

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.); В.С. Щербина, д-р юрид. наук, проф.; Н.В. Пришва, д-р юрид. наук, проф.; О.В. Дзера, д-р юрид. наук, проф.; М.І. Іншин, д-р юрид. наук, проф.; С.Я. Фурса, д-р юрид. наук, проф.; М.В. Краснова, д-р юрид. наук, проф.; П.С. Берзін, д-р юрид. наук, проф.; А.М. Мірошніченко, д-р юрид. наук, проф.; О.Л. Копиленко, д-р юрид. наук, проф.; М.А. Погорецький, д-р юрид. наук, проф.; О.В. Зайчук, д-р юрид. наук, проф.; Ю.С. Шемшученко, д-р юрид. наук, проф.; А.Т. Комзюк, д-р юрид. наук, проф.; Г.П. Середа, д-р юрид. наук, проф.; О.В. Петришин, д-р юрид. наук, проф.; В.М. Бевзенко, д-р юрид. наук, проф.; А.М. Бойко, д-р юрид. наук; П.Б. Стецюк, канд. юрид. наук, проф.; П.П. Андрушко, канд. юрид. наук, проф.; М.Й. Вільгушинський, канд. юрид. наук; М.І. Цуркан, канд. юрид. наук; Я.М. Романюк, Г.А. Кравчук
Адреса редколегії	02017, Київ-17, вул. Володимирська, 60, юридичний факультет ☎ (38044) 239 31 67
Затверджено	Вченою радою юридичного факультету 20.02.12 (протокол № 5)
Атестовано	Вищою атестаційною комісією України. Постанова Президії ВАК України № 1-05/4 від 14.10.09
Зареєстровано	Міністерством юстиції України. Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації КВ № 16528-5000Р від 19.04.10
Засновник та видавець	Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет". Свідоцтво внесено до Державного реєстру ДК № 1103 від 31.10.02
Адреса видавця	01601, Київ-601, 6-р Т.Шевченка, 14, кімн. 43 ☎ (38044) 239 31 72, 239 32 22; факс 239 31 28

Мяловицька Н. Європейський суд: структура органів влади та перспективи їх подальшого розвитку	4
Берзін П. Деякі особливості визначення розміру покарання у виді штрафу за новою редакцією ст. 53 Кримінального кодексу України від 15.11.2011 р.	7
Резнікова В. Медіація (посередництво) як спосіб вирішення господарських спорів	10
Фурса С., Ляшенко Р. Питання теорії і практики взаємодії державного виконавця та нотаріуса	15
Комзюк В. Митні органи як суб'єкти адміністративного права	17
Вільгушинський М. Теоретичні питання взаємодії судів з державними органами, органами місцевого самоврядування та громадськістю	20
Присяжнюк А. Стадії контрольного провадження, що здійснюється суб'єктами державного контролю у сфері виконавчої влади	21
Добкін М. Щодо удосконалення нормативного визначення системи завдань місцевих державних адміністрацій.....	25
Вовк О. Джерела міського права Києва XV – XVI століть	27
Лазарєв Д. Організована злочинність та протидія їй як об'єкт міжнародної взаємодії.....	32
Посєдинок В. Провали ринку як об'єктивні підстави державного регулювання інвестиційної діяльності	35
Пацурія Н. Окремі теоретико-практичні проблеми регулювання правовідносин у сфері здійснення перестрахової діяльності	38
Златіна Н. Конституційні засади правового статусу Національного банку України як основа банківського законодавства України	43
Цюра В. Концепція представництва в світлі положень сучасного цивільного та цивільного процесуального законодавства України	45
Самбор М. Адміністративний арешт: порядок застосування даного виду стягнення та повноваження окремих органів і посадових осіб щодо внесення клопотань про застосування (заміну) на даний вид стягнення.....	49
Грабовська О. Змагальна модель цивільного судочинства: поняття та юридична природа	54
Куцевич М. Окремі питання відповідності застосування смертної кари в Україні її міжнародно-правовим зобов'язанням	59
Скирта Д. Система державного фінансового контролю у сфері державних закупівель ЄС: історія становлення та основні джерела	61
Московець В. Забезпечення доступу громадськості до реалізації функцій держави.....	65
Заярний О. Механізм оскарження в адміністративних судах рішень контролюючих органів, винесених за результатами перевірок діяльності юридичних осіб: доктринальний і правозастосовчий аспекти	68
Молдован А. Підстави припинення суддівських повноважень у Федеративній Республіці Німеччині	73
Повар П. Підстава та форма припинення центральних органів виконавчої влади	75
Лисенко Л. Нові підходи до класифікації ухвал в цивільному процесі	78
Прохоренко К. Правове регулювання обліку антропогенних викидів парникових газів та їх абсорбції за законодавством України	82
Міхровська М. Адміністративні послуги: питання законодавчого закріплення.....	86
Вовк О. Теоретичні засади стратегії європейської безпеки	89
Боднар В. Деякі проблеми застосування способів захисту переважних прав	92
Стародубцев А. Правове регулювання переміщення по службіпрацівників органів внутрішніх справ	97
Сіньова Л. Історично-правові засади діяльності Фонду "Взаєморозуміння і примирення" в Україні	100
Бевз О. Зони охорони об'єктів культурної спадщини та особливості земельно-правової охорони історичних ареалів населених місць.....	103
Іщенко О. Правовий статус та адміністративно-територіальний устрій Автономної Республіки Крим як територіальної автономії у складі України.....	108

CONTENTS

Myalovitska N. European Union: the structure of authority and the prospects for their further development	4
Berzin P. Some features of size penalties as fine the new version of art. 53 criminal code of Ukraine on 15 november 2011.....	7
Reznikova V. Mediation (intermediation) as a method of solving economic disputes.....	10
Fursa S., Lyashenko R. Issues of theory and practice of interaction of the bailiff and the notary (for example notarial proceedings to issue a certificate of purchase plaintiff property at public auction (auction) if they failed).....	15
Komzuk V. Custom organs as administrative legal subjects.....	17
Vilhushynsky M. Theoretical questions of interaction of the courts of the state bodies, local authorities and the public.....	20
Prisyagruk A. Stages of control production, that is carried out by the subjects of state control in the field of executive power.....	21
Dobkin M. On improvement of the normative definition of the tasks of local administrations	25
Vovk O. Sources of Kyiv municipal law XV – XVI centuries	27
Lazarev D. Organised crime and counter it as an object of international cooperation	32
Poiedynok V. Market failures as the objective grounds of the state regulation of investment activity	35
Patsuriya N. Certain theoretical and practical problems of legal regulation in the field of reinsurance business.....	38
Zlatina N. Constitutional foundations of legal status of the National bank of Ukraine as basis of bank legislation in Ukraine.....	43
Tsyura V. The concept of representation in the context of the modern civil and civil procedural legislation of Ukraine.....	45
Sambor M. Administrative arrest: order of application of this type of administrative penalty and authority of separate organs and public servants on bringing of solicitors about application (to replacement) on this type of penalty.....	49
Hrabovska O. Competitive model of civil justice: the concept and legal nature.....	54
Kutsevych M. Some issues of the compliance of application of death penalty with the international legal obligations of Ukraine.....	59
Skirta D. The state financial control system of public procurement in the EU: the history of formation and the main of sources.	61
Moskovets V. provide public accessThe implementation of state functions.....	65
Zayarniy O. The mechanism of appealing to the administrative courts on the decisions of the controlling organs, handed down on the results of the verification of legal persons activity. Doctrine and practical aspects	68
Moldovan A. The grounds of stopping of plenary powers of judge in German Federal Republic.....	73
Povar P. The grounds for and forms of termination of the central executive bodies	75
Lysenko L. New approaches to the classification of court orders	78
Prokhorenko K. The accounting of greenhouse gases emissions and their removal from the sinks in Ukrainian legislation.....	82
Mikhrovska M. Administrative services: questions of legislative assignment.....	86
Vovk O. Theoretical and law basis of the European security strategy.....	89
Bodnar V. Some of problems of application of ways of protection of rights of priority	92
Starodubtsev A. Legal regulation of movement in service Police officers.....	97
Sinova L. History and legal basis of the Fund "Mutual Understanding and Reconciliation" in Ukraine	100
Bevz O. Zones of protection of cultural heritage sites and peculiarities of land and legal protection of historical areas of habitation.....	103
Ishchenko O. Legal status and administrative-territorial system of the Autonomous Republic of Crimea as a territorial autonomy in Ukraine	108

ЄВРОПЕЙСЬКИЙ СОЮЗ: СТРУКТУРА ОРГАНІВ ВЛАДИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ЇХ ПОДАЛЬШОГО РОЗВИТКУ

У статті досліджується правовий статус Європейського Союзу як міждержавного утворення конфедеративного типу, його структура органів влади та компетенція, а також перспективи їх подальшого розвитку.

Ключові слова: конфедерація, Європейський Союз, Лісабонський договір, структура органів влади, компетенція.

В статье исследуется правовой статус европейского союза как межгосударственного образования конфедеративного типа, его структура органов власти и компетенция, а также перспективы их дальнейшего развития.

Ключевые слова: конфедерация, Европейский Союз, Лиссабонский договор, структура органов власти, компетенция.

This article examines the legal status of the European Union as an interstate confederation type of education, the structure of authority and competency, as well as prospects for their further development.

Key words: confederation, the European Union, the Lisbon Treaty, the structure of authority, competence.

Нинішній етап всесвітньої історії людства позначений багатьма подіями і тенденціями, які справляють політичний вплив на всі сфери суспільного життя, в тому числі і на процеси державного будівництва. Однією з таких тенденцій є посилення процесу відродження конфедеративних ідей і принципів. Зростає кількість конфедеративних утворень, виникають їх нові форми і види [1, с. 371]. Проблеми створення конфедерацій досліджувались у наукових працях вчених-юристів Арановського К.В., Баглай В.М., Маклакова В.В., Рабиновича П.М., Ріяки В.О., Скакун О.Ф., Страшуна Б.О., Тихомирова Ю.О., Фрицького О.Ф., Чиркіна В.Є., Шаповала В.М., Шемшученка Ю.С. та ін.

Питання стосовно статусу Європейського Союзу як міждержавного утворення конфедеративного типу є еволюційним процесом і потребує постійного аналізу та удосконалення.

У сучасній зарубіжній та вітчизняній літературі нові міждержавні утворення конфедеративного типу поділяються на такі групи: 1) співтовариство (співдружність); 2) асоціація; 3) ліга.

Співтовариство (співдружність) можна визначити як добровільне об'єднання самостійних суверенних держав, що проводять свою власну політику та несуть відповідальність за неї, але водночас консультуються і співпрацюють заради захисту спільних інтересів своїх народів, досягнення взаєморозуміння і забезпечення миру та етнополітичної стабільності. Отже співтовариство (співдружність) – це відносно новий вид конфедерації, який базується не стільки на загальному акті про утворення співдружності, скільки на специфічних її функціях. Саме Європейський Союз і є класичним прикладом такого співтовариства.

Конфедеративне об'єднання під назвою Європейський Союз (ЄС) було утворене Маастрихтським договором 1992 р. на базі вже існуючих у Європі трьох співтовариств, що мали переважно економічний характер. Перше з них – Європейське об'єднання вугілля і сталі (ЄОВС) – було створене у 1951 р., два інших – Європейське економічне співтовариство (ЄЕС) і Європейське співтовариство з атомної енергії (Євратом) – через шість років, у 1957 р. Першими членами цих організацій стали шість країн – Франція, ФРН, Італія, Бельгія, Нідерланди і Люксембург. У 1973 р. до них долучилися Великобританія, Данія та Ірландія, у 1981 р. – Греція, а в 1986 р. – Іспанія та Португалія.

Еволюціонуючи у своєму розвитку, названі три європейських співтовариства (для зручності користування в літературі вони найчастіше іменуються в однині – "Європейське Співтовариство") поступово нарощували свої інтеграційні можливості. Основними етапами на шляху цього розвитку було прийняття двох важливих документів:

1) Єдиного європейського акта, підписаного у Люксембурзі 14 і 28 лютого 1986 р., який розширив співро-

бітництво країн – учасників співтовариств у галузі законної політики і значною мірою збільшив можливості їхнього спільного внутрішнього ринку;

2) Маастрихтського договору від 7 лютого 1992 р., відповідно до якого було сформоване нове інтеграційне об'єднання – Європейський Союз.

Існуючі три Європейських співтовариства стали "опорами" цієї міжнародної організації, яка значно розширила масштаби та зміст своєї діяльності. Програмою організації стали 17 протоколів і 33 декларації, які додані до Договору [2, с. 227].

1995-й рік ознаменувався вступом до Європейського Союзу трьох традиційно нейтральних держав – Австрії, Швеції та Фінляндії.

Наступне, найбільше і найскладніше, розширення Союзу відбулося 1 травня 2004 р., коли в ряди країн-членів ЄС влилися: Естонія, Кіпр, Латвія, Литва, Мальта, Польща, Словаччина, Словенія, Угорщина, Чехія.

З 1 січня 2007 р. членами Європейського Союзу стали Болгарія і Румунія.

Європейський Союз має спільну територію, до якої входять території усіх 27 держав його учасників. Від держав, які не є членами ЄС, ця міжнародна організація відмежована також спільним економічним кордоном – спільним митним тарифом, відносини з третіми державами регулюються спільними нормами, що є обов'язковими для всіх держав – членів ЄС.

У зв'язку з утворенням Європейського Союзу виникла необхідність внесення деяких змін і доповнень до конституційного законодавства держав – членів Союзу. Це стосувалося насамперед таких проблем, як введення єдиної валюти та надання на виборах органів місцевого самоврядування виборчого права громадянам держав-членів, які проживають на території інших членів Союзу. Обидві ці проблеми певною мірою торкалися державного суверенітету кожної держави, але вони були вирішені легітимним способом. У Франції, наприклад, були внесені зміни до Конституції 1958 р. з відповідними положеннями про Європейські співтовариства та Європейський Союз (ст. ст. 88-1–88-4). Істотні поправки щодо участі країни у Європейському Союзі були внесені також до Основного закону ФРН 1949 р. (ст. 23) [2, с. 281].

Ускладнення завдань, що їх довелося вирішувати Євросоюзу з часу свого утворення, а також неухильне зростання числа держав-членів спричинили необхідність удосконалення законодавчої бази його діяльності.

Підготовча робота щодо змін деяких положень Маастрихтського договору 1992 р. проводилася упродовж майже всього 1997 р. на основі пропозицій, вироблених міжурядовою конференцією у Турині в 1996 р. 2 жовтня 1997 р. був підписаний Амстердамський договір, який вніс до Маастрихтського договору зміни, що посилювали інтеграційні характеристики Європейського Союзу. Зокрема, цей акт спрямований на підвищення ролі Євро-

парламенту серед інших інститутів ЄС і Європейського Співтовариства. Значно розширене також положення про співробітництво країн – членів Союзу у сфері охорони порядку та правосуддя у кримінальних справах. Так, у ст. 29 Договору зазначається, що Європейський Союз, не порушуючи повноважень Європейського Співтовариства, "має на меті забезпечити громадянам усіх держав-членів високий рівень безпеки у рамках забезпечення свободи та справедливості шляхом розробки спільних дій держав-членів у сфері охорони порядку та правосуддя у кримінальних справах, боротьби з расизмом та ксенофобією" [3, с. 30]. Ця мета має бути досягнута шляхом більш тісної співпраці між органами порядку та митними структурами у межах Європейського поліцейського відомства (Європол), між судовими органами влади, а також зближення, по можливості, норм кримінального права держав-членів.

Наступним спільним правовим актом ЄС був підписаний у м. Ніцца Договір 2001 р., який вирішив процедурні та інші питання розширення Союзу.

Однак життя засвідчило, що правове поле такого величезного міждержавного об'єднання не могло обмежуватися лише установчими договорами та відповідними поправками національного законодавства. Тому Європейська Рада своїм рішенням від 14–15 грудня 2001 р. створила Конвент щодо майбутнього Європи, який розпочав свою роботу 28 лютого 2002 р.

Результатом роботи Конвенту став проект Договору про заснування Конституції для Європи (Конституція ЄС), представлений на Європейській Раді в Салоніках 20 червня 2003 р. Конституція ЄС була підписана 29 жовтня 2004 р. і мала бути ратифікована усіма державами-членами ЄС [4, с. 16].

Майже усі країни – члени ЄС ратифікували Конституцію ЄС, але на проведених у 2005 році референдумах у Франції та Нідерландах проект європейської конституції не був підтриманий більшістю громадян цих держав.

Два роки знадобилося керівництву Європейського Союзу для того, щоб підготувати новий "пом'якшений" проект нової конституції ЄС. Врешті-решт основні положення неприйнятої конституції були розкладені у різні документи, які потім об'єднали і назвали Лісабонськими угодами (офіційна назва нової ерзац-конституції – Договір про внесення змін до Договору про Європейський Союз та Договору про заснування Європейського Співтовариства від 13 грудня 2007 р.). Ще протягом двох років відбувалася процедура його ратифікації. 26 парламентів держав – членів ЄС підтримали Лісабонський договір. Однак його долю вирішила одна держава – Ірландія, конституція якої не дозволяє вирішувати такі питання в парламенті. А на проведеному референдумі 52% ірландців проголосували проти ратифікації Лісабонського договору. Цей факт був розцінений європейською громадськістю неоднозначно. Деякі соціологи висловлювали навіть припущення, що якби референдум провели повсюдно, то і британці, і французи, і громадяни інших держав-членів ЄС проголосували б так само, як ірландці. Прості європейці все менше розуміють, чим викликана необхідність подальшого обмеження суверенітету національних держав на користь Євросоюзу – громіздкої, неефективної і бюрократизованої структури. Держави, що увійшли до складу Євросоюзу, вже досягли того ступеня реальної інтеграції, яка надала їхнім громадянам свободу пересування, вільний обмін товарами і послугами, загальні економічні правила та інші переваги порівняно із жителями решти європейських країн [5, с. 6]. І все ж після довготривалих узгоджень Лісабонський договір був підписаний і набув чинності з 1 грудня 2009 р. однак він не розв'язав усіх

проблем, що існують у громіздкій інтеграційній моделі Європейського Союзу.

Розглянемо детальніше існуючий нині інституційний механізм цього об'єднання з урахуванням змін, що були внесені до нього Лісабонським договором. Інституційний механізм ЄС є системою органів Євросоюзу, а також актів, які цими органами приймаються. Основу його організованої структури складають: Європейський парламент, Європейська Рада, Рада Європейського Союзу, Високий представник Європейського Союзу у закордонних справах та політики безпеки, він же одночасно є і Віце-президентом Європейської Комісії, Європейська Комісія, Європейський Центробанк, Суд Європейського Союзу.

1) Європейський парламент – це інститут ЄС, депутати якого обираються безпосередньо громадянами держав членів Союзу. Лісабонський договір певною мірою посилює практичну роль Європарламенту, розширивши коло питань, які розглядатимуться на його сесіях спільно з Європейською Комісією. Процедура спільного ухвалення рішень застосовуватиметься віднині приблизно з 80 переданих до компетенції ЄС питань (раніше їх нараховувалось лише 37). Крім того, Європарламент віднині, нарівні з Європейською Комісією, матиме право брати участь у затвердженні бюджету ЄС. Лісабонський договір передбачає, хоча і не набагато скоротити число європарламентарів з 785 до 751 [6, с. 61].

2) Європейська Рада складається з глав держав та урядів країн – членів ЄС: президентів та прем'єр – міністрів. Хоча Рада й виведена за рамки законодавчого процесу, однак оскільки вона визначає політичне спрямування та пріоритет Європейського Союзу, її рішення фактично перетворюються у нормативні акти. Згідно з Лісабонським договором утворено нову посаду голови Європейської Ради, який обирається на 2.5 року з можливістю переобрання на новий термін. Доречі, цю посаду часто помилково називають президентом Євросоюзу. Наявність посади голови Європейської Ради надає діям ЄС більшої значущості та послідовності. Слід нагадати, що до набуття чинності Лісабонського договору у Європейській Раді головували глави держав-членів ЄС, які по черзі змінювали один одного через кожні шість місяців.

3) Рада Європейського Союзу, що називається також Радою Міністрів ЄС, складається з 27 державних міністрів, які представляють кожну державу-члена ЄС. Рада є ключовим органом ухвалення рішень, який координує зовнішню та економічну політику ЄС та відіграє центральну роль у політиці безпеки. Свою законотворчу та бюджетну компетенцію вона поділяє з Європейським Парламентом.

Після набуття чинності Лісабонського договору розширюються можливості Ради ЄС ухвалювати рішення кваліфікованою більшістю, оскільки принцип обов'язкової однастайності голосування гальмував вирішення багатьох нагальних питань діяльності Євросоюзу.

4) Високий представник Європейського Союзу в закордонних справах та політики безпеки, Віце-президент Європейської Комісії. Запровадження цієї посади є вагомою новацією Лісабонського договору.

Високий представник головує у Раді міністрів закордонних справ, а також має вносити пропозиції щодо сфери його компетенції, здійснювати зовнішню політику від імені Ради, а також представляти позицію ЄС на міжнародній арені. У його підпорядкування перейшла служба зовнішніх відносин, в тому числі посольства ЄС у третіх країнах та при міжнародних організаціях. Правда, у певних політичних колах викликає побоювання, що подвійна підпорядкованість цього урядовця і Євро-

пейській Раді і голові Комісії (Уряду) може істотно ускладнити його діяльність [6, с. 64].

5) Європейська Комісія, що виконує функції виконавчої влади в Європейському Союзі, наділена правом ініціювати законопроекти та реалізовувати політику ЄС у різних сферах його діяльності. На засіданні Європейської Ради у грудні 2008 р. глави держав та урядів домовилися, що до складу комісії входить по одному представнику від кожної держави-члена ЄС. Лісабонський договір вніс фактично лише одну суттєву зміну у діяльність Європейської Комісії. Її суть полягає в тому, що голова Комісії *de iure* одержує фактично повну свободу щодо розподілу портфелів членів Комісії, але *de facto* він, як і раніше, обмежений політичними міркуваннями та необхідністю враховувати "побажання" держав-членів ЄС.

6) Суд Європейського Союзу є вищою судовою інстанцією ЄС, яка покликана забезпечувати додержання законності при тлумаченні та застосуванні положень Договору про Європейський Союз. Відповідно до Лісабонського договору Суд Євросоюзу складатиметься з Європейського Суду, Суду першої інстанції та спеціалізованих судів. У ньому від кожної держави-члена ЄС буде представлений один суддя [7, с. 46].

У своїй діяльності Суд Європейського Союзу виконує функції міжнародного, конституційного і частково адміністративного суду. Правом звертатися до Суду ЄС наділені держави-члени ЄС, інститути ЄС, фізичні та юридичні особи. Водночас слід зауважити, що Суд ЄС істотно обмежений у своїх можливостях контролювати дії держав-членів ЄС, що впливають з комунітарних зобов'язань щодо підтримання порядку, безпеки та законності [6, с. 59].

Аналізуючи структуру влади Європейського Союзу, варто звернути увагу на розмежування компетенції між її рівнями. Адже це питання є одним з ключових для характеристики будь-якого федеративного чи конфедеративного об'єднання.

Лісабонський договір виділяє близько 30 сфер компетенції, причому деякі з них настільки широкі, що залежно від методів регулювання, фактично розпадаються на декілька частин. І все ж можна констатувати, що у взаємовідносинах з державами-членами Європейський Союз має три рівні компетенції: виключну, спільну і підтримуючу.

Виключна компетенція передбачає повну передачу повноважень найвищим органам Євросоюзу у регулюванні таких питань, як енергетична політика, митна політика (а для країн, що запровадили євро і фінансова політика), правила конкуренції, що визначають функціонування спільного ринку, збереження морських біологічних ресурсів, боротьба з глобальним потеплінням клімату.

Останні події свідчать, що в керівних органах владних структур ЄС все настирливіше лунають заклики до поширення ролі і значення наднаціональних інститутів у

Євросоюзі, що означає і необхідність подальшого розширення їх виключної компетенції.

Спільна компетенція Європейського Союзу та держав, які є його членами, стосується, зокрема, таких сфер, як внутрішній ринок, соціальна політика, сільське господарство й рибальство, захист прав споживачів, окремі аспекти охорони здоров'я та боротьби із злочинністю, наука і техніка, зовнішня політика та політика у сфері оборони й безпеки. Ця компетенція у свою чергу має декілька рівнів, найпоширеніший серед яких є рівень, що передбачає можливість держав-членів ЄС самостійно вирішувати лише ті питання, що не відрегульовані загальносоюзними органами. Це стосується насамперед більшості перелічених вище сфер. Лише у певних галузях (зокрема, наука і техніка, деякі аспекти соціальної політики, зовнішня політика та політика оборони й безпеки) рівень національної компетенції є вищим і компетенція Євросоюзу не зачіпає сегментів, що вже урегульовані національним законодавством. Підтримуюча компетенція передбачає одночасний пріоритет держав-членів ЄС, тоді як повноваження самого Європейського Союзу зводяться до їх підтримки та координації. Ця компетенція охоплює такі сфери життєдіяльності, як промислове виробництво, освіта, культура, туризм, спорт, запобігання надзвичайним ситуаціям, більшість аспектів охорони здоров'я тощо [8].

Однак внесені Лісабонським договором зміни до розподілу компетенцій у Європейському Союзі не вирішують усіх питань, що нарізли в процесі функціонування цього об'єднання держав. Права і повноваження мало що значать без професійних знань і політичної волі людей, що здійснюють керівництво органами влади. Сьогодні Європейський Союз опинився в тяжкій економічній кризі. Деякі аналітики вважають, що Європейському Союзу потрібно пережити принаймні декілька десятиліть, для формування ефективної внутрішньої системи управління, збалансування рівнів розвитку того конгломерату країн, що входять сьогодні до його складу. Питання часу стосується і щодо подальшого розширення ЄС, що напряму залежить від того, з якими економічними та політичними втратами чи здобутками Європейський Союз вийде із сьогоднішньої кризи.

1. Нація і держава : теоретико-методологічний та концептуальний аналіз. [за ред. Ю. Римаренка]. — К. — Донецьк, 1998. — [Т. 1]. — 388 с.
2. Конституции зарубежных государств : учеб. пособ. [сост. проф. В. В. Маклаков ; 3-е изд. перераб. и доп.] — М. : Изд-во БЕК, 2002. — 592 с.
3. Європейський Союз. Консолідовані договори. — К. : Вид-во "Port-Royal", 1991. — 208 с.
4. Кравчук І. В. Гармонізація національних правових систем з правом ЄС / І. В. Кравчук, І. В. Парапан. — К. : Вид. Дім „Слово”, 2005. — 320 с.
5. Хисамов І. Восходы и закаты Европы / И. Хисамов // Эксперт. — №25. — С. 5-7.
6. Ковешников Н. Ю. Лиссабонский договор и его последствия для развития ЕС / Н. Ю. Ковешников // Актуальные проблемы Европы. — 2010. — №2. — С. 54-76.
7. Мяловицька Н. А. Автономія та її роль у державному будівництві (країни Європи): монографія / Н. А. Мяловицька. — К. : Логос, 2009. — 504 с.
8. Попов А. Что такое Евросоюз и сколько он будет стоить? // Еженедельник "2000", 21.10. 2011 г., № 45 (578).

Надійшла до редколегії 05.12.11

ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ ВИЗНАЧЕННЯ РОЗМІРУ ПОКАРАННЯ У ВИДІ ШТРАФУ ЗА НОВОЮ РЕДАКЦІЄЮ СТ. 53 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ ВІД 15 ЛИСТОПАДА 2011 РОКУ

У статті розглядаються особливості визначення розміру штрафу як виду покарання. Конкретизується зміст правових орієнтирів визначення його максимальної та мінімальної межі відповідно до нової редакції статті 53 Кримінального кодексу України.

Ключові слова: покарання, штраф, злочин, розмір.

В статье рассматриваются особенности определения размера штрафа как вида наказания. Конкретизируется содержание правовых ориентиров определения его максимального и минимального пределов в соответствии с новой редакцией статьи 53 Уголовного кодекса Украины.

Ключевые слова: наказание, штраф, преступление, размер.

The article features determining the amount of fines as a form of punishment. Content specified legal guidelines to determine its maximum and minimum limits under the new wording of Article 53 of the Criminal Code of Ukraine.

Key words: punishment, penalty, crime, size.

17 січня 2012 року набув чинності Закон України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності" від 15 листопада 2011 року, яким ст. 53 ("Штраф") Кримінального кодексу України (далі – КК) була викладена у новій редакції. У зв'язку з цим виникає потреба з'ясування змісту окремих положень цієї статті КК, які пов'язані з визначенням судом розміру штрафу як виду покарання. Це, відповідно, і становить мету даного дослідження.

Частина 2 нової редакції ст. 53 КК містить положення, згідно з яким суд при визначенні конкретного розміру штрафу має виходити із тяжкості вчиненого злочину та зобов'язаний врахувати майновий стан винного. Таке положення безпосередньо впливає на зміст інституту призначення покарання, який визначений у статтях розділу XI Загальної частини КК, а також у ч. 3 ст. 43, ч. 2 ст. 59, ч. 3 ст. 65, ч. 5 ст. 72, ч. 2 ст. 98 КК та ін.

Таким чином, суд при призначенні покарання у виді штрафу та визначенні його розміру має керуватися загальними засадами призначення покарання, викладеними у ст.ст. 65-67 КК. При цьому правові орієнтири, що визначені у п. 3 ч. 1 ст. 65 як "ступінь тяжкості вчиненого злочину" і "особа винного" та включені у зміст відповідного (третього) загального правила призначення покарання, конкретизовані у ч. 2 ст. 53 КК як "тяжкість вчиненого злочину" та "майновий стан винного". Тобто закріплені у ч. 2 ст. 53 "тяжкість вчиненого злочину" та "майновий стан винного" фактично є конкретними (конкретизованими) показниками ступеня тяжкості вчиненого злочину та особи винного, які бере до уваги суд при визначенні розміру штрафу як виду покарання.

У ч. 2 ст. 53 закріплені два **винятки** із загального правила (першого правила) призначення покарання, що визначене, зокрема, у п. 1 ч. 1 ст. 65 КК. Згідно з цим загальним правилом суд призначає покарання у межах, установлених у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК, що передбачає відповідальність за вчинений злочин, за винятком випадків, передбачених ч. 2 ст. 53 цього Кодексу.

Перший (зокрема, із двох визначених частиною 2 ст. 53 КК) виняток із закріпленого у п. 1 ч. 1 ст. 65 КК загального правила призначення покарання стосується випадку, коли суд при призначенні основного покарання у виді штрафу, розмір якого визначений санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК у сумі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, не може визначити його меншим за розмір майнової шкоди, завданої злочинцем, або отриманого внаслідок вчинення злочину доходу, незалежно від граничного розміру штрафу, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК.

Передбачаючи такий виняток у ч. 2 ст. 53 КК, законодавець закріплює конкретні правові орієнтири, що мають братись до уваги судом при визначенні мінімальної межі штрафу як основного покарання. Такими орієнтирами, зокрема, є: а) розмір заподіяної злочинцем майнової шкоди; б) розмір отриманого внаслідок вчинення злочину доходу; в) граничний розмір штрафу, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК.

При визначенні змісту поняття **майнової шкоди** та отриманого внаслідок вчинення злочину **доходу** слід враховувати те, що у ч. 2 ст. 53 КК він (зміст) характеризує лише суспільну небезпечність конкретного злочину та враховується при визначенні покарання у виді штрафу. У контексті ч. 2 ст. 53 КК зміст понять "розмір майнової шкоди, завданої злочинцем" та "отриманий внаслідок вчинення злочину дохід" не слід розуміти як такий, що позначає відповідний елемент (ознаку) складу злочину певного виду чи його окремого різновиду. У ч. 2 ст. 53 КК поняття майнової шкоди позначає утворені в об'єкті злочину негативні зміни, що "уражають" майновий стан потерпілого і не набувають значення злочинних (суспільно небезпечних) наслідків як елемента складу конкретного злочину. Тобто поняття майнової шкоди є в даному разі показником суспільної небезпечності вчиненого винним злочину певного виду чи його окремого різновиду. Тому розуміння використаного у ч. 2 ст. 53 КК поняття майнової шкоди не повинне здійснюватися суто в межах змісту відповідного елемента складу злочину, оскільки відтворює узагальнену характеристику результату такого суспільно небезпечного діяння, що законом визнається як злочин певного виду чи його окремого різновиду (такий само підхід застосовується також при з'ясуванні позначеної формулюванням "тяжкі наслідки, завдані злочинцем" (п. 5 ч. 1 ст. 67) обставини, яка обтяжує покарання).

Поняття отриманого внаслідок вчинення злочину доходу також використовується в ч. 2 ст. 53 КК як узагальнена характеристика суспільної небезпечності вчиненого винним діяння (злочину певного виду чи його окремого різновиду) і також не позначає зміст відповідного елемента (ознаки) складу злочину.

Значення заподіяної злочинцем майнової шкоди та отриманого внаслідок його вчинення доходу як орієнтирів визначення судом розміру штрафу як виду покарання полягає в тому, що ці орієнтири позначають (характеризують) мінімальний розмір штрафу, який може бути призначений судом за вчинений винним злочин. Саме ці орієнтири має враховувати у зазначеному випадку (винятку із загального правила призначення покарання) суд при призначенні даного виду покарання та визначенні його мінімального розміру, зокрема у разі, якщо за

вчинений злочин санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК передбачене основне покарання у виді штрафу на суму понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Тому в даному випадку суд при призначенні такого покарання як штраф не може визначити його розмір на суму, меншу за розмір майнової шкоди, заподіяної вчиненням злочину, та/або розмір отриманого внаслідок його вчинення доходу.

Крім поняття заподіяної злочином майнової шкоди та отриманого внаслідок його вчинення доходу при закріпленні в ч. 2 ст. 53 КК першого винятку із передбаченого у п. 1 ч. 1 ст. 65 КК загального правила призначення покарання наводиться ще один правовий орієнтир. Зміст цього орієнтиру відтворюється у ч. 2 ст. 53 шляхом використання формулювання **"незалежно від граничного розміру штрафу, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини"** і також стосується випадків, коли суд має визначити розмір штрафу як основного покарання за вчинений злочин на суму, не меншу за розмір заподіяної злочином майнової шкоди та/або розмір отриманого внаслідок його вчинення доходу. Йдеться, зокрема, про випадки, коли визначення розміру штрафу, який призначається судом, не залежить від мінімальної та максимальної меж його (штрафу) розмірів, передбачених санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК. Тобто такий розмір штрафу, що призначається судом, може бути як більшим, так і меншим за максимальну межу, передбачену санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК (але не менше за найнижчу (мінімальну) межу цього виду покарання, визначену санкцією статті (частини статті) Особливої частини КК). У цьому випадку така максимальна межа розміру штрафу не впливає на його визначення судом як основного покарання за вчинений винним злочин. У зв'язку з цим суд, призначаючи за злочин покарання (основне покарання) у виді штрафу, розмір якого визначений у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК в сумі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, може вийти за максимальну межу, установлену в санкції такої статті (частини статті) Особливої частини КК для даного виду покарання. Але в будь-якому випадку, відповідно до вимог ч. 2 ст. 53 КК, розмір такого покарання не може бути меншим за розмір заподіяної злочином майнової шкоди та/або отриманого внаслідок вчинення злочину доходу, а також найнижчу (мінімальну) межу, передбачену для даного виду покарання санкцією статті (частини статті) Особливої частини КК. Наприклад, при визначенні штрафу як покарання за умисне ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), що призвело до фактичного ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів в особливо великих розмірах, мінімальна межа штрафу визначена у санкції ч. 3 ст. 212 КК як п'ятнадцять тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, а максимальна – двадцять п'ять тисяч неоподатковуваних мінімумів. Враховуючи, що при призначенні штрафу як виду покарання сума одного неоподаткованого мінімуму становить 17 грн., то, відповідно, вказані у санкції ч. 3 ст. 212 КК суми кількостей неоподаткованого мінімуму доходів громадян при визначенні мінімальної та максимальної між розмірів штрафу як основного покарання за цей злочин дорівнюють 255 тисячам грн. (для мінімальної межі) та 425 тисячам грн. (для максимальної межі). З огляду на це в разі вчинення зазначеного ухилення від оподаткування впродовж першого кварталу 2012 року, яке потягло фактичне ненадходження до бюджетів чи дер-

жавних цільових фондів коштів на суму 3,5 млн. грн. (відповідає змісту ознаки "особливо великі розміри", передбаченої у ч. 3 ст. 212 КК), покарання у виді штрафу не може бути меншим за 3,5 млн. грн. В іншому випадку санкцією ч. 3 ст. 206 КК за протидію законній господарській діяльності передбачається покарання у виді штрафу в розмірі від десяти до двадцяти п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів (тобто мінімальна межа цього виду покарання згідно з санкцією цієї частини ст. 206 КК дорівнюється 170 тисячам грн., а максимальна – 425 тисячам грн.). З огляду на це, якщо такими діями була заподіяна майнова шкода на суму 270 тис. грн. (відповідає змісту "великої шкоди", передбаченої в ч. 3 ст. 206), то розмір штрафу за цей злочин може бути меншим за його максимальну межу, передбачену санкцією ч. 3 ст. 206, але в будь-якому разі – не бути меншим за 270 тис. грн., що більше ніж у півтора рази перевищує мінімальну межу розміру штрафу, передбаченого санкцією ч. 3 ст. 206.

У ч. 2 ст. 53 КК також передбачене положення, згідно з яким суд, встановивши, що злочин, за який санкцією статті (частини статті) Особливої частини КК передбачене основне покарання у виді штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, вчинено у співучасті і роль виконавця (співвиконавця), підбурювача або пособника у його вчиненні є незначною, може призначити таким особам покарання у виді штрафу в розмірі, передбаченому санкцією статті (частини статті) Особливої частини КК, без урахування розміру майнової шкоди, завданої злочинцем, або отриманого внаслідок вчинення злочину доходу.

Тлумачення змісту цього положення ч. 2 ст. 53 та співставлення його із змістом інших положень цієї частини ст. 53 дозволяє виділити дві кримінально-правові ситуації, які передбачають призначення виконавцю (співвиконавцю), підбурювачу та пособнику покарання у виді штрафу в разі, якщо роль такого співучасника у вчиненні вказаного у ч. 2 ст. 53 злочину була незначною. При визначенні підстави виділення цих кримінально-правових ситуацій слід враховувати те, що у наведеному вище положенні (зміст якого позначається в тому числі словами "суд ... може призначити таким особам ...") закріплене право, а не обов'язок суду призначити виконавцю (співвиконавцю), підбурювачу та пособнику покарання у виді штрафу в розмірі, передбаченому санкцією статті (частини статті) Особливої частини КК, без урахування розміру заподіяної злочином майнової шкоди або отриманого внаслідок його вчинення доходу.

У цих ситуаціях суд, встановивши, що вказаний у ч. 2 ст. 53 КК злочин вчинено таким співучасником і його роль при цьому була незначною, призначає йому покарання у виді штрафу: а) в межах, передбачених санкцією статті (частини статті) Особливої частини КК, без урахування розміру заподіяної злочином майнової шкоди та/або отриманого внаслідок вчинення злочину доходу; б) в розмірі, що не є меншим за розмір заподіяної злочином майнової шкоди або отриманого внаслідок вчинення злочину доходу (тобто з урахуванням розмірів такої шкоди та/або отриманого винним доходу), незалежно від граничного розміру штрафу, передбаченого санкцією статті (частини статті) Особливої частини КК. Тобто в разі встановлення судом незначної ролі такого співучасника при вчиненні вказаного у ч. 2 ст. 53 злочину він може призначити йому покарання у виді штрафу: а) лише в межах розміру цього виду покарання, передбачених санкцією статті (частини статті) Особливої частини КК, не враховуючи при цьому розмір заподіяної цим злочином майнової шкоди або отриманого в результаті його вчинення розміру доходу; б) в

розмірі, який не є меншим за розмір заподіяної злочином майнової шкоди та/або отриманого внаслідок вчинення злочину доходу, вийшовши за максимальну межу, установлену в санкції такої статті (частини статті) Особливої частини КК для даного виду покарання. Саме з другою кримінально-правовою ситуацією пов'язується ще один (другий) виняток із загального правила призначення покарання, закріпленого у п. 1 ч. 1 ст. 65 КК.

Аналіз положень ст.ст. 26-28, 65-68 КК дозволяє визначити особливості виділених кримінально-правових ситуацій наступним чином:

1) на підставі ч. 2 ст. 53 КК суд може призначити винному покарання у виді штрафу в розмірі, визначеному санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК, без урахування розміру заподіяної злочином майнової шкоди та/або отриманого внаслідок вчинення злочину доходу, за наявності вказаних у ч. 2 ст. 53 обставин, а саме: а) коли такий злочин вчинявся винним у співучасті і б) його роль виконавця (співвиконавця), підбурювача або пособника була при цьому незначною;

2) при призначенні покарання у зазначених ситуаціях суд має керуватися загальними засадами призначення покарання, передбаченими ст.ст. 65-67 КК, а в окремих випадках – також положеннями ст. 68 КК, які стосуються особливостей призначення покарання за незакінчений злочин та за злочин, вчинений у співучасті. При цьому вказані у ч. 4 ст. 68 "характер участі кожного із співучасників у вчиненні злочину" та "ступінь участі кожного із них у вчиненні злочину" визнаються додатковими (до загальних засад призначення покарання) правовими орієнтирами при призначенні покарання за злочин, вчинений у співучасті. У ч. 2 ст. 53 такі додаткові правові орієнтири при визначенні розміру штрафу як покарання зазначеним співучасникам злочину конкретизовані у вигляді наступного положення: роль виконавця (співвиконавця), підбурювача або пособника у вчиненні злочину, за який передбачене основне покарання у виді штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, є незначною. Тобто "незначна роль" виконавця (співвиконавця), підбурювача або пособника у вчиненні зазначеного злочину в даному разі є конкретним показником характеру та ступеню участі кожного із таких співучасників у вчиненні цього злочину, який (показник) може взяти до уваги суд при визначенні розміру штрафу як виду покарання за конкретно вчинений названим співучасником (співучасниками) злочин певного виду чи його окремого різновиду.

