституція Константина I, яка потрапила до 27-го титулу п'ятої книги (повторного) Кодексу Юстиніана під назвою – *De naturalibus liberis et matribus eorum, et quibus causis iustri efficiuntur* [Про позашлюбних дітей і їх матерів та за якими обставинами вони визнаються законними], передбачала заборону легітимізації дітей, народжених в конкубінаці сенаторам і високопоставленим особам, якщо мати такої дитини була актрисою, повією, особою, що потрапила під *infamia* (безчестя), вільновідпущеницею чи дочкою людини такого звання. Норма закону також забороняла дарування та інші форми надання майнових вигод конкубіні та її дітям. В цілому конституція Константина мала неоднозначний характер і за юридичною технікою та правовим змістом нагадує *Lex Julia et Papia Poppaea* Октавіана Августа. Паралель торкалася суб'єктів та ініціаторів неправомірних відносин, якими були особи сенаторського стану, але різними були об'єкти правового регулювання. У першому випадку заборонені шлюбні відносини, а у другому – незаконність усиновлення. Однакові були причини незаконності та наслідки неправомірних дій: соціальна нерівність та нікчемність відповідних дій, які іманентно не мали жодних правових наслідків. Звідси можна зробити наступні висновки: 1) сенаторам заборонялось усиновлення дітей, народжених в конкубінаці у відповідних категорій жінок, але за змістом конституції їм не заборонялось усиновлення дітей від конкубіни *ingenua et honestae vitae*, яка, звичайно, до такої категорії не належала; разом з тим, Константин вперше запровадив в юридичну практику категорію *legitimatio per subse-*

quens; 2) оскільки тільки сенаторам заборонялось відоме усиновлення, то воно, за логікою конституції, не поширювалось на усіх інших громадян імперії; 3) названа конституція підтвердила положення попередньої стосовно прямої заборони дарування та інших засобів надання майна конкубіні та її дітям. Цей припис відповідної норми по суті стимулював громадян до усиновлення дітей, народжених в конкубінаті, оскільки, якщо вони залишались на рівні попереднього становища, то на будь-яку матеріальну підтримку від *природного батька* розраховувати не могли, оскільки це заборонялось законом (С. 5.27.1).

Разом з тим, у цій же *constitutio* було, очевидно, вперше використано поняття *liberi naturalis* (*liberi*) для означення дітей конкубіни, яке відрізнялось від принизливих лексем *spurius* та *vulgo quaestis*. До речі, на думку дослідників, останні поняття не являються за походженням римськими, а увійшли в літературну норму від етрусків та греків. В будь-якому разі Константин Великий, реформуєчи інститут конкубіату в дусі християнського вчення, намагався використати адекватні відповідному регулятивному механізму правові поняття та категорії.

І зрештою, остання конституція Константина, що відома нам лише за посиланням на неї імператора Зенона, також повинна була сприяти трансформації конкубіату у законний шлюб, передбачаючи, що діти конкубіни могли стати законними, якщо їх батьки укладуть *matrimonium* (С. 5.27.5). Отже, в даному випадку ми маємо прецедент, коли закон мав зворотну силу. Такий підхід, передбачений християнською правовою доктриною, мав за мету реалізацію ідеї свободи для відповідних суб'єктів християнської спільноти і стимулював укладення законного шлюбу з різними категоріями вільного населення держави.

Таким чином, відсутність спроможності скасувати конкубіат змусила Константина Великого створити умови для його занепаду, "стимулюючи моральний вибір своїх підданих матеріальними факторами" [31, с. 161 – 181].

Натомість імператори Аркадій і Гонорій встановили у Конституції 405 р. право *liberi naturales* на 1/12 та для їх матері (конкубіни) на 1/24 від загальної майнової маси, яка передбачалась на законних дітей та дружину чоловіка, якщо він з нею розлучався (С. 5.27.2). Таким чином, названі правителі фактично визнали право *природного батька* на матеріальну підтримку дітей конкубіни, що заборонялось Константином, а також легітимність конкубіату при наявності законного шлюбу (С. 5.27.5).

У цьому ж напрямку діяв ініціатор створення першого офіційного Кодексу (імператорських конституцій) 438 р. та творець Константинопольського університету (425 р.) імператор Феодосій II. Він у Конституції від 443 р. передбачив нову форму узаконення *filiae naturales*, які за ініціативою природного батька попередньо приписувались до так званої категорії *декуріонів* (обтяжлива посада збирача податків). Натомість донька конкубіни і вільнонародженого громадянина могла легітимізуватись, вийшовши заміж за декуріона (С. 5.27.3). До речі, саме в цій конституції Феодосій II вперше застосував поняття *filiae naturales*, щодо відомої категорії осіб. Такі історико-правові етимологічні факти, на нашу думку, яка певним чином враховує загальну позицію відомого англосовієтського дослідника Г. Вольфа [14, с. 138], мають принципове значення для усвідомлення еволюції правового становища дітей, народжених в конкубінаті та для з'ясування юридичного змісту конкубіату на тому чи іншому етапі історії права та держави.

В цілому, після Константина і до Юстиніана позиції стосовно конкубіату та його окремих аспектів відобра-

жені за імператорськими конституціями (Аркадій, 405 р. – С. 5.27.2; Феодосій, 443 р. – С. 5.27.3; Лев I, 470 – С. 5.27.4; Зенон, 476 р. – С. 5.27.5; Анастасій 517 – С. 5.27.6; Юстин, 519 – С. 5.27.7), "кілька разів мінялись" і часто суперечили одна іншій [4, с. 397]. І лише в добу Юстиніана еволюція норм конкубіату, забезпечена законодавчою політикою імператора, в цілому відзначалася логікою поступу та виражала характерні для епохи тенденції. Увійшовши в Кодекс Юстиніана (529 р.), конституції попередніх християнських імператорів стали джерелами окремих його нормативно-правових актів, передусім Новел.

Питання еволюції юридичного змісту конкубіату в добу Юстиніана є у певному сенсі проблемою співвідношення традиціоналізму та новелістики в імператорському законодавстві. До конкубіату дотичні усі складові частини *Corpus Juris civilis*. Його джерелами стали п'ять конституцій Юстиніана (С. 5.2.8 – 12) та вісім конституцій попередніх імператорів (С. 5.26.1; С. 5.27.1 – 7), що увійшли в його Кодекс, п'ять фрагментів з Дигест (D. 25, 7.1-5), шість Новел Юстиніана та дві норми в Інституціях, в яких згадується саме поняття *filii naturalis* (I, 3.1.14; 3.2.2).

Заслуга імператора Юстиніана полягала в тому, що він, передусім, систематизував відомі норми конкубіату і довів розпочате попередніми імператорами-християнами до логічного завершення. По-перше, він остаточно врегулював та систематизував інститут *legitimatio*, який передбачав можливість отримати статус законних дітей особами, що народилися в конкубінаті. Слід зазначити, що стосовно даного інституту він опирався на відому Конституцію Константина 336 р. (С. 5. 27.1), яка вперше передбачила усиновлення позашлюбних дітей, але безпосередніми джерелами його нормативно-правових актів про *legitimatio*, як засвідчує відповідний порівняльний аналіз, стала Конституція імператора Анастасія 517 р. (С. 5.27.6) та Конституція 519 р. імператора Юстина (рідного дядька Юстиніана) (С. 5. 27.7).

Отже, за Юстиніаном відомо три види такого узаконення [4, с. 397 – 398]. Перший вид легітимації – *per subsequens matrimonium* – реалізувався тоді, коли особи, що були пов'язані конкубіатом, вступали у законний шлюб (С. 5. 27. 10; 5. 27. 11; Nov. 74 (вступ); Nov. 89). Такий регулятивний механізм не міг охопити усіх громадян імперії. Наприклад, сенатор при будь-яких умовах не міг одружитися з конкубіною-вільно-відпущеницею, або з вільнонародженою конкубіною, яка за порушення норм моралі втратила *jus connubii*. З такою категорією осіб не могли одружитися усі вільні громадяни держави. Таким чином, відповідний вид узаконення дітей з конкубіату мав певні обмеження: як стосовно чоловіків відповідної категорії, так і стосовно жінок, які мали право лиш на конкубіат. Другий вид узаконення дітей від конкубіни – *legitimatio rescriptum principis* – здійснювався при умовах, коли у чоловіка своїх законних дітей не було, а шлюб з конкубіною через об'єктивні обставини був неможливим; для того, щоб узаконити власних *filiae naturalis*, він міг звернутися з проханням до імператора про надання особливий рескрипт про усиновлення (Nov. 74, pr 1.2; Nov. 89, 9 – 11). Таким чином приватна справа конкубіату набрала публічного змісту. Третій вид узаконення – *legitimatio per curiae oblationem*, який спочатку з'явився в Конституції Феодосія (С. 5. 27.3), згодом Лева I (С. 5.27.4) та пізніше ввійшов у Конституцію Юстиніана (С. 5.27.9) і його 89 Новелу (Nov. 89, 2 – 4), передбачав надання легітимності дітям від конкубіни через їх запис до відомого прошарку декуріонів, відповідальність яких за збір податків часто покладалась на їх сім'ї. Таким чином,

імператор керувався не тільки християнськими ідеями свободи особи при узаконенні *filiae naturales*, але й матеріальними інтересами держави.

Разом з тим, новаторські риси 89-ї Новели Юстиніана проявились у тому, що *filia naturalis* отримали право на *alimenta* не тільки від матері, як інші незаконнонароджені діти, але й від *pater naturales* (Nov. 89, 12 – 13). Тут Юстиніан спонукав, як у свій час Октавіан Август, різні категорії осіб міського "соціоморального андеграунду" вступати в конкубат, а ніж займатися розпустою, проституцією та перелюбом. При відсутності законних дітей та дружини *filiae naturalis* отримували 1/6 частину майна свого батька (Nov. 89, 13), а якщо він мав законну дружину та дітей, то *filiae naturalis* отримували 1/12 майна батька, а конкубіна 1/24 (Nov. 89, 13). Тотожні права мав батько у випадку смерті його дитини від конкубіни (Nov. 89, 13). Підтвердивши уже відомі правові положення і ввівши нові норми, що регулювали майнові відносини батьків та дітей в конкубаті, Юстиніан не тільки наближував конкубат до законної сім'ї, але також юридично зміцнював його відзначеними конституціями та новелами. Він, очевидно, сприймав конкубат як сім'ю нижчої категорії, як "сурогат шлюбу" (І. Покровський). Разом з тим, Юстиніан, на відміну від позиції Константина Великого – **або дружина, або конкубат** (С. 5.26.1), по суті його узаконив. Він допустив таку модель шлюбних правовідносин (одночасні взаємини із законною дружиною та конкубіною), яка відома нам ще з Законів вавилонського царя Хамурапі (§ 137; 145).

Втім, його політику цілком можна оцінити як таку, що є більш прагматичною, ніж суспільні ідеали Константина. Усвідомлюючи безперспективність скасування конкубату як суспільно-юридичного явища, він вирішив надати його суб'єктам низку зобов'язуючих норм (D. 25.7.1 – 7; Nov. 74; Nov. 89), які наближали його в напрямку до законного шлюбу. Саме головне, що для скасування конкубату імператори, які могли при цьому опертись на християнське вчення та норми канонічного права, були цілком готові, але в суспільстві ранньовізантійського періоду, особливо в антично-еліністичних містах, продовжували зберігатись рудименти дохристиянських шлюбно-сімейної традиції [27, с. 297 – 335]. Тим не менше, імператор Юстиніан Великий створив гносеологічно-аксіологічні підстави для політики усу-

нення (Еклога) та безальтернативної заборони конкубату (Прохірон та Новела Лева Мудрого) як явища, що породжувалося соціальною нерівністю та іншими факторами матеріальної та моральної сфери міжособистісних правових відносин.

1. Бачинин В.А. Философия права и преступления. – Харьков: Фолио, 1999. – 607 с. 2. Законы Вавилонии, Ассирии и Хеттского царства / Пер. и коммент. И.М. Дьяконова // Вестник древней истории. 1952. – № 3 – С. 309 – 311; № 4. – С. 259-281, 285-288. 3. 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. 4. Хвостов В. М. История римского права. – Пятое изд., исправл. и дополн. – М., Изд. Т-ва И.Д. Сытина, 1910. – 464 с. 5. Покровский И.А. История римского права. – Минск: Харвест, 2002. – 528 с. 6. Kaser M. Das römische Privatrecht. – München, Verlag C.H.Beck, 1971 – XXX, 833 s. 7. Підпригора О. Римське приватне право. – К., 1995. 8. Підпригора А. О., Харитонов Є. О. Римське право: Підручник. – Київ, Юрінком Інтер, 2003. – 512 с. 9. Friedl R. Der Konkubinat im kaiserzeitlichen Rom: (von Augustus bis Septimius Severus). Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1996 – 417 s. [Druck und Verlag von B. G. Teubner, 1895.] 10. Meyer P. Der Römische Konkubinat: Nach Den Rechtsquellen und Den Inschriften (1895). Kessinger Publishing, LLC, 2010 – 206 s. 11. Plassard J. Le concubinat romain sous le Haut Empire. – Toulouse and Paris, 1921. 12. Wolff H.J. (Hans Julius) Written and unwritten marriages in Hellenistic and post-classical Roman law. – American Philological Association, 1939 – 128 s. 13. Rebro, Karol. Konkubinát v práve rímskom od Augusta do Justiniána. – Lipsko (?), 1940. 14. Wolff J. The background of the postclassical legislation on illegitimacy (1945) Opuscula dispersa. Amsterdam, 1974. (є інші видання) 15. Бенеманский М. Прохи-рон. – Вып. I. – Сергеев Посад, Типография Св. – Тр. Сергиевой Лавры, 1906. – 556 с. 16. Липшиц Е.Э. Право и суд в Византии в IV – VIII вв. – Л., Издат. Наука, 1976. – 230 с. 17. Васильевский В. Г. Законодательство иконоборцев // Журнал министерства народного просвещения. – 1887. 18. Mortreuil J. Histoire du droit byzantin, I – III. Paris, 1843–1846. 19. Zachariae von Lingenthal K.E. Geschichte des griechisch-romischen Rechts. – Berlin, 1892; 20. Mitteis L. Reichsrecht und Volksrecht in ostlichen Provinzen des römischen Kaiserrechts. – Leipzig, 1891. 21. Lokin J.H.A. Historiae iuris graeco-romani delineation. – Groningen, 1985. 22. Zachariae a Lingenthal C.E. Jus graeco-romanum. Lipsiae. Vol. 1-7. 1870. 23. Zepos J.et P. Jus graeco-romanum. Vol. 1-7. Athens, 1931. 24. Васильчиков А. А. Семейство Разумовских. – Т. 1 – 5. – СПб, Типогр. М.М. Стасюлевича, 1880 – 1894. 25. Fontes juris romani Ed. C. G. Bruns. – Tubingae, MDCCCLXXIX. – 334 s. 26. Дигесты Юстиниана / Перевод с лат.; Отв. ред. Кофанов. – М.: "Статут", 2002. – 584 с. 27. Браун П. Тіло і суспільство. Чоловіки, жінки і сексуальне зречення в ранньому християнстві. – К., Видавництво "Мегатайп". – 520 с. 28. Барон Ю. Система римського громадянського права: В 6 кн. – СПб.: Издательство Р. Асланова "Юридический центр Пресс", 2005. – 1102 с. 29. Дячук Л. Римське поняття шлюбу у візантійській правовій системі // Вісник Київського національного університету ім. Тараса Шевченка. Юридичні науки. Вып. 83. – К, 2010. – С. 25 – 37. 30. Бриллиантов А. И. Император Константин Великий и Миланский эдикт 313 г.. – СПб, 2006. – 330 с. 31. Рудоквас А. Д. О христианизации римского права в эпоху императора Константина Великого // Древнее право. Jus antiquum. №9. 1999. – М.: Спарк, 2002. – С. 161-181.

Надійшла до редколегії 15.09.11

А. Мусієнко, канд. юрид. наук

ОСНОВНІ НАПРЯМИ МІЖНАРОДНОГО СПІВРОБІТНИЦТВА ЩОДО ПРОТИДІЇ ЗЛОЧИНАМ У СФЕРІ ТРАНСПЛАНТАЦІЇ ОРГАНІВ АБО ТКАНИН ЛЮДИНИ

Статтю присвячено узагальненим результатам дослідження теоретичних питань основних напрямів міжнародного співробітництва щодо протидії злочинам у сфері трансплантації органів або тканин людини.

Ключові слова: реципієнт; міжнародне співробітництво; трансплантація; донор; торгівля органами.

Статья посвящена обобщенным результатам исследования теоретических вопросов основных направлений международного сотрудничества по противодействию преступлениям в сфере трансплантации органов или тканей человека.

Ключевые слова: реципиент, международное сотрудничество; трансплантация; донор; торговля органами.

The article deals with the summary results of theoretical studies the main directions of international cooperation against crime in the area of transplantation of organs or tissues.

Keywords: Recipient, International cooperation; transplantation, donor organ trade.

Впровадження в медичну діяльність новітніх технологій, зокрема трансплантації органів або тканин людині, спричинило появу злочинів пов'язаних з цією діяльністю. Проблеми запобігання цим злочинам, подібно до питань боротьби з організованою злочинністю, наркоманією, тероризмом виходять за межі однієї держави. Запобігання цим злочинам стає сферою

міжнародної співпраці і викликає зацікавленість з боку міжнародних організацій.

Теоретична основа дослідження представлена науковими працями вітчизняних авторів В.О. Глушкова, С.В. Гринчака, О.В. Сапронова, Г.В. Чеботарьової, а також російських криміналістів О.А. Кустової, Н.В. Павлової, Т.О. Фабрики, О.С. Якименко. Деякі кримінологічні

аспекти торгівлі органами людини знайшли відображення в наукових працях А. Вілкса та В.С. Овчинського.

Не зменшуючи теоретичної значущості праць згаданих науковців, автор вважає, що дослідження напрямів міжнародного співробітництва, щодо протидії цим злочинам в умовах сьогодення є надзвичайно актуальним.

Метою цієї статті є узагальнення результатів теоретичних досліджень основних напрямів міжнародного співробітництва щодо протидії злочинам у сфері трансплантації органів або тканин людини.

Співпраця держав у XX – на початку XXI ст. в боротьбі зі злочинами міжнародного характеру передбачає конкретні правові й організаційні форми координації зусиль держав по запобіганню і припиненню кримінальних діянь, що становлять небезпеку як для окремих держав, так і для міжнародного співтовариства.

На думку Р.В. Нігматулліна, співпраця держав пройшла певні етапи, а сучасний етап (1991 – до нашого часу) характеризується зростанням координуючої ролі ООН і активізацією зусиль більшості держав світу по укладанню універсальних міжнародно-правових актів в боротьбі зі злочинністю [1, с.9-10].

До основних документів щодо міжнародного співробітництва України з іншими країнами по боротьбі та запобіганню злочинам у сфері трансплантації органів або тканин людини відноситься Протокол про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, і покарання за неї, що доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності, що прийнятий резолюцією 55/25 Генеральної Асамблеї від 15 листопада 2000 р. (Протокол ратифіковано Законом України № 1433-IV від 04.02.2004 р.) [2] та Конвенція Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми, яка враховує належним чином Конвенцію ООН проти транснаціональної організованої злочинності й Протокол до неї про запобігання, стримування торгівлі людьми і покарання за торгівлю людьми, особливо жінками і дітьми [3]. Вони є важливим не тільки для запобігання торгівлі людьми, а й злочинам у сфері трансплантації органів або тканин людини, оскільки термін "торгівля людьми" має на увазі і незаконне вилучення органів.

Подібні норми утворюють окрему галузь міжнародного права – міжнародне співробітництво у боротьбі зі злочинністю. За допомогою інституту ратифікації міжнародних договорів і угод міжнародно-правовий акт набуває обов'язкового характеру і стає невід'ємною частиною національного законодавства, відповідно до ст. 9 Конституції України та Закону України "Про міжнародні договори України" від 29 червня 2004 р. [5].

За останнє десятиріччя в Україні сформулилися деякі напрями міжнародної співпраці у сфері боротьби з організованою злочинністю та протидії торгівлі людьми. Насамперед це діяльність у межах: багатостороннього

співробітництва; на рівні двосторонніх угод; у рамках юридичних неурядових міжнародних організацій.

У двосторонніх та багатосторонніх угодах як основні форми співробітництва вказуються: виконання запитів і прохань у кримінальних справах; обмін відповідною оперативно-пошуковою, довідковою і криміналістичною інформацією; сприяння у проведенні оперативно-пошукових заходів і процесуальних дій; забезпечення криміналістичною технікою тощо.

Розвиток двостороннього співробітництва правоохоронних органів є позитивною формою їх взаємодії. Двосторонні угоди дозволяють повніше враховувати характер відносин між державами, їхні інтереси у кожній конкретній проблемі. Міжурядові угоди, як правило, супроводжуються міжвідомчими, в яких конкретизується співробітництво окремих відомств, детальніше визначаються їх завдання, порядок вирішення питань, що входять до їх компетенції. Двостороннє співробітництво з його поступовим підходом має певні реальні переваги. Насамперед, це гнучка стратегія, яка може розвиватися з урахуванням інтересів держав, що взаємодіють [6, с. 97–98].

На думку автора, практична реалізація положень вказаної Конвенції ООН та Протоколу про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками та дітьми, і покарання за неї, досить важлива для боротьби зі злочинністю у сфері трансплантації органів і тканин людини, зокрема, у частині запобігання "чорному ринку" органів або тканин людини, а також феномену "трансплантаційного туризму".

А.П. Закалюк торгівлю людьми, органами або тканинами людини відносить до видів злочинів, які мають транснаціональний характер. Такими злочинами він вважає: контрабанду; торгівлю людьми, органами або тканинами людини; міждержавні прояви корупції; незаконне ввезення мігрантів; міжнародний тероризм; транснаціональне відмивання доходів від злочинів та вкладання їх у міжнародний тероризм та іншу міжнародну організовану злочинну діяльність [7, с.339]. При подальшому розгляді кримінологічної характеристики деяких з вказаних злочинів (торгівля органами або тканинами людини не розглядалася) він справедливо наголошує, що "...деякі інші злочини, відомі у світі як транснаціональні, ще не набули в Україні помітного поширення, не відображені у чинних формах статистики. Кримінологічна характеристика останніх – проблема майбутнього" [7, с. 403].

Тому виникає необхідність реалізації ефективних правоохоронних заходів і організації міжнародної співпраці у цій сфері. Зокрема, слід підвищити роль правоохоронних установ у проведенні розслідувань, зборі інформації та обміні оперативними даними по відповідних справах. Правоохоронним установам слід визнати, що розслідувати справи, пов'язані з незаконним обігом органів людини потрібно інакше, ніж інші видів злочинної діяльності. Необхідно належним чином навчати працівників правоохоронних органів. Крім того, слід поліпшити співпрацю між правоохоронними установами, фінансовими органами і працівниками сфери охорони здоров'я [8].

Виключну роль у запобіганні правопорушень і злочинів у сфері трансплантації органів і тканин людини має світова інтеграція баз даних. В Україні ця робота тільки починається – наказом МОЗ та АМН України від 12 березня 2009 р. "Про заходи щодо виконання Державної цільової соціальної програми "Трансплантація" на період до 2012 року" передбачається придбати необхідне обладнання та програмне забезпечення для створення та функціонування Єдиної державної інформаційної системи трансплантації. Що стосується міжна-

* Феномен торгівлі людьми піддається постійному аналізу і є предметом багатьох дискусій, проте, на думку І.В. Залуцької, при цьому здебільшого йдеться про торгівлю жінками з метою використання в проституції, порнобізнесі, сексуальній сфері тощо. Безумовно, торгівля жінками є складовою частиною злочину "торгівля людьми". Проте, поняття "торгівля людьми" є ширшим: жертвою цього злочину може бути будь-яка особа, незалежно від статі та віку. Метою торгівлі жінками може бути насильницький брак, примусова праця, використання в домашньому господарстві, промислового або сільськогосподарському секторах, примусове народження дитини або за замовленням, використання в сексуальному бізнесі. Чоловіків переважно використовують на будівництві, в промисловості, сільському господарстві, дітей – для жебрацтва, осіб будь-якої статі та віку – для вилучення органів для трансплантації [4, с. 49].

родного співробітництва у цій сфері, то заходи обмежуються лише сприянням розширенню участі українських трансплантологів у проведенні відповідних міжнародних семінарів, симпозіумів, конференцій з питань трансплантології, тощо" [9].

Аналіз викладеного вище дозволяє дійти висновку, що не треба очікувати широкого розповсюдження в Україні злочинів у сфері трансплантації органів або тканин людини. Оскільки прояви цих злочинів вже є реальністю, то виникає потреба вивчення міжнародного досвіду боротьби з ними – їх запобігання, розслідування та призначення покарання. У зв'язку з цим необхідно вимагати від кримінологічної науки наукового забезпечення "...всебічного дослідження транснаціональної злочинності, насамперед, розроблення концепції протидії останній з відображенням стратегії, завдань, організаційно-правових засад боротьби з нею, зокрема запобігання на національному та міжнародному рівнях" [7, с.36].

Для координації діяльності по запобіганню злочинів у багатьох країнах створені відповідні органи (наприклад, Національні Ради). Основними їх функціями є: збір інформації, планування, виконання і оцінка програм по запобіганню злочинам, координація діяльності поліції та інших органів, що працюють у цій сфері, забезпечення участі населення, співпраця із засобами масової інформації, науково-дослідна робота, співпраця із законодавчими органами, що визначають політику в сфері боротьби із злочинністю, навчальна підготовка.

У практичній діяльності поліції широко пропагується теза про те, що злочини вчинюються найчастіше тоді, коли потенційний злочинець зустрічає уразливу жертву або об'єкт, що не охороняється. Тому превентивні заходи мають бути спрямовані або на злочинця, або на систему безпеки, або на потенційну жертву (індивідуальна, загальна і віктимологічна профілактика). У цій тріаді особлива увага приділяється охоронному запобіганню і цілеспрямованій роботі з населенням, що спрямовані на його самозахист [10, с.145-146].

Міжнародні, національні урядові та неурядові організації та установи вже мають досвід вивчення та визначення стратегічних напрямів боротьби зі злочинами у сфері трансплантації органів або тканин людини. На це вказує велика зацікавленість цією проблемою ООН, Комітету Міністрів Ради Європи, Всесвітньої організації охорони здоров'я, їх органів та структурних підрозділів тощо. Успішно функціонує командно-координаційний центр Інтерполу, здатний ефективно надавати своєчасну допомогу при виконанні міжнародних поліцейських запитів. За допомогою комунікативних мереж і баз даних здійснюється оперативна підтримка [11, с.19].

У прийнятій у 2003 р. Рекомендації № 1611 державам пропонується зміцнити співпрацю з відповідним Комітетом у сфері трансплантації органів і оптимізувати фінансування. Пропонується також прийняти і виконувати рекомендації, викладені у Заяві Всесвітньої медичної асоціації.

Керівний комітет з питань біоетики Європейського комітету охорони здоров'я (ЄКОЗ) також займається проблемою торгівлі органами в рамках Ради Європи.

Відповідно до стандартів, закріплених у прийнятих Всесвітньою організацією охорони здоров'я Керівних принципах, якими регламентується трансплантація органів людини, а також з Глобальною програмою боротьби з торгівлею людьми, Конвенцією Ради Європи про протидію торгівлі людьми і Конвенції Ради Європи про права людини і біомедицині, пропонується державам, зокрема, Україні включити до національного законодавства заборону будь-якої торгівлі і продажу органів і тканин дітей (ст. 143 КК України не передбачається така

ознака як особливо кваліфікуюча), а також ефективні гарантії забезпечення здійснення і подальшого розвитку двосторонніх і регіональних стратегій з метою документування будь-яких таких випадків і притягнення винних до відповідальності.

На загальнодержавному рівні заходи щодо міжнародного співробітництва у сфері протидії торгівлі людьми визначаються Державною програмою протидії торгівлі людьми на період до 2010 р., яка затверджена Постановою Кабінету Міністрів України № 410 від 7 березня 2007 р., якою передбачається наступні напрями:

- Забезпечення участі у міжнародних семінарах, засіданнях за круглим столом, конференціях і тренінгах з питань протидії торгівлі людьми та надання послуг особам, що постраждали від такого злочину.
- Проведення аналізу міжнародних договорів з питань співробітництва у сфері протидії транснаціональній організованій злочинності, зокрема торгівлі людьми, брати участь у міжнародних оперативно-профілактичних операціях і розслідуваннях злочинів, пов'язаних з торгівлею людьми, а також ініціювати проведення таких розслідувань.
- Продовження співробітництва з Інтерполом, Європолом, Регіональним центром Південно-Східної Європейської ініціативи співробітництва у боротьбі з транснаціональною злочинністю (SECI), правоохоронними органами інших держав з питань спільної протидії торгівлі людьми, обміну інформацією про транснаціональні злочинні групи та окремих осіб, які провадять таку злочинну діяльність, а також розслідування злочинів, пов'язаних з торгівлею людьми.
- Забезпечення залучення міжнародних громадських організацій, благодійних фондів та іноземних засобів масової інформації до реалізації проєктів, спрямованих на запобігання і протидію торгівлі людьми, розшуку осіб, які зникли за кордоном, їх реінтеграцію і реабілітацію.
- Розвивати співробітництво з громадськими та міжнародними організаціями і фондами, широко використовувати міжнародний досвід у запобіганні та протидії торгівлі людьми, захисті прав осіб, що постраждали від таких злочинів, розшуку осіб, які зникли за кордоном, поверненні додому та реабілітації осіб, що постраждали від торгівлі людьми.

За результатами дослідження автор дійшов таких висновків:

- Оскільки прояви цих злочинів вже є реальністю, то виникає необхідність вивчення міжнародного досвіду боротьби з ними – їх запобігання, розслідування та призначення покарання;
- Інтернаціоналізація і тенденція до транснаціональності злочинності обумовлюють зростання значення такої складової організації запобігання злочинам як вивчення і використання зарубіжного досвіду;
- Україні необхідно оновити деякі положення Закону "Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини", що був прийнятий у 1999 р. шляхом ухвалення законодавства і стандартів, регулюючих трансплантацію органів і тканин, відповідно до Керівних принципів, розроблених Всесвітньою організацією охорони здоров'я і Всесвітньою медичною асоціацією, а також здійснювати двосторонню і регіональну співпрацю на основі розробки загальних стандартів, керуючись конвенціями і рекомендаціями, прийнятими Радою Європи, і привести національні закони і стандарти у відповідність з цими загальними принципами;
- Потрібно створити ефективну інформаційну мережу для розслідування, документування та моніто-

рингу даних про торгівлю органами і тканинами, а також забезпечити двосторонню, регіональну і міжнародну співпрацю між правозастосовчими органами, що здійснюють боротьбу з цими злочинами;

➤ Аналіз змісту Плану заходів щодо протидії торгівлі людьми на період до 2010 р. (додаток до Державної програми протидії торгівлі людьми на період до 2010 р.) дає можливість зазначити, що для такого типу документів не чітко визначаються заходи щодо запобігання власне злочинам у сфері трансплантації органів або тканин людини, тому є потреба детальніше враховувати специфіку запобігання порушень саме у цій сфері, оскільки вказаний план більше спрямований на протидію торгівлі людьми.

1. Нигматуллин Р.В. Сотрудничество государств в борьбе с преступлениями международного характера в XX – начале XXI столетия (историко-правовой аспект) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.01 / Р.В. Нигматуллин. – М., 2007. – 46 с. 2. Протокол про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, і покарання за неї, що доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності : резолюція 55/25 Генеральної Асамблеї від 15 листопада 2000 р. Режим доступу :

http://zakon.nau.ua/doc/?code=995_791 3. Конвенція Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми від 16.05.2005 р. / Рада Європи. <http://zakon.nau.ua/doc/?code=%39%39%34%5F%38%35%38> 4. Залуцкая И.В. К вопросу о криминологической характеристике торговли людьми / И.В. Залуцкая // Сибирский Юридический Вестник. – 2005. – №1. – Режим доступа : <http://www.law.isu.ru/sciencevestnik/20051/zaluckaya.html> 5. Закон України "Про міжнародні договори України" від 29 черв. 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – №41. – Ст. 377. 6. Грохольський В. Організаційно-правові засади міжнародного співробітництва у сфері протидії торгівлі людьми / В. Грохольський // Вісник Академії управління МВС. – 2008. – №3. – С. 95–104. 7. Закалюк А.П. Курс сучасної української криминології: теорія і практика : у 3 кн. / А.П. Закалюк. – К. : Ін Юре, 2007. 8. Предупреждение незаконного оборота органов человека, борьба с ним и наказание за него : доклад Генерального секретаря ООН. – Пятнадцатая сессия. – Вена, 2006. – 24–28 апр. – Режим доступа : <http://daccess-ods.un.org/TMP/3333323.00186157.html> 9. Наказ МОЗ та АМН України "Заходи МОЗ та АМН України щодо виконання Державної цільової соціальної програми "Трансплантація" на період до 2012 р." від 12 березня 2009 р. № 155/24. Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MOZ9247.html 10. Криминология : учеб. [для вузов] / под ред. В.Д. Малкова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Юстицинформ, 2006. – 528 с. – (Серия "Образование"). 11. Зайцева Е.С. Деятельность Интерпола по противодействию терроризму как вклад в укрепление международного правопорядка : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 / Е.С. Зайцева. – М., 2008. – 25 с.

Надійшла до редколегії 15.09.11

УДК 34.046

О. Москалюк, канд. юрид. наук

ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ПРИНЦИПІВ ПРАВА ПРИ ВИЗНАЧЕННІ НАПРЯМУ ДІЇ ЗАКОНУ В ЧАСІ

В статті обґрунтовується теза щодо необхідності використання принципу правової визначеності як критерію вибору правової норми при встановленні напрямку дії закону в часі.

В статті обґрунтовується тезис о необходимости использования принципа правовой определенности как критерия выбора правовой нормы при установлении направления действия закона во времени.

The author argues that the legal certainty principle should be esteemed as a proper criteria of choosing the legal norm while determining the direction of operation of law in time.

Ключові слова: принцип правової визначеності, дія закону в часі.

Ключевые слова: принцип правовой определенности, действие закона во времени.

Keywords: legal certainty, operation of law in time.

Дія нормативно-правового акту в часі характеризується трьома аспектами: набуттям чинності; втратою чинності; напрямом дії норми права в часі. Дату набуття чинності, так само як і дату втрату чинності встановити не складно. Такі дати, як правило, вказуються чи в самому нормативно-правовому акті, чи їх можна визначити відповідно до положень інших нормативно-правових актів. Складніше визначити напрям дії норми права в часі, коли необхідно встановити, яка норма повинна застосовуватися до продовжуваних правовідносин, що виникають при чинності однієї правової норми, а припиняються при чинності вже іншої. Наявність цієї проблеми обумовлена тим, що в багатьох випадках нормативно-правові акти не містять вказівки щодо вибору правової норми в такій ситуації. Так, з поміж 87 проаналізованих нами законів, прийнятих в 2008 році, лише в двох законах було зазначено відносно яких юридичних фактів і відносин повинні застосовуватися положення нового закону, ще в одному випадку визначення юридичних фактів, на які розповсюджується закон, відбувалося на підставі іншого закону.

Проблема визначення напрямку дії норми права в часі розглядалася ще в роботах представників теорії права радянської доби (праці А. Тіллі, С. Алексеева). В сучасний період питання, пов'язані з дією норми права в часі, в українській юридичній науці досліджувалися С. Погребняком, О. Пушняком, Л. Макаренко, П. Рабінювичем, І. Оборотовим, А. Мірошніченком, О. Підлубною. Втім, вважаємо, що на сьогодні існує практична та теоретична необхідність повернення до цієї проблеми для з'ясування обґрунтованості застосування нових

підходів до визначення критерію вибору правової норми при встановленні напрямку дії закону в часі. Відтак метою цієї статті є аналіз можливості використання принципу правової визначеності при встановленні напрямку дії норми права в часі.

Нагадаємо, що в юридичній науці виділяються три напрями дії нової норми права в часі: зворотна дія (поширення дії нової норми на факти і породжені ними правові наслідки, які виникли до набуття новою нормою чинності); негайна дія (поширення дії нової норми на факти та породжені ними правові наслідки, які хоча й випливають із юридичних фактів, що виникли під час чинності попередньої норми права, проте настають уже після моменту набрання чинності новою нормою права); перспективна дія (поширення дії нової норми лише на юридичні факти і правові наслідки, які виникли після набуття новою нормою).

В радянській теорії права за основне правило була прийнята теза про негайну дію нової норми права; зворотна дія поряд із перспективною дією стала лише виключенням із цього правила [1, с.111]. Ще А. Тіллі вказував, що вивчення радянської практики дозволяє зробити висновок: основним принципом дії закону в часі є негайна дія. І далі, закон діє негайно при відсутності перешкочних вказівок [2, с.89, 91]. Згодом дана позиція була підтримана і С. Алексеевим [3, с.242]. У теперішній час в Україні в юридичній науці і на практиці дотримуються такого самого підходу. Зокрема, принцип негайної дії продовжує визнаватися основним принципом дії закону в часі в більшості підручників з теорії права [4, с.159; 5, с. 311]. Вказаної позиції притримуються і представники

галузових юридичних наук [6, с. 34]. Таким чином, традиційний підхід до дії закону в часі передбачає, що за загальним правилом норма права має негайну дію.

Цей підхід пояснюється тим, що держава, як правило, зацікавлена в найбільш швидкій заміні старих відносин новими, старої норми новою нормою. Саме тому такий перехід відбувається негайно або дуже швидко, оскільки ніяких перешкод для цього немає [7, с. 70].

Водночас останнім часом в юридичній літературі з'явився і альтернативний погляд на проблему визначення напрямку дії закону в часі. Так, Д. Бахрах, вказує що в багатьох випадках основним напрямком дії закону в часі повинна визнаватися саме перспективна дія нової норми. Негайна ж і зворотна дія можлива лише у випадках, прямо встановлених в законі [8, с. 187-188]. Схожу позицію висловлює і Л. Макаренко: винятком із загального принципу негайної дії правового припису повинно бути спеціальне загальне правило: новий правовий припис, який погіршує правове становище громадян, на них не розповсюджується, тобто діє перспективно [9, с. 69].

На думку А. Мірошниченка, загальне правило дії правових норм має бути визначено таким чином: правова норма поширюється на правовідносини, що виникли після набрання нормою чинності, та триваючі відносини, що продовжують існувати на момент набрання чинності. Якщо із фактами, що мали місце до набуття чинності, пов'язані правові наслідки, це має бути прямо застережене в гіпотезі правової норми [10, с. 186]. Отже, фактично основним напрямком дії закону в часі, він пропонує вважати перспективну дію нової норми.

Спробуємо висловити власну точку зору. Конституція України закріплює принцип верховенства права, одним з складових елементів якого є принцип правової визначеності. Цей принцип передбачає вимогу розумної стабільності права і можливість завчасного пристосування особи до змін законодавства. На конституційному рівні принцип правової визначеності конкретизується в тому числі положеннями ч. 3 ст. 22 Конституції України: "при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод". З цієї норми Конституції України слідує, що нова норма, яка погіршує правове положення особи в триваючих відносинах відносно норми, яка була чинною на момент виникнення правовідносин, повинна мати лише перспективну дію.

Саме така позиція до розуміння дії закону в часі відображена в ряді Постанов Конституційного Суду Російської Федерації. Зміна законодавцем раніше встановлених умов повинно здійснюватися таким чином, щоб дотримувався принцип підтримання довіри громадян до закону і дій держави, який передбачає збереження розумної стабільності правового регулювання і недопустимість внесення довільних прав в чинну систему норм, а також у випадках необхідності – надання громадянам можливості протягом перехідного періоду адаптуватися до внесених змін. З цим пов'язані законні очікування громадян, що набути ними на основі чинного законодавства право буде поважатися владою і буде реалізовуватися [11, 12].

Втім в юридичній літературі відмічається, що в практиці Суду ЄС принцип правової визначеності (принцип законних очікувань) підлягає певним обмеженням. Перше з них – критерій доцільності: право захищає очікування лише розсудливих і обачних осіб. Друге – критерій законності. Тому на цей принцип можна посилалися лише у випадку, коли очікування мають законний характер [13, с. 180].

З точки зору принципу правової визначеності питання дії закону в часі розглядається і в правовій доктрині

Іспанії: держава не вправі довільно відмінити норми, спрямовані на надання мінімальних гарантій певним соціальним групам. В науці конституційного права Іспанії підтримується концепція "раніше набутих прав", яка використовується для захисту правового положення, яке склалося раніше відповідно до чинного в минулому права від можливих в майбутньому змін нормативної бази, які б могли вплинути на вказане положення *ex post facto*. Водночас, ця концепція застосовується обмежено, оскільки на думку Конституційного суду Іспанії, захист раніше набутих прав за всяку ціну суперечить духу Конституції Іспанії [14]. Таким чином в правовій доктрині Іспанії принцип правової визначеності так само, як і в практиці Суду ЄС має обмежений характер.

Виходячи з викладеного ми пропонуємо наступний підхід до визначення напрямку дії норми права в часі. За загальним правилом, норма, яка погіршує правове положення громадян в триваючих відносинах відносно норм, які були чинні на момент виникнення правовідносин, має перспективну дію. Іншими словами, нова норма застосовується лише до юридичних фактів та правовідносин, які виникли після набуття новою нормою чинності.

Водночас таке правило має винятки. Якщо принцип доцільності і законності обумовлює потребу в тому, щоб нова правова норма відразу "включилась" в регулювання як правовідносин, що виникнуть в майбутньому, так і правовідносин, які виникли при чинності старих правових норм, але остаточні юридичні наслідки за якими ще не наступили, застосовується принцип негайної дії норми права в часі.

Пояснимо нашу позицію щодо визначення напрямків дії норми права в часі наступними уявними прикладами. Приклад №1. Кабінет Міністрів України приймає постанову, якою вносить зміни до нормативно-правового акту, що регулює підготовку науково-педагогічних і наукових кадрів, якими збільшується термін навчання в аспірантурі денної форми навчання з 3 до 5 років. При цьому у відповідному нормативно-правовому акті відсутні норми, які б визначали поширення даної норми на осіб, які вже вступили до аспірантури, однак ще не завершили навчання. З точки зору традиційного підходу в даному випадку презюмується, що норма права має негайну дію, тобто поширюватиметься також і на осіб які вступили до аспірантури за попередніми правилами. На наше переконання, ця гіпотетична колізія, виходячи з принципу правової визначеності, повинна бути розв'язана таким чином, щоб нова норма не поширювалася на осіб, які вступили у відповідні правовідносини при чинності попередньої норми, адже є вірогідним, що особи, які вступили до аспірантури, знаючи про збільшення тривалості навчання, відмовилися б від вступу до аспірантури.

Розглянемо інший приклад. Для певної категорії осіб законодавство протягом тривалого часу передбачало отримання непомірно високих пенсій. Як наслідок законодавець вносить зміни до законодавства, яким передбачає зменшення розміру пенсійних виплат для відповідної категорії осіб. Разом з тим, законодавець не вказує чи поширюється дана норма на існуючі правові відносини щодо виплати пенсії. В такому випадку, зважаючи на критерій доцільності, видається вірним застосування принципу негайної дії нової норми, а для обґрунтування такого підходу можна використати принцип рівності та принцип співрозмірності.

Підсумовуючи викладене, можна зробити висновок, що виходячи з принципу правової визначеності, вибір правової норми при подоланні темпоральних колізій, пов'язаних з тривалістю правовідносин в часі, повинен

здійснюватися шляхом застосування перспективної дії нової норми. Втім дане правило не поширюється на випадки, коли перспективна дія нової норми приводить до порушення інших принципів права. В такому разі з метою надання переваги одному з принципів права використовується критерій доцільності та законності.

1. Оборотов І. Г. Темпоральні характеристики права: дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 "теорія та історія держави і права; історія політичних вчень" / І. Г. Оборотов. – Одеса, 2008. – 202 с. 2. Тилле А. А. Время, пространство, закон. Действие советского закона во времени и пространстве / А. А. Тилле. – М.: Юридическая литература, 1965. – 204 с. 3. Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. / С. С. Алексеев. – М.: Юрид. лит., 1982. – Т. 2. – 359 с. 4. Котюк В. О. Теория права: Курс лекций. Навч. посібник для юрид. фак. вузів. / В. О. Котюк – К.: Вентурі, 1996. – 208 с. 5. Загальна теорія держави і права: підручник / [За ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина]. – Х.: Право, 2002. – 432 с. 6. Підлубна О. В. Норма цивільного процесуального права: поняття, межі дії та реалізація в цивільному судочинстві: дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 "Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право" / О. В. Підлубна. – Чернівці, 2007. – 204 с. 7. Погребняк С. П. Колізії в законодавстві України та шляхи їх переборення: дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 "теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень" / С. П. Погребняк. – Х., 2001. – 201 с. 8. Бахрах Д. Н. Действие норм права во времени.

Теория, законодательство, судебная практика / Д. Н. Бахрах – М.: Норма, 2004. – 224 с. 9. Макаренко Л. О. Теоретичні закономірності дії правових приписів: Дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 "теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень" / Л. О. Макаренко. – К., 2004. – 191 с. 10. Мірошніченко А. М. Колізії в правовому регулюванні земельних відносин в Україні: Монографія / А. М. Мірошніченко. – К.: Алеута; КНТ; ЦУЛ, 2009. – 268 с. 11. Постановление Конституционного Суда РФ от 24.05.2001 № 8-П "По делу о проверки конституционности положений части первой статьи 1 и статьи 2 федерального закона "О жилищных субсидиях гражданам, выезжающим из районов крайнего севера и приравненных к ним местностей" в связи с жалобами граждан А.С. Стах и Г.В. Хваловой" // [Электронный ресурс] – режим доступа: <http://www.referent.ru/7/44716> 12. Постановление Конституционного Суда РФ от 29.01.2004 № 2-П "По делу о проверки конституционности отдельных положений статьи 30 федерального закона "О трудовых пенсиях в Российской Федерации" в связи с запросами групп депутатов Государственной Думы, а также Государственного Собрания (Ил Тумэн) Республики Саха (Якутия), Думы Чукотского Автономного Округа и жалобами ряда граждан" // [Электронный ресурс] – режим доступа: <http://bestpravo.ru/fed2004/data07/tex22286.htm> 13. Погребняк С. П. Основоположний принцип права (змістовна характеристика) : Монографія / С. П. Погребняк. – Х.: Право. – 240 с. 14. Сухарева О. О. Правовая определенность как принцип законодательной деятельности на примере Испании – [Электронный ресурс] – режим доступа: www.lomonosov-msu.ru/a/fchive/Lomonosov_2007/25/rebeldechi@gmail.com.pdf.

Надійшла до редколегії 15.09.11

УДК 342.9.03

Р. Куйбіда, канд. юрид. наук

СВОБОДА МИРНИХ ЗІБРАНЬ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ: ЗАГАЛЬНІ ТЕНДЕНЦІЇ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

У статті наведено результати дослідження практики адміністративних судів щодо розгляду справ про обмеження свободи мирних зібрань і акцентовано увагу на проблемних тенденціях розвитку цієї практики.

Ключові слова: свобода мирних зібрань, заборона мирних зібрань, адміністративні суди, судова практика, обов'язок доказування.

В статті приведені результати дослідження практики адміністративних судів по розгляду справ про обмеження свободи мирних зібрань і акцентовано увагу на проблемних тенденціях розвитку цієї практики.

Ключевые слова: свобода мирных собраний, запрет мирных собраний, административные суды, судебная практика, обязанность доказывания.

The article deals with the results of research administrative courts' case-law on restriction of freedom of peaceful assembly and the problematic trends in the court practice.

Keywords: freedom of peaceful assembly, prohibition of peaceful assembly, the administrative courts, case-law, the burden of proof.

Право збиратися мирно є одним зі способів вільного вираження поглядів, зокрема, з метою привернення уваги на місцевому, загальнодержавному чи навіть міжнародному рівні до суспільних проблем та потреб. Для влади мирні зібрання мають бути одним із індикаторів суспільної думки, з урахуванням якої слід проводити свою політику. Для громадянської і міжнародної спільноти рівень забезпечення свободи мирних зібрань є мірилом демократії.

Свобода мирних зібрань гарантується Конституцією України та низкою міжнародних документів і може бути обмежена судом і лише в інтересах національної безпеки та громадського порядку – з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей. Таким чином, основним показником дотримання і захисту цієї свободи є саме судова практика.

Питанням правового регулювання свободи мирних зібрань в Україні велику увагу приділяють М. Буроменський, С. Головатий, М. Денісова, П. Рабінович, Р. Тополевський, Т. Фулей, Р. Романов, О. Совгіря, Н. Шуклава, В. Яворський та ін. Цю свободу розглядають переважно у контексті філософсько – і конституційно-правових досліджень або під кутом зору міжнародних стандартів прав людини.

Предметом цього дослідження стали рішення українських адміністративних судів усіх рівнів у справах про обмеження права на мирні зібрання (до уваги бралися

практика передусім за останні три роки). Дослідження дало можливість виявити цікаві тенденції і зробити висновки щодо відповідності практики адміністративних судів конституційним і міжнародним засадам у цій сфері.

Особливістю практики адміністративних судів у справах про встановлення обмежень у проведеної мирних зібрань є її суперечливість та непослідовність, що проявляється у застосуванні судами відмінних позицій при вирішенні цих справ. Наприклад, є розбіжності щодо того, чи належить застосовувати нормативні акти місцевого самоврядування з цих питань, чи є неповідомлення органу влади про мирне зібрання підставою для його заборони, який строк повідомлення вважати завчасним тощо.

Неуніфікованість судової практики зумовлена передусім тим, що сторони рідко оскаржують постанови судів. Постанова суду про заборону чи інше обмеження мирного зібрання виконується негайно, а тому її оскарження не може дати бажаного результату – безперешкодно провести таке зібрання.

За даними Єдиного державного реєстру судових рішень, до касаційної інстанції – Вищого адміністративного суду – надходить дуже мало справ цієї категорії. Станом на кінець жовтня 2011 р. реєстр містив лише 16 ухвал цього суду за наслідками розгляду касаційних скарг у таких справах. Тож практика касаційної інстанції поки не може бути достатнім орієнтиром для судів нижчих інстанцій про розгляді справ щодо свободи мирних зібрань.

© Куйбіда Р., 2011

Кожне судове рішення має бути вмотивованим – це обов'язкова вимога, яку Європейський суд з прав людини вивів із права на справедливий суд. Відсутність відповіді на кожен важливий, доречний та вирішальний аргумент сторін є порушенням права на справедливий суд (див. п. 23, 25 Рішення Європейського суду з прав людини у справі "Проніна проти України" [1]). Венеціанська комісія в одному зі своїх нещодавніх висновків вказала: *"Не достатньо лише цитувати законодавчі положення, а потім приймати рішення. Суддя повинен послідовно поєднувати закон з фактами у справі і наводити чіткі аргументи, яким чином було вирішено справу у конкретному випадку. Якщо цього не робити, це буде очевидним порушенням права на справедливий суд, яке гарантує стаття 6 Європейської конвенції з прав людини"* [2]. Ця порада мала би бути цінним дороговказом при вирішенні будь-якої справи, зокрема й щодо обмеження свободи мирних зібрань.

На жаль, мотивація багатьох судових рішень щодо обмеження мирних зібрань зводиться до викладення різноманітних норм, що стосуються цього права, і висновку про те, що проведення мирного зібрання загрожує національній безпеці і громадському порядку. При цьому свій висновок суди часто не аргументують або аргументують вкрай лаконічно і непереконливо. Наприклад, після цитат з різноманітних правових актів, частина з яких навіть не стосується конкретної справи, суд робить жодним чином не вмотивований висновок: *"Проведення ... мітингів з використанням звукопідсилюючого обладнання створюватиме перешкоди у забезпеченні громадського порядку, може перешкодити нормальній життєдіяльності міста"* (див. постанову Окружного адміністративного суду м. Києва № 17314334 від 17 червня 2011 р.). Цей висновок став підставою для заборони проводити мітинги відразу трьом організаторам.

Невиправданими видаються випадки, коли суд за браком аргументів на користь заборони мирного зібрання перекладає обов'язок доказування з позивача – органу влади – на відповідача – організатора мирних зібрань. Так, Дніпропетровський окружний адміністративний суд у постанові № 17888816 від 15 серпня 2011 р. зробив висновок, що *"відповідачем не доведено, що масовий захід ... не буде загрожувати інтересам національної безпеки, та не призведе до порушень громадського порядку, а також не створить реальну небезпеку заворушень чи злочинів, загрозу здоров'ю населення або правам і свободам інших людей"*. Важко навіть уявити, які докази повинен надати відповідач на підтвердження того, що запланований захід має мирний характер.

Певні розбіжності у практиці судів загалом не приховують стійку тенденцію збільшення протягом 2010-2011 років кількості позовів органів влади про заборону мирних зібрань та зменшення кількості відмов у задоволенні таких позовів. Тенденцію заборон підтверджує і практика Вищого адміністративного суду. З 16 ухвал, що містяться у реєстрі, вісім постановлено у 2011 р. (три з яких стосуються подій 2010 р., а решта – попередніх років). Так, у тринадцяти справах скаржником були організатори мирних зібрань – жодна зі скарг задоволено не була (ухвали № 1475152 від 5 грудня 2007 р., № 3059440 від 29 січня 2008 р., № 3708527 від 1 квітня 2009 р., № 9818152 від 25 травня 2010 р., № 11772796 від 13 жовтня 2010 р., № 11772528 від 19 жовтня 2010 р., № 15594885 від 14 квітня 2011 р., № 16525276 від 26 травня 2011 р., № 16528045 від 27 травня 2011 р., № 16540890 від 1 червня 2011 р., № 16785977 від 7 червня 2011 р., № 16541441 від 9 червня 2011 р., № 18370124 від 15 вересня 2011 р.). Дві справи стосу-

валися процесуальних порушень. І лише в одній справі суд касаційної інстанції став на бік пікетувальників та відмовив у задоволенні скарги обласної державної адміністрації (див. ухвалу № 3213459 від 9 жовтня 2008 р.).

Приймаючи постанови на користь органів влади, суди найчастіше не мотивують вибору способу обмеження свободи мирних зібрань. При цьому як основний спосіб обмеження вони обирають заборону проводити мирні заходи, жодним чином не обґрунтовуючи, чому вони вважають, що не можна обійтися іншими, менш втручальними обмеженнями.

Вирішуючи справи щодо встановлення обмежень у проведенні мирних зібрань, суди найчастіше посиляються на:

1) статтю 39 Конституції України про те, що громадяни мають право збиратися мирно, без зброї і проводити збори, мітинги, походи і демонстрації, про проведення яких завчасно сповіщаються органи виконавчої влади чи органи місцевого самоврядування; обмеження щодо реалізації цього права може встановлюватися судом відповідно до закону і лише в інтересах національної безпеки та громадського порядку – з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей;

2) Рішення Конституційного Суду України від 19 квітня 2001 р. №4рп/2001 у справі за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 39 Конституції України про завчасне сповіщення органів виконавчої влади чи органів місцевого самоврядування про проведення зборів, мітингів, походів і демонстрацій (справа щодо завчасного сповіщення про мирні зібрання);

3) статтю 1 Закону України "Про основи національної безпеки України" у частині визначення терміну "національна безпека";

4) статтю 182 Кодексу адміністративного судочинства України, що визначає особливості процесуального порядку розгляду таких справ у суді;

5) Указ Президії Верховної Ради СРСР "Про порядок організації і проведення зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій в СРСР" № 9306-XI від 28 липня 1988 р. (!), який визначає вимоги до заяви про проведення мирного зібрання і строк її подання (не пізніше як за 10 днів до заходу);

6) акти органів місцевого самоврядування, що регулюють порядок реалізації права на мирні зібрання, якщо вони прийняті у відповідному населеному пункті.

Суди практично не застосовують міжнародні інструменти, які могли би стати надійним орієнтиром для вирішення справ цієї категорії. Щонайбільше у постановвах судів можна знайти посилання на статтю 11 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Але обмежившись її цитуванням без оцінки фактів у справі крізь призму цієї статті, суди забороняють проведення мирних зібрань (див., наприклад, постанову Одеського окружного адміністративного суду № 15727388 від 20 травня 2011 р., постанову Черкаського окружного адміністративного суду № 15855802 від 20 травня 2011 р., постанову Окружного адміністративного суду Автономної Республіки Крим №16941003 від 16 червня 2011 р.).

Також суди не застосовують практику Європейського суду з прав людини щодо статті 11 Конвенції. Лише у постанововах Окружного адміністративного суду Автономної Республіки Крим (постанови № 10243992 від 1 липня 2010 р., № 16472408 від 17 червня 2011 р., № 17070609 від 14 липня 2011 р. тощо) можна натрапити на фразу: *"Відповідно до сталої практики Європейського суду з прав людини свобода мирних зібрань, як і*

свобода вираження, "є фундаментальним правом у демократичному суспільстві та ... є однією з підвалин такого суспільства" (*Rassemblement jurassien et Unite jurassienne v. Switzerland, 1980*). Але й це не перешкоджає тим ж постановами забороняти проведення мирних зібрань.

Таким чином, суди при розгляді цієї категорії справ не застосовують ні Конвенцію, ні практику Європейського суду з прав людини, а лише інколи посилаються на них, не пов'язуючи їх з обставинами у справі. Це є простим маніпулюванням міжнародними документами, а фактично ігноруванням їхніх вимог.

Ми не знайшли жодного рішення, у якому суди би застосовували статтю 21 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права або використали Сіракузькі принципи тлумачення обмежень і відступів від положень Міжнародного пакту про громадянські і політичні права для тлумачення понять "національна безпека", "громадський порядок", "здоров'я населення", "права та свободи інших осіб", в інтересах яких можливе обмеження свободи мирних зібрань.

Натомість суди використовують визначення національної безпеки із Закону України "Про основи національної безпеки України" – надто розмите і непридатне для розуміння статті 39 Конституції України, зміст якої власне й сформульовано на основі міжнародних документів. А термін "громадський порядок" тлумачиться судами як "відсутність правопорушень". Це дає можливість заборонити чи не кожне мирне зібрання.

Суди не використовують і Керівні принципи зі свободи мирних зібрань Бюро з демократичних інституцій і прав людини ОБСЄ, що містить відповіді на більшість проблемних питань, з якими зіштовхуються українські суди за відсутності достатнього законодавчого регулювання. Не виключено, що неврахування цих та інших міжнародних документів пов'язано із непоінформованістю суддів, відсутністю необхідної підготовки.

Проте суди застосовують указ Президії Верховної Ради Радянського Союзу "Про порядок організації і проведення зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій в СРСР", що заснований на дозвільній концепції реалізації права на мирні зібрання, а не на повідомній, як це встановлено Конституцією України. Навіть Вищий адміністративний суд України неодноразово цитував положення цього Указу, не даючи йому жодної критичної оцінки: "Відповідно до положення пункту шостого Указу № 9306-ХІ виконавчий комітет Ради народних депутатів забороняє збори, мітинг, вуличний похід або демонстрацію, якщо мета їх проведення суперечить Конституції СРСР, конституціям союзних і автономних республік або загрожує громадському порядку і безпеці громадян" (див. ухвали № 11772528 від 19 жовтня 2010 р., № 16528045 від 27 травня 2011 р., № 16540890 від 1 червня 2011 р.).

Щоправда, у практиці адміністративних судів нижчого рівня є й позитивні приклади незастосування цього акта: "З огляду на те, що Указ Президії Верховної Ради СРСР № 9306-ХІ від 28 липня 1988 року в частині визначення строків попередження про проведення мирного зібрання суперечить положенням ст. 39 Конституції України, колегія суддів вважає необґрунтованими посилання позивача на те, що відповідачі повинні були повідомити про проведення акції не пізніше ніж за десять днів до її проведення" (див. ухвалу Київського апеляційного адміністративного суду № 11772528 від 14 квітня 2011 р.). Але такі приклади є швидше винятком, ніж правилом.

Також суди дуже часто застосовують підзаконні акти органів місцевого самоврядування як підставу для об-

меження мирних зібрань, незважаючи на вимогу статті 39 Конституції України, що таке обмеження можливе лише відповідно до закону. Навіть Вищий адміністративний суд визнав законною судову заборону мирних зібрань в центрі столиці, посилаючись на те, що: "Відповідно до пункту 1 рішення Київської міської ради від 29 червня 2000 року №225/946 "Про особливості організації і проведення культурно-масових заходів та загальнодержавних свят в центральній частині м. Києва" в центральній частині м. Києва дозволяється проводити культурно-масові заходи тільки загальнодержавного значення в дні національних свят" (див. ухвалу № 16785977 від 7 червня 2011 р.).

З подібним обмеженням щодо місця проведення мирного зібрання Вищий адміністративний суд погодився і в ухвалі № 9818152 від 25 травня 2010 р.: "Правильним є посилання апеляційного суду на Положення про проведення масових заходів у м. Дніпропетровську, затверджене рішенням виконавчого комітету Дніпропетровської міської ради від 10.07.2008 року № 1966, яким для проведення масових заходів визначені певні місця на території міста, які відповідають вимогам забезпечення громадського порядку при проведенні даних заходів".

Щоправда, деякі місцеві суди займають більш прогресивну позицію. Наприклад, Окружний адміністративний суд Автономної Республіки Крим відмовився застосовувати локальний акт як такий, що обмежує свободу мирних зібрань: "Аналіз рішень виконавчого комітету Сімферопольської міської ради №2 від 09.01.2008 р. "Про порядок організації і проведення масових заходів в місті Сімферополі" та №1205 від 10.05.2007 р. "Про заходи по забезпеченню громадського порядку при проведенні масових, культурно-спортивних та інших заходів в м. Сімферополі" свідчить про звуження останніми конституційних прав громадян на мирні збори шляхом встановлення штучних умов, необхідних для реалізації громадянам такого права в м. Сімферополі та заборони проведення таких зборів у різних частинах міста, у зв'язку з чим при вирішенні справи, керуючись принципом законності (ч.4 ст.9 КАС України), суд не застосовує зазначені нормативно-правові акти виконавчого комітету Сімферопольської міської ради, а застосовує постанову акти, які мають вищу юридичну силу" (див. постанову № 10701594 від 2 серпня 2010 р.). Мало того, Львівський апеляційний адміністративний суд взагалі визнав незаконним і нечинним рішення Чернівецької міської ради № 1192 від 24 грудня 2009 р., яким затверджено "Положення про порядок організації та проведення в м. Чернівцях мирних зібрань". Суд мотивував свою постанову тим, що міська рада не лише вийшла за межі своєї компетенції, але й звузила зміст та обсяг конституційного права на мирні зібрання (постанова № 13955587 від 10 лютого 2011 р.). Однак поки що така практика не є повсюдною, попри те, що науковці поділяють слушність такого підходу: "Регламентація порядку реалізації права на мирні зібрання у локальних ... актах є перевищенням компетенції органів місцевого самоврядування..." [3; С.15].

Проведений аналіз судової практики дає можливість зробити такі висновки і рекомендації:

1. Судова практика щодо мирних зібрань в Україні є неуніфікованою. На жаль, у зв'язку з динамічністю відносин у сфері реалізації свободи мирних зібрань судові рішення не часто оскаржують до судів вищих інстанцій. Але й та незначна практика судів вищих інстанцій свідчить про ігнорування міжнародних стандартів у цій сфері і не може слугувати надійним орієнтиром у вирішенні справ цієї категорії.

2. Суди погано мотивують свої рішення і майже завжди обирають найбільш втручальний спосіб обмеження свободи мирних зібрань – заборону мирного заходу, жодним чином не обґрунтовуючи необхідність застосування саме його у демократичному суспільстві.

3. Суди застосовують національне законодавство щодо свободи мирних зібрань без урахування міжнародних стандартів. Суди часто застосовують акти законодавства Радянського Союзу і підзаконні акти органів місцевого самоврядування, які обмежують конституційне право на мирні зібрання.

4. Суди при розгляді справ цієї категорії мали би виходити з презумпції правомірності мирного зібрання і не покладати обов'язок доведення цього на організаторів мирних зібрань.

Для застосування обмеження потрібно, щоб позивач – орган виконавчої влади чи орган місцевого самоврядування переконливо довів, що:

- це обмеження спрямовано на захист інтересів національної безпеки та громадського порядку, зокрема у розумінні Сіракузьких принципів тлумачення обмежень і відступів від положень Міжнародного пакту про громадянські і політичні права;
- існує реальна, а не примарна загроза заворушень чи злочинів, здоров'ю населення або правам і свободам інших людей, передусім у розумінні Сіра-

кузьких принципів тлумачення обмежень і відступів від положень Міжнародного пакту про громадянські і політичні права;

➤ це обмеження необхідне у демократичному суспільстві і є пропорційним для запобігання вказаним загрозам.

У разі задоволення позову необхідно застосовувати лише ті обмеження, що є пропорційними до переслідуваної конституційної мети, тобто якнайменш "втручальними" у свободу мирних зібрань.

5. Для подолання недоліків судової практики необхідно організувати регулярні навчання представників позивачів і суддів адміністративних судів щодо міжнародних стандартів зі свободи мирних зібрань.

1. Pronina v. Ukraine, заява № 63566/00, рішення Європейського суду з прав людини від 18 липня 2006 р. 2. П. 38 Спільного висновку Венеційської комісії і Директорату з питань правосуддя та людської гідності Генерального директорату з прав людини та правових питань Ради Європи щодо проекту Закону України "Про внесення змін до Закону "Про судоустрій і статус суддів" від 18 жовтня 2011 р. // Джерело в Інтернеті: [http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD\(2011\)033-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD(2011)033-e.pdf) (англ. мовою). 3. Денісова М.М. Правове забезпечення реалізації конституційного права на мирні зібрання в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / М.М.Денісова; Харківський національний університет внутрішніх справ. – Х., 2010. – 20 с.

Надійшла до редколегії 15.09.11

М. Куцевич, канд. юрид. наук

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ВИНИКНЕННЯ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ДЕРЖАВИ З МІЖНАРОДНИХ ДОГОВОРІВ У СФЕРІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

Стаття присвячена дослідженню правових наслідків підписання державою міжнародно-правових актів у сфері кримінального права.

Ключові слова: міжнародний договір, підписання договору, міжнародно-правове зобов'язання держави.

Стаття посвящена исследованию правовых последствий подписания государством международно-правовых актов в сфере уголовного права.

Ключевые слова: международный договор, подписание договора, международно-правовое обязательство.

The article investigates the legal consequences of the signing by the state of international contract in the field of criminal law.

Keywords: international treaty, the signing of the contract, international obligation of the state.

Міжнародні договори, спрямовані на врегулювання кримінально-правових відносин, є такими, що стосуються прав, свобод та обов'язків людини і громадянина, тому, згідно з п.б ч.2 ст.9 Закону України "Про міжнародні договори України" від 29.06.2004 р. підлягають ратифікації, яка означає надання державою остаточної згоди на обов'язковість для неї міжнародного договору і включення його до національного законодавства. Однак крім ратифікації, існує ще один прояв надання згоди державою взяти на себе зобов'язання, передбачені договором – підписання, яке засвідчує попередню згоду держави і породжує певні правові наслідки для держави підписанта, з'ясування яких визначає **мету цієї наукової публікації**.

Дії по укладенню міжнародного договору можна поділити на дві групи: 1) ті, що вчиняються суб'єктами міжнародного права – учасниками переговорів для створення міжнародного договору як такого (підготовка тексту міжнародного договору, його прийняття, встановлення його автентичності); 2) дії, що вчиняються суб'єктами міжнародного права, спрямовані на набуття ними статусу учасника міжнародного договору (підписання міжнародного договору та надання кожним учасником переговорів по створенню міжнародного договору особисто згоди на обов'язковість для нього підписаного раніше договору).

З огляду на мету цієї наукової публікації інтерес для нас становить друга група дій. Відповідно до ч.1 ст. 9

Конституції України "чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України" [1]. Так, згідно зі ст.14 Закону України "Про міжнародні договори України" від 29.06.2004 р. "міжнародні договори набирають чинності для України після надання нею згоди на обов'язковість міжнародного договору відповідно до цього Закону в порядку та в строки, передбачені договором, або в інший узгоджений сторонами спосіб" [2]. Оскільки всі міжнародні договори, спрямовані на врегулювання кримінально-правових відносин, є такими, що стосуються прав, свобод та обов'язків людини і громадянина, то згідно з п.б ч.2 ст.9 Закону України "Про міжнародні договори України" від 29.06.2004 р. всі такі договори підлягають ратифікації. Тобто, згода на обов'язковість такого договору може бути надана лише Верховною Радою України шляхом прийняття відповідного закону про ратифікацію.

Таким розумінням моменту виникнення міжнародно-правових зобов'язань України обумовлюється і загальний порядок застосування міжнародних договорів в Україні, визначений в ст.19 Закону України "Про міжнародні договори України" від 29.06.2004 р., де зазначається, що "чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства" (ч.1), "якщо міжнародним догово-

ром України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору (ч.2)" [2]. Такий порядок застосування міжнародних договорів цілком виправданий з огляду на правовий наслідок ратифікації – набуття міжнародним договором юридичної сили закону України та виникнення у органів державної влади обов'язку і можливості застосування такого міжнародного договору, оскільки відповідно до ч.2 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".

Однак, ратифікація міжнародного договору – це лише завершальна стадія досить тривалої і успішної процедури укладення міжнародного договору, яка може тривати декілька років [6, с. 201-202; 7, с.14-16] і настає лише після підписання договору, яке виражає попередню згоду держави на зобов'язання, передбачені міжнародним договором. Підписання не закріплює остаточної згоди держави на обов'язковість для неї відповідного договору. Однак слід погодитись з ученими, які зазначають, що підписання все ж викликає важливі юридичні наслідки: 1) надає право державі, що підписала договір, учинити ратифікацію, затвердження і т.д., 2) ставить за обов'язок державі утриматись від дій, що позбавили б договір його об'єкта і мети, доти, поки держава не висловить чітко свого наміру не ставати учасником цього договору [6, с.213]. Вдалий приклад визнання зобов'язуючого характеру приписів лише підписаного і ще нератифікованого договору зобов'язаннями держави-підписанта договору наводить М.О. Баймуратов. Зокрема, цей вчений наводить факт визнання Постійною палатою міжнародного правосуддя (постійно діючий судовий орган при Лізі Націй, рішення про її заснування було прийнято на Паризькій мирній конференції 1919 – 1920 роки – уточнення моє – М.К.) в 1926 році у справі про Верхню Сілезію того, що якщо договір підлягає ратифікації, то зловживання державою, яка підписала договір, своїми правами протягом періоду, що передусь ратифікації, може означати порушення її зобов'язань за договором [6, с.213].

Правові наслідки підписання державою міжнародного договору закріплені в декількох міжнародних нормативних актах:

1) *Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23.05.1969 року*:

"(Стаття 18) Держава зобов'язана утримуватись від дій, які б позбавили договір його об'єкта й мети, коли:

а) вона підписала договір або обмінялася документами, які становлять договір, з умовою ратифікації, прийняття або затвердження, доти, поки вона не виразить ясно свого наміру не стати учасником цього договору; або

б) вона виразила згоду на обов'язковість для неї договору, – до набрання договором чинності і за умови, що таке набрання чинності не буде надмірно затримуватися" [3];

2) тотожні за змістом приписи містяться і в статті 18 *Віденської конвенції про право договорів між державами та міжнародними організаціями або між міжнародними організаціями від 21 березня 1986 року* [4] з урахуванням того, що приписи цієї конвенції поширюються не лише на держави, а й на міжнародні організації (далі – Віденські конвенції).

Отже, завдяки нормативним приписам Віденських конвенцій підписання міжнародного договору породжує правові наслідки, які, щоправда лише за юридичною

силою, а не за змістом, можна прирівняти до зобов'язань, що виникають з ратифікованого договору. Певний приклад, аналізу правових наслідків підписання державою міжнародного нормативного акту, можна знайти в Ухвалі Конституційного суду Російської Федерації від 19.11.2009 р. № 1344-0-Р (далі – Ухвала). В Ухвалі аналізується ситуація з правовими наслідками підписання до цього часу нератифікованого Російською Федерацією Протоколу № 6 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, який стосується скасування смертної кари (далі – Протокол № 6). На рівні загальної оцінки юридичної сили підписаного міжнародного акту в абз.2 п.6 мотивувальної частини Ухвали вказано: "Оскільки Протокол №6 до цього часу не ратифікований, він як такий не може розглядатись в якості нормативного правового акту, який безпосередньо скасовує в Російській Федерації смертну кару... При цьому в федеральному законодавстві зберігаються положення, які передбачають даний вид покарання і, відповідно, процедури його призначення та виконання" [5].

Разом з тим, в цій же Ухвалі Конституційним Судом РФ зазначено: "4.3. Той факт, що Протокол № 6 до цього часу не ратифікований, в контексті існуючих правових реалій не заважає визнанню його суттєвим елементом правового регулювання права на життя. Відповідно до ст.18 Віденської конвенції про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 року Держава зобов'язана утримуватись від дій, які б позбавили договір його об'єкта й мети ... Таким чином, Російська Федерація зв'язана вимогами статті 18 Віденської конвенції про право міжнародних договорів не вчиняти дій, які б позбавили підписаний нею Протокол №6 його об'єкта та мети, доти, поки вона офіційно не виразить свій намір не бути його учасником. Оскільки основним зобов'язанням за Протоколом № 6 є повна відміна смертної кари, включно з виключенням із законодавства цього виду покарання за всі злочини, за винятком "дій вчинених під час війни або при неминучій загрозі війни", і відмова від його застосування з тим же винятком, в Росії з 16 квітня 1997 року смертна кара застосовуватись не може, тобто покарання у виді смертної кари не повинні ні призначатись, ні виконуватись. 5. Виконання зобов'язання не позбавляти Протокол № 6 – як підписаний, але не ратифікований міжнародний договір – його об'єкта та мети покладається на державу в цілому. Якщо органи, що представляють котрусь із гілок державної влади, допускають відхилення від цього зобов'язання, його дотримання може бути забезпечене іншими гілками влади... з тим, щоб виконання державою в цілому своїх зобов'язань залишилось в рамках статті 18 Віденської конвенції про право міжнародних договорів. Вже після того як Росія була прийнята в Раду Європи і підписала Протокол № 6, російські суди в окремих випадках виносили смертні вироки... Винесення судами смертних вироків (а тим більше їх виконання) могло б становити собою порушення Росією її зобов'язань по статті 18 Віденської конвенції про право міжнародних договорів відносно Протоколу № 6, однак, оскільки щоразу мала місце заміна смертної кари в порядку помилування, що здійснювалось Президентом Російської Федерації на підставі статті 89 Конституції Російської Федерації, іншим покаранням, не пов'язаним з позбавленням життя, рішення судової влади коригувались без втручання в її прерогативи, що дозволило державі уникнути порушень своїх міжнародно-правових зобов'язань. Цьому сприяв і такий загальнообов'язковий внутрідержавний правовий акт, як Рішення Конституційного Суду Російської Федерації від 2 лютого 1999 року № 3-П, яке – хоча й було прийняте у зв'язку з судовими процедурами призначен-

ня в якості покарання смертної кари – за своєю спрямованістю не лише відповідало юридичним зобов'язанням, прийнятим на себе Російською Федерацією відповідно до статті 18 Віденської конвенції про право міжнародних договорів відносно Протоколу № 6, а й посилювало їх" [5].

В п.1 резолютивної частини розглядуваної нами Ухвали вказується, що: "1. Положення пункту 5 резолютивної частини Рішення Конституційного суду Російської Федерації від 2 лютого 1999 року № 3-П в системі діючого правового регулювання, на основі якого в результаті довготривалого мораторію на застосування смертної кари сформувались стійкі гарантії прав людини не бути підданою смертній карі і склався конституційно-правовий режим, в рамках якого – з урахуванням міжнародно-правових тенденцій та зобов'язань, взятих на себе Російською Федерацією, – відбувається незворотній процес спрямований на скасування смертної кари, як виняткового виду покарання, що носить тимчасовий характер ("до її скасування") і допускається лише протягом певного перехідного періоду, тобто на реалізацію мети, передбаченої статтею 20 Конституції Російської Федерації, означає, що виконання цього Рішення в частині, що стосується введення суду з участю присяжних на всій території Російської Федерації, не відкриває можливості застосування смертної кари, в тому числі за обвинувальним вироком, винесеним на підставі вердикту присяжних засідателів" [5].

Ситуацію вирішену в наведеній вище Ухвалі Конституційного Суду Російської Федерації спрощує однозначність і простота мети Протоколу №6, підписаного цією державою, – скасування смертної кари як покарання, відповідно діями, які за своїм змістом суперечать такій меті, може бути визнане призначення такого покарання та його виконання. Відповідно Конституційний Суд Російської Федерації зробив обґрунтований висновок, що підписання Росією Протоколу №6 зобов'язує її не застосовувати покарання у виді смертної кари, не дивлячись на те, що воно не скасоване як таке в законодавстві.

Однак, міжнародний договір переважно має на меті захист значної кількості цінностей і для цього передбачає цілу низку конкретних зобов'язань, які можуть стосуватись як встановлення певних гарантій прав людини в кримінальному процесі, так і криміналізації певних діянь чи зміни змісту вже криміналізованих діянь. В таких випадках варіантів дій, які держава-підписант повинна вчинити та від вчинення яких повинна утриматись, аби не позбавляти підписаний нею договір його об'єкта та мети, може бути набагато більше ніж у випадку з Протоколом № 6. В таких випадках оцінки дій держави з точки зору відповідності їх об'єкту та меті підписаною державою міжнародного договору можуть бути прямо протилежні, з усіма правовими наслідками. Зокрема, це може бути підставою для обвинувачення держави у невиконанні нею взятих на себе міжнародно-правових зобов'язань. Виходом з описаної ситуації могли б бути чітко визначені на нормативному рівні орієнтири для дій держави-підписанта, які б дозволили сформувати певний механізм поведінки для кожної держави-підписанта після підписання міжнародного договору.

Вищевикладене дозволяє зробити наступні висновки:

1. З правової точки зору, цілком виправданою є позиція стосовно неможливості розглядати лише підписаний і не ратифікований міжнародно-правовий акт, в якості нормативного правового акту на рівні із внутрішнім законодавством держави, яка його підписала, інакше процедура ратифікації не мала б значення.

2. Завдяки приписам Віденських конвенцій, які мають нормативний характер, у держави-підписанта з'являється

міжнародно-правовий зобов'язок не вчиняти дій, що суперечать об'єкту і меті укладеного договору. Таким чином мета та об'єкт підписаного міжнародно-правового акту, набувають зобов'язуючого характеру для держави-підписанта, як такі, що в цей період визначають зміст зобов'язань, встановлених Віденськими конвенціями.

3. Нормативні приписи наведених вище Віденських конвенцій стосовно конкретних дій держави, які вона зобов'язана вчинити чи від вчинення яких зобов'язана утриматись, неконкретизовані. Найбільш простою є ситуація визначення переліку таких дій, коли зміст зобов'язань, передбачених підписаним міжнародним договором, які й утворюють його об'єкт та мету, передбачає виконання державою декількох чітких дій, а зміст зобов'язань значною мірою співпадає зі змістом дій від вчинення яких держава-підписант зобов'язана утриматись або зі змістом дій, які вона зобов'язана вчинити аби не позбавляти підписаний договір його об'єкту та мети. Однак, в більшості випадків дотримання об'єкта та мети договору передбачає необхідність вчинення державою-підписантом значної кількості дій, жодна з яких не вичерпує повністю об'єкта та мети договору. В обох випадках очевидно є необхідність чітких орієнтирів для дій держави-підписанта аби вона, з одного боку, могла уникнути звинувачення у невиконанні своїх міжнародних зобов'язань, з іншого боку, це стимулювало б державу вже на етапі підписання договору, принаймні, мати чіткий план дій, який дозволив би реалізувати взяті за договором зобов'язання після його ратифікації.

4. Доцільним є нормативне закріплення переліку дій, необхідного для держави-підписанта. Такі переліки дій вочевидь могли б бути прописані як на міжнародно-правовому рівні, зокрема, шляхом відповідних вказівок в тексті новоствореного міжнародного договору, однак доцільніше це зробити на рівні приписів національного законодавства, принаймні у вигляді чітких орієнтирів поведінки органів державної влади на період після підписання міжнародного договору і до моменту його ратифікації.

5. Закріплення таких орієнтирів в національному законодавстві (наприклад, в Законі України "Про міжнародні договори України") є більш виправданим з наступних причин:

➤ виходячи з принципу поваги внутрішнього суверенітету держави, кожна держава самостійно визначається щодо взяття на себе зобов'язань шляхом підписання міжнародного договору, однак в будь-якому випадку позиція держави щодо таких зобов'язань повинна бути чітко вираженою. Саме такій конкретизації намірів держави сприяло б нормативне закріплення орієнтирів для дій її органів влади після підписання договору, що й вимагається названими вище Віденськими конвенціями;

➤ згідно з п.22 ч.1 ст.92 Конституції України діяння, які є злочинами та відповідальність за них визначається виключно законами України, отже у випадку необхідності зміни підстав та порядку притягнення до кримінальної відповідальності у зв'язку з підписанням договору, законодавчо закріплені орієнтири дій держави можуть слугувати достатньою підставою для відповідного коригування дій правозастосовних органів держави-підписанта;

➤ закріплені у формі положень закону орієнтири для дій органів державної влади зробили б більш прогнозованою поведінку держави щодо дотримання об'єкта та мети підписаного нею договору.

1. Конституція України від 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141. 2. Закон України "Про міжнародні договори України" від 29.06.2004 р. // Відомості Верховної Ради України.

ни. – 2004. – № 50. – Ст. 540. 3. Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23.05.1969 року // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України / Законодавство України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://portal.rada.gov.ua> 4. Віденська конвенція про право договорів між державами та міжнародними організаціями або між міжнародними організаціями від 21 березня 1986 року // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України / Законодавство України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://portal.rada.gov.ua> 5. Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 19.11.2009 г. №1344-О-Р "О разъяснении пункта 5 резолютивной части постановления конституционного суда Российской Федерации от 2 февраля 1999 года № 3-П по делу о проверке конституционности положений статьи 41 и части третьей статьи 42 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР, пунктов 1 и 2 постановления Верховного Совета Российской Федерации от 16 июля 1993 года "О порядке введения в действие Закона Российской Федерации "О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР "О судостроительстве РСФСР", Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР, Уголовный кодекс РСФСР и Кодекс РСФСР об административных правонарушениях" // "Собрание законодательства РФ". – 30.11.2009. – №48. – Ст.5867. 6. Баймуратов М.О. Міжнародне публічне право. – Х.: Одісей, 2008. – 704 с. 7. Лукашук И.И., Наумов А.В. Международное уголовное право: Учеб. – М.: Спарк, 1999. – 287 с.

Надійшла до редколегії 15.09.11

УДК 349.2

В. Божко, доц.

ПОГЛЯД НА ФУНКЦІЇ ОПЛАТИ ПРАЦІ КРИЗЬ ПРИЗМУ ТЕОРЕТИЧНО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ

Стаття присвячена з'ясуванню властивостей функцій оплати праці та їх співвідношенню із оплатою праці. Дослідивши їх, автор прийшов до висновку, що функції всіх правових явищ є похідними від них, вони зумовлені самими явищами, а отже, не можуть бути самостійними, діяльними. Тому функції оплати праці характеризують призначення оплати праці.

Ключові слова: функція; оплата праці; заробітна плата; функції права; функції оплати праці; функції заробітної плати.

Статья посвящена анализу свойств функций оплаты труда и их соотношению с оплатой труда. Исследовав их, автор пришел к выводу, что функции всех правовых явлений – производные от них, они предопределены самими явлениями, а следовательно, не могут быть самостоятельными, деятельными. Поэтому функции оплаты труда характеризуют предназначение оплаты труда.

Ключевые слова: функция; оплата труда; заработная плата; функции права; функции оплаты труда; функции заработной платы.

The article was dedicated to clarification of salary's functions capabilities and their correlation to a salary. During its analyze the author reach a conclusion that all functions of state and legal events are derivate, they are determined by such events and cannot be independent, effectual. Because of this salary's functions are illustrate the salary destination.

Keywords: function, remuneration, salary, law functions, remuneration functions, salary functions.

Постановка проблеми. Напевно, не потрібно нікого переконувати в актуальності дослідження відносин оплати праці, адже єдиним джерелом доходу переважної більшості працівників є плата за їх працю, котру вони виконують на підставі трудового договору. А це, безумовно, зумовлює актуальність дослідження функцій оплати праці. Актуалізує наше дослідження ще й той факт, що нам не вдалось знайти жодної позиції фахівців у галузі трудового права щодо властивостей функцій оплати праці та їх співвідношення із оплатою праці. Хоча науковцями в галузі трудового права, на відміну від учених більшості інших галузей права, приділяється значна увага функціональному аналізу трудових явищ. Тому, керуючись загальнонауковим методом наукового пізнання – сходження від загального до конкретного, виявимо властивості функцій та їх співвідношення із самими правовими явищами, які досліджені вченими значно більше та екстраполюємо отримані результати на оплату праці.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Науково-теоретичною основою дослідження стали праці Т.М.Радька [1, 2], В.М.Жимирикова [3], О.І.Процевського [5], Н.М.Онисьченко [7], В.І.Леніна [9, 10] й інших дослідників.

Виділення не вирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується дана стаття. Віддаючи належне науковому доробку названих учених, потрібно відмітити, що вони спеціально не зосереджували свою увагу на дослідженні функцій оплати праці.

Формулювання цілей статті. Нашою метою є виявлення властивостей функцій оплати праці та пізнання їх співвідношення із оплатою праці.

Виклад основного матеріалу дослідження. Одним із перших дослідників, який присвятив значну увагу аналізу права та його функцій, став Т.М.Радько. На початку свого дисертаційного дослідження науковець вказує на те, що "право ... вирізняється від інших елементів надбудови ... специфікою виконуваних ним функцій, дослідження яких приводить до усвідомлення ролі та

соціальної цінності права, більш чіткого виокремлення його від інших складових надбудови" [1, с.3]. "Відповідаючи на питання, якою була (або буде) роль права ..., неминуче доведеться звертатися до з'ясування функцій, які здійснюються правом і характеризують його соціальне призначення", – наголошує вчений [2, с.23-24]. І згодом додає: "Завдання права – це зовнішній (визначальний) щодо функції права чинник" [2, с.23].

Таким чином, згідно наведеної позиції науковця, функції права характеризують соціальне призначення права. Але він сам визнає, що воно зумовлене "зовнішнім чинником", який знаходиться поза правом, а тому його призначення може лише відображатись у функціях права. Іншими словами, на думку вченого, ані право, ані його функції не визначають свого завдання та призначення! Потім науковець уточнює: "Зумовлене економічними, політичними й ідеологічними чинниками призначення права забезпечує взаємодію, узгодженість, нарешті, цілеспрямованість основних напрямів його впливу на суспільні відносини, тобто виступає "організуючим началом" цього процесу. Цим зумовлена стабільність і єдність здійснюваних правом функцій на тому чи іншому етапі його розвитку" [2, с.25-26]. Тобто, не дивлячись на те, що призначення права зумовлене цілою низкою чинників, а отже, є похідним від них, воно здатне самостійно визначати напрями правового впливу. Адже, "необхідно відзначити, – продовжує Т.М.Радько, – що призначення права виявляється не прямолінійно і безпосередньо, а трансформується відповідно до його специфічних властивостей, набуваючи згодом юридичного характеру. Тому можливе не збігання призначення і функцій права", – підсумовує вчений. З іншого боку, "при визначенні функції права лише як основного напрямку його впливу на суспільні відносини залишається поза увагою спрямовуючий момент такого впливу", – стверджує дослідник і відразу ж уточнює: "Зміст терміну "функція права" ... не може бути зведений або лише до призначення, або лише до напрямів

впливу права. *Функція права – це єдність двох чинників: призначення права в суспільстві й основних напрямів його впливу на суспільні відносини* [2, с.23-24].

Наступним теоретиком права, який зосередив свою увагу на аналізі функцій державно-правових явищ, став В.М.Жимиров. На його погляд, "більшість авторів отожднюють функцію з дією (діяльністю). Разом з тим подібний підхід є одностороннім, адже не дозволяє всесторонньо проаналізувати динамічну природу держави і права, котрі перебувають у стані "перманентної еволюції" [3, с.3]. Тому слід погодитися з тим, що *"ототожнювати або протиставляти основні напрями впливу й соціальне призначення права недоцільно"*, – наголошує науковець [3, с.63]. Він уважає, що *"функція права – це такий напрям його впливу на суспільні відносини, потреба у здійсненні якого породжує необхідність існування права як соціального явища. Вона виражає найбільш істотні, головні риси права, витікає з самої його природи і направлена на здійснення особливої ролі, що стоїть перед правом"* [3, с.64]. І згодом додає: *"Функція права впливає з його сутності й зумовлена призначенням права в суспільстві на певному етапі його розвитку"* [3, с.124].

Таким чином, В.М.Жимиров теж послідовно вказує на те, що термін "функція права" охоплює не лише призначення, але й напрями правового впливу права на суспільні відносини. Щоправда, більш ретельний аналіз двох останніх його висловлювань свідчить про певну непослідовність науковця. Адже, на відміну від попередньої його тези, в останній стверджується, що функція права є похідною від сутності та призначення права, бо вона *"впливає з сутності права"* та *"зумовлена його призначенням"*. При цьому функція права не є напрямом впливу і не визначає, не виражає риси права. Крім того, з авторських тез не зрозуміло, чим є функція щодо права, якими властивостями вона володіє, яка її юридична природа, чим вона відрізняється від інших державно-правових явищ.

Слід визнати, що розуміння функцій права та інших державно-правових явищ як основних напрямів або видів впливу права на суспільні відносини, в яких виражається роль і призначення права в суспільстві й державі, його соціальна цінність та найважливіші риси, є домінуючим у сучасній правничій науці [4, с.313]. Тому й більшість науковців галузі трудового права розглядають функції своєї галузі права як явище, котре розкриває його соціальне призначення і завдяки цьому визначає напрями правового регулювання суспільних відносин, що становлять його предмет [5, с.223].

На наш погляд, по-перше, якщо функція права взагалі та трудового права зокрема визначає основні напрями його впливу на трудові відносини, то яке тоді призначення принципів права, трудового права? Адже у теорії права загальновизнано, що під ними розуміють керівні засади (ідеї), які визначають зміст і спрямованість правового регулювання суспільних відносин [6, с.128]. Тобто, якщо функції та принципи трудового права визначають напрями впливу на суспільні відносини, спрямованість їх правового регулювання, то зміст термінів "функції трудового права" та "принципи трудового права" мають співпадати, вони повинні бути тотожними за змістом, а отже, від використання одного з них слід відмовитись! По-друге, якщо термін "функція трудового права" водночас характеризує і напрямки впливу, і призначення права, то останні мають бути тотожними явищами, бо не може один термін одночасно охоплювати різні явища. Переконані, що напрями правового регулювання трудових відносин співпадають з призначенням трудового права лише тоді, коли воно є живим, вольовим, діючим, якщо трудове право самостійно ви-

значає власне призначення, а отже, як наслідок, діє згідно цього призначення. Натомість, на нашу думку, право як загально-соціальне явище є результатом діяльності людей, котрі керуючись своїми цінностями та світоглядом, створили й визначили призначення права – забезпечувати інтереси людей. Але тоді суспільство ще не було структурованим, інтереси всіх його членів співпадали, не було глибокого розподілу праці, тому у формуванні права брали участь усі люди і в ньому відображались їхні інтереси. Поглиблення процесу розподілу праці згодом зумовило виокремлення окремих категорій людей, які спеціалізувались на здійсненні державного управління, на формулюванні загальнообов'язкових правил поведінки. Тому цілком природно, що власні, професійні інтереси цих людей вже не співпадали з інтересами інших. Унаслідок цього у праві почали втілюватись не збалансованість інтересів усіх суб'єктів права, а лише інтереси окремих прошарків населення, тільки тих, хто формулює загальнообов'язкові правила поведінки.

Отже, оскільки право не є самостійною, живою істотою, а лише засобом у руках суб'єктів права – носіїв влади, то воно немає власної волі, нездатне діяти за власним бажанням, не визначає свого призначення, не окреслює напрямів свого впливу. Воно є лише інструментом у руках свого творця, котрий здатний мати призначення, як і кожне явище (предмет), але це призначення визначається не правом, а правотворцем. Натомість, суб'єкт права – носій влади, використовуючи право, самостійно може впливати на відносини, здатен визначати напрям такого впливу, іноді діючи навіть усупереч призначенню права, втілюючи в ньому власний світогляд та цінності, врешті-решт, принципи, використовуючи його у приватних цілях та інтересах. Адже склянку, наприклад, можна використовувати з різним призначенням, але її призначення, так само як і призначення права, оплати праці й заробітної плати визначають не вони самі, а ті суб'єкти права, результатом діяльності або об'єктом права власності яких є названі правові явища. Зокрема, призначення заробітної плати визначає працівник, бо саме він є її власником, вона належить лише йому. Натомість призначення оплати праці як процесу, під час якого результати праці людини оцінюються у грошовому еквіваленті, визначає правотворець. Однак, ані заробітна плата, ані оплата праці не є живими істотами, котрі, маючи власну волю та інтереси здатні були б діяти.

Тому неживе право та інші правові явища не можуть визначати свого призначення, їх формулює правотворець. До того ж, напрям впливу права уточнюється і у процесі механізму правового регулювання з участю багатьох суб'єктів правозастосування, носіїв власних інтересів. Ось чому призначення права, навіть приписи правових норм не завжди втілюються у правовідносинах.

Поділяє таке переконання і В.М.Жимиров, стверджуючи: "Державу і право слід розглядати як інструменти (засоби), за допомогою яких забезпечується стабільність і безпека найважливіших суспільних відносин" [3, с.4]; вони "не є самоцінними категоріями, а створюються, існують і діють для вирішення низки загальнозначущих завдань" [3, с.10]. До того ж, сам учений неодноразово наголошував, що право призначене "привнести у суспільне життя певну визначеність, оптимальну нормативність, котра забезпечить нормальне (для абсолютної більшості членів співтовариства) існування та розвиток людського товариства" [3, с.12, 88, 295]. Крім того, зі слів Н.М.Онисьченко, "право покликане забезпечувати інтереси всіх членів суспільства і кожного з них зокрема" [7, с.7]. На наш погляд, саме тому право

призначене стати засобом збалансування інтересів працівника, роботодавця та держави, всі інших суб'єктів права. Але яскравим підтвердженням того, що цілі та інтереси носіїв влади не завжди збігаються з інтересами інших суб'єктів права, суспільства загалом, є позиція Конституційного Суду України, сформульована ним у абзаці третьому пункту 4 мотивувальної частини свого Рішення від 8 квітня 1999 року №3-рп/99: "Інтереси держави можуть збігатися повністю, частково або не збігатися зовсім з інтересами державних органів, державних підприємств та організацій чи з інтересами господарських товариств з часткою державної власності у статутному фонді. Проте держава може вбачати свої інтереси не тільки в їх діяльності, але й у діяльності приватних підприємств, товариств".

Таким чином, владні суб'єкти (органи державної влади, державні службовці) є носіями власних інтересів, котрі не завжди співпадають з публічними інтересами, з інтересами працівників, роботодавців, держави чи суспільства. Але якщо та частина суспільства, яка зосередила владу в своїх руках, спрямовуватиме правовий вплив у вигідному лише для себе напрямі, то чи розкриє напрям правового впливу призначення права, чи можна буде за допомогою права задовольнити інтереси всіх суб'єктів права? Переконані, що призначення права і напрями його впливу – близькі за змістом, але не тотожні терміни. Натомість, якби право було живою, вольовою істотою, яка самостійно визначала б власне призначення і діяла б згідно нього, лише тоді зміст названих термінів співпадав би. Але в такому випадку не було б жодних підстав для протиставлення права і закону, для визнання законів не правовими.

З-поміж низки висновків, які визначають наукову новизну дисертаційного дослідження В.М.Жимирова та винесені ним на захист, є й такий: "*Функціонування права як регулятивно-охоронної системи передбачає діяльність організованих і наділених певним обсягом владної компетенції суб'єктів*" [3, с.12]. І далі: "*Реалізація функцій права* полягає у втіленні приписів правових норм у практичну діяльність суб'єктів права" [3, с.14]. Іншими словами, вчений переконує, що функціонує не право, а учасники правових відносин, натомість результати їх дій приписуються праву. Однак, як вірно наголошував Т.М.Радько, "*завданням права є вказівка на кінцеву або проміжну мету, досягнення якої повинне вирішуватися ним самостійно, або здійсненню якої воно повинне сприяти ... , що воно повинно робити*" [2, с.23].

Погоджуючись з цим, хочемо спитати: чому функціонує право, а не інші правові явища, втілюючись у поведінці суб'єктів права? Чому результатом функціонування одного явища є діяльність іншого? Переконані, що таке міркування не є логічно послідовним, адже позбавляє самих суб'єктів права можливості діяти. Як тоді діє право, інші державно-правові явища, що є результатом їх функціонування? Адже, якщо вони здатні діяти, то їм не потрібні помічники – суб'єкти права. А якщо діють лише учасники суспільних відносин, то не варто підміняти дію одного явища іншим. Тобто, якщо зникнуть усі суб'єкти права, то чи продовжуватиме свою дію право або його функції?

Щоправда, іноді науковець переконує, що "функції права реалізуються за допомогою юридичних засобів" [3, с.254], а не суб'єктів права, під якими він розуміє "правові явища ..., за допомогою яких задовольняються інтереси суб'єктів права" [3, с.262]. В.М.Жимиров наголошує: "В цілому можна зробити висновок, що в якості правових засобів виступають норми і принципи права, правозастосовні акти, договори, юридичні факти, суб'єктивні права, юридичні обов'язки, заборони, пільги,

заходи заохочення та покарання, акти реалізації прав і обов'язків тощо" [3, с.261]. Тобто названі правові явища є тими засобами, за допомогою яких реалізуються функції права? Але ж, загальновизнано, що всі названі юридичні засоби також функціонують. Іншими словами, виконують певні функції не лише правові норми, але й принципи права, правові акти тощо. Однак, як тоді розмежувати результат функціонування "функцій права" від "правових засобів"? Чому вчений не відносить до правових засобів державу, право, нарешті суб'єктів права взагалі та людину зокрема? На початку свого дослідження науковець уже наголошував на інструментальному підході щодо розуміння державно-правових явищ, відповідно до якого держава і право – це інструменти: "*Державу і право слід розглядати як інструменти (засоби)*", за допомогою яких забезпечується стабільність і безпека найбільш важливих суспільних відносин" [3, с.4]. До того ж, Г.Ф.Шершеневич говорив, що "*юридичні засоби забезпечення інтересів припускають саме наявність волі, здатної усвідомити загрозу і утриматися від порушення*" [8, с.439]. Тобто людину також можна визнати засобом реалізації функції права, адже лише вона має волю, завдяки чому може керувати своєю поведінкою? Проте В.М.Жимиров класифікує правові засоби "залежно від суб'єктів, котрі їх використовують". Тому ним виокремлюються "засоби, котрі використовуються громадянами, організаціями, а також засоби, що використовуються посадовими особами та державними органами" [3, с.270]. Крім того, залежно від порядку застосування юридичних засобів, останні поділяються ним на ті, що використовуються безпосередньо учасниками правовідносин і ті, що лише за сприяння правозастосовних органів [3, с.270].

Але якщо держава, право та інші правові явища є правовими засобами, то в чітких руках вони оживають, діють, хто їх використовує? На це питання, напевно підсвідомо, вчений відповідає лише наприкінці свого дослідження: "*Функції права і функції держави реалізуються у формі соціальної діяльності, шляхом впливу людини на навколишню політико-правову дійсність з метою збереження її стабільності й позитивного перетворення. Таким чином, реалізація функцій права полягає у втіленні приписів правових норм у практичну діяльність суб'єктів права внаслідок дотримання ними заборон, виконання юридичних обов'язків і використання суб'єктивних прав*", – переконує науковець [3, с.237, 308].

Отже, функції названих правових явищ, на думку В.М.Жимирова, реалізуються виключно через діяльність людини, суб'єктів права, шляхом їх впливу на політико-правову дійсність, унаслідок дотримання ними правових норм. Хочемо наголосити на тому, що лише наприкінці своєї дисертації вчений нарешті ототожнив результат функціонування державно-правових явищ із діяльністю людини. Отже, як функції права, так і функції держави реалізуються через діяльність людини. Іншими словами, результат діяльності людини свідчить про функціонування і держави, і права! Але як тоді відокремити, розмежувати результат діяльності права від держави? Чи не погодився таким чином науковець з тим, що ані держава, ані право не функціонують, а є лише інструментами в руках людини (суб'єктів права), за допомогою яких вони задовольняють власні потреби та інтереси?

"*Функції права реалізуються суб'єктами* шляхом їх дотримання, виконання або використання в межах правових відносин або поза ними", – підсумовує вчений. Але такий висновок зумовлює виникнення кількох питань: виконання, використання, дотримання і застосування – це форми реалізації права чи функцій права? Чому реалізація права суб'єктами є реаліза-

цією функцій права? А що є результатом функціонування суб'єктів права?

Крім того, науковець наголошує: "Функція права – це прояв специфічних властивостей права" [3, с.65]. Переконані, що кожне явище (предмет) має певні властивості. Але якщо функції права – це прояв його властивостей, то маємо поставити знак рівності між функціями і властивостями явищ (предметів). Натомість, на наш погляд, функції права не тотожні його властивостям, бо вони співвідносяться між собою як частина та ціле. Адже, по-перше, їх властивості використовується лише суб'єктами права, а не проявляються самими явищами (предметами), як переконує вчений. Саме тому відповідному явищу (предмету) приписується "функціонування" – реалізація окремої його властивості через діяльність людини. По-друге, явища (предмети) володіють значно більшою кількістю властивостей, ніж їх здатна пізнати та використати людина. Тому й вони виконують менше функцій, ніж наявних у них властивостей. По-третє, властивості явищ (предметів) зумовлюють їх призначення, сферу їх можливого використання людиною, але вони (властивості) не окреслюють напрями зміни самого явища (предмету).

То що ж таке функція та як вона співвідноситься із державно-правовими явищами взагалі та з оплатою праці й заробітною платою зокрема? Для пізнання сутності функцій та їх взаємозв'язку із самим явищем, вважаємо за необхідне дослідити праці класиків марксизму-ленінізму, адже навіть сучасні науковці здійснюють свої дослідження на основі матеріалістичної діалектики. Так, ще В.І.Ленін підкреслював: "Не можна заперечити того факту, що в мертвій матерії живе животворне прагнення організовуватися, а, отже, матеріальний світ не мертвий, а живий. Щоправда, про його волю і мету можна говорити лише відносно. Проте ця загальна розумність лише смутно виявляється в інстинкті тварин і отримує чистий, визначений вираз тільки у функції людського мозку, іншими словами, в нашій свідомості ... Без сумніву, розум є в природних речах. Як же інакше, без релігійної допомоги, могла з'явитися на світ обдарована розумом людина? Хто визнає розум, цей важіль всякої системи і доцільності, за природний продукт, той не може не визнати систематичну доцільність природи. Але дух людини є єдиним духом. Ні розумність в русі зірок, ні в яйцях зозулі, ні здоровий глузд у конструкції бджолиного вулика, голови мурашки або мавпи, – тільки вища сила, свідомість, дух або розум у вигляді функції людського мозку заслуговує цієї назви" [9, с.374-375].

І далі: "Ми, новітні матеріалісти, не дотримуємося тієї обмеженої думки, що вагома і відчутна матерія є матерія раг excellence; ми поділяємо ту точку зору, що і звуки, і запах квітів й інші запахи – теж матерія. Ми не дивимося на сили як на простий придаток, як на чистий предикат речовини, а як на речовину, відчутну речовину, як на "річ", яка панує над усіма властивостями. Ми дивимося на речовину і на сили демократично ... ми, сучасні матеріалісти, стверджуємо, що функція в такій же мірі є самостійною річчю, як і відчутна мозкова речовина або яка-небудь інша матеріальна річ. І думки, їх джерело і їх природа є такою ж самою реальною матерією, а тому вони так само заслуговують на вивчення, як і все інше" [9, с.435-436].

Таким чином, дослідивши позиції "новітніх матеріалістів", можемо зробити наступний висновок: вони визнають усю матерію не лише живою, але й здатною функціонувати. До того ж, на їх думку, функція є самостійною, котра існує незалежно від самої матерії. Можливо, саме тому окремі сучасні вчені, ґрунтуючись на

матеріалістичній діалектиці, схильні визнавати діяльними, діючими, самостійними не лише запах квітів, звуки, але й право як загально-соціальне явище, норми права та інші правові явища? Але навіщо це юристам? В.І.Ленін змушений був визнати самостійність існування матерії в усіх явищах та функції через те, що йому потрібно було пояснити, як могла з'явитись на світ така істота як людина, котра володіє розумом, свідомістю, заперечуючи при цьому Божественне втручання у процес її створення. Але коли юристи вказують на самостійне право, на те, що воно є живим, визнають самостійність функцій права, то невже вони прагнуть перекласти всю відповідальність за неефективність правового регулювання від творця права на таке соціальне явище, котре ми називаємо правом, або його функції?

Продовжуючи знайомство із позицією "новітніх матеріалістів", хочемо також нагадати загальновідомий приклад, який використав В.І.Ленін у дискусії із Бухаріним, окреслюючи відмінність логіки формальної від діалектичної. У своєму виступі 30 грудня 1920 року Бухарін сказав: "Товариші, на багатьох з вас спори, які тут відбуваються, справляють враження, приблизно, такого характеру: зустрічаються дві людини і запитують одна одну, що таке склянка, котра стоїть на кафедрі. Одна відповідає: "Це скляний циліндр, і нехай буде підданий анафемі кожен, хто скаже, що це не так". Інша говорить: "Склянка – це інструмент для пиття, і нехай буде підданий анафемі той, хто заперечить це" [10, с.288]. Далі В.І.Ленін уточнює: "Склянка є, безперечно, і скляним циліндром, й інструментом для пиття. Але склянка має не лише ці дві властивості, або якості, або сторони, а нескінченну кількість інших властивостей, якостей, сторін, взаємин з рештою всього світу. Склянка є важким предметом, який може бути інструментом для кидання. Склянка може служити як прес-пап'є, як приміщення для спійманого метелика, вона може мати цінність як предмет з художнім різьбленням або малюнком, абсолютно незалежно від того, чи придатна вона для пиття, чи зроблено її зі скла, чи має вона циліндричну або якусь іншу форму, тощо. Якщо зараз мені потрібна склянка, як інструмент для пиття, то мені абсолютно неважливо знати, чи вона має циліндричну форму і чи дійсно вона зроблена зі скла, зате важливо, щоб у її дні не було тріщини, щоб не можна було поранити собі губи, користуючись цією склянкою, тощо. Якщо ж мені потрібна склянка не для пиття, а для такого використання, для якого придатним є скляний циліндр, тоді мені згодиться і склянка з тріщиною у дні або навіть зовсім без дна тощо" [10, с.289].

Така позиція зумовлює виникнення низки питань. По-перше, склянка, як і будь-яка матерія, згідно вищенаведеного твердження В.І.Леніна як новітнього матеріаліста, має бути живою, здатною функціонувати, до того ж функція склянки повинна бути відносно самостійною щодо самої матерії. Але чому він не говорить про функції склянки, а лише про її властивості, якості чи сторони? Дійсно, склянка володіє певними властивостями. Але чи сама склянка їх визначає? Чи здатна вона змінювати свої властивості, набувати інших рис, діяти, розмножуватись? Чому В.І.Ленін увесь час говорить про склянку бездіяльну? Адже склянка є "інструментом для кидання" (кимось?), "склянка може служити" (кому?), "чи придатна вона для пиття" (кимось?), "чи зроблена вона зі скла" (кимось?), "мені потрібна склянка" (кому?). Тобто склянка є засобом, пристроєм, який є результатом діяльності одного суб'єкта задля задоволення потреб іншого. Сама ж склянка позбавлена активності, діяльності. Самостійно вона не визначає ані власної форми, ані матеріалу, з якого її виготовлять,

ані власної маси, ані інших своїх властивостей та власного призначення. Вона, в розумінні "новітнього матеріаліста", є пасивним, неживим, не діючим предметом. У дискусії В.І.Ленін зовсім не згадує про живу матерію, про її функції. Чому він наголошує не на функціях склянки, а на її властивостях? Напевно тому, що властивості окреслюють ті сфери, в яких вона (склянка) може бути використана суб'єктом права. Тобто її можна використовувати з різним призначенням, вона є знаряддям в руках людини. Іншими словами, властивості явища (предмету) зумовлюють його здатність задовольняти певні потреби людини. Але ті потреби, задоволенню яких воно сприяє, які з його використанням задовольняються – це і є його призначенням, його функцією. Однак функції та властивості явищ (предметів) не співпадають. Адже не всі їх властивості пізнані людиною, лише частина з них може бути використана суб'єктом. Проте ті властивості, котрі зумовлюють можливість використовувати явище (предмет) за певним призначенням, окреслюють його призначення, функції.

Склянка має певну масу, тому її можна використовувати як інструмент для оборони або для нападу, як засіб для кидання. Іншими словами, використовуючи ті властивості, котрими володіє явище (предмет), залежно від того, про явище природи чи результат діяльності людини йде мова, вони й використовуються нею з тим призначенням. Тому до однієї групи можна віднести явища природи, котрі людина лише пізнає, а з часом прагне пристосувати їх до задоволення власних потреб, використати їх у власних інтересах (наприклад, перетворити механічну енергію на кінетичну, використати вплив гравітації, всесвітнього тяжіння тощо). Однак усе це – властивості природних явищ, котрі забезпечують можливість людині задовольнити певні потреби. Так, вода має певні властивості – випаровуватись, замерзати, змінюючи свій агрегатний стан. Але її призначенням є вгамовувати спрагу людини. Інші властивості води хоча й пізнані людиною (адже вона, наприклад, здатна зберігати інформацію), але нею не використовуються. Проте вода немає власних завдань та цілей, а функції води не існують поза водою, поза її властивостями. Її функції є наслідком властивостей води, котрі не існують поза самим явищем (предметом), вони є похідними від них.

До іншої групи явищ (предметів) можна віднести ті, які створила людина та саме завдяки їй вони отримали певні властивості. Наприклад, у природі не існує склянки, автомобіля, права як загально-соціального явища, оплати праці чи заробітної плати, адже всі вони є результатом діяльності людини. Вона їх створила і використовує за визначенням нею ж призначенням. Але це не означає, що всі інші властивості не дозволяють використовувати їх за іншим призначенням. Так, властивістю склянки є здатність утримувати рідину, тому її функція – засіб для пиття. Але інші її властивості дають змогу використовувати склянку з іншим призначенням – виконувати іншу функцію – як засіб для зберігання рідини, консервування, нарешті як засіб для утримування метелика.

Отже, властивості явищ (предметів) та їх функції – взаємозумовлені, властивості зумовлюють призначення (функції), а не навпаки. Однак вони не є тотожними явищами. Тому ані властивості, ані функції предметів та явищ не існують поза ними. Функції є похідними від них, а тому є несамостійними, неживими, не діючими, адже вони нездатні виокремитись, так само як і явище (предмет) без своїх властивостей буде зовсім іншим явищем (предметом). Тому тоді, коли працівник та роботодавець формують оплату праці, вони надають їй (наділяють її) певних властивостей. А тим лакмусовим

папірцем, котрий засвідчить її придатність виконувати своє призначення, визначене творцями – сприяти справедливій щодо результатів праці та еквівалентній щодо її витрат трансформації праці працівника у грошовий еквівалент – і стануть функції оплати праці. Натомість, властивості заробітної плати мають надати можливість їх власнику (працівнику) виконати призначення плати за працю – відшкодувати затрачені зусилля та стимулювати працівника до подальшої ефективної, продуктивної праці, забезпечивши йому можливість зберегти звичний для нього та членів його сім'ї спосіб життя.

Таким чином, усі правові явища, у тому числі й право, оплата праці чи заробітна плата не можуть мати власних цілей та завдань, їх функції зумовлені їхніми властивостями, котрі не існують поза самими предметами чи явищами, вони є похідними, невіддільними від них. З іншого боку, функція будь-якого явища, в тому числі й державно-правового, завжди є похідною від самого явища, вона зумовлена самим явищем, а тому не може бути самостійною, діяльною, функціонуючою, функція не має власних властивостей, які б вирізняли її від властивостей самого явища (предмета).

Інтуїтивно це відчуває й В.М.Жимиров, адже наприкінці свого дослідження він зазначає: "У сучасній юридичній науці *право* розглядається як специфічна функціональна система, первинним структурним елементом якої є функція права, тобто основний напрям правового впливу на суспільні відносини" [3, с.294-295]. Таким чином, учений переконує, що право співвідноситься із функцією права як частина та ціле, адже остання є складовою права. Але якщо при цьому врахувати, що, на його погляд, функція права – це основний (єдиний?) напрям правового впливу на суспільні відносини, то що ж тоді є правом, яке включає в себе й свої функції? Вважаємо, що право і його функції співвідносяться не як частина та ціле, а як явище та його призначення, як предмет і його тінь. Адже призначення, функція предмету не існують поза самим предметом, вони нездатні виокремлюватись, діяти, функціонувати, так само як і явище (предмет) без своїх властивостей буде зовсім іншим явищем (предметом). З іншого боку, призначення предмету не є його складовою. Воно, як тінь, не лише не здатне характеризувати, визначати предмет, але й діяти.

Висновки. Узагальнивши все вищевикладене, приходимо до висновку, що, по-перше, функції всіх державно-правових явищ є похідними від них, вони зумовлені самими явищами, є їх своєрідними тінями, а тому не можуть бути самостійними, діяльними, функціонуючими, вони нездатні виокремлюватись від самого явища. По-друге, самі по собі ані право, ані інші правові явища, у тому числі й оплата праці та заробітна плата нездатні функціонувати, діяти. Вони є лише знаряддями, засобами в руках людини, інших суб'єктів права, за допомогою яких останні задовольняють свої потреби. Тому навіть право нездатне регулювати або охороняти, функціонувати всупереч волі всіх суб'єктів права. По-третє, функція оплати праці свідчить про призначення оплати праці у механізмі правового регулювання трудових відносин, у той час, як функція заробітної плати характеризує призначення плати за працю. По-четверте, у функціях оплати праці знаходить свій вияв призначення оплати праці – справедливо щодо результатів праці та еквівалентно щодо її витрат трансформувати працю працівника у грошовий еквівалент. Натомість функцією заробітної плати є призначення плати за працю – відшкодувати затрачені зусилля та стимулювати працівника до подальшої ефективної, продуктивної праці,

забезпечивши йому можливість зберегти звичний для нього та членів його сім'ї спосіб життя.

1. Радько Т.Н. Теоретические и методологические проблемы функций социалистического права : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Т.Н.Радько. – М., 1978. – 40 с. 2. Радько Т. Н. Основные функции социалистического права. – Волгоград: НИИРИО ВСШ МВД СССР, 1970. – 142 с. 3. Жимиров В.Н. Юридический функционализм (теоретико-методологический анализ) : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / Жимиров Вадим Николаевич. – С.Пб., 2005. – 334 с. 4. Юридична енциклопедія : в 6 т. / Ю.С.Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К. : Укр. енцикл., Т.6: Т-Я. – 2004. – 768 с. 5. Процевський О.І. Функції трудового права в сучасних умовах господарювання / О.І.Процевський

// Право України. – 2011. – №2. – С.223-233. 6. Юридична енциклопедія : в 6 т. / Ю.С.Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К. : Укр. енцикл., Т.5: П-С. – 2003. – 736 с. 7. Оніщенко Н.М. Проблеми поняття, сутності та природи права / Н.М.Онищенко // Часопис Київського університету права. – 2009. – №4. – С.4-9. 8. Шершеневич, Г.Ф. Общая теория права [Текст] / Г.Ф.Шершеневич. – М. : Изд. бр. Башмаковых, 1912. – Вып. 3. – 577 с. 9. Ленин В.И. Экскурсы социалиста в область теории познания. Замечания по книге И.Диггена "Мелкий философские работы" // Общ. собр. соч. – М. : Политиздат., Т.29 : Философские тетради. – 1969. – С.365-454. 10. Ленин В.И. Ещё раз о профсоюзах, о текущем моменте и об ошибках тт. Троцкого и Бухарина // Общ. собр. соч. – М. : Политиздат., Т.42 : Ноябрь 1920 – март 1921. – 1970. – С.264-304.

Надійшла до редколегії 15.09.11

I. Ізарова, канд. юрид. наук

ПРИНЦИП ПУБЛІЧНОСТІ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ І ЙОГО ЗМІСТ

Стаття присвячена дослідженню принципу публічності у цивільному судочинстві, визначенню його місця у системі принципів цивільного процесуального права та співвідношенню із принципами гласності, усності та відкритості цивільного процесу.

Ключові слова: принцип публічності у цивільному судочинстві; принцип гласності; цивільне судочинство.

Статья посвящена исследованию принципа публичности в гражданском судопроизводстве, определению его места в системе принципов гражданского процессуального права и соотношению с принципами гласности, устности и открытости гражданского процесса.

Ключевые слова: принцип публичности в гражданском процессе, принцип гласности, гражданское судопроизводство.

The article deals with the principle of publicity in civil procedure, to determine its place within other principles, relation with principles of transparency in civil procedure.

Key words: principle of publicity in civil proceedings, the principle of transparency, civil proceeding.

Роль принципів у функціонуванні галузі права є виключно важливою, оскільки саме вони визначають основу відповідної галузі права і стабільний напрямок її розвитку. Враховуючи їх визначальне значення та вплив на формування галузі права та її інститутів слід прискіпливо пильнувати за їх дотриманням, оскільки порушення загальних засад призведе до втрати стабільності та внутрішньої структури галузі права.

Нашу увагу привернув один із визначальних принципів цивільного судочинства, який є його основою та рушійною силою свого існування. Його зміст і значення зазнавали докорінних змін, що, в свою чергу, істотно впливало на весь процес цивільного судочинства. В. Кройтор в своїй статті знову підняв важливе питання про звернення до досвіду римських судових процесів, але, на жаль, у своєму дослідженні зупинився саме на тому етапі, який, як він справедливо вказав, незважаючи на свої істотні вади, став "певним прототипом сучасної моделі судочинства" [1; 70]. І це не дивно, оскільки екстраординарний процес став відображенням негативного напрямку розвитку цивільного судочинства, до чого можливо призвела, у поєднанні із рядом інших важливих факторів, саме закритість цього процесу. Чому відкритість і публічність вважається одним із найважливіших принципів, що забезпечують справедливе цивільне судочинства? В чому основне значення та зміст принципу публічності у цивільному судочинстві? Як реалізується принцип публічності в сучасному цивільному процесі?

Принципи цивільного судочинства завжди є і будуть предметом прискіпливої уваги науковців, але водночас деякі питання носять певний дискусійний характер і вимагають додаткового дослідження, зокрема, правова природа принципу публічності цивільного судочинства та його співвідношення із принципом гласності.

Відкритість цивільного судочинства завжди проявлялася в можливості та забезпеченні вільного доступу громадськості до судового розгляду справи – суди проходили публічно, на ринкових площах, де всі охочі мали можливість спостерігати за тим, що відбувається. Сам термін *publicus* з латини перекладається як "громадський", але в правовому контексті *publicus* можна трак-

тувати передусім як "винесене на громадськість" або "оприлюднене для громадськості", і про це свідчать думки римських юристів. В Дигестах Юстиніана, Павел вказує, що "пред'явлення позову" означає пред'явлення речі публічно, щоб тому, кому пред'являється вимога, було надано можливість здійснити свою вимогу (Д. 10.4.2) [2; с. 541]. В своїх Інституціях Гай вказує на те, що публічно заявляють в урочистих словах, чим підтверджують урочисто їх силу назгал (І. 2.104) [3; 21]. Ульпіан вказує на те, що позов про опікунів та піклувальників, які не викликають довіру, є ніби публічним, тобто відкритий усім (Д. 26.10.41 пар.6) [4; 663].