Таким чином, при визначенні окреслених вище кримінально-правових ситуацій у ч. 2 ст. 53 вказуються обставини (окремі з них набувають значення додаткових до загальних засад призначення покарання правових орієнтирів), встановлення яких дає суду підстави (право) призначити виконавцю (співвиконавцю), підбурювачу та пособнику покарання у виді штрафу в розмірі: а) меншому за розмір завданої злочином майнової шкоди та/або отриманого внаслідок його вчинення доходу або б) в розмірі, який не є меншим за розмір заподіяної злочином майнової шкоди та/або отриманого внаслідок його вчинення доходу. Ці обставини "представлені" у ч. 2 ст. 53 КК як: а) вчинення винним злочину, за який передбачене основне покарання у виді штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян; б) такий злочин винним вчинено у співучасті; в) наявність розподілу ролей, відповідно до якого винний вчиняє зазначений злочин як виконавець (співвиконавець), підбурювач або пособник; г) роль такого співучасника у вчиненні зазначеного злочину є незначною. Встановлення таких обставин дозволяє суду призначити названим співучасникам покарання у виді

штрафу за одним із двох варіантів: а) без урахування розміру заподіяної таким злочином майнової шкоди та/або отриманого внаслідок вчинення злочину доходу, не виходячи при цьому за межі його (штрафу) розміру (розмірів), який передбачений санкцією статті (частини статті) Особливої частини КК; б) з урахуванням розміру заподіяної таким злочином майнової шкоди та/або отриманого внаслідок вчинення злочину доходу, коли розмір визначеного судом штрафу виходить за межі, встановлені санкцією статті (частини статті) Особливої частини КК як покарання за відповідний злочин.

Передбачена ч. 2 ст. 53 КК "незначна роль" вказаних співучасників у вчиненні злочину виступає (може виступати) конкретним показником закріпленого ч. 1 ст. 68 КК ступеню здійснення злочинного наміру та причин, наслідок яких злочин не було доведено до кінця, а також передбаченого ч. 4 ст. 68 КК характеру і ступеню участі кожного із названих співучасників у вчиненні злочину.

Разом з цим слід враховувати, що зазначені кримінально-правові ситуації охоплюють випадки вчинення виконавцем, співвиконавцем, підбурювачем та пособником злочину, за який передбачене основне покарання у виді штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Тому при відповіді на питання про те, при вчиненні якого саме злочину (невеликої тяжкості, середньої тяжкості, тяжкого чи особливо тяжкого) роль названого у ч. 2 ст. 53 КК співучасника може визнаватись незначною, слід враховувати таке. При визначенні у ч. 2 ст. 12 КК поняття злочину невеликої тяжкості передбачено, що ним не може визнаватись злочин, за вчинення якого встановлено основне покарання у виді штрафу в розмірі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Оскільки в ч. 2 ст. 53 КК передбачено, що у співучасті вчиняється злочин, за який передбачене основне покарання у виді штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів, то вказані кримінально-правові ситуації не повинні поширюватись на випадки (охоплювати випадки) вчинення такими співучасниками злочину невеликої тяжкості. З огляду на це вказаний у ч. 2 ст. 53 КК злочин, що вчиняється у співучасті, і щодо якого судом вирішується питання незначної ролі зазначених співучасників, може бути лише злочином середньої тяжкості, тяжким чи особливо тяжким.

У ст.ст. 26-31 розділу VI ("Співучасть у злочині") Загальної частини КК безпосередньо не визначено, за яких саме підстав (умов) роль виконавця (співвиконавця), підбурювача та пособника, як співучасників злочину, може характеризуватись як значна або незначна. Водночас у ч. 4 ст. 68 КК додатковими до загальних засад призначення покарання правовими орієнтирами (зокрема, при призначенні покарання співучасникам злочину) називається характер та ступінь участі кожного із них у вчиненні злочину. Тому при тлумаченні змісту використаного у ч. 2 ст. 53 КК звороту "роль ... є незначною" слід виходити насамперед із характеристики змістовних ознак об'єктивної сторони співучасті у злочині, а також особливостей характеру і ступеню участі кожного із вказаних у ч. 2 ст. 53 КК співучасників у вчиненні злочину (в тому числі незакінченого). У результаті такої характеристики виявляється, що залежно від конкретних обставин вчиненого **незначною** може визнаватись **роль** виконавця, співвиконавця, підбурювача та пособника: 1) який бере участь у вчиненні лише одного злочину, а не кількох злочинів (при цьому передбачення у ч.ч. 3-5 ст. 12 КК відповідних видів злочинів залежно від ступеня їх тяжкості свідчить, що при вчиненні кожного наступного злочину (більш тяжкого) роль такого співучасника є більш небезпечною порівняно з участю у

злочині попереднього виду); 2) який не виконує при вчиненні вказаного у ч. 2 ст. 53 КК злочину більш суспільно небезпечних функцій його організатора; 3) у поведінці якого не поєднуються ознаки кількох видів співучасників, передбачених ч.ч. 1-5 ст. 27 КК; 4) який виконує у співучасті діяння, зміст яких є різним (якісно іншим) порівняно з діяннями інших співучасників (наприклад, головний бухгалтер лише надає керівнику підприємства частину первинних бухгалтерських документів для подальшого виготовлення на їх основі завідомо неправдивих зведених документів і ухилення від оподаткування в особливо великих розмірах, не вчиняючи при цьому особисто складання завідомо неправдивих офіційних документів, використання яких призводить до ненадходження до бюджету коштів у зазначених розмірах); 5) виконує діяння в обсязі, значно меншому порівняно з діяннями інших співучасників (наприклад, невеликим буде обсяг виконаних при незаконному виготовленні горілчаних виробів у підпільному цеху діянь пособника, який лише допомагає доставити дистильовану воду для виготовлення горілчаних виробів, надавши свій транспортний засіб, або забезпечує монтаж паку-

вального обладнання, у той час як інші співучасники брали участь у технологічному забезпеченні процесу незаконного виробництва таких напоїв); 6) який не мав наміру вчинити всі діяння, що передбачались (охоплювались) умислом інших співучасників, у зв'язку з чим вказаний у ч. 2 ст. 53 КК злочин не було доведено до кінця, а в разі, якщо доведено до кінця, то обставини, які призвели до цього, мали для такого співучасника випадковий характер; 7) вчинив діяння, які хоча і були обов'язкові для заподіяння іншими співучасниками (будь-ким із них) шкоди об'єкту кримінально-правової охорони, але: а) які лише опосередковано сприяли заподіяння такої шкоди іншими співучасниками (наприклад, особа погодилась передати іншому пособнику деталі обладнання для підробки засобів доступу до банківських рахунків (платіжних карток) і не забезпечувала його безпосереднє використання при незаконному знятті певної суми коштів з такого рахунку); б) від яких не в повному обсязі залежало вчинення відповідних діянь іншими співучасниками, що мали безпосередньо вплинути (вплинули) на заподіяння такої шкоди.

Надійшла до редколегії 05.12.11

УДК 347.965.42

В. Рєзнікова, д-р юрид. наук

МЕДІАЦІЯ (ПОСЕРЕДНИЦТВО) ЯК СПОСІБ ВИРІШЕННЯ ГОСПОДАРСЬКИХ СПОРІВ

Статтю присвячено дослідженню загальних засад запровадження медіації (посередництва) як альтернативного способу вирішення господарських спорів у вітчизняну сферу господарювання. Визначено поняття, головну мету, принципи та види, стадії, а також переваги медіації як одного з прогресивних способів альтернативного вирішення господарських спорів.

Ключові слова: альтернативне вирішення спорів, посередництво, переговорний процес, медіація, медіатор.

Статья посвящена исследованию общих оснований внедрения медиации (посредничества) как альтернативного способа решения хозяйственных споров в отечественную сферу хозяйствования. Определено понятие, главную цель, принципы и виды, стадии, а также преимущества медиации как одного из прогрессивных способов альтернативного решения хозяйственных споров.

Ключевые слова: альтернативное решение споров, посредничество, переговорный процесс, медиация, медиатор.

The paper deals with the introduction of the common grounds of mediation (intermediation) as an alternative method of solving economic disputes in the sphere of domestic economy. The concept of the main purpose is defined, as well as principles and types, stages, and the benefits of mediation – an alternative, progressive method of solving the economic disputes.

Keywords: alternative method of solving disputes, mediation, negotiation process, intermediation, the mediator.

Як показує досвід, за наслідками судового чи третейського розгляду господарського спору, добре, якщо хоча б одна сторона є задоволеною результатом. Здебільшого результатом повністю або частково є незадоволеннями обидві сторони. Відміну від вітчизняної практики, де судовий порядок (в межах господарського та/або адміністративного судочинства) є переважаючим, у зарубіжній практиці позасудові (альтернативні судовим) способи вирішення спорів (комерційних, торгових, економічних тощо) зазнали більш широкого застосування.

Альтернативне вирішення спорів визначається як група процесів, за допомогою яких вирішуються спори, конфлікти і справи, без звернення до судових розглядів. Це переговори, медіація, арбітраж, технології оцінки справи й приватного суддівства, – всі вони призначені допомогти залученим у конфлікти сторонам дійти обопільної згоди у вирішенні справи [1]. **Альтернативне врегулювання спорів** – це також група процесів, за допомогою яких вирішуються спори і конфлікти без звернення до формальної системи судочинства. Альтернативне врегулювання спорів здійснюється, як правило, недержавним органом чи приватною особою, виходячи з принципів добровільності, нейтральності, конфіденційності, диспозитивності, рівноправності [5]. Основне призначення цих позасудових процесів, що в сукупності іменуються альтернативним врегулюванням спорів, полягає в тому, що за їх допомогою відбувається "фільтрування" тих правових спорів, які

дійсно потребують повного судового розгляду, від тих, які можливо вирішити в позасудовому порядку. Їх запровадження в правові системи європейських держав обумовлене прагненням таких держав до забезпечення ефективного захисту прав своїх як громадян, так і юридичних осіб, до ліквідації правових конфліктів на добровільних засадах.

Розвиток альтернативних форм вирішення економіко-правових конфліктів, не дивлячись на відмінності правових систем в різних державах, має багато спільного. Зокрема, застосовуються одні й ті ж способи врегулювання спорів, хоча частково різняться їх процедури. Загалом, європейська практика позасудового вирішення конфліктів здійснюється у таких основних формах: (а) *третейський суд або арбітраж (arbitration)* – вирішення спору за допомогою незалежної, нейтральної особи – арбітра (або групи арбітрів), який уповноважений винести обов'язкове для сторін рішення; (б) *посередництво або медіація (mediation)*, що передбачає врегулювання правового конфлікту за допомогою незалежного, нейтрального посередника, який сприяє сторонам у досягненні згоди; (в) *переговори або неогоціація (negotiation)* – спосіб врегулювання економіко-правового спору безпосередньо сторонами без участі інших осіб [11, 163]. Критеріями такого розподілу є участь у врегулюванні розбіжностей третьої особи або її повноваження. Елементи цих трьох "чистих" форм входять складовою частиною до багатьох інших процедур (так,

наприклад, посередництво часто використовується як посередня процедура до початку судового розгляду).

Відповідно одним із таких альтернативних способів вирішення економічних конфліктів, який дедалі більше привертає до себе увагу в Україні, є медіація як особлива форма посередництва при врегулюванні господарських спорів, що виникають між учасниками господарських відносин.

Окремі питання визначення поняття, ознак медіації, практичних аспектів її застосування як альтернативного способу захисту прав учасників різних категорій спорів досліджувались, зокрема, у працях: Н. Бондаренко-Зелінської, Г. Єрьоменко, К. Канішевої, Л. Момот, Ю. Притики, Д. Проценко, Ю. Сліпченко, Г. Ульянової та ін. В той же час, актуальні питання впровадження практики вирішення господарських спорів у позасудовому порядку, зокрема за участю медіатора, не зазнали достатньо широкого висвітлення у вітчизняних наукових дослідженнях. Разом з тим, визначення правових засад запровадження медіації, визначення категорій господарських спорів, вирішення яких можливе за участі медіатора, має не лише теоретичне, а й практичне значення, оскільки має сприяти більш ефективному захисту прав та інтересів суб'єкта господарювання.

Метою цієї публікації є визначення поняття, принципів та видів, а також переваг медіації як одного зі способів альтернативного вирішення господарських спорів, визначення основних засад запровадження медіації у вітчизняну сферу господарювання.

У сучасній доктрині немає єдиного підходу до розуміння сутності такого альтернативного способу вирішення господарсько-правових конфліктів, як медіація. Поняття **"медіація"** походить від латинського *"mediare"* – бути посередником. Медіація – це міжнародний, загальноживаний термін, що відповідає українському терміну "посередництво". **Медіація** визначається як *переговори за участі нейтрального посередника (медіатора), добровільний і конфіденційний процес, в якому нейтральна третя сторона (медіатор) допомагає конфліктуючим сторонам досягти взаємоприйнятної угоди, як метод, за яким сторони управляють і володіють як самим процесом, так і його результатом – угодою, тобто нічого не вирішується без згоди сторін* [6]. **Медіація** означає *структурований процес, незалежно від його назви або посилання на нього, за допомогою якого дві або більше сторін спору намагаються самостійно, на добровільній основі, досягти згоди для вирішення спору за підтримки медіатора* [2]. **Медіація** – це діяльність професійних посередників, які спрямовують учасників юридичного спору до компромісу й урегулювання спору самостійно самими сторонами [4]. Зазначені визначення є нормативними.

В соціальній психології вчені розглядають медіацію як специфічну форму врегулювання спірних питань, конфліктів, узгодженні інтересів та/або як технологію вирішення конфлікту за участю нейтральної третьої сторони. В той же час, в правовій доктрині медіацією називають також процес переговорів, коли до вирішення спірного питання залучається нейтральна сторона – медіатор (посередник), яка веде цей переговорний процес, вислуховує аргументацію сторін щодо суті спору й активно допомагає сторонам зрозуміти свої інтереси, оцінити можливість компромісів і самостійно прийняти рішення, що задовольнить усіх учасників переговорів [3, 66]. **Медіація (посередництво)** розглядається також як добровільний і конфіденційний процес розв'язання будь-якого спору, в якому нейтральна третя особа допомагає сторонам досягнути домовленості (згоди) в їхньому спорі шляхом переговорів [7]. Визначають медіацію і як певний

підхід до розв'язання конфлікту, в якому нейтральна третя сторона забезпечує структурований процес, для того, щоб допомогти конфліктуючим сторонам прийти до взаємно прийнятного вирішення спірних питань. О. В. Белінська розуміє під поняттям **"медіація"** добровільний та конфіденційний спосіб вирішення конфліктної ситуації, де медіатор у ході структурованої процедури допомагає учасникам конфлікту вступити у прямі перемовини з метою вироблення спільного рішення щодо проблеми (головними ознаками медіації авторка вважає добровільність, конфіденційність, наявність структурованої процедури проведення, часткове втручання третьої сторони (медіатора), що передбачає допомогу у налагодженні спілкування та сприяння проходженню справи) [13, 158-159]. На думку Г. В. Єрьоменко, **медіація** – це процес переговорів, коли до вирішення спірного питання залучається нейтральна сторона – медіатор (посередник), яка веде цей переговорний процес, вислуховує аргументацію сторін щодо суті спору і активно допомагає сторонам зрозуміти свої інтереси, оцінити можливість компромісів і самостійно прийняти рішення, що задовольнить всіх учасників переговорів [14].

Незважаючи на розмаїття точок зору щодо визначення посередництва, більшість юристів погоджується з тим, що вирішення проблем між сторонами, розв'язання конфлікту при медіації здійснюється на основі переговорів за участю нейтрального посередника.

Важливо, однак, зробити застереження, що неприпустимим є абсолютне отождолення медіації з процесом переговорів, оскільки останній є самостійним альтернативним способом вирішення господарських спорів в європейській практиці позасудового вирішення економічних конфліктів. Так, переговори трактуються як форма вирішення економіко-правового конфлікту шляхом обговорення його суб'єктами господарювання, що є сторонами такого конфлікту з метою досягнення взаємовигідного (компромісного) рішення. Своєрідною формою переговорів можна визнати претензійний порядок досудового врегулювання, який застосовується сьогодні вітчизняними суб'єктами господарювання при вирішенні господарських спорів відповідно до ст. 222 ГК України та Розділу II ГПК України. Для переговорів є характерним "прямий" діалог сторін господарського спору, в той час, як при медіації він опосередковується обов'язковою участю в переговорному процесі нейтрального посередника.

Вихідні і визначальні правові ідеї, положення та засади, які становлять процедурне та організаційне підґрунтя здійснення процедури медіації і спрямовані на ефективне, взаємоприйнятне, законне розв'язання конфлікту між учасниками спору іменуються в юридичній літературі **принципами медіації** [12]. Такими базовими принципами медіації, які найбільш розповсюджені у законодавстві про медіацію зарубіжних країн і визначені в основних рамкових міжнародних документах, є:

– **добровільність**, тобто прийняття усвідомленого рішення учасниками господарських відносин – сторонами процесу про застосування такої альтернативної процедури розв'язання спору, можливість відмовитися від участі на будь-якому етапі, причому будь-який тиск на сторони заборонений (слово "добровільність" акцентує, що рішення не може бути результатом зовнішнього примусу чи активного переконання будь-кого у необхідності певного спрямування дій, – воно не повинно бути результатом активного впливу волі іншої особи, а лише результатом вибору господарюючого суб'єкта, що ґрунтується на повній інформації про ситуацію);

– **рівність сторін** – сторони мають рівні права під час медіації, не може бути привілеїв чи обмежень за

ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками;

– *нейтральність медіатора* – медіатор повинен виконувати свої обов'язки неупереджено, ґрунтуючись на обставинах справи, беручи до уваги думку сторін та не нав'язуючи сторонам певного рішення, яке приймається винятково за взаємною згодою сторін;

– *конфіденційність* – інформація, отримана медіатором під час проведення медіації, є конфіденційною і не може бути розголошена ним без попередньої згоди сторін (учасники процесу повинні бути впевненими, що інформація, яку вони повідомили, потім не буде використана проти них і інших випадках). Дуже важливим у контексті цього принципу є закріплення на рівні закону "імунітету" для медіатора, а це, в свою чергу, означає, що медіатор не може бути допитаний щодо інформації, яка стала йому відома під час проведення медіації або стосується безпосередньо суті медіації, крім випадків, коли сторони не заперечують проти розголошення такої інформації.

Метою медіації є орієнтування на досягнення обопільної згоди, консенсусу, прийняття спільного рішення, яке задовольнятиме обидві сторони конфлікту. Саме ж вирішення спору, досягнення рішення – не самоціль для медіатора. Основною відмінністю медіації від інших способів вирішення господарських спорів є те, що вона не зосереджується на пошуку та доведенні правоти тієї чи іншої сторони. *Головне завдання медіатора* – концентрація зусиль на зміцненні здатності сторін до медіації, на визнанні і сприйнятті представниками сторін один одного з усіма розбіжностями у поглядах. Медіатор – це особа, завданням якої є надання допомоги сторонам з метою досягнення примирення у спорі. Медіатор не наділений повноваженнями на прийняття рішень, а його роль та значення в процесі медіації науковці визначають за допомогою таких трьох позицій: (1) забезпечення зворотного зв'язку між сторонами спору для того, щоб вони змогли зрозуміти перспективи розв'язання конфлікту та з'ясувати головні потреби й інтереси один одного в існуючому спорі; (2) раціоналізація переговорного процесу між сторонами; (3) спонукання сторін конфлікту до напрацювання щодо переговорів принципового підходу і знаходження рішень, котрі загалом відповідають їхнім головним інтересам, а в окремих випадках і на прохання сторін – внесення суттєвих пропозицій, спрямованих на стимулювання, направлення сторін до досягнення згоди [7, 59]. Отже, особливості медіації як альтернативного способу вирішення господарського спору полягає в тому, що сторони економічного конфлікту самостійно обирають медіатора, який не ухвалює остаточне рішення для сторін, а сприяє вирішенню конфлікту шляхом організації й проведення примирювальних процедур, зокрема переговорів, так, щоб сторони конфлікту самостійно ухвалили спільне рішення зі спірного питання.

Переваги медіації, порівняно з іншими способами вирішення господарських спорів, полягають в тому, що:

– медіація – це не публічна процедура вирішення економічних конфліктів, тому вона є найбільш прийнятною для суб'єктів господарювання, які уникають небажаного публічного розголошення як факту наявності, так і подробиць конфлікту, що виник між ними (*це особливо важливо в тих випадках, коли сторони господарського спору не бажають надавати публічному розголосу як наявність конфлікту, його суть, так і кінцевий результат його вирішення*);

– медіація може забезпечити економічно ефективне та швидке позасудове вирішення спорів у господарсь-

ких справах на засадах врахування потреб сторін, адже строки вирішення економічних конфліктів за допомогою медіації коротші, ніж при судовій процедурі (*винесене рішення на користь однієї зі сторін господарського спору судом може підлягати оскарженню в апеляційному та касаційному порядку, крім того, є ймовірність повернення справи на новий розгляд, що займає чимало часу, а поки відбуватиметься судовий розгляд справи можуть тривати порушення прав та законних інтересів сторін спору*);

– вартість медіації значно менша ніж розміри судових витрат, пов'язані зі сплатою судових зборів, оплатою послуг адвокатів тощо;

– як правило, при судовому розгляді справи від імені сторін виступають їх представники, адвокати, які зацікавлені саме в прийнятті рішення на користь їх клієнтів, тоді як медіатор сприяє пошуку компромісного рішення, яке б задовольнило інтереси кожної зі сторін [3, 67];

– гнучкість процедури дозволяє прийти сторонам до компромісного рішення, на відміну від рішення суду, яке є обов'язковим до виконання, однак в той же час є спроможним задовольнити інтереси лише однієї зі сторін спору;

– існує значна ймовірність того, що домовленості, досягнуті в результаті медіації, будуть добровільно дотримуватися, а між сторонами збережуться дружні та стабільні партнерські відносини (*позитивне вирішення конфлікту при медіації передбачає задоволення вимог кожної зі сторін і надання згоди на їх виконання*);

– універсальність процедури (*за допомогою медіації можна врегулювати як різні категорії господарських спорів, так і на різних стадіях провадження в господарських справах*), ефективність (*процес медіації орієнтований на конструктивність розв'язання спору, пошук оптимальних рішень, контроль сторін за процесом досягнення взаємовигідних домовленостей*), стратегічність і творчість (*медіація дає можливість сторонам бути далекоглядними, креативними у пошуку рішень, вибудувати план подальших взаємин*), дієвість.

Процедура медіації є чітко структурованою та поділяється загалом на *чотири стадії*:

1) *попередню (вступну) стадію*, яка складається з двох етапів: *підготовчого етапу* (на цьому етапі медіатор намагається здобути довіру учасників, оцінює їх готовність до медіації, пояснює правила медіації, роз'яснює свою роль у цьому процесі) та *етапу індивідуальних зустрічей* (на цьому етапі медіатор вивчає позиції учасників конфлікту і забезпечує їх взаємне спілкування). На цій стадії встановлюється перший контакт медіатора зі сторонами, підписується згода сторін (*для судової медіації*) та/або контракт (*для комерційної, позасудової медіації*) на проведення медіації, роз'яснюється суть медіації, правила проведення відповідної процедури;

2) *відкриваючу стадію (розвідки та збору інформації)* (на цій стадії відбувається поступове налагодження прямого спілкування між сторонами, її етапами є пояснення сторін, а також виклад кожною зі сторін своєї позиції у спорі, з'ясування причин виникнення спору та мотивації сторін у спорі, уточнення позицій сторін, поділ загальної суті спору на окремі складові, підсумок). На цій стадії кожна зі сторін має можливість викласти свої бачення суті спору, а медіатор шляхом постановки питань та узагальнення сприяє з'ясуванню причин конфлікту, працює з емоціями сторін й після сумісного визначення тем переговорного процесу, серед них визначаються спільні поєднувальні чи протилежні, встановлюється пріоритетність тем, порядок їх опрацювання в процесі медіації. Одним із етапів вказаної стадії є також визначення інтересів кожної зі сторін, в процесі якого за

допомогою медіатора сторони сумісно визначають, які з інтересів є спільними, а які підлягають окремому розгляду, тобто здійснюють категоризацію інтересів;

4) *середню стадію (розробка варіантів рішень)* – передбачає спільний пошук шляхів вирішення спору, а етапність цієї стадії полягає у визначенні першочергових питань, з'ясуванні невиявлених інтересів сторін, визначенні спільних засад та інтересів сторін у спорі, обговоренні й пошуку взаємоприйнятних способів вирішення спору, пошуку консенсусу. Це стадія протягом якої відбувається "мозкова атака", під час якої сторони висловлюють та записують на протязі відведеного медіатором часу будь-які ідеї, навіть, на перший погляд, неймовірні, які мають відношення до їх проблеми, після генерування варіантів рішень здійснюється сторонами їх групування у відповідності до тем та груп інтересів;

5) *заклучну (вирішення спору між сторонами по суті, укладення угоди, підведення підсумків)*. При знаходженні спільних варіантів рішень сторони за домовленістю переходять до останньої стадії – складання угоди, яка готується виключно сторонами, містить взаємні поступки та після її остаточного формулювання перевіряється на допустимість й можливість виконання та справедливості, підписується сторонами. Сторони оцінюють, чи отриманий результат співпадає з їх уявою про цінність і справедливість, оскільки це важливо для визначення їхньої здатності виконати спільно досягнуте, сформульоване, оформлене та підписане рішення. Добровільність виконання підписаної під час медіації угоди – це гарантія її безумовного виконання сторонами.

Л. В. Гола, натомість, до етапів роботи медіатора відносить: влаштування переговорів між сторонами конфлікту; адекватний виклад претензій сторін; висвітлення зацікавленості сторін; пошук причини спору; розробка методів розв'язання спору; підписання угоди про примирення [15]. В кожному разі, як наголошує М. Кузьміна, вважати медіацію завершеною можна лише у тому випадку, коли умови медіації будуть не лише погоджені, а й фактично виконані сторонами у добровільному чи примусовому порядку [7, 60].

Сторонами медіації є як суб'єкти господарювання – сторони відповідного господарського спору, так і нейтральний посередник – медіатор. *Іншими учасниками медіації* можуть бути: суд при ініціюванні ним процедури медіації та/або в інших, передбачених законом випадках, а також експерти, перекладачі, аудитори та інші спеціалісти у разі визнання сторонами медіації їхньої участі необхідною та/або доцільною задля найбільш швидкого та ефективного врегулювання господарського спору. При цьому **медіатор** означає *будь-яку третю особу, до якої звернулися з проханням провести медіацію ефективно, неупереджено та компетентно, незалежно від віросповідання або професії цієї третьої особи, а також способу, у який ця третя особа була призначена або отримала запит провести медіацію* [2].

Відповідно до Указу Президента України від 10.05.2006 р. "Про концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів" й сформульованого у ньому визначення поняття медіації вбачається, що медіатор – це не будь-який, а саме *професійний посередник* [2]. В Україні на сьогодні розроблено декілька законопроектів про медіацію. За існуючими проектами вітчизняних законодавчих актів щодо медіації, на відміну від вже прийнятого закону в Російської Федерації [8], пропонується закріпити положення, згідно з яким, медіаторами можуть виступати лише особи, які пройшли спеціальну підготовку за відповідним напрямком в Україні або в іноземній державі. Крім того, медіатор має бути

сертифікований та/або акредитований будь-яким підприємством, установою чи організацією, які здійснюють підготовку медіаторів в Україні або в іноземній державі за програмою, що складає не менше сорока академічних годин, включаючи практичні заняття [9; 10]. Отже, намітилась тенденція до впровадження медіації (примирювальних процедур при врегулюванні економічних конфліктів за участю посередника), на вітчизняних теренах не інакше як на професійних засадах.

Медіатор, виступаючи посередником у конфлікті сторін, створює атмосферу конструктивної співпраці та дбає про коректне ставлення сторін одна до одної. Інтереси медіатора не пов'язані безпосередньо з предметом спору. Медіатор, як незалежна третя сторона, контролює процес, сприяє реалістичній оцінці ситуації сторонами, прийняттю адекватного рішення тощо. Дотримуючись принципу безсторонності, медіатор уникає особистих коментарів або суджень стосовно учасників, їхньої відповідної участі у процесі медіації чи обґрунтованості їхніх позицій. В той час як суддя здебільшого дивиться у минуле й вирішує, що в ньому відбулося неправильно (з порушенням прямого припису закону або ж договірної домовленості сторін), – медіатор, навпаки, спонукає учасників зосередитися на реальному майбутньому.

Що ж стосується вирішення господарських спорів, то, враховуючи піввіковий світовий досвід та реалії національного законодавства й правозастосування, за допомогою медіації вже сьогодні можна вирішувати такі господарські спори, як: спори, що виникають між суб'єктами господарювання при укладанні, зміні, розірванні і виконанні господарських договорів; корпоративні спори; земельні спори, що виникають із земельних відносин, в яких беруть участь суб'єкти господарської діяльності, за винятком тих, що віднесено до компетенції адміністративних судів тощо. Важливе значення при зверненні до медіації має саме можливість досягнення сторонами конфлікту взаємної згоди. При цьому питання можливості вирішення за допомогою медіації публічно-правових спорів, що виникають із господарських правовідносин, є дискусійним в правовій науці. Одні вчені вважають, що на сьогодні вже не виникає сумнівів, чи може бути медіація ефективним способом вирішення публічно-правових спорів у сфері управління (зокрема, господарською діяльністю), адже у сучасному світі вона стала вкрай необхідною, оскільки, зважаючи на складність проблем у суспільній сфері, які потребують вирішення, збору інформації, пошук варіантів та альтернатив не може бути здійснений шляхом авторитарного прийняття рішень. Медіація є своєрідним барометром дотримання органом влади демократичних принципів в управлінні [7, 60]. Інші ж переконані, що застосування медіації до публічно-правових спорів, в тому числі, пов'язаних з оскарженням дій органів державної влади, не є можливим, адже в таких випадках важливим є не пошук компромісів, а встановлення законності в діях органів державної влади [3, 67].

Переваги медіації (конфіденційність, відносна швидкість вирішення спору, економічність, узгодження інтересів кожної зі сторін тощо), порівняно із захистом прав суб'єктів господарювання в судовому порядку, має сприяти, з одного боку, розширенню практики її застосування, з іншого – зменшенню навантаження на судові органи. Водночас, важливо пам'ятати, що медіація не є якоюсь панацеєю, – вона може стати допоміжним засобом, дієвим альтернативним способом вирішення господарського спору лише тоді, коли сторони будуть готові й спроможні взяти участь у медіації. Застосування медіації є найбільш доцільним при вирішенні спорів, що

виникають в межах довгострокових господарських договорів (контрактів), коли виникають питання технічного характеру, невизначеність щодо тлумачення положень договору, а предмет спору є лише видимою причиною конфлікту. В кожному разі головним для сторін повинно бути бажання вирішити спір шляхом переговорів. Законодавець наразі не планує запровадження медіації як примирної процедури в її класичному вигляді (як альтернативи державному судовому розгляду), а розглядає лише можливість додаткового способу вирішення спорів, що передані на вирішення суду (в т.ч. господарського). Пояснюється це тим, що в Україні поки що не вистачає кваліфікованих медіаторів, а тому як єдино прийнятна форма медіації розглядається та запроваджується лише, так звана, "судова медіація", коли процедура медіації проводиться в рамках розпочатого в суді провадження по справі суддею чи науковим співробітником цього ж суду, які мають відповідну підготовку медіатора. Така форма медіації розглядається як форма розв'язання спору до винесення судового рішення. В той же час, на думку Н. Л. Бондаренко-Зелінської, намагання перетворити медіацію на елемент судового розгляду навряд чи буде успішним, адже підпорядкування її вимогам процесуальної форми знищить весь позитивний потенціал цього способу альтернативного вирішення спорів [17]. Це не означає, що медіація не може слугувати способом примирення сторін і застосовуватись паралельно із судовим провадженням. Цінними є й медіативні технології, використання яких дозволило б професійним суддям допомагати сторонам правового спору знаходити вихід із конфліктної ситуації. До чинників же, які перешкоджають поширенню медіації як способу вирішення господарських спорів на теренах України, вчені загалом відносять [16, 191]: (а) необізнаність суб'єктів господарювання, що сторонами спору, про існування можливості вирішення спору без участі суду; (б) відсутність у сторін впевненості в дієвості процедури медіації, її ефективності; (в) відсутність законодавче регулювання як приватноправових і приватно-процесуальних питань медіації (посередництва), так і публічно-правової оцінки факту застосування примирних процедур і публічно-правових наслідків угод, досягнутих як результат примирення. При цьому, хоча Україна й перебуває на етапі формування вітчизняної моделі відновного правосуддя, ідея запровадження інституту примирення (медіації) у вітчизняній системі права підтримується широким колом спеціалістів. Це повною мірою відповідає прагненню України до гармонізації національного законодавства із законодавством Європейського союзу, на теренах якого медіації приділено значну увагу. Саме тому Спільною програмою Європейського союзу та Ради Європи "Прозорість та ефективність судової системи України" проводиться ряд заходів щодо впровадження в системі судочинства України медіації як способу альтернативного вирішення правових спорів. Так, зокрема, з цією метою, у квітні 2009 року експерти Ради Європи визначили 4 пілотних суди: Вінницький окружний адміністративний суд, Донецький апеляційний адміністративний суд, Івано-Франківський міський суд, Білоцерківський міськрайонний суд Київської області, для проведення експерименту при розгляді адміністративних, господарських та цивільних справ у судах України. Починають з'являтися організації, які розвивають медіацію, наприклад, благодійна організація "Український центр порозуміння", яку підтримують Верховний суд, Академія суддів та Міністерство юстиції, ставить за мету діяльності впровадження відновного правосуддя у правову систему. Медіація пропагується як перспективний та оптимальний

інструмент вирішення спорів, адже характеризується мінімальними втратами для опонентів у спорі.

Підсумовуючи викладене зазначимо, що **медіація** – це такий альтернативний спосіб вирішення спору (зокрема, господарського), що являє собою структурований переговорний процес, який здійснюється за допомогою незалежного, нейтрального та кваліфікованого посередника (медіатора), що допомагає сторонам спору самостійно, на добровільній основі, досягти згоди для вирішення спору, що відповідатиме інтересам кожної зі сторін спору. **Медіацію** може бути потрактовано також як господарську діяльність професійних, нейтральних (незалежних й неупереджених) посередників, що провадиться ними на засадах конфіденційності, добросовісності, рівності сторін шляхом вчинення дій (сукупності дій) фактичного характеру в інтересах сторін спору з метою спрямування їх до віднайдення компромісу й урегулювання спору самостійно, самими ж сторонами.

Метою медіації є досягнення згоди сторін, консенсусу, прийняття спільного рішення, яке задовольнятиме обидві сторони конфлікту. **Особливістю медіації** як альтернативного способу вирішення господарського спору полягає в тому, що сторони економічного конфлікту самостійно обирають медіатора, який не ухвалює остаточне рішення для сторін, а сприяє вирішенню конфлікту шляхом організації й проведення примирювальних процедур, зокрема переговорів, так, щоб сторони конфлікту самостійно ухвалили спільне рішення зі спірного питання. Медіація не зосереджується на пошуку та доведенні правоти тієї чи іншої сторони. Медіація є призначеною активізувати потенціал самих сторін спірних правовідносин, спонукаючи їх до самостійного пошуку можливостей ліквідації спору на взаємовигідних умовах. Медіатор відповідає за організацію процесу переговорів і тим самими сприяє пошуку взаємоприйняттого рішення (медіатор не несе відповідальності за досягнення позитивного результату, але від професіоналізму медіатора, від того, як він організує переговорний процес, залежить успіх медіації).

Принципами медіації є: добровільність, конфіденційність, нейтральність (незалежність та неупередженість) медіатора, рівність сторін.

Медіацію, за засадами її провадження нейтральним медіатором, може бути класифіковано на *професійну* та *непрофесійну*. За належністю до судового провадження медіація може бути *судовою* та *позасудовою*. З аналізу змісту Директиви 2008/52/ЄС Європейського парламенту та Ради від 21.05.2008 р. "Про деякі аспекти медіації у цивільних та господарських правовідносинах" вбачається також, що за такими критеріями як суб'єкт ініціювання та/або підставою здійснення, медіація може бути: (а) *ініційованою самими сторонами господарського спору*; (б) *здійснюваною у результаті пропозиції чи розпорядження суду*, а також (в) *в порядку виконання припису законодавства* [2].

1. Кимберлі К. Ковач. Фундаментальные основы альтернативного разрешения споров / Ковач К. Кимберлі // Материали 3-й ежегодной конференции по внесудебному разрешению коммерческих споров [перевод Украинского центра согласия]. – [електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.commonground.org.ua/ADR_Kovach.html.
2. Про деякі аспекти медіації у цивільних та господарських правовідносинах: Директива 2008/52/ЄС Європейського парламенту та Ради від 21 травня 2008 р. – [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ukrmediation.com.ua>.
3. Ульянова Г. О. Актуальні питання запровадження медіації у сфері права інтелектуальної власності / Г. О. Ульянова // Південноукраїнський правничий часопис. – 2010. – № 3. – С. 66–68.
4. Про концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів: Указ Президента України від 10.05.2006 р. [електронний ресурс] // Комп'ютерна правова система "Нормативні акти України": база даних ЗАТ "Інформтехнологія". – Режим доступу: <http://www.nau.kiev.ua>.
5. Притика Ю. Д. Теоретичні проблеми захисту

прав учасників цивільних правовідносин в третейському суді : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня докт. юрид. наук : спец. 12.00.03 "Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право" / Ю. Д. Притика. – Київ, 2006. – 29 с. 6. Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: Закону України від 18 березня 2004 р. / Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 29. – Ст. 367. 7. Кузьміна М. Юридический конфликт: теория и практика разрешения / М. Кузьмина. – М.: Юрлитинформ, 2008. – С. 59–60. 8. Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации): Закон Российской Федерации от 27 июля 2010 г. – [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=103038>. 9. Про медіацію: Закону України (проект). – [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.commonground.org.ua/dld/doc/Mediation%20draft%20law%201%20July%202010.doc>. 10. Обговорення законопроектів "Про медіацію (примирення)" та "Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо процедури медіації (примирення)". – [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rj.org.ua/pode/121>. 11. Бондаренко-Зелінська Н. Л. Запровадження альтернативних способів врегулювання спорів: європейський досвід для України / Н. Л. Бондаренко-Зелінська // Приватне право і підприємництво: збірник наукових праць. – Випуск 8. – К.: НДІ приватного права і підприєм-

ництва НАПРН України, 2009. – С. 162–166. 12. Притика Ю. Д. Посередництво як нова форма вирішення приватноправових спорів / Ю. Д. Притика // Вісник господарського судочинства. – 2005. – № 1. – С. 231–237. 13. Белінська О. В. Медіація – альтернативне вирішення спорів / О. В. Белінська // Вісник Вищої ради юстиції. – 2011. – № 1 (5). – С. 158–172. 14. Єрьоменко Г. Медіація як спосіб вирішення спорів / Г. Єрьоменко // [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://innovations.com.ua/uk/interview/6/39/374>. 15. Гола Л. В. Медіація як метод досудового врегулювання господарських спорів / Л. В. Гола // [електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.rusnauka.com/10_NPE_2010/Pravo/63120.doc.html. 16. Задорожна С. Ф. Перспективи запровадження примирної процедури (медіації) в Україні / С. Ф. Задорожна // Приватне право і підприємництво: збірник наукових праць. – Випуск 8. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПРН України, 2009. – С. 189–192. 17. Бондаренко-Зелінська Н. Л. До питання про примирення сторін в цивільному процесі / Н. Л. Бондаренко-Зелінська // Актуальні проблеми юридичної науки: Збірник тез міжнародної наукової конференції "Десяті осінні юридичні читання" (м. Хмельницький, 18–19 листопада): у 4-х частинах. – Частина третя. – Хмельницький: Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2011. – С. 32–34.

Надійшла до редколегії 05.12.11

С. Фурса, д-р юрид. наук, проф., Р. Ляшенко, асп.

ПИТАННЯ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ ВЗАЄМОДІЇ ДЕРЖАВНОГО ВИКОНАВЦЯ ТА НОТАРІУСА (НА ПРИКЛАДІ ВЧИНЕННЯ НОТАРІАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ З ВИДАЧІ СВІДОЦТВА ПРО ПРИДБАННЯ СТЯГУВАЧЕМ МАЙНА З ПРИЛЮДНИХ ТОРГІВ (АУКЦІОНІВ), ЯКЩО ВОНИ НЕ ВІДБУЛИСЯ)

У статті розкривається взаємодія нотаріуса з державним виконавцем з метою вчинення нотаріального провадження з видачі свідоцтва про придбання стягувачем майна з прилюдних торгів (аукціонів), якщо вони не відбулися. Розкрито процедуру проведення публічних торгів з реалізації майна, на яке звернено стягнення, зроблено ряд пропозицій з її вдосконалення. Наданий аналіз стадій даного нотаріального провадження та внесені пропозиції з удосконалення процедури його вчинення, понятійного апарату та закріплення їх у Законі України "Про нотаріат".

Ключові слова: нотаріус, державний виконавець, публічні торги (аукціони), свідоцтво, арештоване майно.

В статье раскрываются вопросы деятельности нотариуса и государственного исполнителя с целью совершенствования процедуры проведения публичных торгов по реализации имущества, на которое обращено взыскание. Дан анализ стадий нотариального производства по выдаче свидетельства о приобретении взыскателем имущества с торгов, если они не состоялись и внесены предложения по совершенствованию процедуры данного производства в Законе Украины "О нотариате".

Ключевые слова: нотариус, государственный исполнитель, публичные торги (аукционы), свидетельство, арештованное имущество.

The article deals with the interaction of a notary public performer to notarial certification proceeding with the acquisition of recipient of property at public auction (auction) if they failed. Expand a public auction with the sale of the property, which was recovered, made a series of proposals on its improvement. The presented analysis stages of the notarial proceedings and made suggestions to improve procedures for its commission, conceptual apparatus and fixing them in the Law of Ukraine "On Notary".

Keywords: notary, state enforcement, public bidding (auctions), certificate, seized property.

Пунктом 6 ст. 34 Закону України "Про нотаріат" передбачається така нотаріальна дія як видача свідоцтва про придбання майна з прилюдних торгів (аукціонів), якщо прилюдні торги (аукціони) не відбулися, проте щоб розписати процедуру даного нотаріального провадження з урахуванням стадій нотаріального процесу, насамперед, треба визначитися із умовами та порядком проведення публічних торгів (аукціонів) та їх правовими наслідками та нормативними актами, які регламентують процедуру проведення публічних торгів (аукціонів). Ці обставини визначатимуть необхідність і умови звернення до нотаріуса, оскільки вчинення такої нотаріальної дії передбачено Законом України "Про нотаріат". Все це надасть можливість визначитися із природою даного нотаріального провадження та його місцем у загальній класифікації нотаріальних проваджень [1].

Аналізуючи назву глави 9 та ст. 72 Закону України "Про нотаріат" та пунктів 244–249 Інструкції можна дійти висновку про те, що фактично процедура вчинення даного провадження відсутня, тому розглянемо процедуру проведення публічних торгів в контексті її відображення в нотаріальному процесі.