Слід зауважити, що судовому захисту прав та інтересів осіб з давніх часів притаманні риси публічності. Саме тоді особи, які зверталися до суду із вимогою вирішити їх спір, який вони не змогли вирішити між собою, виносили на загальні вимоги та заперечення, обгрунтовані доказами. В першій таблиці Законів 12 таблиць було визначено: "якщо [сторони, що судяться] не приходять до угоди, нехай [вони] до полудня зійдуться для суду на форумі або на коміціумі". Таким чином, коли спір відбувався публічно, його учасники ніби отримували гарантію неупередженості та незацікавленості суду, який розглядав справу, а рішення якого ставало для них обов'язковим для виконання, а також однакове застосування норм і правил, які були джерелами права. І суддя, виносячи своє рішення у справі, завжди спостерігав реакцію римського суспільства, яке пильно стежило за тим, щоб правосуддя відбувалося виключно на засадах справедливості та римських законів, оскільки кожен із його членів міг його на собі відчути (керувався ними). Порядок формування суддівського корпусу в період дії преторського права свідчить про те, що саме відкритість їх діяльності дозволила удосконалити застарілі норми Законів XII таблиць та заповнити прогалини у праві, що з часом перетворилося на найбільш досконалу систему *ratio scripta*. Норми права, які не ефективно регулювали суспільні відносини і не задовольняли інтереси суспільства, поступово відмирали.

З якою метою судовий розгляд справ розпочали проводити публічно? На нашу думку, уявлялося, що саме таким чином забезпечується схвалення суспільст-

вом розгляду і вирішення спору між особами і відбувається захист прав. Судове рішення є актом правозастосування, який стає загальнообов'язковим для виконання, тому кожен член суспільства повинен чітко знати та розуміти, на яких підставах і з яких мотивів суд виносить своє рішення. Це сприяє підвищенню правосвідомості громадян, забезпечує ефективну правореалізацію, і в цілому позитивно впливає на функціонування всієї правової системи.

Перехід до екстраординарного процесу в римській державі відбувся із докорінною зміною державно-політичного устрою, що негативно позначилося на розвитку цивільного судочинства. У процесі реформування римської імперії зросла роль магістратів, або посадових осіб, наділених повнотою владних судових повноважень, або, як вірно, зауважив Р.Ієринг, народ створив собі із магістрата не слугу, а господаря [5; 10]. Магістрати розглядали судові справи у порядку адміністративного процесу (*cognitio*), але в період розбудови нової держави їх діяльність істотно розширилась – поряд із незалежними постатями претора та приватного судді, які розглядали справи, саме магістрати стали зручним та вдалим інструментом впливу держави на судові органи та їх рішення. Як вказує І.О. Покровський "в екстраординарному процесі великою мірою піддається обмеженню принцип публічності: суд провадиться не на очах у всіх, як це було в процесі формулярному, а в закритому приміщенні (*secretarium* або *secretum*), куди доступ публіці обмежено" [6; 250]. Поступова розбудова держави авторитарного режиму передусім забезпечила собі можливість контролю судової влади, яка до цього часу функціонувала порівняно незалежно, та впливу на їх рішення. Недопущення на судові розгляди громадськості, представників римського суспільства забезпечило можливість впливу на суди та їх рішення та встановлення абсолютного контролю над суспільством.

Дискусійним залишається питання про доцільність поділу римського процесу на дві стадії та передачі його від магістрату або претора до приватного судді, але можна уявити це як не бажання наділяти владного суб'єкта повноваженнями вирішувати спір між приватними особами. Цілком можливо, що саме це було визначальною ідеєю, задля якої магістрат або претор передавав розгляд справи до приватного судді, який міг забезпечити неупереджений розгляд справи між іншими приватними особами.

Саме в римському праві, на жаль, сформувався істотний зв'язок і залежність цивільного судочинства від державно-політичного устрою, що є явищем безумовно негативним. Цивільний процес є спільною діяльністю суду та інших учасників з метою встановлення істини та вирішення спору між сторонами, покликаний забезпечити захист прав та інтересів приватних осіб, що дистанціює його від прямого державного впливу.

М.Й. Штефан так і визначає зміст принципу публічності цивільного судочинства як правила, які надають право і зобов'язують органи прокуратури, державного управління, інші організації та окремих громадян захищати в цивільному судочинстві права інших осіб, державні і громадські інтереси, а також встановлене ЦПК активне процесуальне правове становище суду [7; с. 62-63]. Але, на нашу думку, публічність цивільного процесу не можна розкрити за допомогою визначення прав його учасників, тим більше суду та осіб, яким сприяють здійсненню судочинства, оскільки більшість цих прав випливають із цього принципу. І сьогодні реформування цивільного процесуального законодавства розвивається в напрямку зменшення повноважень суду в цивільних процесуальних відносинах, забезпечуючи

цим право сторін і інших осіб, які беруть участь у справі ініціювати та активно впливати на весь хід судочинства відповідно до принципу диспозитивності, адже саме диспозитивність цивільного судочинства є визначальною та керівною його засадою.

На перший погляд складається враження, що публічність, передусім, забезпечує можливість всіх охочих бути присутніми на судовому розгляді справи. Але інтерес бути присутнім у особі може виникнути лише в тому разі, коли вона буде обізнана про процес, що відбувається. Отже, невід'ємним елементом є право осіб знати про судовий розгляд справи, тобто винесення назагал інформації про спір, проведення судового розгляду відкрито, забезпечуючи будь-кому з охочих бути присутнім при цьому. Так, реформою цивільного судочинства 1864 року в Російській імперії було визначено підстави для присутності усіх охочих на судових засіданнях, а також порядок розповсюдження інформації про порядок їх проведення та рішення у справах. Можливості для реалізації цього права не було створено, зокрема, було визначено складну процедуру отримання інформації про місце та час розгляду тощо внаслідок цього проголошення принципу не призвело суттєвого впливу на цивільне судочинство. Поряд із цим закріплення цього принципу призвело до пошавлення наукових дискусій, а також законодавчої уваги до належної реалізації цього принципу у цивільному судочинстві.

Принцип публічності отримує надшироке тлумачення у зв'язку із зміною державного устрою. За часів дії Декрету СНК РСФСР від 24 листопада 1917 року "Про суд" будь-які громадяни були наділені правами задавати питання свідкам, обвинуваченим, кожен мав змогу виступити в ролі обвинувача або захисника. Таким чином, радянська влада намагалась більше забезпечити свою участь у судових процесах і можливість впливу на їх результат, ніж справедливий розгляд справ. Тому вже в ЦПК РСФСР 1923 року, як і в наступних процесуальних кодексах, було закріплено принцип публічності та усності цивільного судочинства.

Як можна забезпечити справедливий та неупереджений розгляд спору? Впродовж століть склалися основні засади відкритого розгляду справи, коли будь-яка особа, яка виявила інтерес, могла бути присутньою на судовому розгляді і знати, як суд вирішує конкретний спір, на яких підставах, з яких мотивів застосовує норму права. Всі члени суспільства повинні мати можливість відвідати судові засідання, передусім, тому що вони можуть стати учасником цієї або інших справ, а також тому, що процес правозастосування та правореалізації повинен проходити максимально відкрито та доступно. Всі повинні чітко розуміти, на яких підставах, із яких мотивів суд ухвалює своє рішення в конкретній справі. Тільки таким чином можна забезпечити високий рівень правосвідомості суспільства, а також суспільної довіри до цивільного судочинства як одного із основних способів захисту прав та інтересів осіб.

Слід відмітити, необхідність закріплення вільного доступу всіх осіб, інтересів яких може стосуватися дана справа, оскільки використання терміну "своя справа" є неправильним і некоректним. При визначенні кола осіб, інтереси яких може стосуватися конкретна цивільна справа, суд виходить із норм цивільного процесуального закону, судової практики та міркувань осіб, які беруть участь, але часто це не в інтересах останніх. Якщо надалі чинний процесуальний закон буде обмежувати принцип публічності, залишається тільки здогадуватися, як особи, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їх права, свободи чи обов'язки, зможуть про це дізнатися і скористатися своїми правами

відповідно до ч. 9 ст. 6 ЦПК України [8]. Отже, потрібно забезпечити законом можливість усім особам, які виявили бажання відвідати судові засідання, бути присутнім у ньому, а також отримати інформацію про час і місце судового розгляду, склад його учасників. Інформація про учасників справи, час і місце її розгляду повинна бути доступною для громадськості, зокрема, шляхом публікації на сайті відповідного суду.

Слід зазначити, що публічність як відкритий процес розгляду справ краще за все характеризується визначенням у законі переліком випадків, коли можливе проведення закритого судового засідання. Мета і підстави для проведення закритого судового засідання чітко закріплені. Зокрема, наприкінці XIX століття в межах Російської імперії було закріплено публічність проведення судових засідань для вирішення цивільних справ, а закриті засідання допускалось тільки на розгляд суду або за вимогою прокурора якщо посягали на релігію, суспільний порядок, мораль або на прохання сторін. Відповідно до процесуального законодавства ФРН, якщо під час судового розгляду досліджуються матеріали справи, в яких може або міститься інформація, що порушує суспільний порядок, мораль, інтереси приватних осіб тощо. Один із визначальних принципів цивільного процесуального права ФРН *Die Öffentlichkeit des Verfahrens* закріплює загальну вимогу про відкритість судових засідань для всіх, і обмеження законом проведення закритих засідань на підставі загрози державній безпеці, суспільного порядку або моралі; життю або здоров'ю осіб, які беруть участь у справі; з метою збереження комерційної, виробничої або таємниці изобретения або особистої таємниці або при допиті неповнолітнього [9; 27-28]. Принципами трансграничного (транскордонного) цивільного процесу підставами проведення закритого судового засідання визначено інтереси правосуддя, суспільної безпеки або охорони приватного життя [10; 46].

Уявляється, що закриті судові засідання як виключення доцільно проводити тільки з метою захисту державних або комерційних таємниць, або особистого життя осіб, які беруть участь у справі. Припинення честі і гідності, а також можливе розповсюдження інтимних чи інших особистих сторін життя осіб, які беруть участь у справі не можуть стати підставою для проведення закритого судового засідання. У таких випадках слід поставити питання про можливість дослідження доказів у закритому засіданні, що відповідає принципам трансграничного цивільного процесу [10; 142].

При цьому в будь-якому разі, при закритому судовому засіданні, оголошення рішення суду повинно відбуватися тільки публічно. В своєму рішенні суд встановлює права та обов'язки осіб, які брали участь у справі, задовольняє вимоги однієї сторони, заперечує вимоги іншої, оцінює докази у справі, вирішує їх спір по суті, застосовуючи при цьому норми права, а може порушити права та законні інтереси третіх осіб, які не брали участі у справі. Тому рішення суду в цивільній справі повинно бути проголошено публічно, навіть якщо її розгляд проводився у закритому судовому засіданні.

В контексті питання про публічність судових рішень, нагально необхідно згадати про доцільність впровадження і подальшого функціонування Єдиного реєстру судових рішень, який вміщує в собі всі без виключення рішення судів [11]. Будь-які обмеження функціонування такого механізму оприлюднення судових рішень неприпустимі і призведуть до погіршення і ставлення суспільства до судової влади, і стану судочинства в країні [12]. Не має незначних, або не суттєвих рішень суду, оскільки кожним із них вирішується спір або визнається факт, в кожному із них відбувається захист порушених прав

або інтересів осіб, тому вони повинні бути відкритими і загальнодоступними для громадськості.

Питання співвідношення принципів публічності та гласності цивільного судочинства є надзвичайно дискусійним. Думки науковців поділяються і часто принцип публічності цивільного судочинства розглядають як елемент принципу гласності. Зокрема, деякі вважають, що гласність цивільного процесу проявляється в усності та відкритості провадження [13; 13]; інші вважають, що тут об'єднується три аспекти: обов'язок суду забезпечити гласність судочинства, право сторін на гласний розгляд справи, право бажаючих (публіки) бути присутніми у відкритих судових засіданнях, розповсюджувати та отримувати інформацію про діяльність суду [14, 61]. На нашу думку, не можна віднести відкритість судочинства до принципу гласності, оскільки відкрите проведення судового розгляду справи має на меті зробити судочинство доступним для присутності для всіх бажаючих, а усність забезпечує всіх учасників та інших осіб, які присутні в залі, бути обізнаним у справі.

Співвідношення та зв'язок принципів публічності та гласності часто стає предметом дискусій. На нашу думку, термін "гласність" і його етимологічне значення сягає до слова "глас" або усне відтворення інформації вголос, тому використання терміну гласність як принцип цивільного судочинства уявляється не зовсім точним. Саме принцип публічності є загальною засадою цивільного судочинства, який включає в себе відкритість та доступність судового розгляду, тоді як гласність судочинства представляє собою його усність, поєднану із повною технічною фіксацією. Зміст статті 6 ЦПК України відображає основні засади публічності цивільного судочинства, тому більш доцільним було б змінити назву статті 6 ЦПК України як "Публічність та гласність судового розгляду", оскільки у статті йдеться про зміст принципів публічності та гласності цивільного судочинства – про відкритий, доступний, усний та зафіксований процес.

Отже, виходячи із змісту статті 6 ЦПК України публічність як основна засада цивільного судочинства проявляється в наступних елементах:

1. Публічність здійснення цивільного судочинства знаходить свій прояв у забезпеченій законом можливість усім особам, які виявили бажання відвідати судові засідання, бути присутнім у ньому. Обмеження вільного доступу осіб, які виявили бажання, бути присутніми на судовому розгляді справи є неприпустимим. Єдиною підставою видалення особи із зали судового засідання може бути повторне порушення порядку під час судового засідання або невиконання розпоряджень головуєчого відповідно до ст. 92 ЦПК України. П. 9 ст. 6 ЦПК України не відповідає загальній zasadі цивільного судочинства – принципу публічності, тому пропонується його викласти в наступній редакції: "В залі судового засідання під час судового розгляду можуть бути присутні особи, які виявили таке бажання. На осіб, які є присутніми в залі судового засідання розповсюджуються правила цього кодексу, за виключення прав осіб, які беруть участь у справі".

2. Для забезпечення принципу публічності потрібно визначити порядок оприлюднення інформації про місце і час, склад учасників. Інформація про учасників справи, час і місце її розгляду повинна бути доступною для громадськості, зокрема, забезпечено публікацію на сайті відповідного суду.

3. Загальні вимоги принципу публічності цивільного судочинства підкреслюються виключними підставами, на яких суд має право утаємничити процес або проводити розгляд справи у закритому судовому засіданні. Для цього в ухвалі суду слід чітко визначити підстави та

мету проведення судовому розгляду справи у закритому судовому засіданні, зокрема, з метою захисту державних або комерційних таємниць, або особистого життя осіб, які беруть участь у справі.

Рішення суду у справі, яка розглядалася у закритому судовому засіданні повинно бути оголошене публічно у відкритому судовому засіданні.

4. Порушення норм, які встановлюють правила проведення судових засідань у справі відкрито та доступно, порядок оприлюднення інформації про проведення судових засідань, є підставою для визнання винесеного рішення суду незаконним, оскільки при безпідставному проведенні закритого судового розгляду справи порушуються загальні засади цивільного судочинства та норми чинного ЦПК України.

Отже, на нашу думку, слід все ж таки повернутися до використання терміну публічність у цивільному судочинстві як такого, що найбільш повною мірою відображає основні визначальні засади цивільного судочинства, а також визначити його як керівну засаду цивільного судочинства, відповідно до якої розгляд та вирішення цивільних справ проводиться відкрито та доступно, в судові засідання в яких забезпечується доступ всіх, хто виявив до цього бажання, забезпечуючи оприлюднення інформації про учасників, місце і час проведення судового розгляду, а також публічне оголошення ухвалених судових рішень у справі.

Уявляється, що проблеми визначення змісту принципу публічності у цивільному судочинстві, є актуальними та дискусійними, подальше їх дослідження, безумовно, представляє інтерес і для науки, і для практики

цивільного процесу. Особливо в складних сьогоденних умовах розбудови правової держави, коли проголошення та закріплення принципу гласності цивільного судочинства потягнуло за собою обмежене тлумачення та реалізацію принципу публічності – визначального принципу цивільного судочинства.

1. Кройтор В. Засади публічності в римському цивільному процесі // Підприємництво, господарство і право. – №4 (184). – 2011. – С. 68-70.
2. Дигести Юстиніана / Пер. с латин.; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. Т. II. – 2-е изд., испр. – М.: Статут, 2008. – 622 с. – С. 541.
3. Законы XII таблиц. Институции Гая. / Пер. Ф. Дыдынского. – М.: Зерцало. 1997. – 608 с. – С. 21.
4. Дигести Юстиніана / Пер. с латин.; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. Т. IV. – М.: Статут, 2004. – 780 с. – С. 663.
5. Іеринг Р. Дух римського права на різних ступенях его развития. – СПб.: Типография В. Безобразова и комп., 1875. – С. 10.
6. Покровский И.А. История римского права. – М.: Статут, 2004. – 540 с. – С. 250.
7. Штефан М.И. Цивільний процес. – К.: Ін Юре, 1997. – С. 62-63.
8. Цивільний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – N 40-41, 42. – Ст.492.
9. Гражданский процесс зарубежных стран: учебное пособие / под ред. д-ра юрид. наук А. Г. Давтян. – М.: Проспект, 2011. – С. 27-28.
10. Принципы трансграничного гражданского процесса = ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure / пер. с англ. [Е.А. Виноградова, М.А. Филатова]. – М.: Инфотропик Медиа. – 240 с. – С. 46, 142.
11. Закон України Про доступ до судових рішень від 22 грудня 2005 року // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – N 15. – Ст.128.
12. Закон України Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розгляду справ Верховним судом України від 20 жовтня 2011 року // <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=3932-17>.
13. Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / С.С. Бичкова, Ю.В. Білоусов, В.І. Бірюков та ін.; За заг. ред. С.С. Бичкової. – К.: Атіка, 2008. – 840 с. – С. 13 (автор – Бірюков І.А.).
14. Проблеми теорії та практики цивільного судочинства: Монографія / [Комаров В.В. та ін.]; за заг. ред. В.В. Комарова. – Х.: Харків юридичний, 2008. – 928 с. – С. 61.

Надійшла до редколегії 20.09.11

УДК 346.9; 342,9

О. Заярний, асист.

ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ГОСПОДАРСЬКИХ САНКЦІЙ У СФЕРІ УПРАВЛІННЯ ЕКОНОМІКОЮ.

В межах цієї статті розглядається поняття "адміністративно-господарські санкції", досліджуються підстави застосування цього правового засобу в організаційно-господарських відносинах, наводиться їх класифікація, визначаються юридичні наслідки застосування окремих санкцій, запропоновані деякі зміни до чинного законодавства, яким регулюється механізм реалізації адміністративно-господарських санкцій.

Ключові слова: Адміністративно-господарські санкції, господарсько-правова відповідальність, господарські санкції, господарське правопорушення, господарський правопорядок, організаційно-господарські відносини, штраф.

В рамках настоящей статьи рассматривается понятие "административно-хозяйственные санкции", исследуются основания применения указанных правовых средств в организационно-хозяйственных отношениях, приводятся их классификация, раскрываются юридические последствия реализации конкретных мер, предлагаются некоторые изменения в действующее законодательство, которым регулируется механизм применения административно-хозяйственных санкций.

Ключевые слова: административно-хозяйственные санкции, хозяйственно-правовая ответственность, хозяйственные санкции, хозяйственное правонарушение, хозяйственный правопорядок, организационно-хозяйственные отношения, штраф.

In the article the author researches the definition "economy-administrative sanctions", the reasons of using this legal method in economy – organizational relations. The author also cites the classification, defines legal consequences of using definite sanctions, proposes some amendments to the currently in force law, that regulate the mechanism of realization of economy-administrative sanctions.

Key words: Economy-administrative sanctions, economy-legal responsibility, economy sanctions, violation of economy law, economy law and order, fine.

Чи не найбільшу систему заходів впливу на економічні інтереси суб'єктів господарювання у відносинах з управління економікою утворюють адміністративно-господарські санкції.

На доктринальному рівні зазначене поняття було предметом наукових досліджень багатьох науковців і практиків: Б. І. Пугінського, Н. С. Шевченко, В. С. Щербини та інших, але деякі проблеми застосування адміністративно-господарських санкцій у відносинах з управління економікою залишилися позаувагою.

Метою цієї статті є дослідження особливостей застосування адміністративно-господарських санкцій за

правопорушення, вчинені при організації та управлінні господарською діяльністю, формулювання окремих пропозицій з удосконалення чинного законодавства, яким встановлений механізм застосування цих санкцій.

Предметом дослідження у цій статті виступають адміністративно-господарські санкції, як наукове поняття, правовий засіб попередження правопорушень при організації та управлінні господарською діяльністю.

Вперше легальне визначення, як і сама назва адміністративно-господарських санкцій, в якому узагальнені видові ознаки цього поняття, з'явилося у ч. 1 ст. 238 Господарського кодексу України, (далі – ГК) [20, с. 180].

Згідно з цією нормою адміністративно-господарські санкції – це заходи організаційно-правового або майнового характеру, спрямовані на припинення правопорушення суб'єкта господарювання та ліквідацію його наслідків [3].

У теорії адміністративного і господарського права для позначення цього поняття використовуються різні терміни: економічні, планово-господарські, господарсько-управлінські, адміністративно-господарські санкції.

Об'єднання в єдине поняття різних за видовими ознаками і призначенням санкцій зумовило неоднозначне ставлення науковців і практиків до цього правового засобу. На думку Н. Шевченка, адміністративно-господарські санкції – це передбачені законом засоби, міри примусового впливу на суб'єкта господарювання, що підлягають застосуванню уповноваженими органами державної влади та місцевого самоврядування, спрямовані на припинення суб'єктом господарювання правопорушення, ліквідацію його наслідків [19, с. 60]. В. Богун розглядає досліджуване поняття як вилучення в доход бюджету виручки, необґрунтовано одержаної суб'єктом господарювання внаслідок порушення останнім діючого порядку встановлення цін і тарифів [2, с. 80].

З цього слідує, що адміністративно-господарські санкції можуть виступати самостійним засобом управління в економіці в частині приведення поведінки суб'єктів господарювання, в тому числі наділених організаційно-господарськими повноваженнями до встановлених правил здійснення господарської діяльності, встановленого порядку управління у сфері господарювання. Таке призначення адміністративно-господарських санкцій зумовлює їх публічно-правовий, загальногосподарський характер та економічну сутність.

Чинне законодавство обмежує сферу застосування відповідних заходів за колом суб'єктів. Як встановлено у ч. 1 ст. 238 ГК, адміністративно-господарські санкції можуть бути застосовані органами державної влади та місцевого самоврядування за порушення суб'єктами господарювання правил здійснення господарської діяльності [3]. Наведена норма в доктрині й на практиці викликала питання щодо правової природи повноважень компетентного органу. Одна група дослідників розглядає застосування санкцій як обов'язок компетентного органу державної влади та місцевого самоврядування, інші вважають, що покладення відповідальності на правопорушника є правом, а не обов'язком уповноваженого суб'єкта. Вирішення цієї дискусії має ґрунтуватися насамперед на положеннях Конституції України, якими визначається правовий режим діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування.

Відповідно до ч. 2 ст. 19 Конституції України, органи державної влади та місцевого самоврядування зобов'язані діяти на підставі, в межах повноважень і у спосіб передбачений Конституцією та законами України. З наведеної норми слідує пряма заборона делегувати суб'єктами владних повноважень, наданих їм Конституцією та законами України, крім випадків, передбачених чинним законодавством.

Іншими словами, на законодавчому рівні проведено розмежування повноважень з нагляду, контролю та управління майном, віднесених до компетенції тих або інших органів державної влади та місцевого самоврядування, чим забезпечується послідовний функціональний зв'язок між органами державної влади та місцевого самоврядування. Водночас органи державної влади, які не наділені організаційно-господарськими повноваженнями з управління та розпорядження майном, не позбавлені права проводити перевірки у цій сфері та застосовувати передбачені чинним законодавством санкції: п. 3 ч. 1 ст. 6 Закону України "Про Антимонопольний комітет України", п. 7 ч. 1 ст. 10 Закону України

"Про Державну податкову службу" тощо. Фактично, наділяючи той або інший орган державної влади та місцевого самоврядування повноваженнями з управління, нагляду та контролю, законодавець застосував предметний критерій формування компетенції. За змістом цього критерію кожен орган державної влади, наділений господарською компетенцією, виконує свої функції в конкретній галузі народного господарства, чим забезпечує загальний господарський правопорядок.

Таким чином, суб'єктом застосування адміністративно-господарських санкцій може виступати лише орган державної влади та місцевого самоврядування, до повноважень якого законом віднесено виявлення, попередження, запобігання порушенням правил здійснення господарської діяльності, проведення розслідування фактів їх порушень, а також застосування адміністративно-господарських санкцій, передбачених законодавством [21, с. 97 – 98].

Що ж до суб'єктів, до яких застосовуються адміністративно-господарські санкції, то до них належать як суб'єкти господарювання, так і їх об'єднання, в тому числі наділені організаційно-господарськими повноваженнями: ст. 50 Закону України "Про захист економічної конкуренції" [14], п. 2, 4, 7, 8 постанови Кабінету Міністрів України від 19.07.2000 № 1139 "Про затвердження порядку застосування санкцій за порушення законодавства про електроенергетику" [11], п. 2 "Положення про порядок накладення на суб'єктів господарювання штрафних санкцій за порушення законодавства в галузі електроенергетики та теплопостачання" [12] тощо.

За буквальним змістом норми ч. 2 ст. 238 ГК, адміністративно-господарські санкції застосовуються за наявності факту порушення встановлених правил здійснення господарської діяльності. Однак відсутність у нормах господарського законодавства визначення цього поняття на практиці часто призводить до недотримання уповноваженими органами підстав і порядку реалізації відповідної форми господарсько-правової відповідальності.

На наш погляд, правила здійснення господарської діяльності – це обов'язкові вимоги та заборони, передбачені нормами права щодо здійснення господарської діяльності в цілому, окремих її видів або конкретних господарських операцій, недотримання яких тягне за собою порушення існуючого господарського правопорядку, створює загрозу безпеки життя, здоров'я людей чи довкіллю. Різноманітність предмета господарсько-правової відповідальності, яким виступає господарське правопорушення, вимагає від органу державної влади, до повноважень якого віднесено застосування адміністративно-господарських санкцій, виявлення всіх необхідних умов відповідальності, дотримання порядку застосування санкцій, щоб уникнути оскарження і скасування прийнятого рішення, недопущення безвідповідальності суб'єкта господарювання – правопорушника.

У контексті управління економікою порушення правил здійснення господарської діяльності виявляється у її неналежній організації: недотриманні спеціальних вимог, правил конкуренції, норм екологічної безпеки, використанні цілісних майнових комплексів державних підприємств тощо, чи невиконанні індивідуальних приписів органів державної влади та місцевого самоврядування, що наділені господарською компетенцією.

Дослідження доктринальних поглядів і положень господарського законодавства, якими визначаються підстави застосування адміністративно-господарських санкцій, дозволяє поділити останнє поняття на види за різними критеріями:

1) за способом порушення: на невиконання приписів органів державного нагляду та контролю, недотримання встановлених вимог, положень, стандартів і правил при організації та здійсненні господарської діяльності, зловживання монополією, домінуючим становищем;

2) за порядком вчинення: разові, тривалі та повторювані.

Вчинені правопорушення у сфері управління економікою можна також поділити залежно від форми ліквідації негативних господарських результатів на ті, протидія яким допускається без припинення чи зупинення діяльності суб'єкта господарювання, та ті, протидія котрим неможлива без ліквідації, реорганізації або зупинення діяльності порушника.

Сформульована в ч. 2 ст. 238 ГК норма прямо вказує на усій склад правопорушення (лише факт протиправності), за наявності якого до суб'єкта господарювання застосовуються передбачені законом адміністративно-господарські санкції. Причому наведені вимоги поширюються як на судовий, так і адміністративний порядок притягнення до відповідальності, що розглядається.

Передбачена в ч. 2 ст. 238 ГК норма містить одну з ключових особливостей адміністративно-господарських санкцій – встановлення їх виключно в положеннях закону у вузькому розумінні цього поняття. На думку В. С. Щербини, відсутність у ГК жодних заборон щодо правової форми закріплення адміністративно-господарських санкцій означає право встановлювати ці міри виключно в законі, хоча не виключається конкретизація механізму їх застосування у підзаконних актах [20, с. 181]. Згідно з іншим поглядом, правовою формою встановлення адміністративно-господарських санкцій є виключно закон у вузькому його розумінні [19, с. 81]. Правова форма встановлення відповідальності юридичних осіб вже була предметом розгляду Конституційного Суду України. У п. 2 Рішення за конституційним поданням Відкритого акціонерного товариства "Всеукраїнський акціонерний банк" "Щодо офіційного тлумачення положень п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України, ч. 1, 3 ст. 2, ч. 1 ст. 38 Кодексу України Про адміністративні правопорушення" (справа про відповідальність юридичних осіб) від 30.05.2001, Конституційний суд України на основі системного аналізу положень Конституції дійшов висновку, що приписи п. 22 ч. 1 ст. 92 Основного Закону зобов'язують правотворчі органи визначати підстави, умови та форми юридичної відповідальності виключно законом [17].

Господарська діяльність та управління нею різноманітні за своїм змістом і видами, що зумовлює не лише багаточисельність адміністративно-господарських санкцій, а й їх специфіку у різних відносинах. Різноманітність і одночасно єдина цільова спрямованість господарських санкцій цього виду не виключає, а передбачає їх систематизацію, внутрішню диференціацію. У науці адміністративного та господарського права класифікація адміністративно-господарських санкцій здійснюється за різними критеріями: залежно від механізму та підстав застосування, характеру, мети реалізації тощо. Допускається також поділ адміністративно-господарських санкцій залежно від сфери їх використання: державної реєстрації, ліцензування господарської діяльності, економічної конкуренції, податкових, бюджетних відносин [19, с. 81].

Призначення таких санкцій виявляється у недопущенні, запобіганні правопорушенням з боку суб'єктів господарювання. Причому для деяких санкцій таке призначення є яскраво вираженим, натомість для інших набуває опосередковану форму [20, с. 181]. У механізмі правового регулювання організаційно-господарських

відносин адміністративно-господарські санкції забезпечують недопущення, запобігання господарським правопорушенням поряд з виконанням суб'єктом господарських правопорушень додаткових обов'язків, спрямованих на приведення господарської діяльності порушника до загальних нормативних вимог. Покладення на порушника обов'язків з приведення господарської діяльності до встановлених вимог може передувати притягненню до юридичної відповідальності. Тим самим контролюючий орган надає право суб'єкту господарювання здійснити передбачені законом організаційні заходи, спрямовані на усунення наслідків правопорушення без застосування адміністративно-господарських санкцій. Подібний механізм, зокрема, зафіксований у п. 4–5 Порядку застосування санкцій за порушення законодавства про електроенергетику, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 19.07.2000 № 1139, відповідно до якого Національна комісія регулювання електроенергетики надсилає порушнику застереження, де зазначає вид порушення, конкретні заходи, котрих має вжити постачальник електроенергії для усунення правопорушення, недопущення його у майбутньому [11].

Такий зв'язок інструментів механізму правового регулювання зумовлює не лише покарання правопорушника, а й зобов'язує його вчинити визначені рішенням компетентного органу дії, метою яких є недопущення правопорушень у майбутньому. Аналіз рішень і постанов, винесених правозастосовчими органами, вказує на встановлення для порушника обов'язків, тісно переплечених з видом порушення.

Так, за результатами планової перевірки Національною комісією регулювання електроенергетики було винесено постанову від 24.01.2008 № 32 Про застосування до Державного підприємства Національна енергогенеруюча компанія "Енергоатом" штрафних санкцій за порушення законодавства про електроенергетику, умов та правил здійснення підприємницької діяльності з виробництва електричної енергії". Згідно з цим правозастосовним актом, з порушника стягнуто штраф у розмірі 85 000 грн за порушення приписів ст. 15 Закону України "Про електроенергетику" та п. 26 "Ліцензійних умов провадження діяльності з виробництва електричної енергії" в частині продажу всієї електричної енергії, виробленої на електростанціях ліцензійата на Оптовому ринку електричної енергії України. У п. 2 та 3 згаданої Постанови для порушника встановлені обов'язки з фінансування робіт щодо забезпечення безпеки діяльності електростанцій, надання інформації про усунення встановлених Комісією порушень, а також зобов'язано Державне підприємство не допускати аналогічні правопорушення у майбутньому [8]. З наведених постанов випливає, що попередження правопорушень в організаційно-господарських відносинах здійснюється через комплекс правових заходів, одним з яких і виступають адміністративно-господарські санкції.

Найбільш поширеним в юридичній літературі є поділ адміністративно-господарських санкцій залежно від наслідків, настання котрих викликає їх застосування. За вказаним критерієм вирізняють заходи майнового та організаційного впливу [22, с. 181]. Санкції є майновими, якщо їх застосування тягне за собою зменшення у порушника наявного у нього майна в результаті його конфіскації, вилучення прибутку або накладення адміністративно-господарського штрафу. В юридичній літературі майнові санкції іноді об'єднуються у поняття "конфіскаційна відповідальність" [18, с. 17].

Доктринальне об'єднання майнових адміністративно-господарських санкцій в єдину групу правових засобів широко використовується судовою практикою. Однак

закон передбачає внутрішню диференціацію майнових адміністративно-господарських санкцій залежно від форми впливу на економічні інтереси порушника на конфіскацію майна, вилучення прибутку у дохід державного бюджету, сплату адміністративно-господарського штрафу.

Специфіка цих мір у сфері управління економікою виявляється в тому, що немайнові за змістом правові зв'язки між суб'єктом господарювання і суб'єктом організаційно-господарських повноважень упорядковуються та приводяться у відповідність до господарського правопорядку шляхом покладення на правопорушника додаткових майнових обов'язків, встановлених для всіх суб'єктів, якими допущені відповідні правопорушення. Така особливість взаємодії об'єктів правового регулювання зумовила відносно незначне застосування в організаційно-господарських відносинах окремих санкцій (зокрема конфіскації майна) і широкого використання адміністративно-господарських штрафів.

Однією зі своєрідних санкцій, передбачених чинним законодавством, є конфіскація майна. Її призначення полягає у запобіганні правопорушенню шляхом передачі у державну власність майна, цілісного майнового комплексу підприємства, що стало знаряддям правопорушення, протидія якому неможлива в інший спосіб. Чинне законодавство прямо не вказує на форму власності майна, яке може бути конфісковано, однак за буквального змісту ст. 41 Конституції України та ст. 134 ГК, можна дійти висновку про поширення досліджуваної санкції лише на майнові активи, що належать суб'єктам господарювання на праві приватної власності. Остання теза ґрунтується на передбаченому у ст. 41 Конституції України принципу непорушності права приватної власності. Правозастосовчій діяльності відомі непоодинокі випадки ігнорування цього принципу. Спроба вирішити цю проблему була здійснена ще Конституційним Судом України в ухвалі від 20.04.1999 "Про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним поданням Президента України щодо офіційного тлумачення ч. 6 ст. 41 Конституції України та деяких норм Кодексу про адміністративні правопорушення, Митного кодексу". Конституційний Суд, посилаючись на норму у ст. 41 Конституції України, вказав на непорушність права власності. Фактично ухвалою встановлений чіткий, безальтернативний імператив, за яким примусова зміна майнового становища будь-якого власника, в тому числі шляхом конфіскації майна, може здійснюватися лише за рішенням суду. Разом з тим юрисдикційний орган відзначив додержання вказаного порядку застосування адміністративної санкції суб'єктами владних повноважень. Отже, на відміну від решти майнових адміністративно-господарських санкцій, конфіскація майна відбувається лише в судовому порядку. Зазначене правило в організаційно-господарських відносинах передусім стосується стягнення майна, що належить суб'єкту господарювання, за порушення ним вимог конкурентного законодавства.

Поряд з конфіскацією майна, господарське законодавство України, до числа адміністративно-господарських санкцій майнового характеру відносить вилучення у суб'єкта господарювання незаконно одержаного прибутку (доходу) в наслідок порушення встановлених правил здійснення господарської діяльності (ст. 239 ГК). Деякі акти господарського законодавства при встановленні відповідної санкції, визначають її, як вилучення незаконно одержаної виручки, (ст. 14) Закону України "Про ціни і ціноутворення".

Для виявлення правової сутності зазначених мір юридичної відповідальності слід з'ясувати, в чому полягає відмінність між прибутком (доходом) і виручкою.

Передбачена у ч. 1 ст. 143 ГК норма, визначає прибуток (дохід), як показник господарської діяльності суб'єкта господарювання, що визначається шляхом зменшення суми валового доходу суб'єкта господарювання за певний період на суму валових витрат і амортизаційних відрахувань. Згідно з п. 1.9 Інструкції "Про порядок застосування економічних та фінансових (штрафних) санкцій органами державного контролю за цінами", затвердженої спільним Наказом Міністерства Економіки та з питань європейської інтеграції і Міністерства Фінансів України від 03 грудня 2001 року № 298/519, незаконно одержана суб'єктом господарювання сума виручки визначається, як різниця між фактично одержаною виручкою від реалізації товарів (робіт, послуг) та цінами, сформованими відповідно до законодавства України, а при неправомірному застосуванні вільних цін замість фіксованих або регульованих – як різниця між фактичною виручкою від реалізації продукції (робіт та послуг) і виручкою від реалізації продукції за цінами, що визначаються законодавством України. Співставлення закріплених законом економічних складових прибутку (доходу) і виручки вказує на значно ширший зміст першого з перелічених понять, оскільки ГК визначає прибуток, як сукупний показник господарської діяльності за певний (звітний) період, на відміну, від виручки, розмір якої безпосередньо зв'язаний з неправомірно встановленими цінами на конкретний товар і обсягом його реалізації.

З наведеного слідує, що вилучення незаконно одержаного суб'єктом господарювання прибутку, як адміністративно-господарська санкція охоплює дохід, одержаний суб'єктом господарювання з порушення встановлених правил здійснення господарської діяльності без урахування валових витрат і амортизаційних відрахувань незалежно від кількості господарських операцій за звітний період.

Подібність вилучення незаконно одержаного суб'єктом господарювання прибутку та незаконно одержаної виручки полягає в тому, що кошти, одержані в результаті стягнення цих санкцій спрямовуються до державного бюджету без будь-яких компенсацій на користь порушника. Окрім цього, вказані санкції підлягають застосуванню уповноваженими органами державної влади за порушення встановлених правил здійснення господарської діяльності, є адміністративно-господарськими санкціями, що зумовлює поширення на них норм, передбачених у ст. 240, 250 ГК [1, с. 161].

Як і решта адміністративно-господарських санкцій, вилучення незаконно одержаного суб'єктом господарювання прибутку здійснюється на підставі факту порушення правил здійснення господарської діяльності, порушення податкової дисципліни, заниження чи завищення бази оподаткування. Разом з тим, акти господарського законодавства конкретизують склади правопорушень з урахуванням сфери їх вчинення, кола суб'єктів правопорушень.

Відповідно до ст. 19 Закону України "Про природні монополії", ст. 14 Закону України "Про ціни і ціноутворення", ч. 2 ст. 75 Закону України "Про телекомунікації", п. 1.4, 15 Інструкції "Про порядок застосування економічних та фінансових (штрафних санкцій органами державного контролю за цінами" затвердженої Наказом Міністерства Економіки та з питань європейської інтеграції і Міністерством Фінансів України, підставою безоплатного вилучення прибутку суб'єкта господарювання є порушення ним встановленої дисципліни цін, встановлення вільних цін там, де існують регульовані ціни, запровадження додаткових тарифів, націнок, надбавок.

Спільною ознакою для правопорушень, за які закон допускає застосування вказаної санкції є недотримання

встановленого порядку управління чи організації виробничо-господарської діяльності в частині набуття економічних благ у протиправний спосіб (безпідставне збагачення порушника).

Вилучення незаконно одержаного прибутку здійснюється як у судовому порядку, так, і у адміністративному шляхом прийняття уповноваженим органом нагляду та контролю у сфері економіки постанови про накладення санкцій на порушника без пред'явлення відповідного позову до господарського або адміністративного суду.

Господарське законодавство України – ст. 240 ГК, ст. 14 Закону України "Про ціни і ціноутворення" передбачає одночасне застосування санкцій у вигляді незаконно одержаного прибутку та стягнення з порушника штрафу у двократному розмірі незаконно одержаного прибутку, а у випадку повторення правопорушення протягом звітного періоду – у трикратному розмірі. Побудова механізму застосування адміністративно-господарських санкцій в такий спосіб має на меті не лише позбавлення суб'єкта господарювання (порушника) будь-якого доходу, одержаного від неналежної організації господарської діяльності, а і покарання правопорушника, шляхом накладення штрафних санкцій, розмір яких значно перевищує очікуваний прибуток від недотримання встановлених правил здійснення господарської діяльності.

Нерідко, порушення правил здійснення господарської діяльності, за які встановлена зазначена санкція здійснюється шляхом укладення угод, в тому числі організаційно-господарських договорів, які встановлюють дискримінаційні ціни на продукцію (роботи, послуги), або спрямовані на умисне заниження, завищення бази оподаткування. Відповідно до приписів ст. 207, 208 ГК, при визнанні недійсною угоди, що суперечать інтересам держави і суспільства, та за наявності взаємного наміру сторін вчинити правопорушення, за рішенням суду увесь прибуток, одержаний сторонами від виконання таких угод стягується до державного бюджету. Якщо угода виконана лише однією зі сторін, то з іншої сторони стягується до державного бюджету як усе отримане за угодою, так, і належне іншій стороні [4, с.468]. Реалізуючи положення ст. 207, 208 ГК, юрисдикційний орган, одночасно, припиняє господарські зв'язки, заздалегідь спрямовані на досягнення протиправних економічних інтересів за рахунок порушення інтересів держави і суспільства. Саме тому, закон вимагає визнання таких протиправних угод недійсними повністю, на відміну від решти договорів, які можуть бути визнані за рішенням суду частково недійсними.

На наш погляд, якщо протиправні умови, за реалізацію яких встановлена санкція у формі безоплатного вилучення прибутку (доходу) встановлена у тексті організаційно-господарського договору, то недійсними мають визнаватися як власне організаційно-господарський договір, так і укладені на його основі майново-господарські договори. Адже, встановлена в організаційно-господарському договорі формула розрахунку ціни товарів (робіт, послуг) або спосіб оцінки об'єкта зобов'язання повинні обов'язково враховуватися в умовах майново-господарських договорів, укладених на його основі. Зазначене правило значною мірою стосується інвестиційних договорів у сфері капітального будівництва, договорів, що фінансуються за кошти державного або місцевого бюджету. Для договорів даного виду притаманне домінування публічного інтересу порівняно з приватним інтересом конкретного суб'єкта господарювання, що зумовлює встановлення адміністративно-господарської санкції, здатної попередити порушення правил здійснення господарської діяльності.

Порівняльно-правове дослідження сутності та механізму застосування конфіскації майна та вилучення незаконно одержаного суб'єктом господарювання прибутку, як адміністративно-господарських санкцій майнового характеру, що застосовуються в організаційно-господарських відносинах дозволяє виокремити спільні та відмінні ознаки цих мір відповідальності.

До числа спільних (родових) ознак вказаних понять, на наш погляд, належать наступні ознаки:

1) Юридичною підставою закріплення і застосування санкцій у формі конфіскації майна чи вилучення незаконно одержаного суб'єктом господарювання прибутку (доходу) виступає закон, ч. 2 ст. 238 ГК; 2) Обидві міри відповідальності застосовуються за порушення встановлених правил здійснення господарської діяльності або управління нею, але не організаційно-господарських зобов'язань, що виникають з договорів; 3) Як конфіскація майна, так і безоплатне вилучення незаконно одержаного суб'єктом господарювання прибутку спрямовані на попередження правопорушень при організації та управлінні господарською діяльністю, шляхом припинення права власності на майно, грошові кошти, незаконно здобуті суб'єктом господарювання, в тому числі тим, який наділений організаційно-господарськими повноваженнями.

Що ж до відмінних ознак (видових рис) конфіскації майна та безоплатного вилучення незаконно одержаного суб'єктом господарювання прибутку, то, незважаючи на ряд спільних властивостей, притаманних для всіх адміністративно-господарських санкцій майнового характеру, зазначені правові засоби вирізняються цілою низкою видових ознак. 1) згідно зі ст. 41 Конституції України конфіскація майна допускається виключно на підставі рішення суду, тоді, як безоплатне вилучення незаконно одержаного прибутку допускається як за рішенням суду, (ст. 17 Закону України "Про природні монополії") так і в адміністративному порядку (на підставі рішення органу нагляду та контролю (п. 31, 3.4 Інструкції "Про порядок застосування економічних та фінансових (штрафних) санкцій органами державного контролю за цінами" від 03 грудня 2001 року); 2) незважаючи на майнову сутність досліджуваних санкцій, їх вплив на економічні інтереси суб'єкта господарювання реалізується по-різному. Конфіскація майна покликана припинити право власності суб'єкта господарювання на майно (цілісні майнові комплекси підприємств), що не можуть йому належати за законом чи придбані з порушенням встановленого порядку набуття у власність таких об'єктів. Тим самим, на суб'єкта господарювання покладається обов'язок організувати господарську без використання у процесі виробництва конфіскованого майна або змінити вид господарської діяльності. Стосовно безоплатного вилучення прибутку, дана санкція завжди виражається в грошовій формі і спрямована на забезпечення належної організації господарської діяльності, в тому числі дотримання цінової, податкової дисципліни, законодавства про захист економічної конкуренції, шляхом вилучення всього доходу, що одержаних з порушенням закону; 3) у відношенні до безоплатного вилучення незаконно одержаного суб'єктом господарювання прибутку, закріплена у ч. 3 ст. 240 ГК норма прямо передбачає можливість реалізації даної санкції одночасно зі стягненням адміністративно-господарського штрафу, тоді, як конфіскація майна, зазвичай, застосовується самостійно, чи у поєднанні з іншими формами господарсько-правової відповідальності (стягненням неустойки); 4) незаконно одержаний прибуток завжди стягується до державного або місцевого бюджету відповідного рівня, а предмет конфіскації мо-

же як бути реалізованим на аукціоні чи за конкурсом, так і передаватися іншим суб'єктам господарювання, наприклад, у випадку нецільового використання основних фондів одним суб'єктом і передача їх іншому, крім випадків, коли передача майна не допускається законом (ст. 76 ГК); 5) При конфіскації майна економічні показники господарської діяльності за звітний період, як правило, не змінюються, хоча можуть зменшитися за умови, якщо конфісковане майно придбано у звітному періоді. В свою чергу, вилучення незаконно одержаного прибутку тягне за собою як зменшення наявних у суб'єкта господарювання грошових коштів, так, і виникнення непокритих витрат з отримання незаконного прибутку.

Законодавство і практика широко застосовують адміністративно-господарські штрафи за правопорушення, вчинені учасниками організаційно-господарських відносин. У ст. 241 ГК визначає адміністративно-господарський штраф як грошову суму, що сплачується суб'єктом господарювання до відповідного бюджету у разі порушення ним встановлених правил здійснення господарської діяльності [3]. Як правило, цей вид санкцій застосовується за порушення податкового, фінансового законодавства (ч. 2 ст. 241 ГК), хоча норми права часто встановлюють штраф за правопорушення, вчинені в організаційно-господарських відносинах. Закріплена в ч. 1 ст. 241 ГК дефініція адміністративно-господарського штрафу не розкриває методи обчислення цієї санкції. Дослідження положень законодавства, яким регулюються організаційно-господарські відносини, вказує на застосування законодавцем переважно відносно визначеної форми штрафу. Причому норми права, де передбачена така санкція, майже не наводять обставин, які дозволяють встановити мінімальний чи максимальний розмір відповідальності за конкретне правопорушення. Зокрема, відповідно до ст. 17 Закону України "Про природні монополії" невиконання або не своєчасне виконання рішень органів, які регулюють діяльність суб'єктів природних монополій, та порушення умов і правил здійснення підприємницької діяльності у сфері природних монополій, ліцензійних умов провадження господарської діяльності караються штрафом у розмірі до п'яти тисяч неоподаткованих мінімумів доходів громадян [15]. За правопорушення, визначені у п. 2 Положення "Про порядок накладення на суб'єктів господарювання штрафів за порушення законодавства в галузі електроенергетики та сфері теплопостачання", затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 21.07.1999 № 1312, з порушника стягується штраф розміром до п'яти тисяч неоподаткованих мінімумів доходів громадян [12]. У доктрині сутність та призначення штрафів викликала дискусію серед представників науки господарського та адміністративного права.

Виходячи зі сформульованої дослідниками аргументації в обґрунтування того або іншого погляду, більш переконливим з точки зору правового регулювання організаційно-господарських відносин видається погляд, відповідно до якого штрафні санкції, що застосовуються до господарських організацій за порушення ними правил здійснення господарської діяльності та управління нею, є адміністративно-господарськими санкціями [1, с. 146]. Визначаючи розмір штрафу, правозастосовчий орган повинен враховувати тяжкість правопорушення, його тривалість, повторюваність, здатність порушника запобігти протиправним наслідкам.

На відміну від неустойки, закон не допускає зменшення адміністративно-господарських штрафів за рішенням суду [20, с. 181]. Насамперед наведена особливість стосується санкцій, де відсутня максимальна межа впливу на економічні інтереси правопорушника. Існуюча

законодавча прогалина часто перетворює штраф на заміс надмірного покарання учасників організаційно-господарських відносин. Прикладом таких санкцій слугує норма, закріплена у ч. 3 ст. 17 Закону України "Про природні монополії", згідно з якою за порушення тридцятиденного строку сплати штрафних санкцій суб'єкт природних монополій сплачує пеню у розмірі одного відсотка від суми встановленого штрафу за кожен день прострочення [15]. Поряд з основною відносно визначеною санкцією, передбачена пеня позбавлена попереджувальних властивостей, оскільки спрямована на скорішу сплату штрафу, а не виконання організаційно-господарських зобов'язань суб'єктами природних монополій.

Однією з ключових проблем застосування адміністративно-господарського штрафу є відсутність граничних строків нарахування цієї санкції.

Щодо порушеної проблеми судова практика демонструє неоднозначний підхід як до правозастосування в господарських відносинах, так і тлумачення змісту норм, об'єднаних в інститут господарсько-правової відповідальності. Так, колегія суддів судової палати в адміністративних справах Верховного Суду України у своїй постанові від 13.02.2007 № 07-04 зазначила, що при здійсненні правосуддя у справах про оскарження рішень щодо застосування штрафних, фінансових санкцій з суб'єктів господарювання використовуються положення ГК. Згадана Постанова, зокрема, встановлює: по-перше, однією з адміністративно-господарських санкцій, визначених у ст. 239 ГК, є адміністративно-господарський штраф, що підлягає застосуванню до суб'єкта господарювання за порушення ним встановлених законом правил здійснення господарської діяльності й стягується до державного бюджету; по-друге, Верховний Суд звертає увагу судів першої та апеляційної інстанцій на необхідність обов'язкового врахування при прийнятті рішення щодо застосування санкцій строків, закріплених імперативною нормою у ст. 250 ГК. Посилаючись на нормативні приписи ст. 239, 241 ГК, Верховним Судом було скасовано рішення судів нижчих ланок [6]. Протилежні правозастосовчі аспекти реалізації адміністративно-господарського штрафу відображені у постанові колегії суддів з розгляду адміністративних справ Верховного Суду України від 25.03.2008 № 08-41 за позовом суб'єкта господарювання до державної податкової інспекції про застосування пені за порушення строків розрахунків у сфері зовнішньоекономічної діяльності. У цій постанові зазначено, що положення ст. 250 ГК не поширюються на порядок нарахування і стягнення пені, оскільки ця санкція стягується за триваюче правопорушення [7].

ВГСУ вказав на неможливість застосування до спірних правовідносин ст. 250 ГК з огляду на те, що при застосуванні штрафних санкцій уповноважений орган не здійснює організаційно-господарських повноважень щодо суб'єкта господарювання – порушника [5]. Для покладення відповідальності істотно значення має порушення приписів суб'єкта організаційно-господарських повноважень, а не здатність уповноваженого органу застосовувати санкції. Такий підхід дозволяє певною мірою вирішити дискусію між представниками науки господарського та адміністративного права щодо сутності відповідальності юридичних осіб, строків її реалізації. Слід зазначити, що проблема застосування строків відповідальності юридичних осіб вже була предметом розгляду Конституційного Суду України у вже згаданому рішенні від 30.05.2001. Згідно з п. 4 цього рішення, положення КУАП поширюються виключно на фізичних осіб, у тому числі нормативно-правові акти, які встановлюють таку відповідальність. Виходячи з цих

правозастосовчих позицій юрисдикційний орган у п. 1.3 Рішення сформулював висновок, за яким положення ч. 1 ст. 38 КУАП щодо строків притягнення до відповідальності не підлягають застосуванню до юридичних осіб [17]. Відповідно до ст. 250 ГК адміністративно-господарські санкції підлягають застосуванню до правопорушника протягом шести місяців з дня виявлення правопорушення, але не пізніше одного року з дня його вчинення [3]. Фактично за цим правилом строк нарахування санкцій не повинен перевищувати одного року з моменту вчинення правопорушення. Разом з тим господарсько-правова відповідальність не є автоматичним наслідком правопорушення, що вказує на початок нарахування санкцій з дати винесення уповноваженим органом рішення про застосування санкцій, і завершується спливом річного терміну після вчинення правопорушення.

Враховуючи обмеження строку винесення рішення про застосування санкцій шістьма місяцями з дати виявлення правопорушення в окремих справах термін нарахування адміністративно-господарського штрафу може бути обмежений вказаним строком. Наведені законодавчі положення, з одного боку, спонукають порушника до якнайшвидшої сплати санкцій, а з другого можуть перетворитися на зловживання суб'єктом застосування санкцій наданими йому повноваженнями.

Не менш значну за видами і наслідками застосування групу адміністративно-господарських санкцій утворюють організаційні заходи впливу. Їх дія спрямована на приведення господарських відносин до існуючих нормативних вимог або обмеження чи припинення функціонування суб'єкта господарювання, якщо попередити, запобігти господарське правопорушення неможливо в інший спосіб. Ст. 245–248 ГК та інші акти господарського законодавства визначають санкції цього виду як один з правових інструментів забезпечення дотримання стандартів, норм і правил екологічної безпеки, спеціальних вимог до господарської діяльності.

Дослідження положень чинного законодавства вказує на переважно адміністративний порядок реалізації заходів організаційного впливу шляхом прийняття уповноваженим державним органом рішення про застосування відповідної санкції. Виняток з цього правила становить скасування державної реєстрації суб'єкта господарювання, його ліквідація, що здійснюється на підставі рішення суду, за позовом суб'єкта владних повноважень, яким виявлено правопорушення (ст. 35 Закону України "Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців", ст. 248 ГК) [9].

Системний аналіз положень господарського законодавства вказує на подібність більшості процедур скасування державної реєстрації як санкції і способу ліквідації суб'єкта господарювання. Відмінність полягає у підставах реалізації відповідного механізму та його вольової складової. Скасування державної реєстрації суб'єкта господарювання як санкція завжди застосовується з ініціативи контролюючого органу у судовому порядку, на відміну від припинення діяльності суб'єкта з ініціативи засновників. Ця особливість притаманна і для процедури анулювання ліцензії, зупинки діяльності суб'єкта господарювання, які залежно від підстав можуть розглядатися як санкція чи спосіб реалізації організаційно-господарських повноважень засновників, власників майна. Своєрідна особливість санкцій полягає в тому, що в результаті їх застосування виникають нові охоронні правовідносини. У межах відповідних правових зв'язків суб'єкт господарювання зобов'язаний усунути виявлені недоліки в господарській діяльності чи її організації, а контролюючий орган набуває права вимоги припинення правопорушення, ліквідації його наслідків.

Вироблена законодавством і практикою його застосування система заходів організаційного впливу покликана у добровільному чи примусовому порядку забезпечити господарський правопорядок як у частині дотримання ліцензійних умов господарювання, так і виконання вимог екологічної безпеки. В останньому випадку метою відповідальності є обмеження несанкціонованого використання природних ресурсів, дотримання встановлених лімітів і викидів виробничих відходів, здійснення заходів з належної організації виробництва (п. 3 Постанови Верховної Ради України "Про затвердження Порядку обмеження, тимчасової заборони (зупинення) чи припинення діяльності підприємств, установ, організацій і об'єктів у разі порушення ними законодавства про охорону навколишнього природного середовища" від 29.10.1992) [10]. У нормах, передбачених у ч. 1–2 ст. 246 ГК, наведені підстави зупинки діяльності підприємств об'єднано у родові поняття – створення небезпеки для життя і здоров'я людини чи заподіяння шкоди довкіллю. Деякі санкції, передбачені нормами права, окрім зазначених негативних господарських результатів, мають на меті приведення виконання порушником договірних зобов'язань до спеціальних вимог. Зафіксована у ст. 26 Закону України "Про нафту і газ" норма передбачає санкцію у вигляді тимчасового зупинення дії спеціального дозволу на користування нафтогазоносними надрами за порушення користувачем вимог спеціального дозволу або угоди про умови такого користування, неодноразове порушення користувачем законодавства про охорону довкілля, створення небезпеки життю і здоров'ю працівників. Невжиття користувачем нафтогазоносних родовищ заходів по усуненню протиправних наслідків дає підстави спеціально уповноваженому органу у порядку ст. 27 названого Закону анулювати дію спеціального дозволу на користування родовищами [16].

Незалежно від обраної компетентним державним органом міри відповідальності суб'єкта господарювання, її реалізація не повинна призводити до виникнення більш тяжких наслідків, ніж ті, що попереджені. Зазначене правило стосується передусім суб'єктів природних монополій, містоутворюючих чи стратегічних підприємств, діяльність яких не може здійснюватися іншими суб'єктами господарювання через специфіку технологічних, екологічних, організаційних умов виробництва.

Запроваджений чинним законодавством механізм дії адміністративно-господарських санкцій допускає одночасне застосування кількох організаційних заходів. Наприклад, п. 10 Рішення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 26.05.2006 № 341 "Про затвердження ліцензійних умов провадження професійної діяльності на фондовому ринку – діяльності з управління активами інституційних інвесторів" містить нормативний припис, згідно з яким анулювання ліцензії компанії з управління активами, інституту спільного інвестування є підставою ліквідації пайового інвестиційного фонду або передачі сукупності активів та зобов'язань, що становлять пайовий інвестиційний фонд, іншій компанії з управління активами інвестиційних інвесторів.

Застосування до суб'єкта господарювання кількох санкцій за одне господарське правопорушення здійснюється у правовідносинах, де припинити протиправні дії або бездіяльність чи не допустити їх у майбутньому неможливо в інший законний спосіб. Зокрема, вже згадане Рішення ДКЦП РФ від 26.05.2006 дозволяє суб'єкту господарювання поновити дію ліцензії після усунення порушень, але не раніше, ніж через один рік з дня винесення рішення про застосування санкцій за умови, що порушника не ліквідовано [13].

У процесі одночасного застосування кількох мір відповідальності уповноважений державний орган має керуватися окремими правилами, зумовленими функціональними зв'язками правових норм: по-перше, закон допускає поєднання організаційних заходів з майновими адміністративно-господарськими санкціями, а також їх одночасну реалізацію з іншими формами відповідальності, відшкодування збитків, сплатою неустойки; по-друге, визначені санкції повинні ґрунтуватися не лише на вимогах закону, а й відповідати характеру, наслідкам правопорушення; по-третє, майново-організаційні наслідки адміністративно-господарських санкцій не повинні перевищувати результати правопорушення.

З наведеного слідує, що вплив на економічні інтереси суб'єкта господарювання має відобразити ступінь вини порушника, тяжкість наслідків правопорушення. Щоправда, ГК, на відміну від інших актів господарського законодавства, зазначені умови у якості обов'язкових при покладенні господарсько-правової відповідальності не передбачає. У правозастосовному аспекті вказаний законодавчий недолік часто призводить до невідповідності покладеної на порушника відповідальності охоронюваним правам і законним інтересам, що в результаті породжує додаткові, невиправдані збитки. Однак деякими підзаконними актами ця проблема була врегульована в окремих сферах господарської діяльності ще до прийняття ГК. Зокрема, відповідно до п. 26 постанови Кабінету Міністрів України від 21.07.1999 № 1312 "Про затвердження порядку застосування санкцій за порушення законодавства про електроенергетику" Національна комісія регулювання електроенергетики має право приймати рішення про зупинку дії ліцензії енергопостачальника на строк до одного року за вчинене правопорушення для усунення негативних господарських результатів. Повторне порушення правил і вимог постачання електричної енергії, виникнення тяжких наслідків або створення реальної загрози довкіллі чи суб'єктам господарювання, виходячи з п. 33–34 вказаного нормативно-правового акта, дає підстави уповноваженому органу застосувати санкцію у формі анулювання ліцензії постачальника електричної енергії та одночасно зобов'язати порушника передати виконання своїх зобов'язань іншим господарським організаціям [11]. З метою усунення відповідної проблеми застосування адміністративно-господарських санкцій, на нашу думку, ч. 2 ст. 238 ГК слід доповнити нормою такого змісту: "При прийнятті рішення про застосування до правопорушника адміністративно-господарських санкцій уповноважений орган державної влади чи місцевого самоврядування зобов'язаний враховувати ступінь вини порушника, тяжкість правопорушення, його тривалість, можливість запобігання за мінімальної шкоди для суспільства, держави, територіальної громади".

Таким чином, адміністративно-господарські санкції утворюють складну, багатопланову систему заходів впливу на економічні інтереси суб'єктів господарювання, застосування яких базується на загальних положеннях інституту господарсько-правової відповідальності, однак при цьому відзначається видовими особливостями, властивими лише цим правовим засобам. Їх ефективна реалізація вимагає поступової відмови від підзаконного регулювання і приведення законодавства про адміністративно-господарські санкції у відповідність до ГК.

1. Анохіна І. О. Правове регулювання діяльності суб'єктів природних монополій : дис. ... канд. юрид. наук / І. О. Анохіна. – Одеса, 2004. – 207 с.
2. Богун В. Господарсько-правова відповідальність за порушення законодавства про ціни / В. Богун, Г. Солодухін // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 1. – С. 80–83.
3. Господарський Кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 436 // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18. – № 19–20; № 21–22. – Ст. 144.
4. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / за заг. ред. Г. Л. Знамєнського, В. С. Щербини ; кол. авт. : О. А. Беляневич, О. М. Вінник, В. С. Щербина та ін. – 2-е вид., перероб. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – 720 с.
5. Постанова Вищого господарського суду України від 19.01.2005 № 13-174/1149 у справі за зверненням суб'єкта господарювання до контрольно-ревізійного управління // Інформаційно-пошукова система ТОВ "Ліга-Закон".
6. Постанова колегії суддів судової палати в Адміністративних справах Верховного суду України від 13.02.2007 у справі № 07-04 про застосування штрафних санкцій до суб'єкта господарювання // Інформаційно-пошукова система ТОВ "Ліга-Закон".
7. Постанова колегії суддів судової палати в Адміністративних справах Верховного суду України від 25.03.2008 у справі № 08-41 за позовом суб'єкта господарювання до державної податкової інспекції про застосування пені за порушення порядку розрахунків у сфері зовнішньоекономічної діяльності // Інформаційно-пошукова система ТОВ "Ліга-Закон".
8. Постанова Національної комісії регулювання електроенергетики від 24.01.2008 № 32 про застосування до Державного підприємства "Національна енергогенеруюча компанія "Енергоатом" штрафних санкцій за порушення законодавства про електроенергетику // Інформаційно-пошукова система ТОВ "Ліга-Закон".
9. Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців : Закон України від 15.05.2003 // Юридичний вісник України. – 2003. – № 28.
10. Про затвердження Порядку обмеження, тимчасової заборони (зупинення) чи припинення діяльності підприємств, установ, організацій і об'єктів у разі порушення ними законодавства про охорону навколишнього природного середовища : Постанова Верховної Ради України від 29.10.1992 // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 46. – Ст. 637.
11. Про затвердження Порядку застосування санкцій за порушення законодавства про електроенергетику : Постанова Кабінету Міністрів України від 19.07.2000 № 1139 // Офіційний вісник України. – 2000. – № 8.
12. Про затвердження Положення про порядок накладення на суб'єктів господарювання штрафів за порушення законодавства в галузі електроенергетики та сфері теплопостачання : Постанова Кабінету Міністрів України від 21.07.1999 № 131 // Інформаційно-пошукова система ТОВ "Ліга-Закон".
13. Про затвердження Правил розгляду справ про порушення вимог законодавства на ринку цінних паперів та застосування санкцій : Рішення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 11.12.2007 № 2272 // Інформаційно-пошукова система ТОВ "Ліга-Закон".
14. Про захист економічної конкуренції : Закон України від 11.01.2001 // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 12. – Ст. 64.
15. Про природні монополії : Закон України від 20.04.2000 // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 30. – Ст. 238.
16. Про нафту і газ : Закон України від 12.07.2001 // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 50. – Ст. 262.
17. Рішення Конституційного Суду України від 30.05.2001 у справі № 1-22/2001 за конституційним зверненням ВАТ "Всеукраїнський Акціонерний Банк" щодо офіційного тлумачення положень пункту 22 частини першої статті 92 Конституції України (справа про відповідальність юридичних осіб) // Вісник господарського судочинства. – № 3. – 2001. – С. 64–69.
18. Семейсов В. А. Санкции в хозяйственном законодательстве : учеб. пособие / В. А. Семейсов. – Иркутск : Изд. Иркут. Ун-та. – 1982. – 54 с.
19. Шевченко Н. Понятие административно-хозяйственных санкций / Н. Шевченко // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 7. – С. 80–83.
20. Щербина В. С. Адміністративно-господарські санкції системі заходів господарсько-правової відповідальності / В. С. Щербина // Вісник господарського судочинства. – 2006. – № 2 – С. 180–185.
21. Щербина В. С. Адміністративно-господарські санкції майнового характеру : проблеми застосування / В. С. Щербина // Вісник Академії правових наук України. – 2006. – № 2 (45). – С. 97–106.
22. Щербина В. С. Господарське право : практикум / В. С. Щербина (кер. авт. кол.), Г. В. Пронська, О. М. Вінник ; за заг. ред. В. С. Щербини. – 2-е вид., перероб. і доп. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – 416 с.

Надійшла до редколегії 20.09.11

КОНЦЕПЦІЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ: ТЕОРЕТИЧНИЙ АСПЕКТ

В статті аналізується система поглядів на стан захищеності життєво важливих інтересів особи, суспільства і держави від внутрішніх і зовнішніх загроз.

Ключові слова: концепція, внутрішня та зовнішня загроза, національна безпека, об'єкти і суб'єкти безпеки.

В статье анализируется система взглядов уровня защищенности жизненно важных интересов индивидуума, общества и государства от внутренних и внешних угроз.

Ключевые слова: концепция, внутренняя и внешняя угроза, национальная безопасность, объекты и субъекты безопасности.

In this article the system of views on the level of the stability and the vivid important interests of the personality, society and state from thy internal and international damages.

Key words: the conception, the internal and international damages, the national security, the subjects and objects of the securities.

За останні роки у незалежній Україні для забезпечення умов її сталого розвитку, гарантування прав та свобод громадян, реалізації національних інтересів надзвичайно актуальним є створення ефективної системи національної безпеки. Вона повинна відповідати викликам і загрозам сьогодення та взаємодіяти з сучасними системами всесвітньої й регіональної безпеки, а також розвиватися на основі якісного вітчизняного законодавства, яке б не суперечило і відповідало міжнародному праву. Для цього перш за необхідні теоретичні і практичні розробки проблем національної безпеки України, які ще далекі від завершеності та потребують глибоких наукових досліджень.

Вперше в незалежній Україні окремі аспекти національної безпеки були закріплені в Декларації про державний суверенітет України. Проте слід зауважити, що саме поняття "національна безпека" у Декларації відсутнє, а зустрічаються терміни – "екологічна безпека", "зовнішня і внутрішня безпека", "державна безпека" та "міжнародна безпека" [1, 429]. Однак є всі підстави вважати, що тільки прийняття вказаного документа стало вагомим чинником початку активізації досліджень національної безпеки України. Відповідно зріс і науковий інтерес до цієї проблеми.

До сучасних досліджень різних теоретичних аспектів національної безпеки проведених в період незалежності України слід віднести наукові праці таких вчених: О.Дзюбаня "Національна безпека України в умовах соціальних трансформацій" (Х., 2006), О. Копана "Політико-правовий аспект стратегії внутрішньої безпеки України" (К., 2001), О. Ліпкан "Національна безпека України" (К., 2008), І. Петріва "Правове регулювання організації національної безпеки України" (К., 2000), Г. Новицького "теоретико-правові основи забезпечення національної безпеки України" (К., 2008), З. Чуйка "Сутність загроз національній безпеці України" (Х., 2004) та інших.

Проте на сьогоднішній день концепція національної безпеки залишається недостатньо дослідженою та розробленою, особливо з позиції юридичної науки. У вітчизняній науковій літературі на сучасному етапі ще не вироблено консенсусу у розумінні концепції національної безпеки, аналогічною є ситуація з понятійним апаратом національної безпеки і в інших державах пострадянського простору. Найбільш дискусійним є питання щодо обсягу і змісту поняття національної безпеки, а також вибору підходів до його визначення. Більшість визначення поняття "національна безпека" об'єднує намагання дослідників передати його сутність шляхом аналізу тих чи інших ознак. Натомість, С. Пирожков і В. Селіванов наголошують на практичній недоцільності виражати в одному визначенні всі властивості, особливості, що притаманні національній безпеці як явищу, отожнювати дефініцію поняття із самим поняттям [2, 4].

Здебільшого у вітчизняній та зарубіжній літературі національна безпека розуміється як стан її об'єктів. Такий підхід можна умовно назвати статичним. Так, на думку російського вченого А.В. Возженікова національну безпеку необхідно визначати як "стан держави, за якого відсутні або усунені реальні зовнішні та внутрішні загрози її національним цінностям, національним інтересам та національному способу життя, тобто забезпечується реалізація життєво важливих інтересів особи, суспільства та держави [3, 167]. Інший український дослідник І.М. Петрів під поняттям "національна безпека" розуміє "здатність особи, суспільства, і держави до захисту та стан їх захищеності від сукупності об'єктивно існуючих негативних факторів, які створюють реальну небезпеку національним інтересам України" [4, 107].

Частина науковців визначають концепцію національної безпеки як ступінь захищеності її об'єктів. Зокрема колектив авторів В.Б. Вагапов, О.М. Гончаренко та Е. М. Лисицинин вважають, що національна безпека – це категорія, яка характеризує ступінь (міру, рівень) захищеності життєво важливих інтересів, прав та свобод особи, суспільства й держави від зовнішніх і внутрішніх загроз або ступінь відсутності загроз правам і свободам людини, базовим інтересам і цінностям суспільства й держави" [5, 18]. Свою позицію автори аргументують тим, що визначення національної безпеки через категорію "стан" не відповідає реаліям, тому що, як правило, для кожної конкретної держави, залежно від рівня її політичного, соціально – економічного, культурного розвитку, треба визначити верхній і нижній рівень захищеності, постійні зміни того чи іншого чинника безпеки завжди впливають на рівень безпеки в цілому. Зазначений підхід застосовує і М. Б. Левицька, яка визначає національну безпеку як "такий ступінь захищеності особи, держави та суспільства, що забезпечує їх стабільне функціонування та безпеку діяльності особи, суспільства, держави та інших суб'єктів для виявлення, попередження, припинення та ліквідації наслідків загроз національним інтересам" [6, 12].

Можливі й інші підходи до визначення концепції національної безпеки, зокрема: захищеність громадян, суспільства і держави, сукупність державно-правових і суспільних гарантій, які забезпечують захищеність, здатність своєчасно виявити та оцінити загрози і вжити необхідних заходів, підтримання відповідного стану суспільних відносин тощо.

Проаналізовані позиції свідчать про те, що у вітчизняній і зарубіжній науковій літературі відсутнє усталене поняття національної безпеки.

Формулюючи дефініцію "національна безпека", науковці виходять не з однакового набору проблем, орієнтуються на різну кількість та показники небезпек, акцентують увагу на різних аспектах національної безпеки. На думку Л.М. Шипілової, наявні розбіжності

свідчать про різні підходи до проблеми національної безпеки, які пояснюються в основному суб'єктивним фактором, тобто точкою зору конкретного автора, а не методологічними особливостями, що притаманні тій чи іншій галузі науки [7, 13].

Не можна повністю погодитися з наведеною позицією Л. М. Шипілової, оскільки наявність різноманітних до визначення поняття національної безпеки, на наш погляд, обумовлена не тільки своєрідністю авторської позиції, а й різноманітністю методів дослідження, а також тим, у якій галузі науки сформульоване конкретне визначення. Крім того, різноманітні підходи до визначення поняття "національна безпека" можна пояснити не лише суб'єктивними факторами, але й об'єктивними обставинами, які впливають на зміст даного поняття. По-перше, національна безпека є складним багатогранним і багатокомпонентним явищем, що має міждисциплінарний характер, тому його неможливо охопити однією дефініцією. По-друге, національна безпека – поняття конкретно – історичне і відповідно воно піддається трансформації в залежності від суспільно – політичних, економічних та інших умов. По-третє, на зміст поняття "національна безпека" впливають система національних інтересів, спрямованість та кількість загроз, а ці категорії не є усталеними і мають тенденцію до постійних змін.

Термін "національна безпека" визначається в законі "Про основи національної безпеки України" від 19 червня 2003 р. в такому значенні: "Національна безпека – захищеність життєво важливих інтересів людини і громадянина, суспільства і держави, за якої забезпечується сталий розвиток суспільства, своєчасне виявлення, запобігання і нейтралізація реальних та потенційних загроз національним інтересам у сферах правоохоронної діяльності, боротьби з корупцією, прикордонної діяльності та оборони, міграційної політики, охорони здоров'я, освіти та науки, науково-технічної та інноваційної політики, культурного розвитку населення, забезпечення свободи слова та інформаційної безпеки, соціальної політики та пенсійного забезпечення, житлово-комунального господарства, ринку фінансових послуг, захисту прав власності, фондових ринків і обігу цінних паперів, податково-бюджетної та митної політики, торгівлі та підприємницької діяльності, ринку банківських послуг, інвестиційної політики, ревізійної діяльності, монетарної та валютної політики, захисту інформації, ліцензування, промисловості та сільського господарства, транспорту та зв'язку, інформаційних технологій, енергетики та енергозбереження, функціонування природних монополій, використання надр, земельних та водних ресурсів, корисних копалин, захисту екології і навколишнього природного середовища та інших сферах державного управління при виникненні негативних тенденцій до створення потенційних або реальних загроз національним інтересам" [6, 351]. Як видно з тексту закону формулювання терміну "національна безпека" досить просторове. Для порівняння можна привести більш стисле визначення безпеки (національної безпеки) з Федерального закону Російської Федерації від 7 грудня 2010 р. "О безопасности": "Настоящий Федеральный закон определяет основные принципы и содержание деятельности по обеспечению безопасности государства, общественной безопасности, экологической безопасности, безопасности личности, иных видов безопасности, предусмотренных законодательством Российской Федерации (далее – безопасность, национальная безопасность), полномочия и функции федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления в области без-

опасности, а также статус Совета Безопасности Российской Федерации (далее – Совет Безопасности)" [9].

До об'єктів національної безпеки в Україні слід віднести – людину і громадянина, суспільство та державу. Суб'єктами забезпечення національної безпеки в нашій державі перш за все є: Президент України, Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України, Рада національної безпеки та оборони України, міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, Національний банк України суди загальної юрисдикції, прокуратура України, місцеві державні адміністрації та органи місцевого самоврядування, Збройні Сили України, Служба безпеки України, Служба зовнішньої розвідки України, Державна прикордонна служба України та інші військові формування, утворені відповідно до законів України; громадяни, об'єднання громадян. Таке деталізоване широке визначення все ж таки не може охопити всіх суб'єктів національної безпеки в Україні. Знову таки у російському законі "О безопасности" у статті 4 державні суб'єкти політики в області забезпечення безпеки вказані стисло і конкретно без посилань на якихось "та інших", а саме: "1. Государственная политика в области обеспечения безопасности является частью внутренней и внешней политики Российской Федерации и представляет собой совокупность скоординированных и объединенных единым замыслом политических, организационных, социально-экономических, военных, правовых, информационных, специальных и иных мер.

2. Основные направления государственной политики в области обеспечения безопасности определяет Президент Российской Федерации.

3. Государственная политика в области обеспечения безопасности реализуется федеральными органами государственной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления на основе стратегии национальной безопасности Российской Федерации, иных концептуальных и доктринальных документов, разрабатываемых Советом Безопасности и утверждаемых Президентом Российской Федерации.

4. Граждане и общественные объединения участвуют в реализации государственной политики в области обеспечения безопасности" [9, 2].

При аналізі норми ст.1 Закону України "Про основи національної безпеки України", яка визначає поняття національної безпеки, виникають певні зауваження.

По-перше, у дефініції крім інтересів людини і громадянина, суспільства і держави згадуються також національні інтереси, тому відразу виникає логічне питання про співвідношення цих категорій. Національні інтереси – це життєво важливі матеріальні, інтелектуальні і духовні цінності українського народу як носія суверенітету і єдиного джерела влади в Україні, визначальні потреби суспільства і держави, реалізація яких гарантує державний суверенітет України та її прогресивний розвиток. Проаналізувавши наведене визначення, можна дійти висновку, що інтереси суспільства і держави охоплюються поняттям національних інтересів, в той же час залишається не вирішеним питання про співвідношення індивідуальних та національних інтересів, оскільки у наведеному визначенні не згадується про інтереси людини і громадянина.

По-друге, конструкція "життєво важливі інтереси людини і громадянина" є оціночним поняттям, а її використання на практиці може призвести до невправданого розширення обсягу індивідуальних інтересів, які підлягають захисту з метою забезпечення національної безпеки. Слід враховувати, що державна охорона надається не будь-яким інтересам окремих осіб, а лише

тим із них, які мають більш – менш загальне значення, до того ж такі інтереси мають бути законними. Крім того, при визначенні об'єктів національної безпеки (ст.3 зазначеного Закону) законодавець взагалі не згадує про "життєво важливі інтереси" людини і громадянина, а говорить про їх конституційні права і свободи. Однак, у теорії права загальноприйнятим є розмежування законних інтересів і суб'єктивних прав. У найбільш загальному вигляді відмінність цих категорій полягає у наступному: законних інтересів набагато більше і вони є набагато різноманітнішими ніж суб'єктивні права; законним інтересам не кореспондують прямі юридичні обов'язки; вони не мають достатньо твердих юридичних гарантій [10, 412]; зв'язок законних інтересів із благами і їх захистом є більш віддалений, ніж у суб'єктивного права; вони є менш істотними у соціальному плані, ніж суб'єктивного права; вони є менш істотними у соціальному плані, ніж суб'єктивні права та являють собою можливість фактичної, а не правової властивості [11, 533].

По-третє, досить спірним є розуміння національної безпеки як захищеності життєво важливих інтересів, адже в загальнотеоретичному значенні інтерес – це причина дій індивідів, соціальних суб'єктів, яка визначає їхню поведінку і продовжує безпосередньо мотивами, помислами, ідеями індивідів [12, 219], а з позиції юридичної науки інтерес розглядається як "самостійний об'єкт правовідносин, реалізація якого задовольняється чи блокується нормативними засобами" [13, 3288]. Отже, використання у ст.1 Закону України "Про основи національної безпеки" конструкції "захищеність життєво важливих інтересів" є не зовсім вірним з точки зору логіки. Інтереси, як вірно відзначив Конституційний Суд України, можуть задовольнятися або не задовольнятися, але не захищатися. Тому доцільніше, на наш погляд, говорити про реалізацію національних інтересів і захист національних цінностей.

Автор вважає, що закріплене у законі визначення терміну "національна безпека" не достатньо розкриває його змістовну характеристику, що викликає необхідність наукових пошуків у цій сфері суспільних відносин. У більшості із наведених визначень національна безпека розглядається в загальнотеоретичному, соціально – філософському, політологічному значеннях. Однак, при дослідженні національної безпеки як правової категорії юридична наука не може в повній мірі задовольнятися таким розумінням, адже понятійна основа має визначатися залежно від тих конкретних завдань, які вирішуються в науковому дослідженні, та відповідно до предмета і методу цієї науки, в межах якої воно проводиться [14, 46]. Тому виникає необхідність сформулювати визначення національної безпеки у спеціально – юридичному значенні. Разом із тим, таке визначення повинно спиратися на загальнотеоретичне розуміння національної безпеки. Крім того, при опрацюванні поняття "національна безпека" як категорії юридичної неможливо обійтись без філософських, політологічних, соціальних та інших підходів до його вивчення – їх залучення до юридичного дослідження дозволяє глибше проникнути в сутність згаданого явища, вивчити всі найбільш важливі сторони суспільних відносин у сфері національної безпеки, які планується врегулювати нормами права, або ж уточнити зміст уже існуючих норм.

Юридична наука, досліджуючи питання національної безпеки, слугує для вирішення проблем нормативно – правового регулювання суспільних відносин у сфері забезпечення національної безпеки, відповідно і визначення поняття національної безпеки як правового феномена повинно бути сформульовано, спираючись на категорію суспільних відносин.

Слід відзначити, що у сучасних наукових джерелах деякі дослідники визначають концепцію національної безпеки через суспільні відносини. Зокрема, О. В. Українчук вважає, що національна безпека є специфічним видом суспільних відносин, які складаються між людьми та їх колективами у процесі цілеспрямованої діяльності щодо досягнення стану оптимального функціонування і розвитку громадянського суспільства, правової держави, їхніх структурних компонентів" [15, 7].

Логвиненко К. у своїй статті "Теоретичні підходи до визначення сутності національної безпеки" вказує: "На теоретичному рівні забезпечення національної безпеки розглядається як процес, в основі якого покладено спільну цілеспрямовану діяльність державних і громадських інститутів, а також окремих громадян, спрямована на захист основ і життєво необхідних умов для саморозвитку особи, суспільства і держави, що полягає у виявленні, попередженні та усуненні наявних і потенційних загроз, здатних завдати шкоди особі, суспільству і державі." [16, 54].

Обов'язковою ознакою сучасного розуміння національної безпеки є її регламентування і регулювання у відповідних правових приписах чинного законодавства. Держава як суб'єкт, який відповідно до Конституції України приймає на себе обов'язок забезпечення національної безпеки, безпеки кожного окремого громадянина, має лише один єдиний інструмент рішучого впливу на волю, свідомість та поведінку особи – право, правовий припис. Забезпечуючи національну безпеку, держава видає відповідні приписи, які завжди уособлюються правовою формою і спрямовані на регламентування суб'єктивних прав громадян на безпеку у тій чи іншій сфері та закріплення системи правових гарантій таких прав, визначення способів їх юридичного захисту, встановлення меж та видів відповідальності різних суб'єктів, у тому числі і держави, регулювання суспільних відносин, що виникають у зв'язку із забезпеченням національної безпеки, визначення компетенції суб'єктів забезпечення національної безпеки та встановлення системи засобів забезпечення національної безпеки. Таким чином, виникає особливе коло правовідносин, що носять міжгалузевий, комплексний, інтеграційний, характер, поза межами яких досягнення мети та завдань національної безпеки, є неможливим.

Автор погоджується з твердженням Хилько О.Л. проте, що "Однією з найважливіших причин відсутності у вітчизняній теоретико-політичній думці бачення цілісної концепції національної безпеки України є певна недооцінка ролі і значення громадянського суспільства в забезпеченні національної безпеки. Адже саме воно здатне забезпечити єдність людини, суспільства, нації, держави і організувати належний громадянський контроль за національною безпекою, гарантувати стабільний і безпечний розвиток суспільства в усіх сферах його життєдіяльності. Формуванню цілісної всеохоплюючої концепції національної безпеки України сприяло би залучення всіх громадян, громадських та політичних об'єднань до відкритого публічного обговорення проблемних питань національної безпеки та вироблення чіткої концепції національних інтересів України, на основі якої будуть визначені загрози безпеці особи, суспільства та держави і шляхи її забезпечення. Активне залучення громадськості до обговорення даного питання також має сприяти консолідації нації, розвитку громадянського суспільства в Україні." [17, 17]. В першу чергу такі громадські обговорення повинні проводитися під егідою місцевих органів самоврядування тому, що кожен регіон має свої особливі інтереси і проблеми, які стосуються національної безпеки.

Автор пропонує під концепцією національна безпека у спеціальному – юридичному значенні розуміти стан розвитку суспільних правовідносин і відповідних їм правових зв'язків, за яких системою правових норм, інших державно – правових і соціальних засобів гарантується захищеність прав і свобод громадян, життєво важливих цінностей та інтересів нації, конституційного ладу, суверенітету, територіальної цілісності і недоторканості держави від наявних та потенційних зовнішніх та внутрішніх загроз і створюються умови для сталого розвитку суспільства.

1. Декларація про державний суверенітет України // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1990. – №31. 2. Пирожков С., Селіванов В. Національна безпека України: сучасне розуміння // Вісник НА України. – 1992. № 9. 3. Возжеников А. В. Национальная безопасность России: методология исследования и политика обеспечения. М.: Изд-во РАГС, 2002. 4. Петрів І. Конституційно – правове поняття національної безпеки // Право України. – 2005. – №5. 5. Гончаренко О. М., Лисицин Е.М., Вагапов В.Б. Поняття національної безпеки в контексті національних інтересів України // Наука і оборона. – 2002. – №1. 6. Левицька М.Б. Теоретико – правові аспекти забезпечення національної безпеки органами внутрішніх справ України: Автореф. дис. канд. юр. наук: 12.00.01 НАН України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького – К., 2002. 7. Шипілова Л. М. Порівняльний аналіз ключових понять і категорій основ національної безпеки України: Автореф. дис. канд. політ. наук: 21.01.01. / Рада національної безпеки і оборони України; Інститут про-

блем національної безпеки – К., 2007. 8. Закон України від 19 червня 2003 р. № 964-IV "Про основи національної безпеки України" // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 39. 9. Федеральный закон Российской Федерации от 28 декабря 2010 г. № 390 ФЗ "О безопасности" / [Електронний ресурс "Российская газета" – Режим доступа: <http://www.rg.ru/2010/12/29/bezопасnost-dok.html>]. 10. Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права: Учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. Юристъ, 2007. 11. Скакун О.Ф. Теория держави і права (Енциклопедичний курс): Підручник. – Харків: Еспада, 2006. 12. Философский энциклопедический словарь: / Ред. коллег. С.С. Аверинцев, Э.А. Арабоглы, Л.Ф. Ильичев и др. 2-е изд.-М.: Советская энциклопедия, 1989. 13. Рішення Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 року № 18-рп / 2004 у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої ст. 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес) // Офіційний вісник України. – 2004. – №50. 14. Теоретико – правові основи забезпечення національної безпеки України: Монограф. / Г.В. Новицький. – К.: Інтертехнологія, 2008. 15. Українчук О.В. Забезпечення національної безпеки в умовах формування в Україні громадянського суспільства та демократичної, правової, соціальної держави: Автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.01 / Ун-т внутр. справ. – К., 1994. 16. Логвиненко К.М. Теоретичні підходи до визначення сутності національної безпеки / Юридичний журнал – К., 2009. – 3/81. 17. Хилько О.Л. Теоретичні засади визначення загроз національній безпеці України та шляхів її забезпечення: Дис. канд. політ. наук: 23.00. 01 / Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – К., 2004.

Надійшла до редколегії 20.09.11

А. Шевченко, здобувач

ПРИТЯГНЕННЯ СУДДІВ ДО ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА НОВИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ ПРО СУДОУСТРІЙ ТА СТАТУС СУДДІВ

Предметом дослідження статті є порядок притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності. Проаналізовано статус органів, які здійснюють дисциплінарне провадження щодо суддів. Окреслено проблемні питання запровадження служби дисциплінарних інспекторів. Надано оцінку видам дисциплінарних заходів, які застосовуються до суддів за порушення присяги судді.

Ключові слова: *судоустрій, статус суддів.*

Предметом исследования этой статьи является порядок привлечения судей к дисциплинарной ответственности. Проанализирован статус органов, которые осуществляют дисциплинарное производство в отношении судей. Очерчены проблемные вопросы работы служб дисциплинарных инспекторов. Дается оценка видам дисциплинарных мер, которые применяются к судьям за нарушение присяги.

Ключевые слова: *судоустройство, статус судей.*

The subject matter as investigated in this article is the procedure for holding judges subject to disciplinary responsibility. There has been analysed the status of the authorities conducting disciplinary proceedings against judges. There has been outlined the problems of introduction of the office of disciplinary supervisors. There has been assessed the disciplinary actions as taken against judges for their having violated their oath.

Key words: *judicial system, the status of judges.*

Питання дисциплінарної відповідальності суддів є важливими з позиції як ефективності судової системи, авторитету судової влади, так і досягнення балансу між незалежністю суддів та соціальним контролем за судом.

Даний вид відповідальності суддів, як і деякі інші складні суспільно-правові види відносин, є одночасно елементом деяких автономних підсистем. Теоретичне і практичне значення має те, що дисциплінарна відповідальність судді: по-перше, є однією зі складових нормативних положень статусу судді в Україні; по-друге, вона зберігає риси притаманні дисциплінарній відповідальності як виду юридичної відповідальності. При цьому саме специфіка статусу судді обумовлює притаманні їй особливості. Як зазначається, вони знаходяться в площині підстав, порядку реалізації відповідальності та статусі органів дисциплінарної влади [1].

Дисциплінарна відповідальність суддів, як вид спеціальної дисциплінарної відповідальності та юридичної відповідальності взагалі, є процесом впливу, з одного боку, на особу яка скоїла правопорушення, а з іншого – на потенційного правопорушника. Вплив з боку держави виражається в тому, що в нормативних актах знаходять своє відображення професійні обов'язки суддів, вимоги до них тощо. Їх порушення у деяких випадках, буде підставою дисциплінарної відповідальності.

В статтях 88, 105 Закону України "Про судоустрій і статус суддів" [2] фактично містяться дисциплінарні стягнення – несприятливі наслідки, що настають у випадках порушення службових обов'язків або неналежної поведінки поза службою. Законодавець тим самим встановлює ступінь негативної оцінки дії (бездіяльності) та ті позбавлення, що перетерплюватиме порушник. Законодавче закріплення дисциплінарної відповідальності впливає на формування стримуючих від порушень мотивів поведінки.

Крім того, вплив полягає у застосуванні дисциплінарних заходів, що виражається у визначених позбавленнях, і його сприйнятті порушником як наслідок скоєного ним. У цьому разі відповідальність є індивідуальною і конкретною, забезпечується державним примусом, і виражає ступінь негативної оцінки не тільки проступку, а й особи судді, який допустив порушення.

Відповідальність спрямована на те, щоб забезпечити попередження можливості скоєння нових правопорушень. Застосування заходів примусового впливу до особи "настроює" її проти нових правопорушень. А потенційна можливість застосування заходів примусового впливу сприяє виробленню в інших осіб мотивів до додержання юридичних норм.

Таким чином, значення дисциплінарної відповідальності суддів полягає насамперед у забезпеченні їх дис-

ципліни та запобіганні їй можливим порушенням. Впливаючи на суддів, чия поведінка або діяльність не відповідають професійним вимогам, відповідальність забезпечує їх додержання і, як наслідок, стає можливим здійснення професійної діяльності в порядку і на умовах, що встановлюються для даного виду діяльності. Іншими словами, вона буде здійснюватися особами, моральні якості яких відповідають таким, що передбачаються для суддів, та в параметрах, визначених матеріальним і процесуальним законом. Лише за такого підходу можливо говорити про одну з гарантій прав громадян у судочинстві.

Аналіз правового регулювання інституту дисциплінарної відповідальності суддів в свій час проводили Л.Є. Виноградова, О.С. Захарова, С.В. Подкопаєв, А.О. Селіванов та ін.[3] Проте у зв'язку з прийняттям нового Закону України "Про судوустрій і статус суддів" та як наслідок змінами у нормативному визначенні підстав такої відповідальності; у системі органів, що здійснюють дисциплінарне провадження; запровадженням інституту дисциплінарних інспекторів тощо звернення до даних питань є актуальним і своєчасними [4]. Таким чином, метою статті є аналіз сучасного стану законодавчого регулювання дисциплінарної відповідальності суддів в Україні.

Звернемо увагу, що інститут дисциплінарної відповідальності суддів на сьогодні закріплений в двох законах: "Про судоустрій і статус суддів" (розділ VI, глави 1, 2) та "Про Вищу раду юстиції" (розділ IV, глави 4, 5) [5]. Крім того в даних законах окремо містяться положення щодо звільнення суддів з посади, в тому числі у разі порушення ними присяги або вимог щодо несумісності (розділ VII Закону України "Про судоустрій і статус суддів"; розділ IV, глави 2, 3 Закону України "Про Вищу раду юстиції").

Відповідно до статті 85 Закону України "Про судоустрій і статус суддів" дисциплінарне провадження щодо судді здійснюють: Вища кваліфікаційна комісія суддів України – щодо суддів місцевих та апеляційних судів та Вища рада юстиції – щодо суддів вищих спеціалізованих судів та суддів Верховного Суду України.

Суддя місцевого чи апеляційного суду може оскаржити рішення Вищої кваліфікаційної комісії суддів України про притягнення його до дисциплінарної відповідальності до Вищої ради юстиції або Вищого адміністративного суду України (частина перша статті 89 Закону "Про судоустрій і статус суддів"). Акти, дії чи бездіяльність Вищої ради юстиції відповідно до частини третьої статті 27 Закону "Про Вищу раду юстиції", частини четвертої статті 18, статті 171-1 Кодексу адміністративного судочинства України можуть бути оскаржені до Вищого адміністративного суду України.

В межах розгляду порушеного питання, слід зупинитися на статусі та повноваженнях органів, що здійснюють дисциплінарне провадження щодо судді. Як вже було відмічено, такими органами в системі судоустрою є Вища кваліфікаційна комісія суддів України та Вища рада юстиції.

Статус Вищої кваліфікаційної комісії суддів України визначається главою 2 розділу VI Закону України "Про судоустрій і статус суддів". При цьому не зрозуміло навіщо законодавець розмістив цю главу в розділі "дисциплінарна відповідальність судді", адже відповідно до статті 91 даного закону серед повноважень Вищої кваліфікаційної комісії суддів України зазначені й такі, що не пов'язані з реалізацією дисциплінарної відповідальності, наприклад, "...облік даних про кількість посад у судах загальної юрисдикції..." або "проводить добір кандидатів на посаду судді вперше ... та приймає кваліфікаційний іспит" чи "надає рекомендацію про обрання на посаду судді безстроково...".

Очевидно, що організації та діяльності Вищої кваліфікаційної комісії суддів України в Законі має бути присвячено окремий розділ.

Вища кваліфікаційна комісія суддів України діє у складі 11 членів, причому 6 з них – судді, призначені з'їздом суддів України. В цьому сенсі склад комісії зауважень не викликає (на відміну від Вищої ради юстиції) та в повній мірі відповідає міжнародним стандартам у галузі судоустрою та статусу суддів, зокрема пунктам 1.3, 5.1 Європейської хартії про закон "Про статус суддів" [6]. Відповідно до них, щодо кожного рішення стосовно відбору та призначення судді на посаду, підвищення по службі або припинення його повноважень, законом має бути передбачено втручання органу, незалежного від виконавчої та законодавчої влади, у складі якого щонайменше половина членів – судді, обрані їх колегами, і в якому було б гарантовано якнайширше представництво суддівського корпусу. А у випадку невиконання суддею одного із своїх обов'язків, чітко визначених законом, він може підлягати санкції лише на підставі рішення за пропозицією, рекомендацією або згодою комітету або органу, принаймні половина складу якого обрані судді.

В той же час, викликає занепокоєння можливість переважання Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, враховуючи що територіальні кваліфікаційні комісії суддів ліквідовані, а право на звернення зі скаргою (заявою) щодо поведінки судді, яка може мати наслідком дисциплінарну відповідальність судді, має кожен, кому відомі такі факти (частина друга статті 84 Закону України "Про судоустрій і статус суддів", що безумовно, з одного боку, свідчить про відкритість судової системи та демократизацію дисциплінарного процесу, водночас, з іншого боку спостерігаються певні зловживання правом на такі звернення.

Здавалося, вирішення проблеми – запровадження інституту дисциплінарних інспекторів, яких у службі 33 особи (частина друга статті 98), проте Закон України "Про судоустрій і статус суддів" чітко не визначає їх статус і містить з цього приводу дещо суперечливі положення. Так, частиною другою статті 86 Закону України "Про судоустрій і статус суддів" визначено, що *перевірка даних* про наявність підстав для відкриття дисциплінарної справи та притягнення судді місцевого чи апеляційного суду до дисциплінарної відповідальності *здійснюється членом* Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. А в частині третій цієї статті закріплено, що *"під час здійснення перевірки член* Вищої кваліфікаційної комісії суддів України має право...". Поряд з цим частина друга статті 98 Закону передбачає *"з метою здійснення членами* Вищої кваліфікаційної комісії суддів України *належної перевірки* наявності підстав для притягнення суддів місцевих та апеляційних судів до дисциплінарної відповідальності *діє служба дисциплінарних інспекторів*, до складу якої входять тридцять три дисциплінарних інспектори. За кожним членом Вищої кваліфікаційної комісії суддів України закріплюється три дисциплінарних інспектори".

Дисциплінарні інспектори, як зазначається в статті 99 Закону України "Про судоустрій і статус суддів", за дорученням члена Вищої кваліфікаційної комісії суддів України *аналізують заяви та повідомлення* про неправомірні дії суддів *з метою виявлення підстав для відкриття дисциплінарних справ та здійснення перевірок*; готують проекти висновків про наявність підстав для притягнення суддів місцевих та апеляційних судів до дисциплінарної відповідальності; виконують *інші доручення члена* Комісії в ході дисциплінарного провадження відповідно до цього Закону.

З цього приводу звернемо увагу на наступне. По-перше, Закон України "Про судоустрій і статус суддів" не встановлює вимоги до інспекторів, наприклад, щодо їх освіти, досвіду роботи тощо. В частині четвертій статті 98 Закону України "Про судоустрій і статус суддів" йдеться лише про посилання на Закон України "Про державну службу" [7] в частині їх побутового забезпечення та соціального захисту. По-друге, *аналіз* заяв та повідомлень про неправомірні дії суддів з метою виявлення підстав для відкриття дисциплінарних справ та здійснення перевірок (стаття 99) у більшості випадків без проведення попередньої перевірки (або окремих дій) неможливо здійснити належним чином, проте в частинах другій та третій статті 86 Закону України "Про судоустрій і статус суддів" йдеться лише про таке право члена Вищої кваліфікаційної комісії суддів України.

Більше детальніше слід зупинитися на кваліфікації дисциплінарних інспекторів, враховуючи їх невелику чисельність та функції, які на них покладено Законом.

Дійсно, як такі вимоги до дисциплінарних інспекторів законодавством не передбачені. Проте логічно ставити питання про такі обов'язкові критерії, як наявність у осіб, котрих призначатимуть на ці посади, вищої юридичної освіти, а також моральних якостей і складу характеру, які в сукупності вказують на те, що особа є сумлінною та об'єктивно розглядатиме справи. Важливо також звернути увагу на необхідність уникнення конфлікту між минулою професійною діяльністю та діяльністю, пов'язаною зі збиранням інформації щодо суддів, з якими дисциплінарні інспектори вже "зустрічались", наприклад як представники в судових процесах, і мають підстави для суб'єктивної оцінки. У цьому контексті доцільно було б передбачити можливість самовідводу і відводу дисциплінарного інспектора, якому доручено перевірку щодо дій представника третьої гілки влади.

Зокрема, необхідним є встановлення більш жорстких вимог до професійної підготовки дисциплінарного інспектора, а саме не тільки наявність юридичної освіти, а й наявність фактичного стажу юридичної роботи, бажаніше щоб дисциплінарними інспекторами були або судді у відставці, або колишні працівники апарату суду, тобто особи, які мають уявлення як про процесуальну діяльність суду та суддів, так про внутрішню організацію судів.

З приводу статусу дисциплінарного інспектора, слід відмітити, що відповідно до Розпорядження Кабінету Міністрів України "Про віднесення посад керівних працівників та спеціалістів секретаріату Вищої кваліфікаційної комісії суддів України до відповідних категорій посад державних службовців" [8] дисциплінарних інспекторів було віднесено до третьої категорії державних службовців, отже тільки з цього нормативно-правового акту стає зрозумілим, що як найменше ці особи повинні відповідати вимогам, які ставляться до державного службовця та виконувати відповідні обов'язки державного службовця.

Таким чином, робимо висновок, що ідея законодавця щодо запровадження служби дисциплінарних інспекторів є зрозумілою, фактично це помічники членів Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, проте сучасний стан нормативного визначення їх статусу є неналежним і потребує свого законодавчого оформлення задля уникнення недобросовісного виконання наданої їм функції.

Також, на нашу думку, більш незаангажованим та об'єктивним дисциплінарний інспектор може бути у разі відсутності прямого підпорядкування члену Вищої кваліфікаційної комісії України.

Можливо ідея створення Дисциплінарної комісії суддів, від якої Україна відмовилась ще на перших кроках

судової реформи, могла б стати тим незалежним і демократичним органом у системі судоустрою.

Ми вже звертали увагу, що інститут дисциплінарної відповідальності суддів на сьогодні закріплений в двох законах: "Про судоустрій і статус суддів" (розділ VI, глави 1, 2) та "Про Вищу раду юстиції" (розділ IV, глави 4, 5). Крім того в даних законах окремо містяться положення щодо звільнення суддів з посади, в тому числі у разі порушення ними присяги або вимог щодо несумісності (розділ VII Закону України "Про судоустрій і статус суддів"; розділ IV, глави 2, 3 Закону України "Про Вищу раду юстиції"). При цьому створюється враження, що законодавець намагався поряд з інститутом дисциплінарної відповідальності суддів запровадити інститут звільнення суддів з посади. Проте фактично, за своєю суттю, звільнення суддів з посади є дисциплінарним заходом.

По-перше, відповідно до частини першої статті 147 Кодексу законів про працю України звільнення, поряд із доганою, є видом дисциплінарного стягнення, і хоча при цьому в частині другій статті 147 Кодексу законів про працю України визначено, що законодавством, статутами і положеннями про дисципліну для окремих категорій працівників можуть бути передбачені й інші дисциплінарні стягнення, однак це не позбавляє звільнення характеру дисциплінарної санкції [9]. Закон України "Про статус суддів" (в редакції до 21.06.2001 року) в частині першій статті 32 закріплював звільнення з посади як вид дисциплінарного стягнення (пониження кваліфікаційного класу також) [10].

По-друге, підстави для застосування догани або звільнення фактично одні й ті самі. Обидві санкції є наслідком порушення законодавства, етичних вимог і правил тощо. Самі формулювання законодавчих норм де-що відрізняються за формою, але не за змістом. До такого висновку можна прийти якщо уважно проаналізувати відповідні положення, зокрема частину першу статті 83 Закону України "Про судоустрій і статус суддів", Кодексу професійної етики судді – з одного боку [11] та статтю 53, частину четверту статті 54, статтю 55 даного Закону, частину другу статті 32 Закону України "Про Вищу раду юстиції", з іншого.

По-третє, одні й ті самі органи, в межах схожої процедури вирішують питання, як про накладення стягнення у вигляді догани, так і про звільнення їх з посади. Відповідно до статті 85 Закону України "Про судоустрій і статус суддів" дисциплінарне провадження щодо судді здійснюють: Вища кваліфікаційна комісія суддів України – щодо суддів місцевих та апеляційних судів та Вища рада юстиції – щодо суддів вищих спеціалізованих судів та суддів Верховного Суду України. Відповідно до статті 30 Закону України "Про Вищу раду юстиції" Вища кваліфікаційна комісія суддів України (член Вищої ради юстиції також) може звернутися до Вищої ради юстиції з пропозицією про прийняття подання про звільнення судді з посади, а згідно з частиною другою статті 105 Закону України "Про судоустрій і статус суддів", факти які свідчать про порушення суддею присяги (порушення присяги – підстава для звільнення судді) мають бути встановлені Вищою кваліфікаційною комісією суддів України.

Таким чином, звільнення суддів з посади фактично відбувається в межах реалізації такого правового інституту як дисциплінарна відповідальність. Однак неоднозначне законодавче регулювання породжує певні складнощі в механізмі його реалізації. Не в повній мірі зрозуміло, навіщо на рівні закону намагалися вводити окремі підстави для застосування догани, тим більше що вони за його змістом фактично тотожні конституційно визначеній підставі для звільнення суддів з посади – порушення присяги. Можливо законодавець намагався

позначити низку складів дисциплінарних проступків суддів зробивши прив'язку певного порушення до конкретної санкції (догани або звільнення). В той же час в теорії не піддається сумніву позиція відповідно до якої для дисциплінарних проступків характерна по-перше, відсутність закріплення в нормативних актах їх конкретних складів і прив'язки до відповідних санкцій. По-друге, протиправність означає не відповідність конкретного проступку складу забороняючої його норми, як це має місце в охоронних галузях права (наприклад, кримінальному праві), а порушення позитивної норми, що закріплює трудові (службові) обов'язки працівника [12].

З огляду на викладене, можна дійти висновку, що для визначення конкретної дисциплінарної санкції (догани або звільнення з посади) мають використовуватися в першу чергу такі критерії як, наприклад, характер проступку та його наслідки, особа судді, ступінь його вини, обставини, які впливають на можливість притягнення судді до відповідальності (тобто щонайменше ті які на сьогодні закріплені в частині другій статті 87 Закону України "Про судоустрій і статус суддів" та частині третій статті 42 Закону України "Про Вищу раду юстиції"). І в цьому сенсі, з огляду як на теорію, так і з позиції практичної діяльності, навряд чи є бездоганим законодавче регулювання дисциплінарної відповідальності суддів, зокрема в частині прив'язки конкретної санкції (догани або звільнення) до обов'язків, порушення яких має своїм наслідком реалізацію таких санкцій. Виключення можливо для звільнення судді з посади з підстав порушення ним вимог (обов'язку) щодо несумісності.

Крім того, виходячи з існуючого законодавчого регулювання незрозуміло з чого має виходити суб'єкт звернення до Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, при вирішенні питання про ініціювання дисциплінарної відповідальності або звільнення судді з посади, за відсутності конкретики та фактичній тотожності підстав в обох випадках. Заздалегідь це визначити майже неможливо, а остаточне вирішення питання про реалізацію тієї або іншої дисциплінарної санкції має приймати виключно Вища кваліфікаційна комісія суддів України або Вища рада юстиції. Тим більше в частині другій статті 105 Закону України "Про судоустрій і статус суддів" закріплено, що "факти, які свідчать про порушення суддею присяги, мають бути встановлені Вищою кваліфікаційною комісією суддів України або Вищою радою юстиції".

Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що першим кроком для приведення діючого інституту дисциплінарної відповідальності суддів до міжнародних стандартів є окреслення чітких завдань самих органів, що здійснюють дисциплінарне провадження, а саме, слід визначитися, основним гаслом їх діяльності є принцип

запобігання вчинення таких проступків або, навпаки, принцип не уникнення покарання за скоєне порушення.

Також, невід'ємним принципом формування незалежного інституту дисциплінарної відповідальності повинно стати закріплення на законодавчому рівні чітких критеріїв розмежування між доганою та звільненням.

Вважаємо за необхідне відмітити, що інститут дисциплінарних інспекторів повинен мати більш незалежний від членів Вищої кваліфікаційної комісії суддів України статус. Стосовно самих дисциплінарних інспекторів обов'язковим є закріплення чітких, а саме найголовніше більш жорстких критеріїв відбору для осіб, які претендують на зайняття такої посади державного службовця.

На завершення зазначимо, що сучасний стан законодавчого регулювання інституту дисциплінарної відповідальності суддів не є бездоганим, потребує відповідного теоретичного осмислення, вдосконалення, а найголовніше усвідомлення покладеної важливої на них функції як з боку самих носіїв мантий, так і з боку органів, які проводять добір на посади суддів, а потім накладають догани і звільняють.

1. Подкопаєв С.В. Дисциплінарна відповідальність суддів: сутність, механізм реалізації. – Х.: ВД "ІНЖЕК", 2003. – С.155. 2. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 7 липня 2010 р. № 2453-VI // Відомості Верховної Ради України від 22.10.2010 – 2010 р. – № 41, № 41-42; № 43; № 44-45. 3. Виноградова Л.Є. Юридична відповідальність суддів загальних судів України: дис. канд. юрид. наук: 12.00.10 / Одеська національна юридична академія. – О., 2004.; Захарова О.С. Теоретичні та практичні питання щодо дисциплінарної відповідальності суддів // Вісник Академії адвокатури України. – 2009. – № 1 (14). – С.21 – 25; Подкопаєв С.В. Дисциплінарна відповідальність суддів: дисертація канд. юрид. наук: 12.00.10 / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2003.; Селіванов А.О. Вдосконалення механізму дисциплінарної відповідальності суддів та його науково-практичне осмислення / Вісник Верховного Суду України – № 4 (56) – 2005. – ст.44 – 47. 4. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 07.07.2010 № 2453-VI // Відомості Верховної Ради України від 22.10.2010 – 2010 р., № 41, / № 41-42; № 43; № 44-45 /, стор. 1468, стаття 529. 5. Про Вищу раду юстиції: Закон України від 15 січня 1998 року № 22/98-ВР // Офіційний вісник України від 26.02.1998 – 1998 р. – № 6. – стор. 13. 6. Європейська хартія про закон "Про статус суддів" // Міжнародні стандарти незалежності суддів: збірка документів. – К.: Поліграф-Експрес, 2008 – С.91-95. 7. Про державну службу: Закон України від 16 грудня 1993 року № 3723-XII // Відомості Верховної Ради України від 28.12.1993 – 1993 р. – № 52. – стаття 490. 8. Про віднесення посад керівних працівників та спеціалістів секретаріату Вищої кваліфікаційної комісії суддів України до відповідних категорій посад державних службовців: Розпорядження Кабінету Міністрів України // Офіційний вісник України від 15 листопада 2010 року – 2010 р. – № 85 – стор. 19. 9. Кодекс законів про працю України: Затверджений Законом Української ССР від 10 грудня 1971 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1971. – № 50. – Ст.375. 10. Про статус суддів Закон України від 15 грудня 1992 року № 2862-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 8. – Ст. 56. 11. Кодекс професійної етики судді: затверджено V з'їздом судді 24 жовтня 2001 року // Вісник Верховного Суду України. – 2002. – № 5. 12. Сыроватская Л.А. Ответственность за нарушение трудового законодательства. – М.: Юрид. лит., 1990 – С.51.

Надійшла до редколегії 20.09.11

УДК 349.6

Т. Шох, асист.

МАЙНОВИЙ ІНТЕРЕС ЯК ПРЕДМЕТ ДОГОВОРУ ЕКОЛОГІЧНОГО СТРАХУВАННЯ

Стаття присвячена аналізу особливостей категорії "майновий інтерес" в екологічному страхуванні.

Ключові слова: екологічне страхування, договір екологічного страхування, майновий інтерес, екологічний інтерес.

Статья посвящена анализу особенностей категории "имущественный интерес" в экологическом страховании.

Ключевые слова: экологическое страхование, договор экологического страхования, имущественный интерес, экологический интерес.

The article is devoted to the analysis of category "property interest" in the ecological insurance.

Key terms: ecological insurance, ecological insurance contract, the property interest, ecological interest.

В еколого-правовій літературі висловлювалась точка зору, відповідно до якої із урахуванням того, що об'єктом страхування є *майнові інтереси*, об'єктом екологічного страхування є екологічні інтереси, які потребують страхового захисту. При цьому зазнача-

лось, що "екологічним страхуванням повинні забезпечуватись не тільки майнові, але й інші екологічні інтереси", а саме "інтереси страхувальників, застрахованих або інших третіх осіб, які можуть бути пов'язані із проведенням превентивних заходів, спрямованих на

© Шох Т., 2011

запобігання забрудненню навколишнього природного середовища" [1, с. 52; 2, с. 37].

Аналогічний підхід мав місце також і з приводу екологічного інтересу в екологічному страхуванні. Такий інтерес розглядався як "взаємна заінтересованість страховика і страхувальника у попередженні аварій та заподіянні шкоди", що існує поряд із економічною зацікавленістю, "яка полягає в отриманні прибутку та компенсації збитків" [3, с. 33].

На наш погляд, можливість проведення превентивних заходів з метою зниження ступеню екологічного ризику, що здійснюється шляхом виділення коштів з екологічних страхових фондів, без сумніву може розглядатись у якості гарантій екологічних прав і інтересів, у тому числі і немайнових. Але, поряд з цим, необхідно враховувати, що "основною функцією інструментів економічного механізму охорони навколишнього природного середовища є регулювання саме через майновий інтерес" [4, с. 7], який "так чи інакше присутній у складі повноважень у сфері охорони довкілля" [5, с. 31].

У зв'язку з цим, виникає необхідність проаналізувати особливості майнових інтересів в екологічному страхуванні, а також розглянути їх у співвідношенні з інтересами екологічними.

З цієї метою варто передусім звернутись до загальних засад майнового інтересу у страхуванні. Підставами для цього в умовах відсутності спеціального закону про екологічне страхування є норма ч. 3 ст. 49 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" від 25 червня 1991 року [6], відповідно до якої порядок екологічного страхування визначається законодавством України, а також норма ст. 9 Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 року № 435-IV (ЦКУ) [7], згідно з якою до регулювання відносин, які виникають у сфері використання природних ресурсів та охорони довкілля у випадках, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства, застосовуються положення ЦКУ.

Відповідно до ст. 1 Закону України "Про страхування" від 7 березня 1996 року № 85-96/ВР [8] страхування визначається як вид цивільно-правових відносин щодо захисту майнових інтересів громадян та юридичних осіб у разі настання певних подій (страхових випадків).

Разом з тим, у законодавстві не розкривається зміст таких інтересів. Лише зазначається, що "майнові інтереси, які не суперечать законодавству, пов'язані з життям, здоров'ям, працездатністю та пенсійним забезпеченням; з володінням, користуванням та розпорядженням майном; з відшкодуванням страхувальником заподіяної ним шкоди особі або її майну, а також шкоди, заподіяної юридичній особі", є предметом договору страхування (ст. 4 Закону України "Про страхування", ст. 980 ЦКУ). При цьому варто зауважити, що до прийняття чинного на сьогодні ЦКУ та внесення відповідних змін у зв'язку з його прийняттям до Закону України "Про страхування" [9] зазначені інтереси визнавались об'єктом страхування.

Аналізуючи спеціальну наукову літературу, можна зробити висновок, що серед науковців також не існує єдиної точки зору щодо поняття страхового інтересу (майнового інтересу в страхуванні), так само як і з приводу того, чи вважати такий інтерес предметом або об'єктом страхування.

Найбільш обґрунтованими, на нашу думку, є позиції з цього приводу В. М. Яковлева, В. П. Янишена та В. І. Сребровського.

Досліджуючи природу майнового інтересу у страхуванні, Яковлев В. М. зазначає, що інтерес – не продукт волі і свідомості індивіда, а наслідок об'єктивних

економічних відносин, що визначають спрямованість волі та дій людей. Майновий інтерес виражається у суб'єктивному ставленні людей до умов їх життя та потреб, індивідуалізується, пов'язується з конкретним майновим об'єктом, який може бути пошкоджено (зруйновано), та є інтересом відтворення можливих майнових втрат [10, с. 129-132].

Розвиваючи це положення, Янишен В.П. стверджує, що за своєю природою майновий інтерес "є об'єктивним (визначається об'єктивною реальністю) та суб'єктивним (полягає у зв'язку з особою, її свідомістю)" [11, с. 9].

Роль та значення страхового інтересу, на думку Сребровського В. І., полягає у тому, що він виступає предметом страхування, оскільки страховик, укладаючи договір страхування, не бере на себе зобов'язання відновити ту чи іншу річ, що постраждала від настання страхового випадку, а зобов'язується тільки відшкодувати той збиток, якого може зазнати страхувальник [12, с. 67].

Узагальнюючи ці положення, можна зробити висновок, що майновий інтерес у страхуванні є об'єктивно-суб'єктивною категорією, тісно пов'язаною:

по-перше, з наявними благами майнового та немайнового характеру, які можуть бути пошкоджені (зменшені) внаслідок настання тієї або іншої події (зі зменшенням благ у зв'язку із виникненням обов'язку здійснити виплати третім особам майновий інтерес страхувальника пов'язується, зокрема, у страхуванні відповідальності [13, с. 113]);

по-друге, з особою, її повноваженнями стосовно цих благ та бажанням щодо їх відтворення;

по-третє, з об'єктивною наявністю ризиків.

Взаємодія майнового інтересу з ризиками відбувається на рівні свідомості людини. Вона полягає у тому, що існування ризику усвідомлюється особою, на яку можуть бути покладені майнові наслідки його реалізації, проектується на відповідний майновий інтерес і зумовлює виникнення страхового інтересу, оскільки спрямовує таку особу до прийняття рішення на користь страхування.

На цьому етапі, об'єктивний і суб'єктивний майновий інтерес поряд із об'єктивною наявністю ризиків, що загрожують зазначеним благам, є юридичним фактом, який виступає передумовою виникнення страхових правовідносин. На відміну від цього, у подальшому, після укладення відповідного договору, визначення його істотних умов, такий інтерес конкретизується, визначається як страховий інтерес і становить предмет договору страхування. Об'єктами такого договору виступають відповідні майнові та немайнові блага та передбачені у законодавстві суб'єктивні права і обов'язки.

Останнє впливає зі змісту ст. 4 Закону України "Про страхування". Відповідно до цієї статті у якості об'єктів в особистому страхуванні передбачені конкретні немайнові блага (життя, здоров'я тощо). На відміну від цього у майновому страхуванні та страхуванні відповідальності майнові інтереси пов'язуються не безпосередньо з майном, а з майновими правами і обов'язками щодо нього. Йдеться про права "володіння, користування і розпорядження майном" (у майновому страхуванні) та про обов'язок по "відшкодуванню страхувальником заподіяної ним шкоди особі або її майну, а також шкоди, заподіяної юридичній особі" (у страхуванні відповідальності).

Таке співвідношення предмету та об'єкту договору страхування уявляється справедливим, оскільки воно:

по-перше, ґрунтується на зазначених вище засадах теорії страхового права;

по-друге, впливає із положень чинного на сьогодні законодавства (ст. 4 Закону "Про страхування", ст.ст. 989, 991, 998 ЦК України та ін.), згідно з якими

поняття "об'єкт, що страхується", "об'єкт страхування", "об'єкт договору страхування", "застрахований об'єкт" та "предмет договору страхування" хоча і не визначені, але використовуються саме у такому взаємозв'язку;

по-третє, узгоджується із загальнонауковими підходами [14, с. 53; 15, с. 525; 16, с. 280, 330] до співвідношення категорій "об'єкт" і "предмет", відповідно до яких: 1) у якості суспільствознавчих та філософських термінів "об'єкт" і "предмет" тісно пов'язані між собою; 2) ці категорії співвідносяться як загальне і особливе; 3) об'єктом є те, що протистоїть суб'єкту у пізнавальній і практичній діяльності, предметом – найбільш значимі властивості, зв'язки та відносини, які суб'єкт вирізняє в об'єкті, виходячи зі своєї мети. Такі властивості виходять на перший план і на них безпосередньо спрямовується діяльність суб'єкта.

На підставі цього, з *об'єктивної точки зору*, майновий інтерес можна вважати найбільш значимою для страхування (у тому числі і екологічного) *властивістю* відповідних об'єктів, на яку безпосередньо спрямовані дії учасників страхування. У зв'язку з цим, його відсутність свідчить про неможливість того або іншого блага (права, обов'язку) бути об'єктом страхового захисту, а наявність – можна вважати *критерієм* який визначає можливість цих благ виступати у якості такого об'єкту.