Процедура і наслідки проведення прилюдних торгів (аукціонів) [2]

При продажу нерухомого майна на публічних торгах згідно з п. 7.1. Тимчасовим положенням про порядок

проведення прилюдних торгів з реалізації арештованого нерухомого майна (далі – Тимчасове положення) торги (аукціони) вважаються такими, що не відбулися, якщо:

- 1) покупці були відсутні;
- 2) або ж був присутній тільки один покупець;
- 3) переможець торгів відмовився підписати протокол ведення торгів, а кількість присутніх покупців недостатньо для відновлення торгів (п. 4.16 Тимчасового положення);

4) жодний покупець не запропонував ціну вище стартової ціни лоту і об'єкт був знятий з торгів (пункт 4.5. Тимчасового положення);

5) у разі несплати у встановлений строк переможцем аукціону належної суми за придбання майна після оголошення переможця і підписання протоколу ведення торгів.

Доцільно зупинитися на аналізі кожної із підстав за яких торги не відбулися, оскільки нотаріус видаючи свідоцтво у разі, коли торги не відбулися має перевірити обставини та докази, які їх підтверджують.

Питання полягає у том, що якщо торги не відбулись, то цей факт є юридичною обставиною, яка викликає певні правові наслідки. Зокрема, вирішення питання про уцінку майна боржника пов'язується з фактом, що торги не відбулись.

Так, щодо пункту 1, 2 Тимчасового положення у разі відсутності покупців або наявності лише одного нотарі-

усом мають перевірятися обставини щодо належної організації торгів, зокрема, про час та місце їх проведення усіх заінтересованих осіб, оголошення в засобах масової інформації про проведення торгів. Лише за наявності таких документів, нотаріус може визнати підстави того, що торги не відбулись поважними. Тут необхідно розглядати декілька випадків:

коли ці торги були першими, то визнання торгів такими, що не відбулись призводитиме до першої уцінки майна на 30%;

коли другі торги уціненого на 30% майна не відбулись, то майно уцінюється не більш як на 50% відсотків початкової вартості майна;

у разі якщо уцінене на 50% відсотків майно не буде реалізоване з прилюдних торгів, то стягувачеві пропонується залишити це майно за собою.

Отже факт, що торги не відбулися матиме правове значення, коли вирішуватиметься питання про проведення наступних торгів або видачі нотаріусом свідоцтва про придбання уціненого майна, якщо прилюдні торги не відбулися.

Таким чином, нотаріус має перевіряти з яких причин торги не відбулись та організацію їх проведення на підставі безспірних письмових доказів.

Крім того, покупці можуть зловживати своїм правом, штучно перешкоджати продажу майна, що дозволить їм придбати речі за уціненою ціною [3]. Автори вважають, що у такому випадку можна пропонувати стягувачу придбати майно кожного разу, коли торги не відбулися за згодою боржника, наприклад, шляхом вирішення цього питання компромісним шляхом (ст. 36 Закону України "Про виконавче провадження"), тобто шляхом укладення між ними мирової угоди, яка підлягає визнанню судом згідно ч. 2 ст. 12 Закону України "Про виконавче провадження" та ст. 372 ЦПК. Але доцільно нотаріуса наділити компетенцією щодо посвідчення такої угоди, оскільки такі дії можуть бути зумовлені повноваженнями нотаріуса щодо видачі свідоцтва у результаті проведення публічних торгів.

Щодо підстав за яких торги не відбулись, передбачених п.3, коли переможець торгів відмовився підписати протокол про проведення торгів, а кількості присутніх покупців недостатньо для відновлення торгів (п. 4.16 Тимчасового положення), то нотаріус має з'ясовувати з яких причин переможець торгів відмовився підписати протокол їх проведення. Оскільки ці дії є правочином і викликають певні правові наслідки щодо уцінення майна, тому потребують адекватного реагування з боку нотаріуса згідно ст.203 ЦК та ст. 44 Закону. На підтвердження цієї обставини нотаріусу має бути надане інформаційне повідомлення про проведення публічних торгів. Оскільки у цьому повідомленні має місце положення про суму реєстраційного та гарантійного внесків учасника прилюдних торгів, найменування, адресу банку, номер рахунка для їх сплати (п. 4 п.п. 3.6 Тимчасового положення), то нотаріусу мають надаватися документи, які свідчать про сплату таких внесків учасником прилюдних торгів, який відмовився від підписання протоколу про проведення прилюдних торгів.

Щодо п. 4 згідно якого, жодний із покупців не запропонував ціну вищу за стартову ціну лота і об'єкт був знятий з торгів (пункт 4.5. Тимчасового положення). То про наявність цієї обставини нотаріус може впевнитися із протоколу про проведення публічних торгів.

Щодо п. 5 у разі несплати у встановлений строк переможцем аукціону належної суми за придбання майна після оголошення переможця і підписання протоколу проведення торгів нотаріус має згідно затвердженого протоколу перевірити дотримання цієї особою прове-

дення розрахунку за придбане майно на торгах протягом 10-денного строку, який рахується згідно з п. 5.1 Тимчасового положення.

Останнє положення є дуже важливим, оскільки впливає на можливість оцінки майна та проведення наступних (нових) торгів.

Якщо аукціон не відбувся, організатор аукціону у триденний строк повідомляє про це державного виконавця. Якщо аукціон не відбувся тричі (аукціон продажу майна за первісною ціною та два аукціони за уціненою ціною відповідно 30% та 50%), то майно має бути знятим з аукціону, про що має повідомлятися державний виконавець. останній має повідомити про цю обставину стягувачу та боржнику.

Одночасно з повідомленням про те, що майно знято з аукціону державний виконавець пропонує стягувачеві залишити за собою нереалізоване майно, крім конфіскованого за рішенням суду. Якщо стягувач не заявить протягом 15 днів з дня отримання повідомлення державного виконавця про своє бажання залишити за собою нереалізоване майно, арешт з нього знімається і воно повертається боржникові. Якщо іншого майна, на яке можна звернути стягнення у боржника немає, виконавчий документ повертається стягувачеві без виконання.

У разі згоди стягувача залишити за собою нереалізоване майно, він має повідомити про це державного виконавця та отримати від нього необхідні документи для вчинення нотаріального провадження.

Але у цьому контексті виникає запитання якою має бути назва такого свідоцтва, оскільки редакція п.6 ст. 34 Закону, де має назва нотаріального провадження є сумнівною.

На нашу думку, правове значення має саме придбання майна з публічних торгів (аукціонів) у власність та закріплення такого переходу майна до власника у нотаріальному порядку, тобто шляхом видачі нотаріусом свідоцтва про право власності майна придбаного на торгах.

Якщо торги не відбулися, то нотаріусом мають констатуватися дві юридичні обставини:

- волевиявлення стягувача на залишення нереалізованого майна за собою;
- законність обставин, пов'язаних з тим, що торги не відбулися.

Отже, назва свідоцтва має бути такою: "Свідоцтво про придбання майна стягувачем, коли торги не відбулися", про що мають бути внесені зміни у п. 6 ст. 34 Закону України "Про нотаріат", де назва нотаріальної дії має бути викладена так: "Видача свідоцтва про придбання майна стягувачем, коли торги не відбулися.

Процесуальні аспекти та процедура вчинення даного нотаріального провадження.

Дане провадження належить до одноетапних, яке у своєму розвитку проходить три стадії.

Стадія відкриття зводиться до звернення стягувача за видачею свідоцтва про придбання майна, коли прилюдні торги (аукціони) не відбулися.

Стадія підготовки зводиться до таких дій нотаріуса: перевірки належності даного питання до його компетенції. Вказану нотаріальну дію мають право вчиняти як державні, так і приватні нотаріуси, що передбачено ст. 34 Закону України "Про нотаріат". До компетенції посадових осіб органів місцевого самоврядування та консульських установ вчинення цієї нотаріальної дії не відноситься.

Крім функціональної, нотаріус має також враховувати правила територіальної компетенції, оскільки згідно зі ст. 72 Закону України "Про нотаріат" та п. 244 Інструкції, видача свідоцтв здійснюється за місцем знаходження майна, яке реалізоване з прилюдних торгів (ау-

кціонів); встановлення особи, яка звернулася за видачею свідоцтва; перевірка дієздатності фізичної особи-заявника чи юридичної особи та повноважень її представника; перевірка поданих для вчинення нотаріальної дії документів та їх достовірності, зокрема щодо належності боржнику майна, яке продавалось на аукціоні на праві власності. Акт державного виконавця про те, що прилюдні торги не відбулися має бути затверджений начальником відповідного органу державної виконавчої служби. Крім того, на думку авторів, до акта мають додаватися документи, які підтверджують порядок та законність уцінки майна, та ті, що свідчать про закінчення виконавчого провадження (ст.49 Закону "Про виконавче провадження"), тобто про врегулювання відносин між стягувачем та боржником. Тут нотаріусу необхідно розглядати два варіанти вирішення питання про видачу відповідного свідоцтва, а саме:

1) коли вартість придбаного стягувачем майна більша ніж його претензії до боржника, то стягувач має протягом 15 днів з дня відповідного повідомлення державного виконавця внести на депозитний рахунок державної виконавчої служби різницю між вартістю не проданого майна та сумою коштів, які підлягають стягненню на його користь з урахуванням витрат пов'язаних із проведенням виконавчих дій, а також нотаріус має перевірити повернення залишку коштів боржнику;

2) якщо претензії стягувача є більшими ніж вартість придбаного ним майна, то виконавче провадження не завершується, а щодо нотаріуса, то відповідне свідоцтво видається ним без перевірки зазначених у п.1 умов.

На стадії підготовки має бути вирішено питання про зняття арешту з майна, оскільки нотаріус не зможе видавати свідоцтво. Якщо такі арешти не зняті, то нотаріус має роз'яснити згідно ст. 5 Закону стягувачеві його право на звернення до державного виконавця та суду з

відповідними заявами для зняття арешту з майна, на яке має видаватися свідоцтво.

Стадія безпосереднього вчинення даного нотаріального провадження зводиться до видачі стягувачеві свідоцтва про придбання стягувачем майна, якщо прилюдні торги не відбулися, яке має відповідати правилами ведення нотаріального діловодства. Але на думку авторів, у таку форму Правил мають бути внесені зміни з урахуванням запропонованих вище авторами змін до п. 6 ст. 34 Закону.

Таке свідоцтво викладається на нотаріальному бланку, скріплюється підписом та печаткою нотаріуса і реєструється у реєстрі вчинюваних нотаріальних дій.

При цьому нотаріус має роз'яснити стягувачеві необхідність його державної реєстрації.

Загалом проведений аналіз діяльності державного виконавця, процедури проведення публічних торгів та процедури вчинення нотаріального провадження з видачі свідоцтв про придбання майна з прилюдних торгів свідчить про те, що ці питання є досить важливими для захисту прав громадян, тому потребують подальших теоретичних розробок з метою їх узгодження та вдосконалення. Так, нотаріуси не можуть свою діяльність базувати на документах, які створювалися державними виконавцями, оскільки останні на відміну від рішень суду не є загальнообов'язковими (ст. 14 ЦПК), тому юридичні обставини, які в них констатуються мають безпосередньо встановлюватися нотаріусом, виходячи із принципу безпосередності нотаріального процесу.

1. Див: Фурса С.Я. Класифікація нотаріальних проваджень // Підприємництво, господарство і право. – 2001. – № 3. – С. 32-34. 2. Детальніше див: Фурса С.Я., Фурса Є.І. Закони України "Про державну виконавчу службу", "Про виконавче провадження" про виконання рішень та застосування практики з Європейського суду з прав людини. Науково – практичний коментар. – К.: Видавець Фурса С.Я.:КНТ, 2008. – С.560–569. 3. Там само. – С. 568.

Надійшла до редколегії 05.12.11

УДК 342.95

В. Комзюк, канд. юрид. наук

МИТНІ ОРГАНИ ЯК СУБ'ЄКТИ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА

Статтю присвячено вивченню та аналізу чинного законодавства і наукової літератури щодо з'ясування поняття, сутності та значення митних органів як суб'єктів адміністративного права.

Ключові слова: митні органи, митна служба, правоохоронні органи, виконавчо-розпорядча діяльність.

Статья посвящена изучению и анализу действующего законодательства и научной литературы относительно определения понятия, сущности и значения таможенных органов как субъектов административного права.

Ключевые слова: таможенные органы, таможенная служба, правоохранительные органы, исполнительно-распорядительная деятельность.

The article is devoted a study and analysis of current legislation and scientific literature in relation to finding out of concept, essence and value of custom organs as administrative legal subjects.

Keywords: custom organs, custom service, law enforcement authorities, executive and activity.

На сьогоднішній день питання правового статусу митних органів є одними з найменш розроблених адміністративно-правовою наукою. Така ситуація склалася в силу ряду об'єктивних причин. Протягом практично всього періоду існування СРСР в країні панувала державна монополія зовнішньої торгівлі. Таке становище призвело до знецінення митної справи та відповідного законодавства, різкого скорочення функцій митних органів, спрощення їх внутрішньої структури, падіння ролі і місця в системі державного управління. Корінний перелом у розвитку митної справи був здійснений на початку 90-х років минулого століття, коли відбулася лібералізація зовнішньоекономічного життя країни, а держава відмовилася від суто командного управління зовнішньою торгівлею. Зміна митного законодавства, стрімке збільшення обсягу завдань, що стоять перед митним відомством, призвело як до підвищення його статусу і значення в системі орга-

нів державної влади України, так і до корінної перебудови його внутрішньої структури [1, с. 1]. Однак, поряд із зазначеними обставинами, існує проблема щодо розуміння правової природи та значення митних органів в системі органів державної влади.

Беручи до уваги важливу роль митного права в здійсненні захисту економічних інтересів країни, а також необхідність удосконалення митного регулювання, створення умов для розроблення та ефективного функціонування гармонізованого митного права в системі права країни, потрібно здійснювати широкомасштабну підготовку науковців та спеціалістів-практиків з митного права [2, с. 3]. Окремі аспекти зазначеної проблематики знайшли своє відображення у працях як вітчизняних, так і зарубіжних вчених з адміністративного права, теорії управління та інших галузей, серед яких варто відзначити Дьоміна Ю. М., Жоріна Ф. Л., Зябікіна В. М.,

Новокшонов І. Б., Приймаченко Д. В., Сандровського К. К., Федотова І. О., Шишку Р. Б. та інших. Проте, враховуючи трансформаційні процеси адміністративної реформи, а також значні зміни, які вносяться до законодавства щодо регулювання митної справи, все ж таки, питання з'ясування правової природи митних органів потребує додаткового доопрацювання.

Метою статті є визначення поняття "митні органи" як з позиції теорії права, так й законодавчого закріплення, а також з'ясувати їх місце і значення в системі органів державної влади.

Перш за все, варто відзначити, що наявність національної системи митної служби є невід'ємною ознакою суверенітету держави, одним з найвагоміших факторів її політичної та, насамперед економічної незалежності, обов'язковим чинником існування цілісного самодостатнього державно-територіального утворення. У розв'язанні низки конкретних завдань система митної служби є суттєвим фактором підтримки рівноваги і створення в країні найсприятливіших умов для розвитку власної економіки, вагомих чинників структурних ринкових перетворень, важелем впливу на стан соціального благополуччя суспільства. Для України, як і для будь-якої суверенної держави, питання формування та безпосередньої реалізації митної політики, функціонування системи митної служби, ефективного та дієвого митно-правового регулювання на власній території завжди було й буде досить актуальним та вагомим [3, с. 24]. Сам же процес переміщення товарів, предметів, транспортних засобів через митний кордон України є специфічним та має свої особливості. Це пов'язано з тим, що державні органи, виконуючи покладені на них управлінські функції в галузі митної справи, покликані забезпечувати захист державного кордону, економічні інтереси держави, захист інтересів споживачів та ін. При виконанні цих завдань митні органи вступають в широке коло правовідносин з органами державної влади, підприємствами, установами, організаціями та фізичними особами [4, с. 34]. При цьому, важливим питанням є визначення серед цих правовідносин митних органів як суб'єктів адміністративного права.

Саме тому чітке визначення того чи іншого поняття дозволяє передавати в процесі комунікації своє розуміння предмета обговорення іншим суб'єктам, допомагає уникати двозначності і непорозуміння. Розвиток науки завжди пов'язаний з удосконаленням її понятійного апарату, з уточненням понять які складають її зміст. Водночас, чітке визначення понять має важливе значення не тільки для науки, але й для законодавства, оскільки чим точнішим буде визначення термінів, які застосовуються в законодавчих та підзаконних актах, тим простішою і правильнішою буде правозастосовча практика. Отже, для забезпечення належного регулювання суспільних відносин в державі, реалізації та захисту прав, свобод і законних інтересів громадян важливо, щоб законодавець: по-перше, давав визначення термінам, які він застосовує в нормативно-правових актах; по-друге, давав правильні, чіткі визначення, які б адекватно відбивали певні явища правової дійсності і не допускали б двояке тлумачення правових норм [5, с. 36]. Тобто від правильного розуміння того чи іншого поняття залежить ступінь розроблення досліджуваної проблематики.

Так, на законодавчому рівні поняття "митні органи" було закріплено у 2002 році з прийняттям Митного кодексу України. Відповідно до ст. 1 "Визначення основних термінів і понять" п. 17 зазначеного Кодексу митними органами є спеціально уповноважені органи виконавчої влади в галузі митної справи, на які відповідно до цього Кодексу та інших законів України покладено

безпосереднє здійснення митної справи. В свою чергу, в ч. 2 ст. 12 цього ж нормативно-правового акту робиться уточнення, які саме органи є митними: спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади в галузі митної справи; регіональні митниці; митниці [6]. Поряд з митними органами в Україні діють спеціалізовані митні установи та організації (експлуатаційні, транспортні, інформаційно-аналітичні, кінологічні, освітні, науково-дослідні), які виконують допоміжну роль у реалізації митної справи.

В міжнародному праві термін "митні органи" означає органи, які *inter alia* відповідальні за застосування норм митного права (п. 3 ст. 4) [7]. В свою чергу, п. 11 ст. 11 Митного кодексу Російської Федерації закріплює положення про те, що митні органи – це федеральний орган виконавчої влади, уповноважений у сфері митної справи, і підпорядковані йому митні органи Російської Федерації, за винятком випадків, коли в цьому Кодексі згадуються митні органи іноземних держав [8]. Тобто в даному випадку робиться уточнення про те, що у сфері митної справи митні органи є уповноваженими, перш за все, на проведення митного контролю. Іншими словами, митний контроль стає ключовою, визначаючою функцією, що виділяє митні органи серед інших органів, уповноважених у сфері митної справи.

В науковій літературі також міститься низка визначень поняття "митні органи". Наприклад, досліджуючи радянське митне право, К.К. Сандровський вважає, що під митними органами доцільно розглядати державні органи, що здійснюють виконавчо-розпорядчу діяльність у спеціальній сфері державного управління, пов'язану з пропуском через державний кордон різного роду вантажів, у тому числі й багажу та поштових відправлень, валютних цінностей, а також транспортних засобів, що слугують для перевезення пасажирів [9, с. 10-11]. Проте, на мою суб'єктивну думку, дане визначення втрапило свою актуальність, оскільки відображає лише одне із основних завдань митних органів – порядок переміщення товарів та інших предметів через митний кордон. Достатньо суперечливим вбачається визначення, наведене І.В. Тимошенком, який під митними органами розуміє державні органи, що регулюють правовідносини, які виникають, змінюються та припиняються у сфері митної справи [510, с. 73]. Тобто при розкритті змісту поняття митних органів І.В. Тимошенко основну увагу зосереджує на юридичних фактах, не враховуючи при цьому зміст правовідносин окреслених органів.

В рамках сучасної правоохоронної концепції митні органи характеризуються наступною сукупністю ознак: це – державні органи виконавчої влади, що безпосередньо здійснюють митну справу, складаючи частину сил забезпечення безпеки країни, воснізовані, правоохоронні у вузькому (законодавчому) сенсі органи. Остання ознака означає, що такі органи прямо названі правоохоронними в нормативно-правових актах, і їх діяльність в значній мірі направлена на боротьбу із злочинами та іншими правопорушеннями [10, с. 9]. Достатньо логічним є підхід до визначення митних органів, запропонований російським дослідником К.С. Бельським. На його переконання, митними органами є спеціалізовані органи виконавчої влади, покликані через застосування методів поліцейської діяльності в галузі митної справи забезпечувати економічні та фінансові інтереси держави, а також економічну, державну й іншу її безпеку [11, с. 463]. Тобто автор митні органи також відносить до правоохоронних, що, на мою думку, є достатньо обґрунтованим, оскільки відповідно до ст. 2 Закону України "Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів" правоохоронні органи – це органи прокуратури

тури, внутрішніх справ, служби безпеки, Військової служби правопорядку у Збройних Силах України, **митні органи**, органи охорони державного кордону, органи державної податкової служби, органи і установи виконання покарань, слідчі ізолятори, органи державної контрольно-ревізійної служби, рибоохорони, державної лісової охорони, інші органи, які здійснюють правозастосовні або правоохоронні функції [12].

В свою чергу, Р.Б. Шишка митні органи України визначає як один із різновидів учасників публічно-правових та інших відносин, що склалися під впливом загальних тенденцій формування структури державних органів, потреб наукової організації та забезпечення ефективної діяльності цих органів, простоти та зручності для осіб, які перевозять через митний кордон товари та транспортні засоби, можливості співпраці з митними органами інших країн [13, с. 68]. В такий спосіб науковець акцентує увагу на таке призначення митних органів, як простота та зручність для осіб, які перевозять через митний кордон товари та транспортні засоби. Проте, я вважаю, що дане призначення є далеко не головним в діяльності митних органів. Митні органи України, як зазначає В.В. Ченцов, є державними органами, основним призначенням діяльності яких є сприяння реалізації громадянами та суб'єктами господарювання свого права на переміщення товарів, предметів і транспортних засобів через митний кордон, організація та здійснення контролю за дотримання ними (громадянами та суб'єктами господарювання) правил переміщення товарів, предметів і транспортних засобів та використання в межах своїх повноважень інших інструментів реалізації митної політики [3, с. 24].

На думку Ф.Л. Жоріна, митний орган – це державний орган виконавчої влади, який за характером є правоохоронним, діє від імені держави, наділений владними повноваженнями, виконує завдання і функції в галузі митної справи та в інших пов'язаних з нею галузях державного управління з допомогою властивих йому форм і методів діяльності та на підставі закону. Автор також зазначає, що систему митних органів можна визначити як обумовлену функціональною єдністю сукупність митних органів, яка характеризується одними цілями і завданнями діяльності, а також ієрархічною побудовою і підпорядкованістю нижчих органів вищим [14, с. 50-51]. Я вважаю, що дане визначення й найбільш вдалим при характеристиці вітчизняних митних органів.

Митним органам належить ключове місце в системі суб'єктів реалізації митної політики, оскільки саме їм належить провідна роль у механізмі державного управління митно-правовою сферою, адже саме митні органи здійснюють міжгалузеву координацію та функціональне регулювання відносин у сфері митно-правового регулювання. Це впливає, насамперед, з того, що митні органи:

1) створені саме для безпосереднього здійснення митної діяльності, що є основним засобом упровадження в життя митної політики;

2) здійснюють діяльність, що характеризується чітко визначеною державною спрямованістю, цілями, завданнями, функціями та певним обсягом компетенції, що безумовно пов'язані з формуванням та реалізацією митної політики;

3) за функціональним змістом владних повноважень забезпечують цілісність як системи митної служби, так і системи державного регулювання зовнішньоекономічної діяльності;

4) виконують свої основні завдання та функції шляхом здійснення повсякденної та оперативної владно-організуючої діяльності;

5) реалізують свою діяльність, використовуючи специфічні форми і методи, що знайшли нормативне закріплення в окремому кодифікованому акті;

6) характеризуються наявністю організаційної відокремленості від інших елементів апарату державного управління, про що свідчить їх організаційно-правова форма та внутрішня структура;

7) поєднані стійкими зв'язками з усіма іншими суб'єктами формування митної політики та виступають посередником між ними й об'єктами державного впливу в сфері митно-правового регулювання суспільних відносин [15, с. 22].

Таким чином, враховуючи законодавчу практику, а також напрацювання як вітчизняної, так і зарубіжної науки, під митними органами слід розуміти спеціально уповноважені державні правоохоронні органи виконавчої влади, які наділені виконавчо-розпорядчими повноваженнями у галузі митної справи і, у відповідності до чинного законодавства, здійснюють пропуск через державний кордон різного роду вантажі, у тому числі й багаж та поштові відправлення, валюту та валютні цінності, а також транспортні засоби, що слугують для перевезення пасажирів.

Митні органи є частиною системи державного управління, при цьому вони мають специфічні риси і особливості, зумовлені завданнями і функціями, які вони виконують. Саме тому найбільш повно питання щодо визначення правової природи митних органів та спеціалізованих митних установ можна розкрити під час висвітлення їх характерних ознак, до яких, на мою думку, слід віднести наступні: 1) є юридичними особами публічного права; 2) виконують виконавчо-розпорядчу діяльність; 3) утворюються, реорганізуються і ліквідовуються у встановленому законом порядку; 4) їх діяльність пов'язана із переміщенням через державний кордон товарів, транспортних засобів та ін.; 5) наділені визначеною для них законами компетенцією в галузі митної справи; 6) мають правоохоронну спрямованість.

1. Новокшинов И. Б. Административно-правовой статус таможенных органов Российской Федерации : Автореф. дис. на соиск. ученой степени канд. юрид. наук : Спец. 12.00.02 "Конституционное право; государственное управление; административное право; муниципальное право" / И. Б. Новокшинов. – Москва, 1999. – 24 с. 2. Дьомін Ю. М. Митне право України : Навч. посібник / Ю. М. Дьомін, С. Ю. Дьоміна, Н. М. Железняк; За заг. ред. О. Х. Юлдашева. – Київ : Центр учбової літератури, 2009. – 232 с. 3. Митне право України : навчальний посібник / За заг. ред. В. В. Ченцова. – Київ, 2007. – 283 с. 4. Федотова І. О. Суб'єкти митного права / І. О. Федотова // Митна справа. – 2011. – № 5. – С. 33-39.
5. Безусий В. В. Правове регулювання працевлаштування в Україні : Дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.05 "Трудове право; право соціального забезпечення" / В. В. Безусий. – Х., 2007. – 183 с. 6. Митний кодекс України : Закон України від 11.07.2002 № 92-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 38-39. – ст.288.
7. Таможенный кодекс сообщества : Регламент Совета (ЕЭС) от 12.10.1992 № 2913/92 // [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_742.
8. Таможенный кодекс РФ : Закон РФ от 27.11.2011 // [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.tamogkodes.ru/> 9. Сандровский К. К. Таможенное право / К. К. Сандровский. – К.: Вища школа, 1974. – 176 с.
10. Зябкин В. М. Таможенные органы в механизме Российского государства (теоретико-правовой аспект) : Автореф. дис. на стиск. ученой степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 "Теория и история права и государства; история правовых учений" / Зябкин В. М. – С.-Пб., 2000. – 24 с. 11. Бельский К. С. Полицейское право : Лекционный курс / К. С. Бельский. – М. : ДИС, 2004. – 815 с. 12. Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів : Закон України від 23.12.1993 № 3781-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 11. – ст.50. 13. Шишка Р. Б. Митне право України: Підручник / Р. Б. Шишка. – Київ, 2008. – 320 с. 14. Жорін Ф. Л. Правові основи митної справи в Україні (конспект курсу лекцій з програмних тем) : Навч. Посібник / Ф. Л. Жорін. – К. : КНЕУ, 2001. – 248 с. 15. Приймаченко Д. В. Адміністративна діяльність митних органів у сфері реалізації митної політики держави : Автореф. дис. ... канд. д-ра юрид. наук : спец. 12.00.07 "Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право" / Д. В. Приймаченко. – Ірпін, 2007. – 40 с.

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 судів" [2]), взаємодіє з відповідними органами та установами, в тому числі інших держав, з метою вдос-

коналення 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 "законои 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 dokonституційний 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 констатуючи, що різне розуміння науковцями регламентації цього питання в Конституції все ще залишається дискусійним.

Про потребу врахування проблеми взаємодії судів різних юрисдикцій, запобігання перетинання юрисдикцій, 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 особливому завданні сьогодення, наголошує А.Г. Маланюк [7, с.4]. Зокрема, вза-

сמודію 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.Омельяненко 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 суверенністю 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, надаючи В.Чіркнін [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. Мало дослідженим 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.

Надійшла до редколегії 06.12.11

УДК 342.95 +351.74 (477)

А. Присяжнюк, канд. юрид. наук

СТАДІЇ КОНТРОЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ, ЩО ЗДІЙСНЮЄТЬСЯ СУБ'ЄКТАМИ ДЕРЖАВНОГО КОНТРОЛЮ У СФЕРІ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ

Аналізуються основні підходи до розуміння стадій адміністративного, зокрема контрольного провадження. Окрему увагу приділено визначенню критеріїв (ознак), що характеризують самостійність (автономність) стадій контрольного провадження. Як наслідок, визначено поняття та види стадій контрольного провадження, що здійснюється суб'єктами державного контролю у сфері виконавчої влади

Ключові слова: стадії (етапи), державний контроль, контрольне провадження.

Анализируются основные подходы к пониманию стадий административного, в частности, контрольного производства. Отдельное внимание уделено определению критериев (признаков), которые характеризуют самостоятельность (автономность) стадий контрольного производства. Как следствие, определены понятие и виды стадий контрольного производства, осуществляемого субъектами государственного контроля в сфере исполнительной власти.

Ключевые слова: стадии (этапы), государственный контроль, контрольное производство.

In this article the author describes the basic going near a list and understanding of the stages of administrative and control process. Separate attention is spared to determinate of signs, that show independence (noninteraction) of the stages of control process. As a result, the author gives his concept and list of the stages of control production, that is carried out by the subjects of state control in the field of executive power

Key words: stages, state control, control process.

Держава, керуючись невідкладними завданнями, які вона ставить перед собою у певний період, має контролювати їх здійснення, консолідувати зусилля на подолання перешкод, а також визначати завдання контролю та механізм його здійснення. Останній не-

розривно пов'язаний з існуванням стадій контрольного провадження як власне будь-якої іншої правової форми державної діяльності.

Стадійність контрольної діяльності свідчить про її циклічний характер, тобто певні операції і дії контроль-

ного провадження періодично повторюються у часі і послідовно змінюють одні інших. У загальному і цілому їх сукупна структура відображає якісний розвиток контрольного провадження у просторі і насамперед у часі.

В Україні окремі питання державного контролю тою чи іншою мірою досліджували В. Б. Авер'янов, О. Ф. Андрійко, О. М. Бандурка, Ю. П. Битяк, А. С. Васильєв, В. М. Гаращук, І. П. Голосніченко, Є. В. Додін, С. В. Ківалов, Л. В. Коваль, Л. Т. Кривенко, Є. Б. Кубко, Н. Р. Малишева, В. Ф. Опришко, М. П. Орзіх, П. М. Рабінович, М. Ф. Селівон, В. Ф. Сіренко, В. В. Цвєтков, В. М. Шаповал, Ю. С. Шемшученко та інші.

Проблеми стадійності, в основному, є предметом досліджень спеціалістів традиційних процесуальних наук, в яких стадії визначаються як сукупність процесуальних дій або процесуальних відносин, об'єднаних найближчою процесуальною метою [1, с. 81]. В адміністративно-правовій літературі стадії контрольного провадження розглядають разом із основними елементами останнього, відмічаючи, що вони дуже тісно пов'язані [2, с. 334-335].

Отже, завдання даної статті полягає в тому, щоб на підставі аналізу основних підходів до розуміння стадій контрольного провадження, враховуючи специфіку діяльності суб'єктів державного контролю у сфері виконавчої влади, визначити поняття та види стадій контрольного провадження, що здійснюються суб'єктами державного контролю у сфері виконавчої влади.

У найбільш узагальненому вигляді стадія є "певна ступінь (період, етап) у розвитку чогось, що має свої якісні особливості" [3, с. 632]. Як самостійний елемент юридичного процесу, стадія являє собою частину визначеної у часі структури, яка складається з об'єктивної логічної послідовності здійснення визначеного числа дій з прийняття процесуального акту допоміжного або основного призначення. Стадія виступає в якості визначеної у часі форми, яка наповнена відповідним функціональним змістом, тобто тими вимогами, які пред'являються до учасників процесу та їхнім діям з метою досягнення останніми матеріально-правового результату, передбаченого правовою нормою [4]. Процесуальні стадії також визначають у якості елементу процесуальної форми, який характеризує динамічну, часову сторону юридичного процесу, тобто елемент, який визначає початковий, проміжний та кінцевий етапи розгляду юридичної справи [5, с. 115].

Говорячи про стадії адміністративних проваджень, в першу чергу варто звернутися до праць Д. М. Бахраха, який називає загальними для адміністративного процесу, а, значить і для будь-якого із проваджень, такі з них, а саме: [6, с. 155-156].

1) Аналіз ситуації, у процесі якого збирається, вивчається інформація про фактичне становище справ, реальні факти, існуючі проблеми.

2) Прийняття рішення – наказу, постанови, інструкції – в якій фіксується воля суб'єкта влади.

3) Виконання рішення. Велике значення має матеріалізація приписів, перетворення їх у реальні дії, права, відносини, процеси.

Процес виділення у межах адміністративного провадження певних стадій повинен мати об'єктивний характер і не залежати від суб'єктивного розуміння його особливостей [7, с. 120]. Самостійний характер кожної стадії ґрунтується на тих чи інших критеріях, які у літературі пропонують ділити на дві групи, а саме: конститутивні та факультативні [8, с. 128].

Конститутивними критеріями виступають: конкретні завдання та функції, притаманні тільки одній стадії; система юридичних фактів, що безпосередньо забез-

печують перехід з однієї стадії до іншої; особливості правового становища учасників провадження; специфічність здійснюваних операцій та характер юридичних наслідків; особливості закріплених у відповідному процесуальному акті (документі) кінцевих матеріально-правових результатів.

Поряд із цим, у кожній окремій стадії провадження можуть бути виявлені факультативні ознаки, які підкреслюють самостійність (автономність) стадій та їх специфічний прояв у межах адміністративного провадження. Цей перелік критеріїв не є вичерпним при визначенні самостійних стадій провадження, але із їх допомогою можна встановити межі кожної окремої стадії адміністративного провадження та здійснити їх вірне ви členення. Тому кожне адміністративне провадження характеризується своєю кількістю стадій, серед яких можна виділити обов'язкові та факультативні.

Обов'язкова стадія провадження – це стадія адміністративного провадження, яка є обов'язковою для досягнення цілей і завдань, що поставлені перед його реалізацією. Факультативна – це стадія адміністративного провадження, яка не завжди є обов'язковою для досягнення загальних цілей та завдань того чи іншого провадження.

При цьому слід відрізнати стадії від контрольно-процедурних дій, які наповнюють зміст останніх. Так, кожна стадія провадження складається з певної кількості етапів – сукупності дій, які спрямовані на досягнення внутрішньостадійної проміжної мети [7, с. 121].

Щодо кількості стадій контрольного провадження серед вчених-правознавців не склалося єдності думок. У літературі переважно виділяють від двох до п'яти стадій.

Наприклад, В. М. Артеменко виділяє в контрольній діяльності дві основні стадії: перевірка додержання відповідними суб'єктами тих або інших вимог з метою виявлення наявних в цьому відношенні недоліків, а також причин та умов, що їм сприяли; прийняття всіх необхідних заходів, спрямованих на виправлення, коригування неналежного стану справ на даний час та на майбутнє [9, с. 4]. Висловлюється також думка про те, що серед стадій контрольного провадження існують: підготовка до перевірки; проведення перевірки; розгляд матеріалів контролю та прийняття необхідних заходів [10, с. 14].

Аналіз чинного законодавства з повноважень контрольно-наглядових органів дав можливість В. М. Гаращуку виділити такі основні стадії контрольних проваджень: 1) порушення контрольно-наглядового провадження (підставами тут є будь-яка достовірна інформація про недоліки на об'єкті контролю або поточні плани роботи суб'єкта контролю); 2) безпосереднє вивчення повноважними особами контрольно-наглядового органу стану справ на підконтрольному об'єкті (шляхом порівняння з нормативними вимогами); 3) документальне оформлення результатів контролю; 4) застосування (за наявності підстав) заходів адміністративного примусу до правопорушників [2, с. 335].

Серед пропозицій виділення значної кількості етапів (стадій) контрольного провадження варто відмітити точку зору О. Ф. Андрійко, яка до них відносить: 1) вибір об'єкту контролю, визначення мети і прийомів контролю; визначення кола контролюючих суб'єктів, що будуть приймати участь у здійсненні перевірки та узгодження їх дій; 2) прийняття рішення про проведення контролю, із остаточним визначенням органів, що будуть задіяні при проведенні контрольних перевірок; 3) організаційні дії пов'язані з ознайомленням із наявною інформацією про об'єкт контролю, вибір прийомів та засобів контролю, повідомлення про час його проведення; 4) аналіз та встановлення фактичного стану об'єкту контролю;

5) прийняття рішення за результатами контролю, інформування відповідних органів, підготовка пропозицій та рекомендацій; 6) виконання рішень, прийнятих за результатами перевірки [11, с. 227].

Кожна із запропонованих класифікацій, як уявляється, обумовлена особливостями об'єкта контрольної діяльності. Тому доцільно говорити про підхід, який дозволяє узагальнити різні точки зору. Такий підхід заснований на ознаках логічної послідовності (вивчення та узагальнення фактичних обставин справи, їх юридична кваліфікація та винесення рішення у справі) та функціонального призначення (які проявляються в конкретних видах процесу, коли враховуються безпосередня функція того або іншого етапу, коло суб'єктів, які приймають в ньому участь та їх повноваження) [5, с. 115].

Так В. М. Горшенєв та І. Б. Шахов, говорячи про контрольно-процесуальні стадії, виділили стадії логічної послідовності в контрольному процесі: 1) встановлення фактичних обставин справи, куди відносяться операції, які пов'язані з аналізом фактичних даних, з доказом їх повноти та вірогідності; 2) вибір та аналіз норм, у випадках, коли операції пов'язані з дослідженням юридичних норм, встановленням їхньої юридичної сили і т. ін.; 3) вирішення справи, виражене в акті застосування права; та стадії функціонального характеру: 1) організаційно-підготовча стадія; 2) стадія встановлення фактичних обставин справи, аналіз фактів; 3) стадія розробки та прийняття рішення, рекомендацій або інформування компетентних органів про свої висновки та приписи з удосконалення діяльності підконтрольних об'єктів; 4) стадія перевірки виконання рішення, прийнятого за результатами контролю [12, с. 160-167].

Однак, ця точка зору зазнала обґрунтованих критичних зауважень з боку Д. В. Лученко: "Так, запропоновані стадії логічної послідовності співпадають з загальними стадіями правозастосовчого процесу, які розроблені загальною теорією права. Специфіка контрольного процесу в такій класифікації втрачається... Що стосується запропонованих стадій функціонального призначення, то перша з них має скоріше організаційний характер ніж функціональний, а остання (перевірка виконання) є формою того ж контролю" [1, с. 84-85].

Інший підхід до класифікації стадій контролю можна відзначити у В. А. Клімова, який виділяє наступні стадії: а) збір та обробка інформації (інформаційна стадія); б) аналіз одержаної інформації (аналітична стадія); в) розробка та здійснення коригуючої дії (стадія коригування) [13, с. 14]. Саме ця позиція отримала широку підтримку серед вчених-юристів [1, с. 85-86; 14, с. 84]. Загалом ми також підтримуємо дану точку зору, проте з врахуванням особливостей контролю, що здійснюється суб'єктами державного контролю у сфері виконавчої влади.

Так, зміст перших двох стадій, як уявляється, постає перед нами однозначним, навіть враховуючи, наявність різних підходів до формулювання їх назв (наприклад, є пропозиції другу стадію називати "оціночною" [15, с. 64]). Щодо останньої, визначеної В. А. Клімовим стадії, у літературі існують дещо різні підходи її розуміння. Так, висловлюється позиція про те, що до поняття контролю слід включати прийняття заходів щодо усунення виявлених недоліків [16, с. 7]. Цю позицію доповнюють вчені, які визначають зміст цієї стадії як формування рішення, спрямованого на усунення розбіжностей між фактичними даними та моделлю [17, с. 7], або як застосування до об'єктів відповідних заходів впливу (соціальних санкцій) з метою усунення негативних та розвитку позитивних процесів (з точки зору суб'єкта контролю) [13, с. 17], або розробку заходів, що протидіють виявленим

відхиленням [18, с. 16], сигналізування контролюючим суб'єктом компетентним органам про свої спостереження, вимоги або пропозиції усунути виявлені недоліки [1, с. 96] та нарешті – виконання рішення [14, с. 85] тощо.

Враховуючи існування різних точок зору щодо змісту останньої стадії контрольного провадження, для уточнення переліку стадій доцільно звернутись до думки В. М. Горшенєва та І. Б. Шахова про стадії логічної послідовності, але врахувати при цьому специфіку контрольної діяльності суб'єктів державного контролю у сфері виконавчої влади. У зв'язку з цим доцільним у якості обов'язкової завершальної виділити саме регулятивну стадію.

Доцільність цього ґрунтується на тому, що стадія регулювання припускає вжиття певних заходів реагування на відповідним чином оцінені інформацію чи факт. Орієнтуючись на традиційну юридичну термінологію, усе розмаїття цих заходів можна було б позначити узагальнюючим для них терміном санкції. Результати контролю спричиняють "застосування санкцій юридичного та не-юридичного характеру" [19, с. 30-39].

Але щодо застосування саме цього терміна для позначення форми реагування на даній стадії контролю у нас є певні заперечення. Хоча санкції можна підрозділяти на позитивні (спричиняють отримання якихось певних благ) та негативні (спричиняють позбавлення даного роду благ), але в юриспруденції термін "санкція" традиційно має негативний відтінок, оскільки санкція норми права містить у собі саме негативні наслідки правопорушення. І тому, наприклад, П. М. Рабінович заохочення називає не санкцією, а факультативним елементом норми права [20, с. 100]. Окрім цього, зміст поняття "санкція" [3, с. 599] припускає вплив на об'єкт контролю, але результатом оцінки інформації (факту), здобутих контролем можуть бути і заходи, адресовані іншим об'єктам управління, тобто суб'єкт контролю повинен виконати ще й якусь управлінську функцію [15, с. 67]. Таким чином, більш логічно і правильно казати про прийняття на регулятивній стадії контролю рішення про застосування заходів певного характеру. Ці заходи не завжди стосуються об'єкта контролю, але він, його стан, оцінений позитивно або негативно на предмет відповідності або не відповідності критерію контролю спричинює два типи можливих оціночних висновків: 1) немає підстав для реагування; 2) є підстави для реагування.

Мова йде про підстави фактичні, юридичні, без яких не може здійснюватись контрольна діяльність, що, приміром, припускає прийняття правозастосовчого акта. Ось чому можливим варіантом, наприклад, офіційної відповіді із прокуратури на скаргу може бути така: "Підстав для внесення документів прокурорського реагування не встановлено".