Враховуючи цей критерій (із урахуванням взаємозв'язку: суб'єкт – предмет (майнові інтереси) + ризик – об'єкт) такі об'єкти повинні відповідати *наступним ознакам*: *по-перше*, бути "юридично закріпленими" за конкретним суб'єктом шляхом встановлення відповідних прав і обов'язків; *по-друге*, щодо них повинен існувати ризик пошкодження (зменшення).

Важливе значення має також і те, що майновий інтерес у даному випадку спрямований не на відновлення пошкодженого (зменшеного) об'єкту, не на відшкодування в натурі (передачі речі такого ж роду і такої ж якості (ч. 1 ст. 1192 ЦКУ), а на отримання певної грошової суми – страхової виплати, розмір якої залежить від вартості такого блага та/або розміру заподіяної йому шкоди. На підставі цього, *третьою* необхідною ознакою такого об'єкту можна вважати *можливість вартісного (грошового) виразу самого об'єкту або заподіяної йому шкоди*.

На користь останнього з цих положень свідчить також те, що: 1) за договором майнового страхування і страхування відповідальності (в частині шкоди, заподіяної майну) розмір такої виплати не може перевищувати розміру *прямого (реального) збитку* (ч. 1, 2, 16, 17 ст. 9 Закону України "Про страхування"; ст. 988 ЦКУ), який вираховується у *грошовій формі* [17, с. 378] і визначається відповідно до *реальної вартості втраченого майна* (ч. 4 ст. 988 ЦКУ; ч. 2 ст. 1192 ЦКУ); 2) за договором особистого страхування і страхування відповідальності (в частині шкоди, заподіяної немайновим благами) розмір страхової суми не пов'язується з розміром прямої шкоди, але обмежується здатністю страхувальника сплачувати відповідні премії [18]. При цьому розмір страхової премії обчислюється множенням страхової суми на страховий тариф, який, в свою чергу, вираховується на підставі математичної ймовірності настання страхового випадку та тяжкості можливих наслідків заподіяної шкоди в окремих групах ризику і в цілому за відповідним видом страхування [19, с. 266]. Це доводить, що і у цьому випадку узагальнений розмір шкоди, заподіяної внаслідок реалізації конкретного різновиду ризику, впливає на розмір відповідної страхової виплати.

Поряд з цим, з *суб'єктивної точки зору*, майновий інтерес повинен бути присутнім у складі повноважень суб'єкта щодо зазначених благ.

Згідно зі ст. 979 ЦКУ та ст. ст. 2, 3 Закону України "Про страхування" *суб'єктами* страхових правовідносин є страховик і страхувальник. Поряд з цим, передбачено, що страхувальники можуть укладати зі страховиками договори про страхування інших осіб (застрахованих осіб або вигодонабувачів).

З приводу того, інтереси кого саме серед зазначених осіб можна вважати предметом договору страхування, у спеціальній літературі існують різні позиції. Відмінність між ними полягає у тому, що такими суб'єктами вважаються: або лише страхувальники із урахуванням того, що відсутність майнового інтересу безпосередньо у страхувальника тягне недійсність договору страхування і перетворює його на парі [20, с. 54-55]; або більш широке коло осіб, яке, поряд із страхувальниками, включає також і інших учасників страхування (застрахованих осіб та вигодонабувачів) [13, с. 108; 21, с. 25].

Дійсно, логічно вважати, що предметом договору страхування може бути передусім майновий інтерес страхувальника як однієї із сторін такого договору. Але у той же час, це не заважає, наприклад, у страхуванні відповідальності, *поряд* із інтересом страхувальника, пов'язаним із *обов'язком відшкодувати заподіяну ним шкоду*, зараховувати до предмету відповідного договору також і інтереси вигодонабувачів, які у даному випадку можуть бути пов'язані з життям, здоров'ям, володінням та користуванням майном (а також із *правом на відшкодування шкоди, заподіяної цим особам в результаті діяльності страхувальника*).

У страховому законодавстві немає чіткості щодо вирішення цього питання. Ст. 4 Закону України "Про страхування" не містить вказівки щодо *суб'єктів* майнових інтересів як предмету договору страхування. Але, разом з тим, на користь можливості *поєднання в одному договорі страхування як майнових інтересів страхувальника, так і майнових інтересів інших осіб* свідчить те, що відповідно до ст. 985 ЦКУ страхувальник має право укласти із страховиком договір на користь третьої особи. Із урахуванням цього суб'єктом майнового інтересу в страхуванні можуть бути страхувальник, застрахована особа та вигодонабувач.

Підсумовуючи зазначене, *майновим інтересом у страхуванні* (страховим інтересом) можна вважати інтерес особи (страхувальника, застрахованої особи, вигодонабувача) стосовно юридично закріплених за нею благ майнового або немайнового характеру (за умови, що такі блага або заподіяна їм шкода, можуть мати вартісний вираз), спрямований на відтворення можливих майнових втрат, які можуть бути спричинені носієві такого інтересу в результаті пошкодження (зменшення) зазначених благ, порушення відповідних прав (виникнення обов'язків) в результаті настання страхового випадку. Такий інтерес виступає *предметом договору страхування*, основною властивістю (критерієм) *об'єктів* страхування та складовою повноважень суб'єкта страхування (страхувальника, застрахованої особи, вигодонабувача) щодо такого об'єкта.

Загальні особливості страхового інтересу повною мірою виявляються і в екологічному страхуванні.

На підставі викладеного можна зазначити, що з *об'єктивної точки зору* майновий інтерес в екологічному страхуванні безпосередньо пов'язаний із майновими та немайновими благами та можливістю заподіяння їм шкоди в результаті реалізації екологічних ризиків. З *суб'єктивної сторони* – він є складовою окремих повноважень у сфері екологічних правовідносин та ознакою правосуб'єктності осіб, які можуть бути учасниками страхових правовідносин.

За таких умов, більш детальне визначення *об'єктивної складової майнового інтересу в екологічному страхуванні* обумовлює необхідність з'ясування сутності шкоди, на випадок якої воно здійснюється, і передусім *кола об'єктів* її заподіяння.

На сьогодні екологічне законодавство, на жаль, не містить поняття такої шкоди, її ознак, не чітко визначає об'єкти, яким така шкода може бути завдана. Так, наприклад, до об'єктів правової охорони Законом України "Про охорону навколишнього природного середовища" віднесені: *навколишнє природне середовище* як сукупність природних, природно-соціальних умов та процесів; *природні ресурси* (ч. 1, ст. 5); *здоров'я і життя людей*, охорона яких здійснюється на випадок негативного впливу несприятливої екологічної обстановки (ч. 3, ст. 5).

Однак, разом з тим у Законі містяться положення про: "відшкодування *шкоди, заподіяної здоров'ю та майну* внаслідок негативного впливу на навколишнє природне середовище" (п. "з", ст. 9); "компенсацію в установленому порядку *шкоди, заподіяної здоров'ю і майну громадян* внаслідок порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища" (п. "д", ст. 10). Зі змісту ст. 69 випливає, що *шкода, заподіяна навколишньому природному середовищу, життю, здоров'ю, майну* відшкодовується за нормами цивільного законодавства, але із урахуванням деяких особливостей тощо.

Поряд з цим, в еколого-правовій літературі також існують різні підходи до розуміння шкоди у відповідній сфері. За обсягом поняття "екологічна шкода" розглядається у вузькому і широкому розумінні.

В *першому* випадку, це поняття обмежується шкодою, заподіяною *немайновим* благам. На думку В.В. Петрова, об'єктом посягання такої шкоди є навколишнє природне середовище, а через нього – екологічні інтереси суспільства щодо чистого, здорового, продуктивного, генетично різноманітного середовища життєдіяльності [22, с. 151-154]. Така шкода визнається складовою більш широкого поняття "шкода, заподіяна в результаті екологічного правопорушення", іншими складовими якої є: економічна шкода (яка зазіхає на майнові інтереси природокористувачів, у тому числі власників) та антропологічна шкода, що поділяється на фізіологічну (яка зазіхає на здоров'я людини) та генетичну (яка зазіхає на стан майбутніх поколінь) [23, с. 28].

В *широкому* розумінні, екологічна шкода розглядається як різновид шкоди, обумовленої екологічними причинами [24, с. 107]. Вона включає в себе шкоду, заподіяну як *немайновим, так і майновим* благам, зокрема: навколишньому природному середовищу та окремим природним об'єктам, життю і здоров'ю людини, майну громадян, юридичних осіб, держави тощо, внаслідок погіршення стану навколишнього природного середовища [25, с. 77; 26, с. 494-495].

З цих позицій М. В. Краснова зазначає, що така шкода має три форми, відповідно до структури екологічного права реалізується у природоресурсних, природоохоронних та правовідносинах із забезпечення екологічної безпеки та визначається як погіршення стану навколишнього природного середовища, природних ресурсів і комплексів, інших природних об'єктів унаслідок порушення правових екологічних вимог, зменшення або знищення при цьому екологічних майнових чи екологічних немайнових прав і благ, що охороняються нормами екологічного законодавства. У якості об'єктів посягання у даному випадку називаються: "природні ресурси, що належать власнику чи користувачу, навколишнє природне середовище як умова життєдіяльності

та життя і здоров'я людини в такому середовищі", а також майно фізичних та юридичних осіб [27, с. 57,69].

Аналізуючи наведені позиції, можна помітити, що обсяг поняття "екологічна шкода" принципово розрізняється як за колом об'єктів її заподіяння, так і за особливостями її прояву. У вузькому розумінні екологічною вважається лише та шкода, яка позначається на екологічних інтересах суспільства. У той час, як в широкому розумінні, поняття "екологічна шкода" за обсягом співвідноситься із поняттям "шкода, заподіяна внаслідок погіршення якості навколишнього природного середовища" і може позначатись як на *майнових*, так і на *немайнових, екологічних, інтересах*.

За аналогією зі страхуванням, такі інтереси можна вважати *предметом, складовою частиною, властивістю об'єктів* (якими у даному випадку є: навколишнє природне середовище, природні ресурси, життя і здоров'я людини, майно), на які безпосередньо спрямовано негативний у даному випадку вплив.

З огляду на властивості цих об'єктів, інтереси, пов'язані з ними, уявляється можливим поділити на: *екологічні немайнові* (пов'язані з навколишнім природним середовищем як середовищем життєдіяльності, з життям і здоров'ям людини як біологічної істоти, задоволенням її екологічних потреб); *екологічні майнові* (пов'язані з відшкодуванням шкоди, заподіяної життю та здоров'ю фізичної особи; володінням, користування і розпорядженням природними ресурсами); *майнові неекологічні* інтереси (пов'язані з володінням, користування і розпорядженням майном).

В еколого-правовій літературі неодноразово наголошувалось на різноплановості інтересів, що виникають у сфері взаємодії суспільства і природи. Із урахуванням того, що навколишнє природне середовище та окремі його компоненти є основою для задоволення як економічних, так і екологічних потреб і інтересів, зазначалось, що ці інтереси перебувають у єдності і протиріччі.

Поряд з цим, категорія "екологічні інтереси" визначалась досить узагальненою і змістовно чітко не визначеною у чинному законодавстві [28, с. 31]. На відміну від чого, у теорії екологічного права питанням екологічного інтересу приділялась значна увага. Екологічний інтерес було визначено як такий, що має позаекономічний характер. Поряд з цим, зазначалось, що він є інтересом у збереженні природних об'єктів та підтриманні прийнятної для життя якості навколишнього природного середовища. Основною його відмінністю було названо те, що він характеризується чітко визначеною єдиною і кінцевою метою, яка полягає у збереженні якості навколишнього природного середовища, не пов'язана із досягненням будь-якого іншого результату і не повинна розглядатись як спосіб його досягнення [29, с. 8,10,12].

На підставі цього, а також із урахуванням вищезазначеного, можна зробити висновок, що екологічний немайновий інтерес не входить до складу предмету договору екологічного страхування, межі якого визначаються на сьогодні згідно з вимогами страхового та цивільного законодавства.

Саме цим, на нашу думку, пояснюється невідповідність між колом об'єктів заподіяння екологічної шкоди і передбаченим у законодавстві колом об'єктів екологічного страхування. Вона полягає у тому, що об'єктами заподіяння екологічної шкоди є передусім *навколишнє природне середовище та інші природні об'єкти*; а також *життя і здоров'я людини, майно громадян, юридичних осіб, держави* тощо. У той час, як виключний перелік благ, щодо яких відповідно до ст. 49 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" здійснюється екологічне страхуван-

ня, включає лише: 1) *громадян (вочевидь йдеться про їх життя і здоров'я)*; 2) *їх майно*; 3) *майно і доходи підприємств, установ і організацій*.

Поряд з цим, на підставі меж, визначених для предмету договору страхування відповідно до страхового законодавства, які згідно з ч. 3 ст. 49 та ст. 9 ЦКУ, повною мірою застосовуються і до страхування екологічних ризиків, *предметом договору екологічного страхування (як приватно-правової угоди) можуть бути майнові інтереси, пов'язані з майновими та немайновими благами, а також із правами та обов'язками щодо таких благ*. Зокрема: 1) майнові інтереси, пов'язані з життям і здоров'ям фізичних осіб; 2) майнові інтереси, пов'язані з володінням, користуванням і розпорядженням природними ресурсами; 3) майнові інтереси, пов'язані з володінням, користуванням і розпорядженням майном; 4) майнові інтереси *страхувальника* пов'язані з відшкодуванням шкоди, заподіяної ним особі або її майну (як зазначалось такий інтерес пов'язується зі зменшенням наявного у страхувальника майна), а також майнові інтереси *інших осіб* (вигодонабувачів – потерпілих внаслідок заподіяння такої шкоди), пов'язані з життям і здоров'ям, володінням, користуванням і розпорядженням природними ресурсами, іншим майном, а також з *правом цих осіб на відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок погіршення якості навколишнього природного середовища в результаті діяльності страховика*.

1. Даугуль В. Поняття та особливості екологічного страхування в Україні / В. Даугуль // Право України. – 1999. – № 4. – С. 51-54. 2. Паламарчук В. Екологічне страхування / В. Паламарчук, О. Савченко // Економіка, фінанси, право. – 2001. – № 9. – С. 36-38. 3. Орлов Н. Экологический интерес в правовом регулировании предпринимательской деятельности / Н. Орлов // Предпринимательство. Хозяйство. Право. – 1999. – № 8. – С. 31-34. 4. Петрова Т. В. Правовые проблемы экономического механизма охраны окружающей среды / Т. В. Петрова – М.: Издательство "Зерцало". – 2000. – 192с. 5. Анисимова А. В. Осуществление гражданами экологических прав: дис... канд. юр. наук: спец.: 12.00.06. "Земельное право; аграрное право; экологическое право; природоресурсовое право" / А.В. Анисимова; Национальная академия

Украины им. Ярослава Мудрого – Харьков, 1996. – 168с. 6. Відомості Верховної Ради. – 1991. – № 41. – Ст. 546. 7. Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №№ 40-44. – Ст. 356. 8. Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 7. – Ст. 50. 9. Закон України "Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Цивільного кодексу України" від 27 квітня 2007 № 997 // Відомості Верховної Ради України від 17.08.2007 – № 33. – Ст. 1081. 10. Яковлев В. Н. Страховые правоотношения в сельском хозяйстве / В. Н. Яковлев. – Кишинев: Штиинца, 1973. – 321 с. 11. Янишен В. П. Понятие и признаки страховых правоотношений в Украине: дис... канд. юр. наук: спец.: 12.00.03. "Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право" / В. П. Янишен; Національна юридична академія імені Ярослава Мудрого – Харьков, 1997. – 210 с. 12. Серебровский В. И. Очерки советского страхового права / В. И. Серебровский – М.: Госюриздат, 1926. – 184 с. 13. Михайлов С. В. Категория интереса в российском гражданском праве / С. В. Михайлов. – М.: "Статут", 2002. – 205 с. 14. Современная философия / [ред. В. М. Кожановского]. – Ростов-на-Дону: Феникс, 1996. – 511 с. 15. Философский энциклопедический словарь / [Сост.: Л. Ф. Ильичев, П. Н. Федосеев, С. М. Ковальов, В. Г. Панов] – М.: Сов. Энциклопедия, 1983. – 840 с. 16. Яценко Н. Е. Толковый словарь общенаучных терминов / Н. Е. Яценко. – СПб., 1999. – 524 с. 17. Юридический энциклопедический словарь / [Гл. ред. А. Я. Сухарев; Ред. кол.: М. М. Богуславский, М. И. Козырь, Г. М. Миньковский и др.] – М.: Сов. энциклопедия, 1984. – 415 с. 18. Страхування: підручник / Керівник авт. колективу і наук. ред. С. С. Осадець. – [вид. 2-е, перероб. і доп.] – К.: КНЕУ, 2002 – 599 с. 19. Спектор А. А. Страхование / А. А. Спектор. – Пермь. – 1998. – 486 с. 20. Брагинский М. И. Договор страхования / М. И. Брагинский. – М.: "Статут", 2000. – 174 с. 21. Пацурия Н. Б. Страхове право України: Навч. Посібник / Н. Б. Пацурия. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 176с. 22. Петров В. В. Правовая охрана природы в СССР: учебник / В. В. Петров. – М., 1984. – 384 с. 23. Никишин В. В. Теоретические проблемы возмещения экологического вреда: идеи В.В. Петрова и современность / В. В. Никишин // Экологическое право. – № 2/3. – 2009. – С. 28-32. 24. Колбасов О. С. Возмещение гражданам экологического вреда / О. С. Колбасов // Государство и право. – 1994. – № 4. – С. 107-117. 25. Балюк Г. І. Екологічне право України: конспект лекцій у схемах (загальна і особлива частини): навч. посібник / Г. І. Балюк. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 192 с. 26. Бринчук М. М. Экологическое право (право окружающей среды) / М. М. Бринчук. – М.: Юристъ, 1998 – 688 с. 27. Краснова М. В. Компенсация вреда за экологическим законодательством Украины (теоретико-правовые аспекты): монография / М. В. Краснова. – К.: Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет", 2008. – 439 с. 28. Андрейцев В. І. Право екологічної безпеки: Навч. та наук.-практ. посіб. / В. І. Андрейцев. – К.: Знання-Прес, 2002. – 332 с. 29. Васильева М. И. Общественные экологические интересы: правовое регулирование / М. И. Васильева. – М.: Наука, 1999. – 132 с.

Надійшла до редколегії 20.09.11

УДК 347.961

Н. Горбань, здобувач

ПРИНЦИП ПРОФЕСІЙНОЇ КОМПЕТЕНТНОСТІ ТА МОРАЛЬНО-ЕТИЧНИХ СТАНДАРТІВ ДІЯЛЬНОСТІ НОТАРІУСА

В даній статті розкривається сутність поняття професійної компетентності нотаріуса, її співвідношення із морально-етичними аспектами діяльності нотаріуса, визначаються та аналізуються стадії формування компетентності нотаріуса та її складові.

В даній статті розкривається сутність поняття професійної компетентності нотаріуса, її співвідношення із морально-етичними аспектами діяльності нотаріуса, визначаються та аналізуються стадії формування компетентності нотаріуса та її складові.

This article reveals the essence of the concept of professional competence of a notary, its correlation to moral and ethical aspects of practice of a notary, also the stages of formation of competence of a notary and its components are defined and analyzed.

Ключові слова: компетенція, компетентність, нотаріус, морально-етичні стандарти.

Ключевые слова: компетенция, компетентность, нотариус, морально-этические стандарты.

Key words: competence, competence, notary, moral and ethical standards.

Проголошення курсу на формування в Україні демократичної, соціальної, правової держави (ст. 1 Конституції України) [9] обумовлює підвищення ролі та значення соціальних перетворень як права, так і фахівців у галузі права – особливого професійного прошарку в суспільстві (суддів, прокурорів, юристів, нотаріусів, адвокатів), на плечі яких, зокрема, покладається обов'язок реалізації цих перетворень.

Питання професійності та відповідності морально-етичним стандартам юрисдикційної діяльності повноважних осіб, які її здійснюють, розглядається науковцями та фахівцями права під різними ракурсами, так як професіоналізм – це одна з головних властивостей юридичної практичної діяльності, яка багато в чому ви-

значає її зміст, види та структуру. Результатами даної діяльності є правостановлювальні документи, рішення та дії, ухвалені та здійснені, як правило, від імені держави. Зі ступеню їх відповідності законам суспільством робиться висновок про дотримання законності самою державою. Тому держава і покладає на виконавців своїх функцій підвищені професійні вимоги.

Вивчаючи нотаріальну діяльність слід зауважити, що в її основу покладені основні функції держави, які на думку С.Я. Фурси "за своїм змістом є безперервним процесом реалізації повноважень держави через функції окремих державних органів" [25, С.8].

Нотаріальні органи виконують правозастосовчу, праворегуючу та правохоронну функцію, здійснюють

© Горбань Н., 2011

свою діяльність в рамках компетенції, якою наділила їх держава, на її користь та суспільства в цілому, гарантуючи при цьому і створюючи умови для реалізації прав і законних інтересів будь-якого суб'єкта правовідносин.

Нотаріальну діяльність можна охарактеризувати не тільки як особливий вид юридичної діяльності, а й як певну професію.

Про підвищені вимоги держави до даної професії та про її довіру нотаріусам свідчить її віднесення, згідно національного класифікатора професій ДК 003:2010 до підрозділу "Професіонали в галузі правознавства, прокурорського нагляду, правосуддя та правоохоронної діяльності" [27], так як професіонал – це спеціаліст, що глибоко знає предмет і готовий відповідати за результати своєї роботи.

Враховуючи особливу відповідальність, складність нотаріальної процедури, значимість її правових наслідків нотаріальна діяльність повинна здійснюватися кваліфіковано і на професійній основі особою, наділеною державою відповідною компетенцією. Компетенція нотаріуса розуміється нами, як визначена чи закріплена законом, іншими нормативними актами сукупність професійних функцій, завдань, повноважень нотаріуса. Так, за визначенням С.Я. Фурси "повноваження є правом та одночасно обов'язком відповідного суб'єкту діяти в певній ситуації таким чином, як передбачено Законом чи іншим правовим актом. Повноваження передбачає його належне виконання згідно із принципом законності" [26, С.210].

В свою чергу компетентність нотаріуса передбачає володіння спеціальними теоретичними та практичними знаннями, вміннями й навичками, що дають змогу повно, точно, ефективно реалізовувати компетенцію, якісно й кваліфіковано здійснювати свої повноваження щодо вчинення нотаріальних дій, що потребує спеціальної підготовки фахівців, формування цілісної системи професійних знань, а отже і установ, які б створювали та поширювали ці знання, готували компетентних фахівців для нотаріату.

Дослідження професійної компетентності діяльності нотаріуса має важливе значення та заслуговує особливої уваги так як нотаріус – це представник нотаріальної професії, який допущений державою обіймати посаду нотаріуса, тобто бути носієм нотаріальної компетенції та є центральною фігурою нотаріального процесу.

Термін компетентність, походить від французького слова *competent*, та означає "той, що має повноваження для виконання певних дій, має знання в певній галузі" [1, С. 299]. Він ще немає широкого застосування серед науковців та фахівців з нотаріату, проте термінологічні формулювання – "рівень професійності" (Комаров В.В.) [19], "професійний рівень" (Радзівська Л.К., Пасічник С.Г.) [22], "професіоналізм у здійсненні нотаріальної діяльності" (Дякович М.М.) [4], на мою думку, є похідними даного поняття. Вказане дає право говорити, що проблема компетентності нотаріуса висвітлюється в рамках характеристики професії або вимог до кандидата на посаду нотаріуса в навчальних посібниках з нотаріального права та юридичної деонтології [2].

На дисертаційному рівні компетентність нотаріуса розглядалася Пінчук Н.І. [24], Карнарук Н.В. [3] в розрізі обраної ними тематики дослідження. Проте комплексного дослідження професійної компетентності діяльності нотаріуса з метою встановлення стадій формування, аналізу складових та оцінки її впливу на кінцевий результат в українській юридичній науці немає. Саме тому автор вважає за необхідне провести поглиблений аналіз поняття професійної компетентності діяльності нотаріуса, висуває гіпотезу та прагне довести, що вихід-

ним положенням – принципом діяльності нотаріуса, як на стадії організації, так і на стадії здійснення нотаріальної діяльності є професійна компетентність та дотримання морально-етичних стандартів. Наукове визначення принципів нотаріату, сформульоване С.Я. Фурсою, "як найважливіших проявів демократизму нашого суспільства, які служать орієнтирами побудови взаємовідносин у нотаріальному процесі та організаційній структурі нотаріату, а також вважаються базою для їх нормативного закріплення" [26, С.103], на мою думку, є аксіомою, що не потребує доведення. Тому, вважаю за необхідне визначити принципи діяльності нотаріуса, одним серед яких є вищезгаданий принцип професійної компетентності та морально-етичних стандартів, який за встановленою класифікацією можна віднести до організаційно – функціональних принципів нотаріального процесу.

Компетентність нотаріуса означає наявність правових та інших спеціальних знань, навичок та вмінь, професійного досвіду, які набуваються внаслідок професійної підготовки та здійснення професійної діяльності. Тому, на думку автора, професійна компетентність нотаріуса має перевірятися не лише на стадії доступу до професії нотаріуса, а й на стадії виконання ним нотаріальних дій, перелік яких міститься в ст. 34 Закону України "Про нотаріат" [7], так як рівень компетентності нотаріуса не є сталим, він може змінюватися, залежно від того, наскільки професійно нотаріус застосовує в своїй діяльності зміни в законодавстві, володіє знаннями та навичками щодо вчинення відповідних нотаріальних дій, якими додатково наділила їх держава.

Наприклад, Законом України "Про внесення змін до Закону України "Про нотаріат" від 01.10.2008 року [5] приватних та державних нотаріусів урівняли в повноваженнях вчиняти нотаріальні дії (стаття 34 Закону України "Про нотаріат"). Це в свою чергу вимагає від приватних нотаріусів підвищити свою компетентність щодо вчинення нотаріальних дій, пов'язаних із вжиттям заходів до охорони спадкового майна, видачею свідоцтва виконавцю заповіту, видачею свідоцтва про право на спадщину та свідоцтва про право власності на частку в спільному майні подружжя у разі смерті одного з подружжя. Як зазначається в літературі "Вищезгаданим Законом відбулася так звана "мала реформа нотаріату", кінцевим результатом якої є покращення системи добору кадрів для нотаріальних установ, врегулювання питання самоврядування нотаріусів, і, звичайно, запровадження вищих вимог до кваліфікації працівників галузі" [10, С.9]. Крім того, держава наділяє нотаріусів завданнями та функціями, що не підпадають під перелік нотаріальних дій, в тому числі, покладає на них обов'язок виконання функцій спеціально визначених суб'єктів первинного фінансового моніторингу та заходів, які вживаються ними у разі здійснення фінансових операцій, що підлягають фінансовому моніторингу [Наказ Міністерства юстиції від 14.10.2010 р. N 2526/5 "Про затвердження Змін до наказу Міністерства юстиції України від 25.12.2006 р. N 103/5"] [28].

Нотаріус займає особливе місце серед інших юридичних професій. Це покладає на нього і особливі вимоги щодо рівня знань.

Законодавством, що регулює даний вид діяльності, встановлена відповідна процедура доступу до даної професії, пов'язана з підвищеними кваліфікаційними вимогами до кандидата на посаду і характером його підготовки до виконання своїх професійних обов'язків. У різних країнах існують різні моделі підготовки до нотаріальної діяльності, проте практично скрізь вони складні, пов'язані з отриманням профільної освіти і практич-

них навичок, які не охоплюються загальним стандартом вищої юридичної освіти.

Аналізуючи складові компетентності діяльності нотаріуса можна дійти висновку, що визначальними для даної категорії є наступні елементи: знання, досвід, навички, уміння, кваліфікація та професійна належність.

Вимоги до посади нотаріуса, що містяться в статті 3 Закону України "Про нотаріат", за своєю сутністю відповідають вимогам "компетентності":

– нотаріусом може бути громадянин України, при наявності у нього правових та інших спеціальних знань, володіння державною мовою, навичок та вмінь, професійного досвіду, отриманих, як під час одержання вищої юридичної освіти, так і під час роботи у сфері права не менше трьох років, при проходженні стажування протягом одного року в державній нотаріальній конторі або у приватного нотаріуса, та перевірених при складанні кваліфікаційного іспиту.

Ю.Г. Татур дає таке визначення компетентності: "Компетентність спеціаліста з вищою освітою – це проявлені ним на практиці прагнення і здатності (готовність) реалізувати свій потенціал (знання, уміння, досвід, особистісні якості та ін.) для успішної творчої (продуктивної) діяльності в професійній і соціальній сфері, усвідомлюючи її соціальну значущість і особисту відповідальність за результати цієї діяльності, необхідність її постійного удосконалення" [23, С. 9].

Закон України "Про вищу освіту" [6] містить визначення освітніх рівнів вищої освіти (неповна, базова, повна), градація яких здійснюється за ознаками ступеня сформованості знань, умінь та навичок особи, що забезпечують її здатність виконувати завдання та обов'язки (роботи) певного рівня професійної діяльності.

На даний час існує невідповідність вимог щодо освітнього рівня кандидата на посаду нотаріуса. А саме, статтею 3 Закону України "Про нотаріат" передбачено, що нотаріусом може бути громадянин України, який має вищу юридичну освіту. У Порядку проведення кваліфікаційного іспиту для осіб, які пройшли стажування в державній нотаріальній конторі або в приватного нотаріуса [13] зазначається, що до складання кваліфікаційного іспиту допускаються особи, які мають повну вищу юридичну освіту. Крім того в Порядку видачі свідоцтва про право на зайняття нотаріальною діяльністю [14] вказується, що свідоцтво може бути видане громадянину України, який має повну вищу юридичну освіту. Враховуючи вищезазначене пропонуємо привести у відповідність норми Закону України "Про нотаріат" та відповідних положень, затверджених Мінюстом, якими регулюється діяльність нотаріуса, зазначивши у них про наявність вищої юридичної освіти, здобутої в Україні за освітньо-кваліфікаційним рівнем спеціаліста або магістра.

Компетентний нотаріус при здійсненні нотаріальної діяльності повинен застосовувати закони України, постанови Верховної Ради України, укази і розпорядження Президента України, постанови і розпорядження Кабінету Міністрів України, а на території Республіки Крим законодавство Республіки Крим, накази Міністра юстиції України, нормативні акти обласних, Київської та Севастопольської міських державних адміністрацій. Нотаріус повинен досконало знати та застосовувати у своїй практиці положення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та практику Європейського суду з прав людини; Конвенцію про правову допомогу і правові відносини в цивільних, сімейних та кримінальних справах від 22 січня 1993 року; інші міжнародні договори України, норми яких стосуються нотаріальної діяльності та вчинення нотаріальних дій. Проте чітке дотримання вимог Інструкції про порядок вчинен-

ня нотаріальних дій нотаріусами України (далі – Інструкція)[18], затвердженої наказом Міністра Юстиції України від 3 березня 2004 р., "Правил ведення нотаріального діловодства", затверджених Наказом Міністерства юстиції України від 22.12.2010 р. № 3253/5 [15], методичних роз'яснень, інформаційних листів, рекомендацій та вказівок Міністерства юстиції країни, Вищої кваліфікаційної комісії нотаріату можна розглядати, як ознаку компетентності нотаріуса.

Нотаріус – це висококваліфікований юрист, який у своїй діяльності застосовує норми матеріального права та керується нормами процесуального права, а саме: нормативно-правовими актами галузевого законодавства (цивільного, цивільного процесуального, господарського, земельного, сімейного, трудового, адміністративного тощо) для врегулювання конкретних правовідносин. Також згідно частини 2 статті 7 Закону України "Про нотаріат" нотаріуси у встановленому порядку, в межах своєї компетенції, вирішують питання, що впливають із норм міжнародного права та укладених Україною міждержавних угод.

Компетентність нотаріуса не є сталою ознакою, її рівень формується та підвищується: 1) при допуску претендента на посаду до професії; 2) при здійсненні нотаріусом професійних повноважень; 3) при участі в судових процесах, у передбачених Законом випадках.

Формування компетентності нотаріуса на стадії допуску до професії нотаріуса має наступні етапи:

а) навчання у вищому навчальному закладі;

б) стажування в державній нотаріальній конторі чи у приватного нотаріуса (Порядок проходження стажування регулюється Програмою стажування громадян України в державних нотаріальних конторах або у приватних нотаріусів, затвердженою Наказом Міністерства юстиції України від 07.07.2011р. №1812/5 [12];

в) складання кваліфікаційного іспиту (Порядок проведення кваліфікаційного іспиту для осіб, які пройшли стажування в державній нотаріальній конторі або в приватного нотаріуса, затверджений Наказом Міністерства юстиції України від 10 липня 2008 р. № 1168/5 із змінами та доповненнями [13].

Із наведеного вище можна зробити висновок, що повна вища юридична освіта є лише "базовою" профільною освітою для нотаріуса. Повною профільною вона стає лише тоді, коли кандидат на посаду нотаріуса пройде всі вищезазначені етапи формування своєї професійної компетентності, коли обізнаність і тямущість у виконанні нотаріальних функцій будуть ним проявлені при складанні кваліфікаційного іспиту.

Свідоцтво про право на зайняття нотаріальною діяльністю, видане Міністерством юстиції України на підставі рішення кваліфікаційної комісії нотаріату, є підставою для призначення на посаду державного нотаріуса або реєстрації приватної нотаріальної діяльності і є підтвердженням наявності професійної компетентності у нотаріуса на стадії допуску до професії.

Компетентна діяльність нотаріуса дозволяє йому безперешкодно виконувати покладені на нього статтею 5 Закону України "Про нотаріат" обов'язки. Крім того, на стадії здійснення нотаріусом професійних повноважень, компетентність діяльності нотаріуса удосконалюється через підвищення кваліфікації за програмами короткотермінових семінарів, навчання за програмами удосконалення професійної майстерності, участь у міжнародних семінарах, симпозиумах, науково-практичних конференціях з питань нотаріату, навчання в магістратурі та аспірантурі, проходження докторантури, навчання шляхом самоосвіти (підготовка рефератів, статей для опубліку-

вання у професійних та фахових виданнях, участь у розробці проектів нормативно-правових актів тощо) [16].

З урахуванням принципу професійної компетентності та морально-етичних стандартів діяльності нотаріуса при вчиненні нотаріальної дії нотаріус повинен досягти об'єктивності в охороні прав та законних інтересів сторін угоди, а також інтересів заінтересованих осіб. Досягти такого результату можливо, якщо він діє в межах законодавства, а в окремих випадках, застосовує аналогію закону або права, коли цього потребує волевиявлення сторін, а відмова у вчиненні нотаріального провадження може бути зумовлена лише суперечністю інтересів клієнта нормам законодавства.

Нотаріус при вчиненні нотаріальних дій, як компетентна особа, зобов'язаний перевіряти відповідність дій, які він вчиняє, та наданих йому документів, вимогам закону. Наприклад, нотаріус не може посвідчити шлюбний договір, якщо до його умов включені положення, які стосуються регламентації особистих прав подружжя, а також особистих відносин між ними та дітьми, оскільки вони суперечать частині 3 статті 93 Сімейного кодексу України.

При вчиненні нотаріальної дії та при встановленні її невідповідності закону на підставі статей 5, 49 Закону України "Про нотаріат" нотаріус повинен відмовити особі у її вчиненні, мотивуючи посиланням на закон причини такої відмови. Але нотаріус має не просто відмовляти у вчиненні нотаріального провадження, а запропонувати особам, якщо це можливо з урахуванням правової ситуації, напрямки реалізації їх прав, що не суперечать вимогам закону, шляхом внесення конкретних змін до проектів договорів, наданих сторонами. Тобто у разі бажання осіб укласти шлюбний договір з умовою, нотаріус має роз'яснити особам незаконність такої угоди і запропонувати посвідчити її без такої умови, або роз'яснити особі, що вона має право посвідчити змішаний договір, який включає, наприклад, елементи договору, де регламентуються особисті (немайнові) права подружжя як батьків щодо виховання та визначення місця проживання дитини, а не відмовляти особам одразу у посвідченні такого договору.

Виходячи із Закону, нотаріус при вчиненні нотаріальних дій може застосовувати норми іноземного права, тому йому потрібно працювати й у напрямку вивчення іноземних мов з метою освоєння іноземного законодавства. Крім того знання іноземних мов сприяє нотаріусу при здійсненні засвідчення вірності перекладу документів з однієї мови на іншу.

Компетентність нотаріуса чи особи, що має намір займатися нотаріальною діяльністю, відшліфовується у передбачених Законом випадках при особистій участі у судових процесах, а саме:

- у разі оспорування рішення кваліфікаційної комісії щодо визначення рівня професійної підготовленості (частина 9 статті 10 Закону України "Про нотаріат");
- у разі відмови у видачі свідоцтва про право на заняття нотаріальною діяльністю (частина 2 статті 11 Закону України "Про нотаріат");
- у разі доведення факту не порушення нотаріусом вимог законодавства при вчиненні ним нотаріальної дії;
- у разі оскарження розміру відшкодування заподіяної шкоди, як це передбачено частиною 5 статті 28 Закону України "Про нотаріат";
- у разі оскарження наказу про зупинення нотаріальної діяльності приватного нотаріуса (частина 3 статті 29-2 Закону України "Про нотаріат");
- та у інших випадках, передбачених статтею 50 Закону України "Про нотаріат".

Розгляд судами справ за скаргами на нотаріальні дії або відмову в їх вчиненні є важливою гарантією прав громадян, юридичних осіб і інтересів держави, нотаріус в передбаченому Законом порядку отримує навички захищати та відстоювати свою позицію та свою компетентність при прийнятті відповідного рішення, яке, за певних обставин, виноситься на розгляд суду заінтересованими особами.

Так, Дж. Равен означував компетентність як специфічну здатність, необхідну для ефективного виконання конкретної дії в конкретній предметній галузі, яка включає вузькоспеціальні знання, особливого роду предметні навички, способи мислення, а також розуміння відповідальності за свої дії. Бути компетентним – значить мати набір специфічних компетентностей різного рівня [21].

Нотаріус, при здійсненні діяльності, як компетентний фахівець, повинен володіти комп'ютерною грамотою, бути кваліфікованим користувачем мереж єдиних та державних реєстрів у сфері нотаріату.

Нотаріус повинен мати певну сукупність криміналістичних знань, умінь і навичок їх використання в нотаріальній практиці, серед них знання в галузі технічного дослідження документів, габіскопії, портретної ідентифікації. Для того, щоб переконатися у справжності підписів, нотаріус повинен володіти знаннями в галузі криміналістичного почеркознавства [24, С. 72].

При компетентному здійсненні діяльності нотаріус повинен дотримуватись встановленого законом порядку і правил оформлення нотаріальних документів, вести нотаріальне діловодство та архів нотаріуса. Особливість нотаріальної діяльності полягає в тому, що нотаріуси при вчиненні відповідних нотаріальних дій використовують спеціальні бланки нотаріальних документів. Це в свою чергу покладає на них обов'язок щодо чіткого виконання організаційних заходів з постачання, зберігання, обігу, обліку спеціальних бланків нотаріальних документів і звітності про їх використання.

Державні нотаріальні контори і приватні нотаріуси ведуть встановлену статистичну та бухгалтерську звітність і подають її Головному управлінню юстиції Міністерства юстиції України в Автономній Республіці Крим, головним управлінням юстиції в областях, містах Києві та Севастополі (стаття 14 Закону України "Про нотаріат").

Приватний нотаріус здійснює свою діяльність на умовах самофінансування, тому володіння знаннями та навичками ведення бухгалтерського і податкового обліку витрат та результатів його діяльності у звітній документації, яка подається до органів, передбачених статтею 14 Закону України "Про нотаріат", так і до органів Державної податкової інспекції, Пенсійного фонду України, є показником його компетентності та запорукою прибутковості його діяльності. Нотаріус виступає як платник податку на доходи фізичних осіб, і як податковий агент. Податковим Кодексом України нотаріуса наділено функцією в частині контролю повноти сплати податку до бюджету перед посвідченням договорів та забезпечення надання відповідної інформації податковому органу.

Рівень професійної компетентності нотаріуса може перевірятися та бути встановлений у результаті перевірок його діяльності комісіями Міністерства юстиції, Української нотаріальної палати (стаття 10 Закону України "Про нотаріат"; "Положення про кваліфікаційну комісію нотаріату", затверджене Наказом Міністерства юстиції України від 01.12.2006 р. № 87/5 [11]; "Положення про Вищу кваліфікаційну комісію нотаріату", затверджене Постановою Кабінету Міністрів України від 08 грудня 2006 р. № 1689 [20]). Порядок перевірки організації нотаріальної діяльності державних і приватних нотаріусів та виконання ними правил нотаріального

діловодства, затверджений Наказом Міністерства юстиції України від 24.12.2008 р. за № 2260/5, передбачає у тому числі визначення професійного рівня нотаріуса (підвищення кваліфікації, наявність публікацій, участь у конференціях і семінарах з питань права тощо) [17].

Основним критерієм визначення рівня компетентності при здійсненні професійної діяльності нотаріуса є кількість звернень користувачів нотаріальних послуг із скаргами на дії нотаріуса до Міністерства юстиції, а також до суду з позовами на неправильно вчинену або відмову у вчиненні нотаріальної дії та акту. Саме такі звернення громадян мають бути сигналом для контролюючих органів нотаріату та підставою підвищення кваліфікації нотаріуса або у разі системних порушень законодавства, підставою для анулювання свідоцтва про право на заняття нотаріальною діяльністю.

Але слід зазначити, що важливу стороною професійної компетентності нотаріуса є її морально – етичні аспекти, які згідно Кодексу професійної етики нотаріуса тісно між собою пов'язані та складають правила професійної етики. У своїй професійній діяльності нотаріус зобов'язаний згідно принесеної ним присяги дотримуватися чинного законодавства України та міжнародного права, сприяти утвердженню та практичній реалізації принципів верховенства права та законності, застосовувати свої знання і професійну майстерність для належного захисту прав та законних інтересів фізичних, юридичних осіб [8] та держави.

Із цього положення випливає висновок про те, що нотаріус не може використовувати свої знання на шкоду клієнту, тобто надавати консультації, поради, які свідомо спрямовані на порушення його прав та інтересів з метою отримання особистої вигоди.

Так, аналізуючи статтю 6 Кодексу професійної етики нотаріуса можна дійти висновку, що принцип професійної компетентності діяльності нотаріуса має бути тісно пов'язаний із його добросовісністю. Така єдність проявляється у тому, що нотаріус зобов'язаний надавати правову допомогу фізичним та юридичним особам компетентно і добросовісно, що передбачає знання відповідних норм права, наявність необхідного досвіду їхнього застосування. Він має постійно працювати над вдосконаленням своїх знань і професійної майстерності, володіти достатньою інформацією про зміни у чинному законодавстві, а також забезпечувати необхідний рівень компетентності своїх помічників, консультантів, технічних працівників, які залучаються до виконання окремих робіт.

Діяльність нотаріуса вміщує в себе не лише нотаріальну, а й інші, так звані, супутні види діяльності, необхідність в здійсненні яких виникає в процесі виконання ним професійних обов'язків.

За загальним правилом діяльність – це процес взаємодії людини зі світом, але процес не пасивний, а активний, свідомо регульований, завдяки чому вона досягає свідомо поставленої мети, яка виникає внаслідок прояву певної потреби. Основний зміст нотаріальної діяльності, закріплений у Законі України "Про нотаріат", та полягає в виконанні обов'язку посвідчувати безспірні права а також факти, що мають юридичне значення, і вчинювати інші нотаріальні дії, передбачені законом, з метою надання їм юридичної вірогідності. Під іншими видами діяльності нотаріуса автор вбачає таку діяльність, яка супроводжує кваліфіковане здійснення його компетенції. Серед них:

І. Праця – цілеспрямована діяльність нотаріуса з метою задоволення потреб, як суспільних у виді захисту безспірних прав та законних інтересів фізичних, юридичних осіб та держави, так і власних, через отримання плати за вчинення нотаріальних дій, що є основ-

ним джерелом для самофінансування нотаріальної діяльності, і базою для майнової відповідальності нотаріуса за свої помилки;

Керуючись принципом професійної компетентності та морально-етичних стандартів діяльності, нотаріус в процесі своєї праці виконує різні функції (види діяльності), що не входять та не виходять за рамки визначених Законом компетенцій, а саме:

- діяльність суб'єкту, що надає додаткові послуги правового характеру, які надаються приватними нотаріусами і не належать до вчинюваної нотаріальної дії;
- перекладача, коли здійснює переклад документу для його нотаріального посвідчення;
- податкового агента, коли цього вимагає Закон;
- менеджера, у разі управління діяльністю контори;
- бухгалтера, при отриманні нотаріального тарифу та інших коштів, що надходять від здійснення діяльності та при оформленні нотаріальної, фінансової та податкової звітності;
- фахівця в галузі криміналістичних знань, при перевірці на достовірність та відповідність вимогам Закону поданих особою документів при вчиненні нотаріальної дії;
- документознавця;
- архіваріуса;
- діловода;
- адміністратора баз даних;
- психолога т.п.

II. Навчання – це діяльність, спрямована на міцне засвоєння знань, вироблення практичних умінь, доведення навичок до автоматизму їх виконання, напруження звичок;

III. Спілкування – це діяльність, яка полягає в обміні інформацією між нотаріусом та особами, що звернулися за виконанням нотаріальної дії, з метою встановлення їх дійсних намірів. В результаті такої діяльності створюється продукт – інформація, яка лягає в основу правочину, за посвідченням якого особи звернулися до нотаріуса.

Виділення в структурі діяльності нотаріуса такого компонента, як "психічний результат" дає можливість говорити про "приріст" суб'єкта діяльності, що в свою чергу визначає рівень професійної компетентності діяльності нотаріуса; де "приріст" досвіду великий, там і відповідний рівень "компетентності", а де – мінімальний, там діяльність стає тягарем, нудною, рутинною, бо досвід нотаріуса не збагатився ані знаннями, ані навичками, ані вміннями.

З огляду на викладене вище, професійна компетентність та морально-етичні стандарти, на думку автора даної статті, повинні розглядатися як принцип діяльності нотаріуса, що відноситься до організаційно-розпорядчих принципів нотаріального процесу.

1. Большой словарь иностранных слов [сост.: А.Ю. Москвин]. – М.: ЗАО Центрполиграф, 2006. – 816 с. 2. Гусарев С.Д., Тихоміров О.Д. Юридична деонтологія (Основи юридичної діяльності): навч. посіб. / С.Д. Гусарев, О.Д. Тихоміров. – 4-те вид., стер. – К.: Знання, 2010. – 495 с. 3. Державний контроль за нотаріальною діяльністю в Україні: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.07 [Електронний ресурс] / Н.В. Карнарук; Нац. ун-т держ. податк. служби України. – Ірпінь, 2007. – 21 с. 4. Дякович М.М. Нотаріальне право України: Навч. посіб. – К.: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. – 686 с. 5. Закон України від 01.10.2008 р. "Про внесення змін до Закону України "Про нотаріат" // ВВР, 2009. – N 13. – С. 161. 6. Закон України від 17.01.2002 р. "Про вищу освіту" // ВВР, 2002. – № 20. – С. 134. 7. Закон України від 2 вересня 1993 р. "Про нотаріат" // ВВР, 1993. – № 39. – С. 383. 8. Кодекс професійної етики нотаріуса // <http://palata.notariat.org.ua/aboutunp/about/doc/133.html>. 9. Конституція України // Офіційний вісник України, 2010. – № 72/1 Спеціальний випуск. – С. 15. 10. Матеріали Всеукраїнського науково-практичного форуму нотаріусів України. Концепція реформування органів нотаріату в Україні. // Нотаріат для вас. – 2009. – №6 (116). – С. 9. 11. Наказ Міністерства юстиції України від 01.12.2006 р. № 87/5 "Про затвердження Положення про кваліфікаційну комісію нотаріату" // Офі-

ційний вісник України, 2006. — № 49. — С. 67. 12. Наказ Міністерства юстиції України від 07.07. 2011 року N 1812/5 "Про затвердження Програми стажування громадян України в державних нотаріальних конторах або у приватних нотаріусів" // Офіційний вісник України, 2011. — № 54. — С. 58. 13. Наказ Міністерства юстиції України від 10.07.2008 № 1168/5 "Про затвердження Порядку проведення кваліфікаційного іспиту для осіб, які пройшли стажування в державній нотаріальній конторі або в приватного нотаріуса" // Офіційний вісник України, 2008. — № 52. — С. 163. 14. Наказ Міністерства юстиції України від 22.06.2009 року № 1107/5 "Про затвердження Порядку видачі свідоцтва про право на зайняття нотаріальною діяльністю" // Офіційний вісник України, 2009. — № 49. — С. 108. 15. Наказ Міністерства юстиції України від 22.12.2010 року № 3253/5 "Про затвердження Правил ведення нотаріального діловодства" // Офіційний вісник України, 2010. — № 98. — С. 164. 16. Наказ Міністерства юстиції України від 22.12.2010 року №3256/5 "Про затвердження Порядку підвищення кваліфікації нотаріусів, консультантів державних нотаріальних контор, державних нотаріальних архівів, помічників приватних нотаріусів" // Офіційний вісник України, 2010. — № 100. — С. 226. 17. Наказ Міністерства юстиції України від 24.12.2008 року № 2260/5 "Про затвердження Порядку перевірки організації нотаріальної діяльності державних і приватних нотаріусів та виконання ними правил нотаріального діловодства" // Офіційний вісник України, 2008. — № 100. — С. 472. 18. Наказ Міністерства юстиції України від 26.03.2004 року №20/5 "Про затвердження Інструкції про порядок вчинення нотаріаль-

них дій нотаріусами України" // Офіційний вісник України, 2004. — № 10. — С. 315. 19. Нотаріат в Україні: Підручник / за ред. В.В. Комарова. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — 320 с. 20. Постанова Кабінету Міністрів України від 08.12.2006 р. № 1689 "Про затвердження Положення про Вищу кваліфікаційну комісію нотаріату" // Офіційний вісник України, 2006. — № 50. — С. 83. 21. Равен Дж. Педагогическое тестирование: Проблемы, заблуждения, перспективы: Пер. с англ., Изд. 2-е, испр. — М.: "Когито-Центр", 2001. — 142 с. 22. Радзівська Л.К., Пасічник С.Г. Нотаріат в Україні: [Навч. посібник] / За відп. ред. Л.К. Радзівської. — К.: Юрінком Інтер, 2000. — 528 с. 23. Татур Ю.Г. Компетентность в структуре модели качества подготовки специалиста // Высшее образование сегодня. — 2004. — №3. — С.20-26. 24. Теоретичні та правові питання і практика криміналістичного забезпечення діяльності нотаріату: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.09 [Електронний ресурс] / Н.І. Пінчук; Акад. адвокатури України. — К., 2008. — 21 с. 25. Фурса С.Я. Нотаріальний процес: теоретичні основи. — К.: Істина, 2002. — 320 с. 26. Фурса С. Я. Теоретичні основи нотаріального процесу в Україні: дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03 "Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право" / НАН України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. — К., 2003. 27. "http: // www.jobs.ua/ukr/classifier/profession/code-2429/ 28. http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=z0934-10.

Надійшла до редколегії 20.09.11

УДК 342.9

Д. Шпенюв, здобувач

СУБ'ЄКТИ ПРАВОВІДНОСИН В ІНФОРМАЦІЙНІЙ СФЕРІ

Досліджено теоретичні питання визначення суб'єктів правовідносин в інформаційній сфері, на підставі аналізу відповідних наукових точок зору та законодавства розкрито поняття та види суб'єктів інформаційно-правових відносин, означено їх особливості.

Ключові слова: суб'єкти правовідносин, суб'єкти інформаційно-правових відносин.

Исследовано теоретические вопросы определения субъектов правоотношений в информационной сфере, на основании анализа соответствующих научных точек зрения и законодательства раскрыто понятие и виды субъектов информационно-правовых отношений, отмечены их особенности.

Ключевые слова: субъекты правоотношений, субъекты информационно-правовых отношений.

The theoretical questions of determination of subjects of legal relationships are investigational in an informative sphere, on the basis of analysis of the proper scientific points of view and legislation a concept and types of subjects of informative-legal relations is exposed, their features are marked.

Key words: legal subjects, the subjects of information and legal relations.

Стимульовані інформаційними технологіями економічні, політичні і соціальні трансформації, загальна інформатизація, використання інформації як одного з найефективніших засобів дії на суспільну свідомість і технологічний прогрес, поява нових форм відносин в умовах активного інформаційного обміну призводять до необхідності перегляду принципів взаємодії в системі "державо-суспільство-індивід". Розвиток інформаційного суспільства трансформує звичні моделі економічної, соціальної, політичної діяльності, що тягне перебудову в державно-правовій діяльності з урахуванням нових умов інформаційної відкритості і необхідності вирішення проблем забезпечення інформаційної безпеки.

Процес перебудови суспільних відносин знаходить своє відображення у виділенні особливої сфери правового регулювання — інформаційної сфери, що є складною структурою, утвореною сукупністю елементів. Основною умовою стійкого, стабільного розвитку суспільства і держави є забезпечення функціонування інформаційної сфери як правового простору. Правове регулювання як спеціально-юридична дія на інформаційну сферу покликана упорядкувати суспільні інформаційні відносини, що виникають в процесі здійснення інформаційної взаємодії, забезпечуючи реалізацію інтересів індивіда, суспільства, держави. Отже, першорядна роль належить сторонам (суб'єктам) таких відносин. Такими сторонами виступають суб'єкти інформаційного права, тобто носії передбачених інформаційно-правовими нормами прав і обов'язків, котрі здатні ці права реалізовувати, а покладені обов'язки виконувати.

На жаль, сьогодні цим важливим проблемам, від вирішення яких залежить подальше удосконалення інформаційного законодавства і практики його застосу-

вання, присвячені поодинокі наукові праці, що розкривають здебільшого технічні сторони правовідносин щодо інформаційного забезпечення органів державної влади (А.Б. Агапов, І.В. Арістова, Г.В. Атаманчук, О.А. Баранов, Ю.М. Батурін, І.Л. Бачило, В.М. Брижко, В.Д. Гавловський, Р.А. Калюжний, В.А. Копилов, А.І. Марущак, О.Г. Марценюк, І.В. Панова, А.А. Письменицький, В.Г. Хахановський, В.С. Цимбалюк, М.Я. Швець та ін.). Проте наявність і ефективне функціонування інформаційних відносин значною мірою характеризує рівень комп'ютеризації суспільства в цілому, тобто досягнуто в нім міру реального використання новітніх досягнень науково-технічного прогресу. Разом з цим в сучасних умовах вони вимагають адекватного правового регулювання, що ставить ряд нових важливих правових проблем. Серед них питання про те, якою мірою чинне законодавство відповідає сучасному стану справ в цій області і сприяє розвитку і впорядкуванню цієї нової сфери суспільних відносин, а також про те, який вплив комп'ютерної технології в інформаційній сфері може зробити на правове регулювання і правозастосовну діяльність. Тож метою статті є дослідження теоретичних питань визначення суб'єктів правовідносин в інформаційній сфері, а завданням — охарактеризувати поняття та види суб'єктів інформаційно-правових відносин, їх особливості.

Варто зазначити, що в юридичній літературі поняття "суб'єкти правовідносин" застосовується в декількох значеннях. Окремі вчені говорять про тотожність понять "суб'єкти правовідносин" та "суб'єкти права" [1, с. 83]. У той же час точне визначення змісту кожного з взаємопов'язаних визначень необхідно не тільки для вірності

теоретичних формулювань, але й для правової практики – як правотворчої, так і правозастосовної [2, с. 114].

У визначенні суб'єкта права в його традиційному розумінні поєднуються дві основні характеристики: можливість приймати участь у різних правовідносинах і реальна участь в них. Найбільш чітко така позиція була сформульована ще за радянських часів С. Ф. Кечекьяном, котрий вважав, що під "суб'єктом права необхідно розуміти особу, яка приймає участь або може приймати участь у правовідносинах" [1, с. 84]. За такої інтерпретації поняття "суб'єкт права" охоплює як потенційні можливості, так і їх реалізацію. Між тим, визначаючи інформаційні правовідносини як поєднання форми і змісту, можна говорити про реалізацію права. Саме тому слід звернути увагу не на всі потенційні можливості осіб, учасників правовідносин, а ті їх особливості, що обумовлюють участь у інформаційних правовідносинах. Тож можна говорити, що поняття учасника інформаційних правовідносин вужче, ніж поняття суб'єкта інформаційного права.

Оскільки інформаційні правовідносини – це не єдина форма реалізації права, норми, що визначають місце суб'єкта інформаційного права, реалізуються в першу чергу, визначаючи правовий статус. Такі норми встановлюють статус суб'єкта, його потенційні можливості. Однак це не означає, що всі потенційні можливості будуть реалізовані в конкретних правовідносинах. Як визначає Закон України "Про інформацію", кожен має право на інформацію, що передбачає можливість вільного одержання, використання, поширення, зберігання та захисту інформації, необхідної для реалізації своїх прав, свобод і законних інтересів [3]. У той же час не всі з цих потенційних прав будуть реалізовані в конкретних правовідносинах, хоча й процесуальна правоздатність їх реалізувати складає правовий статус особи. Адже наявність відповідного правового статусу суб'єкта інформаційного права – необхідна умова його участі в інформаційних правовідносинах.

М.М. Рассолов вважає, що "в якості суб'єкта інформаційного права, перш за все, виступає конкретна особа, громадянин (тобто автор програми, головний редактор газети, телеведучий, підприємець, просто читач, глядачі тощо), який бажає і може приймати участь в інформаційних правовідносинах" [4, с. 43].

О.О.Городов визначає учасників інформаційних правовідносин, які виходять на перший план залежно від сфери, в якій ці правовідносини складаються. Це, зокрема, правовідносини, пов'язані з пошуком та отриманням інформації; виробництвом інформації, які складаються з приводу діяльності засобів масової інформації; з передачею і поширенням інформації у сфері зв'язку і рекламної діяльності тощо; з управлінням інформаційними процесами; забезпеченням інформаційної безпеки; використанням інформаційних технологій, систем і мереж, а також з процесами інформатизації тощо [5, с. 48-50].

В.А.Копилов, ґрунтуючись на спеціально розробленій ним моделі інформаційної сфери, виділяє основні групи суб'єктів інформаційних правовідносин: виробники, або творці інформації, в тому числі автори; володільці інформації (інформаційних об'єктів); споживачі інформації [6, с. 132].

Суб'єкти правовідносин в інформаційній сфері можуть бути як індивідуальні (фізичні), так і колективні. Коло таких суб'єктів різноманітне, має велику класифікацію у зв'язку з особливим характером інформаційної сфери, життєдіяльності суспільства і індивіда, що зачіпає практично всі сфери, вони володіють такими юридичними властивостями як правоздатність, дієздатність і правосуб'єктність.

Інформаційна правосуб'єктність становить загальну обумовленість участі фізичних та юридичних осіб у інформаційних правовідносинах. Разом з тим слід відрізнити й деякі окремі характеристики, що визначають статус учасників. Однією з таких характеристик є інформаційна правоздатність – здатність бути носієм прав та обов'язків в інформаційній сфері. Правоздатність в інформаційній сфері – це прояв загальної правоздатності – можливість мати передбачені законом права і обов'язки в інформаційній сфері, здатність бути їх носієм. Під дієздатністю розуміється здатність суб'єкта здійснювати інформаційні права і обов'язки своїми особистими діями, відповідати за їх наслідки, бути учасником інформаційних правовідносин. Дієздатність особливо потрібна для ефективного пошуку і здійснення доступу до інформації.

Закон України "Про інформацію" до суб'єктів інформаційних відносин зараховує: фізичних осіб; юридичних осіб; об'єднання громадян; суб'єктів владних повноважень – органи державної влади, органи місцевого самоврядування, інших суб'єктів, що здійснюють владні управлінські функції відповідно до законодавства, у тому числі на виконання делегованих повноважень.