У даному контексті також треба наголосити на тому, що меті контролю ідеально відповідає тільки один вид заходів – коректувальні (відновлювальні) заходи, хоча реально до загального переліку заходів входять і інші [15, с. 68].

За "логікою речей", не відповідність об'єкта контролю управлінському рішення припускає коректування об'єкта контролю, адже коректувати – це "вносити виправлення, виправляти щось" [3, с. 363]. Коректування об'єкта контролю – це його нормалізація, тобто відновлення його нормального стану (стану відповідності управлінському рішення). Інакше кажучи, суб'єкт контролю після констатування факту не відповідності стану об'єкта контролю управлінській моделі, його життєдіяльності (норма права, наказ, план, стандарт тощо) застосовує санкції, спрямовані "на усунення розходжень

між фактичними даними і моделлю" [17, с. 7]. Приміром, існування фактів порушення прав людини припускає, що серед основних функціональних дій омбудсмена обов'язково є дії коректувального характеру [21, с. 45].

Проте необхідно враховувати, що не завжди об'єктивно є можливим відновлення порушеного стану об'єкта контролю, його приведення у відповідність із встановленою і одночасно бажаною моделлю цього стану [15, с. 68].

Отже, стадії контрольного провадження, що здійснюються суб'єктами державного контролю у сфері виконавчої влади, варто визначити як сукупність відносно самостійних груп однорідних дій, які суб'єкти державного контролю здійснюють на підставах і у порядку, визначеному чинним законодавством, у межах яких реалізуються власні завдання кожної стадії, але у межах загального завдання усього провадження – визначення наявності (або відсутності) факту порушення чинного законодавства та прийняття рішення про застосування відповідних заходів.

Орієнтуючись на визначення "стадій" як сукупностей певних процесуальних дій, котрі об'єднує найближча мета [22, с. 77], а також виходячи зі змісту та переліку основних стадій провадження, які властиві в цілому адміністративно-процедурній діяльності [23, с. 488], ми за характером основної найближчої мети у контрольній діяльності як певній процедурі розрізняємо серед основних стадій контрольного провадження суб'єктів державного контролю у сфері виконавчої влади такі: 1) інформаційну стадію (фактовстановлюючу); 2) аналітичну стадію; 3) регулятивну стадію; 4) стадію оскарження (у якості факультативної).

На наш погляд, така класифікація стадій контрольного провадження відповідає умовам самостійності (автономності) кожної стадії. Окремо варто зазначити, що розрізнення нами даних стадій як відносно самостійних зумовлене і тим, що у контрольній діяльності не завжди співпадають суб'єкт безпосереднього отримання інформації і суб'єкт оцінки отриманої інформації та суб'єкт реагування на оцінену інформацію. Наприклад, Верховна Рада України може прийняти рішення про надіслання запиту до Президента України на вимогу народного депутата України, групи народних депутатів чи комітету Верховної Ради України. Прокурор має право у випадках передбачених законом звернутися до адміністративного суду щодо визначення незаконними рішення, дії або бездіяльності суб'єктів владних повноважень. Такий стан речей у контрольній діяльності підкреслює специфіку контрольного провадження, що здійснюється суб'єктами державного контролю у сфері виконавчої влади.

Стадійність контрольного провадження, що здійснюється суб'єктами державного контролю у сфері виконавчої влади, є неминучою, адже для того, щоб здійснити контрольні дії, слід отримати інформацію про наявність (або відсутність) підстав визнання факту дотримання (або недотримання) чинного законодавства, здійснити її аналіз, прийняти рішення про застосування конкретних заходів.

Таким чином, говорячи про контрольне провадження, що здійснюється суб'єктами державного контролю у сфері виконавчої влади, як відносно самостійну адмініс-

тративну процедуру, яка являє собою цілісний комплекс цілеспрямованих упорядкованих дій, необхідно вказати, що всі окреслені нами стадії взаємопов'язані, взаємообумовлені та логічно впливають одна на одну. Відсутність хоча б однієї із стадій відповідного контрольного провадження не лише негативно впливає на кінцеву результативність всієї контрольної діяльності, а й взагалі позбавляє її можливості досягти поставленої мети.

1. Лученко Д. В. Контрольне провадження : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07 / Лученко Дмитро Валентинович. – Х., 2003. – 180 с.
2. Гаращук В. М. Теоретико-правові проблеми контролю та нагляду у державному управлінні : дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.07 / Гаращук Володимир Миколайович. – Х., 2003. – 412 с.
3. Словник іншомовних слів / за ред. О. С. Мельничука. – К.: Головна редакція Української Радянської енциклопедії АН УРСР, 1974. – 776 с.
4. Бенедик І. В. Понятие и соотношение логических и функциональных стадий в юридическом процессе / И. В. Бенедик // Процессуальные вопросы повышения эффективности правового регулирования социалистических общественных отношений. – Ярославль, 1981. – С. 28-29.
5. Русско-украинский словарь терминов по теории государства и права: [учебное пособие]. / рук. авт. кол. И. Н. Панов. – Х., 1993. – 165 с.
6. Бахрах Д. Н. Административное право: [учебник] / Д. Н. Бахрах. – М.: БЕК, 1996. – 369 с.
7. Миколенко А. И. Административный процесс и административная ответственность в Украине: [учебное пособие] / А. И. Миколенко. – Х.: Одиссей, 2004. – 272 с.
8. Теория юридического процесса: [учебное пособие]; под общ. ред. В. М. Горшенева. – Х., 1985. – 253 с.
9. Артеменко В. М. Надзор и контроль за соблюдением законодательства о труде: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В. М. Артеменко – М., 1975. – 24 с.
10. Иванов И. Н. Общественный контроль в государственных производственных предприятиях: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / И. Н. Иванов – Саратов, 1965. – 19 с.
11. Андрійко О. Ф. Організаційно-правові проблеми державного контролю у сфері виконавчої влади: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.07 / Андрійко Ольга Федорівна. – К., 1999. – 378 с.
12. Горшенев В. М. Контроль как правовая форма деятельности / В. М. Горшенев, И. Б. Шахов. – М.: Юрид. лит., 1987. – 176 с.
13. Климов В. А. Социальный контроль в развитом социалистическом обществе: [монография] / В. А. Климов. – Саратов, 1984. – 178 с.
14. Хольченков О. М. Контрольное провадження в діяльності податкової міліції: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07 / Хольченков Олександр Миколайович. – Х., 2005. – 183 с.
15. Шестак В. С. Державний контроль в сучасній Україні (теоретико-правові питання): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Шестак Валентин Сергійович. – Х., 2002. – 195 с.
16. Студеникина М. С. Государственный контроль в сфере управления / М. С. Студеникина. – М., 1974. – 153 с.
17. Константинов И. З. Народный контроль как функция социалистического управления: автореф. дис. канд. юрид. наук / И. З. Константинов. – Ленинград, 1969. – 16 с.
18. Шорина Е. В. Контроль за деятельностью органов государственного управления в СССР / Е. В. Шорина. – М., 1981. – 201 с.
19. Бачило И. Л. Обеспечение порядка в управлении производством / И. Л. Бачило, С. В. Катрич, Л. А. Сергиенко. – М.: Юрид. лит., 1986. – 156 с.
20. Рабінович П. М. Основы заальної теорії права та держави: [підручник] / П. М. Рабінович. – К., 1994. – 236 с.
21. Бойцова В. В. Польський омбудсман: успішний експеримент / В. В. Бойцова // Конституційне і муниципальне право. – 2001. – №2. – С. 45-48.
22. Орзих М. Ф. Личность и право / М. Ф. Орзих. – М.: Юрид. лит., 1975. – 112 с.
23. Адміністративне право України. Академічний курс: підручник: у 2 т. Т. 1. Загальна частина / [ред. колегія: В. Б. Авер'янов (голова)]. – К.: Юрид. думка, 2004. – 584 с.

Надійшла до редколегії 06.12.11

УДК 342.51

М. Добкін, канд. юрид. наук

ЩОДО УДОСКОНАЛЕННЯ НОРМАТИВНОГО ВИЗНАЧЕННЯ СИСТЕМИ ЗАВДАНЬ МІСЦЕВИХ ДЕРЖАВНИХ АДМІНІСТРАЦІЙ

Проаналізовано завдання місцевих державних адміністрацій, зміст яких є відображенням призначення та цілі діяльності цього органу по виконанню функцій держави, опрацьована їх система та зміст редакції відповідної статті закону.

Ключові слова: місцеві державні адміністрації, функції держави.

Проанализированы задачи местных государственных администраций, содержание которых является отражением назначения и цели деятельности этого органа по исполнению функций государства, проработана их система и содержание редакции соответствующей статьи закона.

Ключевые слова: местные государственные администрации, функции государства.

The functions of local state administrations have been studied, the content of the functions is a reflection of the destination and purpose of this organ of state.

Key words: local state administrations, functions of state.

Подальший розвиток інституту місцевих державних адміністрацій насамперед пов'язується із удосконаленням їх діяльності, підвищенням ефективності здійснення цими органами виконавчої влади функцій держави. Зазначена проблематика наукового пошуку обумовлена, по-перше, продовженням процесу реформування системи державного управління з точки зору оптимізації всього механізму реалізації функцій держави, по-друге, подальшим розвитком публічно-сервісної концепції діяльності державної влади, по-третє, необхідністю на сучасному етапі завершення світової економічної кризи максимально ефективного та результативного здійснення управління всіма сферами життя суспільства та держави. І найбільш виразним проявом цих моментів, явищем, у якому знаходить свій прояв зміст діяльності місцевої державної адміністрації, є завдання, які вирішує зазначений орган, відповідно з тим призначенням, який він має в загальній системі механізму державного управління. Як свідчить аналіз наукової літератури [1, с. 377; 2, с. 103-104], завдання входять також до складу правового статусу державного органу, а тому удосконалення їх змісту та формулювання має вплинути на ефективність безпосередньої реалізації статусу місцевої державної адміністрації, що не може не відобразитися на підвищенні якості адміністративних послуг та управлінських рішень, які надає та реалізує цей орган виконавчої влади.

І хоча дослідженню відповідних аспектів діяльності місцевих державних адміністрацій було присвячено чимало праць (В.Б. Авер'янова, Г.В. Атаманчука, О.М. Бандурки, Д.М. Бахраха, І.Л. Бачило, Ю.П. Битяка, А.С. Васильєва, Р.А. Калюжного, А.П. Коренева, С.П. Кисіля, В.К. Колпакова, А.Т. Комзюка, Н.Р. Нижник, В.Ф. Опришка, П.М. Рабіновича, Ю.О. Тихомирова та інших), але постановка питання про завдання їх діяльності, як показує узагальнення останніх публікацій в цій сфері, є не випадковою. Це пояснюємо тим, що саме із ними пов'язується визначення повноважень цього органу держави, з реалізацією яких ми і стикаємося у повсякденному житті, а ступінь досягнення завдань характеризує дієвість та ефективність функціонування місцевих державних адміністрацій. Відмітимо, що це питання висвітлювалося, як правило, у загальному контексті дослідження діяльності місцевих державних адміністрацій. Однак, слід відзначити, що такий підхід унеможливує розкриття змісту їх завдань з урахуванням обумовленості їх діяльності у межах єдиної системи державного управління, а також формування завдань у взаємозв'язку із основними об'єктами державного управління та сферами забезпечення. Тому є всі підстави вважати, що виявлення системи завдань місцевих державних адміністрацій, відповідно до яких будується діяльність цих місцевих органів виконавчої влади,

внесення певних змін до їх формулювання є однією з умов удосконалення статусу та характеру їх діяльності. Саме тому мета цієї статті полягає у визначенні системи завдань місцевих державних адміністрацій у контексті їх зв'язку із призначенням цього органу державної влади, а також опрацюванні можливого формулювання нормативного змісту системи цих завдань.

Так, що стосується поняття "завдання", то з точки зору семантики під ним розуміють наперед визначений для виконання обсяг роботи, справа і т. ін.; мета, до якої прагнуть; те, що хочуть здійснити [3, с. 378; 4, с. 686]. Щодо діяльності органів виконавчої влади це поняття у окремих нормативних актах розкривається таким чином: це комплекс заходів, які випливають із головної мети і підлягають вирішенню для її досягнення, конкретизують цілі органу і становлять цільову функцію структурного підрозділу [5]. Тобто, стосовно місцевої державної адміністрації завдання – це все те, що цей місцевий орган виконавчої влади повинен робити, та всі ті заходи, які він повинен вживати для досягнення головної мети його існування.

У цьому контексті відмітимо, що завдання місцевої державної адміністрації корелюються із її місією та обумовлюються ціллю діяльності цього органу. При цьому слід врахувати, що місія розглядається як сформульоване твердження відносно того, для чого або з якої причини існує організація, тобто місія розуміється як твердження, що розкриває сенс існування організації, в якому проявляється відмінність даної організації від її подібних [6, с. 204], а під поняттям "мета" та "ціль", які за своїм змістом є синонімами і означають – те, до чого хтось прагне, чого хоче досягти [3, с. 520]. Відповідно, відносно цих понять завдання показують, що саме повинна робити місцева державна адміністрація, реалізуючи сенс свого існування, та які заходи цей орган повинен вжити, щоб досягти певної цілі. Також звернемо увагу, що відповідні завдання повинні формуватися як певна дія місцевої державної адміністрації, конкретний захід або визначений обсяг роботи, які слід здійснити, щоб забезпечити досягнення її цілей та виконання місії.

При цьому відмітимо, що враховуючи віднесення цього органу держави до органів виконавчої влади, а також підпорядкованість та керованість місцевих державних адміністрацій Президенту України та Кабінету Міністрів України (ст. 30 Закону України "Про місцеві державні адміністрації" [7]), які вирішують загальнодержавні завдання (ст.ст. 102, 113 Конституції України [8]), то, на нашу думку, місією цього органу є виконавча діяльність – тобто діяльність щодо забезпечення виконання Конституції та законів України, а метою – належний стан державного суверенітету, територіальної цілісності України, прав і свобод людини і громадянина, що вті-

люється у збереження суспільного спокою та удосконалення суспільних відносин. Відповідно, завдання місцевої державної адміністрації повинні бути спрямовані, пов'язані та обумовлюватися цими місією та метою, вони повинні мати виконавський характер та бути спрямовані на такі об'єкти управління, якими є:

- належна (така, що відповідає принципам верховенства права та законності) реалізація законів та відповідних підзаконних нормативно-правових актів;
- адміністративно-територіальні одиниці (особливо в частині забезпечення розвитку їх фінансово-економічного, інформаційного, науково-технічного і оборонного потенціалу) як складової державного суверенітету України;
- суспільний та державний лад, політична та економічна системи регіону;
- законні інтереси держави та її територіальна цілісність в межах відповідного регіону;
- права і свободи людини і громадянина, а також права та законні інтереси територіальних громад.

Виділені об'єкти управління, як ми вважаємо, і забезпечуються завдяки здійсненню відповідних завдань, які покладено на місцеві державні адміністрації.

Щодо змісту завдань державних органів, то в науковій літературі висловлювались різні думки, але варто відмітити, що при всій різноманітності виконуваних державними органами завдань їх можна поєднати за характером здійснення (спрямованості). Так, погодимося із точкою зору Л.Р. Грицаєнка, який, досліджуючи питання діяльності Державного комітету з питань регуляторної політики та підприємництва, на підставі узагальнення та аналізу повноважень цього комітету виділяє три основні групи його завдань: завдання організаційного характеру; завдання контролюючого характеру; завдання координаційного характеру. Л.Р. Грицаєнко вказує також на те, що ефективне адміністративно-правове регулювання з боку держави полягає у використанні всіх головних її механізмів (правових, організаційних, економічних) [9, с. 9-10]. Подібну точку зору висловлено і А.М. Кулішом, який досліджував нормативно-правову основу діяльності Державного митного комітету України. Зокрема, під завданнями він розуміє загальні напрями діяльності головного митного органу держави [10, с. 542-543, 545].

Отже, як бачимо, завдання групуються за певними напрямками (виконання; організація; контроль і нагляд; координація) та стосуються основної мети діяльності органу та об'єкта його управління (регуляторна політика та підприємництво або митна справа тощо). Що підтверджується і існуючими точками зору науковців. Так, А. Сухорукова на підставі аналізу Закону України "Про місцеві державні адміністрації" виділяє такі три частини завдань (напрямів) їхньої діяльності: 1) забезпечення виконання Конституції України, її законодавства та нормативних актів вищих органів виконавчої влади; 2) реалізація економічних, природоохоронних та інших програм, виконання бюджетів і звітування про їх виконання; 3) взаємодія з органами місцевого самоврядування та здійснення делегованих ними функцій [11]. З налізу позиції А. Сухорукової можна побачити, що пункт 1 відповідає дії виконання, пункт 2 – організації, а пункт 3 – координації. Наведене додатково підтверджує доцільність групування всіх завдань напрями як дій за окремими напрямками (виконання; організація; контроль і нагляд; координація).

Якщо проаналізувати чинну редакцію ст. 2 Закону України "Про місцеві державні адміністрації" [7], то, на нашу думку, вона потребує певних змін в частині уточнення кола завдань, які покладено на ці органи. Адже,

як ми вважаємо, ця стаття містить не вказівку на конкретні дії та обсяг робіт, що повинен вчинити цей орган, виходячи із сенсу його існування та необхідності досягнення певної мети, а передбачає перелік об'єктів (явищ, процесів), які повинні бути забезпечені внаслідок діяльності місцевої державної адміністрації (законність, права і свободи громадян, державні і регіональні програми тощо). До того ж ця стаття дублює положення ст. 119 Конституції України, хоча, як правило, закони повинні деталізувати положення Основного Закону, а не просто їх повторювати.

Тому, враховуючи наведене, є всі підстави для висновку, що вказана стаття потребує змін. Це переважно стосується уточнення: об'єкта управління; формулювання завдань саме як конкретних напрямків роботи або окремих заходів; групування їх за змістом діяльності (виконання; організація; контроль і нагляд; координація). Виходячи із цих позицій, а також беручи до уваги завдання, що стоять перед основним органом виконавчої влади – Кабінетом Міністрів України (ст. 2 Закону України "Про Кабінет Міністрів України" [12]), пропонуємо ст. 2 Закону України "Про місцеві державні адміністрації" викласти у такій редакції:

"Стаття 2. Основні завдання місцевих державних адміністрацій

До основних завдань місцевих державних адміністрацій належать:

1) вжиття заходів щодо забезпечення прав і свобод людини та громадянина, а також прав та законних інтересів територіальних громад, створення сприятливих умов для вільного і всебічного розвитку населення регіону;

2) забезпечення виконання Конституції, законів України, актів Президента України, Кабінету Міністрів України, інших органів виконавчої влади вищого рівня;

3) здійснення на території адміністративно-територіальної одиниці заходів щодо підтримання державного суверенітету та забезпечення обороноздатності і національної безпеки України, громадського порядку, боротьби зі злочинністю, ліквідації наслідків надзвичайних ситуацій;

4) виконання державних і регіональних програм соціально-економічного, науково-технічного та культурного розвитку, програм охорони довкілля, а також виконання інших державних і регіональних цільових програм;

5) підготовка та виконання відповідних бюджетів, а також звітування про виконання відповідних бюджетів та програм;

6) забезпечення рівних умов для розвитку всіх форм власності, а також здійснення управління об'єктами державної власності відповідно до закону;

7) спрямування та координація на території адміністративно-територіальної одиниці роботи органів виконавчої влади, а також взаємодія з органами місцевого самоврядування;

8) здійснення в межах, визначених Конституцією і законами України, на відповідних територіях державного контролю;

9) виконання інших завдань, визначених Конституцією та законами України, актами Президента України".

Вважаємо, що такий, більш поглиблений перелік завдань місцевих державних адміністрацій дозволить забезпечити деталізацію та повніше розкриття змісту ст. 119 Конституції України, а також сприяти чіткому визначенню всієї сукупності завдань місцевих державних адміністрацій за окремими напрямками їх здійснення (виконання; організація; контроль і нагляд; координація).

Чітке правове визначення завдань місцевих державних адміністрацій має важливе методологічне та практичне значення. Насамперед, воно полягає у тому, що

завдяки цьому здійснюється визначення такого важливого елементу правового статусу місцевих державних адміністрацій як повноваження цих органів виконавчої влади. Наприклад, у літературі з цього приводу відмічається, що повноваження органу виконавчої влади – це закріплені за ним права і обов'язки, де обсяг повноважень, закріплених за кожним органом виконавчої влади, визначається відповідно до покладених на нього завдань і функцій та виражає їх компетенцію [13, с. 205]. До того ж визначення завдань як відображення мети діяльності місцевої державної адміністрації дозволяє більш виважено підійти до формування внутрішньої структури цього органу, визначення компетенції та повноважень її окремих складових, адже кожен з органів (або їх підрозділ) створюється для реалізації конкретних, тільки йому властивих завдань, наділених певними повноваженнями, здійснює свої функції, використовуючи конкретні методи тощо [9, с. 8].

Окремо звернемо увагу на те, що теоретична і практична діяльність щодо створення та забезпечення функціонування місцевих державних адміністрацій за схемою "місія" – "мета" – "завдання" у їх взаємопов'язаному та належному нормативному закріпленні забезпечує послідовність діяльності цих державних органів, правонаступність у повноваженнях від органів вищого рівня до нижчестоящих органів та підрозділів, а також формування цілісної та логічно завершеної концепції діяльності та організаційної структури місцевих державних адміністрацій. У цьому контексті слушно відмічено, що закони соціального розвитку і управління об'єктивні, не залежать від свідомості і волі людей, проте їх дія виявляється тільки в людській діяльності та, отже, залежить від того, наскільки повно враховуються вимоги об'єктивних законів [14, с. 402]. Відповідно, є всі підстави для пропозиції щодо доцільності вираховування вказаної схеми як певної основи при подальшому удосконаленні Закону України "Про місцеві державні адміністрації", а також вдосконаленні організації та забезпечення діяльності місцевих державних адміністрацій.

Таким чином, можна констатувати, що запропоновані нами зміни можуть вплинути на ефективність діяль-

ності цього державного органу, що сприятиме якісно новому забезпеченню місцевими державними адміністраціями конституційних прав та свобод особи у відповідних адміністративно-територіальних одиницях. А подальші наукові дослідження щодо цього органу державного управління повинні бути спрямовані на дослідження питань змісту цих завдань, а також з'ясування особливостей їх реалізації у безпосередній діяльності цих місцевих органів виконавчої влади.

1. Малиновський В. Я. Державне управління : навчальний посібник / В. Я. Малиновський. – Луцьк : Ред. – вид. відд. "Вежа" Вол. держ. ун-ту ім. Лесі Українки, 2000. – 558 с. 2. Ярмачі Х. П. Суб'єкти наглядової діяльності міліції у сфері паспортно-реєстраційної системи [Текст] / Х. П. Ярмачі // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. – Одеса, 2005. – № 4. – С103-107. 3. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад, і голов. ред. В. Т. Бусел. – К. ; Ірпінь : ВТФ "Перун", 2009. – 1736 с. 4. Новий тлумачний словник української мови / Укладачі: В. Яременко, О. Сліпущко. в 3-х т.: Т. 1: А-К. – К. : Аконті, 2007. – 926 с. 5. Про затвердження Порядку проведення функціонального обстеження органів виконавчої влади : наказ Голодержслужби України від 29.07.2005 № 189 // Офіційний вісник України. – 2005. – № 33. – Ст. 2005. 6. Виханський О. С. Менеджмент : учебник, 3-е изд. / О. С. Виханський, А. И. Наумов. – М.: Гардарики, 1998. – 528 с. 7. Про місцеві державні адміністрації : Закон України від 09.04.1999 р., № 586-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 20. – Ст. 190. 8. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 № 254/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141. 9. Грицаєнко Л. Р. Адміністративно-правові аспекти підприємницької діяльності в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня докт. юрид. наук : спец. 12.00.07 "Адміністративне право і процес; Фінансове право; Інформаційне право" / Л. Р. Грицаєнко. – К., 2001. – 17 с. 10. Куліш А. М. Правове регулювання становлення завдань та функцій Державної митної служби України / А. М. Куліш // Форум права. – 2011. – № 1. – С. 542–546 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-1/11kammsu.pdf> 11. Сухорукова А. Місцеві державні адміністрації як єдиначальні місцеві органи виконавчої влади. Їх завдання та функціональне призначення / А. Сухорукова // Актуальні проблеми державного управління. Збірник наукових праць Одеського регіонального інституту державного управління. – 2009. – № 1 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Apdu_o/2009_1/R_2/Suhorukova.p 12. Про Кабінет Міністрів України : Закон України від 07.10.2010 № 2591-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 9. – Ст. 58. 13. Державне управління : навч. посіб. / А. Ф. Мельник, О. Ю. Оболенський, А. Ю. Васіна, Л. Ю. Гордієнко; За ред. А. Ф. Мельника. – К.: Знання-Прес, 2003. – 343 с. 14. Щєкин Г. В. Теория социального управления : монография / Г. В. Щєкин. К. : МАУП, 1996. – 408 с.

Надійшла до редколегії 06.12.11

О. Вовк, канд. юрид. наук

ДЖЕРЕЛА МІСЬКОГО ПРАВА КИЄВА XV – XVI СТОЛІТЬ

У статті на прикладі правового статусу Києва досліджуються джерела міського права українських міст XV – XVI століть в період перебування їх у складі Великого князівства Литовського.

Ключові слова: джерело права, самоврядування, міське право, правовий звичай, нормативно – правовий акт, литовсько-руська доба.

В статье на примере правового статуса Киева исследуются источники городского права украинских городов XV – XVI веков в период пребывания их в составе Великого княжества Литовского.

Ключевые слова: источник права, самоуправление, городское право, правовой обычай, нормативно – правовой акт, литовско – русский период.

The article on the example of the legal status of Kyiv investigate sources of urban rights of Ukrainian cities XV – XVI centuries during their stay in the Grand Duchy of Lithuania.

Keywords: source of law, government, municipal law, custom legal, regulatory – legal act, the Lithuanian-Ruthenian day.

Удосконалення міського самоврядування в Україні залежить значною мірою від системності й наукової обґрунтованості. Реформи у цій галузі насамперед повинні базуватися на історико – правових традиціях вітчизняного міського (муніципального) права, дослідження яких на думку автора статті є одним із пріоритетних завдань істориків права. Визначним періодом для наукових розвідок історії українського міського права є литовсько-руська доба XIV – XVI століть, тобто часи існування особливої правової системи Великого князівства Литовського. Цей період характерний насамперед переходом українських міст від вічного самоуправління

до системи магдебурзького самоврядування та всебічним вдосконаленням муніципального (міського) права, яке в порівнянні зі західноєвропейським мало своєрідне місце забарвлення.

Кожне середньовічне українське місто де існувало самоврядування мало свою особливу історію; з однієї сторони однакові з іншими містами закономірності розвитку, а з другої специфічні, притаманні тільки конкретно йому ознаки господарської життєдіяльності. Але виняткове значення завжди належало місту Києву не тільки як одному з економічний, політичний, духовний і культурний центрів Східної Європи XIV – XVI століть, а

й традиційному, типовому осередку міського самоврядування. Громади українських міст та містечок, з самого початку у складі Великого князівства Литовського зберігали певну адміністративно – правову автономію тому, що вони приєднувались великими князями литовськими до своєї держави за принципом "ми старовини не рушимо, новини не заводимо". У XIV столітті українське міське самоврядування діяло на думку деяких науковців у формі війтівств. Останні функціонували поряд з врядами, старостинською та воєводською адміністраціями, які представляли у містах інтереси державної влади або феодалного власника. Війтів часто обирали на загальних міських вічах. Причому право вільного вибору останніх визнавалось верховною владою за українськими містами навіть на рубежі XV – XVI століть. [1, 14].

Метою наукового дослідження даної статті є охарактеризування джерел міського права Києва, який зберігаючи давньоруські традиції самоуправління отримав від великих князів литовських право на часткову автономію самоврядування за магдебурзьким зразком. Новизна теми обґрунтовується тим, що хоча окремі питання пов'язані з міським самоврядуванням у Києві періоду литовсько-руської доби розкривалися у науковій літературі останніх років, зокрема у працях Капраль М. "Самоврядування Києва та Львова (кінець XV – перша половина XVII ст.): регіональна специфіка" (К., 2000), Русіной О. "Магдебурзьке право в пізньосередньовічному Києві (XV – початок XVII ст.)" (К., 2001), Карліни О. "Магдебурзьке право в містах України XV – XVII ст." (К., 2002), Павлова А. "Литовський статут та Магдебурзьке право: їх роль у розвитку торгівлі і митної справи на Київщині (XV – XVII ст.)" (К., 2003), Кіселичника В. Львівське міське право: поняття, джерела, періодизація та зміст" (Л., 2004), Гудавічюса Е "История Литвы" (М., 2005), Резнікова А. "Магдебурзьке право: українські варіації на тему європейських традицій (історико – правовий нарис)" (Луганськ, 2006), Кобилецького М. "Магдебурзьке право в Україні (XIV – першої половини XIX ст.: історико-правове дослідження)" (Львів, 2008); та інших, однак в історико – правовому аспекті джерела міського права Києва XV – XVI століть детально не досліджувалися.

Автор вважає, що найбільш достовірною датою приєднання Києва до складу Великого князівства Литовського є 1362 рік за великого князя Ольгерда, після його перемоги у битві на Синіх Водах. Під цим роком у Густинському літопису записано: "Въ сие лето Ольгердь победи трехъ царковъ Татарскихъ и с ордами ихъ, си есть, Котлубаха, Качезя, Дмитра; и оттоли отъ Подоля изгна власть Татарскую. Сей Ольгердь и иныя Руские державы во свою власть приялъ, Киев подъ Федором княземъ взятъ, и посади в нем Володымира сына своего; и нача сими владети, имъ же отци его данъ даяху" [2, 350]. Перебування Києва як важливого стратегічного і традиційно престижного центру у складі Великого князівства Литовського продовжувалося до 5 червня 1569 року, коли привілеєм великого князя литовського і короля польського Сигізмунда – Августа він був приєднаний до Королівства Польського [3, 652]. А з 1 липня 1569 р. (Люблінська унія) Київ став одним із міст новоутвореної держави Речі Посполитої. Правове положення Києва, як адміністративного центру у складі Великого князівства Литовського змінювалося: з моменту приєднання і до 1471 року Київ значився у статусі столиці удільного князівства, яке управлялося спадковими князями або великокняжими намісниками, а в зазначений рік стало центром Київського воєводства (землі). Постійна присутність значимих адміністративно-судових органів місцевої влади Великого князівства Литовського

у Києві однозначно впливала на розвиток міського самоврядування. Автор поділяє еволюцію права Великого князівства Литовського взагалі і міського безпосередньо на три періоди:

- період переваги партикулярних правових звичаїв над нормативно – правовими актами (листами) у матеріальному та процесуальному праві (з моменту приєднання колишніх земель Київської Русі до Литовського князівства – до другої половини XV століття);

- період становлення литовсько-руського права, коли при збереженні широкого застосування усного звичаєвого права встановлюється його паритет з писаним правом (розпочинається ухваленням Жалуваної грамоти 1457 р., а потім продовжується прийняттям Судебника 1468 р. та Уставних земських грамот);

- період статутного права, коли загальнодержавне законодавство превалює над звичаєвим правом, що розпочалося з моменту видання Статуту Великого князівства Литовського 1529 р. та продовжується введенням у дію його наступних редакцій 1566 і 1588 рр. В даній статті аналізується джерела міського права Києва другого та третього періодів, коли відбувається їх упорядкування й удосконалення та приведення до узгодженої системи.

Міське право Великого князівства Литовського (в історіографії литовсько – руська доба) до складу якого входила переважна більшість тогочасних українських міст представляло собою сукупність норм, якою регулювалися суспільні відносини між різними верствами міського населення з питань функціонування системи самоврядування. Автор статті в принципі погоджується точкою зору В. Кіселичника, що в період середньовіччя поняття "міське право" застосовувалося принаймні у трьох значеннях: природне право громади на самоврядування, основою якого є свобода громадян, право на самоврядування, з власним судочинством, право участі в управлінні торговельними і ремісничими об'єднаннями, право на фортифікаційні споруди, а також право на прийняття власних статутів; право як сукупність актів органів міського самоврядування, звичаєве право, яке сформувалося в умовах міста; право на здобуття міського громадянства, тобто правовий зв'язок між міщанами та міським громадою [4, 104]. Проте ми вважаємо, що в другому значенні міське право це не тільки сукупність актів міського самоврядування та звичаєве право, а й інші джерела. За литовсько-руської доби міське право можна вважати підгалуззю земського (державного) права, яке включало норми судово-адміністративного, фінансового, військового, земельного, торгового та інших інститутів права тому його можна визначити як комплексне.

Під джерелами міського права литовсько – руської доби в юридичному розумінні автор статті визначає зовнішні форми виразу і закріплення правових норм, які приймаються або схвалюються компетентними органами з метою регулювання особистих немайнових і майнових відносин. Джерела міського права можна класифікувати за різними критеріями: за правовою формою; за суб'єктами ухвалення і нормотворчості; за сферою дії і ступенем загальності; за характером волевиявлення; за часом і простором дії тощо. Найбільш доцільною є класифікація джерел міського права за юридичною силою. Але в таку класифікацію слід внести уточнення через те, що до середини XV століття основним джерелом міського права був правовий звичай, а з 1529 року найвищу юридичну силу серед інших джерел отримує Статут Великого князівства Литовського. Тому автор враховуючи крім того правову природу та правові властивості джерел міського права в своїй роботі спочатку

охарактеризує міські правові звичаї, а потім проаналізує по висхідній за юридичною силою нормативно – правові акти що мали чинність у місті Києві.

Інформація про правові звичаї у середньовічному міському праві Києва підтверджується творами усною народною творчістю, літописними зводами та документальними актами. Так у грамотах міського упорядкування правові звичаї мають такі терміни, як "обичай", "старина", "давній обичай" тощо. Наприклад, у Уставній грамоті Великого князя Олександра київським міщанам 1494 р. зазначається "... только пословъ нашего великого князьства Литовского и Ордынского мають поднимати (від авт. утримувати) своїми обичаи", і далі при відшкодуванні збитків вказується, що "А вина и гривны по старому" [5, 144-145], а в Уставній великокняжій грамоті Київському війту і міщанам 1499 р. є такий артикул з посиланням на правовий звичай: "Теж ковали и чоботары мають воеводе давати топоры и чоботы, подлугъ давнего обичая" [5, 195] тощо. Міські правові звичаї мали комунітарний, світський характер. Це проявлялося, наприклад, у господарській взаємодопомозі міщан їх згуртованого спільного захисту міста від ворогів. На основі правових звичаїв громада через свої самоврядні органи вирішувала соціальні – економічні питання та розглядала судові справи. Система податків, мит та відробіткових повинностей також регламентувалась на правових традиціях і звичаях. Особливо місце міське звичаєве право займало у сімейно – шлюбних відносинах, його положення не могли змінити законодавчо навіть у XVIII ст. Можна сказати, що у XV ст. формується особлива система українського міського звичаєвого права.

До офіційних, письмових джерел міського права Києва XV – XVI ст. автор статті відносить наступні первинні нормативно – правові акти: грамоти міського упорядкування, земські статuti, привілеї про надання магдебурзького права на самоуправління, Жалувану грамоту 1457 р., Судебник 1468 р., Статут Великого князівства Литовського 1529 р. та його наступні редакції 1566 і 1588 років, збірники магдебурзького права; а похідними від перших вважає правові акти самоврядних органів, цехів та судову практику. З різних об'єктивних та суб'єктивних причин далеко не всі документи литовсько – руської доби дійшли до нашого часу. Публічно – правові акти литовсько – руського права зберігалися в Литовській Метриці – державному архіві Великого князівства Литовського, а оригінали передавалися міським громадам в особі війтів. Укладачами архівів у містах з магдебурзьким правом самоврядування Великого князівства Литовського були магістратські або ратушні установи та ремісничі цехи.

Під грамотами міського упорядкування (грамоти упорядкування) слід розуміти, офіційні правові акти, що наводять належний порядок в соціально – господарському житті міста. Автор вважає, що до грамот упорядкування наданих місту Києву (до Люблінської унії 1569 р.) відносяться:

1) "Уставна грамота Литовскаго великаго князя Александра Киевскимъ мещанамъ" 26 травня 1494 р. [5, 144]; 2) "Жалованная грамота Литовскаго великаго князя Александра Киевскимъ мещанамъ" 4 червня 1497 р. [5, 173]; 3) "Уставная великокняжая грамота Киевскому войту и мещанамъ" 14 травня 1499 р. [5, 194]; 4) "Жалованная подтвердительная грамота Литовскаго великаго князя Сигизмунда Киевскимъ мещанамъ" 8 грудня 1506 р. [6, 2]; 5) "Грамота Польскаго короля Сигизмунда городу Киеву" 1922 р. [7, 130]; 6) "Жалованная подтвердительная грамота Киевскимъ мещанам на безпошлинную торговлю въ Литве" 15 квітня 1545 р. [8, 120]

Грамоти упорядкування надавалися містам великими князями литовськими і королями польськими у двох випадках: а) за проханням, ініціативою міської громади (міщан, війта, бургомістрів та радців), наприклад: "Били намъ чолом мещане Киевские, все посполство..." [5, 144], б) за скаргою воеводи на міщан, наприклад: "Самъ Александръ, Божьею милостью великий князь Литовский, войту места Киевского, бурмистромъ и радцомъ и всемъ мещаномъ. Жаловаль намъ очевидно на васъ воевода Киевский князь Дмитрей Путятичъ..." [5, 191]. На відміну від привілейних грамот на магдебурзьке право, грамоти міського упорядкування; по – перше, не змінювали правового статусу міста, а удосконалювали вже існуючий правопорядок та закріплювали його правовий "status quo" – саме цим вони за формою були подібні до місцевих земських статутів, по – друге, вони надавалися великими князями литовськими і королями польськими як місту де існувало ще старе вікове громадське самоуправління, так і місту з новим магдебурзьким правом самоврядування. Від всіх інших привілейних грамот, які стосувалися міського управління Києва вони відрізнялися тим, що їх суб'єктом завжди була міська громада та самоврядні органи влади. Грамоти міського упорядкування вміщують в собі норми (в сучасному розумінні) різних галузей та інститутів права, які тільки починають формуватися, саме норми державного права визначали права і обов'язки міського населення, наприклад право вільного вибору місця проживання для міщан. Норми зобов'язального права встановлювали відповідальність за спричинення матеріальної шкоди злочинцем. Грамоти упорядкування забезпечували водні, берегові, лісові та інші сервітути членів громади. Окремі артикули грамот міського упорядкування стосувалися кримінального матеріального і процесуального права. Залежно від об'єктів злочинного посягання виділяються такі види злочинів, як майнові, проти моралі, проти релігії й церкви. Все ж таки, як видно з тексту всіх грамот міського упорядкування першочергове значення надається нормам податкового права, що регулювали суспільні відносини у сфері справляння податків, мит та відробіткових повинностей до великокняжої, воеводської та міської (магістратської) скарбниць, встановлюючи при цьому права і обов'язки міщан. Норми грамот упорядкування; по – перше, відміняли нові податки та роботи, які встановлювалися воеводами, старостами та іншими вряdnиками всупереч звичаєвому праву і попереднім привілеям; по – друге, в наслідок надзвичайних обставин (голод, набіги татар і турків, пожежі) на строк або безстроково відміняли загальноміські податки та внутрішні торгові мита для міста по всьому Великому князівству Литовському; по – третє, перерозподіляли та регулювали збір вже встановлених або нових податків на користь державної та самоврядної влад. Деякі артикули грамот міського упорядкування вміщують в собі норми спадкового, сімейно – шлюбного, земельного та інших галузей права. Визначним для історії українського права є те, що в цих юридичних актах вперше вказується нова соціальна верства населення – козацтво. Так в Уставній великокняжій грамоті київському війту і міщанам 1499 р., визначаються деякі права, обов'язки та юридична відповідальність козаків під час їх проживання і торгівлі у м. Києві.

Важливим джерелом міського права Києва є привілеї на самоврядування за магдебурзьким зразком. Перші з них почали надаватися Києву ще за правління великого князя Витовта (р. п. 1392 – 1430). Про це, наприклад, свідчить грамота упорядкування великого князя Олександра 1494 р.: "Били намъ чоломъ мещане Киевские, все посполство, и указали передъ нами листъ

доброе памяти отца нашего Казимера, короля Польского и великого князя Литовского, што его милость ихъ пожаловалъ, какъ были за великого князя Витовта, и просили насъ, абыхмо то имъ нашимъ листомъ подтвердить " [5, 144]. Але на думку автора це були окремі листи – пожалування, що стосувалися визначенню взаємовідносин між міщанами й великокняжими адміністраторами, норми яких були запозичені з інших привілеїв магдебурзького права і автономії в управлінні місту не надавали. Справжній привілей вперше на самоврядування Києву, більш за все був виданий між 1494 – 1497 роками великим князем литовським Олександром. Оригінал на сьогоднішній день не відомий, але факт його існування підтверджується наступними документальними актами; по-перше, з Уставної грамоти великого князя Олександра київським міщанам 26 травня 1494 р. видно, що місцевого самоврядування в Києві на той час не було; по-друге, у змісті звернення в Жалуваній грамоті великого князя литовського Олександра київським міщанам 4 червня 1497 р. чітко перелічуються посадові особи органу самоврядування: "Били намъ чоломъ войтъ места Киевского, и бургомистры и радцы, и вси мещане..." [5, 173]; по-третє, у Підтверджувальній грамоті польського короля Сигізмунда I на магдебурзьке право м. Києву чітко вказується на першість саме великого князя Олександра у цій справі: "Били намъ чоломъ войтъ и мещане места Киевского и поведили передъ нами, штожь братъ нашъ славное памяти Александръ, король и великий князь его милость для полепшени места Киевского, зъ ласки свое далъ имъ право Немецкое, то есть Маитборское, какъ мещаномъ Римское веры такъ и Греческое и тежь Армянское, якобы они и напотомъ будучий мещане въ всякихъ члонкахъ справовалися такъ, какъ есть суполны обычаи и устава тыхъ справъ. На штожь его милость и привилей свой подъ завесистою печатю имъ далъ, которыйже они привилей передъ нами указывали" [6, 126]. Потрібно сподіватись, що з часом знайдуться більш конкретні дані про час ухвалення першого привілею на магдебурзьке право самоврядування Києву.

Найдавнішим, текстуальним правовим актом про надання м. Києву магдебурзького права, який можна проаналізувати, залишається "Подтвердительная грамота Польскаго короля Сигизмунда I на Магдебургское право, дарованное городу Киеву", від 29 березня 1514 р., що вміщена в збірнику першоджерел "Акты, относящиеся къ истории Западной России, собранные и изданные Археографическою комиссією". Причини надання цього привілею (така назва в тексті) великим князем литовським і королем польським Сигізмундом I зазначені у його змісті, а саме: а) через недостатність норм попереднього привілею; б) як відзнака за військову службу і збитки від нападів ворогів; в) для зміцнення міського господарства. Хоча економічні, та соціально – політичні передумови надання українським містам магдебурзького права не тільки ці, їх набагато більше і вони як об'єктивні так і суб'єктивні. До речі цей привілей один із перших офіційних правових актів литовсько – руської доби де згадується Київ як місто України: "Ино мы бачачи на ихъ службу и на сказу, которую они отъ неприятелей нашихъ терлять на той Украине, хотячи, абы ся тое местонашо людми и пожитки ширило, и зъ особое ласки наше и на ихъ чолобите то вчинили, то есть право Немецкое реченое Маитборское месту нашему Киевскому и всимъ мещаномъ и нынешнимъ и напотомъ будущимъ в немъ Римское веры и Гречское и Арменское дали есмо вечно" [6, 127]. За цим привілеєм міщанам: забезпечувалася особиста свобода і виділення з юрисдикції місцевої адміністраторів (воевод, тиву-

нів, вряників) та їх судів; визнавалася правомочність війтів при вирішенні міських господарських питань та на розгляд судових справ; врегульовувалися міські податки на користь громади; забезпечувалося звільнення від внутрішніх митних зборів на всій території Великого князівства Литовського та посольських повинностей; надавався дозвіл на проведення двох щорічних ярмарок на користь міста. Водночас встановлювалися загальноміські обов'язки: виконувати польову сторожову службу через напади татар; приймати участь за свій рахунок ("конно и збройно") у збройних конфліктах проти татар; охороняти в ночі київську фортецю тощо. Наприкінці привілею урочисто проголошувалося довічне дотримання його положень.

До наступного письмового джерела міського права Києва можна віднести Уставні земські грамоти (земські устави), що були чинними як в Київській землі так і в столиці. Із Уставних земських грамот XVI століття, що були надані Київській землі сучасній науці відомі: 1) "Уставная подтвердительная грамота жителямъ Киевской области", 8 грудня 1507 р. [6, 33–36]; 2) "Уставная подтвердительная грамота жителямъ Киевской области", 1 вересня 1529 р. [6, 207–211]. Хоча із самого тексту земських статутів видно, що вони могли надаватися ще за часів правління великого князя Вітовта у пер. пол. XV ст. Ухвалення Уставних земських грамот було одним із важливих обов'язків центральної влади Великого князівства Литовського. До того часу, поки існували удільні литовські, українські та білоруські князівства зі своїми васальними до великого князя литовського місцевими князями, що вирішували всі свої внутрішньополітичні справи самостійно, потреби в Уставних земських грамотах не було. Після ліквідації удільно-князівської системи, Київське князівство припинило своє існування в 1471 р., і з початком централізації всіх інститутів центральної влади місцеве внутрішнє управління переходить до функцій великого князя литовського і його урядовців. Проте центральна влада не мала ще ні досвіду, ні засобів для того, щоб перебудуватися і управляти по-новому, тому вона повинна була дотримуватись попередніх принципів "не рухати старовини", зберігаючи, зокрема, партикуляризм місцевого права. Центральній владі потрібен був визначений час, щоб перейти від правових звичаїв і привілеїв у праві до загальнодержавних всеохоплюючих законів і цей перехідний період був заповнений систематизованими Уставними земськими грамотами XVI ст. Крім того, в кожній Уставній земській грамоті великий князь литовський намагається розмежувати компетенцію органів місцевої влади (воевод, намісників, державців тощо) та функції органів міського самоврядування. Земські устави за своїм юридичним значенням потрібно прирівняти до місцевих конституційних хартії, а оскільки вони визначали правові взаємовідносини окремих земель з центральною владою, то повинні були існувати доти, доки існували ці стосунки. Автор переконаний, що Уставні земські грамоти XVI ст. ухвалювалися в інтересах всього населення землі, вони були загальностанові, тобто не приймалися в інтересах якогось одного стану, не визначали переважні права зверхніх станів і обмеження для нижчих. Уставні земські грамоти слід об'єднувати в одну групу джерел права як тотожні за однаковими структурою і формою. Однак слід зауважити, якщо в першій Уставній грамоті Київській землі 1507 року йдеться тільки про права і обов'язки шляхти яка мешкала в Києві, то в другій за 1529 р. київським міщанам окремо присвячено декілька дозвільних і охоронних норм, а саме: а) врегульовувався порядок користування лісовими ресурсами: "А войтъ и мещане Киевские въ пущи, то есть, в лесы и дубровы церковные и въ

князкіе и панскіе свободне не мають всилати, дерева и дровъ безъ спроса ихъ братии, а мають братии дерево и дрова въ лесехъ нашихъ, где будуть передъ тымъ бирали"; б) встановлювалася взаємовідносини міщан з шляхтою: "А въ право местное и въ службы, и въ полатки людей ихъ (від авт. шляхтичів) не мають при- влашати, кромъ хто будетъ въ рынку клетку мети и куп- чити и торгомъ ся обыходити, тотъ будетъ повиненъ зъ местомъ полатки наши господарские платити"; г) ви- значався порядок збору податків: "Поборовъ ихъ мес- ткихъ, што войтъ и мещане будутъ межи себе на свои потребности покладати, небудуть повинни посполь съ ними платити и въ тмъ имъ помогати, а не передъ ними в жадное право не мають ся становити" [6, 210]. Земські статuti Київській землі більше стосувалися правого становища шляхти ніж міщан.

В наслідок систематизації литовсько – руського пра- ва у др. пол. XV ст. великокняжою владою були підго- товлені та ухвалені перші загальнодержавні збірники законодавства – Жалувана грамота 1457 р. і Судебник 1468 р., які також можна віднести до джерел міського права Києва. Спочатку великий князь литовський та король польський Казимир IV ухвалив першу загально- земську Жалувану грамоту 1 травня 1457 року на вимо- гу литовської, української і білоруської шляхти, яка до- магалася однакових прав і привілеїв з польською шлях- тою та зрівняння у соціальних правах православної знаті і духовництва з католицьким. Останні дослідження пока- зують, що положення цього правового акта стосувалися також такої категорії підданих як местичів (у грамоті "ме- стичов"), яких можна віднести до заможних міських зем- левласників і привіряти за правовим становищем до шляхти. Судебник Казимира IV 1468 р. був першим за- гальнодержавним збірником матеріального та процесу- ального кримінального права, який діяв на території всьо- го Великого князівства Литовського, включаючи, крім етнічних литовських, також українські та білоруські землі і міста. Ці збірники повинні були розповсюджувати свою дію на міщан Києва і після надання місту магдебурзького права на самоврядування, якщо їхні норми не перечили основним положенням міського права.

Особливе місце серед джерел міського права Києва займає Статут Великого князівства Литовського 1529 р. Концепція єдиного, загальнодержавного збірника коди- фікованого права, який увібрав би в собі норми майже всіх галузей виникає на початку XVI ст. при дворі Сигізмунда I, яку підтримувала більшість литовського, україн- ського та білоруського шляхетства і міщанства. Пер- шим покликом на це була обіцянка великого князя ли- товського Олександра зафіксована в Уставній грамоті Волинській землі 1501 р. Підготовка проекту збірника почалася під керівництвом канцлера Миколи Радзивил- ла Молодшого, а після його смерті в 1522 р., кодифіка- ційну роботу продовжив канцлер Альберт Гаштольд. Розпорядженням великого князя литовського і короля польського Сигізмунда I від 29 вересня 1529 р. цей правовий акт був затверджений. Литовський статут став правовою основою для розвитку литовсько – русь- кого права взагалі й міського безпосередньо на всій території Великого князівства Литовського включаючи Київ. Статут Великого князівства Литовського 1529 р., як джерело міського права характеризує: 1) він містить основні принципи формування джерел міського права; 2) він безпосередньо містить норми міського права; 3) він містить норми – гарантії майнових і особистих немайнових прав міщанського стану. Литовський статут 1529 р. закріплював наступні конкретні права міщан:

– право на реалізацію наявних свобод і вольностей наданих попередньою та існуючою владою (Розділ III, арт. 7) [9, 224];

– право на особисту недоторканність, а саме на те, що ніхто не може бути покараний інакше, як за вмоти- вованим рішенням суду, і тільки на підставах та поряд- ку, встановлених законом (Розділ I, арт. 1) [9, 208];

– право власності на спадкове майно (Розділ III, арт. 9) [9, 225].

Крім того, міщани повністю звільнялися від сплати усіляких данин, податків та відробіткових повинностей, крім мостової, дорожньої, замкової та гінцевої (Розділ I, арт. 22) [9, 215]. Заборонялося в містах встановлення нових мит під загрозою втрати маєтку (Розділ I, 214) [9, 214]. Проте Литовський статут 1529 р. визначав деякі необхідні обмеження та обов'язки для міщан. Напри- клад, відповідальність міщан за злочини проти життя і здоров'я залежних селян і підданих не за міським, а за земським правом (Розділ VI, арт. 19) [9, 248]; обов'язок міського бургомістра доповідати про безпритульних селян і невільників під час голоду їх панам (Розділ XI, арт. 11) [9, 283]; заборона самовільного, насильницько- го стягування міщанами кредитів з селян та інших ду- ховних і світських осіб (Розділ XII, арт. 9) [9, 287]; Пози- тивним є те, що встановлювалася нова норма цивіль- ного права про письмове оформлення позики більше 10 коп грошей, яка розповсюджувалася і на міщан. Бі- льшість цивільних, кримінальних, процесуальних та норм інших галузей права Литовського статуту 1529 р. стосувалася представників всіх груп підданих включаю- чи міщан, не вказуючи при цьому в артикулах суб'єктом цей стан. На цьому робота з упорядкування й удоско- налення литовсько – руського законодавства у велико- княжій канцелярії не припинилася, а навпаки розгорну- лася з новою силою. Результатом цієї праці став Статут Великого князівства Литовського 1566 р., під назвою Волинський. Автор статті вважає цей збірник вдоскона- леною редакцією Литовського статуту 1529 р., а не са- мостійним, принципово новим правовим актом. Проте нова редакція мала безумовно більш досконалу систе- матизацію правового матеріалу. В третьому і четверто- му розділах були вже окремі артикули з посиланням на магдебурзьке право. Насамперед, в Литовському стату- ті 1566 р. визначено, що міщани всіх міст (крім Вільно) за злочини проти здоров'я та життя, які були скоєні про- ти них шляхтичами, повинні притягувати останніх до суду за нормами земського права Литовського статуту 1529 р. короля Сигізмунда I (Розділ III, арт. 27) [10, 58]. По новому вказується окремим артикулом порядок встановлення в містах з магдебурзьким правом управ- ління еталонні виміри об'єму і ваги (Розділ III, арт. 30) [10, 59]. В артикулі 7 третього розділу під назвою "Про міщан права Магдебурзького" визначається порядок захисту потерпілих від шляхти міщан: "Тежъ уставуемъ, если бы которому зъ мещанъ нашихъ права Майдебор- ского которая кривда дела отъ князей наших, пановъ земянь, а они бы сами добровольно усправедливити не хотели; тогда такого кожного мещанинь до суду земс- кого поветового позвати, и далее поступовати противно ему подле поступку права и статуту земского" [10, 70]. Відомо, що Литовський статут 1529 р. діяв не тільки на Волинській землі, а і в Київській землі та Києві. Наступ- на редакція Литовського статуту 1588 р. була одна із найкращих з точки зору законодавчої техніки у серед- ньовічну і нову добу, що діяла на території Лівобереж- ної України до 1840 р., на правобережній до 1842 р. Але аналіз Литовського статуту 1588 р. не є предметом дослідження даної роботи.

Серед збірників магдебурзького права, що були по- ширені в Києві у XVI столітті чинне місце займає Зерца- ло саксонів латинською мовою, видане Миколою Яске- ром при Сигізмунді I в Кракові у 1535 р. під назвою:

"Juris provincialis, quod Speculum Saxonum". Це джерело міського права складалося з 5 частин: 1) Speculum Saxonum – 3 книги; Jus municipale Magdeburgense – 140 артикулів; Promptuarium Juris provincialis Saxonici – словник юридичних термінів; Squitur formula prossus – різні судові випадки на латинській мові; Statuta serenissimi domini Sigmundi primi – статuti королів і великих князів литовських. У 1581 р. "Speculum Saxonum" у польській переробці був виданий Павлом Щербичем [11, 978]. Саме керуючись цими двома збірниками виносив рішення лавний суд магістрату м. Києва.

Ухвали магістрату на чолі з війтом м. Києва з вирішення господарських питань, статuti ремісничих цехів та практику лавного суду слід вважати в даному випадку підзаконними актами органів самоврядування. Актові книги, які виникли в результаті функціонування адміністративно – судових органів і цехів, тривалий час зберігалися при цих установах. Не завжди сприятливі умови зберігання та війни були головною причиною великих втрат архівів [12, 84]. Дослідження актів самоврядних органів Києва періоду середньовіччя це окреме архівне розслідування.

У висновку, підсумовуючи викладене автор вважає, що джерела міського права м. Києва XV – XVI століть представляли собою сукупність правових звичаїв, що формувалися і відточувалися протягом століть та різних за юридичною силою нормативно – правових актів. Джерела міського права Києва зазначеного періоду були тісно пов'язані між собою та почали формувати узгоджену систему. Дія джерел міського права та функ-

ціонування органів самоврядування українських міст потребують ретельного, кропіткого історико – правового дослідження, яке приведе вчених до багатьох цікавих відкриттів на благо вітчизняної науки.

1. Гурбик О.А. Вікові традиції й самоуправління міст середньовічної України / О.А. Гурбик // Актуальні проблеми розвитку міст та міського самоврядування (історія і сучасність). Тези міжнародної науково-практичної конференції – Рівне, 1993. – С. 13 – 16. 2. Збірник Козацьких літописів: Густинський, Самійла Величка, Граб'янки. – К.: Дніпро, 2006. – 976 с. 3. Гудавичюс Э. История Литвы с древнейших времен до 1569 года. / Э. Гудавичюс – М.: Издательство Baltus, 2005. – 680 с. 4. Киселичник В. Львівське міське право: поняття, джерела, періодизація та зміст / В. Киселичник // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – Львів, 2004. – Вип. 39. – С. 102-110. 5. Акты, относящиеся к истории Западной России, собранные и изданные Археографическою комиссією. – СПб.: В Типографии II Отделения Собственной Е.И.В. Канцелярии, 1846. – Т. I. – 375 с. 6. Акты, относящиеся к истории Западной России, собранные и изданные Археографическою комиссією. – СПб., В Типографии II Отделения Собственной Е. И. В. Канцелярии, 1848. – Т. 2. – 397 с. 7. Акты, относящиеся к истории Южной и Западной России, собранные и изданные археографическою комиссією. – СПб.: В типографии Эдуарда Праца, 1865. – Т. II – 279 с. 8. Акты, относящиеся к истории Южной и Западной России, собранные и изданные археографическою комиссією. – СПб.: В типографии Эдуарда Праца, 1863. – Т. I – 301 с. 9. Статути Великого князівства Литовського: У 3-х томах. – Том I. Статут Великого князівства Литовського 1529 року / За ред. С. Ківалова, П. Музиченка, А. Панькова. – Одеса: Юридична література, 2002. – 464 с. 10. Статут Вялікага княства Літоўскага 1566 года – Мінск: РІВШ БДУ, 2003. – С. 35-263. 11. Кистяковский А.Ф. Очерк исторических сведений о своде законов, действовавших в Малороссии под заглавием: Права, по которым судится Малороссийский народ / А.Ф. Кистяковский – К., Университетская Типография, 1879. – 1027 с. 12. Швидько Г.К. Магістратські архіви / Г.К. Швидько // Нариси історії архівної справи в Україні. – К.: В Д "КМ Академія", 2002. – С. 78-88.

Надійшла до редколегії 07.12.11

УДК 342.95

Д. Лазарєв, здобувач

ОРГАНІЗОВАНА ЗЛОЧИННІСТЬ ТА ПРОТИДІЯ ЇЙ ЯК ОБ'ЄКТ МІЖНАРОДНОЇ ВЗАЄМОДІЇ

Окреслено систему поглядів науковців на проблему організованої злочинності в контексті міжнародної взаємодії; вдосконалено поняття організованої злочинності; розглянуто проблемні питання протидії організованим міжнародній злочинності.

Ключові слова: організована злочинність, міжнародна взаємодія

Очерчено систему взглядов ученых на проблему организованной преступности в контексте международного взаимодействия; усовершенствовано понятие организованной преступности; рассмотрены проблемные вопросы противодействия организованной международной преступности.

Ключевые слова: организованная преступность, международное взаимодействие.

Outlined a system of views of scientists on the problem of organized crime in the context of international cooperation, improved the concept of organized crime issues outlined against organized international crime.

Key words: organized crime, international cooperation.

Практика соціального життя свідчить про те, що однією з найгостріших проблем сучасних держав наприкінці XX початку XXI століття стала зростаюча національна та міжнародна злочинність. Злочинність є надзвичайно небезпечним деструктивним явищем соціально-правового характеру, що наносить найбільший збиток суспільству. Особливу загрозу становить організована злочинність, небезпека якої різко відрізняється від небезпеки неорганізованих її проявів. Вона здійснює вплив на усі політичні та соціальні процеси у державі [1, с.134] і здатна вражати різні види органів державної влади та напрямки їх діяльності, а завдана нею шкода стосується різних сфер життєдіяльності сучасної держави, зменшує рівень довіри до державного апарату та її міжнародний авторитет. У даному контексті слід погодитися із думкою В. В. Меркушина про те, що у сучасних умовах організована злочинність є одним з найважливіших чинників, що створюють сприятливе підґрунтя для посилення соціально-економічної напруженості, протистояння в суспільстві, проявів політичного екстремізму і поширення корупції. Усвідомлення суспільно

небезпечного характеру і реальних масштабів загрози, яку несуть у собі організовані злочинні структури, вироблення ефективних заходів боротьби є актуальним завданням юридичної, економічної і політичної наук, законодавчої, виконавчої та судової влади [2, с.5].

Організована злочинність не має меж, а злочинці мало занепокоєні міркуваннями дотримання державного суверенітету. Вона формує силу, яка загрожує соціально-економічному розвитку кожної з держав, при цьому масштаби її постійно ростуть. Організована злочинність здатна не просто розширювати свою діяльність, а й націлювати її на підлив безпеки економіки держав, в першу чергу, що розвиваються, і країн з перехідною економікою. Разом із тим – це явище носить глобальний характер, від нього не застрахована жодна держава, жоден регіон. Необхідно адекватно оцінювати масштаби і ступінь загрози, яку несе в собі організована злочинність, яка швидко розростаючись загрожує стабільності цілих держав, перешкоджає їхньому економічному розвитку і підриває демократичні інститути [3, с.43].

З огляду на вищевикладене цілком очевидно, що ефективна протидія виникненню, розвитку та діяльності організованої злочинності є одним із центральних напрямків державної діяльності. Однак дуже часто лише внутрішньодержавних заходів зазначеної протидії не достатньо, оскільки сфера їх застосування обмежується територією держави. Тож особливого значення тут набуває міжнародна взаємодія.

Різноманітність суб'єктів міжнародної взаємодії щодо протидії організованої злочинності, наявність значної кількості органів управління нею, наявність значної кількості та видів публічних відносин, особливості правових систем та багато інших обставин, обумовлюють необхідність її адміністративно-правового забезпечення, визначення місця, ролі та особливостей норм саме адміністративного законодавства в її регулюванні.

Слід відзначити, що не зважаючи на надзвичайну актуальність проблеми адміністративно-правового забезпечення міжнародної взаємодії з питань протидії організованої злочинності, її наукові опрацювання залишається епізодичним і неповним. Серед правників, які так чи інакше у своїх дослідженнях торкалися проблематики організованої злочинності та протидії їй, зокрема на рівні міжнародної взаємодії слід відзначити наступних: Л. Галенську, Я. Кондратьєва, М. Бажанова, О. Джужу, Ю. Бауліна, В. Борисова, В. Кудрявцева, В. Лунєєва, М. Мінєнок, А. Долгова, В. Бурлакова, А. Гель, Ю. Александрова, В. Меркушина та ін..

В юридичній науковій літературі проблематика організованої злочинності як об'єкту міжнародної взаємодії розглядається фрагментарно, що не сприяло розробці відповідного законодавства. У той же час у сфері адміністративно-правового забезпечення міжнародної взаємодії щодо протидії організованої злочинності існують невирішені проблеми теоретичного, організаційного і правового характеру, розв'язання яких безпосередньо залежить від розвитку адміністративного законодавства. Тож, використання світових стандартів захисту прав і свобод людини і громадянина, прагнення України стати повноправним учасником світової спільноти, роблять наукові дослідження у сфері протидії організованій злочинності, зокрема теоретичне обґрунтування міжнародної співпраці у цьому напрямку, надзвичайно актуальними і суспільно значущими.

Перш за все слід визначитись із поняттям організованої злочинності. Історично вперше спробу сформулювати поняття явища організованої злочинності було зроблено у Сполучених Штатах Америки. Так у 1967 році після досить ґрунтовного вивчення феномена організованої злочинності в США президентська комісія сформулювала одне з перших визначень цього явища: "організована злочинність – це спільнота, яка прагне діяти поза контролем американського народу та його уряду. Вона включає тисячі злочинців, які у рамках таких же складних структур, як структури великих корпорацій, і підкоряються своїм законам, які застосовуються з більшою жорстокістю, ніж закони уряду. Її дії не імпульсивні, вони є результатом складних угод, спрямованих на досягнення контролю над цілими сферами діяльності для отримання величезних прибутків" [4, с.365-366]. А у 1975 році у тих же США для практичного користування було введено таке нормативне визначення організованої злочинності – "це діяльність будь-якої групи осіб, чий основні заняття пов'язані з порушенням кримінальних законів з метою отримання нелегальних прибутків, а також можливості займатися рекетом і в разі потреби складнішими фінансовими маніпуляціями" [5, с.219].

Діюче українське законодавство визначає організовану злочинність як сукупність злочинів, що вчиняються

у зв'язку з створенням та діяльністю організованих злочинних угруповань (стаття 1 Закону України "Про організаційно-правові основи боротьби із організованою злочинністю") [6]. Очевидно, що офіційне визначення має досить формальний вигляд і не відбиває глибинної сутності такого негативного соціально-правового явища як організована злочинність. Одне з найбільш вдалих та повних визначень поняття "організованої злочинності" у вітчизняній науковій літературі, з нашої точки зору, сформульоване А. Долговою, на думку якої організована злочинність – це складна система організованих злочинних формувань з їх широкомасштабною злочинною діяльністю і створенням для такої діяльності найбільш сприятливих умов. У цю систему залучена чимала частина населення, і по суті організована злочинність являє собою альтернативне суспільство зі своєю економікою, соціальною та духовною сферами, своїми системами управління, безпеки, формування молодого покоління, судами, своєю внутрішньою і зовнішньою політикою [7, с.20]. Також заслуговує на увагу наукова точка зору, відповідно до якої організована злочинність розглядається як суспільно небезпечне соціальне явище, що існує у вигляді злочинних спільнот, що мають складні організаційно-ієрархічні зв'язки, наявність в обороті величезних грошових коштів, системи захисних заходів і корупції [8, с.8]. Деякі дослідники вважають, що організована злочинність – це масове стійке соціальне явище, що виражається у здійсненні сукупності організованих злочинів і діяльності зі створення організованих кримінальних груп, об'єднань та організацій, орієнтованих на систематичне отримання незаконних доходів і утворюючих систему захисту від соціального контролю за допомогою корупції [9, с.99].

На конгресі ООН з попередження злочинності та поводження з правопорушниками, який відбувся у Гавані (Куба) 27 серпня – 7 вересня 1990 р.), було відзначено, що одним формулюванням неможливо визначити численні види організованої злочинності, зумовлені різними факторами, у тому числі етнічними та економічними. Проте в цілому дане негативне явище було охарактеризовано як складні кримінальні види діяльності, здійснювані в широких масштабах організаціями й іншими групами, що мають внутрішню структуру, які одержують фінансовий прибуток і набувають владу шляхом створення й експлуатації ринків незаконних товарів і услуг [10, с.23]. Також у 1991 році у підсумковому документі Міжнародного семінару ООН з питань боротьби з організованою злочинністю, який відбувся у Суздалі (Росія) 21 – 25 жовтня вказувалося, що "уніфікованого визначення організованої злочинності до теперішнього часу не вироблено, разом з тим під організованою злочинністю зазвичай розуміється відносно масова група стійких і керованих співтовариств злочинців, що займаються злочинами як промислом і створюють систему захисту від соціального контролю з використанням таких протизаконних засобів, як насильство, залякування, корупція і великомасштабні розкрадання" [2, с.10].

Як і будь-яке інше явище чи процес організована злочинність має свої ознаки (властивості). У юридичній літературі існують різні точки зору щодо їх класифікації, їх спробував узагальнити і синтезувати німецький кримінолог Г. Шнайдер. До числа таких ознак він відносить наступні:

- організована злочинність задовольняє потреби населення в нелегальних товарах і послугах;
- вона здійснює свою діяльність раціонально і плановано. Злочинні дії визначаються виходячи з міркувань малого ризику і великої виручки;

– мафіозна група ґрунтується на суворому розподілі ролей;

– всі представники організованої злочинності – професіонали. Вони розвивають у своєму колі кримінальну систему цінностей;

– будь-який злочинний синдикат знаходиться в підпорядкуванні невеликої пануючої групи, яка веде пошук можливостей для кримінальних дій, зважає ризик, вартість і вигідність злочинних проєктів, контролює їх виконання. Маючи у своєму розпорядженні величезні фінансові можливості, злочинна конфедерація має змогу не поспішати у виборі цілей та проведенні операцій. "Вона лише тоді натискає курок, коли злочинне діяння пов'язане із мінімальним ризиком";

– злочинна організація має свої керівні принципи;

– організована злочинність ґрунтується на нейтралізації державного кримінального переслідування [11, с.265-267].

На нашу думку, німецький дослідник досить вдало визначив найбільш суттєві ознаки організованої злочинності, які відображають глибинну сутність даного явища. Спираючись на вище викладене вважаємо що під організованою злочинністю слід розуміти особливо небезпечну форму злочинності, що реалізується у зв'язку із організацією злочинних угруповань та здійсненням ними злочинної діяльності, характеризується наявністю чітко визначеної ієрархічної структури та відповідної їй системи зв'язків і ролей, значної матеріально-фінансової бази, стійких видів злочинної діяльності, спрямованої на отримання доходів (матеріальних та фінансових благ) протизаконним шляхом, а також певною захищеністю від суспільно-державного впливу (контролю, примусу тощо) через наявність корупційних зв'язків із органами державної влади та їх посадовими особами.

На вищезазначеному конгресі ООН також відзначалося, що злочини дуже часто виходять за межі кордонів окремої держави. Така ситуація вимагає поєднання зусиль різних держав у боротьбі зі спільним ворогом – організованою злочинністю. Про необхідність міжнародної взаємодії щодо протидії організованій злочинності фахівці стали говорити з другої половини XIX століття, а конкретні її форми обговорювалися на численних міжнародних конференціях, присвячених питанням боротьби зі злочинністю.

У сучасному світі організована злочинність стала бізнесом, який стрімко розвивається і якому стає тісно в межах кордонів якоїсь окремої держави, і такі види злочинної діяльності, наркобізнес, торгівля зброєю, викрадення і продаж автотранспорту, торгівля "живим товаром" (людьми) – є прямим тому підтвердженням, адже вони не знають кордонів і здійснюються, як правило, на території декількох держав. Стрімкий розвиток та розростання організованої злочинності як міжнародного явища пов'язаний із різними факторами та чинниками. Так, наприклад Організація об'єднаних націй вбачає такі тенденції в розвитку організованої злочинності:

– різке поширення, пов'язане з використанням електронних засобів;

– проникнення в легальну економіку;

– посилення корумпованості чиновницького апарату (панує філософія безмежного "матеріалізму");

– посилення розвитку наркобізнесу (невизначеність, яка виникла в результаті глобальної кризи в економічній, політичній і соціальній сферах, штовхає людей на пошук засобів для тимчасового забуття);

– тенденція до інтернаціоналізації [5, с.223].

Особлива небезпека організованої злочинності полягає у тому що вона, маючи яскраво виражений анти-соціальний характер, тим не менш, завдяки високому рівню латентності, "доволі успішно" співіснує паралельно з життям законослухняного суспільства, так би мовити вбудовуючись у нього та створюючи свій власний таємний "світот", який має дворівневу структуру: нижчий рівень, який включає виконавців злочинів різного характеру, та вищий, до якого належать керівники угруповань і керівники цих керівників, які безпосередньо злочинів не вчиняють, але через ланки системи керують злочинною діяльністю, накопичуючи величезний капітал. Керівники організованої злочинності стають поважними членами суспільства. Для самоствердження і власної безпеки вони намагаються проникнути в усі рівні органів влади і управління самостійно або за допомогою завербованих за матеріальні блага, корупційних службових осіб з метою здійснення власної політики, насамперед у вирішенні на всіх рівнях економічних проблем для здобуття максимальних прибутків. Вони намагаються спрямувати суспільне життя у потрібне їм русло, впливати на прийняття тих чи інших політичних рішень, законодавчих та інших нормативних актів з метою саботування або впровадження реформ у потрібному їм напрямі [5, с.221].

З огляду на вище викладене, можемо констатувати, що сьогодні глобалізаційні процеси притаманні й організаційній злочинності, яка безперервно змінюється, пристосовуючись до нових умов життєдіяльності людей, заповнюючи неконтрольовані і слабо контрольовані сфери. Організована злочинність на рубежі XX та XXI ст.ст. набула якісно нові риси. Лідери кримінального світу активно і планомірно створюють більш згуртовані злочинні співтовариства з жорсткою централізованою побудовою і підпорядкованістю. До них входять злочинні групи із суворою дисципліною, наявністю розвідки і контррозвідки, озброєння, загонів бойовиків, сучасного технічного оснащення.

1. Криминология. Учебное пособие для вузов / Под редакцией доктора юридических наук, профессора Я. Ф. Кузнецовой и кандидата юридических наук Ю. Я. Аргуновой. М.: ИКД "Зерцало-М", 2001. – 208 с.
2. Меркушин В.В. Борьба с транснациональной организованной преступностью / В.В. Меркушин.-Мн.: Амалфея, 2003. – 208 с. (без приложений).
3. Транснациональная организованная преступность: дефиниции и реальность. Монография. – Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та. 2001. – 375 с.
4. Криминология: учебник / Е.В. Авсеенко. – М.: Архангельск: Изд-во Международ. "Ин-та управления", 2001. – 413 с.
5. Александров Ю.В., Гель А.П., Семаков Г.С. Криминология: Курс лекций. – К.: МАУП, 2002. – 295 с. – Библиогр.: с. 288-289.
6. Закон України "Про організаційно-правові основи боротьби із організованою злочинністю" // Відомості Верховної Ради України, 1993, N 35, ст.358.
7. Долгова А.И. Организованная преступность, ее развитие и борьба с ней // Организованная преступность – 3. – М.: Криминолог. Ассоц., 1996. – С. 6-56.
8. Организованная преступность. Под ред. А.И. Долговой, СВ. Дьякова. – М.: Юрид. лит., 1989. – 352 с.
9. Ананич В.А., Ахраменко Н.Ф., Кашевский В.А. Криминология: Альбом схем / Под ред. проф. В.А. Ананича. Мн., 1999. – 236 с.
10. VIII Конгресс ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями. Гавана, Куба, 27 августа – 7 сентября 1990 г. Доклад, подготовленный Секретариатом ООН. – С.20-32.
11. Криминология: учебник / Е.В. Авсеенко. – М.: Архангельск: Изд-во Международ. "Ин-та управления", 2001. – 413 с.

Надійшла до редколегії 08.12.11

УДК: 346.5:330.332

В. Поєдинок, канд. юрид. наук

ПРОВАЛИ РИНКУ ЯК ОБ'ЄКТИВНІ ПІДСТАВИ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ІНВЕСТИЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Стаття присвячена провалам ринку, що розглядаються як об'єктивні підстави державного регулювання інвестиційної діяльності. Визначені основні типи провалів ринку та їх регуляторні імплікації в інвестиційній сфері.

Ключові слова: державне регулювання, провали ринку, інвестиційна діяльність.

Статья посвящена провалам рынка, которые рассматриваются как объективные основания государственного регулирования инвестиционной деятельности. Определены основные типы провалов рынка и их регуляторные импликации в инвестиционной сфере.

Ключевые слова: государственное регулирование, провалы рынка, инвестиционная деятельность.

The article covers market failures seen as the objective grounds of the state regulation of investment activity. Main types of market failures and their regulatory implications in the investment sphere are defined.

Key words: state regulation, market failures, investment activity.

Питання державного регулювання господарської, у тому числі інвестиційної діяльності належать до найбільш актуальних питань "порядку денного" господарсько-правової науки. Предметом дискусії є об'єктивні підстави державного регулювання, його межі і можливості, опції конкретних регуляторних засобів і механізмів тощо. Традиційно публічно-правовим підґрунтям безпосереднього впливу держави на економічні процеси вважають так звані "провали ринку", тобто необхідність втручання держави пояснюється диспорціями і дисфункціями, що виникають у процесі самостійного функціонування ринкового економічного механізму [1, 19].

Попри те, що в економічних науках провали ринку є центральним поняттям, навколо якого будується дослідження проблематики державного регулювання економіки, вітчизняною господарсько-правовою наукою потенціал цього поняття майже не використовується. Спеціальні дослідження, у яких державне регулювання господарської діяльності розглядалося б через призму виправлення провалів ринку, відсутні. Тимчасом, такі дослідження: збагатили б категоріальний апарат та методологічну базу господарсько-правової науки, розширили б можливості використання нею напрацьованих економічних наук, сприяли б удосконаленню правових механізмів державного регулювання господарської діяльності. Державне регулювання інвестиційної діяльності як виду господарської потреби розуміння як провалів ринку загалом, так і специфічних провалів ринку капіталів.

Завданнями цієї статті є: характеристика основних типів провалів ринку та визначення їх імплікацій в царині державного регулювання інвестиційної діяльності, визначення місця концепції провалів ринку в методології державного регулювання інвестиційної діяльності.

"Провали ринку" є концепцією економічної теорії, яка вказує на те, що розподіл товарів і послуг вільним ринком не є ефективним [2, 11]. Таким чином, вихідною для розуміння провалів ринку є інша економічна концепція – *ефективність* або *оптимальність*. Оптимальний стан економічної системи означає такий розподіл ресурсів, коли будь-який їх перерозподіл призведе до чистих втрат сукупного багатства. Найбільш поширеним у сучасному економічному аналізі права є використання *критерію ефективності Парето*, згідно з яким рішення суду (або закон) слід визнати ефективним, якщо поліпшення стану хоча б одного члена суспільства не призводить до погіршення стану жодного з решти його членів. На думку М.І. Одінцової, цей критерій виявляється малоприматним для вирішення практичних завдань. У реальному світі вкрай складно знайти будь-яку угоду або політичний крок, які відповідали б критерію покращення за Парето, оскільки будь-яка угода або зміна законодавства обов'язково викличе у кого-небудь негативну реакцію [3, 10]. Нобелівський лауреат

Дж. Стігліц з цього приводу вказує, що згідно з наївним поглядом, покращення за Парето є одномоментною, статичною зміною політики. Насправді, це частина послідовної політики, і хоч реформа може бути сприятливою для усіх груп на ранніх стадіях процесу, вона може підривати інтереси однієї або кількох груп на більш пізніх стадіях. Ці потерпілі групи часто є достатньо далекоглядними, щоб передбачити погіршення свого становища в майбутньому, а відтак чинять перешкоди нібито покращенню за Парето [4, 8]. Похідним від критерію ефективності Парето є критерій Калдора-Хікса, відповідно до якого стану А слід віддати перевагу порівняно зі станом В, якщо ті, хто отримує вигоду від переходу до стану А, можуть компенсувати втрати тих, хто їх поніс у зв'язку з цим переходом, і все одно залишитися у виразі.

Тимчасом як у різних джерелах спеціальної літератури конкретний перелік провалів ринку різняться, вважаємо, що в проблемному контексті державного регулювання інвестиційної діяльності найбільше значення мають такі їх типи: ринкова влада; екстерналії; публічні блага; асиметрична інформація; моральний ризик; трансакційні витрати. Здійснимо короткий огляд зазначених провалів ринку та їх основних регуляторних імплікацій.

Ринковою владою є здатність одного економічного агента (або невеликої групи агентів) справляти суттєвий вплив на ціни або інші ринкові умови, у яких він діє [2, 12] (видом ринкової влади є монопольна влада). Загальновизнано, що вільна, нічим не обмежена дія ринкових сил з часом неминує призводити до концентрації ринкової влади. Встановлення ринкової влади можуть сприяти і дії держави, як-от видача патентів та визнання інших видів монопольних прав. Спектр пропозицій щодо обмеження ринкової влади засобами державного регулювання є доволі широким, від активного впровадження конкурентного законодавства і до фінансування науково-дослідної і дослідно-конструкторської діяльності з метою заміни патентного підходу до інтелектуальної власності іншими механізмами [5, 8].

Слід звернути увагу також на те, що умовою виникнення і збереження монопольної влади є обмеження доступу на ринок нових суб'єктів господарювання. Тимчасом, встановлення обмежень допуску інвестицій (зокрема іноземних інвестицій у формі створення підприємства або участі у ньому) є традиційним засобом державного регулювання інвестиційної діяльності у багатьох країнах.

Зовнішніми ефектами (екстерналіями) в економічній науці називають вплив будь-якої діяльності або угоди на третю сторону, яка не бере участі у даній діяльності або угоді. Цей вплив не враховується повною мірою в ринкових цінах, оскільки створює зовнішні ефекти одна сторона, а витрати (вигоди) несе інша сторона [3, 260]. Такий вплив може бути негативним або пози-

тивним. Негативні екстерналії, створювані одним економічним агентом (або їх групою), спричиняють витрати для багатьох інших, які є вищими, ніж витрати одного (прикладами є забруднення довкілля, вичерпання природних ресурсів в результаті все більшого залучення їх в господарський обіг, диспропорції у виробництві та ін.). У випадку позитивних екстерналій приватні витрати є вищими, ніж колективні. Суб'єкти господарювання схильні до здійснення видів діяльності, які генерують негативні екстерналії, і неохоче інвестують у галузі/сфери, що характеризуються позитивними екстерналіями (наприклад, базові сировинні галузі або здійснення фундаментальних наукових досліджень). За наявності як позитивних так і негативних екстерналій ринки функціонуватимуть ефективно за умови здійснення державного регулювання.

Публічним благом є таке благо (товар), використання якого одним суб'єктом не зменшує можливостей його використання іншими суб'єктами і при цьому неможливо перешкодити будь-кому отримувати вигоди від цього блага. Класичними прикладами публічних благ є національна безпека, публічні шляхи сполучення, система загальної освіти та медичної допомоги, судова система тощо. Оскільки відмовити будь-кому в отриманні вигод від публічних благ неможливо, їх зазвичай не можна купити і продати на ринку. Навіть якщо окремі суб'єкти погодилися б платити за ці блага, якби це було необхідним, вони не мають стимулів платити, оскільки їх не можна виключити з-під дії блага, що породжує так звану проблему безбілетника. Термін "безбілетник" (*free rider*) використовується в економічному аналізі для позначення суб'єкта, який отримує вигоди від зусиль, що вживаються іншою стороною, не сплачуючи за них [5, 2-3].

Проблема безбілетника обумовлює недоінвестування виробництва публічних благ (це можна розглядати і як проблему позитивних екстерналій). У зв'язку з цим тягар забезпечення суспільства публічними благами лягає передусім на державу в особі державних господарюючих і негосподарюючих суб'єктів, діяльність яких, однак, часто буває недостатньо ефективною. Більш ефективними зазвичай є пов'язані з участю недержавних суб'єктів господарювання засоби уникнення або трансформування проблем публічних благ з використанням механізмів державно-приватного партнерства, зокрема, концесій.

Асиметричність інформації означає, що один суб'єкт ринку володіє більшим обсягом інформації щодо певного предмету, аніж інший. В умовах асиметрії інформації ринки можуть функціонувати неефективно, навіть коли існують передумови для взаємовигідних обмінів. Це вимагає застосування засобів державного регулювання – встановлення вимог щодо обов'язкового надання (розкриття) інформації та відповідальності у разі порушення такого обов'язку.

Асиметричність інформації властива багатьом формам здійснення інвестиційної діяльності, причому дефіцит інформації часто виникає на боці ключового суб'єкта цієї діяльності – інвестора. Не дивно, що в інвестиційному праві велике значення має забезпечення права інвестора на отримання суттєвої інформації про об'єкти та результати інвестування, необхідної для прийняття оптимальних інвестиційних рішень. Традиційно в юридичній літературі, законодавстві та міжнародно-правових актах основну увагу приділяють режиму розкриття інформації на ринках цінних паперів. Це виглядає закономірним зважаючи на економічну сутність цінного паперу, який, з одного боку, є представником реально функціонуючого в економіці, або дійсного, капіталу, з іншого – капіталом сам по собі, але капіталом фіктивним.

З метою визначення мінімуму інформації, необхідної для розкриття, у багатьох країнах застосовується концепція *важливості (суттєвості) інформації*. Ця концепція знайшла відображення, зокрема, у Рекомендаціях з найкращої практики корпоративного управління для акціонерних товариств України (розділ 2) [6] та Принципах корпоративного управління України (розділ 4) [7]. Суттєвою вважається інформація, ненадання або недостатнє надання якої може впливати на господарські рішення, які приймаються користувачами такої інформації [8]. Прийнятою у світі є точка зору, що загальних кількісних стандартів суттєвості, які були б сформульовані з урахуванням усіх обставин, що можуть виникнути у господарській діяльності підприємств, не може існувати. Враховуючи це, рекомендується розкривати будь-яку інформацію, яка з точки зору емітента може вплинути на прийняття інвестиційних рішень, тобто є суттєвою [6].

Оскільки прозорим або, навпаки, непрозорим може бути будь-який інвестиційний ринок, проблему асиметричності інформації не можна обмежувати лише ринком цінних паперів. На нашу думку, норми, спрямовані на забезпечення права інвестора на отримання суттєвої інформації щодо об'єкта інвестування повинні міститися в усіх законах, які регулюють залучення інвестицій в умовах конкуренції потенційних інвесторів (наприклад, у законах про державно-приватне партнерство), оскільки за таких умов існує висока ймовірність порушення зазначеного права інвесторів з боку суб'єкта, який організує залучення інвестицій.