Суб'єктами відносин у сфері доступу до публічної інформації є:

1) запитувачі інформації – фізичні, юридичні особи, об'єднання громадян без статусу юридичної особи, крім суб'єктів владних повноважень;

2) розпорядники інформації;

3) структурний підрозділ або відповідальна особа з питань запитів на інформацію розпорядників інформації [7].

Фізичні особи вступають в інформаційні правовідносини з державою, об'єднаннями громадян, органами державної влади, органами місцевого самоврядування, юридичними особами, один з одним.

Юридичні особи виступають учасниками інформаційних правовідносин, коли їх установчими документами передбачено інформаційну діяльність як основну: інформаційні агентства, друковані засоби масової інформації, видавництва, телерадіокомпанії, бібліотеки, архіви тощо, а також державні органи, для яких нормативно-правовими актами встановлено виконання управлінських, регулятивних чи інших функцій в інформаційній сфері.

Не можна оминути увагою безліч суб'єктів в електронному інформаційному просторі, котрі в процесі здійснення суб'єктивних прав і обов'язків, мають певні особливості в силу "віртуального" характеру електронного простору Інтернету, в якому виникають такі відносини. Ці особливості проявляються в суб'єктному складі, характері і умовах правового регулювання, способах підвищення ефективності правового регулювання.

Суб'єктами правовідносин в глобальній інформаційній мережі є: служби технічної частини; суб'єкти, що виробляють і поширюють інформацію в Інтернеті; Інтернет-провайдері; споживачі інформації з Інтернету; господарюючі суб'єкти, що займаються електронною комерцією.

Ю.Є. Булатецький виділяє, з одного боку, провайдера – юридична особа, що має відповідну ліцензію на надання онлайн-ових послуг, включаючи поштове обслуговування, зберігання файлової інформації та ін., і з іншого боку – користувача-клієнта – фізична або юридична особа, що використовує мережі Інтернету для власних потреб (реклами, укладення угод, пошуку партнерів, замовлень і так далі) [8, с. 884]. Таким чином, специфічними рисами інформаційних відносин в глобальній інформаційній мережі можна назвати віртуальний характер і анонімність взаємодії та особливий суб'єктний склад, класифікація якого обумовлена конкретними видами відно-

син в глобальній інформаційній мережі. Названі особливості інформаційних відносин в електронному інформаційному просторі, а також екстериторіальність простору глобальної мережі ускладнюють правове регулювання інформаційних відносин і вимагають розробки відповідних підходів до правового регулювання.

Об'єднання громадян як суб'єкти правовідносин в інформаційній сфері, беруть активну участь у роботі консультативно-дорадчих органів; у публічних громадських обговореннях в інформаційній сфері; у вивченні громадської думки.

Також дані суб'єкти мають право направляти органам державного управління в інформаційній сфері запитів на інформацію та скарг в процесі громадського контролю за їх діяльністю, а також скарг та заяв про інформаційні правопорушення в процесі громадського контролю за дотриманням законності в інформаційній сфері; направляти органам державного управління в інформаційній сфері заяв (клопотань) про задоволення прав та законних інтересів в цій сфері [9, с. 34].

Активна участь об'єднань громадян істотно полегшує роботу органів державного управління в інформаційній сфері через спеціалізовані консультативно-дорадчі органи, до складу яких, крім представників відповідних державних органів, входять і представники громадськості. Таким органом є, скажімо, Міжвідомча рада з питань кінематографії, яка розглядає найважливіші питання діяльності в галузі кінематографії, пропозиції щодо вдосконалення державної політики в цій галузі; розробляє пропозиції по державній підтримці вітчизняної кінематографії; сприяє залученню інвестицій у цій сфері тощо [10]. При Держкомтелерадіо створено Громадську експертну раду з питань захисту суспільної моралі, до основних завдань якої належать: аналіз процесів і тенденцій, що відбуваються у сфері захисту суспільної моралі, розробка відповідних рекомендацій для Держкомтелерадіо; участь у підготовці проектів законів та інших нормативно-правових актів, національних програм у сфері захисту суспільної моралі; сприяння науково-методичному та інформаційному забезпеченню роботи, спрямованої на розвиток духовності та моральності громадян; надання експертно-аналітичної допомоги Держкомтелерадіо тощо [11].

Суб'єкти владних повноважень є учасниками інформаційних правовідносин в процесі виконання завдань і функцій держави. Разом з тим їх участь у інформаційних правовідносинах характеризується рядом особливостей. Однією з таких особливостей є те, що основною передумовою для вступу суб'єкта владних повноважень в якості учасника інформаційних правовідносин слугує їх компетенція.

Зокрема до повноважень Верховної Ради України належить: визначення засад внутрішньої і зовнішньої політики; затвердження загальнодержавних програм економічного, науково-технічного, соціального, національно-культурного розвитку, охорони довкілля тощо.

Президент України призначає на посади та звільняє з посад половину складу Національної ради, здійснює керівництво у сферах національної безпеки та оборони держави, очолюючи Раду національної безпеки і оборони України, приймає безпосередню участь у здійсненні координації та контролю за діяльністю органів виконавчої влади у сфері інформаційної безпеки.

Щодо безпосередньої участі КМУ в інформаційних правовідносинах, то вона обумовлюється його статусом вищого органу в системі органів виконавчої влади. Так Кабінетом Міністрів України затверджений план заходів з виконання завдань, передбачених Законом України

"Про Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007-2015 роки" тощо.

Активним учасником інформаційних відносин є Міністерство освіти і науки, молоді та спорту України, до завдань якого, як головного органу в системі центральних органів виконавчої влади з реалізації державної політики в сфері наукової і науково-технічної інформації, відповідно до Положення про нього, віднесено сприяння функціонуванню національної системи науково-технічної інформації [12].

Крім Міністерства освіти і науки, молоді та спорту України активними учасниками інформаційних правовідносин є: Державна архівна служба України, Державна служба інтелектуальної власності України, Державна служба статистики України, Державна служба України з питань захисту персональних даних, Державне агентство з питань науки, інновацій та інформації України, Державне агентство України з питань кіно, Адміністрація Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації, Державний комітет телебачення і радіомовлення України тощо. До речі, діяльність цих органів найбільш тісно пов'язана з управлінням реалізацією двома важливими складовими інформаційної функції самої держави як безпосереднього учасника інформаційних відносин. У той же час забезпеченням інформаційної безпеки України опікується Служба Безпеки України тощо.

Отже, в інформаційних правовідносинах учасники наділяються суб'єктивними правами і обов'язками, які надалі зумовлюють поведінку суб'єктів. Зміст інформаційних правовідносин утворює взаємодію їх учасників, здійснювану у відповідності з їх суб'єктивними інформаційними правами і обов'язками. Тобто юридичний зміст інформаційних правовідносин утворюють інформаційні суб'єктивні права, що кореспондують один одному, і юридичні обов'язки.

Під суб'єктами правовідносин в інформаційній сфері пропонується розуміти носіїв передбачених інформаційно-правовими нормами прав і обов'язків, котрі здатні ці права реалізовувати, а покладені обов'язки виконувати, тобто фізичні особи; юридичні особи; об'єднання громадян; суб'єкти владних повноважень – органи державної влади, органи місцевого самоврядування, інші суб'єкти, що здійснюють владні управлінські функції відповідно до законодавства, у тому числі на виконання делегованих повноважень.

Таким чином, інформаційно-правові відносини є одним із видів правових відносин, які мають ряд специфічних ознак, внаслідок того, що їх основним об'єктом є інформація та похідні від неї категорії. Інформаційна сфера за своїм характером є багатопланова і, як наслідок, в юридичній науці існують різні класифікації інформаційно-правових відносин. Специфіка правовідносин в інформаційній сфері зумовлена особливостями інформаційно-правової діяльності, самою природою інформації. Наявність і ефективне функціонування таких відносин значною мірою характеризує рівень інформатизації суспільства в цілому, тобто ступінь реального використання новітніх досягнень науково-технічного прогресу. Тож, в сучасних умовах вони вимагають адекватного правового регулювання, і у зв'язку з цим ставиться і вирішується ряд нових теоретичних правових проблем. А саме – якою мірою чинне законодавство відповідає сучасному стану справ в інформаційній сфері і сприяє розвитку і впорядкуванню відповідних правовідносин, і який вплив розвиток інформаційних технологій може зробити на правове регулювання і правозастосовну діяльність.

учение о правоотношении. — М.: Юридическая литература, 1974. — 352 с. 3. Про інформацію: Закон України // Відомості Верховної Ради. — 1992. — № 48. — Ст. 650. 4. Рассолов М.М. Информационное право: Учебное пособие. — М., 1999. — 400 с. 5. Городов О.А. Основы информационного права России: Учебное пособие. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. — 305с. 6. Копылов В.А. Информационное право: Учебник. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Юрист, 2003. — 512 с. 7. Про доступ до публічної інформації: Закон України // Відомості Верховної Ради України від 12.08.2011. — № 32. — Ст. 314. 8. Коммерческое (торговое) право / Под ред. Ю.Е. Булатецкого, В.А. Язева. — М.: ФБК-ПРЕСС, 2002. — 960 с. 9. Бурило Ю.П. Участь недержавних суб'єктів у здійсненні державного управління інформаційною сферою // Правова інформатика. — 2007. —

№ 4. — С. 31-41. 10. Про Міжвідомчу раду з питань кінематографії: Розпорядження КМУ від 24 березня 2004 р. № 162-р [Електронний ресурс] — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=162-2004-%F0#Find>. 11. Про затвердження Положення про Громадську експертну раду з питань захисту суспільної моралі: Наказ Державного комітету телебачення і радіомовлення України від 14 травня 2004 р. № 141 // Офіційний вісник України. — 2004. — № 22. — Ст. 1533. 12. Про затвердження Положення про Міністерство освіти і науки, молоді та спорту України: Указ Президента України від 8 квітня 2011 року № 410/2011 // Офіційний вісник Президента України від 18.04.2011 — 2011 р., № 10. — Ст. 562.

Надійшла до редколегії 20.09.11

УДК 347.122

В. Боднар, здобувач

ПЕРЕВАЖНІ ПРАВА В АКЦІОНЕРНОМУ ТОВАРИСТВІ ТА СПОСОБИ ЇХ ЗАХИСТУ

В статті досліджуються переважні права акціонерів-власників як простих, так і привілейованих акцій, механізм їх здійснення та способи захисту. Акцентовано увагу на проблемі уніфікації правових норм, покликаніх регулювати переважні права в акціонерному товаристві, і у зв'язку з цим сформульовані пропозиції щодо внесення змін до чинного законодавства.

Ключові слова: акціонер, переважне право, здійснення переважного права, захист переважного права.

В статье исследуются преимущественные права акционеров-собственников как простых, так и привилегированных акций, механизм их осуществления и способы защиты. Акцентировано внимание на проблеме унификации правовых норм, призванных регулировать преимущественные права в акционерном обществе, и в связи с этим сформулированы предложения о внесении изменений в действующее законодательство.

Ключевые слова: акционер, преимущественное право, осуществление преимущественного права, защита преимущественного права.

In article rights of priority of shareholders-proprietors as simple, and privileged shares, the mechanism of their realisation and ways of protection are investigated. The attention is focused on a problem of unification of the rules of law, called to regulate rights of priority in joint-stock company and in this connection offers on modification of the current legislation are formulated.

Key words: the shareholder, the right of priority, realisation of the right of priority, protection of the right of priority.

В умовах ринкової економіки, що викликали потребу в існуванні та діяльності різних організаційно-правових форм юридичних осіб, важливе значення в економіці країни мають підприємництва товариства, в першу чергу, господарські товариства, серед яких найбільший інтерес для дослідників становлять акціонерні товариства, завдяки своєму правовому статусу та найскладнішим серед усіх видів господарських товариств корпоративним відносинам, що в них складаються.

Переважні права акціонерів досліджувалися як українськими [1; 2], так і зарубіжними [3; 4; 5] вченими, проте прийняття Закону України "Про акціонерні товариства" та внесення до нього змін, що торкнулися, в тому числі і переважних прав акціонерів, потребують подальшого дослідження цієї проблематики.

Метою цієї статті є виявлення переважних прав в корпоративних правовідносинах, що складаються в акціонерному товаристві, розкриття їх змісту та механізму здійснення, а також способів захисту зазначених прав у разі їх порушення чи інших протиправних посягань.

Головна відмінність цих переважних прав від інших переважних прав у цивільному праві полягає в тому, що переважні права акціонерів-власників привілейованих акцій є похідними від корпоративних прав.

Виходячи з визначення поняття корпоративних відносин, встановленого ч. 3 ст. 167 Господарського кодексу України [6] (далі — ГК України), можна сформулювати визначення поняття корпоративних правовідносин, оскільки саме ця правова категорія є предметом дослідження юридичної науки: *корпоративними правовідносинами є врегульовані правовими нормами відносини, що виникають, змінюються та припиняються щодо корпоративних прав.*

В свою чергу, корпоративними правами є права особи, частка якої визначається у статутному капіталі (маїні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомоч-

ності, передбачені законом та статутними документами (ч. 1 ст. 167 ГК України).

В науковій літературі це визначення поняття корпоративних прав вже піддавалося справедливій, на наш погляд, критиці і вносилися конструктивні пропозиції щодо його вдосконалення, зокрема шляхом заміни слів "частки прибутку" словами "частиною прибутку", а слів "статутними документами" словами "установчими документами" [7, 225], проте єдина зміна, якої зазнала наведена дефініція, — це заміна слів "у статутному фонді" словами "у статутному капіталі" [8]. Більше того, у п. 14.1.90 Податкового кодексу України від 2 грудня 2010 р. [9] визначення поняття корпоративних прав, встановлене ГК України, відтворене навіть без зазначеної заміни.

Не вдаючись до поглибленого дослідження поняття корпоративних відносин, оскільки це не є метою даної статті, звернемося до безпосереднього предмету нашого дослідження — переважних прав в корпоративних правовідносинах, що виникають, змінюються та припиняються в одному з видів корпоративних утворень — в акціонерних товариствах.

До прийняття Цивільного кодексу України [10] (далі — ЦК України) і ГК України Закон України від 19 вересня 1991 р. "Про господарські товариства" [11] містив невелику за обсягом норму, яка встановлювала, що акціонери користуються переважним правом на придбання додатково випущених акцій (ч. 3 ст. 38 Закону), проте порядку (механізму) реалізації цього права зазначений закон не встановлював, поширюючи порядок відкритої підписки на акції, визначений ст. 30 Закону, і на додатково випущені акції товариства**.

* Саме про частину (курсив наш. — В.Б.) прибутку йдеться в ст. 116 ЦК України та в ч. 1 ст. 30 Закону України "Про акціонерні товариства", а тому цей термін доцільно вживати у ст.ст. 88 і 167 ГК України, а також у ст. 10 Закону України "Про господарські товариства".

** Щодо історії розвитку законодавства стосовно переважних прав в акціонерному товаристві див.: Щербина Е. О преимущественном праве в истории и деталях / Елена Щербина // Акционерный вестник Украины. — 2009. — № 4 (9). — С. 58-62.

У прийнятому 16 січня 2003 р. ЦК України та ГК України з'явилися норми, згідно з якими у випадках, встановлених статутом товариства і законом, може бути встановлене переважне право акціонерів на придбання акцій, що додатково випускаються товариством (ч. 3 ст. 156 ЦК України), а акціонерам закритого акціонерного товариства було надане переважне право на придбання акцій, що продаються іншими акціонерами товариства (ч. 3 ст. 81 ГК України). Ця стаття була виключена із ГК України з прийняттям Закону України від 17 вересня 2008 р. "Про акціонерні товариства" [12] (далі – Закон про АТ), що було зроблено дещо поспішно, оскільки закриті акціонерні товариства відповідно до п. 2 Прикінцевих та перехідних положень зазначеного Закону мали право існувати ще протягом 2-х років з дня набрання чинності Законом, тобто до 29 квітня 2011 р.

Таким чином, до прийняття Закону про АТ переважні права акціонерів (без встановлення порядку їх реалізації, що спричиняло багато конфліктів і породжувало судові спори) були закріплені у трьох нормативно-правових актах – ЦК і ГК України та в Законі України "Про господарські товариства", проте в жодному із них обидва переважні права не були встановлені одночасно.

Сьогодні найбільш повно і комплексно, з визначенням порядку (процедури) їх реалізації, переважні права акціонерів урегульовані в Законі про АТ, на аналізі положень якого доцільно зупинитися докладніше.

До переважних прав, якими можуть бути наділені суб'єкти корпоративних правовідносин в акціонерному товаристві (далі – АТ), чинним законодавством віднесені:

– *переважне право акціонера ПрАТ на купівлю акцій цього товариства*, що пропонуються їх власником до продажу третій особі (ч. 2 ст. 7 Закону про АТ). Як встановлено ч. 2 ст. 7 Закону про АТ, статутом ПрАТ може бути передбачено переважне право його акціонерів на придбання акцій цього товариства, що пропонуються їх власником до відчуження третій особі. У такому разі зазначене переважне право реалізовується відповідно до частин 3-6 ст. 7 Закону про АТ.

Акціонери ПрАТ мають переважне право на придбання акцій, що продаються іншими акціонерами цього товариства, за ціною та на умовах, запропонованих акціонером третій особі, пропорційно кількості акцій, що належать кожному з них. Переважне право акціонерів на придбання акцій, що продаються іншими акціонерами цього товариства, діє протягом двох місяців з дня отримання товариством повідомлення акціонера про намір продати акції, якщо коротший строк не передбачено статутом товариства.

Строк переважного права, передбачений статутом товариства, не може бути меншим ніж 20 днів з дня отримання товариством відповідного повідомлення. Строк переважного права припиняється у разі, якщо до його спливу від усіх акціонерів товариства отримані письмові заяви про використання або про відмову від використання переважного права на купівлю акцій.

Акціонер приватного акціонерного товариства, який має намір продати свої акції третій особі, зобов'язаний письмово повідомити про це решту акціонерів товариства із зазначенням ціни та інших умов продажу акцій. Повідомлення акціонерів товариства здійснюється через товариство. Після отримання письмового повідомлення від акціонера, який має намір продати свої акції третій особі, товариство зобов'язане протягом двох робочих днів направити копії повідомлення всім іншим акціонерам товариства. Якщо інше не передбачено статутом товариства, повідомлення акціонерів товариства здійснюється за рахунок акціонера, який має намір продати свої акції.

Якщо акціонери приватного акціонерного товариства не скористаються переважним правом на придбання всіх акцій, що пропонуються для продажу, протягом строку, встановленого цим Законом або статутом акціонерного товариства, акції можуть бути продані третій особі за ціною та на умовах, що повідомлені акціонерам товариства.

У разі виникнення права звернення стягнення на акції ПрАТ у зв'язку з їх заставою відчуження таких акцій здійснюється з дотриманням переважного права акціонерів на придбання цих акцій.

Законом України від 3 лютого 2011 р. "Про внесення змін до Закону України "Про акціонерні товариства" щодо вдосконалення механізму діяльності акціонерних товариств" [13] ст. 7 Закону про АТ була доповнена ч. 9, яка встановила, що переважне право акціонерного товариства на придбання акцій власної емісії, що пропонуються їх власником до відчуження третім особам, не допускається. У зв'язку з цим ч.ч. 3-5 Закону про АТ зазнали відповідних змін.

Такий порядок реалізації переважного права акціонерів ПрАТ встановлено законом.

У разі якщо акції ПрАТ пропонуються їх власником до відчуження третій особі іншим способом, ніж продаж, порядок реалізації переважного права акціонерів на придбання акцій ПрАТ встановлюється статутом такого товариства.

Частиною 5 ст. 7 Закону про АТ встановлений спосіб захисту порушеного переважного права на придбання акцій, який полягає в тому, що будь-який акціонер товариства має право протягом трьох місяців з дня, коли він дізнався або повинен був дізнатися про таке порушення, вимагати в судовому порядку переведення на нього прав та обов'язків покупця акцій.

Таким чином, можна констатувати, що відповідно до ч. 1 ст. 258 ЦК України Законом про АТ встановлена спеціальна позовна давність – 3 місяці – скорочена порівняно із загальною позовною давністю;

➤ *переважне право акціонера публічного акціонерного товариства (далі – ПАТ) на придбання акцій товариства при їх додатковій емісії* (ч. 1 ст. 27 Закону про АТ);

➤ *переважне право акціонера ПрАТ на придбання акцій товариства при їх додатковій емісії* (ч. 1 ст. 27 Закону про АТ).

Встановлення переважного права акціонерів ПАТ на придбання акцій товариства при їх додатковій емісії є, передусім, способом захисту законних інтересів акціонерів, який безпосередньо впливає на ступінь управління (кількість голосів), на розмір отримуваних дивідендів та частини майна при ліквідації товариства тощо. Звідси – цілком зрозумілою є заінтересованість акціонера у збереженні своєї частки від зменшення її питомої ваги в статутному капіталі АТ. Тому важко погодитися з тими авторами, які вважають, що метою встановлення переважного права в корпоративних правовідносинах є намагання відмежувати існуючих учасників товариств від ризиків, пов'язаних з появою нових учасників у їх складі [14, 179]. Така мета більше характерна для спільної часткової власності, де співвласникам важливо зберегти свій склад для того, щоб забезпечити порядок використання єдиного майна, поділеного на частки, а також, деякою мірою, для ПрАТ, кількісний склад акціонерів якого згідно з ч. 1 ст. 5 Закону про АТ не може перевищувати 100 осіб, і, головним чином, для товариств з обмеженою і додатковою відповідальністю, максимальна кількість учасників яких може досягати 10 осіб (ч. 2 ст. 50 Закону України "Про господарські товариства"), але не для кількатисячного ПАТ.

Зміст переважного права акціонерів обох типів акціонерних товариств (публічного і приватного) полягає у:

праві акціонера-власника простих акцій придбавати розміщувані товариством прості акції пропорційно частці належних йому простих акцій у загальній кількості простих акцій;

праві акціонера-власника привілейованих акцій придбавати розміщувані товариством привілейовані акції цього або іншого класу, якщо акції такого класу надають їх власникам перевагу щодо черговості отримання дивідендів чи виплат у разі ліквідації товариства, пропорційно частці належних акціонеру привілейованих акцій певного класу у загальній кількості привілейованих акцій цього класу.

Основна відмінність між способом закріплення переважного права акціонерів-власників простих і привілейованих акцій полягає в тому, що переважне право надається акціонеру-власнику простих акцій у процесі приватного розміщення *обов'язково, в порядку, встановленому законодавством*, а акціонеру-власнику привілейованих акцій – у процесі приватного розміщення товариством привілейованих акцій, *якщо це передбачено статутом акціонерного товариства*.

Таким чином, для реалізації акціонером-власником простих акцій переважного права на придбання акцій додаткової емісії не обов'язково, щоб таке його право було передбачено статутом АТ.

Серед переважних прав акціонерів особливе місце посідають переважні права акціонерів-власників привілейованих акцій, правовому регулюванню реалізації яких присвячені, зокрема, ст.ст. 26, 27, 31 Закону про АТ.

У Законі про АТ відсутня спеціальна стаття, яка б чітко визначала перелік *переважних прав* акціонерів-власників привілейованих акцій. В ст. 26 Закону про АТ йдеться про права акціонерів-власників привілейованих акцій, які включають як переважні, так і інші права зазначених акціонерів.

Оскільки сукупність прав, які надаються акціонеру-власнику привілейованих акцій, залежить від класу акцій, обсяг таких прав визначається у статуті АТ. Зокрема, до переважних прав акціонерів-власників привілейованих акцій, що визначаються у статуті товариства, слід віднести:

а) *визначення розміру дивідендів*, виплата яких здійснюється з чистого прибутку звітного року та/або нерозподіленого прибутку відповідно до статуту акціонерного товариства у строк, що не перевищує шість місяців після закінчення звітного року.

У разі відсутності або недостатності чистого прибутку звітного року та/або нерозподіленого прибутку минулих років виплата дивідендів за привілейованими акціями здійснюється за рахунок резервного капіталу товариства або спеціального фонду для виплати дивідендів за привілейованими акціями (ч. 2 ст. 30 Закону про АТ).

Випадки, коли АТ не має права приймати рішення про виплату дивідендів та здійснювати виплату дивідендів за привілейованими акціями, встановлені ч. 3 ст. 31 Закону про АТ (у ч. 3 ст. 26 зроблено помилкове посилання на ч. 2 ст. 31 Закону про АТ, що викликає потребу у внесенні відповідних змін до ч. 3 ст. 26 Закону про АТ. – В.Б.).

Особливістю реалізації переважного права акціонерів-власників привілейованих акцій на отримання дивідендів обумовлено спосіб і форму визначення дивідендів. Так, згідно з ч. 3 ст. 30 Закону про АТ рішення про виплату дивідендів та їх розмір за простими акціями приймається загальними зборами акціонерного товариства, тоді як розмір дивідендів за привілейованими ак-

ціями всіх класів визначається у статуті акціонерного товариства (п. 6 ч. 2 ст. 13 Закону про АТ);

б) *встановлення черговості виплати дивідендів* у разі розміщення кількох класів привілейованих акцій;

в) *визначення розміру ліквідаційної вартості*. Ліквідаційна вартість привілейованої акції певного класу – це сума коштів, яка належатиме власнику такої акції під час ліквідації акціонерного товариства;

г) *встановлення черговості виплат у разі ліквідації товариства*.

Встановлення у статуті товариства черговості виплати дивідендів і черговості виплат у разі ліквідації товариства свідчить про те, що переважні права акціонерів-власників привілейованих акцій існують не лише у відносинах між ними і акціонерами-власниками простих акцій, але і у відносинах між самими акціонерами-власниками привілейованих акцій різного класу.

Такий висновок підтверджується:

➤ нормою абз. 2 ч. 3 ст. 31 Закону про АТ, згідно з якою товариство не має права здійснювати виплату дивідендів за привілейованими акціями певного класу до виплати поточних дивідендів за привілейованими акціями, власники яких мають перевагу щодо черговості отримання дивідендів;

➤ нормою абз. 2 ч. 2 ст. 89 Закону про АТ, згідно з якою у разі розміщення товариством кількох класів привілейованих акцій черговість розподілу майна між акціонерами-власниками кожного класу привілейованих акцій визначається статутом товариства;

д) *можливість конвертації привілейованих акцій* одного класу у привілейовані акції іншого класу, прості акції або інші цінні папери (наприклад, облігації підприємства). Прості акції згідно з ч. 4 ст. 20 Закону про АТ не підлягають конвертації у привілейовані акції або інші цінні папери акціонерного товариства.

Відомості про умови та порядок конвертації привілейованих акцій певного класу у прості акції товариства чи у привілейовані акції іншого класу у разі розміщення привілейованих акцій мають міститися у статуті товариства (п. 7 ч. 2 ст. 13 Закону про АТ).

Ще одним переважним правом акціонерів-власників привілейованих акцій є встановлене ст. 27 Закону про АТ *право при додатковій емісії акцій*. Воно полягає у праві придбавати розміщувані товариством привілейовані акції цього або іншого класу, якщо акції такого класу надають їх власникам перевагу щодо черговості отримання дивідендів чи виплат у разі ліквідації товариства, пропорційно частці належних акціонеру привілейованих акцій певного класу у загальній кількості привілейованих акцій цього класу.

Частинами 2 і 3 ст. 27 Закону про АТ встановлено загальні засади механізму реалізації переважного права акціонерів при додатковій емісії акцій, в якому можна виділити два етапи:

1-й етап. Не пізніше ніж за 30 днів до початку розміщення акцій з наданням акціонерам переважного права товариство письмово повідомляє кожного акціонера, який має таке право, про можливість його реалізації та публікує повідомлення про це в офіційному друкованому органі (ним є офіційне друковане видання Національної комісії з цінних паперів і фондового ринку).

Повідомлення має містити дані про загальну кількість розміщуваних товариством акцій, ціну розміщення, правила визначення кількості цінних паперів, на придбання яких акціонер має переважне право, строк і порядок реалізації зазначеного права. У разі розміщення привілейованих акцій повідомлення має містити інформацію про права, які надаються власникам зазначених цінних паперів.

2-й етап. Акціонер, який має намір реалізувати своє переважне право, подає акціонерному товариству в установленний строк письмову заяву про придбання акцій та перераховує на відповідний рахунок кошти в сумі, яка дорівнює вартості цінних паперів, що ним придбаваються. У заяві акціонера повинно бути зазначено його ім'я (найменування), місце проживання (місцезнаходження), кількість цінних паперів, що ним придбаваються. Заява та перераховані кошти приймаються товариством не пізніше дня, що передує дню початку розміщення цінних паперів. Товариство видає акціонеру письмове зобов'язання про продаж відповідної кількості цінних паперів.

Отже, Закон про АТ не лише більш чітко у порівнянні із Законом України "Про господарські товариства" визначив переважні права акціонерів (у тому числі акціонерів-власників привілейованих акцій), але і встановив механізми та закріпив певні гарантії їх здійснення.

Досить важливим для захисту порушеного переважного права акціонерів при додатковій емісії акцій є положення ч. 4 ст. 27 Закону про АТ, згідно з яким у разі порушення акціонерним товариством порядку реалізації акціонерами переважного права Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку може прийняти рішення про визнання емісії недобросовісною та зупинення розміщення акцій цього випуску.

Відповідно до п. 4 ч. 2 ст. 26 Закону про АТ у статуті акціонерного товариства, зокрема, визначається *порядок отримання інформації* акціонерами-власниками привілейованих акцій.

Як зазначає О.М. Вінник, у статуті мають бути деталізовані права, що входять до стандартного набору корпоративних прав акціонера, серед яких – і право на отримання інформації про діяльність товариства [1, 90].

Проте, оскільки в інших статтях Закону про АТ жодних привілеїв зазначених акціонерів щодо отримання інформації про господарську діяльність акціонерного товариства чи особливостей реалізації ними права на отримання інформації не встановлено, вважаємо, що визначення порядку отримання інформації не можна вважати переважним правом акціонерів-власників привілейованих акцій. Незважаючи на те, що стосовно акціонерів-власників простих акцій у Законі про АТ закріплено лише право на отримання інформації про господарську діяльність акціонерного товариства (п. 4 ч. 1 ст. 25 Закону про АТ), проте зрозуміло, що і стосовно цих акціонерів у статуті товариства має бути визначено порядок отримання зазначеної інформації – як гарантія реалізації права на інформацію. У зв'язку з цим видається недоцільним збереження п. 4 ч. 2 ст. 26 Закону про АТ.

Зазначимо, що закони про акціонерні товариства, прийняті в інших державах-учасниках СНД (Республіка Вірменія, Республіка Киргизстан, Російська Федерація тощо) не відносять порядок отримання інформації до переважних прав акціонерів-власників привілейованих акцій.

Отже, як показало проведене дослідження, Законом про АТ не лише визначено коло переважних прав в акціонерному товаристві, але й досить докладно вписаний механізм їх здійснення. Разом з тим є всі підстави для висновку про те, що прийняття цього Закону породило нові проблеми у забезпеченні уніфікації правових норм, покликаних регулювати переважні права в акціонерному товаристві.

По-перше, не зовсім вдалим є посилання в ч. 3 ст. 156 ЦК України спочатку на статут товариства, а потім на закон. Адже статут повинен відповідати вимогам закону, і саме Закон про АТ встановлює переважне право акціонерів при додатковій емісії акцій (ст. 27 Закону), а ч. 3 ст. 15 цього Закону уточнює, що переважне

право акціонера на придбання акцій, що додатково розміщуються, діє лише в процесі приватного розміщення акцій, та встановлюється законодавством.

Тому слова "статутом і", на нашу думку, доцільно виключити з ч. 3 ст. 156 ЦК України.

По-друге, потребує приведення у відповідність до законодавства про цінні папери і про акціонерні товариства вжитий у ч. 3 ст. 156 ЦК України термін "додатково випускаються" шляхом заміни його терміном "додатково розміщуються", оскільки, наприклад, Закон України від 23 лютого 2006 р. "Про цінні папери і фондовий ринок" [15] не лише оперує терміном "розміщення", але і розкриває його значення (ст. 1 Закону).

По-третє, оскільки в ЦК України відсутня норма, яка б допускала можливість закріплення у статуті приватного акціонерного товариства переважного права його акціонерів на придбання акцій, що пропонуються їх власником до відчуження третій особі (на нашу думку, це пов'язано з тим, що до прийняття Закону про АТ ЦК України взагалі не поділяв акціонерні товариства на види чи типи), за наявності у ньому норми щодо переважного права учасника товариства з обмеженою відповідальністю купівлі частки (її частини) учасника, який її відчужує (ч. 2 ст. 147 ЦК України), яка може застосовуватися і до товариства з додатковою відповідальністю (ч. 4 ст. 151 ЦК України), зазначену прогалину можна було б усунути шляхом доповнення ст. 116 ЦК України частиною 3, в якій закріпити перелік переважних прав учасників господарського товариства, включивши до нього і переважне права акціонерів приватного акціонерного товариства на придбання акцій цього товариства, що відчужуються третій особі.

По-четверте, виходячи з того, що Законом про АТ загалом достатньо повно врегульований порядок реалізації переважного права на придбання акцій додаткової емісії (ст. 7 Закону), абз. 5 ч. 2 ст. 6 Закону України "Про цінні папери і фондовий ринок", згідно з яким такий порядок встановлюється Національною комісією з цінних паперів і фондового ринку, доцільно із зазначеного Закону виключити.

Дослідження переважних прав акціонерів-власників привілейованих акцій дає підстави для висновку про те, що залежно від суб'єктного складу відносин, у яких реалізується переважне право акціонера-власника привілейованих акцій, можна виділити три види переважних прав:

- переважні права акціонера-власника привілейованих акцій перед особами, які не є акціонерами цього товариства (право придбавати розміщувані товариством привілейовані акції цього або іншого класу);
- переважні права акціонера-власника привілейованих акцій перед акціонерами-власниками простих акцій товариства (гарантоване право на отримання дивідендів у встановленому статутом розмірі, право на отримання ліквідаційної вартості, можливість конвертації привілейованих акцій, право придбавати розміщувані товариством привілейовані акції цього або іншого класу);
- переважні права акціонера-власника привілейованих акцій одного класу перед акціонерами-власниками привілейованих акцій іншого класу (встановлення черговості виплати дивідендів і черговості виплат у разі ліквідації товариства).

З урахуванням практики застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають у зв'язку з порушеннями переважних прав у корпоративних відносинах, вважаємо за доцільне внести відповідні зміни до Рекомендацій Вищого господарського суду України від 28 грудня 2007 р. № 04-5/14 "Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з

корпоративних відносин" [16] та до Постанови Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2008 р. № 13 "Про практику розгляду судами корпоративних спорів" [17], усунувши при цьому існуючі неузгодженості між зазначеними актами.

Розглянуті тут переважні права в акціонерних товариствах – це лише один із аспектів переважних прав у корпоративних правовідносинах. Потребують дослідження також переважні права в інших видах товариств – з обмеженою і додатковою відповідальністю та в коментитних товариствах.

1. Вінник О.М. Науково-практичний коментар Закону України "Про акціонерні товариства" / О.М. Вінник. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – 312 с. 2. Корпоративне право України: підручник / В.В. Луць, В.А. Васильєва, О.Р. Кібенко, І.В. Спасибо-Фатеева [та ін.]; за заг. ред. В.В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 384 с. 3. Новоселова Л.А. Преимущественное право приобретения акций в закрытом акционерном обществе / Л.А. Новоселова // Арбитражная практика. – 2004. С. 3-11. 4. Шапкина Г. Применение акционерного законодательства / Г. Шапкина // Приложение к журналу "Хозяйство и право" – 2008. – № 8. – С. 5-65. 5. Корпоративное право: Актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В.А. Белова. – М.: Издательство Юрайт, 2009. – 678 с. 6. Господарсь-

кий кодекс України від 16 січня 2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 462. 7. Щербина В.С. Суб'єкти господарського права: монографія / В.С. Щербина. – К.: Юрінком Інтер, 2008. 8. Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо статутного капіталу: Закон України від 22 грудня 2010 р. // Офіційний вісник України. – 2011. – № 3. – Ст. 165. 9. Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 р. // Офіційний вісник України. – 2010. – № 92 (частина 1). – Ст. 3248. 10. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461. 11. Про господарські товариства: Закон України від 19 вересня 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 49. – Ст. 682. 12. Про акціонерні товариства: Закон України від 17 вересня 2008 р. // Офіційний вісник України. – 2008. – № 81. – Ст. 2727. 13. Про внесення змін до Закону України "Про акціонерні товариства" щодо вдосконалення механізму діяльності акціонерних товариств: Закон України від 3 лютого 2011 р. // Офіційний вісник України. – 2011. – № 16. – Ст. 649. 14. Белов В.А., Пестерева Е.В. Хозяйственные общества / В.А. Белов, Е.В. Пестерева. – М.: ЮриИнфоР, 2002. – 333 с. 15. Про цінні папери і фондовий ринок: Закон України від 23 лютого 2006 р. // Офіційний вісник України. – 2006. – № 13. – Ст. 857. 16. Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин: Рекомендації Вищого господарського суду України від 28 грудня 2007 р. № 04-5/14 // Вісник господарського судочинства. – 2008. – № 1. 17. Про практику розгляду судами корпоративних спорів: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2008 р. № 13 // Вісник Верховного Суду України. – 2008. – № 11.

Надійшла до редколегії 20.09.11

УДК 340.12

М. Кравченко, здобувач

КЛАСИФІКАЦІЯ ЗАКОНОМІРНОСТЕЙ РЕАЛІЗАЦІЇ ЗАКОНУ

Стаття присвячена класифікації закономірностей, які властиві процесу реалізації закону.

Ключові слова: реалізація закону, закономірності реалізації закону, класифікація закономірностей реалізації закону.

Статья посвящена классификации закономерностей, которые свойственны процессу реализации закона.

Ключевые слова: реализация закона, закономерности реализации закона, классификация закономерностей реализации закона.

The article is devoted classifications of conformities to law, what incident to the process of realization of law.

Keywords: realization of law, conformities to law of realization of law, classification of conformities to law of realization of law.

Реалізація будь-якого закону обумовлена великою кількістю закономірностей. Такі закономірності, по відношенню до закону, можуть мати зовнішній або внутрішній характер. Вони можуть бути постійними або тимчасовими. Звичайно, визначити всі закономірності, які впливають на процес реалізації закону, надзвичайно важко. Це пов'язано із тим, що їх надзвичайно важко виявити, оскільки вони, як правило, виявляються лише шляхом аналізу значного масиву матеріалів практики реалізації законів. Разом із тим, вже виявлені закономірності процесу реалізації закону варто певним чином впорядкувати. Для цього необхідно застосувати таку логічну операцію, як класифікація. Класифікація закономірностей реалізації закону допоможе краще зрозуміти їх специфіку, дати їм коротку але досить змістовну характеристику. Адже, хоча всі закономірності реалізації закону мають вплив на даний процес, проте вони не є тотожними, а отже і їх вплив на процес реалізації закону не є однаковим. Одні закономірності в більшій мірі впливають на процес реалізації закону, інші – в меншій мірі.

Аналізуючи юридичну літературу, можна переконатися у тому, що вченими вже були спроби провести класифікацію закономірностей державно-правових явищ та процесів. Звичайно, мова не йшла про класифікацію закономірностей реалізації закону, проте ці напрацювання можуть надати критерії, які можна буде застосувати для проведення класифікації закономірностей реалізації закону. Так, П.М. Рабінович пропонує поділяти державно-правові закономірності на підставі наступних критеріїв: 1) за системним розташуванням у соціальному просторі – на зовнішні та внутрішні; 2) за історичними межами дії – на всезагальні, загальні та особливі; 3) за ступенем охоплення державно-правової сфери – на загальні та конкретні; 4) за типом зв'язків державно-правових явищ –

на загальні та особливі; 5) за формою здійснення – на статичні та динамічні [1, с. 37-52].

Іншу класифікацію правових закономірностей пропонує в своїй праці С.С. Алексєєв. Вчений класифікує закономірності права на чотири види: 1) загальні закономірності виникнення та розвитку права; 2) загальні структурно-функціональні закономірності права; 3) специфічні закономірності виникнення та розвитку права; 4) специфічні структурно-функціональні закономірності права [2, с. 123-133].

Цікаву класифікацію державно-правових закономірностей пропонує В.М. Кудрявцев. Він пропонує виділяти три групи державно-правових закономірностей: по-перше, загальні соціально-історичні закономірності, які властиві певному суспільному ладу; по-друге, внутрішні закономірності права як соціального явища; по-третє, закономірні зв'язки перших двох груп [3, с. 54].

Досить цікаво класифікацію закономірностей державно-правових явищ та процесів запропонував Ю.Ю. Ветютнев. Ми пропонуємо більш конкретно зупинитися саме на цій класифікації закономірностей державно-правових процесів та явищ. Це пов'язано із тим, що на сьогоднішній день ця класифікація є однією із найкращих класифікацій закономірностей державно-правових явищ та процесів. Критерії, які використовує вчений при проведенні цієї класифікації, мають певну універсальність, адже вони орієнтовані на ознаки, які властиві закономірностям державно-правових явищ та процесів. Серед критеріїв використовуючи, які можна класифікувати закономірностей державно-правових явищ та процесів можна назвати наступні: зміст державно-правових закономірностей, масштаб в межах якого вони діють, часовий вимір їх дії, структура державно-правових закономірностей, логічна обґрунтованість, тип зв'язку, сфера їх дії та інші критерії. Ми вважаємо, що

саме ці критерії класифікації закономірностей державно-правових явищ та процесів найбільше відображають специфіку даних закономірностей та можуть бути корисними при проведенні класифікації закономірностей процесу реалізації закону.

По-перше, закономірності державно-правових явищ та процесів можна поділити за змістом. За цим критерієм дані закономірності можна поділити на: а) закономірності виникнення; б) закономірності буття; в) закономірності функціонування; г) закономірності розвитку.

Закономірності виникнення або генетичні закономірності обумовлюють утворення або появу якого-небудь державно-правового явища. Так до закономірностей виникнення державно-правових явищ та процесів можна віднести закономірності, які обумовлюють виникнення та впливають на формування права, а також ті закономірності, які обумовлюють виникнення держави. Безперечно будь-які державно-правові явища та процеси не існують вічно. Вони виникають за певних обставин, які обумовлюють їх появу, в конкретно історичний період, розвиваються, змінюються і можуть зникнути якщо в них може відпасти потреба. Разом із тим, із процесу появи державно-правових явищ і процесів не виключеними є закономірності. Вони можуть відображати ті об'єктивні зв'язки між явищами та процесами об'єктивної реальності, які обумовлюють появу того чи іншого державно-правового явища.

Закономірності буття. Такі закономірності державно-правових явищ і процесів виражають спосіб існування певного явища або процесу у сфері права і держави, його постійні та атрибутивні характеристики. Наприклад, для права характерними є такі невід'ємні його риси, як нормативність та формальна визначеність. Таким чином, закономірністю буття права те, що нормативність і формальна визначеність є невід'ємними його рисами.

Закономірності функціонування. Це такі закономірності державно-правових явищ і процесів, які визначають найважливіші ознаки, які характеризують стан та процес функціонування явищ та процесів у сфері права та держави. Так, наприклад на думку В.А. Козлова закономірністю реалізації права є те, що поведінка людей, зазвичай, незалежно від знання ними правових норм, буде відповідати приписам права [4, с.21-28].

Останні в цій класифікації є закономірності розвитку державно-правових явищ і процесів. Це такий підвид закономірностей державно-правових явищ і процесів, які відображають ті чинники, які впливають на процес якісної зміни об'єкта у сфері права і держави, переходу його на більш високий рівень розвитку або у більш досконалий стан. Як вірно зазначає Б.Я. Токарев закономірності розвитку призводять до глибинних функціонально-структурних змін у сутності права [5, с.66]. Безперечно закономірності розвитку відображають глибинні функціонально-структурні зміни також у природі держави.

Розвиток державно-правових явищ та процесів є неодмінною складовою їх буття та функціонування. Це насамперед пов'язано із тим, що умови в яких живе суспільство та держава постійно змінюються, до певної міри удосконалюються. При цьому змін також зазнають державно-правові явища та процеси. Ці зміни виявляються у тому, що деякі державно-правові явища та процеси утворюються, інші розвиваються та змінюються, деякі із них можуть зникнути через те, що в їх існуванні відпадає потреба. Таким чином, закономірним є те, що розвиток, як правило, є невід'ємний процесом від процесу функціонування певних явищ та процесів у сфері держави і права. Ці два процеси взаємопов'язані і в цілому призводять до якісного перетворення явищ та

процесів у сфері права і держави. Завдяки цьому вони підіймаються на якісно новий рівень, набувають принципово нових властивостей. Саме тому, надзвичайно важливо знати та розуміти закономірності розвитку державно-правових явищ та процесів та своєчасно застосовувати знання про них для розвитку та вдосконалення потрібних та корисних для суспільства та держави явищ та процесів у сфері держави і права.

Разом із тим, не варто забувати того, що розвиток державно-правових явищ може призводити не тільки до вдосконалення цих явищ та процесів, до переходу їх на новий якісно вищий рівень. Розвиток явищ, може містити також закономірності їх відмирання та зникнення.

По-друге, закономірності державно-правових явищ та процесів можна поділити за їх структурою. За цим критерієм дані закономірності можна поділити на: а) однооб'єктні закономірності; б) багатооб'єктні закономірності.

Однооб'єктні закономірності – це найпростіший тип закономірностей. Вони не встановлюють зв'язків між явищами, а характеризують функціонування якого-небудь одного, окремо явища.

Багатооб'єктні закономірності. Це такий вид закономірностей, які встановлюють зв'язки між двома або більшою кількістю взаємопов'язаних явищ.

На думку Ю. Ю. Ветютнева, у випадку, коли таких явищ більше ніж два, може мати місце складна державно-правова закономірність, яка включає одразу кілька зв'язків між явищами [6, с.50]. Так, відомий філософ і юрист Ч. Бекарія виявив надзвичайно цікаву багатооб'єктну закономірність у сфері доказування. Він зазначає, що коли факти, які доказуються у справі взаємно залежать один від одного, тобто коли один доказ доводиться тільки за допомогою іншого, то у цьому випадку, існує така закономірність: чим більша кількість доказів, тим менша доказовість кожного з них [7, с.111].

По-третє, закономірності державно-правових явищ та процесів можна поділити за типом зв'язку. За цим критерієм закономірності можна поділити на: а) причинно-наслідкові закономірності; б) функціональні закономірності.

Причинно-наслідкові закономірності. Суть цього виду закономірностей зводиться до того, що вони відображають зв'язок між явищем та причиною, що його обумовлює. В таких закономірностях причинно-наслідковий зв'язок має такі риси, як: загальність, необоротність, просторову та часову безперервність [8, с.12].

Функціональні закономірності. Такі закономірності безпосередньо не обумовлені причино-наслідковим зв'язком. Таким чином, причино-наслідковий зв'язок присутній у цих закономірностях опосередковано. Наприклад, функціональний характер має закономірний взаємозв'язок між двома наслідками однієї і тієї ж самої причини. Так наприклад, на думку Л.С. Явіча, "в системі держава – право функціонують закономірності, які виражають, як причинно-наслідковий так і функціональний зв'язки" [9, с. 55]. До першого виду зв'язку можна віднести залежність держави і права від економічних факторів. До другого виду зв'язку належить взаємодія цих двох соціальних явищ.

По-четверте, закономірності державно-правових явищ та процесів можна поділити за масштабом дії. За цим критерієм закономірності можна поділити на: а) глобальні закономірності; б) локальні закономірності.

Глобальні закономірності. Такі закономірності характеризуються максимальним масштабом їх дії в просторі. Вони поширюються на всі державно-правові явища незалежно від їх географічного місця розташування, національної приналежності, тощо. Глобальні закономірності є відображенням найбільш загальних властивостей держави і права. Вони стосуються їх глибинної сут-

ності. Так, загальноновизнаним є те, що теорія держави і права в першу чергу має досліджувати саме глобальні закономірності державно-правових явищ. Мова йде про закономірності, які не пов'язані із специфікою конкретної національної правової системи. Однак досягнути такої мети надзвичайно важко. Це пов'язано із тим, що оскільки державно-правові закономірності мають соціально-практичний характер то для їх виявлення слід досліджувати емпіричний матеріал у всіх без винятку країнах світу. Аналіз такого об'єму інформації практично неможливо зробити. Таким чином, глобальними закономірностями, як правило, називаються закономірності, які виявлені на підставі аналізу даних із однієї або декількох держав. В наслідок цього, такі закономірності розповсюджують свого дію відповідні державно-правові явища і процеси всього світу [10, с.51].

Локальні закономірності. Дія таких закономірностей, як правило, обмежується певними територіальними межами. Так, можна говорити про державно-правові закономірності великих світових регіонів – наприклад, Західної Європи, Африки, тощо. Крім того, можна говорити про закономірності розвитку окремих країн. В даному випадку надзвичайно важко визначити те, яким має бути мінімальний масштаб в межах якого може діяти незалежна державно-правова закономірність. Однак, можливо припустити те, що така закономірність може існувати не тільки на рівні окремої країни, але й на рівні окремої адміністративно-територіальної одиниці, яка існує в межах певної країни. Так, наприклад, спеціалісти звертають увагу на специфічні закономірності правового розвитку американського штату Луїзіана, канадської провінції Квебек та інші [11, с. 136-137].

Крім того, ми маємо звернути увагу ще на той факт, що нині світ розвивається в епоху глобалізації. З цим пов'язані спроби виявлення загальносвітових тенденцій правового розвитку. До таких тенденцій, як правило відносять: поглиблення взаємодії міжнародного та внутрішньодержавного права, розширення сфери правового регулювання, зміни системи джерел права, соціалізація права, розмивання меж між приватним та публічним правом, тощо [12, с. 68-71]. Однак, на думку Ю.Ю. Ветютнева очевидним є те, що подібні закономірності поки ще не можуть вважатися глобальними. Це обумовлене тим, що вони розповсюджуються не на всі держави, а отже і правові системи відповідних держав і мають різний рівень впливу на правові системи тих держав, де вони присутні [13, с.50-51].

По-п'яте, закономірності державно-правових явищ та процесів можна поділити за рівнем узагальнення. За цим критерієм дані закономірності можна поділити на: а) емпіричні закономірності; б) теоретичні закономірності.

Емпіричні закономірності. Такі закономірності виявляються на базі конкретних спостережень за певними правовими об'єктами.

Теоретичні закономірності – це закономірності, які містять обґрунтування та розкриття глибинного змісту правових явищ та встановлюють зв'язок між ними на рівні наукових категорій [14, с.52].

По-шосте, закономірності державно-правових явищ та процесів можна поділити за терміном дії. За цим критерієм закономірності можна поділити на: а) постійні закономірності; б) тимчасові закономірності.

Постійні закономірності. Такі закономірності діють на протязі усієї історії держави і права. Наприклад, об'єктивна обумовленість правової форми суспільних відносин змістом регульованих відносин [15, с.30].

Тимчасові закономірності. Такі закономірності існують на протязі певного проміжку часу. Вони виникають, змінюються, розвиваються і зникають в чітко визначе-

них часових межах [16, с.61]. Закінчення дії закономірності може бути пов'язаним із тимчасовим, минулим характером самого явища. Наприклад, тимчасовими є специфічні закономірності держави і права рабовласницької формації.

Варто звернути увагу на те, що стабільність є невід'ємною ознакою будь-якої закономірності державно-правових явищ та процесів. Проте, ця сталість не є абсолютною, а є обмеженою в часі. Зі зміною соціально-історичних умов змінюється життя суспільства та закономірності його функціонування. Як зазначає Г.П. Давидюк "нова соціальна дійсність призводить до виникнення нових законів" [17, с.103]. В цьому контексті, цікавою є також думка видатного теоретика права Г.Д. Гурвіча. Він звертає увагу на те, що будь-які закономірності можуть виявлятися лише в межах окремого історичного типу права [18, с.767].

По-сьоме, закономірності державно-правових явищ та процесів можна поділити за логічною природою. За цим критерієм дані закономірності можна поділити на: а) логічно припустимі закономірності; б) логічно не припустимі закономірності.

Логічно припустимі закономірності. Таким є закономірності існування та функціонування яких є можливим з позиції законів логіки.

Логічно не припустимі закономірності. Існування окремих закономірностей не обумовлюється безпосередньо законами логіки. Їх існування залежить від випадку. Крім того, варто звернути увагу на те, що навіть логічно припустима закономірність може надавати декілька варіантів інтерпретації свого змісту. Також у процесі свого функціонування така закономірність може стикатися із певними випадковостями. В наслідок цього вона може не призводити до тих результатів до яких вона призводить зазвичай [19, с.53]. До таких закономірностей належать соціальні закономірності. Так, наприклад, якщо людина має обирати з двох варіантів поведінки, які є однаковими у всьому, Крім їхньої причини, якою є наказ, то вона обере той варіант, який краще для неї з точки зору цього наказу [20, с.75]. Ще одним прикладом є така закономірність: "якщо норма права приписує одну поведінку, а соціально-економічні умови життя – іншу, то вирішальну роль для вибору моделі поведінки особи в кінцевому підсумку відіграють саме соціально-економічні фактори" [21, с. 143].

По-восьме, закономірності державно-правових явищ та процесів можна поділити за сферою дії. За цим критерієм закономірності можна поділити на: а) загальні закономірності; б) спеціальні закономірності.

Загальні закономірності. Такі закономірності мають найвищий ступінь узагальненості та універсальності. Ці закономірності охоплюють цілому державу, право та всю правову систему. Прикладом такої закономірності є те, що правовий розвиток обумовлений станом матеріальних засобів виробництва та економічним рівнем розвитку суспільства.

Спеціальні закономірності. Ці закономірності стосуються якого-небудь окремого правового явища чи ділянки правового життя. Прикладом такої закономірності є закономірності розвитку системи національного права; закономірності реалізації та захисту прав людини в юридичній діяльності; закономірності розташування правових норм в статтях нормативних актів, тощо [22, с.54].

В юридичній літературі можна зустріти і інші класифікації закономірностей державно-правових явищ та процесів. Зокрема, інколи в якості критерію класифікації таких закономірностей пропонують використовувати їх соціальну значимість. Відповідно до цього критерію

закономірності поділяють на позитивні та негативні [23, с.3-5]. Можуть бути і інші критерії класифікації.

Отримавши комплексне уявлення про критерії класифікації закономірностей державно-правових явищ та процесів, а також їх загальну характеристику, ми можемо перейти до питання про класифікацію закономірностей реалізації закону. Для проведення класифікації закономірностей реалізації закону можна застосувати декілька критеріїв. Найкращою, на нашу думку, є класифікація закономірностей реалізації закону залежно від їх змісту. За цим критерієм такі закономірності можна поділити на закономірності виникнення, функціонування і розвитку процесу реалізації закону. Ця класифікація закономірностей реалізації закону дає можливість найбільше показати їх функціональне призначення, роль у процесі реалізації закону.

До першого підвиду можна віднести наступні закономірності реалізації закону: 1) будь-який юридичний закон має бути реалізованим; 2) результати реалізації закону залежать від його якості; 3) якість закону обумовлюється юридичними, економічними, політичними та іншими чинниками. Варто зазначити те, що цей підвид закономірностей реалізації закону відображає ті важливі передумови, які об'єктивно необхідні для початку та нормального перебігу процесу реалізації закону. Якщо перша закономірність реалізації закону на, яку ми звернули увагу у вище наведеному прикладі, є до певної міри зрозумілою та однозначною у трактуванні то наступні дві ми б хотіли розкрити трохи ширше. Ми переконані у тому, що весь процес реалізації закону та результати, які отримуються в наслідок даного процесу в значній мірі залежить від рівня його якості. Об'єктивна необхідність високого рівня якості закону, на нашу думку, має не просто рекомендаційний характер або характер науково обґрунтованої вимоги адресованої до законодавця. На нашу думку неспростовною істиною є те, що лише якісний закон може бути реалізований в повній мірі. Ліше такий закон може досягнути тих результатів за для досягнення яких він власне і створювався. Отже, це є закономірністю процесу реалізації закону, який немає альтернативи.

Закономірним є також те, що якість закону є надзвичайно складним поняттям, яке має комплексну природу та обумовлюється багатьма чинниками. Такі чинники можуть мати, як юридичний так і економічний, політичний, або соціальний характер тощо. Проте, законодавець має їх неодмінно враховувати при створенні закону, якщо він бажає створити, якісний закон. Адже, неврахування цих чинників при створенні закону може бути причиною нереалізації закону. З іншої сторони варто зазначити те, що нині в Україні в більшій мірі звертається увага на саме політичні чинники. Закони створюються і приймаються, як результат домовленостей між політичними силами, які часто представляють інтерес не всього населення, а переважно інтереси представників великого бізнесу. Таким чином, чином поза увагою залишаються інтереси і прагнення більшості населення відносно законодавчого регулювання певного питання. Отже, на нашу думку, на законодавця, за таких умов, покладається функція узгодження інтересів різних верств населення, пошуку компромісних рішень, які б задовольнили всі сторони, а не тільки заможні верстви населення.

До другого підвиду належать закономірності, які відображають основні зв'язки між державно-правовими явищами та процесами під час процесу реалізації закону. Це власне кажучи ті основні правила та орієнтири, які має враховувати і на, які має зважати суб'єкт, який реалізує закон для правильного його застосування. До

таких закономірностей належать наступні закономірності реалізації закону: 1) реалізація закону відбувається у відповідних формах правомірної поведінки та діяльності; 2) реалізація закону обумовлюється межами його дії; 3) реалізація закону, як правило, вимагає прийняття відповідних підзаконних нормативно-правових актів, які конкретизують відповідні приписи закону; 4) реалізація закону, як правило, вимагає використання відповідних економічних, організаційних, інформаційних, юридичних заходів; 5) у разі виникнення колізій в процесі реалізації закону застосовуються єдині правила для їх вирішення; 6) однакові правила щодо реалізації окремих компонентів закону: преамбули, статей, кінцевих і перехідних положень; 7) залежність реалізації закону від узгодженості між окремими частинами закону та всієї правової системи в цілому; 8) застосування різних видів юридичної відповідальності до суб'єкта у разі порушення приписів закону; 9) залежність реалізації закону від рівня правосвідомості та правової культури людини, від рівня її освіти, індивідуальних цінностей, орієнтирів, досвіду, тощо; 10) залежність реалізації закону від поінформованості адресатів щодо змісту та мети правової норми; 11) залежність реалізації закону від якості і рівня професійної діяльності державних службовців.

До третього підвиду належать закономірності реалізації закону, які визначають основні напрямки вдосконалення процесу реалізації закону, переходу його на новий, більш високий рівень якості. До таких закономірностей можна віднести наступні: 1) подальше вдосконалення вже діючого законодавства; 2) послідовна інтенсифікація законодавства; 3) підвищення якості процесу правореалізації; 4) удосконалення механізму правового регулювання суспільних відносин. Можуть бути й інші закономірності.

Серед інших критеріїв, використовуючи які можна провести класифікацію закономірностей реалізації закону, є масштаб їх дії. За цим критерієм закономірності реалізації закону можна класифікувати на: а) закономірності, які властиві для реалізації будь-якого закону; б) закономірності, які властиві для реалізації певної групи законів. До першої підгрупи належать закономірності, які властиві для реалізації всіх юридичних законів. Даний підвид закономірностей процесу реалізації закону характеризується найбільшим масштабом їх дії в просторі. Вони поширюють свою дію на процес реалізації закону незалежно від того, де відбувається процес його реалізації. Так, до таких закономірностей реалізації закону належать, на нашу думку, наступні закономірності реалізації закону: будь-який юридичний закон має бути реалізованим; реалізація закону відбувається у відповідних формах правомірної поведінки та діяльності. Розглянемо більш конкретно ці закономірності. До закономірностей, які властиві для реалізації будь-якого закону, належить така закономірність, як будь-який юридичний закон має бути реалізованим. Звичайно, на практиці можна зустріти випадки, коли юридичний закон не реалізується з тих або інших причин. Разом із тим, не варто забувати про те, що реалізація закону є єдиним шляхом його дії, за допомогою якого його приписи перетворюються у реальну поведінку та діяльність суб'єктів суспільних відносин. Крім того, не варто забувати про те, що юридичний закон є цікавим не сам по собі, а лише як засіб, як інструмент, який покликаний регулювати суспільні відносини у відповідній сфері життєдіяльності держави та суспільства. Без реалізації юридичний закон перетворюється у формально закріплену сукупність ідей. Таким чином, зникає необхідність у існуванні такого закону в якості регулятора суспільних відносин. До закономірностей, які властиві для реаліза-

ції будь-якого закону, належить також така закономірність, як реалізація закону відбувається у відповідних формах правомірної поведінки та діяльності. Безперечно, реалізація закону не може відбуватися будь-яким чином. В основі даного процесу знаходяться правомірна поведінка та діяльність. Це є невід'ємним фундаментом процесу реалізації закону, його серцевиною. Без цього жодна реалізація закону в демократичній, правовій державі є неможливою. Тому цей об'єктивний стан речей є також закономірністю процесу реалізації закону.

До закономірностей, які властиві для реалізації певної групи законів можна віднести таку закономірність, як обумовленість специфіки процесу реалізації законів, які належать до певної галузі права методом правового регулювання та принципами, які властиві цій галузі права. Безперечно, метод правового регулювання є тим чинником, який істотно впливає на процес реалізації закону та визначає специфіку реалізації законів, які належать до певної галузі права. Це пов'язано із тим, що він визначає те за допомогою яких прийомів та способів правового впливу держава регулює суспільні відносини, які складають предмет відповідної галузі права. Ці прийоми і способи, як правило опосередковано, знаходять свого законодавчого закріплення в тексті закону, а також визначають специфіку, особливості правовідносин, які регулюються відповідним законодавством. Це безпосередньо знаходить свого відображення у характері взаємодії учасників правовідносин, а також у розподілі прав та обов'язків між учасниками правовідносин. Так, для кримінального права характерним є імперативний метод правового регулювання. Звичайно імперативний метод правового регулювання характерний не лише для кримінального права, а також для інших галузей, які відносяться до галузей публічного права. Тут зокрема мова йде про: адміністративне право, кримінально-виконавче право, міжнародне публічне право, кримінально-процесуальне право тощо. Цей метод на думку Ю.О. Тихомірова є родовим методом правового регулювання, який властивий для галузей, які належать до групи галузей публічного права [24, с.47]. Для цього методу правового регулювання характерними є певні риси, які в тому числі визначають специфіку реалізації норм кримінального законодавства. Серед таких рис можна назвати наступні. По-перше, формування владних відносин за принципом "наказ-виконання". Цей принцип визначає специфіку реалізації нормативно-правових актів в галузях публічного права і кримінального права зокрема. Ця специфіка виявляється також у тому, що суб'єкт, який приймає відповідне обов'язкове до виконання рішення немає необхідності узгоджувати таке рішення із адресатом, який буде виконувати це рішення. По-друге, чітка відповідність дій суб'єктів публічного права нормам діючого законодавства за принципом "дозволено все, що прямо передбачено законом". Тобто суб'єкти публічного права діють та реалізують закони лише в межах наданих їм повноважень діючим законодавством. Варто також зазначити, що такі суб'єкти публічного права, як: держава, якщо вона виступає суб'єктом міжнародних або внутрішньодержавних правовідносин, органи державної влади, посадові особи, державні установи та організації реалізуючи свої повноваження одночасно виконують завдання, які покладені на державу. По-третє, імперативний метод правового регулювання може виражатися у забороні вчиняти певні дії. Таким чином, норми законодавства спрямовують поведінку суб'єкта суспільних відносин у бажане для суспільства та держави русло. По-четверте, для імперативного методу правового регулювання властивим є поєднання і переконання та

примусу для досягнення цілей необхідних для держави і суспільства. Варто в даному контексті звернути увагу на те, що для імперативного методу правового регулювання характерним є прямий вплив на свідомість та волю суб'єкта суспільних відносин. Це виявляється у наказовому характері приписів норм, обмеженому впливі адресатів цих норм на суб'єкта, який їх видає тощо. Очевидно, можна говорити і про інші риси імперативного методу правового регулювання. Проте все вище наведене засвідчує те, що метод правового регулювання істотно впливає на реалізацію закону. Він визначає специфіку законодавчого регулювання суспільних відносин у певній сфері життєдіяльності суспільства. Також метод правового регулювання визначає характер взаємодії учасників правовідносин, впливає на зміст прав та обов'язків, які чинне законодавство надає відповідним учасникам тощо.

Безперечно специфіку реалізації норм законів визначають також галузеві принципи, які лежать в основі тієї або іншої галузі права. Так, для кримінального права властиві наступні галузеві принципи: законність; рівність громадян перед законом; принцип особистої відповідальності; принцип вини; принцип невідворотності відповідальності; справедливості; гуманізму; принцип демократизму [25, с.64]. Ці принципи визначають не тільки зміст норм кримінального законодавства. Вони виражають основні ідеї, які лежать в основі кримінального права. Ці ідеї неможливо не враховувати під час реалізації закону. Саме тому суб'єкт, який реалізує норми кримінального права, має не тільки механічно застосовувати норми діючого законодавства. Він має врахувати та об'єктивно оцінити всі обставини справи, усі наявні докази та факти, і, спираючись на норми діючого законодавства України та принципи кримінального права, прийняти законне та справедливе рішення. В іншому випадку рішення може відповідати вимогам закону, проте бути за своєю суттю несправедливим. Таким чином, усе вище наведене дає нам підставу стверджувати те, що закономірністю реалізації закону є те, що метод правового регулювання та принципи відповідної галузі права визначають специфіку реалізації законів, які належать до відповідних галузей права.

Закономірності реалізації закону можна поділити використовуючи такий критерій, як термін їх дії. За цим критерієм закономірності реалізації закону можна поділити на постійні та тимчасові. До першої підгрупи належать закономірності, які властиві для процесу реалізації закону незалежно від історичного періоду, в якому відбувається процес реалізації закону. Так, до таких закономірностей реалізації закону можна віднести таку закономірність, як настання юридичної відповідальності за порушення припису юридичного закону. І дійсно, в будь-який історичний період порушення приписів юридичного закону тягло за собою різні види юридичної відповідальності. Це було властиве як для законів стародавнього світу, зокрема, тут мова йде про: Закони Хаммурапі, царя Вавилону; Закони Ману; Закони XII таблиць. Застосування юридичної відповідальності за порушення законів було характерним і для середньовіччя. Зокрема, юридична відповідальність наставала за порушення Саксонського зеркала; Кароліни тощо [26]. Ця закономірність також проявлялась за часів буржуазного законодавства, законодавства нового та новітнього періодів.

Що ж стосується тимчасових закономірностей реалізації закону, то такі закономірності властиві для процесу реалізації законів лише в певний історичний період. Так, закономірністю процесу реалізації закону в стародавні часи було застосування принципу таліону при визначенні покарання. Суть даного принципу зводилась до того, що у винуватой сторони відбиралися цінності, аналогічна тій,

яку вона протиправно відібрала у потерпілої сторони (око за око, зуб за зуб, перелом кістки за перелом кістки) [27, с.29]. Варто зазначити, що принцип таліону застосовувався до рівних у правовому відношенні осіб. Цей принцип виражав суть розуміння справедливості у стародавньому світі. Аналогічний підхід до розуміння справедливості можна було зустріти також у Стародавній Греції, Стародавньому Римі тощо. Разом із тим, розвиток суспільства та його підходів до визначення покарання призвів до зникнення даної закономірності.

Останнім критерієм, який би ми хотіли використати для класифікації закономірностей реалізації закону, є характер їх впливу на даний процес. За цим критерієм закономірності реалізації закону можна поділити на закономірності, які позитивно впливають на процес реалізації закону, і закономірності, які негативно впливають на процес реалізації закону.

До першого підвиду варто віднести закономірності, які сприяють вдосконаленню процесу реалізації законів, підіймають цей процес на якісно новий рівень. До таких закономірностей можна віднести наступні закономірності реалізації закону: об'єктивна необхідність подальшого вдосконалення процесу реалізації закону; підвищення якості процесу реалізації закону; удосконалення механізму правового регулювання суспільних відносин; підвищення рівня професійних знань державних службовців та посадових осіб, які безпосередньо задіяні у процесі реалізації законів тощо.

До другого підвиду варто віднести закономірності, які відображають явища і процеси, що негативно впливають на процес реалізації закону. Такі явища і процеси стримують, уповільнюють даний процес, надають можливості в повній мірі реалізувати весь потенціал законів. До таких закономірностей можна віднести наступні: надмірна бюрократизація процесу реалізації закону; надмірна корумпованість органів державної влади та посадових осіб, які безпосередньо задіяні у процесі реалізації законів; правовий нігілізм у населення України, його невіра у систему діючого законодавства тощо. Безперечно, всі ці та деякі інші явища і процеси, які стали закономірними для практики реалізації законів в Україні, негативно впливають на процес реалізації законів. Їх подолання змогло б удосконалити практику реалізації законів в Україні, пришвидшити досягнення тих результатів, які ставилися при створенні законів.

Безперечно, можна виділити й інші критерії класифікації закономірностей реалізації законів. Разом із тим, проведена вище класифікація допомогла дати цим закономірностям реалізації закону коротку, проте досить змістовну характеристику.

Таким чином, в результаті проведеного дослідження ми прийшли до наступних висновків:

1. Реалізація будь-якого закону обумовлена великою кількістю закономірностей. Такі закономірності, по відношенню до закону, можуть носити зовнішній або внутрішній характер. Вони можуть бути постійними або тимчасовими.

2. Найкращою є класифікація закономірностей реалізації закону залежно від змісту. За цим критерієм їх можна поділити на закономірності виникнення, функці-

онування і розвитку процесу реалізації закону. Ця класифікація закономірностей реалізації закону дає можливість найбільше показати їх функціональне призначення, роль у процесі реалізації закону.

3. Серед інших критеріїв, використовуючи які можна провести класифікацію закономірностей реалізації закону, є масштаб їх дії. За цим критерієм закономірності реалізації закону можна класифікувати на: а) закономірності, які властиві для реалізації будь-якого закону; б) закономірності, які властиві для реалізації певної групи законів.

4. Закономірності реалізації закону можна поділити використовуючи такий критерій, як термін їх дії. За цим критерієм закономірності реалізації закону можна поділити на постійні та тимчасові.

5. Останнім критерієм, який би ми хотіли використати для класифікації закономірностей реалізації закону, є характер їх впливу на даний процес. За цим критерієм закономірності реалізації закону можна поділити на закономірності, які позитивно впливають на процес реалізації закону, і закономірності, які негативно впливають на процес реалізації закону.

1. Рабинович П.М. Упрочение законности – закономерность социализма. Львов, 1975. С. 37-52
2. Алексеев С.С. Общая теория права / С.С. Алексеев. – Москва: Юридическая литература Т.1. – 1981. – 359 с.
3. Кудрявцев В.Н. Право развитого социализма: принципы и закономерности // Вопросы философии. 1983. №12. С.54
4. Козлов В.А. Правопонимание и общая теория права: логико-методологический аспект // Правоведение. 1987. №6. С.21-28.
5. Токарев Б.Я. Логический и исторический методы в теоретическом исследовании права. Ростов-на-Дону, 1986. 128 с.
6. Ветютнев Ю.Ю. Государственно-правовые закономерности (Введение в теорию) / Под ред. А.Я. Рыженкова. – Элиста: ЗАО "НПП "Джангар", 2006. – 204 с.
7. Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях. М., 1995. 304 с.
8. Кудрявцев В.Н. Причины правонарушений. М., 1976. 288 с.
9. Явич Л.С. Общая теория права. Л., 1976. 288 с.
10. Ветютнев Ю.Ю. Государственно-правовые закономерности (Введение в теорию) / Под ред. А.Я. Рыженкова. – Элиста: ЗАО "НПП "Джангар", 2006. – 204 с.
11. Алексеев С.С. Право на пороге нового тысячелетия. (Некоторые тенденции мирового правового развития – надежда и драма современной эпохи). М., 2000. 256 с.
12. Лукьянова Е.Г. Некоторые тенденции развития российского права в условиях глобализации // Правовая система России в условиях глобализации. М., 2005. С.68-71
13. Ветютнев Ю.Ю. Государственно-правовые закономерности (Введение в теорию) / Под ред. А.Я. Рыженкова. – Элиста: ЗАО "НПП "Джангар", 2006. – 204 с.
14. Там само.
15. Халфина Р.О. О закономерностях права // Право и правотворчество: вопросы теории. М., 1982. С.28-36.
16. Дробязко С.Г. Специфика закономерностей социалистического международного права и их классификация // XXVI съезд КПСС и проблемы теории государства и права. М., 1982. С.59-62.
17. Давидюк Г.П. Социологические законы // Социс. 2001. №6. С.96-103.
18. Гурвич Г.Д. Философия и социология права. СПб., 2004. С.767.
19. Ветютнев Ю.Ю. Государственно-правовые закономерности (Введение в теорию) / Под ред. А.Я. Рыженкова. – Элиста: ЗАО "НПП "Джангар", 2006. – 204 с.
20. Зиновьев А.А. На пути к сверхобществу. М., 2000. 640 с.
21. Кудрявцев В.Н. Преступность и нравы переходного общества. М., 2002. – 240 с.
22. Ветютнев Ю.Ю. Государственно-правовые закономерности (Введение в теорию) / Под ред. А.Я. Рыженкова. – Элиста: ЗАО "НПП "Джангар", 2006. – 204 с.
23. Власенко Н.А. Закономерности развития политико-правовой реформы // Проблемы осуществления правовой реформы. Тезисы научно-практической конференции. Тюмень, 1990. С.3-5.
24. Тихомиров Ю.А. Публичное право. Учебник. – М.: БЕК, 1995. – 496 с.
25. Келина С.Г., Кудрявцев В.Н. Принципы советского уголовного права. – М.-1988. – С.64.
26. Шевченко О.О. Історія держави і права зарубіжних країн: Хрестоматія для студентів юрид. вузів та факультетів. – К.: Вентурі, 1998. – 176 с.
27. Шевченко О.О. Історія держави і права зарубіжних країн. Навч. посіб. для студентів юрид. вузів та факультетів. – К.: Олан, 2001 р. – 307 с.

Надійшла до редколегії 20.09.11

ОСОБЛИВОСТІ УЧАСТІ СУДУ В ЦИВІЛЬНИХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ВІДНОСИНАХ

Стаття присвячена особливостям участі суду або судді в цивільних процесуальних відносинах, зокрема в справах, де суд або суддя може виступати особою, яка бере участь у справі.

Ключові слова: суд, цивільне судочинство, суб'єкт цивільних процесуальних відносин.

Статья посвящена особенностям участия суда в гражданских процессуальных отношениях, в частности в делах, в которых суд или судья выступает как лицо, которое принимает участие в деле.

Ключевые слова: суд, гражданское судопроизводство, субъект гражданских процессуальных отношений.

Article is devoted to features of participation of the court or judge in civil procedural relationships, particularly in cases where a court or judge may be a person who is involved in case.

Keywords: court, civil proceedings, the subject of civil procedural relationships.

В умовах здобуття Україною незалежності, стрімкого розвитку економічних відносин підвищується роль суду у забезпеченні законних прав та інтересів громадян при їх зверненні до суду. Разом із тим, аналіз правозастосовної практики свідчить, що останнім часом збільшилася практика участі суду в якості відповідача як органу, що здійснює правосуддя, за зверненнями громадян.

Місце суду як суб'єкта цивільних процесуальних відносин було предметом розгляду таких правників як А.Г. Давтян, В.В. Яркова, І.В. Решетнікова, М.С. Шакарян, О.В. Колісник, С.Я. Фурси, О.Толочко, Д. Віткаускас. Питання про суд як учасника (суб'єкт) цивільних процесуальних відносин водночас є недостатньо дослідженим.

Метою даної статті є розгляд особливостей участі суду в цивільних процесуальних відносинах, зокрема в яких суд або суддя може виступати в справах позовного, наказного або окремого провадження.

В доктрині цивільного процесуального права закріпилися положення про те, що суд є особливим учасником цивільних процесуальних правовідносин, який наділений керівною функцією та бере участь у всіх процесуальних правовідносинах. Так Д.М. Чечот зазначає, що зазначає, що особливістю цивільних процесуальних правовідносин є те, що вони завжди мають владний, державно-правовий характер, в силу чого мають особливу структуру, при якій обов'язковим суб'єктом будь-яких процесуальних правовідносин є суд [1].

Серед вчених процесуалістів існують наступні підходи до визначення місця суду у загальній класифікації суб'єктів цивільних процесуальних відносин. Так, І.В. Решетнікова та В.В. Ярков класифікують суб'єктів цивільних процесуальних відносин в залежності від ролі, яку вони виконують на три групи: суди; особи, що беруть участь у справі; особи, що сприяють правосуддю.

При цьому основними ознаками суду як суб'єкта цивільних процесуальних відносин є те, що суд є необхідний учасник цивільних процесуальних відносин, без якого неможливий розгляд справи. Взаємозв'язок прав і обов'язку суду полягає в обов'язку суду в особі головуєчого в справі слідкувати за порядком в залі, якому кореспондує право накладення штрафу на порушника, видалення із залу судового засідання та ін. Суд не має матеріально-правової зацікавленості, так як не є суб'єктом спірного правовідношення, а має процесуальну зацікавленість у вирішенні справи (швидкий і правильний розгляд справи), тобто процесуальний інтерес суду не знаходиться на якійсь стороні [2; 28; 3; 60-61].

Визначення суду є важливим не тільки для уникнення подальшого притягнення суду як відповідача у якості органу, що здійснює правосуддя, а й для ефективної реалізації права кожної особи на розгляд його справи неупередженим, законним складом суду в розумний строк надзвичайно важливою є ст. 6 Європейської конвенції з прав людини.

Під "судом" слід розуміти орган, повноважний розглядати на основі правових норм у ході встановленої

законом процедури будь-які питання, що належать до його компетенції, і виносити рішення, що мають обов'язкову силу. Не обов'язково, щоб суд був складовою частиною існуючої в даній країні судової системи, але необхідна наявність у нього деяких основоположних:

- незалежність від виконавчої влади і від сторін;
- незмінність повноважень упродовж достатнього строку;
- судової процедури, яка забезпечувала б достатню гарантію справедливого рішення в кожному окремому випадку [4].

Доступність правосуддя – це певний стандарт, який відбиває вимоги справедливості та ефективного судового захисту, що конкретизується в необмеженій судовій юрисдикції, належних судових процедурах, розумних строках, безперешкодного звернення будь-якої заінтересованості особи до суду [5].

Отже, доступність правосуддя є важливим елементом належності діяльності суду та забезпечує ефективних захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод та законних інтересів осіб.

Місце суду в загальній класифікації суб'єктів цивільних процесуальних відносин визначається окремо. Так, у ЦПК України виділяють осіб, які беруть участь у справі; інших учасників цивільного процесу та суд. Згідно зі ст. 26 ЦПК України у справах позовного провадження особами, які беруть участь у справі, є сторони, треті особи, представники сторін та третіх осіб; у справах наказного та окремого провадження особами, які беруть участь у справі, є заявники, інші заінтересовані особи, їхні представники; у справах можуть також брати участь органи та особи, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб. До інших учасників цивільного процесу відповідно до ст. 47 ЦПК України відносять таких учасників цивільного процесу: секретар судового засідання, судовий розпорядник, свідок, експерт, перекладач, спеціаліст, особа, яка надає правову допомоги [6].

Проте не можна не брати до уваги ст. 18 ЦПК України, де суд, не віднесений до жодної з груп учасників, визначається особливим суб'єктом, і учасником цивільних процесуальних відносин, а його участь в процесі реалізується через конкретний склад, виходячи з положень вище зазначеної статті.

На думку О.В. Колісник, суд конкретної інстанції, будучи суб'єктом цивільного процесуального права, при вирішенні конкретної цивільної справи втілюється в певний склад суду і відповідно стає суб'єктом цивільних процесуальних відносин [7; 15]. Тобто, з потенційного учасника цивільних процесуальних відносин суд визначеної інстанції перетворюється на учасника реального – в особі конкретного складу суду. При цьому правовий статус суду як суб'єктів цивільного процесуального права охоплює всі можливі повноваження суду першої, апеляційної та касаційної інстанцій, а правовий статус суду як суб'єкта цивільних процесуальних правовідно-

син охоплює повноваження складу суду під час провадження в конкретній справі.

О.В. Колісник також зауважує, що про цивільну процесуальну правосуб'єктність суду можна говорити як про його здатність бути суб'єктом цивільних процесуальних правовідносин, що має виявлятися у відповідності судового органу вимогам цивільної юрисдикції і підсудності, а також у повноважності складу суду та окремих його членів здійснювати правосуддя в цивільних справах за умов дотримання вимог до формування певного складу суду і за відсутності обставин, які унеможливають здійснення ним правосуддя в цивільних справах [7; 20].

Але судова практика свідчить про те, що суд може набувати і іншого процесуального статусу в цивільному процесі, зокрема, стати відповідачем у цивільній справі.

Зокрема, є приклад розгляду Верховним Судом України справи проти голови Білогірського районного суду Автономної Республіки Крим та ГУ Державного казначейства в АРК про незаконне порушення кримінальну справу за скоєння злочину, передбаченого ч.2 ст. 125 КК. У своїй скаргі позивачка посилається на невідповідність висновків судів обставинам справи, неправильне застосування судами норм матеріального права та порушення норм процесуального права й просить скасувати судові рішення й передати справу на новий розгляд до суду першої інстанції. Суду першої та другої інстанцій відмовили їй у задоволенні вимог, виходячи із того, що вказана справа підлягає розгляду в порядку цивільного судочинства відповідно до ст. 15 ЦПК, а передбачені законом підстави для відшкодування позивачці моральної шкоди відсутні. Але Верховний Суд України постановив, що касаційна скарга підлягає частковому задоволенню з наступних підстав. Конституцією встановлено, що судді при здійсненні правосуддя незалежні і підкоряються лише закону, вплив на них у будь-який спосіб забороняється і що однією з основних засад судочинства є забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішення суду, крім випадків, установлених законом (ст.ст. 126, 129). Згідно із зазначеним положеннями Конституції судові рішення і відповідно дії або бездіяльність судів (суддів) з питань здійснення правосуддя (пов'язаних із підготовкою й розглядом справ у судових інстанціях) можуть оскаржуватися у визначеному порядку до суду вищої інстанції, а не в інший суд першої інстанції, оскільки це порушувало б і принцип незалежності суддів і заборону втручання у вирішення справи незалежним судом. Суд є органом, який розглядає скарги на рішення, дії чи бездіяльність органів державної влади, посадових і службових осіб, а його рішення (дії, бездіяльність) оскаржуються лише в порядку, визначеному у ст. 129 Конституції і законодавством про судочинство. Здійснення правосуддя в Україні врегульовано конституційними органами окремо від діяльності інших органів влади. Відповідно до ст. 62 Конституції матеріальна й моральна шкода, завдана безпідставним засудженням, відшкодовується державою лише у разі скасування вироку як неправосудного. Проте й у цьому разі за заподіяну особі шкоду відповідає не суд або суддя, а держава.

Таким чином, ВС України вказує про те, що суд (суддя) як орган (особа), що здійснює правосуддя, не може бути відповідачем у цивільній справі, винятками є лише випадки, коли суд (суддя) виступає не як орган (особа), що здійснює правосуддя, а як будь-яка інша установа (особа). Заяви, скарги, спрямовані на дії судді при здійсненні правосуддя, не підлягають розглядові в суді першої інстанції, оскільки відповідно до закону є

інший механізм усунення помилок і недоліків, допущених при здійсненні правосуддя [8].

Слід також враховувати те, що у п. 10 постанови Пленуму Верховного Суду від 13.06.2007 №8 "Про незалежність судової влади" роз'яснено, що виключне право перевірки законності та обґрунтованості судових рішень має відповідний суд згідно з процесуальним законодавством. Оскарження у будь-який спосіб судових рішень, діяльності судів і суддів щодо розгляду та вирішення справи поза передбаченими процесуальним законом порядком у справі не допускається, і суди повинні відмовляти у прийнятті позовів та заяв з таким предметом [9].

Таким чином, суд може виступати стороною по справі не як орган державної влади, який здійснює правосуддя, а тільки як установа, що здійснює господарську діяльність. В таких випадках, інтереси суду представляє голова суду або за його дорученням представник суду.

У ст. 108 ЦПК України встановлено єдину особливість провадження у цивільних справах, у яких однією із сторін є суд або суддя, за участю суду або судді в якості сторін спору – особливий порядок визначення підсудності таких справ. Отже, якщо у цивільній справі однією із сторін є суд або суддя цього суду, визначається ухвалою судді суду вищої інстанції без виклику сторін. Підсудність справ, у яких однією із сторін є Верховний Суд України або суддя цього суду, визначається за загальними правилами підсудності [10]. Але на нашу думку, особливі правила підсудності не охоплюють всі особливості, які можуть виникнути при розгляді такої категорії справ, у яких однією із сторін є суд або суддя.

Враховуючи вказані у ст. 108 ЦПК України положення про те, що суд або суддя може бути стороною в справі, слід проаналізувати більш широко. Виходячи із того, що суд може бути стороною або учасником справи, слід визначити, чи може бути третьою особою, яка заявляє самостійні вимоги на предмет спору, або третьою особою, яка не заявляє самостійних вимог на предмет спору?

Виходячи із загальних положень про наказне та окреме провадження, слід визнати, що суд не може виступати ні в якості заявника, ні в якості заінтересованої особи у даних категоріях справ. Тоді як суддя, як фізична особа, може брати участь у даних справах, єдиною особливістю їх розгляду за його участі буде проблема визначення підсудності, оскільки відповідно до ст. 108 ЦПК України вона буде визначатися або законом, або ухвалою судді вищої інстанції. Як вказує В.В. Комаров та Н.Ю. Сакара, у разі звернення судді із позовною заявою до суду, підсудність буде визначатися за загальними правилами, тобто за місцезнаходженням суду, а після її реєстрації та оформлення відповідно до ст. 118 ЦПК України вона буде передаватися до апеляційного суду, де буде вирішуватися питання про те, який суд має її розглядати [11, с. 185]. Таким чином, можна вирішити питання із визначення підсудності у справах окремого та наказного провадження, де заявником буде виступати суддя.

Визначаючи можливість та підстави участі суду в якості третьої особи в справі, слід виходити із загальних положень про інститут третіх осіб в цивільному процесі. Треті особи, які заявляють самостійні вимоги на предмет спору характеризуються наявністю матеріально-правової заінтересованості у справі, вони є учасником правових відносин, з яких виник спір. В спорі їх цікавить конкретний результат, якого вони бажають досягнути, і що суперечить інтересам сторін, які беруть участь у справі. Процесуальна заінтересованість їх участі у справі полягає в їх небажанні допустити не-

сприятливого рішення суду, яким можуть зачіпати їх права та законні інтереси. Тобто, треті особи в цивільному процесі – це особи, які прямо зацікавлені у вирішенні спору на свою користь і могли б бути стороною в справі, що і відображає їх назва – ніби "третя" сторона спору в процесі. Але треті особи вступають в вже розпочату справу, що може призвести до ускладнень провадження, якщо в якості третьої особи виступає суд або суддя. Як ми вже вказували, істотною особливістю даних справ, у яких однією із сторін є суд або суддя, є особливий порядок визначення підсудності. У разі звернення суду або судді із заявою в якості третьої особи до суду, слід виходити із того, яка категорія справ розглядається. Якщо мова йде про загальні правила підсудності, яким підсудність справ визначається місцем проживання відповідача, то у разі вступу в процес суду або судді в якості третьої особи, що не заявляє самостійних вимог на предмет спору, а виступає на боці відповідача, виникне питання про належне забезпечення неупередженості розгляду справи. Цю проблему можна вирішити, зупинивши провадження у справі до вирішення вищестоящим судом питання про підсудність цієї справи.

Тому, ми пропонуємо внести зміни до ч. 1 ст. 108 і більш конкретно визначити правила підсудності за участі суду або судді, виклавши її в наступній редакції: "Якщо у цивільній справі одним із учасників є суд або суддя цього суду, визначається ухвалою судді суду вищої інстанції без виклику сторін. У разі звернення суду або судді в якості третьої особи в справі, суд має призупинити розгляд справи до вирішення вищестоящим судом питання про підсудність розгляду даної справи".

Отже, суд є одним із учасників процесу, який здійснює правосуддя та сприяє його здійсненню. Але, водночас, слід визнати, що суд або суддя можуть виступати у цивільному процесі в якості сторони – позивача або відповідача відповідно до норм ст. 108 ЦПК України. Особливістю розгляду даних справ буде спеціальний порядок визначення їх підсудності ухвалою вищестоящого судді. Слід визнати, що суддя як фізична особа може брати також участь у справах окремого та наказного провадження, особливостями розгляду яких також буде визначення правил підсудності розгляду цих справ.

Проведене нами дослідження дозволяє визнати, що суд може також виступати в якості третьої особи, яка заявляє самостійні вимоги на предмет спору в справі,

оскільки участь суду або судді в матеріально-правових відносинах, з яких може виникнути спір, не обмежена, внаслідок цього в суду або судді може виникнути необхідність захисту своїх прав, свобод та законних інтересів в судовому порядку.

Таким чином, слід визнати, що суд може виступати в цивільному процесі в якості сторони у справ, а також третьої особи, яка заявляє самостійні вимоги на предмет спору в справі. Участь суду в інших категоріях цивільних справ не уявляється можливою. Тоді як участь судді в цивільному процесі можлива як в якості сторони справ, третьої особи, яка заявляє самостійні вимоги на предмет спору в справі, а також третьої особи, яка не заявляє самостійні вимоги на предмет спору в справі, а також заявника або заінтересованої особи в справах наказного або окремого провадження.

Питання, які піднімалися в даному дослідженні, мають важливе значення як для теорії цивільної процесуальної науки так, і для судової практики, а тому безумовно, вимагають подальшого ґрунтовного дослідження та аналізу. Зокрема, науковий і практичний інтерес представляє підстави і особливості участі судді в якості представника в цивільному процесі.

1. Чечот Д.М. Избранные труды по гражданскому процессу. – СПб.: Издательский Дом С.-Петерб. гос. ун-та, 2005. – С. 88. Решетникова И.В., Яков В.В. Гражданский процесс. – М.: Издательство НОРМА (Издательство группа НОРМА – ИНФРА М), 2000. – С.28. 3. Гражданский процесс : учеб. для студентов вузов, обучающихся по направлению 521400 "Юриспруденция" и по специальности 021100 "Юриспруденция" / [Абушенко Д.Б. и др.]; отв. ред. – В.В. Яков. – 7-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2009. – С.60-61. 4. Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст / За ред. О. Л. Жуковської. – К.: ЗАТ "ВІПОЛ", 2004. – С. 244. 5. Н. Сакара Проблема доступності правосуддя у цивільних справах Право України, 2004 № 1 С. 105 – 109. 6. Цивільний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40-41, 42. – Ст.492. 7. Колісник О.В. Суд як суб'єкт цивільних процесуальних правовідносин : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Колісник Олена Вікторівна. – Х., 2008. – С. 15, 20. 8. Ухвала Верховного Суду України від 23 березня 2011 року. Єдиний державний реєстр судових рішень. [електронний ресурс] // режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/> 9. Верховна Рада України. [електронний ресурс] // Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi> 10. Цивільний процесуальний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та допов. Станом на 15 лист. 2010 р.: (ОФІЦ. ТЕКСТ). – К.: ПАЛИВОДА А. В., 2010. – С.51. 1. Проблеми теорії та практики цивільного судочинства: Монографія / [Комаров В.В. та ін.]; за заг. ред. В.В. Комарова. – Х.: Харків юридичний, 2008. – 928 с. – С. 185.

Надійшла до редколегії 20.09.11

О. Коваленко, здобувач

ПОВТОРНІСТЬ ЗЛОЧИНІВ В ОКРЕМИХ ПАМ'ЯТКАХ ПРАВА, ЩО ДІЯЛИ НА ТЕРИТОРІЇ УКРАЇНИ У ДОРАДЯНСЬКИЙ ПЕРІОД

В статті представлено результати дослідження окремих історичних пам'яток права, що діяли на території сучасної України, в аспекті регламентації повторності злочинів як окремого різновиду їх множинності.

Ключові слова: повторний злочин, повторність злочинів.

В статье представлены результаты исследования некоторых исторических памятников права, которые действовали на территории современной Украины, в аспекте регламентации повторности преступлений как одной из форм их множественности.

Ключевые слова: повторное преступление, повторность преступлений.

The paper presents the research's results of individual historical monuments of law that operated in the territory of modern Ukraine, in terms of regulation frequency crimes as a separate kind of plurality.

Key words: repetition of crimes, frequency crimes.

Вступ.

Повноцінне дослідження повторності злочинів, яке вперше проводиться в Україні після набрання чинності Кримінальним кодексом України від 5 квітня 2001 року (далі – КК, КК України 2001 р.), передбачає, зокрема, з'ясування історичних аспектів правової регламентації цього явища. Вивчення основних джерел права, що діяли на теренах сучасної України, дозволяє дійти за-

гального висновку: повторність злочинів як окремих різновидів їх множинності завжди включалась до предмету кримінально-правового регулювання. Зокрема, історія розвитку як українського кримінального законодавства, так і кримінального законодавства інших держав, показує, що повторність злочинів завжди входила до кола обставин, які посилювали відповідальність та покарання. Перелік обтяжуючих обставин в історичному

плані змінювався, однак повторність злочинів у тому чи іншому її виразі незмінно входила до його складу. *"Простатривая историю права, изучая те отрывки, которые дошли до нас от прошедшей жизни разных народов, мы всегда встретим указание на то, что повторение более или менее отчетливо отличалось от других преступлений, что оно всегда влекло усиление наказания"* – писав російський криміналіст М.С. Таганцев [8, с. 43].

Формулювання цілей роботи.

Мета дослідження – провести історичний та порівняльно-правовий аналіз кримінального законодавства тих державних утворень, які існували на території сучасної України, з метою визначення особливостей регламентації інституту множинності злочинів в цілому та їх повторності зокрема.

Результати дослідження.

Найвизначнішою історичною пам'яткою права Київської Русі є **"Руська правда"**. Слід зазначити, що оригіналу "Руської Правди" не знайдено, натомість збереглася значна кількість її списків (а саме – 106), датованих в різний час, починаючи з XIII по XVIII ст. Історія створення "Руської Правди" та її списків, які поділяють на три редакції (коротку, широку і середню), ще досі не є повністю досліджена. Проте її норми були і є предметом уваги вчених-юристів усіх поколінь. Вивчалися вони і в аспекті відображення в них повторності злочинів [5, с. 49].

Оглянувши Академічний список [7] та ще декілька доступних списків (Синодальний, Пушкінський, Троїцький, Карамзінський) [7], автор погоджується з думкою російського криміналіста Філімонова В.Д., який, вивчаючи питання відповідальності за рецидив злочинів, дійшов висновку, що "Руська правда" відобразила той етап розвитку руської державності і права, який ще не дозволяє говорити про рецидив або будь-яку іншу форму множинності злочинів [5, с. 49].

Першим джерелом права Русько-литовського періоду, який містив норми кримінального права, став **"Судебник" Казимира IV**, виданий у 1468 р. Ним фактично було започатковано кодифікаційну діяльність у Литовсько-Руській державі. Деякий час історики сперечались, на якій території феодальної держави діяв "Судебник", оскільки за своїм соціально-економічним і політичним устроєм Велике князівство Литовське не було монолітним. Слід зазначити, що деякий час литовські землі, на відміну від руських, які входили до складу Великого князівства Литовського, користувались своїм місцевим правом. Тож дослідники дійшли висновку, що Судебник був виданий для всієї держави, тому що він не суперечив місцевому праву. Судебник діяв до прийняття Першого Литовського Статуту 1529 р. [6].

Дане джерело права є важливим для нашого дослідження, оскільки вперше у статтях 14, 16, 18 та 19 фіксується посилення відповідальності за вчинення декількох крадіжок – за це передбачалось покарання у вигляді смертної кари.

Так, у статті 19, наприклад, говориться: *"А коли чии паробки украдутъ што у кого, а как у сем листу верху писано, как за которую татбу казнити: коли первое украдетъ, ино его не вешати, а заплатити бондою его. А не будет бонды – ино осподарь его за него заплатить, а парубка казнити и пробити. А коли иметь часто красти после того, а выше полукопья – ино парубка узвесити."* ["...Якщо винний і надалі вчинятиме крадіжки, більш за півкопи грошей, – винного має бути покарано смертною карою через повішання"; тут і далі переклад автора – О.К.] [10].

Одним з найкращих кодексів права свого часу став **Статут Великого князівства Литовського**, виданий у

XVI ст. трьома основними редакціями – 1529, 1566 і 1588 років (вони відомі як окремі Литовські статuti). Литовські статuti увібрали в себе норми римського, руського ("Руська Правда"), польського і німецького ("Саксонське зеркало") кодифікованого і звичаєвого права.

Яскравим свідченням врахування рецидиву як окремого різновиду повторності злочинів може бути зміст тієї статті в статутах різної редакції, в якій мова йде про крадіжку на княжому дворі. Якщо в Литовському Статуті 1529 року про повторення злочину не йдеться, то у подальших редакціях відповідне положення з'являється і зберігається:

"А хто бы што украл на дворе господарским, што бы стояло меньше полукопья, которая бы реч не о шию пришла, а то бы на него переведено або вынято, таковому маот уши обрезать." ["Якщо особа вчинила крадіжку на княжому дворі майна, яке б коштувало менше півкопи грошей, ... на неї буде вказано і в неї буде знайдено, – винній особі мають бути відрізані вуха."]. (Литовський Статут 1529 р. Розділ 13 "О злодействе", артикул 23 "Хто бы што вкрал на дворе господарским") [1].

"Тежъ хто бы на дворе нашомъ господарскомъ што вкралъ, а то бы стояло меньше полукопья, которая бы речъ не о шию шла, и правомъ бы на него переведено або лице вынято; таковому маот уши обрзати. А потомъ естли бы еще што вкралъ, бы тежъ краденая речъ и десети грошей не стояла; тогда вжо горломъ маотъ быти каранъ." ["Якщо особа вчинила крадіжку на княжому дворі майна, яке б коштувало менше півкопи грошей, ... на неї буде вказано або в неї буде знайдено, – винній особі мають бути відрізані вуха. Якщо після цього винна особа вчинить ще одну крадіжку майна, вартістю навіть менше десяти грошей – винну особу має бути покарано смертною карою."]. (Литовський Статут 1566 р. Розділ 14 "О злодействъ всякого стану", артикул 20 "Хто бы што вкрал на дворе нашемъ господарскомъ") [2].

"Тежъ, хто бы на дворе нашомъ, а[о]с[по]д[а]рскомъ, што вкралъ, а то бы стало меньше двохъ коп грошей, а шла бы тая речъ не о горло, и правомъ бы то на него переведено албо лицо вынято, таковому маотъ ухо одно урезати, а потомъ естли бы што вкралъ, бы тежъ краденая речъ и десети грошей не стояла, тогда вжо горломъ маотъ быти каранъ, вед же и в тотъ часъ за слушнымъ поконан[б]ьемъ правнымъ." ["Якщо особа вчинила крадіжку на княжому дворі майна, яке б коштувало менше двох коп грошей, ... на неї буде вказано або в неї буде знайдено, – винній особі має бути відрізане одне вухо. Якщо винна особа вчинить ще одну крадіжку майна, вартістю навіть менше десяти грошей – винну особу має бути покарано смертною карою..."]. (Литовський Статут 1588 р. Розділ 14 "О злодействъ всякого стану", артикул 22 "Хто бы што вкрал на дворе нашемъ господарскомъ") [3].

Таким чином, в даному випадку зміст зазначених статей передбачає посилення відповідальності за повторний злочин (після покарання за попередній) і тягне покарання у вигляді смертної кари.

Литовський Статут 1588 р. регулював суспільні відносини на території України майже 300 років і становив значну частину законодавства у період Гетьманщини. Його текст входив до складу збірника **"Права, за якими судиться малоросійський народ"** – зводу українського права, складеного спеціальною кодифікаційною комісією з 1729 по 1743 рр. (далі – "Права..."). Незважаючи на те, що "Права..." не були офіційно затверджені царським урядом, багато хто застосовував ці статті в українських судах, оскільки "Права..." містили розвинену систему цивільного і сімейного права, а також багато

уваги приділяли питанням кримінального права і процесу. Враховуючи таку ситуацію, можна припустити, що ряд статей, які були закріплені у Литовському Статуті 1588 р. і які передбачали посилення відповідальності за скоєння повторного злочину (артикули 7, 10, 22 та 27 Розділу 14), – застосовувалися на території України і у XVIII столітті.

На початку 30-х років XIX ст. закони Російської імперії, до складу якої входила значна частина території сучасної України, було об'єднано у **Звід законів**. Підготовлений у 1826–1830 рр. спеціальною комісією під керівництвом М. М. Сперанського та виданий у 1832 році, Звід законів – це систематизований збірник законів Російської імперії, розміщених у тематичному порядку. Звід був класичним зразком систематизації законодавства. Він сприяв галузевому формуванню цивільного, кримінального (XV том) та інших галузей права. В Україні Звід набув чинності з 1835 р. лише в частині, яка регулювала державні і адміністративно-правові відносини. У 1840 р. на Лівобережжю, а у 1842 р. – на Правобережжю Україну поширено чинність Зводу і в частині цивільного та кримінального права.

У ст.124 Зводу вперше в історії російського кримінального права сформульовано визначення повторності злочинів: *"Повторением преступления считается то, когда преступник, будучи наказан за преступление, учинил то же самое в другой или в третий раз"* [5, с. 54]. Повторення злочину, як вказувалося в цій статті, збільшує провину злочинця, але сама міра покарання призначалася на розсуд судді, якщо тільки не існувало з цього приводу якої-небудь прямої вказівки. Зазвичай покарання за повторення подвоювалося, або приєднувалося до нового покарання колишнє, або ж допускався перехід і до суворішого виду покарання, причому інколи розміри посилення були вельми великі. Так, наприклад, за таємне провезення товарів вперше призначалося легке тілесне покарання, а за такі ж дії втретє – заслання на каторгу [9].

Крім цього, на відміну від раніше діючого законодавства, у Зводі мало місце таке поняття як "збіг злочинів" (ст.123), яке в подальшому буде сформульовано як поняття "сукупність злочинів". Воно охоплювало випадки вчинення як юридично тотожних, так і однорідних та різнорідних діянь, за жодне з яких винний ще не поніс покарання.

На думку Кривошеїна П.К., законодавець того часу вже чітко розрізняв рецидив та просте повторення злочинів. Останнє розумілось як вчинення двох або більше юридично тотожних, однорідних або різнорідних злочинів незалежно від наявності у винного судимості за попереднє діяння [5, с. 54].

Наступний етап розвитку законодавчого визначення поняття повторності відбувся в **"Уложенні про покарання кримінальні та виправні"** 1845 р. (далі – Уложення 1845 р.). Уложення 1845 р., яке увійшло до Зводу законів, – перший повноцінний кримінальний кодекс царської Росії – було затверджено указом царя Миколи I 15 серпня 1845 р., а введено в дію з 1 травня 1846 р. В різних редакціях (1857, 1866, 1885 рр.) Уложення 1845 р. проіснувало до 1917 року. Основна його особливість, порівняно з попередніми нормативними актами, полягала у виокремленні Загальної частини як самостійного структурного елемента. Загальна частина Уложення закріплювала основні поняття і інститути кримінального права: злочину і вини, стадій злочину, системи і видів покарання, порядку призначення покарання та звільнення від нього.

Визначення повторення злочинів укладачами Уложення 1845 р. було сформульовано наступним чином:

"К числу обстоятельств, увеличивающих вину и наказание, принадлежит и повторение того же преступления или учинение другого после суда и наказания за первое и впадение в новое преступление, когда прежнее, не менее важное, было прощено виновному впоследствии общего милостивого манифеста или по особому монаршему снисхождению" (ст. 131 Уложення) [5, с. 57]. Крім цього Уложення 1845 р. прямо встановлювало збільшення міри покарання у всіх випадках повторного злочину: *"Суд назначает всегда самую высшую меру наказания за повторение одного"* (ст.132 Уложення) [5, с. 55].

З 1864 року поряд з даним Уложенням діяв ще один нормативний акт кримінально-правового характеру – **"Статут про покарання, що накладаються мировими суддями"** (далі – Статут). Однак укладачі цього Статуту повторення злочинних діянь визначили по-іншому. Так, в п. 3 ст. 14 вказано, що повторенням є повторення того ж або абсолютно однорідного проступку до закінчення року після призначення покарання. Отже, Статут допускав лише спеціальне повторення, а не загальне, і ознакою, що відрізняє повторення від сукупності, визначив не відбування покарання, а призначення покарання.

Різне визначення повторення у двох нормативно-правових актах, що діяли одночасно, приводило на практиці до небажаної колізії норм. Тому постало питання щодо необхідності перегляду цих норм, яке вирішилося в **Законі від 3 лютого 1892 р. "Про сукупність і про повторення"** [9]. Цей Закон дав загальне визначення повторення злочинних діянь (злочинів і проступків) і для Уложення 1845 р., і для Статуту, взявши за основу визначення Статуту. На основі цього Закону повторенням визначалося вчинення одного і того ж однорідного злочинного діяння після відбування покарання за попереднє злочинне діяння або після помилування винного за вчинене діяння.

Слід також додати, що в Уложенні 1845 р. та Статуті з'являється таке поняття, як "промисел", який спочатку був елементом основного складу злочину та використовувався для того, аби підкреслити неодноразовий, систематичний характер корисливих злочинів, а згодом в Уложенні 1845 р. (в редакції 1903 р.) – став виконувати роль кваліфікуючої обставини. В значенні кваліфікуючої обставини в Статуті про покарання застосовувалося і інше поняття – "ремесло". В якості обставини, що посилює кримінальну відповідальність та покарання, в Уложенні 1845 р. (в редакції 1885 р.) з'являється також поняття неодноразовості [5, с. 58].

Російські криміналісти відзначали вади, які мали місце в Уложенні 1845 р. щодо регламентації повторності злочинів. Ось як писав М.С.Таганцев: *"При этом нельзя не заметить, что именно на постановлениях Уложения о наказаниях о повторении можно было видеть ясно бессистемность и непродуманность нашего Уложения, так как весьма нередко деяние, подлежащее при учинении в первый раз, сравнительно с другим однородным деянием (как, например, квалифицированные кражи), меньшему наказанию, наказывалось при повторении гораздо сильнее, и наоборот"* [9].

З 1881 року починається робота над новим **Кримінальним Уложенням**, яке було прийнято лише 22 березня 1903 р. і передбачало поступове введення його в дію (далі – Кримінальне Уложення 1903 р.). Кримінальне Уложення 1903 р., на відміну від Уложення 1845 р., мало меншу кількість статей за обсягом та більш чітко сконструйовану Загальну частину. Воно практично викоренило казуїстику статей, яка домінувала в Уложенні 1845 р., і взагалі відрізнялося високим рівнем узагальненості понять. Найголовнішим було те, що Криміналь-

не Уложення 1903 р. об'єднало в собі "Уложення про покарання кримінальні та виправні" та "Статут про покарання, що накладаються мировими суддями". Однак повністю Кримінальне Уложення 1903 р., окрім глав "Про бунт проти верховної влади" та "Про смуту", царському уряду ввести в дію так і не вдалося в силу ряду різних причин [4].

Основний вклад в розробку Кримінального Уложення 1903 р. внесли визначні криміналісти того часу – М.С. Таганцев та І.Я. Фойницький. Над створенням Загальної частини працював М.С. Таганцев, який у 1867 році захистив магістерську дисертацію на тему "Про повторення злочинів", а у 1870 році докторську дисертацію на тему "Злочини проти життя за руським правом" [11, с.63]. До обставин, які посилюють відповідальність (відділ 7), в Кримінальному Уложенні 1903 р. віднесено наступні: вчинення до проголошення вироку двох і більше злочинних діянь (ст. 60); вчинення до проголошення вироку двох і більше тотожних або однорідних злочинних діянь (ст. 64); вчинення злочинного діяння після проголошення вироку або під час відбування покарання (ст. 66); вчинення злочинного діяння після відбуття покарання (ст. 67).

Отже, Кримінальне Уложення 1903 р. відмовилося від попередньої практики – нормативної регламентації поняття "повторення злочинного діяння", визначивши чітко лише коло обставин, які посилюють відповідальність. Слід зазначити, що сучасна теорія кримінального права визначає першу обставину (вчинення до проголошення вироку двох і більше злочинних діянь) як сукупність злочинів. При цьому, якщо злочинні діяння вчинені в різний час, має місце так звана загальна повторність. Вчинення до проголошення вироку двох і більше тотожних або однорідних злочинних діянь – є повторністю спеціальною. Крім цього, перші дві обставини віднесені до повторності, не пов'язаної із засудженням. В свою чергу до повторності, пов'язаної із засудженням, належать останні дві обставини.

Висновки.

1. Перша згадка про повторність злочинів на території сучасної України відноситься до XV ст. За повторне вчинення крадіжки "Судебником" Казимира IV (1468 р.) передбачено смертну кару.

2. Литовські Статути та "Права, за якими судиться малоросійський народ" зберегли тенденцію врахування повторності перш за все як обставини, що посилює караність повторного злочину. Прикладом є норми, які передбачали посилення покарання за повторне вчинення крадіжки.

3. Перша спроба нормативно визначити повторність злочинів мала місце у Зводі законів Російської імперії 1832 р. Повторенням злочину визнавалося його вчинення особою вдруге або втретє після того, як вона була покарана за такий самий злочин. За повторення злочинів міра покарання посилювалася, однак призначалася на розсуд судді, якщо лише не існувало з цього приводу якої-небудь прямої вказівки.

4. Уложення 1845 р. сформулювало повторність (повторення злочину) досить широко. Повторенням злочину визнавалося вчинення як такого самого, так і іншого злочину після суду та покарання за перший злочин або, якщо вживати сучасну термінологію – після звільнення особи від кримінальної відповідальності за перший злочин на підставі акту амністії чи помилування. Посилення караності за повторне вчинення (повторення) злочину

передбачалось у окремій нормі Загальної частини Уложення 1845 р. Крім того, в деяких нормах його Особливої частини з'явилось поняття "промисел".

5. Діючий певний час поряд з Уложенням 1845 р. Статут про покарання, що накладаються мировими суддями 1864 р., повторення злочинних діянь (проступків) визначав по-іншому. По-перше, проступок мав бути або тим самим, або однорідним. По-друге, проступок міг бути визнаним повторним у разі його вчинення до закінчення одного року після призначення покарання.

6. Закон 1892 р. "Про сукупність і про повторення" дав загальне визначення повторенню злочинних діянь (і злочинів, і проступків). Повторенням визнавалося вчинення одного і того ж або однорідного злочинного діяння після відбування покарання за попереднє злочинне діяння або після помилування винного за скінчення діяння.

7. Кримінальне Уложення 1903 р., яке повністю в дію введено так і не було, відмовилось від попередньої практики використання дефініцій при визначенні окремих різновидів множинності злочинів, зокрема, "повторення злочинних діянь". Водночас даним документом було визначено коло обставин, що посилюють відповідальність у зв'язку з вчиненням особою кількох злочинів, при цьому їх кримінально-правовий зміст наблизився до сучасного розуміння сукупності, повторності та рецидиву злочинів.

8. Таким чином, загальні тенденції законодавчої регламентації повторності злочинів в основних пам'ятках права дорадянського періоду, що повністю чи частково діяли на території сучасної України, полягають у наступному:

- а) в усіх пам'ятках повторне вчинення злочину розглядалось як обставина, яка посилює його караність;
- б) поступово – з розвитком науки кримінального права та законодавчої техніки – повторність злочинів (повторення злочину) виокремлюється серед інших різновидів їх множинності і набуває конкретного формально-визначеного змісту; при цьому відбувається подальша диференціація кримінально-правових наслідків повторності злочинів;
- в) в кінці XIX – на початку XX століття були виділені окремі прояви (різновиди) повторності злочинів, а їх кримінально-правовий зміст у своїх основних характеристиках наблизився до нормативного визначення повторності та рецидиву злочинів у КК України 2001 р.

1. Первый или Старый Литовский Статут // Временник Общества истории и древностей Российских. Кн. 18. – 1854. – С. 2–106. 2. Статут Вялікага княства Літоўскага 1566 года. За виданням 1855 року. – Мінск, 2003. – С.35–263. 3. Статут Вялікага княства Літоўскага 1588. Тэксты. Даведнік. Каментарыі. – Мн., 1989. <http://litopys.org.ua>; <http://starbel.narod.ru> 4. Егоров С. А. Уложение 1903 года – не кодекс минувшей эпохи / С. А. Егоров. // Новая правовая мысль. – 2003. – №1. – С. 77–81. 5. Кривошеин П.К. Повторность в советском уголовном праве (теоретические и практические проблемы). – К.: Выща шк. 1990. 6. Маложен О.І. Роль та значення Статутів Казимира для Литовсько-Руської держави. <http://www.rusnauka.com> 7. Руська правда (тексти на основі 7 списків та 5 редакцій) / Під ред. проф. Серафима Юшкова. – Київ: Видавництво НАН України. 1935. – <http://litopys.org.ua/yushkov/> 8. Таганцев Н.С. О повторении преступлений: Исследование, – СПб., 1867. – С.43. 9. Таганцев Н.С. Уголовное право (Общая часть). Часть 2. По изданию 1902 года. – 2003. <http://www.allpravo.ru> 10. <http://litopys.org.ua> 11. Прохоров В. С. Николай Степанович Таганцев / В. С. Прохоров. // Правоведение. – 1993. – № 4. – С. 63–65. 12. Уголовное уложение. Высочайше утвержденное 22 марта 1903 г. – С.–Петербург. Сенатская типография. 1903. – С. 1–144. <http://www.twirpx.com/file/234494/>

ОСОБА ПОТЕРПІЛОГО ВІД ГРАЛЬНОГО БІЗНЕСУ. МЕХАНІЗМ ФОРМУВАННЯ ЛУДОМАНІЇ

У статті розглянуто сутність потерпілого від грального бізнесу як учасника кримінального процесу, досліджено його особливості при розслідуванні злочинів у сфері грального бізнесу. Досліджено особливості та етапи формування залежності від азартних ігор (лудоманії).

В статье рассмотрены сущность потерпевшего от игорного бизнеса как участника уголовного процесса, исследованы его особенности при расследовании преступлений в сфере игорного бизнеса. Исследованы особенности и этапы формирования зависимости от азартных игр (лудомании).

In the article essence victim of gambling as a participant in the criminal process, examines its features when investigating crimes in the gambling business. There had examined the features and stages of formation depending on gambling (gambling disease).

Ключові слова: гральний бізнес, азартна гра, лудоманія, особа потерпілого, розслідування, злочин.

Ключевые слова: игорный бизнес, азартная игра, лудомания, потерпевшее лицо, расследование, преступление.

Key words: gambling, excitable game, gambling disease, the victim, investigating, crime.

Постановка проблеми. Згідно з чинним законодавством України потерпілим визнається особа, якій злочином завдано фізичної, моральної чи майнової шкоди. Натомість у науковій літературі використовуються також поняття "потерпілий від злочину" та "жертва злочину", постраждалих від злочину" та інші, проте ці поняття не є тотожними. Особливістю потерпілого, як учасника процесу при розслідуванні злочинів у сфері грального бізнесу є те, що він одночасно є і учасником цього злочину, оскільки чинним законодавством України участь в азартних іграх також заборонена, а тому встановлення його особи має велике значення для процесу розслідування злочинів у сфері грального бізнесу.

Метою статті є дослідження особливостей та ознак потерпілого від грального бізнесу, як елемента криміналістичної характеристики злочину. Вивчення особливостей розвитку та формування ігрової залежності.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. В юридичній літературі відсутнє єдине розуміння та уявлення про обсяг понять "жертва злочину" і "потерпілий". Так, на думку М.С. Строговича, "потерпілим може бути як фізична особа-громадянин, так і юридична особа-організація, підприємство, установа" [9, с. 523]. П.С. Елькінд зазначає, що як "жертва злочину" може виступати і фізична, і юридична особа, "потерпілий" – тільки фізична особа (громадянин) [6, с. 90-91]. З погляду криміналістичної віктимології під жертвою злочину, постраждалим від злочину, потерпілим розуміється будь-яка фізична особа, якій злочином заподіяна моральна, фізична або майнова шкода незалежно від того, винесена чи не винесена відповідна постанова про визнання такої особи потерпілим [10, с. 37].

Виклад основного матеріалу. Криміналістичне вчення про жертву являє собою систему криміналістичних теоретичних і практичних знань про особу, що постраждала від злочину. Жертва злочину, будучи об'єктом спеціального криміналістичного дослідження, вивчається і як джерело криміналістичної інформації.

Однак жертва азартних ігор в цілому та грального бізнесу, як окремого виду злочину, становить інтерес не лише як джерело особистої доказової інформації, тобто не лише як суб'єкт, який повідомляє про те, що відбулося, але і як фізичний об'єкт, що вносить певні зміни в навколишнє середовище або може нести на собі (тілі, одязі) чи на предметах, що були з ним, і засобах різні сліди, виявлення й дослідження яких дозволяє одержати важливу в доказовому відношенні інформацію.

Водночас жертва злочину також вивчається в системі елементів, що становлять структуру криміналістичної характеристики злочину. Виявлення типології взаємних зв'язків місця, часу, способу вчинення та приховування злочину, обраних злочинцем знарядь і засобів,

а також характеру відносин злочинця й жертви, їхнього віку, статі та інших особистісних особливостей дозволяє від установлення деякої сукупності елементів і їхнього взаємозв'язку переходити з більшою або меншою ймовірністю до встановлення ознак відсутніх (невідомих органу слідства) елементів. Причому, окремі науковці вважають, дані про жертву злочину є вихідними. На їхній основі з урахуванням інформації про особливості місця події, способу вчинення злочину можна будувати типові версії про мотиви й суб'єкта злочину, його стосунки з потерпілим [4, с. 128-134].

Жертва злочину вивчається також у системі зв'язків, особистих стосунків, що склалися в найближчому соціальному оточенні (з рідними, близькими, друзями, знайомими). Виявлення своєрідності психології жертви (характеру, інтелекту, схильностей до азартних ігор, інтересів, емоційних якостей, окремих залежностей та інших психічних особливостей), її положення в системі зв'язків і взаємин з іншими особами, способу життя, дозволяє простежити вчинення злочинного посягання в розвитку.

Таким чином, як елемент криміналістичної характеристики злочину доцільно вживати саме поняття "жертва злочину", яке містить в собі значно більшу інформацію про злочин та дає можливість слідчому знайти більше інформації, необхідної для розкриття злочину і встановлення осіб, які його вчинили.

Азартні ігри завдають серйозної шкоди потерпілому. Ця шкода полягає не лише в матеріальних втратах, які зазнає особа, витрачаючи гроші на азартні ігри, які заборонені в Україні, але й у психологічній шкоді. Так вільний доступ до азартних ігор призводить до розвитку стійкої залежності від гри, особа вже не здатна самостійно зупинитися і таким чином витрачає всі кошти на гру. При цьому шкоди зазнають не лише самі потерпілі, адже й члени їх сімей, оскільки залежна особа витрачає всі власні кошти на гру, продає майно, бере в борг чи кредит в банку. Після формування стійкої залежності від азартної гри гравець також може вдаватися до крадіжки як у родичів чи співмешканців, так і у чужих осіб виключно з метою продовження азартної гри. При цьому, така широка доступність ігор в Україні призводить до того, що під їх вплив потрапляють найменш захищені верстви населення, у яких немає стійкої психіки, а тому вони швидше потрапляють під такий вплив. Це насамперед підлітки, яким цікавий сам процес гри та відео ефекти, а також люди похилого віку, які сподіваються за рахунок виграшу покращити своє матеріальне становище та вирішити свої проблеми.

Особливістю потерпілого від грального бізнесу є те, що він є одночасно і учасником цього злочину, оскільки згідно спеціального Закону "Про заборону грального бізнесу в Україні" [1] поряд з гральним бізнесом забо-

ронена також участь у азартних іграх. А тому він має інформацію про модель вчинення самого злочину та є одним з учасників механізму його вчинення.