Поняття **морального ризику** виникло у страховій справі і відобразило той факт, що страхування може підвищувати ймовірність нещасного випадку, оскільки у застрахованої особи знижуються стимули до вжиття застережних заходів. В економічній теорії, яка запозичила це поняття зі страхової справи, воно застосовується у тих випадках, коли одна сторона угоди має стимули до здійснення дій, що можуть завдати шкоди інтересам іншої сторони, однак сама особа, яка завдає шкоду, не несе пов'язаних з цим витрат. Причиною появи морального ризику є високі витрати контролю (наприклад, страхові компанії не в змозі перевіряти вжиття застережних заходів застрахованою особою) в умовах асиметрії інформації (коли застрахована особа володіє інформацією про свої плани, яка недоступна страховій компанії) [3, 262].

Основними шляхами вирішення проблеми морального ризику засобами державного регулювання є структурування стимулів з урахуванням поведінки, яка ними провокується, та моніторинг поведінки адресатів стимулів на предмет можливих зловживань. Однак державне регулювання само може створювати моральний ризик. Так, вкладники банків, які знають про існування компенсаційних схем, та інші кредитори, які знають про можливість рефінансування банку центральним банком, а також розраховують на те, що певні фінансові установи є "надто великими, щоб зазнати краху", не виявлятимуть достатньої обачності, а банки, у свою чергу, прийматимуть вищі ризики, аніж приймали б за інших умов.

Трансакційні витрати суб'єкта господарювання включають в себе витрати, пов'язані з отриманням необхідної інформації про стан ринкової кон'юнктури, пошуком контрагентів, укладенням угод, захистом прав власності [1, 27]. Поняття трансакційних витрат було обґрунтоване неонституціоналістом, нобелівським лауреатом Р. Коузом у статті "Проблеми соціальних витрат" [9, 92-149]. Р. Коуз стверджував, що за нульових трансакційних витрат розподіл юридичних прав не впливає на ефективність розміщення ресурсів і структуру виробництва, оскільки сторона, яка цінує право

вище, завжди може купити це право у сторони, яка цінує його нижче, якщо первісно це право їй не належало. Однак у реальному світі з ненульовими трансакційними витратами первісний розподіл прав має значення, оскільки високі трансакційні витрати можуть перешкодити тій стороні, яка цінує право вище, викупити його у тієї сторони, яка цінує право нижче.

Нормативна версія теореми Коуза вказує, як слід чинити суду, що вирішує спори в умовах високих трансакційних витрат, які заважають досягненню приватних домовленостей (а також суб'єктам державного регулювання при прийнятті регуляторних рішень – авт.). В умовах позитивних трансакційних витрат ефективність кінцевого розподілу ресурсів не є незалежною від вибору правової норми, тому перевагу слід віддати такому первісному розподілу прав, який мінімізує вплив трансакційних витрат [3, 40-41].

Слід відзначити, що Р. Коуз вважав помилковим підхід до державного втручання як єдиного способу вирішення проблем, що виникають на ринку. Ринок, фірма і держава розглядаються ним як альтернативні форми організації економіки, вибір між якими повинен здійснюватися залежно від їхніх порівнянних можливостей економити трансакційні витрати [9, 109-112].

Поряд з загальними провалами ринку на нижчому рівні узагальнення можна виділити низку "провалів ринку капіталів", специфічних, відтак, саме для інвестиційної сфери, як-от:

уподобання ліквідності (liquidity preference), яке означає бажання економічних агентів отримувати ліквідні активи. Уподобання ліквідності обумовлює зсув інвестиційного попиту у бік непродуктивних (фінансових) активів, наслідком чого є недоінвестування у реальний капітал;

короткозорість інвесторів (investor myopia) має місце, коли в силу інституційних обмежень інвестори інвестують або, принаймні, оцінюють продуктивність інвестицій у порівнянні короткостроковій перспективі. Короткозорість інвесторів завжди виявляє себе як зсув у бік активів, що приносять швидкий дохід, що, знову ж таки, сприяє нелюбим інвестування реальному сектору економіки;

"домашнє упередження" (home bias), яке полягає у неохильності інвесторів інвестувати в зарубіжні активи попри більші можливості щодо отримання прибутків та диверсифікації ризиків порівняно з інвестуванням виключно у вітчизняні активи. Його чинниками є регуляторні/політичні обмеження та інформаційні витрати (витрати на опрацювання інформації, невпевненість у якості фінансової звітності іноземного реципієнта, невпевненість у розподілі майбутніх грошових потоків).

Разом з тим, не можна вважати, що об'єктивні підстави державного регулювання господарської/інвестиційної діяльності вичерпуються необхідністю виправлення провалів ринку. Таке твердження було б коректним, якби ефективність (оптимальність) ринку виступала б єдиною метою державного регулювання. Однак власне критерії ефективності, що розглядалися вище, вказують на світоглядні і методологічні межі цієї концепції. Економіка у стані фінансового колапсу може відповідати спрощеному визначенню ефективності, яке вимагає лише розподілу активів на користь тих, хто цінує їх найбільше. Існує цілий ряд цільових орієнтирів, які в принципі знаходяться поза межами концепції ефективності, як-от: запобігання економічним кризам, прискорений (форсований) розвиток певних галузей промисловості, забезпечення сталого розвитку тощо. Пріоритетність тих чи інших цільових орієнтирів визначається загальною логікою обраної моделі державної економічної/інвестиційної політики.

Крім того, повсякденне вживання терміну "провали ринку" може стосуватися нездатності ринку продукувати деякі бажані якості, *відмінні від ефективності*. Наприклад, "провалом ринку" інколи називають значну несправедливість у розподілі суспільних благ, однак якщо ця ситуація не буде неефективною за Парето, вона не вважатиметься і провалом ринку згідно з домінуючою економічною теорією. Тобто, насправді досягнення справедливості, хоч, безсумнівно, і є однією з основних цілей державного регулювання, взагалі не пов'язане з темою виправлення провалів ринку.

У зв'язку з цим привертає увагу розуміння поняття регулювання, що склалося у французькій правовій доктрині: організація відносин між особами з нерівними можливостями для того, щоб за підтримки права ці відносини могли встановитися іншим, *справедливим* чином [10, 95]. За словами французької авторки М. Фрізо-Роше, "це справді регулювання в його класичному розумінні, яке полягає в організації відносин між різними силами без намагання усунути первісну причину нерівності носіїв інтересів. Насправді, якби дисбаланси між силами були усунуті повністю, ми повернулися б до режиму одноголосного прийняття рішень, що не є прийнятним, оскільки система більше не була б ефективною і жодного рішення не можна було б прийняти [10, 95-96].

В економічному аналізі права справедливість та ефективність зазвичай розглядаються як протилежні поняття. Ефективність і справедливість, звісно, не завжди конфліктують одне з одним. Однак ефективне правове рішення може і не бути справедливим, а справедливе рішення може бути неефективним. Так, наприклад, скасування Законом України від 25 березня 2005 р. "Про внесення змін до Закону України "Про Державний бюджет України на 2005 р." та деяких інших законодавчих актів України" [11] пільг, що надавалися в рамках спеціальних режимів інвестиційної діяльності у спеціальних економічних зонах (СЕЗ) та територіях пріоритетного розвитку (ТПР), було економічно ефективним, але несправедливим з точки зору інтересів конкретних інвесторів, яким відповідними законами про СЕЗ та ТПР гарантувалася незмінність спеціальних режимів протягом встановлених у цих законах доволі тривалих строків.

Як вказує М.І. Одінцова, сучасна правова система у спрощеному вигляді може бути представлена як така, що складається з двох великих "відділів". Один з них відповідає за ефективність, сюди належить, наприклад, право, що регулює обмін товарами і надання послуг. Інший "відділ", до якого належить податкове право і соціальне право, відповідає за розподільчу справедливість [3, 19]. З очевидністю, цей поділ, як і більшість дихотомічних поділів, страждає на значний ступінь умовності. Втім, не підлягає сумніву, що інвестиційне право належить до першого з зазначених "відділів". В основі прийняття інвестиційних рішень суб'єктами інвестиційної діяльності лежать економічні міркування, прагнення максимізації корисності. Інвестиційна діяльність, у свою чергу, є основним джерелом економічного зростання. Відтак економічна ефективність є обов'язковою умовою застосування регуляторних заходів в інвестиційній сфері (неефективні регуляторні заходи не повинні застосовуватись). Справедливість рішень є додатковим тестом на придатність регуляторних рішень, відтак ефективність є необхідною, але не достатньою умовою. Пошук балансу між ефективністю та справедливістю є однією з центральних проблем державного регулювання інвестиційної діяльності, яка знаходить своє відображення у державній інвестиційній політиці.

Характеристика провалів ринку як об'єктивних підстав державного регулювання буде неповною, якщо не

згадати, що сама здатність державного регулювання виправляти провали ринку є предметом інтенсивної дискусії в економічній науці. Тимчасом як представники неокласичної та кейнсіанської економічних шкіл вважають, що держава спроможна виправити неефективний ринковий наслідок, ряд інших шкіл економічної думки (як-от чиказька школа, школа суспільного вибору, австрійська школа) не погоджуються з цим. Так, зазначають, що пропонований у підручниках аналіз регулювання як виправлення провалів ринку заснований на парадигмі досконалого ринку. При цьому припускається, що суб'єкт регулювання, який володіє досконалим знанням та діє у публічному інтересі, може виправити провал ринку. Цей підхід виявляється неспроможним з трьох міркувань: по-перше, суб'єкт регулювання не може знати, яким був би результат досконалого ринку, якби такий ринок існував – тобто, він не знає цілі, у яку прагне потрапити; по-друге, нерационально припускати, що суб'єкт регулювання володіє досконалим знанням; по-третє, суб'єкт регулювання може діяти не у публічному інтересі [12, 5]. Спроби виправити провали ринку засобами державного регулювання можуть призводити до "провалів регулювання". На нашу думку, належне сприйняття цієї критики у правовій перспективі полягає не в запереченні регуляторних можливостей держави, а в усвідомленні їх обмеженості, необхідності співставлення наслідків провалів ринку і провалів регулювання, порівняння заходів державного регулювання з альтернативами саморегулювання.

Висновки: "Провали ринку" є важливою аналітичною концепцією, яка описує об'єктивні підстави державного регулювання господарської, у тому числі інвестиційної діяльності. Вона створює теоретичну основу для структуризації завдань державного регулювання, добору відповідних цим завданням засобів та з'ясування меж регуляторних можливостей держави. Багаж економічної науки, напрацьований щодо провалів ринку, може скласти значну допомогу розробникам політики та суб'єктам регуляторної діяльності. Бачення регуляторного інструмента як засобу виправлення конкретного провалу ринку дозволяє більш чітко визначити його здатність "попасти у ціль" та передбачити небажані наслідки його застосування.

УДК 347.764 (477)

Н. Пацурія, канд. юрид. наук, доц.

ОКРЕМІ ТЕОРЕТИКО – ПРАКТИЧНІ ПРОБЛЕМИ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВОВІДНОСИН У СФЕРІ ЗДІЙСНЕННЯ ПЕРЕСТРАХОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

У статті досліджуються окремі проблеми теоретико-практичного спрямування, що виникають при реалізації правовідносин у сфері здійснення перестрахової діяльності. Зокрема, розглядаються проблемні аспекти здійснення діяльності із перестрахування ризиків у страховиків/перестраховиків нерезидентів та особливості правового закріплення перестрахової діяльності у законодавстві України та ЄС.

Ключові слова: перестрахування, перестрахова діяльність, страховик/перестраховик нерезидент, модернізація правового регулювання.

В статье исследуются отдельные проблемы теоретико-практической направленности, которые возникают при реализации правоотношений в сфере осуществления перестраховочной деятельности. К примеру, рассматриваются проблемные аспекты осуществления деятельности по перестрахованию рисков у страховщиков/перестраховщиков нерезидентов и особенности правового закрепления перестраховочной деятельности в законодательстве Украины и ЕС.

Ключевые слова: перестрахование, перестраховочная деятельность, страховщик/перестраховщик нерезидент, модернизация правового регулирования.

The article investigates some problems of theoretical and practical orientation, which arise in the implementation of legal relations in the field of reinsurance. For example, consider the problematic aspects of the implementation of the reinsurance of risks with insurers / reinsurers and nonresident features of the legal consolidation of reinsurance business in the legislation of Ukraine and the EU.

Key words: reinsurance, reinsurance activity, the insurer / reinsurer resident, modernization of legal regulation.

Вступ. На розвиток вітчизняного ринку перестрахування впливає багато факторів, зокрема, процеси інтеграції у європейський та світовий ринки перестрахових

Разом з тим, виправлення провалів ринку – це обмежена концепція, яка стосується тільки однієї цілі державного регулювання – оптимізації ринку. Державна інвестиційна політика може переслідувати низку інших цілей, пріоритетність яких визначається моделлю такої політики.

Спроможність держави виправляти провали ринку піддається сумніву представниками ряду економічних шкіл. Значення цієї критики у правовій перспективі полягає не в запереченні регуляторних можливостей держави, а в усвідомленні їх обмеженості, необхідності співставлення наслідків провалів ринку і провалів регулювання, порівняння заходів державного регулювання з альтернативами саморегулювання, що водночас становить *перспективи подальших досліджень* проблематики державного регулювання інвестиційної діяльності.

1. Задахайло Д.В. Державне регулювання ринкових відносин як актуальна юридична проблема / Д.В. Задахайло // Українське комерційне право. – 2005. – №6. – С.19-28.
2. Mankiw N.G. Brief principles of macroeconomics, 5th ed. / N.G. Mankiw. – Cengage learning, 2009. – 469 p.
3. Одинцова М.И. Экономика права: Учеб. пособие. – М.: Изд. дом ГУ ВШЭ, 2007. – 290 с.
4. Stiglitz J. Distinguished lecture on economics in government: The private uses of public interests: Incentives and institutions // The journal of economic perspectives. – 1998. – Vol. 12. – No. 2. – P. 3-22.
5. Googwin N. The limitations of markets: Background essay [Electronic resource] / N. Goodwin. – Global development and environment institute, Tufts university, 2005. – Mode of access: http://mpr.ub.uni-muenchen.de/27940/1/MPRA_paper_27940.pdf. – 16 p.
6. Про погодження Рекомендацій з найкращої практики корпоративного управління для акціонерних товариств України: Рішення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку України від 2 червня 2002 р. №190 // Українська інвестиційна газета. – 2002. – №30. – 30 липня.
7. Про затвердження Принципів корпоративного управління: Рішення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку України від 11 грудня 2003 р. №571 // Українська інвестиційна газета. – 2004. – №4. – 27 січня.
8. Policies for corporate governance and transparency in emerging markets: Revised guidelines [Electronic resource] / Institute of international finance, 2003. – Mode of access: www.iif.com.
9. Коуз Р. Фирма, рынок и право / Р. Коуз. – М.: Новое издательство, 2007. – 224 с.
10. Frison-Roche M.-A. Corporate law seen through the prism of regulation: the financial services industry and investor protection / M.-A. Frison-Roche // The Journal of regulation. – 2010. – No. 2. – P.88-102.
11. Про внесення змін до Закону України "Про Державний бюджет України на 2005 р." та деяких інших законодавчих актів України: Закон України від 25 березня 2005 р. // ВРП України. – 2005 р. – № 17, №18-19 – Ст.267.
12. The economics of regulation [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.staff.city.ac.uk/p.booth/regulationstudents1.pdf>. – 6 p.

Надійшла до редколегії 08.12.11

послуг [1], зазначене обумовлює специфіку правового регулювання перестрахової діяльності в Україні та **актуальність досліджуваної теми.**

Розробці теорії правової природи перестраховальних правовідносин за радянських часів не приділялося належної уваги. Дослідження з приводу, зокрема, правової природи договору перестрахування провадили такі дореволюційні вчені, як В. Р. Ідельсон та Г. Ф. Шершеневич. Правові питання перестрахування в радянський період частково висвітлювалися К. О. Граве, Л. А. Лунцем, О. С. Іоффе, І. Б. Новицьким, В. К. Райхером, В. І. Серебровським. Вагомий внесок у розв'язання проблем перестраховальних правовідносин було зроблено російськими та українськими дослідниками: В. Д. Базилевичем, А. А. Гвозденко, Ю. М. Журавльовим, М. Г. Каминкіною, С. С. Осадцем, К. Є. Турбіною, Т. А. Федоровою, В. В. Шаховим. У ході написання статті було опрацьовано роботи таких відомих вчених-юристів, як: М. І. Брагінський, С. М. Братусь, В. В. Вірянський, О. О. Красавчиков, В. В. Луць, Г. К. Матвеев, А. П. Сергєєв, В. О. Тархов, Ю. К. Толстой, В. С. Щербина та ін. Крім того, використані наукові дослідження зарубіжних авторів, зокрема Д. Бланда і К. Пфайффера.

Формулювання цілей. Цілями статті є виявлення і вирішення окремих проблем теоретико-практичного спрямування, що виникають при реалізації правовідносин у сфері здійснення перестрахової діяльності, зокрема: дискусійних аспектів перестрахування ризиків у страховиків/перестраховиків нерезидентів; особливостей правової регламентації перестрахової діяльності у законодавстві України і ЄС; та внесення пропозицій щодо модернізації законодавства у цій сфері.

Виклад основного матеріалу. Вплив операцій із перестрахування як на фінансовий результат страхової діяльності так і на економіку держави достатньо відчутний і має тим більше значення, чим більша частина ризиків передається на перестрахування, особливо за участю перестраховиків-нерезидентів. Проте, відтік валюты за кордон посилює тиск на гривню, що тягне за собою негативні наслідки для економіки країни [2, с.371]. Вказане змушує законодавця шукати компроміс між інтересами страховиків (щодо забезпечення платоспроможності та фінансової стабільності) і держави (щодо стабілізації вітчизняної економіки) з питань належного врегулювання перестрахової діяльності.

Зрозуміло, що повністю розмістити великі ризики на внутрішньому ринку перестрахування неможливо, і як зазначають фахівці, враховуючі географію – недоцільно. Саме з огляду на викладене держава, шляхом законодавчого закріплення, повинна віднайти оптимальне співвідношення між частками ризиків, які передаються на перестрахування за кордон і тим, які залишаються в Україні [3].

Діяльність у сфері перестрахування ризиків у страховиків / перестраховиків нерезидентів є видом зовнішньоекономічної діяльності із надання послуг, щодо вторинного страхування вже застрахованих страховиком – резидентом ризиків. Суб'єктний склад правовідносин із перестрахування ризиків у нерезидентів обумовлює специфіку вказаного виду діяльності. Страховиками (перестраховувальниками, цедентами) у вказаних відносинах виступають страхові компанії – резиденти, які відповідно до Закону України "Про страхування" [4] повинні відповідати наступним вимогам: створення у певній організаційно – правовій формі (акціонерне, повне, командитне або товариство з додатковою відповідальністю); наявність статутного капіталу у обсягах визначених Законом (1 млн.євро та 1,5 млн.євро в залежності в від того здійснює страховик діяльність із ризикових видів страхування або із страхування життя відповідно); наявність не менше трьох засновників/ учасників; необхідність отримання ліцензії на здійснення страхової діяльності; цільова спрямованість формування страхо-

вих резервів та необхідність інвестування коштів страхових резервів у законодавчо визначені активи певних категорій, тощо. Перестраховиками є страхові та/або перестрахові компанії нерезиденти України, тобто іноземні суб'єкти господарювання, на діяльність яких на національному перестраховому ринку України поширюється, окрім спеціального, також і законодавство про зовнішньоекономічну діяльність.

Коло спеціального законодавства з питань регулювання перестрахової діяльності в Україні у страховика та/або перестраховика нерезидента окреслено наступними нормативними актами: Законом України "Про страхування", Постановою Кабінету Міністрів України від 4 лютого 2004 року №124 "Про затвердження вимог щодо здійснення перестрахування у страховика (перестраховика) нерезидента" (далі – Постанова КМУ №124) [5], Розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг від 28 березня 2011 року №153 "Про затвердження Порядку реєстрації договорів перестрахування" (далі – Розпорядження Держфінпослуг №153) [6], Розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг від 3 грудня 2004 року №2885 "Про затвердження Вимог до рейтингів фінансової надійності (стійкості) страховиків та перестраховиків – нерезидентів" (далі – Розпорядження Держфінпослуг №2885) [7], Розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг від 4 червня 2004 року № 914 "Про затвердження Порядку надання страховиками (цедентами, перестраховувальниками) інформації про укладені договори перестрахування із страховиками (перестраховиками) нерезидентами до Держфінпослуг" (далі – Розпорядження Держфінпослуг №914) [8].

Постанова КМУ №124 в якості обов'язкових вимог до правового статусу нерезидента у яких національні страховики/ перестраховики мають намір перестраховувати ризики, та при недотриманні яких укладення договорів перестрахування не дозволяється, встановлює наступні: законодавством країни, в якій зареєстрований нерезидент, передбачений державний нагляд за страховою і перестраховою діяльністю; нерезидент повинен провадити безперервну професійну діяльність не менше ніж три роки до дати укладення договору перестрахування; відсутні факти порушення нерезидентом законодавства про страхову і перестрахову діяльність та із питань запобігання і протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, та боротьби з тероризмом країни його реєстрації. Слід вказати, що згідно п.6 Постанови № 124 саме страховики – резиденти (цеденти, перестраховувальники) несуть відповідальність за дотримання вказаних вимог при укладенні договорів перестрахування із нерезидентами. Що стосується державного нагляду за перестраховою діяльністю, то він існує не у всіх країнах світу, як правило в таких випадках держава виходить із того, що будь-яка форма державного нагляду обмежує розвиток підприємницької діяльності, якою власне є діяльність із перестрахування [9, с.72]. Тенденції законодавства України про підприємництво також спрямовуються у вказаному напрямку – в напрямку дерегуляції, проте дерегуляція у сфері здійснення зовнішньоекономічних операцій із перестрахування у страховика/ перестраховика нерезидента, на наш погляд не є доцільною.

Розпорядження Держфінпослуг №2885 встановлює додаткові вимоги до нерезидентів в частині встановлення до них рейтингів фінансової надійності (стійкості). Вказані рейтинги обумовлюють рівень платоспроможності нерезидентів і вони залежать від того, чи є країна нерезидента членом Єдиного економічного про-

стору. Рівень рейтингу нерезидента встановлюється за відповідною шкалою однієї із чотирьох міжнародних рейтингових агенцій. При цьому, у п.3 Розпорядження Держфінпослуг №2885 встановлено, що у разі, якщо страховики/перестраховики нерезиденти мають відповідну реєстрацію та / або місцезнаходження в офшорній зоні чи країні (на території), яке не бере участі у міжнародному співробітництві у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, та фінансуванню тероризму, рейтинг фінансової надійності (стійкості) таких нерезидентів вважається таким, що не відповідає вимогам законодавства. Як визначають аналітики, рейтинги при здійсненні зовнішньоекономічних операцій із перестрахування слід розглядати лише як допоміжний критерій для перестраховальника при здійсненні вибору контрагента за договором перестрахування.[9, с.72] До того ж, в якості критики вказаного положення, слід відзначити, що не існує єдиної методики визначення рейтингів фінансової надійності (стійкості) нерезидентів у тих рейтингових агенціях, перелік яких міститься у Розпорядженні Держфінпослуг №2885, як наслідок, вказаними агенціями використовуються різні критерії (підходи визначення) платоспроможності для встановлення відповідного рейтингу.

Розпорядження Держфінпослуг №914 затвердило порядок надання страховиками інформації про укладені договори перестрахування із нерезидентами. Згідно вказаного Розпорядження резиденти у 10-ти денний строк після укладення договору перестрахування із нерезидентами подають до Держфінпослуг інформацію за встановленою формою як на паперових носіях так і у вигляді електронних даних. В свою чергу Розпорядження Держфінпослуг №153 встановлює порядок реєстрації договорів перестрахування, які укладені із нерезидентом шляхом подання заяви за встановленою формою та 3-х копій договору перестрахування (один із яких повинен бути засвідчений нотаріально) протягом п'ятнадцяти днів із дня укладення договору. При цьому за результатами розгляду Держфінпослуг поданих на реєстрацію документів договори перестрахування можуть бути зареєстровані або залишені без реєстрації. Таким чином, законодавець вводить обов'язкову умову щодо інформування національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг (далі – Держфінпослуг) про факт укладення договору перестрахування із нерезидентами та встановлює обов'язкову процедуру реєстрації таких договорів за встановленою процедурою. За свідченням практиків страхового/перестрахового ринку України, процедура попереднього інформування та реєстрації договорів перестрахування в Держфінпослуг укладених із нерезидентами ускладнює та обтяжує процес здійснення зовнішньоекономічних операцій, що негативно впливає на належне виконання зобов'язань за договорами перестрахування, і як наслідок послаблює захист майнових інтересів страхувальників.

Згідно Розпорядження Держфінпослуг №153 договори перестрахування залишаються без реєстрації, зокрема у разі невідповідності страховика/перестраховика нерезидента вимогам встановленим законодавством України. Окремо слід розглянути вимоги Розпорядження, щодо невідповідності договорів перестрахування п.8, яка є підставою для відмови у реєстрації договорів перестрахування. Згідно п.8 договори перестрахування мають відповідати загальним вимогам до договорів, установленим Цивільним кодексом України, та/або вимогам до зовнішньоекономічних договорів (контрактів), з урахуванням установлених іншим зако-

нодавством особливостей, зокрема щодо: предмета договору перестрахування, розміру страхової суми за договором перестрахування, переліку страхових випадків, розміру перестрахових платежів і строків їх сплати, перестрахового тарифу, умов здійснення перестрахової виплати та причин відмови в перестраховій виплаті. Слід вказати, що жоден законодавчий акт не містить вимог щодо договорів перестрахування. Фактично мова іде про те, що підзаконний нормативний акт (Розпорядження № 153) встановлює обов'язкові (істотні) умови договору перестрахування, вказане свідчить про вади законодавчої техніки. Цивільний кодекс України (далі – ЦК України) [10] в ч.1 ст. 987 встановлює, що за договором перестрахування страховик, який уклав договір страхування, страхує в іншого страховика (перестраховика) ризик виконання частини своїх обов'язків перед страхувальником, проте істотних умов договору перестрахування не визначає. Аналіз наведених у Розпорядженні №153 обов'язкових умов, які повинні бути зазначені у договорах перестрахування, що фактично є істотними умовами вказаних договорів, не є предметом нашого дослідження і потребує окремого ґрунтовного аналізу [11]. Проте, слід зауважити, що окремі умови, зокрема, щодо предмету договору перестрахування, є малодослідженими в науці страхового права [12]. Саме тому, з огляду на відсутність законодавчого закріплення положень по предмету договору перестрахування, включення такої умови в якості обов'язкової, і як наслідок, інших передбачених п.8 Розпорядження №153, в договір перестрахування є вкрай не обґрунтованим.

Слід наголосити, що основною метою введення вказаних обмежень і дискримінаційних положень, щодо здійснення перестрахової діяльності із страховиками/перестраховиками нерезидентами була ідея зменшення кількості "схемного" перестрахування, пов'язаного з відтоком грошових коштів за кордон, реалізація якої до речі, не принесла очікуваного ефекту. З огляду на це постають питання: 1) наскільки обґрунтованим було ведення вказаних обмежень до законодавства України, 2) чи не порушують вимоги чинного законодавства стосовно правового статусу страховиків/перестраховиків нерезидентів принципу недискримінації який є основоположним при здійсненні будь-якої підприємницької діяльності на території України, 3) чи є введення даних обмежень по відношенню до іноземного суб'єкта господарювання пропорційним стосовно аналогічних положень іноземного законодавства (зокрема ЄС) по відношенню до перестраховиків України, які здійснюють таку діяльність та території іноземних держав за договором факультативного та/або облігаторного перестрахування за напрямом вхідного перестрахування; 4) чи відповідають вказані положення законодавства України про страхування загальним засадам законодавства про зовнішньоекономічну діяльність?

Аналіз законодавства доводить, що подібні законодавчі акти у сфері перестрахування приймаються у зв'язку з наявністю в ст. 12 Закону України "Про страхування" ч.2, яка зазначає, що перестрахування у страховика (перестраховика) нерезидента здійснюється відповідно до вимог і в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України, саме тому вважаємо за доцільне виключити вказану норму із ст.12 Закону України "Про страхування".

З огляду на особливий суб'єктний склад правовідносин що розглядаються стає зрозумілим, що правовий режим здійснення такої діяльності регулюється Законом України "Про зовнішньоекономічну діяльність" [13]. Закон України "Про страхування", як нормативний акт спеціальної дії більшості наведених обмежень не встановлює, наведені обмеження існують на рівні під-

законного регулювання. Саме тому, з урахуванням положень про те, що господарська діяльність у перестрахованні із страховиками / перестраховиками нерезидентами є видом зовнішньоекономічної діяльності, при її здійсненні слід керуватися положеннями Закону України "Про зовнішньоекономічну діяльність". Тому, на нашу думку норми законодавства про страхування не повинні вводити у конфлікт із нормами законодавства про зовнішньоекономічну діяльність.

Відповідно до Закону "Про зовнішньоекономічну діяльність" (ст. 2), суб'єкти при здійсненні зовнішньоекономічної діяльності керуються принципом свободи зовнішньоекономічного підприємництва який полягає в праві суб'єктів добровільно вступати в зовнішньоекономічні зв'язки; принципом юридичної рівності і недискримінації, що полягає в рівності перед законом всіх суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, незалежно від форм власності, у тому числі держави, при здійсненні зовнішньоекономічної діяльності; забороні будь-яких, крім передбачених цим Законом, дій держави, результатом яких є обмеження прав і дискримінація суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, а також іноземних суб'єктів господарської діяльності за формами власності, місцем розташування та іншими ознаками; неприпустимості обмежувальної діяльності з боку будь-яких її суб'єктів, крім випадків, передбачених цим Законом; принципом верховенства закону, що полягає в регулюванні зовнішньоекономічної діяльності тільки законами України; забороні застосування підзаконних актів, що в будь-який спосіб створюють для суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності умови менш сприятливі, ніж ті, які встановлені законами України.

Стаття 5 вищевказаного Закону визначає, що всі суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності мають рівне право здійснювати будь-які її види, прямо не заборонені законами України, незалежно від форм власності та інших ознак і наголошує на ті, що втручання державних органів у зовнішньоекономічну діяльність її суб'єктів у випадках, не передбачених цим Законом, у тому числі й шляхом видання підзаконних актів, які створюють для її здійснення умови гірші від встановлених у цьому Законі, є обмеженням права здійснення зовнішньоекономічної діяльності і як таке забороняється.

При цьому, у ст. 7 вказаного Закону "Про зовнішньоекономічну діяльність" зазначено, що на території України для іноземних суб'єктів господарської діяльності запроваджуються національний режим, який означає, що іноземні суб'єкти господарської діяльності мають обсяг прав та обов'язків не менший, ніж суб'єкти господарської діяльності України.

В даному випадку слід згадати ратифіковану Україною Угоду "Про партнерство та співробітництво між Україною і Європейськими співтовариствами та їх державами-членами", підписану Україною 14 червня 1994 року [14]. Відповідно до доповнення до Додатку № 5 Угоди визначалося, що не пізніше ніж через п'ять років після дати її підписання (тобто у 1999 році) Україна зобов'язувалася створити необхідні умови для заснування страхових компаній Співтовариства, а також спільних страхових компаній і застосувати до них на своїй території режим, не менш сприятливим, ніж той, що надається її власним компаніям або компаніям будь-якої третьої країни, залежно від того, який з них є кращий.

Зауважимо, що аналізовані вимоги законодавства України стосовно правового статусу страховиків / перестраховиків нерезидентів та порядку здійснення ними підприємницької діяльності порушують всі норми і принципи закріплені законодавством про зовнішньоекономічну діяльність, з огляду на це слід вести мову

про дискримінацію іноземних суб'єктів господарювання та встановлення обмежень на здійснення ними перестрахової діяльності із страховими / перестраховими компаніями України.

Наведене вище породжує питання щодо того, в полягає сутність перестраховування і перестрахової діяльності?

Відповідно до ст.12 Закону України "Про страхування" [15] перестраховування – страхування одним страховиком (цедентом, перестраховувальником) на визначених договором умовах ризику виконання частини своїх обов'язків перед страхувальником у іншого страховика / перестраховика резидента або нерезидента, який має статус страховика або перестраховика, згідно із законодавством країни, в якій він зареєстрований.

Українське законодавство фактично визнає перестраховування як частину страхування. А тому, при регулюванні операцій з перестраховування, найчастіше застосовуються загальні норми про страхування за окремими винятками. Не розрізняючи вказані види підприємницької діяльності, законодавець однаково підійшов до врегулювання порядку створення, в тому числі ліцензування, функціонування і припинення діяльності страхових і професійних перестрахових компаній, державного нагляду за страховою і перестраховою діяльністю, договорів страхування і перестраховування, тощо. Слід вказати, що перестраховування є похідним від страхування [16, с.7], проте на наш погляд, окремим та особливим видом підприємницької діяльності, що повинно віднайти своє закріплення в законодавстві. Підтвердженням наведеної тези слугує норма ст.2 Закону України "Про страхування", згідно якої предметом безпосередньої діяльності страховика може бути лише страхування, перестраховування і фінансова діяльність, пов'язана з формуванням, розміщенням страхових резервів та їх управлінням. Тобто законодавець самостійно виводить перестраховування в окремий напрямок діяльності, який не пов'язує із страхуванням.

Роль перестраховування важко переоцінити, з огляду на те, що воно є необхідною умовою забезпечення фінансової стабільності і нормальної діяльності страховика незалежно від розміру його статутного капіталу і сформованих страхових резервів [17]. Такі операції позитивно впливають на виконання страхових зобов'язань, прийнятих за договорами страхування і слугують одним із факторів забезпечення належного захисту майнових інтересів страхувальників [18].

Отже, із викладеного випливає, що на законодавчому рівні існує гостра потреба у врегулюванні перестрахової діяльності та її відокремлення від страхової. На теперішній час законодавець має чітко окреслити місце та роль перестраховування з обов'язковим теоретичним обґрунтуванням всіх його елементів: порядку організації, здійснення та припинення діяльності перестрахових компаній, правової природи відносин із перестраховування, особливостей порядку укладення договорів перестраховування та інше. Нормативні акти України, на сьогодні, не вміщують у собі такі поняття, як: перестрахова діяльність, перестрахова компанія, договір перестраховування з урахуванням його господарсько – правової природи. Вважаємо, що законодавець має кардинально змінити свій підхід до правового регулювання перестрахової діяльності. Для цього необхідно прийняти законодавчі акти, які б були присвячені виключно цьому виду підприємницької діяльності (наприклад – Закон України "Про перестрахову діяльність в Україні").

Світовою практикою доведено, що для професійних перестраховиків встановлюються підвищені вимоги до запасу платоспроможності, більш високі кваліфікаційні вимоги для керівників перестрахових організацій (це

пов'язується із тим, що діяльність з перестрахування є вузькопрофільною і передбачає необхідність для керівників мати спеціальні знання та стаж роботи у цій сфері, високою відповідальністю та кваліфікацією), відмінний державний нагляд у порівнянні із наглядом за страховою діяльністю. На основі досліджень європейської практики, можна дійти висновку, що у ЄС страхування та перестрахування не ототожнюються [19].

Правове регулювання перестрахування в Європейському Союзі здійснюється з урахуванням Директиви Ради 64/225/ЄЕС від 25 лютого 1964 року щодо скасування обмежень на свободу здійснення підприємницької діяльності і свободу надання послуг у сфері перестрахування і ретроцесії [20] та Директиви 2005/68/ЄС Європейського парламенту та Ради від 16 листопада 2005 року щодо перестрахування та внесення змін до Директив Ради 73/239/ЄЕС, 92/49/ЄЕС, та Директив 98/78/ЄС і 2002/83/ЄС [21]. Директива Ради 64/225/ЄЕС скасувала обмеження на право свободи здійснення підприємницької діяльності і свободи надання послуг у сфері перестрахування, що пов'язані з місцезнаходженням перестраховика. Проте, вона не скасувала обмежень, які пов'язані із певними неузгодженостями, що виникають між національними умовами держав – членів відносно нагляду за перестрахуванням. Дана ситуація призвела до існування в рамках ЄС різних за рівнем нагляду перестрахових компаній, що створило об'єктивні перепони щодо визначення: типу перестрахових зобов'язань, визначення активів перестраховиків, вимог до маржі їхньої платоспроможності та інше. Саме це обумовило необхідність прийняття Директиви 2005/68/ЄС. Вказана Директива в статті 1 визначила поняття перестрахування як діяльності, що полягає у прийнятті ризиків страховою компанією або іншою перестраховою компанією, та встановлює наступні обов'язкові умови для перестрахових компаній з метою проведення ними діяльності із перестрахування: обов'язкове отримання ліцензії на право здійснення операцій із перестрахування (ст.3 Директиви); для започаткування діяльності та з метою отримання ліцензії надавати компетентним наглядовим органом держави – члена місцезнаходження схему операцій, яка повинна включати в себе наступні елементи: перелік ризиків, які перестраховик має намір покривати; види перестрахування; основні принципи ретроцесії; умови стосовно мінімального гарантійного фонду; оцінку адміністративних затрат; додатково на перші три фінансові роки власної перестрахової діяльності перестраховик подає наглядом органом держави – члена місцезнаходження бізнес – план, який має містити: оцінку управлінських витратів; розрахунок премій (вкладів, вимог); розрахунок маржі платоспроможності; бухгалтерський баланс; можливість оскарження рішення наглядових органів держав – членів місцезнаходження, стосовно відмови у видачі ліцензії; обов'язковість подання перестраховиками щорічної та періодичної фінансової і бухгалтерської звітності до відповідних державних органів та відповідні статистичні дані до компетентних органів держав – членів місцезнаходження; забезпечити належний рівень (маржу) платоспроможності; забезпечити наявність гарантійного фонду, який не повинен бути меншим 3000000 EUR (ст.40 Директиви 2005/68/ЄС); у разі, якщо маржа платоспроможності стане нижчою від мінімального розміру гарантійного фонду, надати наглядовим органом держави – члена місцезнаходження план фінансового оздоровлення перестрахової компанії.

З огляду на той факт що законодавство України за напрямом фінансові послуги (в тому числі страхування /перестрахування) є пріоритетною сферою адаптації

законодавства до законодавства ЄС у відповідності до Закону України "Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу" від 18 березня 2004 року № 1629-IV[22] слід звернути увагу на необхідність узгодження вказаних положень вітчизняного законодавств з правом ЄС. При цьому слід наголосити на тому, що вторинне законодавство ЄС обмежень і дискримінаційних положень до страховиків / перестраховиків нерезидентів які здійснюють свою діяльність на території Європейської Спільноти не встановлює.

Висновок. Наведене вище доводить необхідність модернізації правовідносин у сфері перестрахової діяльності. Напрямами такої модернізації слід визнати наступні: визначити поняття договору перестрахування та законодавчо його закріпити; внести змін до ЦК України та Господарського кодексу України (далі – ГК України), а саме: виключити ст.987 "Договір перестрахування" ЦК України; §2, гл.35 ГК України доповнити ст. 354-1 "Договір перестрахування", з огляду на господарсько – правову природу договорів перестрахування; сформулювати науково – обґрунтовану дефініцію "перестрахова діяльність"; прийняти Закон України "Про перестрахову діяльність в Україні" в якому закріпити поняття: перестрахова діяльність, перестрахова компанія, договір перестрахування; та визначити: порядок організації, здійснення та припинення діяльності перестрахових компаній, правову природу відносин із перестрахування, особливості порядку укладення договорів перестрахування, істотні умови договору перестрахування, інше; внести зміни до чинного законодавства України шляхом виключення обмежень щодо здійснення перестрахової діяльності із страховиками / перестраховиками нерезидентами; встановити для діяльності страховиків /перестраховиків нерезидентів та їх правового статусу на території України національний режим, що закріплено законодавством про зовнішньоекономічну діяльність та міжнародними договорами ратифікованими Україною; гармонізувати законодавство України про перестрахову діяльність в частині перестрахування ризиків у страховика/ перестраховика нерезидента до законодавства ЄС.

Перспективи подальших розробок в цьому напрямку полягають у необхідності внесення змін та доповнень до законодавства України з метою законодавчого врегулювання окремих питань, що виникають при реалізації правовідносин у сфері здійснення перестрахової діяльності.

1. Волошина А. Перестрахование в Украине: новые возможности, задачи и перспективы [Електронний ресурс]/ А. Волошина. – Режим доступу: <http://forinsurer.com/public/08/05/28/3486>. 2. Страхування: Підручник / [Артюх Т. М., Бабко В. Л., Бушанський А. В., Мурашко О. В. та ін.]; керівн. авт. кол. і наук. ред. С. С. Осадець, д-р, екон. наук, проф. – К.: КНЕУ, 1998. – 528 с. – ISBN 966-574-066-0. 3. Ткаченко Н.В. Развитие перестрахования как рычага обеспечения финансовой устойчивости страховщиков [Електронний ресурс] / Н.В.Ткаченко. – Режим доступу: <http://efaculty.kiev.ua/analytics/str/2>. 4. Про страхування : Закон України від 7 березня 1996 року / Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №18. – Ст.78. 5. Про затвердження вимог щодо здійснення перестрахування у страховика (перестраховика) нерезидента : Постанова Кабінету Міністрів України від 4 лютого 2004 року / Офіційний вісник України – 2004. – № 5. – стор. 41. – Ст. 242. 6. Про затвердження Порядку реєстрації договорів перестрахування : Розпорядження Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг від 28 березня 2011 року / Офіційний вісник України – 2011. – № 41. – стор. 157. – Ст. 1702. 7. Про затвердження Вимог до рейтингів фінансової надійності (стійкості) страховиків та перестраховиків – нерезидентів : Розпорядження Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг від 3 грудня 2004 року / Офіційний вісник України. – 2004. – № 51. – стор. 307. – Ст. 3401. 8. Про затвердження Порядку надання страховиками (цедентами, перестрахувальниками) інформації про укладені договори перестрахування із страховиками (перестраховиками) нерезидентами до Держфінпослуг : Розпорядження Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг від 4 червня 2004 року / Офіційний вісник України. – 2004. – № 25. – стор. 184. – Ст. 1677. 9. Супрун Л. Правові аспекти

укладення договору перестрахування зі страховиками (перестраховиками) нерезидентами / Л.Супрун // Юридичний журнал. – 2005. – №5 (35). – С. 71-74. 10. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 року / Офіційний вісник України. – 2003. – №11. – Ст. 461. 11. Раніше ми звертали увагу на той факт, що виходячи із ознак притаманних господарським договорам, є всі підстави визнавати договори перестрахування в якості господарських договорів, та надати їм наступного визначення: договір перестрахування – це засноване на згоді сторін і зафіксоване у встановленій законом формі зобов'язальне правовідношення між суб'єктами перестрахової діяльності, за якими перестраховувальник за плату передає ризик виконання, як правило, частини своїх зобов'язань перед страхувальником з можливою подальшою ретроцесією ризику або без такої, а перестраховик зобов'язується прийняти ризик і здійснити в обсягах прийнятої частини страхову виплату (виплату страхового відшкодування) у разі настання страхового випадку // Науково-теоретичне обґрунтування визначення договорів перестрахування як господарських договорів: матеріали міжнародної конференції [“Наукові правничі школи Київського національного університету імені Тараса Шевченка”], (Київ, 12 жовтня 2005 рік) / К.: Видавничо-поліграфічний центр “Київський університет”, 2006. – с.129. 12. Семенова К. Г. Договір перестрахування. Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – Харків, 2007. – 193 с. 13. Про зовнішньоекономічну діяльність : Закон України від 16 квітня 1991 року / Відомості Верховної Ради України. – 1991. – №29. – Ст.377. 14. Про ратифікацію Угоди про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами : Закон України від 10 листопада 1994 року / Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 46. – Ст.415. 15. Про страхування :

Закон України від 7 березня 1996 року / Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №18. – Ст.78. 16. Камынка М.Г. Перестрахование практическое руководство для страховых компаний / М.Г. Камынка, Е.Е.Солнцева. – М.: АО “ДИС”, 1994. – 139 с. (с.7). – ISBN 5-86509-008-7. 17. Ткаченко Н.В. Развитие перестрахования как рычаг обеспечения финансовой устойчивости страховщиков [Електронний ресурс] / Н.В.Ткаченко. – Режим доступу: <http://efaculty.kiev.ua/analytics/str/2>. 18. Маруженко Д. С. Перестрахування як складова забезпечення фінансової стійкості страховика : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. екон. наук : спец. 08.00.08 / Дмитро Семенович Маруженко. – К., 2010. – 20 с. 19. Правове регулювання страхування та роздрібних фінансових послуг в Європейському Союзі та в Україні: порівняльно-правовий аналіз / Ю. В.Безручко, Н. Б. Пацурія, О. А.Белова. – К.: Центр учбової літератури, 2007. – 196 с. – ISBN 978-966-364-625-1. 20. Щодо скасування обмежень на свободу здійснення підприємницької діяльності і свободу надання послуг у сфері перестрахування і ретроцесії : Директива 64/225/ЄЕС Ради Європейського Економічного Співтовариства / Official Journal. – P. 056 04.04.64. – р. 0878 – 0880. 21. Про перестрахування : Директива 2005/68/ЄС Європейського парламенту та Ради від 16 листопада 2005 року / Official Journal. – L 323. – 12.09.2005. – р. 0001 – 0050. 22. Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу. Перелік актів законодавства України та аспис Європейського Союзу у пріоритетних сферах адаптації : Закон України від 18 березня 2004 року / Офіційний вісник України. – 2004. – № 15. – Ст.1028.

Надійшла до редколегії 12.12.11

УДК 347.734 (477)

Н. Златіна, канд. юрид. наук

КОНСТИТУЦІЙНІ ЗАСАДИ ПРАВОВОГО СТАТУСУ НАЦІОНАЛЬНОГО БАНКУ УКРАЇНИ ЯК ОСНОВА БАНКІВСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

У статті розглядаються положення Конституції України, що регулюють правовий статус Національного банку України, а також досліджуються норми окремих законів, що закріплюють у своєму змісті діяльність зазначеного органу.
Ключові слова: Конституція, Національний банк України, правовий статус, Закон України.

В статье рассматриваются положения Конституции Украины, которыми регулируется правовой статус Национального банка Украины, а также анализируются нормы отдельных законов закрепляющих в своём содержании деятельность указанного органа.

Ключевые слова: Конституция, Национальный банк Украины, правовой статус, Закон Украины.

The article deals with the regulations of the Constitution of Ukraine that determine legal status of the National bank of Ukraine, and studies the norms of particular laws that assign the activity of this authority.

Key words: Constitution, National bank of Ukraine, legal status, Law of Ukraine.

Конституція є головним законом будь-якої країни, що встановлює основні принципи організації банківської справи, які отримують своє втілення у безпосередньому змісті банківського законодавства визначеної країни. Саме питання правового статусу центрального банку досліджувались у працях таких вчених, як Л.К. Воронова, Д.О.Гетманцев, І.Б.Заверуха, О.А.Костюченко, В.Л. Кротюк, А.Т. Ковальчук, Т.А. Латковська, О.П. Орлюк, В.В. Пасічник, А.О.Селіванов та інших.

В Конституції України сформульовані принципи, що регулюють статус Національного банку України, відіграють роль орієнтирів у формуванні банківського законодавства і відрізняються від звичайних норм тим, що мають більш загальний характер і стосуються головних питань у сфері банківських відносин [1, с.33].

Так, ст. 99 Конституції України наділяє Національний банк України основною функцією щодо забезпечення стабільності грошової одиниці держави – гривні та наділяє його орган – Раду Національного банку України правом розробляти основні засади грошово-кредитної політики, а також здійснювати контроль за її проведенням, як це визначено в ст. 100 Конституції. Конституційні норми визначають також порядок утворення цього органу [2, с.54].

Пункт 19 ст. 85 визначає, що до повноважень Верховної Ради України належить призначення на посади та звільнення з посад половини складу Ради Національного банку України, тобто 7 членів та в п. 12 ст. 106 також визначено право призначення та звільнення з посад половини складу Ради Національного банку України (7 членів) Президентом України.

Крім зазначених 14 членів Ради Національного банку України, які призначаються Верховною Радою та Президентом до складу Ради входить Голова Національного банку України. Конституція України, а саме п. 18 ст. 85 визначає, що Верховна Рада України призначає на посаду та звільняє з посади Голову Національного банку України за поданням Президента України.

Аналізуючи конституційні положення щодо закріплення правового статусу Національного банку України, можна дійти висновку, що розглядаючи це питання, найвищі органи державної влади головну увагу приділяють закріпленню в конституційних нормах основної функції (забезпечення стабільності грошової одиниці) та керівним органам даної структури. Та оскільки ефективність діяльності центрального банку значною мірою залежить від законодавчої бази, що регулює цю діяльність, тому необхідно приділити більшу увагу окремим положенням законів що безпосередньо здійснюють таке регулювання.

Спочатку простежимо порядок призначення керівництва Національного банку України.

Відповідно до ст. 18 Закону України "Про Національний банк України", Голова Національного банку України призначається на посаду Верховною Радою України за поданням Президента України строком на 7 років і одна й та сама особа не може бути Головою Національного банку України більш ніж два строки підряд [3].

Ця стаття визначає також, що Голова Національного банку України звільняється з посади Верховною Радою України за поданням Президента України у таких випадках:

1) закінчення строку повноважень;

2) у зв'язку із заявою про відставку, поданою у письмовому вигляді та прийнятою Президентом України;

3) набрання законної сили обвинувальним вироком суду;

4) на підставі рішення суду про визнання особи недієздатною;

5) припинення громадянства або виїзду за межі України на постійне місце проживання;

6) втрати бездоганної ділової репутації;

7) встановлення факту надання недостовірної інформації при призначенні на посаду голови Національного банку України;

8) смерті або на підставі рішення суду про оголошення особи померлою;

9) невиконання посадових обов'язків, у тому числі за станом здоров'я, протягом більш як чотири місяці підряд;

10) виникнення обставин, що виключають можливість особи бути Головою Національного банку України (відповідно до частин третьої і четвертої цієї статті) [3].

Виходячи зі змісту цієї статті Голова Національного банку України достроково звільняється з посади в тому ж порядку, що і призначається, тобто Верховною Радою України за поданням Президента України. Так, ч. 3 ст. 207 Регламенту Верховної Ради України визначає, що призначення на посаду чи звільнення з посади Голови Національного банку України після обговорення кандидатури (або результатів діяльності) Верховна Рада України відкритим голосуванням приймає рішення, яке оформлюється відповідною постановою Верховної Ради України [4].

Отже, можна стверджувати, що в разі, коли за звільнення Голови Національного банку України було подано меншість голосів від конституційного складу Верховної Ради України, вважається таким, що не відбулося, і фактично особа, яка займає цю посаду продовжує значитись на ній.

На нашу думку, ця колізія законодавства має бути врегульована або в Законі України "Про Національний банк України", або в Регламенті Верховної Ради України.

У переліку підстав для дострокового звільнення з посади Голови Національного банку України є пункт шостий, стосовно втрати посадовцем бездоганної ділової репутації. Законодавець дає визначення ділової репутації як сукупності підтвердженої інформації про особу, що дає можливість зробити висновок про професійні та управлінські здібності такої особи, її порядність та відповідність її діяльності вимогам закону [3]. Саме останні слова цієї правової норми "відповідність діяльності вимогам закону" на нашу думку, потребують подальшої деталізації. Вважаємо, що перелік підстав для звільнення Голови Національного банку України необхідно доповнити пунктом, який би давав підстави для його звільнення через недотримання вимог чинного законодавства.

Така норма, наприклад, міститься у ст. 14 Федерального закону Російської Федерації "Про Центральний банк Російської Федерації (Банк Росії)", у якій поряд з іншими підставами звільнення Голови Банку Росії є пункт, що передбачає дострокове його звільнення через порушення федеральних законів, що регулюють питання, які пов'язані з діяльністю Банку Росії [5].

Враховуючи зазначене, пропонуємо розширити існуючий перелік підстав для дострокового звільнення Голови Національного банку України в ст. 18 Закону України "Про Національний банк України" таким пунктом:

"Голова Національного банку України звільняється з посади Верховною Радою України за поданням Прези-

дента України у разі невиконання ним законів України, які регулюють діяльність Національного банку України".

Пункт 9 ст. 18 Закону України "Про Національний банк України" передбачає, також, що дострокове звільнення Голови Національного банку України може відбуватися через невиконання ним посадових обов'язків, у тому числі за станом здоров'я, упродовж більше чотирьох місяців підряд [3]. У даному випадку, очевидно, що ця норма поділяється на дві частини і розглядається як: а) невиконання посадових обов'язків за станом здоров'я і б) невиконання посадових обов'язків, які передбачені в ст. 19 Закону України "Про Національний банк України", в якій зафіксовані обов'язки та повноваження Голови Національного банку України [3].

Однак, варто зазначити, що ані в Законі України "Про Національний банк України", ані в Регламенті Верховної Ради України не врегульована підготовка процедура, яка необхідна для звільнення з посади Голови Національного банку України через невиконання посадових обов'язків.

Тому, на нашу думку, це питання необхідно віднести до компетенції відповідного комітету Верховної Ради України, предметом відання якого є розгляд питання про призначення на посаду та звільнення з посади Голови Національного банку України за поданням Президента України і закріпити це положення в ч. 2 ст. 207 Регламенту Верховної Ради України [4].

Наступне питання, яке потребує докладного розгляду, стосується функціонування керівних органів центрального банку.

Як уже зазначалось, Національний банк України розробляє і здійснює контроль за проведенням грошово-кредитної політики через свій орган – Раду Національного банку України. Водночас, відповідно до ст. 116 Конституції України Кабінет Міністрів України забезпечує проведення фінансової політики, яка безпосередньо пов'язана з грошово-кредитною політикою.

Однак, як відзначає А. Т. Ковальчук, основні засади грошово-кредитної політики, які розробляє Національний банк України, жодного разу не розглядалися і не затверджувалися Верховною Радою України. Хоча до її компетенції, як це визначено у п. 5 ст. 85 Конституції України, належить визначення засад внутрішньої політики, складовими якої є і фінансова, і грошово-кредитна політика. Крім того, чинне законодавство передбачає можливість та необхідність балансування цілей і завдань фінансової та грошово-кредитної політики, проте практичний механізм узгодження їх показників дотепер не розподілений [6, с.83].

Не менш важливим конституційним положенням є взаємодія центрального банку з органами державної влади.

Вважаємо за необхідне розглянути насамперед низку правових актів, в яких закріплено взаємовідносини Національного банку України та Кабінету Міністрів України.

В розділі VIII Закону України "Про Кабінет Міністрів України" у ст. 38 "Відносини Кабінету Міністрів України з Національним банком України, іншими державними органами" визначається, що Кабінет Міністрів України відповідно до Конституції та законів України взаємодіє з Національним банком України, іншими державними органами з питань, що належать до його компетенції [7]. Отже, ця норма не розкриває суть відносин Кабінету Міністрів України з Національним банком України, а лише відсилає до конституційної норми та до положення іншого закону, які регулюють ці взаємовідносини.

У статті 2 Конституції України міститься перелік завдань, які виконує Кабінет Міністрів України, серед яких у п. 4 йде мова, про розроблення і виконання загальнодержавних програм економічного, науково-технічного,

соціального і культурного розвитку України [8]. Нагадаємо, що саме загальнодержавні програми економічного та соціального розвитку Кабінет Міністрів України розробляє і здійснює з Національним банком України, однак в нормі Конституції згадки про цей орган немає.

Іншим законом, який має регулювати відносини Кабінету Міністрів України і Національного банку України, відповідно є Закон України "Про Національний банк України", який у своїй структурі містить в розділі IX "Взаємовідносини з Президентом України, Верховною Радою України та Кабінетом Міністрів України" ст. 52 "Взаємовідносини з Кабінетом Міністрів України" [3], яка повністю розкриває зміст взаємодії цих двох органів.

Отже, існуючий стан законодавства про взаємовідносини Національного банку України та Уряду України дозволяє дійти висновку про доцільність розширення змісту ст. 38 Закону України "Про Кабінет Міністрів України" і викласти її у такій редакції:

"Стаття 38. Відносини Кабінету Міністрів України з Національним банком України, іншими державними органами.

Кабінет міністрів України та Національний банк України проводять взаємні консультації з питань грошово-кредитної політики, розробки і здійснення загальнодержавної програми економічного та соціального розвитку.

На запит Кабінету Міністрів України Національний банк України надає інформацію щодо монетарних процесів та грошово-кредитного ринку.

На запит Національного банку України Кабінет Міністрів України, міністерства та інші центральні органи виконавчої влади надають інформацію, що має вплив на стан платіжного балансу, на монетарні процеси, грошово-кредитний ринок, включаючи щомісячну інформацію про показники доходів, видатків і дефіциту державного та зведеного бюджетів, стан державного боргу та графік платежів за ним.

Національний банк України підтримує економічну політику Кабінету Міністрів України, якщо вона не суперечить забезпеченню стабільності грошової одиниці України.

У засіданнях Кабінету Міністрів України може брати участь Голова Національного банку України або за його дорученням один із його заступників з правом дорадчого голосу.

У засіданнях Правління Національного банку України можуть брати участь члени Кабінету Міністрів України з правом дорадчого голосу.

Національний банк України має право подавати Кабінету Міністрів України у встановленому порядку пропозиції щодо законодавчого врегулювання питань, спрямованих на виконання функцій Національного банку України.

Кабінет Міністрів України відповідно до Конституції та законів України взаємодіє з іншими державними органами з питань, що належать до його компетенції".

Підводячи підсумок викладеного матеріалу можна дійти висновку, що конституційні принципи правового статусу центрального банку створюють основу для проведення ретельного аналізу законодавчих актів, які докладніше регулюють те, чи інше питання діяльності та функціонування даного органу.

1. Банківське право України : [навч. посіб. ; кол. авт.: Жуков А. М., Іоффе А. Ю., Кротюк В. Л., Пасічник В. В., Селіванов А. О. та ін. / за заг. ред. А. О. Селіванова]. – К. : Видавничий Дім "Ін Юре", 2000. – 384 с.
2. Кредитна система України і банківські технології : [навч. посіб. ; у 3 кн. Кн. перша / В. С. Стельмах, А. В. Шаповалов, В. Л. Кротюк та ін. ; за заг. ред. д. екон. н., проф. І. В. Сала]. – Л. : ЛБІ НБУ, 2002. – 580 с.
3. Про Національний банк України : Закон України [від 20 трав. 1999 р.] // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 29. – Ст. 238.
4. Про Регламент Верховної Ради України: Закон України [від 10 лют. 2010 р.] // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 14–15, № 16–17. – Ст. 133.
5. О Центральном банке Российской Федерации (Банке России): Федеральный закон РФ [от 26 апр. 1995 г.] // СЗ РФ. – 1995. – № 15. – Ст. 1593.
6. Ковальчук А. Т. Банки. Кредит. Фінанси: законодавчо-правовий вимір / А. Т. Ковальчук. – К. : Парламентське вид-во, 2004. – 259 с.
7. Про Кабінет Міністрів України: Закон України [від 7 жовтня 2010 р.] // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 9. – Ст. 58.
8. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

Надійшла до редколегії 12.12.11

В. Цюра, канд. юрид. наук

КОНЦЕПЦІЯ ПРЕДСТАВНИЦТВА В СВІТЛІ ПОЛОЖЕНЬ СУЧАСНОГО ЦИВІЛЬНОГО ТА ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

В статті аналізуються критерії співвідношення відносин представництва у цивільному та цивільному процесуальному праві. Обґрунтовується положення про те, що на сьогоднішній день немає підстав для виокремлення "інституту" процесуального представництва як самостійної категорії.

Ключові слова: представництво, цивільне право, цивільний процес.

В статті анализируются критерии соотношения отношений представительства в гражданском и гражданском процессуальном праве. Обосновывается положение о том, что на сегодняшний день нет оснований для выделения "института" процессуального представительства как самостоятельной категории.

Ключевые слова: представительство, гражданское право, гражданское процессуальное право.

The article examines the criteria for value relations representation in civil and civil procedural law. Substantiates the position that to date there is no reason for singling out "the Institute" procedural representation as a separate category.

Key words: representation, civil law, civil procedural law.

Як відомо представництво – це цивільні організаційні правовідносини, в силу яких одна особа (представник), вчиняючи правочини та інші правомірні юридично значимі дії в межах наданих йому повноважень від імені та в інтересах іншої особи (особи, яку представляють), стосовно третіх осіб, при поінформованості останніх про це, безпосередньо створює, змінює або припиняє цивільні права і обов'язки. Роль і значення представництва у цивільному та цивільному-процесуальному праві важко переоцінити. Адже існує доволі багато юридичних конструкцій, які прямо чи опосередковано пов'язані із представництвом.

Слід сказати, що здійснення представництва у процесі розгляду і вирішення справ та захисту порушених, оспорюваних чи невизнаних прав, свобод чи інтересів має свою специфіку, яка у першу чергу зумовлена процесуальним статусом фігури представника. Разом з тим, названі особливості дають підстави окремим авторам по-різному кваліфікувати представництво у цивільному процесі, починаючи від ототожнення останнього із представництвом у цивільному праві, і, завершуючи його незалежністю від матеріально-правових норм. Серед авторів, які вивчали названу проблематику можна назвати, І. М. Ільїнську, Л. Ф. Лесницьку, Є. Л. Невзгодіну, І. А. Павлуника, С. А. Чванкіна, Д. М. Чечота та ін.

ших науковців. Проте, досі не вирішеними залишаються питання сучасного розуміння інституту представництва в контексті положень нового Цивільного процесуального кодексу України (далі ЦПК України) та Цивільного кодексу України (ЦК України), його місця і взаємодії із іншими галузями права.

Як відомо, в юридичній науці інститут представництва найбільш повно був розроблений представниками науки цивільного права [1; 2; 3; 4], які виділяють такі його ознаки. Першою ознакою є те, що представництво – це здійснення прав особи, яку представляють, шляхом здійснення представником правомірних юридичних дій. Представник повинен здійснювати юридично значимі дії. Друга ознака передбачає те, що представництво здійснюється шляхом вчинення *цілеспрямованих дій представника в інтересах особи* яку представляють. При цьому такі дії вчиняються *представником стосовно третіх осіб* це третя ознака представництва.

Четверта риса представництва передбачає, що представник вчиняє дії стосовно третіх осіб і такі особи *проінформовані про те, що мають справу із представником*. Останньою ознакою є те, що дії представника *безпосередньо породжують, змінюють і припиняють цивільні права та обов'язки* особи, яку він представляє [5, с. 47].

Формування інституту представництва у цивільно-процесуальному праві відбувалося поетапно. Довгий час у цивільно-процесуальній доктрині панувала думка, що представництво у цивільному процесі як вид цивільного представництва [6; 7; 8]. На початку 60-х років пануючим стало визначення інституту представництва як самостійного інституту цивільно-процесуального права. Але деякі автори і досі відстоюють позицію про те, що представництво у цивільному процесі є специфічним різновидом представництва у цивільному праві [9; 10].

З точки зору сучасних вітчизняних представників науки цивільного процесуального права [8; 11; 12] представництво є самостійним інститутом цивільного процесуального права і має низку відмінностей від представництва у матеріальному розумінні, яке складається в цивільному праві. Серед таких називають:

1. Правовідносини, які складаються між представником і довірцем, представником і судом у цивільному процесі, мають різний галузевий характер. Правовідносини між представником і довірцем мають матеріально-правовий характер і регулюються нормами цивільного, трудового, адміністративного, сімейного права тощо [8, с. 56]. Натомість правовідносини між представником і судом у цивільному процесі регулюються нормами цивільного процесуального права. Доводиться також, що з цією рисою пов'язано й те, що процесуальне представництво породжує виникнення процесуальних відносин, а цивільно-правове представництво – матеріальних правовідносин.

2. Мета цивільного представництва – вчинення правочинів та інших юридичних дій від імені особи, яку представляють, а процесуального – *захист прав та інтересів осіб*, які беруть участь у справі, реалізація представником процесуальних прав та обов'язків особи, яку він представляє, в цивільному судочинстві, надання допомоги суду у здійсненні правосуддя по цивільних справах [13, с. 110].

3. Засоби досягнення цілей представництва у цивільному процесі визначаються чітко у ЦПК України, у цивільному праві – як правило, особою, яку представляють [8, с. 57; 9, с. 39].

4. При цивільному представництві не може бути подвійного представництва (у разі передоручення дії вчиняє замісник, якому представник передоручив здійс-

нення дій (чи їх частину), а в процесі законний представник може доручити ведення справи договірному представникові (ч. 5 ст. 39 ЦПК України).

5. У випадку цивільного представництва у здійсненні юридичних дій бере участь тільки представник, а в процесуальному поряд із представником може брати участь і особа, яку представляють (ч. 2 ст. 38 ЦПК України).

6. Повноваження представника у матеріальних правовідносинах визначаються, як правило, змістом договору доручення, або довіреністю і, відповідно, залежать від волевиявлення сторони, а в процесі – нормами ЦПК України [8, с. 57; 15, с. 6]. Тому, згідно з ЦПК України представника віднесено до осіб, які беруть участь у справі, а, отже наділено юридичною зацікавленістю і він є самостійною процесуальною фігурою.

7. Також як відмінність називають можливість вчиняти у цивільному процесі представником будь-які процесуальні дії, а не тільки визначені у довіреності [8, с. 58].

8. Відрізняються також і підстави припинення представництва. Зокрема, матеріально-правове представництво припиняється з припиненням дії довіреності, договору доручення та у зв'язку іншими матеріально-правовими фактами, а цивільно-процесуальне представництво – поряд з матеріально-правовими і з процесуальними фактами, наприклад, з припиненням провадження по справі.

9. При представництві в цивільному процесі представник може вступати у правовідносини тільки із судом. При представництві в цивільному праві представник може вступати у правовідносини з будь-якими суб'єктами права, якщо інше не вказане в довіреності.

Разом із тим, відзначається неможливість вивчення представництва у цивільному і цивільно-процесуальному праві у їх відриві. При цьому, опираючись на ч. 3 ст. 44 ЦПК України, обґрунтовується взаємозв'язок матеріально-правового та процесуального представництва. Названа норма визначає, що підстави і порядок припинення представництва за довіреністю визначається ст.ст. 248-250 ЦК України. Тобто законодавець пов'язав обидва види представництва та взаємообумовив їх дію, що дає підстави стверджувати про наявність спорідненості між ними. З цього приводу варто погодитися з думкою В.К. Андрєєва, який, відзначаючи специфіку процесуального представництва, стверджує про те, що зневажати загальними положеннями про представництво, які історично склалися і в цей час містяться в цивільному праві було б невірно [16, с. 35].

Розглядаючи названі ознаки, слід відзначити, що більшість з них дійсно позначають представництво у цивільному процесі як специфічний інститут. Однак щодо окремих з них можуть бути виявлені певні зауваження.

Стосовно першої ознаки слід сказати, що регулювання певного виду відносин нормами різних галузей навряд чи свідчить про особливий тип цих відносин. Навпаки в ряді випадків можна навести зворотні випадки. Так, регулювання інституту сервітуту нормами цивільного та земельного права не свідчить про те, що в контексті земельного права сервітутні відносини складають особливий вид відносин. Варто говорити лише про окремі особливості здійснення відповідних прав сервітуарія в контексті вимог земельного законодавства. Те ж саме спостерігаємо і в контексті правового режиму нерухомості, регулювання якого здійснюється як нормами цивільного, так і земельного, адміністративного та інших галузей права. В контексті положень ч. 3 ст. 44 ЦПК України названу ознаку представництва слід розглядати як таку, яка вказує на генетичну пов'язаність матеріальних і процесуальних норм щодо представництва, їх обумовленість. Крім цього, слід відмітити, що

дійсно матеріально-правові відносини, викликавши процесуальне представництво, продовжують існувати паралельно з процесуальними представницькими відносинами і можуть існувати навіть після припинення процесуальних представницьких відносин. Припинення матеріально-правових відносин між представником і особою, яку він представляє, завжди тягне за собою припинення представницьких відносин в цивільному процесі. В цьому полягає зв'язок між матеріально-правовими і процесуальними представницькими відносинами [13, с. 49]. Як вказує Я. А. Розенберг, ці види відносин об'єднують генетичні (причинно-наслідкові), а не структурні зв'язки.

Щодо другої ознаки мети процесуального представництва слід сказати таке. Дійсно представник у цивільному процесі має своєрідну мету – представляти інтереси учасників цивільного процесу в ході судового провадження. Разом з тим твердження про те, що мета процесуального представництва – це *захист прав та інтересів осіб*, які беруть участь у справі, надання допомоги суду у здійсненні правосуддя по цивільних справах є дещо неточним. Адже захист прав та інтересів здійснюється не представником, а судом. Саме суд як юрисдикційний орган постановляє рішення, якими права та охоронювані законом інтереси особи захищаються. При цьому представник лише представляє інтереси учасника процесу, і сприяє доказуванню (спростуванню) обставин на які вони посилаються як на підставу своїх вимог чи заперечень. Дійсно представництво у процесуальному праві це механізм з допомогою якого може здійснюватися реалізація представником процесуальних прав та обов'язків особи, яку він представляє, в цивільному судочинстві. Порівнюючи це твердження із матеріально-правовими ознаками представництва, вважаємо, що мета представництва також не є достатньою ознакою для кваліфікації цього інституту як особливого виду. Адже і при матеріально-правовому, і при процесуальному представництві представник вчиняє дії від імені та в інтересах довірителя, також в обох випадках здійснюються права особи, інтереси якої представляють і за своїм змістом це одні і ті ж дії.

Схожі міркування можна навести і щодо такої ознаки як засоби досягнення цілей представництва. Дійсно, зміст повноважень представника і засоби їх реалізації у цивільному процесі чітко визначені законом (ст. 44 ЦПК України). Натомість зміст повноважень представника в матеріальному праві залежить від волевиявлення довірителя. Разом з тим, при обґрунтуванні своєї позиції представник процесуальної науки упускає з поля зору наскільки представництво при якому повноваження представників і засоби їх реалізації також чітко визначаються законом. Наприклад, у випадку встановлення опіки або піклування і призначення опікуна або піклувальника статтями 67-71 ЦК України чітко визначено повноваження таких осіб та їх межі. Наведений приклад свідчить, що в даному випадку представництво в матеріальному праві також реалізується з допомогою чітких засобів, які визначені законом.

Щодо подвійного представництва відмітимо, що на наш погляд йдеться лише про особливості здійснення прав представника і специфічні інструменти їх реалізації в рамках цивільного процесу. Така специфіка не впливає на сутність і зміст самого правовідношення представництва, а лише визначає особливості здійснення прав представника.

Таким чином, підсумовуючи проведений аналіз ознак представництва як інституту матеріального та процесуального права, слід відмітити, що підстав для

виокремлення "інституту" процесуального представництва як самостійної категорії немає. Адже, як відомо, виокремлення того чи іншого явища у самостійну автономну категорію допустиме у разі, коли наявні іманентні сутнісні ознаки останнього. Для цього потрібно, щоб представництво в цивільному процесі характеризувалося особливим змістом правовідношення, відмінним від матеріально-правового. Як відомо зміст правовідношення складають суб'єкти, об'єкт і права та обов'язки (зміст). В контексті правовідносин представництва структурні елементи не відрізняються суттєвою специфікою, яка дозволяла б стверджувати про наявність інституту *sui generis*. Навпаки, має місце ситуація, коли ті ж матеріальні норми, втілюючись у визначеній процесуальній формі набувають специфіки у механізмі здійснення.

Крім цього, не слід забувати про те, що відносини представництва замикаються на суб'єктному складі "довіритель-представник" і не поширюються на так звані зовнішні зв'язки (правовідносини) представництва до яких в юридичній літературі відносять відносини між представником та третіми особами. Такі зовнішні відносини, як вірно відзначається окремими авторами [18, с. 233; 19, с. 198; 20, с. 26], спрямовані на впорядкування правових зв'язків між особою, яку представляють і третьою особою. Однак вони мають другорядний характер і не можуть включатись у зміст поняття представництва. Про це свідчить зміст ч. 1 ст. 237 ЦК України за яким представництво – це правовідношення, в якому одна сторона (представник) зобов'язана або має право вчинити правочин від імені другої сторони, яку вона представляє. Таке формулювання дозволяє стверджувати, що учасниками конкретних правовідносин представництва є два чітко визначені суб'єкти: представник та особа, інтереси якої він представляє. Звідси правомірно зробити висновок, що відносини представництва вичерпуються лише внутрішніми зв'язками. Подібну думку також знаходимо у деяких вітчизняних авторів, які стверджують, що за концепцією чинного ЦК України учасниками правовідносин представництва є дві сторони: представник і особа, яку представляють [20, с. 26].

З огляду на сказане, процесуальне представництво так само повинно розглядатись крізь призму суб'єктного складу окресленого ч. 1 ст. 237 ЦК України. В іншому разі ми матимемо новий механізм, відмінний від представництва із притаманним йому специфічним змістом правовідношення. Слід відмітити, що в науці існують погляди, що цивільно-процесуальне представництво як інститут цивільного процесуального права являє собою сукупність процесуальних правових норм, що регулюють процесуальні відносини суду та судового представника, який виступає з метою захисту прав і охоронюваних законом інтересів і свобод у суді особи, яку представляють, і надання допомоги суду у встановленні дійсних прав і обов'язків сторін та інших осіб, які беруть участь у справі [8, с. 62]. Як бачимо, автор у дефініції акцентує увагу на тому, що процесуальне представництво здійснюється в рамках правовідношення "представник – суд". Подібні думки зумовлені тим, що правовідносини, які складаються між особою, яку представляють, і представником, є лише *передумовою* для участі представника у цивільному процесі. Вони разом з юридичними *процесуальними діями*, які здійснюються представником, що спрямовані на легітимацію його як суб'єкта правовідносин із судом, є *передумовою* процесуального правовідношення, суб'єктами якого є представник і суд [8, с. 46]. Такі думки обґрунтовувались тим, що ч. 6 ст. 42 ЦПК України передбачала можливість підтвердження повноважень усною заявою дові-

рителя із занесенням його до протоколу судового засідання. Останнє правило застосовувалось тоді, коли поряд із представником у процесі особисто брала участь особа, яку представляють. У літературі таку ситуацію пропонувалось кваліфікувати як складову зовнішніх представницьких відносин [21, с. 149]. Разом з тим, із внесенням змін до ст. 42 ЦПК України [22], а також у зв'язку із встановленням причинно-наслідкових зв'язків між матеріальним та процесуальним представництвом вбачається, що подібні висновки щодо змісту процесуального представництва та аргументи на користь його самостійної правової природи втрачають підґрунтя.

Таким чином, з точки зору суб'єктного складу процесуальне представництво не містить особливих, відмінних від матеріально-правового представництва зв'язків між суб'єктами. Так само не позначений специфікою і зміст правовідношення. Адже як у цивільних правовідносинах щодо представництва, так і у цивільних процесуальних діяльність представника провадиться від імені та в інтересах особи, яку він представляє і спрямована на вчинення правочинів та інших юридично-значимих дій. Саме у вчиненні таких юридично-значимих дій і полягає діяльність представника щодо представництва інтересів осіб, які беруть участь у справі під час розгляду і вирішення цивільних справ з метою захисту їх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів.

Таким чином, ми дійшли висновку, що існуюча концепція представництва за ЦК України, а також підхід законодавця при формулюванні окремих норм ЦПК України є органічно взаємопов'язаними та генетично зумовленими. Такий висновок підтверджується положеннями ст.ст. 237, 238 ЦК України і ст.ст. 38-40 ЦПК України. На наш погляд такий підхід законодавця в значній мірі сприяє вирішенню поширених у вітчизняній правовій думці спорів про галузеву належність представництва, його інтегративний чи автономний характер тощо. Вбачається, що на даний момент інститут представництва слід кваліфікувати як міжгалузевий інститут, основу якого складають норми цивільного права, однак їх реалізація в рамках окремих галузей (інститутів) позначається певною специфікою. Така думка не є новою у сучасній літературі. Подібні висновки уже висловлювали представники одеської цивілістичної школи. Так, Є. О. Харитонов вважає, що інститут представництва є міжгалузевим інститутом, а ті особливості, які мають місце при використанні інституту представництва, не роблять його галузевим, а свідчать про гнучкість та універсальність цього інституту, пристосованого до можливості використання його для регулювання різних суспільних відносин [17, с. 184].

Відмітимо, що трактування представництва як міжгалузевого інституту відповідає існуючим тенденціям розвитку сучасних законодавств. Адже теорія міжгалузевих, комплексних інститутів набуває все більшого поширення в силу нівелювання граней між окремими галузями права і законодавства та їх взаємопроникненням. Вбачається, що такий підхід також дозволяє більш

чітко та прогнозовано врегульовувати відносини, не ускладнюючи механізм правового регулювання останніх. Крім цього, таке бачення дозволяє використовувати напрацювання цивілістики і, головне, вихідні нормативні засади представництва, сформульовані у цивільному законодавстві для потреб інших галузей.

До перспектив подальших наукових розвідок можна віднести необхідність вивчення представництва в контексті його реалізації в рамках окремих стадій процесу, різними учасниками та в механізмі правового регулювання інших галузей права.

1. Казанцев Л. Н. Учение о представительстве в гражданском праве / Леонид Николаевич Казанцев – Ярославль: Тип. Г. В. Фальк, 1878. – 125 с.
2. Грибанов В. П. Интерес в гражданском праве / Вениамин Петрович Грибачов // Советское государство и право. – 1967. – № 1. – С. 49–56.
3. Свердлов Г. А. Гражданско-правовые способы сочетания общественных, коллективных и личных интересов / Г. А. Свердлов / Отв. ред. О. А. Красавчиков. – Свердловск: Изд-во Урал. ун-та, 1980. – 72 с.
4. Гордон А. О. Представительство в гражданском праве / А. О. Гордон. – СПб.: Тип. Шредера, 1879. – 447 с.
5. Цюра В. В. Юридичні ознаки представництва в світлі загальної теорії цивільного права / Вадим Васильович Цюра // Бюлетень міністерства юстиції України. – 2009. – № 10. – С. 47.
6. Гражданский процесс / Под общ. ред. С. Н. Абрамова. – М.: Юридическое издательство Министерства юстиции СССР, 1948. – 482 с.
7. Антимонов Б. С., Герзон С. Л. Адвокат в советском гражданском процессе / Б. С. Антимонов, С. Л. Герзон. – М.: Госюриздат, 1954. – 259 с.
8. Чванкін С. А. Добровільне представництво у цивільному процесі України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Чванкін Сергій Анатолійович; Одеська національна юридична академія. – Одеса, 2005. – 226 с.
9. Шерстюк В. М. Система советского гражданского процессуального права / В. М. Шерстюк. – М.: Изд-во МГУ, 1989. – 118 с.
10. Клейн Е. Б. Участие адвоката в доказывании по гражданским делам: автореф. ... дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Е. Б. Клейн. – Минск, 1988. – 16 с.
11. Власов А. А. Адвокат как субъект доказывания в гражданском и арбитражном процессе / А. А. Власов. – М.: Юрлитинформ, 2000. – 240 с.
12. Лазько Г. З. Правова природа представництва у цивільному процесі: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Лазько Гульназ Заурівна; Академія праці і соціальних відносин Федерації профспілок України. – К., 2006. – 191 с.
13. Павлуник І. А. Представництво в цивільному процесі України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Павлуник Ігор Анатолійович; Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – К., 2002. – 199 с.
14. Чечот Д. М. Судебные представители / Д. М. Чечот // Гражданский процесс / Под ред. Н. А. Чечиной и Д. М. Чечота. – М.: Юридическая литература, 1968. – 456 с.
15. Штефан М. И. Представительство граждан в суде: [учеб. пособие для студентов юрид. спец. вузов] / М. И. Штефан, Е. Г. Дрижчаная, Е. В. Гусев. – К.: Лыбидь, 1991. – 216 с.
16. Андреев В. К. Представительство в гражданском праве: [учебное пособие] / Научн. ред. М. В. Самойлова / В. К. Андреев. – Калинин: Изд-во Калинин. ун-та, 1978. – 87 с.
17. Харитонов Е. О., Саниахметова Н. А. Гражданское право Украины: [учебник] / Е. О. Харитонов, Н. А. Саниахметова. – Харьков: Одиссей, 2004. – 960 с.
18. Гражданское право Украины: учебник: в 2 ч. / Под ред. А. А. Пушкина, В. М. Самойленко. – Х.: Основа, 1996. – Ч. 1. – 440 с.
19. Цивільне право України: підручник: у 2 кн. / [О. В. Дзера, Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.]; за заг. ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – вид 2-е, доп. і перероб. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – 736 с.
20. Харитонов Є. О., Харитонova О. І., Дрішлюк А. І. Добровільне представництво у цивільному праві України: [навчальний посібник] / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova, А. І. Дрішлюк. – К.: Істина, 2007. – 176 с.
21. Афанасьев С. Ф., Зайцев А. И. Гражданский процесс: [учебное пособие] / Сергей Федорович Афанасьев, Александр Игоревич Зайцев. – М.: Норма, 2004. – 496 с.
22. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 7 липня 2010 р. № 2453-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 41–42, 43, 44–45. – Ст. 529.

Надійшла до редколегії 12.12.11

АДМІНІСТРАТИВНИЙ АРЕШТ: ПОРЯДОК ЗАСТОСУВАННЯ ДАНОГО ВИДУ СТЯГНЕННЯ ТА ПОВНОВАЖЕННЯ ОКРЕМИХ ОРГАНІВ І ПОСАДОВИХ ОСІБ ЩОДО ВНЕСЕННЯ КЛОПОТАНЬ ПРО ЗАСТОСУВАННЯ (ЗАМІНУ) НА ДАНИЙ ВИД СТЯГНЕННЯ

У даній статті автором розглядаються питання, пов'язані із провадженням у справах про адміністративні правопорушення щодо застосування такого виду стягнення як адміністративний арешт, зокрема під час провадження у адміністративних справах, пов'язаних із заміною таких адміністративних стягнень як виправні та громадські роботи на адміністративний арешт. Аналізуються норми чинного законодавства, що визначають повноваження спеціально уповноважених органів та їх посадових осіб із виконання даних стягнень. На підставі проведеного аналізу пропонується зміни до норм чинного законодавства, зокрема Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінально-виконавчого кодексу України та ряду підзаконних нормативно-правових актів, що регламентують порядок здійснення заміни одного виду стягнення на інший.

Ключові слова: адміністративне провадження, адміністративне стягнення, адміністративний арешт, громадські роботи, виправні роботи, пенітенціарна служба України, органи внутрішніх справ.

В даній статті автором розглядаються питання, пов'язані з виробництвом по справах об адміністративних правопорушеннях относительно применения такого вида взыскания как административный арест, в частности во время производства по административным делам, связанных с заменой таких административных взысканий как исправительные и общественные работы на административный арест. Анализируются нормы действующего законодательства, которые определяют полномочия специально уполномоченных органов и их должностных лиц по выполнению данных взысканий. На основании проведенного анализа предлагаются изменения к нормам действующего законодательства, в частности Кодекса Украины об административных правонарушениях, Криминально-исполнительного кодекса Украины и ряда подзаконных нормативно-правовых актов, которые регламентируют порядок осуществления замены одного вида взыскания на другой.

Ключевые слова: административное производство, административное взыскание, административный арест, общественные работы, исправительные работы, пенитенциарная служба Украины, органы внутренних дел.

In this article an author is examine the questions related to the production in matters about administrative offences in relation to application of such type of penalty as an administrative arrest, in particular during a production on administrative cases, related to replacement of such administrative penalties as correctional and public works on an administrative arrest. The norms of current legislation, that determine plenary powers of the specially authorized organs and their public servants on implementation of these penalties, are analysed. On the basis of the conducted analysis offered change to the norms of current legislation, in particular Code of Ukraine about administrative offences, Criminally-executive code of Ukraine and row of under-law normatively-legal acts that regulate the order of realization of replacement of one type of penalty on other.

Keywords: administrative production, administrative penalty, administrative arrest, social works, correctional works, penitentiary service of Ukraine, organs of internal affairs.

Забезпечення законності та правопорядку у державі здійснюється шляхом поєднання ряду функцій, використання різних правових та не правових, зокрема організаційних заходів, спрямованих на забезпечення виконання та дотримання усіма суб'єктами відносин загальноприйнятних правил поведінки у тих чи інших обставинах. Визначення певного порядку взаємодії учасників не гарантує виконання всіма суб'єктами взятих на себе зобов'язань. Така обставина зумовлює необхідність відновлення правопорядку. У свою чергу цей захід передбачає необхідність застосування заходів впливу з боку держави та її органів відносно суб'єктів, які зневажають загальноприйняті правила. Такий вплив виявляється у примусі, тобто примусовому виконанні зобов'язань та вжитті заходів, у наслідок яких суб'єкт зазнає певних втрат, іншими словами відбувається застосування юридичної відповідальності, одним з видів якої є адміністративна. Аби не розпорошувати суть та мету нашої статті на вивчені поглядів на поняття юридичної відповідальності, зосередимось саме на адміністративній відповідальності.

Сучасні концепції не мають єдиного підходу до розуміння поняття адміністративної відповідальності, але всі вони так чи інакше містять загальні для розуміння даного поняття істотні ознаки.