Канадські психологи виділяють чотири основні групи ігор, які розвивають стійку залежність гравця. Перший клас: постійні ігри, включаючи місцеві лотереї, бінго, казино. Це також ставки на перегонах, спортивні ставки і відео лотереї. Другий клас: різні грошові парі і ставки між друзями і колегами по роботі. Це можуть бути спортивні, політичні, карткові, більярдні і абсолютно будь-які парі і ставки, і вони займають значне місце в культурному і громадському житті населення. Третій клас: ставки у нелегальних букмекерів, нелегальні гральні заклади для гри в карти і рулетку, казино в Інтернеті. Четвертий клас: гра на біржі, що має характер азартної гри, а не професійного обов'язку [7].

У всіх країнах світу поряд з азартними іграми, незалежно від обраної моделі регулювання цього ринку (від повної їх заборони до вільного поширення на всій території) існує проблема залежності населення від азартних ігор.

У країнах Євросоюзу близько 60% грають в азартні ігри. Визнаною меккою ігроманів є Монако. Від усього населення Європи страждають ігровою залежністю близько 1,5%.

В Італії всього проживає 57200 тисяч жителів, з них 13 мільйонів (22,72% від усіх жителів) італійців (2003 р), регулярно витрачають гроші на грошові ігри, 150 тисяч вважаються патологічно азартними гравцями (1,15% від всіх регулярно грають і 0,26% від усіх жителів країни). У середньому кожна італійська родина витрачає на ці цілі в рік близько 700 доларів. 5% від всіх казино Європейського союзу знаходиться саме в Італії.

У Німеччині проживає 81600 тисяч чоловік. Близько 100 тисяч (0,12% від цього населення) чоловік у Німеччині страждають патологічним потягом до азартних ігор, близько 7% від усієї кількості європейського казино знаходиться в Німеччині.

За офіційними даними, зараз в Данії з п'ятимільйонним населенням – 150 тис (3% від усього населення) людей регулярно грають в різні азартні ігри, сорока тисячам (0,8% від усього населення) данців поставлений діагноз – лудоманія, хоча більшість датчан відносяться до цієї залежності дуже лояльно, вважає її результатом розбещеності, від якої людину можна відучити.

У Швеції гра в казино була заборонена, замість казино в основному азарт згущувався навколо футбольних тоталізаторів, але там де дозволені азартні ігри – ставки дуже низькі і все чітко регламентовано. Шведи просаджують гроші в казино Гельсінкі (є тільки одне велике казино) і Талліна, морські поромні всіх суднових ліній нашіповані величезною кількістю гральних апаратів.

У Великобританії розвинена мережа букмекерства та футбольних тоталізаторів. Казино знаходиться під суворим державним контролем і тільки в спеціально відведених місцях. У 53-х значних місцях розміщено 304 000 гральних автоматів.

За різними оцінками, в семимільйонного Швейцарії живуть 30-40 тисяч (0,57% від усього населення), що страждають.

Найбільше гральних автоматів знаходиться в Іспанії. У країні з населенням 59600 тисяч чоловік розміщено 234 000 штук гральних автоматів, або 62 автомати на 10 000 населення. В Іспанії "ігроманію" сприймають як хворобу, на зразок наркоманії.

У Франції проживає близько 58 млн осіб, з них 8,7 млн (1,5% від всіх проживаючих) в тій чи іншій мірі страждають від лудоманії. Франція займає друге місце за кількістю казино після Монако, де поширені всі види азартних ігор. Ігрові автомати довгий час перебували

під заборобою, виручка казино складає 952 300 000 євро, з неї 85% припадає на "одноруких бандитів".

Під час опитування населення, проведеного фахівцями Центру соціальних експертиз, було вивчено думку 1000 осіб у десяти великих обласних центрах України: Києві, Донецьку, Львові, Одесі, Полтаві, Сімферополі, Ужгороді, Черкасах, Харкові, Сумах [2] було визначено, що 33% опитаних грають в азартні ігри.

Найпоширенішим видом ігор є лотереї. В них із тією чи іншою частотою беруть участь понад 27% опитаних. Як зазначає експерт Центру соціальних експертиз Таміла Коноплицька, такий розподіл можна пояснити історичним чинником: усілякі лотереї були поширені в Радянському Союзі. Казино ж в Україні з'явилися недавно, крім того, не так багато громадян мають фінансові можливості, що дають змогу відвідувати подібні заклади. Тільки 5% опитаних підтвердили, що відвідують казино. Ця цифра корелює з відсотком забезпечених людей, які брали участь в опитуванні. 14%, або майже одна шоста, хоча б час від часу грають на гральних автоматах – це сьогодні найпростіший вид азартної гри.

Чоловіки грають частіше, аніж жінки. Причому якщо в лотерею грають приблизно однаково кількість чоловіків і жінок, то на автоматах і в казино – чоловіків у кілька разів більше. Найактивнішою віковою категорією громадян, які грають у лотерею, є 31–45-річні. На гральних автоматах 18–30-річні грають удвічі частіше за інших. Вони ж частіше грають і в казино.

Особливістю азартної гри є те, що у гравця з часом розвивається залежність від азартних ігор, яка базується на бажанні гравця відчувати "ризик", "азарт". При цьому, під терміном "лудоманія" (ludo – лат. Гра) розуміють залежність від гри на апаратах (деякі фахівці цей термін використовують як назва для всієї групи ігрових залежностей). В світі цю залежність вважають хворобою і відносять до розладів звичок та потягів. При цьому, такий розлад полягає в частих повторних епізодах участі в азартних іграх, які домінують у житті суб'єкта і ведуть до зниження соціальних, професійних, матеріальних і сімейних цінностей.

Для людини, схильної до цієї хвороби, втрати у сімейних відносинах, моральному і душевному здоров'ї, а також у фінансовій сфері – не зупиняють, а гра на апаратах і участь в інших азартних іграх залишаються найбажанішим, найнеобхіднішим "емоційним наркотиком", а він вже не може зупинитися: "ще, ще ..." Для нього гра – єдиний спосіб зняття стресу, забути образи, досади, спосіб спілкування, гонитва, мрія розбагатіти, утвердитися у своїй значимості, домогтися визнання, спосіб отримати те, чого не вистачає його душі, він намагається це отримати, але через гру, а отримує тільки одну ілюзію того, чого хотів отримати, оскільки гра тільки створює враження, що ти отримуєш все це.

Пристрасть до ризику, до гострих відчуттів, в концентрації емоцій (саме цим привабливі і небезпечні азартні ігри) настільки сильна, що її можна порівняти тільки з потягом до наркотиків, коли людина забуває про розсудливість, обережність, не бере до уваги навіть небезпека для власного життя, ввергає в убогість рідних і близьких, примушуючи їх працювати в 2 – 3-х місцях, щоб розрахуватися з боргами азартного гравця (існують також випадки, коли родичі такого гравця змушені відпрацьовувати його борги).

При цьому, для осіб із патологічною схильністю до азартних ігор фахівці виділяють такі характерні риси:

- постійна захопленість і збільшення часу, проведеного в ситуації гри;
- зміна кола інтересів, витиснення колишніх мотивів ігрової діяльності, постійні думки про гру, про-

кручування переважно в уяві ситуацій, пов'язаних з ігровими комбінаціями;

➤ "втрата ситуаційного контролю", що виражається в нездатності перервати гру вольовим зусиллям (як після великого виграшу, так і після постійних програшів);

➤ наявність ознак "сухої абстиненції", що виражаються в стані психічного дискомфорту, дратівливості, занепокоєння, тривоги, депресії через короткі інтервали часу після припинення гри з важко пересильованим бажанням знову приступити до неї;

➤ збільшення частоти участі в грі й прагнення до усе більше високого ризику;

➤ збільшення здатності піддаватися спокусі відновити гру, тобто зниження ігрової толерантності [8, 3].

Така сумна статистика свідчить про те, що гральний бізнес завдає великої шкоди не лише потерпілим, але й іншим особам. При цьому, така шкода носить прихований характер, оскільки залежність від азартних ігор розвивається поступово, непомітно, проте завдає дуже великої шкоди.

Психологи дослідили, що ігроголізм (лудоманія) у своєму розвитку проходить 3 стадії [5].

I стадія – стадія виграшу. Для цього періоду характерні епізоди випадкової гри з виграшами, що супроводжуються збудженням і ейфорією. Виникає бажання грати все частіше, підвищувати ставки, ризикувати. Росте збудження, що передуює грі. З'являються фантазії на тему гри, безпричинний оптимізм і передчуття великого виграшу. Все частіше гра відбувається на грані фолу, коли за одну мить можна втратити все або придбати "весь світ". Формується психологічна залежність від гри.

II стадія – прогресуючих програшів. У цей період до психічної залежності, що вже сформувалася, приєднується фізична. Життя людини зосереджене на грі. Вона не може зупинитися ні після виграшу, ні тим більше після програшу. Відчуття ейфорії, які мають місце в період між ставкою й результатом гри, підкріплюють бажання. Росте соціальна дезадаптація: з'являються фінансові проблеми, конфлікти на роботі й у родині, участь у ризикованих заходах, можливі правопорушення, спрямовані на пошук грошей.

Одночасно із цим знижуються психологічні навички в грі, з'являються необдумані ходи, невиправдані ризик, кількість програшів росте. Змінюється ієрархія потреб: домінуючою стає потреба в грі, витісняючи базисні фізіологічні потреби в їжі, сексі й сні. При спробі закінчити гру виникає синдром скасування, що супроводжується важким дисфоричним станом із головним болем і вегетативними порушеннями, тривогою, напругою, депресією, погіршенням сну й уваги, суїцидальними думками. Залежно від соціальних, ситуаційних, особистісних і інтелектуальних особливостей, друга стадія може тривати до 10-15 років.

III стадія – відчаю. Хворий соціально декомпенсований, дезадаптований і фінансово неспроможний. Виражений компульсивний потяг до гри. Реально ситуація не оцінюється: програється все спонукуване й нерухоме майно, відбуваються фінансові злочини. Критика до свого стану й до всього, що відбувається, відсутня. При спробі припинити гру виникає важка абстиненція з ви-

раженими депресивними розладами й суїцидальними спробами, а також агресивною поведінкою. Виражена анозогнозія. Хворі дуже рідко звертаються по допомогу до психіатрів, як правило, на консультацію їх приводять родичі. Уперше психіатр їх консультує частіше після суїцидальної спроби.

Зокрема, як розповіла в інтерв'ю газеті одна пенсіонерка. Зараз, в азартні ігри вже не грає. Але... "Років п'ять тому, як тільки я вийшла на пенсію, а точніше, виштовхнули, впала в розпач, як жити далі. І тут по радіо почула, що хтось виграв велику суму в лотерею. Після цього, коли отримувала пенсію в ощадкасі, то відразу майже половину витратила на різні види лотерей. Могла сидіти на хлібі й воді, але не грати не могла. Звичайно, великого виграшу не дочекалася. Виграла невеликі суми. Цим, мабуть, підтримувався азарт – майже два роки. Проте після втручання сестри змогла позбутися ігрової залежності" [11].

Висновки: Особа потерпілого є невід'ємним та важливим елементом криміналістичної характеристики злочинів у сфері грального бізнесу. Водночас, потерпілий є важливим учасником кримінального процесу, оскільки він одночасно є і суб'єктом цього злочину, елементом способу його вчинення.

Крім безпосередньо матеріальної шкоди, яка полягає у майнових втратах потерпілого від азартних ігор та фізичної шкоди – порушення психологічного здоров'я гравця, азартні ігри також завдають майнової шкоди людям, які проживають з гравцем. Більше того, азартні ігри є стимулюючим елементом для розвитку злочинності, оскільки гравці, які мають стійку залежність, вчиняють інші злочини з метою отримання коштів для подальшої гри.

Ігроголізм є хворобою, яка відноситься до розладів звичок та потягів, і носить хронічний і прогресуючий характер. Хворі, що страждають ігроголізмом, потребують психологічної і психіатричної допомоги.

1. Закон України "Про заборону грального бізнесу в Україні від 1 травня 2009 року № 1334-VI / Відомості Верховної Ради України. – 2009. – № 38. – ст. 536. 2. Василь Конюшенко. Українці хочуть грати за правилами. Про це свідчать результати соціологічних опитувань про ставлення жителів нашої країни до азартних ігор // "Дзеркало тижня". – №7. – 23 лютого 2008 року. 3. Великий В.М. Сутність і профілактика залежності від азартних ігор. – Медичне право України: правовий статус пацієнтів в Україні та його законодавче забезпечення (генезис, розвиток, проблеми і перспективи вдосконалення.) Матеріали II Всеукраїнської науково-практичної конференції 17-18.04.2008, м. Львів. – [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://medicallaw.org.ua/uploads/media/02_051.pdf. 4. Видонов Л.Г. Криміналістические характеристики жертв убийства и их значение в построении версии о преступнике // Криміналістическая виктимология (вопросы теории и практики). – Иркутск, 1980. – С.53-60; [260] Селиванов Н.А. Советская криминалистика: система понятий. – М.: Юрид. лит. – 1982. – С.128-134. 5. Диагностика и лечение игромании [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.igromania.info.ru>. 6. Элькин П.С. Виктимологический аспект охраны прав личности в уголовном судопроизводстве // Проблемы уголовного статуса личности в уголовном процессе. – Саратов. – 1981. – С.90-91. 7. Кукко В. Залежність до азартних ігор. – журнал "Професійна медицина", – 09, 2010. – [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://medic-pr0.ru/09/148.html>. 8. Самардакова Г.О. Залежність від азартних ігор. – [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://knmu.kharkov.ua/uk/node/628>. 9. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. – Т.1. – М.: Наука. – С. 253. 10. Центров Е.Е. Криміналістическое учение о потерпевшем.-М.: Изд-во Московского ун-та. – 1988. – С.37. 11. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.wz.lviv.ua/articles/62855>.

Надійшла до редколегії 20.09.11

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВА ОХОРОНА ЕКОЛОГІЧНИХ ПРАВ ГРОМАДЯН: СУЧАСНИЙ СТАН ТА ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ

Охарактеризовано сучасний стан роботи органів державної влади з охорони екологічних прав громадян. На основі комплексного аналізу міжнародного досвіду надано ґрунтовні пропозиції щодо вдосконалення адміністративно-правової охорони екологічних прав громадян в Україні.

Ключові слова: органи державної влади, адміністративно-правова охорона екологічних прав громадян.

Исследовано современное состояние работы органов государственной власти по охране экологических прав граждан. На основе комплексного анализа международного опыта в данной сфере предоставлены предложения по совершенствованию административно-правовой охраны экологических прав граждан в Украине.

Ключевые слова: органы государственной власти, административно-правовая охрана экологических прав граждан.

The current state of public authorities for the protection of citizens' environmental rights was investigated. Based on a comprehensive analysis of international experience in this field suggestions for improving the administrative and legal protection of citizens' environmental rights in Ukraine were given.

Key words: public authorities, administrative and legal protection of citizens' environmental rights.

Закріплення в Конституції України (ст. 50) права громадян на безпечне для життя і здоров'я довкілля та на відшкодування шкоди, заподіяної порушенням цього права, визначило один з основних напрямків діяльності держави в особі її уповноважених органів та посадових осіб – діяльність щодо охорони екологічних прав населення.

На сьогоднішній день досить велика кількість наукових праць присвячена проблемам охорони навколишнього природного середовища та пов'язаних з ним екологічних прав громадян. Дані питання висвітлюються в працях О.Ф. Андрійко, Ю.П. Битяка, Д.М. Бахраха, В.М. Гарашука А.П. Гетьмана, В.К. Колпакова, Л.В. Ковалю, Б.В. Єрофєєва та ін. Проте питання вдосконалення адміністративно-правової охорони екологічних прав громадян ними практично не досліджувалися.

Метою даної статті є характеристика сучасного стану адміністративно-правової охорони екологічних прав громадян та визначення основних шляхів його вдосконалення. Для досягнення поставленої мети необхідно вирішити наступні завдання: охарактеризувати стан нормативного закріплення гарантій реалізації громадянами екологічних прав; дослідити основні показники роботи органів державної влади в даному напрямку; проаналізувати стан реалізації основних державних заходів з адміністративно-правової охорони екологічних прав громадян; дослідити міжнародний досвід у даній сфері та сформулювати основні пропозиції щодо покращення адміністративно-правової охорони екологічних прав громадян.

Чинним законодавством України визначено систему гарантій екологічних прав громадян, тобто сукупність заходів спрямованих на забезпечення реалізації громадянами їхніх прав під час взаємодії з навколишнім природним середовищем. Зокрема ст. 10 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" встановлює, що екологічні права громадян забезпечуються:

а) проведенням широкомасштабних державних заходів щодо підтримання, відновлення і поліпшення стану навколишнього природного середовища;

б) обов'язком міністерств, відомств, підприємств, установ, організацій здійснювати технічні та інші заходи для запобігання шкідливому впливу господарської та іншої діяльності на навколишнє природне середовище, виконувати екологічні вимоги при плануванні, розміщенні продуктивних сил, будівництві та експлуатації народногосподарських об'єктів;

в) участю громадських об'єднань та громадян у діяльності щодо охорони навколишнього природного середовища;

г) здійсненні державного та громадського контролю за додержанням законодавства про охорону навколишнього природного середовища;

д) компенсацією в установленому порядку шкоди, заподіяної здоров'ю і майну громадян внаслідок порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища;

е) невідворотністю відповідальності за порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища;

є) створенням та функціонуванням мережі загальнодержавної екологічної автоматизованої інформаційно-аналітичної системи забезпечення доступу до екологічної інформації [1].

Аналізуючи сучасний стан адміністративно-правової охорони екологічних прав громадян, необхідно відмітити, що органами державної влади та їх посадовими особами проводиться належна робота щодо збереження належного стану навколишнього природного середовища, надання права користування природними ресурсами, висвітлення всіх аспектів природоохоронної політики та стану навколишнього природного середовища, тощо. Тобто державні інституції своїми діями забезпечують реалізацію громадянами їхніх екологічних прав.

Про це свідчать різноманітні огляди та звіти щодо дотримання прав і свобод людини. Так, у виступі Уповноваженого Верховної Ради з прав людини Н.І. Карпачової на засіданні Верховної Ради 14 січня 2011 року [2] поміж найпоширеніших порушень прав людини екологічні права не згадувалися. Єдине, що на думку доповідача потребує вдосконалення в досліджуваній сфері, це стан інформаційної політики в державі. Н.І. Карпачова наголошувала, що люди повинні мати доступ до всіх джерел інформації, звичайно крім державної та інших охоронюваних законом таємниць, особливо якщо це може вплинути на їх життя та здоров'я.

З метою втілення в життя гарантій реалізації екологічних прав громадян органами державної влади розроблено ряд довгострокових програм, які визначають основні засади діяльності органів виконавчої влади та їх посадових осіб щодо охорони вказаних прав, профілактики їх порушень, їх припинення та ліквідація негативних наслідків таких порушень. Вони розробляються та впроваджуються з метою проведення ефективної і цілеспрямованої роботи щодо охорони навколишнього природного середовища, сприяння реалізації екологічних прав, забезпечення екологічної безпеки, раціонального використання і відтворення природних ресурсів.

На сьогодні в Україні діють такі нормативно-правові акти, якими затверджені відповідні програми: Закон України "Про Загальнодержавну програму формування національної екологічної мережі України на 2000-2015 роки", Закон України "Про затвердження Загальнодержавної програми охорони та відтворення довкілля Азовського та Чорного моря", Постанова Кабінету Міні-

стрів України від 26 квітня 2003 р. № 634 "Про затвердження Комплексної програми реалізації на національному рівні рішень, прийнятих на Всесвітньому самміті зі сталого розвитку на 2003-2015 роки", Постанова Кабінету Міністрів України від 4 березня 2004 р. № 256 "Про затвердження Програми припинення виробництва та використання озоноруйнівних речовин на 2004-2030 роки", Постанова Кабінету Міністрів України від 22 вересня 2004 року № 1256 "Про затвердження Комплексної програми протизсувних заходів на 2005-2014 роки", Постанова Кабінету Міністрів України від 5 грудня 2007 р. N 1376 "Про затвердження Державної цільової екологічної програми проведення моніторингу навколишнього природного середовища" та інші.

Однак необхідно відмітити, що всі вищезазначені державні програми в сфері екології спрямовані на охорону лише деяких екологічних прав громадян, а саме: права на безпечне для життя і здоров'я навколишнє природне середовище, на загальне та спеціальне використання природних ресурсів та права на одержання в установленому порядку повної та достовірної інформації про стан навколишнього природного середовища та його вплив на здоров'я населення.

Охорона інших екологічних прав (участь в обговоренні та внесення пропозицій до проектів нормативно-правових актів; участь в розробці та здійсненні заходів щодо охорони навколишнього природного середовища, раціонального і комплексного використання природних ресурсів; об'єднання в громадські природоохоронні формування; участь у публічних слуханнях або відкритих засіданнях з питань впливу запланованої діяльності на навколишнє природне середовище; одержання екологічної освіти; подання до суду позовів про відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок негативного впливу на навколишнє природне середовище; оскарження у судовому порядку рішень, дій або бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб щодо порушення екологічних прав громадян, тощо) вищезазначеними програмами практично не передбачена.

Таким чином, доцільно було б затвердити Комплексну державну програму адміністративно-правової охорони екологічних прав громадян, де передбачити, які саме екологічні права громадян підлягають адміністративно-правовій охороні, на які саме органи державної влади чи посадових осіб покладається обов'язок їх охорони, які заходи повинні проводитися в державі з метою сприяння реалізації громадянами їхніх екологічних прав.

Крім створення різноманітних державних програм у сфері взаємодії суспільства та природи останнім часом державою запроваджено ряд заходів спрямованих на забезпечення реалізації громадянами їхніх екологічних прав, особливо права на безпечне для життя та здоров'я навколишнє природне середовище та на отримання повної та достовірної інформації про його стан. Серед них: екологічний моніторинг (моніторинг довкілля), державний облік у галузі охорони навколишнього природного середовища, екологічний аудит, екологічна експертиза, екологічне нормування та лімітування, екологічне ліцензування та інші.

Необхідно відмітити, що перераховані заходи з однієї сторони є заходами з адміністративно-правової охорони екологічних прав громадян, а з іншої обмежують їх реалізацію. Так, наприклад, видаючи дозвіл на виробництво, зберігання та транспортування отруйних речовин органи державної влади сприяють реалізації громадянами права на використання природних ресурсів. Однак, якщо така діяльність не відповідає встановленим нормативам, то компетентні органи чи посадові особи зобов'язані обмежити таке право.

На сьогоднішній день вказані заходи адміністративно-правової охорони екологічних прав громадян виконуються компетентними органами державної влади на достатньо високому рівні, однак, враховуючи міжнародний досвід у даній сфері, вони потребують деякого вдосконалення.

Так, національна система екологічного моніторингу функціонує у взаємодії з системою міжнародного екологічного моніторингу, який створює Глобальну систему моніторингу навколишнього середовища (ГСМНС). Основною метою ГСМНС є збір та надання державним і міждержавним органам інформації, необхідної для забезпечення поточного і майбутнього захисту здоров'я, благополуччя, безпеки і свободи людей та раціонального управління навколишнім середовищем і її ресурсами [3, с. 93].

Ряд важливих міжнародних угод, учасницею яких є Україна, передбачають порядок здійснення екологічного моніторингу. Важливе місце серед них належить Конвенції про біологічне різноманіття, прийнятій 5 червня 1992 р. та ратифікованій Законом України від 29 листопада 1994 р. та Конвенції ООН з морського права (Монтего-Бей, 10.12.82 р.). Вони передбачають обов'язок держав-учасниць здійснювати постійний контроль у сфері відповідно біологічного різноманіття та морській, збирати та систематизувати інформацію про їх стан та проблеми, вживати невідкладних заходів для їх відновлення та покращення.

Однак необхідно зазначити, що на сьогоднішній день в Україні відсутні нормативно-правові акти, які б визначали порядок проведення моніторингу в окремих сферах реалізації громадянами їх екологічних прав, особливо права на безпечне навколишнє природне середовище. Зокрема чинним законодавством не визначено порядок формування інформаційної бази про стан озонового шару.

Таким чином, враховуючи міжнародний досвід, доцільно було б внести зміни до чинного законодавства в частині визначення порядку здійснення екологічного моніторингу в конкретних сферах природокористування.

Що стосується екологічного аудиту, то необхідно зазначити, що з прийняттям 24 червня 2004 року Закону України "Про екологічний аудит" [4] було відкрито нову сторінку в сфері сприяння реалізації громадянами права на безпечне для життя і здоров'я навколишнє середовище. Даним нормативно-правовим актом було визначено основні засади еколого-аудиторської діяльності, статус її суб'єктів, випадки обов'язкового його проведення та деякі інші аспекти в даній сфері. Однак багато важливих питань проведення екологічного аудиту на сьогоднішній день не врегульовані національним законодавством. Практично відсутнє будь-яке методичне забезпечення проведення аудиту. Кілька наказів Міністерства екології та природних ресурсів України певним чином охопили лише стадію організації екологічного аудиту (порядок складання кваліфікаційних іспитів та отримання сертифікатів, ведення Реєстру екологічних аудиторів та юридичних осіб, що мають право на здійснення екологічного аудиту), але сам процес його здійснення залишився поза увагою законодавця. Крім того, в сучасній нормативно-правовій базі відсутні затверджені тарифи еколого-аудиторських послуг. Саме тому, з метою усунення прогалин у законодавстві доцільно було б звернутися за досвідом промислово розвинутих країн.

Наприклад, в США в 1984 році Національним Агентством з охорони навколишнього середовища було розроблено концепцію екологічного аудиту для федеральних агентств, а також започатковано директиви екологічної політики, які рекомендували, враховуючи нормативні вимоги, ідентифікувати (виділяти) фактичні та потенційні проблеми охорони довкілля. Уже в 1987 році близько

40 федеральних агентств мали свої програми екологічного аудиту. Для прикладу, у 1985 році Міністерство оборони США створило Управління з екологічного аудиту і законодавства, на яке було покладено обов'язок здійснювати аудит своїх основних об'єктів [5, с. 552]. Вказані події сприяли визначенню суб'єктів екологічного аудиту, їх повноважень та порядку його проведення. Крім того, на сьогоднішній день у країнах з високим рівнем розвитку значного поширення набув спеціалізований екологічний аудит, а саме: інвестиційний, енергетичний, оцінювання страхових ризиків, оцінювання безпеки певного виду продукту, що виробляється тощо.

Крім того, необхідно зазначити, що якщо в Україні екологічний аудит, як захід адміністративно-правової охорони права громадян на безпечне для життя і здоров'я довкілля, обов'язково проводиться лише у визначених випадках (згідно Закону України "Про екологічний аудит" [6]), то в Німеччині всі підприємства в обов'язковому порядку проходять екологічний аудит [7, с. 304]. У багатьох країнах прийняті національні стандарти, які регулюють екологічний аудит. Така загальнообов'язковість проведення даного заходу сприяє попередженню будь-якої діяльності, що буде погіршувати стан навколишнього природного середовища і як наслідок сприятиме охороні права громадян на безпечне для життя і здоров'я довкілля.

Таким чином, доцільно було б внести зміни до національного законодавства у частині встановлення обов'язковості для всіх підприємств проходити екологічний аудит. Крім того, доцільно було б на національному рівні розробити методичні рекомендації щодо проведення екологічного аудиту взагалі та окремих його видів.

Подібна ситуація склалася в Україні з екологічною експертизою. Чинним Законом України "Про охорону навколишнього природного середовища" (ст. 26) [1] передбачено, що проведення екологічної експертизи є обов'язковим у процесі законотворчої, інвестиційної, управлінської, господарської та іншої діяльності, що впливає на стан навколишнього природного середовища. Однак критеріїв віднесення тієї чи іншої діяльності

до такої, що впливає на стан довкілля в даному законі не передбачено.

У законодавстві ж США ще в 1970 році було закріплено положення про обов'язковість державної екологічної експертизи всіх напрямів господарської діяльності. У спеціальних законах визначені конкретні природоохоронні заходи з охорони повітря, води, поводження з твердими відходами, контролю за отрутохімікатами й токсичними речовинами, рекультивації, боротьби з шумом, неприємними вібраціями та запахами [7, с. 305].

Таким чином, необхідно відмітити, що чинне законодавство України в сфері адміністративно-правової охорони екологічних прав практично повністю відповідає міжнародним нормам, що регулюють вказані питання. Однак на сьогоднішній день, у порівнянні з правовою базою інших держав, існує ряд недоліків з вищезазначених питань. Так, необхідно внести зміни до Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" в частині визначення поняття "безпечне для життя і здоров'я довкілля", встановлення суб'єктів адміністративно-правової охорони екологічних прав, їх компетенції, запровадження загальнообов'язкового проведення екологічного аудиту та екологічної експертизи, покращення системи екологічного моніторингу.

1. Про охорону навколишнього природного середовища: Закон України: від 25.06.1991 № 1264-XII // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1991. – № 41. – ст.546. 2. Виступ Уповноваженого Верховної Ради з прав людини Н.І. Карпачової на засіданні Верховної Ради 14 січня 2011 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.khpg.org/index.php?id=1295096055> 3. Ю.А. Израэль, Н.К. Гасилина, Ф.Я. Ровинский, Л.М. Филиппова. Осуществление в СССР системы мониторинга загрязнения природной среды. – Л., 1978. – С.93. 4. Про екологічний аудит Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2004. – № 45. – ст.500. 5. Гурська, Г. А. Развитие правового регулирования экологического аудита в мире та в Украине [Текст] / Г. А. Гурська // Государство и право: Юридические и политические науки : Сборник научных работ. – 2007. – Вып. 38. – С. 550-556. 6. Про екологічний аудит Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2004. – № 45. – ст. 500. 7. Экология: Пособие / С.И. Дорогунцов, К.Ф. Коценко, М.А. Хвесик та ін. – К.: КНЕУ, 2005. – 371 с.

Надійшла до редколегії 20.09.11

УДК 340.15:349.6

Б. Кіндюк, канд. юрид. наук

ОХОРОНА ЛІСІВ ЗА ЗАКОНОМ "ПРО ОХОРОНУ ПРИРОДИ УКРАЇНСЬКОЇ РСР" ВІД 30 ЧЕРВНЯ 1960 Р.

У статті розглянуті питання, пов'язані із законодавчим регулюванням охорони лісів в УРСР. Проаналізовані лісоохоронні норми Закону "Про охорону природи Української РСР" від 30 червня 1960 р." і практика їх застосування.

Ключові слова: охорона лісів, законодавчий акт, Верховна Рада УРСР.

В статье рассмотрены вопросы, связанные с законодательным регулированием охраны лесов в УССР. Проанализированы лесоохранные нормы Закона "Об охране природы Украинской ССР" от 30 июня 1960 г." и практика их применения.

Ключевые слова: охрана лесов, законодательный акт, Верховный Совет УССР.

The article deals with issues related to the legislative regulation of forest protection in the USSR. Forest conservation provisions of the Law "On protection of the Ukrainian SSR nature" (enacted on June 30, 1960), and their practical application are analyzed.

Key words: forest protection, legislation, the Supreme Council of the USSR.

Актуальність теми дослідження зумовлена винятковим значенням лісів у соціально-економічному розвитку України. Зважаючи на зростання антропогенного навантаження на ліси, збереження цього природного ресурсу набуло сьогодні ключового значення. Між тим прийнятий у 1994 р. Лісовий кодекс України з доповненнями, внесеними Верховною Радою в 2006 р., не змінив сумної ситуації з незаконними рубками лісів і скороченням їх площ.

Результати споживачького ставлення до лісу уже проявилися повною мірою. Перш за все, це часті пожеги у Карпатах, аридизація клімату та висушування орних

земель у степній зоні, інші наслідки, що спричиняють збитки економіці та погіршують якість життя населення. Очевидно, що ситуація з охороною лісів та їх відтворенням не може покращатися без масивного втручання держави, що зумовлює необхідність наукового підходу до вироблення оптимальної державної політики у сфері лісівництва. Складовою наукової концепції лісової політики держави та правового її забезпечення є узагальнення та критичне осмислення історичного досвіду державно-правового регулювання лісівництва. Адже лісова галузь за самою своєю природою є, по-перше, однією з найстаріших сфер господарювання і тому має

© Кіндюк Б., 2011

найбагатший історико-правовий досвід, по-друге, є консервативною, певною мірою, навіть антиінноваційною, адже тут мало що можна придумати радикально нове. Нерідко законодавець у сфері регулювання лісівництва йде шляхом не завжди критичного запозичення іноземного досвіду або ж намагається знайти рішення, яке раніше не застосовувалось. Між тим традиції вітчизняного правового регулювання містять шляхи оптимального рішення багатьох проблем.

Уявляється, що особливе значення для накопичення досвіду правового регулювання у лісовій галузі має радянська доба, тому що в цей період відбулося становлення і формування інститутів лісового права. Надбанням саме радянської правової науки є розробка багатьох теоретичних і практичних аспектів лісового права. Серед них праці Л.І.Дембо, В.Ф.Горбова, Р.К.Гусєва, Д.М.Ісупова, В.В.Кіреєва, В.Я.Кожевникова, О.С.Колбасова, О.І.Крассова, В.Л.Мунтяна, Г.М.Полянської, М.Д.Сомова, Б.М.Цветкова та ін. Тому радянський законодавчий та правозастосовчий досвід має бути вивчений, проаналізований і використаний для удосконалення нинішнього українського лісового права. В цьому контексті є важливими праці Ю.С.Шемшученка, В.В.Костицького, П.О.Гвоздика, С.О.Балашенка, В.В.Петрова, О.В.Сурілова, Ю.О.Вовка, В.І.Лозо, О.І.Логвиненко, В.Є.Борейка, С.А.Генсірука, О.І.Фурдичка які простежують розвиток радянського екологічного, і в тому числі – лісового – законодавства. Разом з тим історико-правовий аналіз цієї проблеми в Україні не проводилися, що й спонукало автора до написання цієї статті.

Метою роботи є дослідження правової охорони українських лісів за Законом УРСР "Про охорону природи Української РСР" від 30 червня 1960 р.

Перш за все, слід звернути увагу на причини ухвалення в УРСР цього нормативно-правового акту, які умовно можна поділити на політичні, економічні та соціальні фактори.

1. Політичні фактори. Головним політичним фактором було прагнення керівництва СРСР продемонструвати розрив зі сталінськими методами побудови соціалізму. Одним з напрямів такої політики могла стати охорона природи як альтернатива уже згорнутому на той момент "сталінському плану перетворення природи" (таку пропагандистську назву свого часу отримала постанова Ради Міністрів СРСР та ЦК ВКП(б) від 20 жовтня 1948 р. "Про план полезахисних лісонасаджень, впровадження травопольних сівозмін, будівництва ставків та водойм для забезпечення високих стайних врожаїв у степних та лісостепних районах Європейської частини СРСР").

Результатом такого повороту в політиці стало проведення в союзних республіках кампанії з ухвалення природоохоронного законодавства. Документи з однаковою назвою "Про охорону природи" 1957 р. були прийняті в Естонській РСР, 1959 р. – у Литовській РСР, 1960 р. – в УРСР та РРФСР, 1962 р. – в Казаській РСР.

Ця кампанія проводилася за рішенням вищого партійного керівництва СРСР оформленого у вирішеннях XVI з'їзду КПРС 1959 р. Виходячи з цього, ствердження П.О.Гвоздика про те, що ухвалення природоохоронних законів було ініціативою відповідної республіки й відбивало світогляд розробників закону не відповідає дійсності [3, с.2]. По встановленню тоді порядку, на ухвалення республіканськими властями документів такого рівня юридичної сили була завжди потрібна згода політичного керівництва Радянського Союзу.

2. Економічні фактори. Післявоєнне відновлення промисловості потребувало, серед іншого, деревини. Її постачальником в УРСР стали нещодавно приєднані Карпати. За підрахунками В.Є.Борейка у 1947 –

1957 рр. вирубали карпатський ліс площею 252 тис. га або 20% всієї вкритої цим природним ресурсом території регіону [1, с. 276]. Знищення лісів призвело до частіших повеней, вітровалів, буреломів, зсувів ґрунту, а взимку – до сходів лавин. Наприклад, у вересні та грудні 1952 р. відбулося потужна повінь на р. Тисі, що призвело до руйнування мостів, доріг, залізничного полотна, будинків і шести лісокомбінатів [1, с. 284]. До того ж повінь спричинила матеріальні збитки економіці Угорщини та Чехословаччини. По результатх повені сільськогосподарська комісія Верховної Ради УРСР і Українська Академія сільськогосподарських наук звернулася до керівництва УРСР з проханням прийняти постанову "Про використання лісових масивів у Прикарпатті і Закарпатті та їх відновлення" [1, с.281].

Іншим економічним фактором була та обставина, що заготовлена в лісах деревина з них часто не вивозилася. Ситуація набула настільки загрозливого хаактеру, що 5 травня 1962 р. Рада Міністрів України прийняла постанову "Про збільшення обсягу вивезення деревини від рубок догляду за лісами і санітарних рубок в Станіславському Раднаргоспі за 1962 р." [4 с. 100].

Крім цього, як вказує В.І.Лозо, використання залишків деревини в лісах, повинно було зменшити обсяг щорічних рубок на площі в 6 тис. га лісу та заощадити, як мінімум 12 млн. карб. [4 с. 100].

3. Соціальні фактори. Післясталінська "відлига" ознаменувалася не тільки розвінчанням культу особи, але й загальним зростанням громадської активності. Ця тенденція стосувалася і природоохоронного руху. Перше обговорення природоохоронної тематики на президії ЦК Комуністичної партії України відбулося 6 березня 1956 р. [1, с. 285]. На підставі рішення цього органу були організовані такі заходи: в листопаді 1957 р. відбулася нарада з охорони природи в західних областях України, в травні 1958 р. проведена конференція про роль мистецтва у справі охорони природи, організовані наукові експедиції до Криму, Карпат, Асканії-Нова з метою визначення місця розташування нових заповідників. У 1953 р. в Києві відбувся перший з'їзд Українського товариства охорони природи, а головою президії організації обрали відомого вченого-лісівника акад. П.С.Погребняка. В республіканській пресі ("Робоча газета", газети "Радянська Україна", "Правда України", "Київська правда", журнал "Перець") велись розгорнуті дискусії не природоохоронну тематику. На захист національного багатства – карпатських лісів – виступили вдова письменника Марка Черемшини – Н.Семанюк, ректор Львівського лісотехнічного інституту Ю.Д.Третяк, видатний учений-медик, академік АН УРСР Р.Є.Кавецький. Сільськогосподарська комісія Верховної Ради УРСР і Українська Академія сільськогосподарських наук звернулися до уряду України з пропозицією прийняти закон з охорони лісів і природи. Під впливом громадськості вдалося відновити в УРСР Україні Дні лісу, завдяки яким тисячі людей брали участь у посадці нових дерев.

Закону "Про охорону природи Української РСР" 1960 р. передувало прийняття двох підзаконних актів – постанова Ради Міністрів УРСР від 3 червня 1949 р. "Про охорону природи на території УРСР" [7] та постанова Ради Міністрів № 106 від 3 червня 1958 р. "Про заходи по поліпшенню охорони природи Української РСР" [8]. Значна частина їх положень увійшла до нового закону.

За своєю структурою Закон УРСР "Про охорону природи Української РСР" складався з короткої преамбули, в якій говорилося про необхідність охорони природних багатств України з боку органів державної влади та громадськості, 11 розділів і 32 статей [5]. Питання організації охорони лісів, захисних лісонасаджень, зе-

лених зон міст і населених пунктів розглядалися в розділах 4, 5 і частково 9.

Розділ 4 "Охорона лісів і захисних лісонасаджень" складався з трьох статей 8, 9, 10. Згідно зі ст. 8, всі ліси України використовуються для задоволення потреб народного господарства, а також виконують водоохоронні, ґрунтозахисні, польозахисні та інші спеціальні цілі. У ст. 9 регламентується відповідальність різних відомств щодо збереження цього природного ресурсу. Так, всі заходи по державному лісовому фонду проводяться Управлінням лісового господарства і лісозаготівель при Раді Міністрів УРСР і його місцевими органами. Цьому відомству доручався контроль за лісами переданими в користування раднаргоспам, міністерствам, відомствам, колгоспам.

Охорона лісів, зелених насаджень, розташованих вздовж залізничних і автомобільних доріг покладалася на управління автомобільного та залізничного транспорту. На той момент часу на Україні великі площі займали штучно створеними лісосмугами. Контроль за їх станом доручається тим відомствам і організаціям, на балансі яких вони перебували. Згідно зі ст. 10, Рада Міністрів України повинна була підготувати окремий нормативно-правовий документ присвячений правилам охорони лісів і зелених насаджень.

Розділ 5 Закону "Охорона зелених зон міст і селищ" складався з двох статей 11 і 12. Згідно зі ст. 11 будь-які зелені насадження розташовані навколо населених пунктів і міст, а також всередині них утворюють зелену зону, а контроль за їх станом покладається на місцеві Ради або на організації, які мають їх на своєму балансі. Згідно зі ст. 12 Рада Міністрів України зобов'язувалася розробити спеціальні правила охорони зелених зон розташованих всередині і навколо населених пунктів.

Досить прогресивне значення мав розділ 9 "Держави і заповідники і пам'ятки природи". У ньому, згідно зі ст. 23, ліси, які мають особливу наукову, історичну або народногосподарську цінність повинні бути взяті під особливу охорону з боку держави. У Законі регламентувалися дві форми такої охорони: а) створення державного заповідника; б) занесення до спеціального реєстру.

Ст. 26 закону вказувала перелік суб'єктів, які мали право вносити клопотання щодо охорони таких об'єктів. Це Академія Наук УРСР, Академія сільськогосподарських наук УРСР, міністерства, відомства, виконкоми обласних і місцевих рад.

Законом вводилися два види пам'яток природи: а) республіканський, б) місцевого значення. У першому випадку рішення приймалося Радою Міністрів України, у другому – виконкомом місцевих Рад.

Певною новацією закону був розділ 10 "Участь громадськості в охороні природи". Так, ст. 29 регламентувала участь і сприяння розвитку природних багатств. Враховуючи високий рівень бюрократизації радянської системи, статус цієї організації затверджувався Радою Міністрів. Для лісового господарства України використання цієї норми дозволило дати громадськості регламентовані законом права у проведенні природоохоронної діяльності.

Прийняття закону Верховною Радою УРСР в умовах радянської системи не означало його впровадження в практику. По суті, прийняття Закону було лише пропагандистським прийомом. В реальності керівництво продовжувало спускати на місця завищені плани рубок. У результаті такого підходу з 1957 по 1964 рр. в Карпатах вітровали пошкодили понад 20 млн. куб. м деревини [1, с. 283]. У свою чергу, це сприяло новому посиленню ерозійних процесів, появи селів, які завдали великі збитки інфраструктурі регіону і населенню.

Одним з кроків, зроблених керівництвом УРСР в цій ситуації, стало прийняття Закону від 25 червня 1964 р.

"Про внесення змін і доповнень до Закону "Про охорону природи Української РСР" [5]. Новий закон складався з восьми пунктів, якими вносилися зміни до ст. 1, 2, 5, 6, 7, 8, 13 закону 1960 р. Питання, пов'язані з охороною лісів регламентувалися в ст. ст. 1 і 8. Так, у ст. 1 вказувалося, що державній охороні і раціональному використанню підлягають розташовані на території України ліси, польозахисні та водоохоронні лісосмуги, зелені насадження вздовж доріг і в населених пунктах. Ряд змін вносилося до ст. 8 закону. У новій редакції зазначалося, що забороняється рубка лісів більше встановленої річної розрахункової лісосіки. Крім цього, на Раду Міністрів УРСР покладалася обов'язок встановити категорії лісів, які мають ґрунтозахисне, польозахисне, водоохоронне і водорегулююче значення. У них, а також лісах, розташованих по берегах річок, озер, які є місцями нересту цінних промислових риб, заборонялися будь-які рубки. Окремо регламентувалися способи рубок та організація вивозу деревини. З метою запобігання ерозії та зсувам ґрунту у Карпатах обмежувалися рубки на схилах, встановлювалися спеціальні методи їх проведення. Категорично заборонялося самовільне переведення лісів в інші угіддя, псування молодих дерев і знищення захисних лісосмуг.

У цілому всі доповнення до закону були доцільними і науково обґрунтованими. Але подвійні стандарти, властиві радянській правовій системі (у нормі – один припис, а на практиці – інший), зводили нанівець багато регламентованих законом норм. Так, на початку 1960-х років у Києві велося будівництво станції метро "Університет". Через брак будівельних площ вирубили значну частину дерев у ботанічному саду імені Фоміна [1, с. 308]. Завищення перерубів в Карпатському регіоні призвело до значного скорочення запасів стиглих лісів. Так, у 1967 р. Голова Ради Міністрів УРСР В. В. Щербицький писав до Москви про завищені плани рубок, вказуючи, що якщо в 1958 р. запаси стиглих лісів становили 139 млн. куб. м., то до 1966 р. вони скоротилися до 53,8 млн. куб. м., тобто зменшилися майже на 40% [1, с. 289].

До числа позитивних результатів прийняття закону 1960 р. слід віднести створення постановою Ради Міністрів УРСР № 568 від 12 листопада 1968 р. "Про організацію нових державних заповідників в Українській РСР" чотирьох нових лісових заповідників, якими стали: Карпатський – з площею 12 тисячі 672 га, Канівський – площею 1035 га, Поліський – площею 19 тисяч 932 га, Луганський – 988 га. [9].

Іншою важливою природоохоронною ідеєю, яка отримала закріплення в законі 1960 р. стало створення зелених зон навколо міст і населених пунктів. Прикладом необхідності такої норми стала аварія на Рівненському заводі "Азот" в 1979 р. [2]. На підприємстві стався викид сірководню газів, небезпечних для населення. Основний удар цієї хмари прийняла на себе зелена зона м. Рівне, в якій приблизно 400-500 га лісу отримали значні опіки, що значно послабило негативний вплив на саме місто.

За змістом статті можна зробити такі висновки:

1. Ухвалення Закону "Про охорону природи Української РСР" 1960 р. було викликано комплексом політичних, економічних, соціальних причин:

політичною причиною стала спроба поєднати природоохоронні ідеї з соціалізмом в іншій, ніж це було за часи Сталіна формі;

економічні фактори виявилися у матеріальних збитках внаслідок знищення лісів у Карпатському регіоні;

соціальні причини знайшли прояв у екологічній спрямованості громадської думки в Україні, що спонукало керівництво республіки до підвищення уваги до екологічних проблем.

2. Окремий розділ Закону "Про охорону природи Української РСР" регулював питання охорони лісів. Доповнення до нього, прийняті Верховною Радою України 25 червня 1964 р., мали важливі значення для лісового господарства, тому що забороняли надмірні рубання і вимагали використання спеціальних способів їх проведення на схилах, також повністю забороняли рубання в лісах, які мають водоохоронне, водореґулююче, ґрунтозахисне значення, а також розташованих у місцях нересту риби.

3. Прийняття закону не змінило ситуації з надмірними рубками, тому що діюча радянська організаційно-правова модель управління економікою України не враховувала реальних можливостей українських лісів. Плани лісозаготівель будувалися без урахування норм, передбачених Законом 1960 р. і доповненнями до нього.

4. До числа позитивних наслідків прийняття закону слід віднести створення в 1968 р. нових чотирьох заповідників, куди увійшли найбільш цінні українські ліси, а також закріплення в законі норми про створення зелених зон навколо міст і населених пунктів.

1. Борейко В. Е. История охраны природы Украины X век – 1980 / В. Е. Борейко. – К. : Киевский эколо-культурный центр, 2001. – 544 с.
2. Ворон В. П. Антропогенна трансформація лісів зеленої зони м. Рівного і підвищення їх стійкості та екологічних функцій / В. П. Ворон, С. В. Івашинюта, І. М. Коваль, О. А. Лемон // Лісівництво України в контексті світових тенденцій розвитку лісового господарства : матер. міжн. наук.-практ. конф. до 150 річчя кафедри лісівництва НЛТУ України (21-23 вересня 2006 р., м. Львів). – Л. : НЛТУ України, 2006. – С. 70-73.
3. Гвоздик П. О. Трансформаційні процеси в екологічному законодавстві: від Закону "Про охорону природи в Українській РСР" (1960 р.) до майбутнього Екологічного кодексу України / П. О. Гвоздик // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка. – 2009. – № 4. 4. В. И. Лозо Основные этапы лесного законодательства УССР/ В. И. Лозо. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук по специальности 12.00.01. – теория и история государства и права; история политических и правовых учений. – Харьков. – 1983. – 230 с. 5. Про охорону природи Української РСР : Закон УРСР від 30 червня 1969 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1960. – № 23. – Ст. 175. 6. Про внесення змін і доповнень до Закону "Про охорону природи Української РСР" : Закон УРСР від 25 червня 1964 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. 1964. – № 27. – Ст. 378. 7. СУ УРСР. – 1949. – № 11. – Ст. 40. 8. СУ УРСР. – 1958. – № 6. – Ст. 106. 9. СУ УРСР. – 1968. – № 11 – Ст. 568.

Надійшла до редколегії 12.09.11

М. Вільгушинський, канд. юрид. наук,

ТЕОРЕТИЧНІ ПИТАННЯ ВЗАЄМОДІЇ СУДІВ З ДЕРЖАВНИМИ ОРГАНАМИ, ОРГАНАМИ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ТА ГРОМАДСЬКІСТЮ

Стаття присвячена окремим теоретичним питанням взаємодії судів з державними органами, органами місцевого самоврядування та громадськістю.

Ключові слова: суд, судова система, судова реформа.

Статья посвящена отдельным теоретическим вопросам взаимодействия судов с государственными органами, органами местного самоуправления и общественностью.

Ключевые слова: суд, судебная система, судебная реформа.

This article is devoted to theoretical issues of cooperation between individual courts with state authorities, local authorities and the public.

Key words: Court, judicial system, judicial reform.

Як відомо, судова система України становить сукупність усіх судів держави, основаних на єдиних засадах організації і діяльності, що здійснюють судову владу. Зокрема, це суди загальної юрисдикції та Конституційний Суд України, який є єдиним органом конституційної юрисдикції. Суди загальної юрисдикції утворюють єдину систему судів, що складається із загальних і спеціалізованих судів, та які взаємодіють як з державними органами, органами місцевого самоврядування, так і громадськістю.

В останній час, з огляду на проголошену судову реформу та підвищений інтерес як науковців і практиків, так і громадськості до діяльності судової системи України, є усі підстави вважати, що деякі теоретичні проблеми означеної взаємодії судів отримали певне висвітлення в окремих дисертаційних дослідженнях. Більше того, оскільки дисертаційні наукові дослідження є широко визнаною формою процесу пізнання, цілеспрямованого систематичного вивчення об'єктів дослідження за допомогою сучасних наукових методів і засобів, можна вважати, що розглянуті в них питання є сьогодні найбільш актуальними за тематикою дослідження.

Звідси, незважаючи на наявні термінологічні визначення, під взаємодією прийнято вважати сумісну дію кількох об'єктів або суб'єктів, при якій результат дії одного з них впливає на інші. Відповідно, щодо системи судів, то найбільш поширеною є їхня взаємодія з державними органами, органами місцевого самоврядування та громадськістю. І саме ці види (напрямки) взаємодії отримали найбільше висвітлення в дисертаційних дослідженнях.

Наразі можна зазначити, що будь-яка діяльність, а звідси, й взаємодія судів, базується на загальних управлінських засадах. З цього приводу А. А. Стрижак

зазначає, що "державне управління забезпеченням діяльності судів постає перед нами у вигляді внутрішньої (у межах апарату органів держави) взаємодії, координації діяльності працівників державної судової адміністрації, керівників судів та апаратів судів з метою забезпечення здійснення об'єктивного і неупередженого загального (неконституційного) правосуддя у державі, а тому питання його організації потребують постійної уваги і вивчення з боку представників науки державного управління" [1, с. 103]. Фактично, на нашу думку, науковець вважає, що взаємодія є своєрідним "інструментом" досягнення бажаної мети організації судочинства задля "максимальної активізації їх виробничих можливостей" [1, с. 133]. Означена теза є тим більш цінною, оскільки, як відомо, Державна судова адміністрація України, що здійснює організаційне забезпечення діяльності органів судової влади у межах повноважень, установлених законом (п. 1 ст. 145 Закону України "Про судоустрій і статус суддів" [2]), взаємодіє з відповідними органами та установами, в тому числі інших держав, з метою вдосконалення організаційного забезпечення діяльності судів (п. 11 ст. 146 вказаного Закону).

Так, М. В. Савчин за результатами аналізу діяльності Конституційного Суду України як гаранта конституційного ладу зазначає начебто тривіальну річ, що механізм конституційної юстиції та його зв'язок з основними правами в Україні проявляється у взаємодії судів загальної юрисдикції та Конституційного Суду України [3, с. 63], і тому вказаний механізм означеної взаємодії, на нашу думку, потребує додаткового розкриття.

Це підтверджено недосконалістю та науковою необґрунтованістю деяких питань означеної взаємодії. Щодо

цього, наприклад, О.М. Дроздов, досліджуючи джерела кримінально-процесуального права України, підіймає актуальну проблему – як повинна будуватися взаємодія судів загальної юрисдикції і Конституційного Суду України у випадку виявлення загальним судом неконституційності закону; чи може суд загальної юрисдикції вирішити справу, безпосередньо керуючись Конституцією, не застосовуючи положення закону, що вважає неконституційним, або ж він повинен зупинити справу і направити відповідний запит до Конституційного Суду [4, с.124]? І, зокрема, посилаючись на пункт 1 Перехідних положень Конституції України [5], за яким "закони й інші нормативні акти, прийняті до набуття чинності Конституцією, є чинними у частині, що не суперечить Конституції", робить "висновок про те, що суддя загального суду має право ігнорувати доконституційний закон з огляду на його неконституційність. Питання про те, як повинен вчинити суд, якщо при розгляді справи буде встановлено, що Конституції суперечить закон, прийнятий після набуття її чинності, залишився відкритим". При цьому констатує, що різне розуміння науковцями регламентації цього питання в Конституції все ще залишається дискусійним.

Про потребу врахування проблеми взаємодії судів різних юрисдикцій, запобігання перетинання юрисдикції, та забезпечення єдності судової системи у світлі створення та діяльності спеціалізованих адміністративних судів каже Ю.В. Георгієвський. Він, досліджуючи загальні проблеми адміністративної юстиції, зазначає важливість і своєчасність наявних позитивних змін у судовій системі з посилення впливу суду в системі поділу влади, важливості ролі конституційної й адміністративної юстиції в забезпеченні верховенства Конституції, прав і свобод громадян, а також значення судів загальної юрисдикції в правовому захисті громадян. Тут варто погодитись з вченим, що у ході судово-правової реформи реформування системи адміністративних органів та судових органів повинне здійснюватися синхронно, оскільки "реформа судів і органів державного управління – ланки одного ланцюга побудови дійсно правової держави" [6, с.150].

На необхідності дослідження правового механізму взаємодії судів і правоохоронних органів з компетентними установами інших держав щодо вирішення завдань кримінального судочинства, як особливого завдання сьогорення, наголошує А.Г. Маланюк [7, с.4]. Зокрема, взаємодію зі сторонами, які вимагають перевірити правосудність судового рішення, у випадку провадження по перевірці судових рішень, що набрали законної сили, він вбачає у свободі оскарження таких рішень, оскільки, з посиланням на п.2 ч.1 ст.400⁴ КПК України, перегляд не є тільки прерогативою посадових осіб та органів, які ведуть кримінальний процес [7, с.188].

Т.І. Француз, досліджуючи політико-правові проблеми становлення і розвитку судової влади в незалежній Україні та виходячи з потреби державного забезпечення та захисту, організації допоміжного персоналу судів, форм взаємодії судів з органами, причетними до здійснення правосуддя, разом із Г. Омелянцем та В. Бринцевим вважає за необхідне кодифікувати усі правові норми, об'єктом яких є судова влада, у єдиному законі про судову владу [8, с.38], що можна цілком підтримати. Так, висвітлення принципів взаємодії судової влади із законодавчою і виконавчою владою, разом із поняттям, структурою, принципами формування, незалежністю та

суверенність судової влади, пропонується включити до базового розділу "Основи судової влади" такого Кодексу. До речі, принцип взаємодії покладений у визначення судової влади як різновиду державної влади, що взаємодіє поряд з законодавчою та виконавчою владою і реалізується засобами діяльності такого спеціалізованого державного механізму як суди, наданого В. Чіркіним [8, с.47].

П.Ф. Карпечкін стосовно істотних проблем теорії та практики функцій судів загальної юрисдикції в Україні, відповідно до критерію обсягу повноважень судів загальної юрисдикції в реалізації їхніх функцій, зазначає, що функції, що здійснюються судами загальної юрисдикції у взаємодії з іншими органами державної влади та місцевого самоврядування (або солідарні функції, наприклад, функція розпорядження судовою міліцією), можуть бути віднесені до функцій судів загальної юрисдикції. Він же констатує, що "не отримали нормативного визначення функції правоохоронних органів щодо забезпечення функціонування судів загальної юрисдикції, наслідком чого є правові прогалини у взаємодії органів судової влади та правоохоронних органів у здійсненні правосуддя" [9, с.63, 179].

Аналогічні питання висвітлені й в інших дисертаційних дослідженнях. Таким чином, підсумовуючи можна зазначити, що взаємодія судової системи з державними органами, органами місцевого самоврядування та громадськістю у тому чи іншому вигляді отримала належне висвітлення в сучасних дисертаційних дослідженнях. Натомість її напрямки, форми та методи, а також організація, яка отримала назву координації потребують подальшої розвідки. Сказане стосується організації не лише зовнішньої, а й внутрішньої взаємодії. Малодослідженим залишається зарубіжний досвід взаємодії судів з державними та недержавними органами. Крім вищенаведених, до дискусійних питань варто віднести й такі як: розмежування галузей законодавства, які регулюють питання взаємодії; визначення критеріїв ефективності взаємодії, її алгоритмів тощо, з'ясування яких сприятиме демократизації та відкритості судової системи, приведення останньої до міжнародних стандартів реалізації судової влади.

1. Стрижак А. А. Державне управління забезпеченням діяльності судів загальної юрисдикції: дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.07 / Стрижак Андрій Андрійович ; Ін-т законодавства Верховної Ради України. – К., 2005. – 183 с. 2. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 07.07.2010 р., № 2453-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 41, № 41-42; № 43; № 44-45. – Ст. 529. 3. Савчин М. В. Конституційний Суд України як гарант конституційного ладу: дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.02 / Савчин Михайло Васильович ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2004. – 218 с. 4. Дроздов О. М. Джерела кримінально-процесуального права України: дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.09 / Дроздов Олександр Михайлович ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2004. – 235 с. 5. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст.141. 6. Георгієвський Ю. В. Адміністративна юстиція: дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.07 / Георгієвський Юрій Валентинович ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2003. – 185 с. 7. Маланюк А. Г. Проведення у кримінальних справах, пов'язане з міжнародними відносинами, за законодавством України / Маланюк Андрій Григорович ; Львівськ. нац. ун-т ім. Івана Франка. – Львів, 2004. – 240 с. 8. Француз Т. І. Політико-правові проблеми становлення і розвитку судової влади в незалежній Україні: дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.13 / Француз Тетяна Іванівна ; Одеськ. нац. юрид. акад. – О., 2001. – 193 с. 9. Карпечкін П. Ф. Функції судів загальної юрисдикції в Україні: проблеми теорії та практики: дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.02 / Карпечкін Петро Феофанович ; Ін-т законодавства Верховної Ради України. – К., 2005. – 212 с.

Наукове видання



ВІСНИК

КИЇВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА

ЮРИДИЧНІ НАУКИ

Випуск 89

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 26.12.11. Формат 60х84^{1/8}. Вид. № Ю 6. Гарнітура Arial. Папір офсетний.
Друк офсетний. Наклад 300. Ум. друк. арк. 14,0. Обл.-вид. арк. 15,0. Зам. № 211-5886

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>