Адміністративна відповідальність – інститут адміністративного права. Це обов'язок особи, яка скоїла адміністративний проступок, нести відповідальність за свої протиправні дії у межах встановленого законом стягнення [5, с. 21]. Адміністративна відповідальність як різновид правової відповідальності – це специфічна форма реагування держави в особі її компетентних органів на вчинення адміністративних проступків, згідно з якою особи, що скоїли ці проступки, повинні відповісти перед уповноваженими державними органами за свої неправомірні дії і

понести за це адміністративні стягнення в установлених законом формах і порядку [2, с. 97].

Адміністративні стягнення – це матеріальний вияв адміністративної відповідальності, негативний правовий наслідок неправомірної поведінки особи, яка вчинила адміністративний проступок і повинна відповісти за свій протиправний вчинок та понести за це відповідне покарання у вигляді певних несприятливих заходів морального, матеріального та фізичного впливу [2, с. 99]. Усі ці дефініції містять у собі вказівки на певні негативні фактори, які повинна зазнати особа, яка вчинила правопорушення. Таким негативним чинником виступає стягнення.

Адміністративні стягнення – це правовий наслідок скоєного адміністративного правопорушення, що є відповідним заходом державного примусу, своєрідним втручанням у сферу правових благ та майнових інтересів винного, адекватним абстрактній оцінці цього діяння законодавцем [1, с. 121]. Перш ніж вести мову про стягнення, має відбутися певний порядок, який визначить які саме стягнення можуть та повинні буди застосовані до правопорушника. Це відбувається під час вжиття відповідних процесуальних дій та прийняття на їх основі рішень. Загалом сам порядок розуміється як певне провадження.

Провадження в справах про адміністративні правопорушення в органах внутрішніх справ можна визначити двояко. З однієї сторони – як урегульований законом порядок здійснення відповідних процесуальних дій, що забезпечують винесення законних і об'єктивних рішень по підвідомчих їм справах про адміністративні правопорушення, з іншого – як основу на законі діяльність посадових осіб органів внутрішніх справ по розгляді підвідомчих їм справ про адміністративні правопорушення та прийняттю рішень по них в установлених законом формі та порядку, а також діяльність щодо за-

стосування ними заходів, які забезпечують адміністративне провадження [1, с. 154].

Як правило, виділяють чотири основні стадії провадження: 1) порушення справи про адміністративне правопорушення та адміністративне розслідування, якою охоплюється комплекс першочергових процесуальних дій, що забезпечують згодом можливість розгляду справи по суті. У рамках цієї стадії установлюється факт протиправної поведінки, особа правопорушника, інші фактичні обставини у справі, збираються і аналізуються докази, дається первісна правова оцінка скоєному, тобто здійснюється повне адміністративне розслідування у справі з відповідним процесуальним оформленням результатів такого розслідування з метою підготовки справи для розгляду по суті; 2) розгляд справи по суті та винесення по ній постанови – це основна, центральна стадія провадження в справах про адміністративні правопорушення; 3) перегляд справи у зв'язку із оскарженням або опротестуванням постанови по справі є факультативною, тому що не кожна постанова по справі оскаржується або опротестовується; 4) виконання постанови про справу – заключна стадія провадження в справах про адміністративні правопорушення. Суть і важливість даної стадії – в кінцевій реалізації винесеної по справі постанови про накладення адміністративного стягнення [1, с. 155-160]. Найбільше нас цікавить стадія винесення постанови за справою про адміністративне правопорушення та виконання останньої. З огляду на те, що ефективність усієї судової, адміністративної гілок влади оцінюється з позиції не прийняття того чи іншого рішення, а його виконання, так само і нас цікавить не стільки винесення такої постанови про притягнення правопорушника до адміністративної відповідальності, скільки виконання такої постанови, зазнання правопорушником тих негативних чинників, які є результатом реагування держави в особі її компетентних органів на діяння, які є антисуспільними та суспільно негативними.

Ураховуючи вищевикладене, метою статті є дослідження нормативного регулювання та юридичної практики, пов'язаної із виконанням адміністративних стягнень у вигляді адміністративного арешту, зокрема під час провадження у справах про заміну адміністративних стягнень у вигляді громадських робіт та виправних робіт на адміністративне стягнення у вигляді адміністративного арешту, а також пошук шляхів усунення прогалин чинного законодавства, пов'язаних із виконанням зазначеного адміністративного стягнення.

На підставі аналізу процесуальних норм Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) [8], можна дійти висновку, що найбільше виділі правопорушень, за вчинення яких складаються протоколи про адміністративні правопорушення, відноситься саме до повноважень органів внутрішніх справ. Забезпечення законності а адміністративній діяльності органів внутрішніх справ – це створення такого адміністративно-правового режиму в суспільстві, при якому вся система органів, виконуючи функції щодо охорони громадського порядку, громадської безпеки та боротьби зі злочинністю, зобов'язана, з однієї сторони, суворо дотримуватись вимог законів, а з другої – вимагати від посадових осіб та громадян безумовного виконання цих законів та інших законодавчих актів, здійснювати інші правоохоронні та правозастосовні заходи з метою зміцнення правопорядку в державі [4, с. 38]. Однак, значна частина справ про адміністративні правопорушення, протоколи за якими складаються органами внутрішніх справ, розглядаються по суті та приймаються рішення третьою гілкою влади, а саме судами.

Отже, аби зрозуміти послідовність виконання дій щодо впровадження такої форми реалізації права як застосування у справах про адміністративні правопорушення з виконання адміністративного стягнення у вигляді адміністративного арешту слід розглянути загальні правила накладення стягнень.

Ч. 2 ст. 38 КУпАП зазначає, що у разі підвідомчості справи про адміністративне правопорушення відповідно до КУпАП чи інших законів суду (судді), стягнення може бути накладено не пізніше як через три місяці з дня вчинення правопорушення, а при триваючому правопорушенні – не пізніше як через три місяці з дня його виявлення, крім справ про адміністративні правопорушення, зазначені у ч. 3 ст. 38 КУпАП. Поряд з цим ч. 1 ст. 32 КУпАП вказує на те, що адміністративний арешт призначається районним, районним у місті, міським чи міськрайонним судом (суддею). У свою чергу слід відмітити, що застосування у вигляді адміністративного стягнення адміністративного арешту відноситься до виключної компетенції суду (ст. 32 КУпАП). При цьому адміністративний арешт застосовується як виключне адміністративне стягнення, що можна розуміти так, що у разі неефективного впливу інших адміністративних стягнень на правопорушника, застосовується найжорсткіший його вид – адміністративний арешт. У свою чергу останній характеризується значними обмеженнями прав, свобод та інтересів особистості і у цьому контексті найперше – обмеження волі.

Ст. 268 КУпАП прямо вказує на те, що справа про адміністративне правопорушення розглядається в присутності особи, яка притягається до адміністративної відповідальності. Під час відсутності цієї особи справу може бути розглянуто лише у випадках, коли є дані про своєчасне її сповіщення про місце і час розгляду справи і якщо від неї не надійшло клопотання про відкладення розгляду справи. При розгляді справ про адміністративні правопорушення, передбачені частиною першою статті 44, статтями 51, 146, 160, 160-2, 172-2 – 172-9, 173, частиною третьою статті 178, статтями 185, 185-1, статтями 185-7, 187 цього Кодексу, присутність особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, є обов'язковою. Однак, поряд із вищеперерахованими складами адміністративних правопорушень, під час розгляду справ за якими обов'язкова присутність самої особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, відсутній такий склад правопорушення як керування транспортними засобами або суднами особами, які перебувають у стані алкогольного, наркотичного чи іншого сп'яніння або під впливом лікарських препаратів, що знижують їх увагу та швидкість реакції (ст. 130 КУпАП). Хоча санкція даної статті передбачає такий вид адміністративного стягнення як адміністративний арешт. Фактично саме це й зумовило написання даної статті, метою якої визначено порядок застосування адміністративного стягнення у вигляді адміністративного арешту за окремими видами адміністративних правопорушень.

Іншим напрямком дослідження предмета є з'ясування порядку заміни одного виду стягнення на інший, а саме на адміністративний арешт.

Ст. 321⁴ КУпАП вказує на те, що у разі ухилення порушника від відбування громадських робіт постановою судді невідбутий строк громадських робіт може бути замінено адміністративним арештом з розрахунку один день арешту за п'ять годин громадських робіт, але не більше як на п'ятнадцять днів, ст. 325 КУпАП веде мову про те, що у разі ухилення особи від відбування виправних робіт, застосованих за вчинення дрібного хуліганства, постановою судді невідбутий строк виправних робіт може бути замінено штрафом від трьох до семи

неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або адміністративним арештом з розрахунку один день арешту за три дні виправних робіт, але не більш як на п'ятнадцять діб.

У контексті вищезазначеного, неможливо оминати увагою ту обставину, що дійсно постановою районного, районного у місті, міського чи міськрайонного суду (судді) про застосування громадських робіт надсилається на виконання органу Державного департаменту України з питань виконання покарань (Державну пенітенціарну службу України, яка утворена у наслідок реорганізації Державного департаменту України з питань виконання покарань у відповідності до Указу Президента України від 9 грудня 2010 року № 1085/2010 "Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади" і саме так називається дана державна інституція після реформування органів виконавчої влади. Отже, фактично відсутній суб'єкт владних повноважень, який виконує дану постанову суду.). Таким чином, виходячи з положень ст. 92 Конституції України [9] установи виконання покарань є конституційними органами виконавчої влади, зважаючи на ту обставину, що п. 14 ч. ст. 92 Конституції України зазначає, що виключно законами України визначаються організація і діяльність органів і установ виконання покарань.

Виходячи з положень п. 15 ст. 106 Конституції України Президент України утворює, реорганізовує та ліквідує за поданням Прем'єр-міністра України міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, діючи в межах коштів, передбачених на утримання органів виконавчої влади. Саме з метою оптимізації системи центральних органів виконавчої влади, усунення дублювання їх повноважень, забезпечення скорочення чисельності управлінського апарату та витрат на його утримання, підвищення ефективності державного управління був виданий Указ Президента України 9 грудня 2010 року № 1085/2010 "Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади" [10], яким утворено Державну пенітенціарну службу України, реорганізувавши Державний департамент України з питань виконання покарань. Ч. 2 ст. 6 Конституції України зазначає, що органи виконавчої влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України, а ч. 2 ст. 19 Конституції України вказує на те, що органи державної влади, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. З цього слід зробити логічний висновок про те, що Державна пенітенціарна служба України та її посадові особи зобов'язані діяти виключно у межах своєї компетенції, визначеної у нормах Конституції та законів України. Враховуючи те, що КУпАП не містить згадки про Державну пенітенціарну службу України, тому, на нашу думку, посадові особи даної служби не мають права перебирати на себе повноваження посадових осіб Державного департаменту України з питань виконання покарань. Адже у такому разі цілком можна говорити про присвоєння владних повноважень, що пов'язані із застосуванням до осіб заходів державного примусу, у даному випадку адміністративних стягнень за вчинені адміністративні правопорушення. З одного боку начебто Державна пенітенціарна служба України виконує функції, якими вона повинна бути наділена, фактично функції, які до реорганізації виконував Державний департамент України з питань виконання покарань. Однак, якщо ми збираємося будувати правову державу, де проголошуватиметься принцип верховенства права, фундаментом якого має стати принцип діяльності державних органів та їх посадових

осіб, який визначає їх компетенцію як принцип "достатньо лише те, що прямо передбачено законом", то ж виникає пряма необхідність у приведенні у відповідність всіх законодавчих та підзаконних нормативно-правових актів, у змісті яких визначається компетенція Державної пенітенціарної служби України, у тому числі шляхом заміни слів "Державний департамент України з питань виконання покарань" у всіх відмінках та числах словами "Державна пенітенціарна служба України" у відповідному відмінку та числі. Оскільки на даний час під час виконання службових обов'язків та використання наданих для цього прав посадові особи Державної пенітенціарної служби України користуються правами та обов'язками Державного департаменту України з питань виконання покарань, тому виконання зазначених вище адміністративних стягнень можуть здійснювати посадові особи Державної пенітенціарної служби України, але це повинно мати перехідний характер, зумовлений реформуванням та гармонізацією чинного законодавства. Особливо гостро, на наш погляд, це питання має поставати під час виконання кримінальних покарань, не пов'язаних із позбавленням волі, що супроводжується обмеженням прав, свобод та інтересів людини і громадянина, під час участі посадових осіб Державної пенітенціарної служби України у судових засіданнях, коли останні заявляють клопотання про заміну кримінальних покарань, не пов'язаних з позбавленням волі на кримінальне покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк, чи то ж, як у нашому випадку, під час подання клопотань про заміну адміністративного стягнення у вигляді громадських або виправних робіт на адміністративний арешт.

З огляду на сказане, ще одним дискусійним та не менш важливим є наділення суб'єкта правом виконання постанови про застосування громадських робіт. Ст. 321¹ КУпАП зазначає, що постанова районного, районного у місті, міського чи міськрайонного суду (судді) про застосування громадських робіт надсилається на виконання органу Державного департаменту України з питань виконання покарань (далі – ДДУПВП) не пізніше наступного дня після її винесення. Кримінально-виконавчий кодекс України (далі – КВК України) від 11 липня 2003 року [6] зазначає, що органами виконання покарань є: центральний орган виконавчої влади з питань виконання покарань, його територіальні органи управління, кримінально-виконавча інспекція. Кримінально-виконавче законодавство України регламентує порядок і умови виконання та відбування кримінальних покарань з метою захисту інтересів особи, суспільства і держави шляхом створення умов для виправлення і ресоціалізації засуджених, запобігання вчиненню нових злочинів як засудженими, так і іншими особами, а також запобігання тортурам та нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню із засудженими (ст. 1 КВК України). Жодним словом законодавець не обмовляється про виконання адміністративних стягнень. Таким чином, на наш погляд, контроль за виконанням таких адміністративних стягнень як громадські та виправні роботи не належить до компетенції ДДУПВП, оскільки норми КУпАП та КВК України жодним чином не узгоджуються та виявляється колізія нормативного забезпечення. Використання аналогії закону, що можемо спостерігати у даному випадку, жодним чином не виправдовується, оскільки по аналогії застосовуються до правопорушників (осіб, які вчинили менш суспільно небезпечні діяння, ніж злочинці) норм кримінально-виконавчого законодавства, вважаємо погіршує статус осіб, щодо яких застосовано адміністративне стягнення. По-іншому ще можна було б більш лояльно відноситися до використання аналогії законодавства про адмі-

ністративні правопорушення стосовно осіб, які вчинили злочини, тобто більш лояльного законодавства за більш суспільно небезпечні вчинки, але не навпаки.

Навіть порівнюючи норми власне КУпАП, бачимо значні прогалини у належному опрацюванні законопроектів їх розробниками, а саме можна відмітити, що ст. 321¹ та ст. 322 КУпАП по-різному називають фактично один і той же орган виконання покарань, саме у ст. 321¹ КУпАП мовиться про Державний департамент України з питань виконання покарань, тоді як норма ст. 322 КУпАП (до речі зміни до неї вносилися пізніше, ніж КУпАП було доповнено ст. 321¹) вживає словосполучення "центральный орган виконавчої влади з питань виконання покарань", що засвідчує логічність та послідовність у законотворчій діяльності, у тому числі узгоджуються норми КУпАП та КВК України. Однак поряд з цим підкреслює її вузьку направленість, відсутність масштабності та всеосяжності, які мають виявлятися у комплексному підході до внесення змін, аналізуючи все чинне законодавство (хоча б усі норми одного кодифікованого акту, яким є КУпАП).

Ще одним не вирішеним питанням є суб'єкт владних повноважень, який має вирішувати, де правопорушникові відбувати громадські чи виправні роботи. Цікавою є та обставина, що згідно ст. 321¹ КУпАП постанова про застосування громадських робіт надсилається ДДУПВП, а виконання стягнення у вигляді громадських робіт здійснюється на основі участі порушників у суспільно корисній праці, види якої визначають органи місцевого самоврядування. Але яким чином від ДДУПВП така постанова має дістатися органів місцевого самоврядування невідомо. Якщо ДДУПВП не наділений повноваженнями виконання адміністративних стягнень, тоді яка його участь у виконанні адміністративного стягнення у вигляді громадських робіт.

Інструкція про порядок виконання покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, та здійснення контролю щодо осіб, засуджених до таких покарань, затверджена наказом ДДУПВП та МВС України від 19 грудня 2003 року № 270/1560 [7], зазначає, що відповідно до статті 322 КУпАП цією Інструкцією визначається порядок виконання адміністративного стягнення у виді виправних робіт. Однак, у відповідності до КВК України кримінально-виконавча інспекція наділена повноваженнями виконання покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, громадських робіт, виправних робіт; здійснення контролю за поведінкою осіб, звільнених від відбування покарання з випробуванням, а також звільнених від відбування покарання вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років; встановлення періодичності та днів проведення реєстрації засуджених до покарань у виді громадських і виправних робіт, а також осіб, звільнених від відбування покарання з випробуванням (ст. 13 КВК України). Поряд з цим жодним словом не обмовився законодавець про виконання адміністративних стягнень, у тому числі виправних робіт. Таким чином, можна вважати, що спільний наказ ДДУПВП та МВС України від 19 грудня 2003 року № 270/1560 суттєво та безпідставно розширив повноваження кримінально-виконавчої інспекції, наділивши останню повноваженнями з виконання адміністративного стягнення у вигляді виправних робіт, оскільки КВК України, чії норми регламентують основні завдання центрального органу виконавчої влади з питань виконання покарань, не передбачив покладення обов'язків з виконання адміністративних стягнень, зокрема громадських робіт. У зв'язку з цим органи ДДУПВП без наявності на те законних підстав самостійно суттєво розширили свої повноваження

у частині виконання адміністративних стягнень, зокрема громадських робіт.

Про порядок виконання громадських робіт, як адміністративного стягнення, дана Інструкція змовчує. Норми КУпАП містять лише загальні вказівки на порядок застосування та виконання такого виду адміністративного стягнення, передбаченого п. 5¹ ч. 1 ст. 24, ст. 30¹, КУпАП. Знову стикаємося з тим, що застосування заходів державного примусу відбувається за аналогією, що на нашу думку є неприпустимим.

У цьому разі вважаємо за необхідне прийняття нового виконавчого кодексу, або внесення змін до нині чинного Кримінально-виконавчого кодексу, шляхом доповнення нормами, які надають КВІ право виконання адміністративних стягнень, у зв'язку з цим, постає загальна потреба у перейменуванні власне КВК України, оскільки норми цього кодексу регламентуватимуть не лише виконання кримінальних покарань, але й адміністративних стягнень.

Визначеність компетенції державних органів щодо виконання адміністративних стягнень не є однією проблемою чинного адміністративного законодавства України. Предметом дослідження нашої статті виступають актуальні проблеми виконання адміністративного стягнення у вигляді адміністративного арешту. Виконання даного стягнення зумовлює декілька проблем: 1) можливість розгляду справи про адміністративне правопорушення без участі порушника (наприклад, ст. 130 КУпАП); 2) можливість розгляду у суді подання кримінально-виконавчої інспекції про ухилення порушника від виконання адміністративного стягнення у вигляді виправних або громадських робіт адміністративним арештом за відсутності правопорушника; 3) відсутність імперативної норми про необхідність обов'язкової присутності під час розгляду вищеперерахованих справ у судових інстанціях у якості третіх осіб представників органів внутрішніх справ України, які мають негайно звернути до виконання постанову суду про застосування до правопорушника адміністративного стягнення у вигляді адміністративного арешту.

Отже, вважаємо за край необхідне аби гармонізувати систему законодавства, що регламентує виконання адміністративних стягнень, доповнити кодифікований нормативно-правовий акт у сфері адміністративних правопорушень, яким є Кодекс України про адміністративні правопорушення, відповідними нормами, які б регламентували порядок виконання адміністративних стягнень у вигляді громадських робіт, зокрема статтею, яка розкриватиме повноваження центрального виконавчого органу з питань виконання покарань та адміністративних стягнень, статтею, яка міститиме права та обов'язки правопорушника, відносно якого застосовано адміністративне стягнення у вигляді громадських робіт, порядок взаємодії КВІ та органів місцевого самоврядування; порядок та підстави заміни адміністративного стягнення у вигляді громадських робіт іншим адміністративним стягненням – штрафом чи адміністративним арештом.

Ч. 2 п. 1.2. Розділу III Інструкції про порядок виконання покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, та здійснення контролю щодо осіб, засуджених до таких покарань зазначає лишень, що стягнення у виді виправних робіт виконується на підставі постанови суду з урахуванням особливостей, передбачених законодавством України про адміністративні правопорушення, за місцем роботи засуджених осіб відповідно до статті 322 Кодексу України про адміністративні правопорушення. У свою чергу ч. 2 п. 1.7 Розділу III Інструкції про порядок виконання покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, та здійснення контролю щодо осіб, засуджених до

таких покарань підкреслює, що виправні роботи у відповідності до статті 31 Кодексу України про адміністративні правопорушення відбуваються за місцем постійної роботи правопорушника. У Розділі III даної Інструкції більш ані слова про виконання даного виду адміністративного стягнення, так само як і жодної згадки про порядок здійснення контролю за виконанням даного адміністративного стягнення, можливості його заміни на адміністративне стягнення у вигляді штрафу чи адміністративного арешту. Зрозуміло було б якби нормотворець використовував у тексті даної інструкції поняття засуджений самостійно (у такому разі хоча б із розширеного тлумачення даного поняття можна було б (але досить таки нечітко) розуміти як осіб, засуджених за вчинення злочинів, так і осіб, відносно яких судом прийнято рішення про застосування адміністративних стягнень). Однак, норми цієї Інструкції використовують словосполучення "засуджена особа до відбування покарання у виді виправних робіт". Таким чином підкреслюється розуміння виправних робіт саме як кримінального покарання і аж ніяк не адміністративного стягнення.

Отже, на першому етапі нормативного урегулювання піднятого нами питання, слід внести зміни та доповнення до КУпАП, доповнивши відповідні статті, а саме ч. 3 ст. 268 КУпАП після слів "статтями 51", словосполученням "статтею 130" та далі за змістом, а також доповнити ст. 268 КУпАП частиною 4 наступного змісту: "У разі розгляду справи про заміну одного виду адміністративного стягнення на адміністративне стягнення у вигляді адміністративного арешту присутність особи, яка притягнена до адміністративної відповідальності, та вирішується питання про заміну встановленого одного виду адміністративного стягнення на адміністративне стягнення у вигляді адміністративного арешту є обов'язковою". Таким чином існуючу частину 4 ст. 268 КУпАП рахувати частиною 5 цієї статті. Главу 30-А доповнити статтею, у якій передбачити можливість та порядок провадження у справі щодо заміни адміністративного стягнення у вигляді громадських робіт на адміністративний арешт. При цьому слід передбачити обов'язки особи, яка піддана адміністративному стягненню у вигляді громадських робіт, визначити порушення, які можуть стати підставою для такої заміни. Главу 31 КУпАП доповнити статтями, у яких відповідно визначити обов'язки та права особи, яка піддана адміністративному стягненню у вигляді виправних робіт, порядок їх відбуття та причини, що можуть стати для внесення подань про заміну даного виду стягнення адміністративним арештом. Норми статей КУпАП потребують узгодження щодо використання у їх змісті словосполучень "Державний департамент України з питань виконання покарань" та "центрального орган виконавчої влади з питань виконання покарань", адже натеper така установа як Державний департамент України з питань виконання покарань не існує. Крім того, КВК України не визначає повноважень Державний департамент України з питань виконання покарань щодо контролю за виконанням адміністративних стягнень, зрештою і норми КУпАП не визначають повноважень цього органу щодо контролю за виконанням адміністративних стягнень, а лише констатують, що такий контроль здійснюється цими органами (або ДДУПВП, або центральним органом виконавчої влади з питань виконання покарань).

Глава 32 КУпАП має визначати порядок відбуття адміністративного стягнення у вигляді адміністративно-

го арешту, повноваження органів внутрішніх справ та міліції, зокрема. Порядок негайного звернення до виконання постанови про застосування до порушника адміністративного арешту та можливості оскарження такої постанови зацікавленими особами, зокрема особою, щодо якої винесено постанову про накладення (або заміну) адміністративного стягнення у вигляді адміністративного арешту.

Підсумовуючи сказане, вважаємо, що порядок виконання адміністративних стягнень у вигляді громадських робіт та виправних робіт потребує законодавчого врегулювання шляхом внесення відповідних змін як до Кодексу України про адміністративні правопорушення, так і законодавчого акту, Кримінально-виконавчого кодексу України, який визначає повноваження органів виконання покарань в Україні. Ці зміни по-перше, мають гарантувати реалізацію прав, свобод та інтересів людини і громадянина, що пов'язано із обмеженням свободи особи; по-друге має бути чітко визначена процедура виконання такого адміністративного стягнення як адміністративний арешт, що з одного боку гарантуватиме права і свободи людини і громадянина, а з іншого – унеможливить свавілля державних органів та їх посадових осіб під час застосування заходів державного примусу у вигляді адміністративного стягнення, а загалом, ефективне законодавче забезпечення порядку застосування стягнень забезпечуватиме принцип законності у суспільстві. Вважаємо неприпустимим регулювання порядку виконання такого адміністративного стягнення (до того найжорсткішого) як адміністративний арешт відомчим нормативно-правовим актом – наказом МВС України [3]. Порядок виконання адміністративних стягнень, у тому числі й адміністративного арешту, має знайти себе у нормах виключно законодавчих, прийнятих Верховною Радою України, що підкреслюватиме їх значимість, вказуватиме на те, що держава дійсно опікується питаннями гарантування, охорони та захисту прав, свобод та інтересів людини і громадянина, адже останні становлять найвищу соціальну цінність. Такі зміни у комплексі мають становити правову політику держави щодо гарантування проголошених соціальних цінностей, слугувати розвитку конституційних положень щодо найвищої соціальної цінності, якою є людина з її правами, свободами та інтересами, а також стати орієнтиром для впровадження правової реформи в Україні.

1. Адміністративна діяльність органів внутрішніх справ. Загальна частина: Підручник / [Голосніченко І.П., Шахун В.І., Кириченко І.П. та ін.]; за ред. І.П.Голосніченка, Я.Ю.Кондратьєва. – К.: КМУЦА, 1999. – 180 с.
2. Гончарук С.Т. Адміністративне право України: навч. Посібник / С.Т. Гончарук. – К.: "Видавничий дім "Аванпост-прим", 2000. – 240 с.
3. Наказ МВС України від 18 вересня 1992 року № 552 "Про затвердження Положення про спеціальний приймальник для утримання осіб, підданих адміністративному арешту".
4. Адміністративна діяльність органів внутрішніх справ (узагальнені матеріали з загальної та особливої частин курсу) / [Олефір В.І., Кузьмич Г.Б., Братель Г.М.]. – К.: НАВСУ, 1999. – 112 с.
5. Голосніченко І.П. Адміністративне право України (основні категорії і поняття). Загальна та особлива частини: посіб. / І.П. Голосніченко. – Ірпін, 1998. – 52 с.
6. Кримінально-виконавчий кодекс України від 11 липня 2003 року. – ВВР. – 2004. – № 3-4. – ст. 21.
7. Наказ ДДУПВП та МВС України від 19 грудня 2003 року № 270/1560 "Про затвердження інструкції про порядок виконання покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, та здійснення контролю щодо осіб, засуджених до таких покарань".
8. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 року – [Електронний ресурс]. – Режим доступу. – rada.gov.ua
9. Конституція України від 28 червня 1996 року. – К.: Вид-во "Право", 1996. – 56 с.
10. Указ Президента України від 9 грудня 2010 року № 1085/2010 "Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади".

Надійшла до редколегії 12.12.11

ЗМАГАЛЬНА МОДЕЛЬ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА: ПОНЯТТЯ ТА ЮРИДИЧНА ПРИРОДА

Аналізується правова природа й зміст змагальної моделі цивільного судочинства, надається порівняльна характеристика змагального процесу і слідчого (інквізиційного). Робиться висновок про сутність цивільного процесу України.

Ключові слова: тип, форма, модель цивільного судочинства, слідчий (інквізиційний) процес, змагальний процес.

Проанализирована правовая природа и содержание состязательной модели гражданского судопроизводства, дается сравнительная характеристика состязательного процесса и следственного (инквизиционного). Делается вывод о сущности гражданского процесса Украины.

Ключевые слова: тип, форма, модель гражданского судопроизводства; следственный (инквизиционный) процесс; состязательный процесс.

Analyzed the legal nature and content of the adversarial model of civil proceedings, given the comparative characteristic of the adversarial process and the investigative (inquisitorial). The conclusion about the nature of civil procedure of Ukraine.

Key words: type, form, the model of civil proceedings, investigative (inquisitorial) process, adversarial process.

Вступ. Інтенсивне оновлення цивільного процесуального законодавства розпочалося у дев'яностих роках минулого століття у зв'язку з прийняттям у 1996 р. Конституції України. Внаслідок реформи до Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК) 1963 р. Законом № 27/96-ВР від 02.02.1996 р. було внесено чимало змін, а у 2004 р. прийнято новий ЦПК, який застосовується судами з 2005 р. Нові юридичні конструкції та окремі положення цивільного процесуального закону викликали широку наукову дискусію, зокрема, позбавлення права суду збирати, витребувати докази за власною ініціативою у спосіб, який тривалий час передбачався цивільним процесуальним законодавством. Згідно ст. 10 чинного ЦПК суд лише сприяє всебічному і повному з'ясуванню обставин справи шляхом вчинення процесуальних дій, визначених законом, але у справах позовного провадження ініціатива щодо сприяння має надходити від осіб, які беруть участь у справі (п. 5 ч. 6 ст. 130, ст. 137 ЦПК). Внаслідок звуження функціональних обов'язків суду по доказуванню з'явилися висновки про те, що сучасне цивільне судочинство України набуло змагальної форми, що у 1996 р. на зміну процесу слідчому прийшов змагальний [1]. Тотожна точка зору висловлюється і у Російській Федерації [2], цивільне процесуальне законодавство якої наближене і має багато спільного з українським. У зв'язку з такими висновками виникають закономірні питання: що складає сутність змагальної форми? яка конструкція змагального цивільного процесу? які компоненти її складають? Виникнення інтересу до цієї проблематики також зумовлено твердженням процесуалістів про те, що "правосудним може бути лише змагальний процес" [3], що "лише змагальна система може уявляти собою найбільш справедливий спосіб ведення справ – єдиний спосіб, що дає кожній зі сторін зіграти свою власну роль" [4].

Актуальність досліджуваної теми обумовлена наявністю суперечливих теоретичних висновків про сутність доказування у цивільному процесі України, що спричинені змінами у цивільному процесуальному законодавстві.

Метою статті є дослідження існуючих у світі типів (форм, моделей) цивільного судочинства, їх юридичної природи, виявлення особливостей цивільного процесу України, які дозволяють зробити висновок про тип сучасного національного цивільного процесу.

Основний зміст. Традиційно в наукових та навчальних джерелах виділяють слідчу (інквізиційну) та змагальну форми, типи, моделі [5], системи [6] цивільного судочинства, причому окремі вчені категорично заявляють, що "процес може бути побудований або за слідчим принципом, або за принципом змагальності" [7].

В основному висновки про сутність слідчого (інквізиційного) принципу цивільного судочинства [8], слідчої

моделі, зводяться до "активності суду у з'ясуванні обставин справи" [9]. У чому ж саме проявляється ця активність? Класики цивілістики у кінці XIX – на початку XX ст. розкривали активність суду у слідчому процесі через обов'язок збирання та підготовки процесуального матеріалу, причому абсолютно незалежно від волі та діяльності сторін, суд при цьому стає самостійним дослідником фактичних обставин справи, а сторони нарівні із свідками, набувають значення лише засобів, джерел, звідки суд бере необхідні йому свідчення" [10].

Наведений висновок про сутність слідчого процесу, в якому основна увага акцентувалась на обов'язку збирання доказів судом, пізніше був підтриманий багатьма процесуалістами [11]. Деякі дослідники вказаних чинників, які визначають зміст слідчого процесу, додають й наявність у суду права вказувати сторонам, які докази по справі повинні бути пред'явлені [12].

Таким чином, здебільшого, зміст слідчого (інквізиційного) процесу пов'язують з особливостями розподілу обов'язків по доказуванню, які полягають у верховенстві суду у цьому процесі, у закріпленні законодавчих положень, які зобов'язують суд брати тягар доказування на себе. Втім, окремі вчені розглядають сутність слідчого судочинства через призму його впливу на реалізацію диспозитивних прав. Зокрема, С.Ф. Афанасьєвим та А.І. Зайцевим висловлена думка, що "у слідчому (інквізиційному) судочинстві домінує положення, що змушує орган судової влади усіма доступними засобами втручатися в диспозитивні права інших учасників з метою виявлення істинних свідчень про цивільно-правовий конфлікт" [13]. Очевидно, автори наведеної точки зору розглядають диспозитивність у широкому сенсі, як можливість діяти в процесі вільно і розпоряджатися широким обсягом прав на власний розсуд. Дійсно, активність суду у процесі доказування може впливати на розпорядження диспозитивними правами, що може, зокрема, проявлятися у виникненні потреби у відповіді на пред'явити зустрічний позов, вступити у справу третю особу тощо, але думається, що сам процес доказування, причому незалежно від того, чи є процес в більшій мірі змагальним, чи слідчим, впливає на реалізацію принципу диспозитивності, оскільки змагальні та диспозитивні права є глибоко пов'язаними та взаємообумовленими у цивільному процесі категорії незалежно від особливостей доказування, які й сприяють віднесенню судочинства певної країни до слідчої чи змагальної моделі.

Враховуючи вищенаведені висновки та погляди, можна виділити наступні характерні ознаки, що складають сутність та структуру слідчої моделі цивільного процесу: 1) суд визначає межі, порядок та інші параметри доказування; 2) на суд покладається обов'язок збирати та готувати необхідний фактичний матеріал; 3) будучи "куратором" доказування, суд має право вка-

зувати особам, які беруть участь у справі, на докази, що підтверджують вимоги чи заперечення; 4) зумовлена вказаними чинниками відносна пасивність сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, у доказуванні обставин справи.

Що ж відрізняє змагальну модель цивільного судочинства від слідчої? Згідно ст. 129 Конституції України змагальність сторін, свобода в наданні ними суду своїх доказів і доведення перед судом їх переконливості, – одна з основних засад судочинства. Зазначене конституційне положення відбилося у багатьох законодавчих актах і стало поштовхом для поступового запровадження ідей змагальної моделі судочинства, які тривалий час успішно реалізуються у розвинених країнах, особливо у країнах сім'ї загального права. Втім думається, що наведена конституційна норма викладена не зовсім коректно, оскільки може сприяти висновку про те, що Основний закон пов'язує змагальність виключно із сторонами судового процесу, що не зовсім узгоджується як із теорією права, так і багатьма положеннями ЦПК, згідно яких змагальні права розповсюджуються на всіх осіб, які беруть участь у справі в рівній мірі (зокрема, ст. 10, 27 та ін. ЦПК). Окрім того, редакція зазначеного конституційного положення певною мірою протиставляє змагальність сторін, свободу в наданні ними суду своїх доказів і доведення перед судом їх переконливості. Свобода сторін в наданні суду своїх доказів, доведення перед судом їх переконливості, – це складові змагальності.

Поняттям "засади змагальності" апелює й чинний ЦПК (ч.1 ст. 10). Стаття 10 хоча й названа законодавцем "Змагальність сторін", що як вже було зазначено, є не зовсім правильним, у ч. 1 вказує, що цивільне судочинство здійснюється на засадах змагальності. Які вони? У чому полягають? Згідно ч. 2 цієї ж статті сторони та інші особи, які беруть участь у справі, мають рівні права щодо подання доказів, їх дослідження та доведення перед судом їх переконливості. Частина ж 3 встановлює обов'язки сторін по доказуванню: кожна сторона повинна довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог або заперечень, крім випадків, встановлених цим Кодексом, а ч. 4 визначає основну функцію суду у змагальному процесі, – сприяння у всебічному і повному з'ясуванні обставин справи шляхом роз'яснення особам, які беруть участь у справі, їх прав та обов'язків, попередження про наслідки вчинення або не вчинення процесуальних дій і сприяння здійсненню їхніх прав у випадках, встановлених ЦПК.

Отже, за ЦПК основними засадами змагальності є: рівність в реалізації прав, пов'язаних із доказуванням у осіб, які беруть участь у справі, обов'язки сторони у доведенні обставин та сприяння суду у реалізації рівності та обов'язків.

У науковій та навчальній літературі уявлення про змагальну модель цивільного судочинства змінювались відповідно до змін у суспільному житті та законодавстві.

В кінці дев'ятнадцятого століття до структури змагального процесу включали: 1) ініціативу заінтересованих осіб у відкритті процесу та його руху; 2) неможливість виходу суду за межі вимог сторін та неможливість розглядати більше того, ніж сторони вимагають; 3) виключення з кола обов'язків суду обов'язок розшукувати та приймати до уваги такі факти і докази, що не заявлені йому сторонами, а також збирання доказів чи довідок [14].

На початку двадцятого століття окремі процесуалісти до трьох наведених вище ознак змагального процесу додавали також обов'язок заінтересованої в наслідках процесу особи надати суду потрібний для рішення матеріал, стосовно якого й відбувається змагальність перед судом у словесній формі, яка й повинна відкрити істину [15].

Кінець IX – початок XX ст. ст. ознаменувався інтенсивним розвитком цивільного процесуального законодавства. У 1917 р. Е.В. Васильовський писав, що у процесуальних статутах того часу були закріплені положення, які надавали позовному провадженню змагальної форми, "необхідною і найважливішою частиною якої є розробка фактичного матеріалу сторонами та їх адвокатами у змагальних паперах та в усних дебатах у суді (75 № 180)" [16], а змагальними засадами цивільного судочинства були названі: 1) обов'язок, задачу сторін по збиранню, підготовці процесуального матеріалу та відшукуванню доказів; 2) виключно пасивне становище суду, який лише оцінює докази, беручи до уваги лише те, що подано сторонами і у такому вигляді, як подано [17].

Таким чином, через невеликий проміжок часу з структурних елементів змагальної моделі судочинства виключили ініціювання процесу та вплив на його рух, а також діяльність суду в межах заявлених сторонами вимог, і залишили лише доказовий аспект, а точніше активність сторін та пасивність суду у процесі доказування. Більше того, змагальні засади цивільного судочинства стали називати "принципом законодавчої політики, в силу якого права сторін рішуче переважають у процесі над офіційними обов'язками суду" [18].

У радянський період дослідженню змагальної моделі цивільного судочинства великої уваги не приділялось. Вірогідно це пов'язано з тим, що процесуальні кодифіковані акти радянських республік, зокрема ЦПК УРСР від 11 вересня 1929 р. (офіційний текст із змінами станом на 1 березня 1958 р.), не містили поняття "змагальність", "принцип змагальності", "змагальність сторін" у такий спосіб, як регулюються змагальні права сучасним цивільним процесуальним законодавством [19].

У підручниках цього періоду як засади змагальної моделі цивільного процесу виділялись: по – перше, почергове заслуховування сторін, дослідження доказів, представлених сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі; по-друге, право сторін визначати об'єм фактів, на які вони посилаються з метою підтвердження своїх вимог та заперечень, та обов'язки доказати обставини, що обґрунтовують позов чи заперечення проти позову [20]; відстоювання своїх тверджень та оспорування тверджень протилежної сторони, широка можливість сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, визначати та використовувати у доказовій діяльності необхідні процесуальні засоби – фактичні дані та докази, що їх підтверджують [21].

Наведені погляди на засади змагального процесу відповідають стану цивільного процесуального законодавства, науковим поглядам, на які впливали відомі чинники того часу. Обсяг процесуальних дій по доказуванню, наведений вище, здебільшого, притаманний і змагальній, і інквізиційній формам судочинства.

Серед чисельних висновків про сутність змагального процесу найбільш обґрунтованою слід визнати характеристику змагального типу судочинства у підручнику "Порівняльне судове право", що був підготовлений у 1993 р. вченими кафедри правосуддя КНУ імені Тараса Шевченка, які розвивали напрямком порівняльного правознавства: "... змагальний тип характеризується тим, що сторони при кваліфікованій допомозі адвокатів самі займаються підготовкою справи до судового розгляду і вільно розпоряджаються фактичним матеріалом у процесі. Суд при цьому пасивний. Все залежить від зусиль і вміння сторін і їхніх адвокатів [22].

Оскільки даний висновок виник на підставі ґрунтовного дослідження змагального процесу іноземних держав, аналізу цивільного процесуального законодавства відповідних країн, а також наукових публікацій

зарубіжних вчених, він найбільш повно відображає сутність "суто" змагального процесу, яка полягає у наступному: активність сторін та пасивність суду у процесі доказування, що можливо лише за наявності кваліфікованої допомоги адвоката.

У дослідженнях, підготовлених останнім часом, до структурних елементів змагальної моделі цивільного судочинства різні вчені відносять абсолютно різні, іноді полярні аспекти, які на думку авторів є визначальними. В основному характеристики змагальної моделі судочинства, так само як і слідчої, пов'язують з розподілом обов'язків по доказуванню між суб'єктами цивільних процесуальних правовідносин. В більшості висновків акцент робиться на збиранні доказів особами, які беруть участь у справі в обґрунтування заявлених фактів або фактичних складів, що мають значення для правильного вирішення спору [23]. До збирання доказів додають також подання та дослідження доказів сторонами як ознаки, що характеризують змагальний процес [24]. Таким чином, саме збирання, подання та дослідження доказів сторонами, а також іншими особами, які беруть участь у справі, – той комплекс ознак, який складає уявлення про змагальний процес. Втім, у наукових джерелах зустрічаються й інші погляди на змагальний процес. Зокрема, як елементи змагальності виділяються можливість кожної з сторін спорити, змагатися, екзамінувати одне одного [25], активність заінтересованих осіб у захисті своїх прав та законних інтересів з самого початку процесу і до кінця, а також такий порядок здійснення правосуддя, при якому увесь матеріал, необхідний для правильного вирішення справи, формується виключно сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі [26]. Про те, що у виключно змагальному процесі тягар доказування повністю покладається на осіб, які беруть участь у справі, і насамперед, на позивача та відповідача, зазначають у своїх працях й інші процесуалісти [27].

Останні висновки в цілому співзвучні із вищевикладеними, оскільки активність юридично заінтересованих осіб, тобто осіб, які беруть участь у справі, у формуванні матеріалу по справі, як раз і включає такі дії як збирання, подання, дослідження доказів тощо.

Таким чином, автори наведених поглядів та висновків здебільшого схиляються до думки, що основу змагальної моделі складає виключна активність сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, оскільки саме вони є юридично заінтересованими у наслідках розгляду справи судом, в ухваленні сприятливого саме для них рішення. Разом з тим аналіз наукових та навчальних джерел також свідчить й про те, що у основу розуміння змісту змагальності моделі цивільного процесу окремі вчені покладають не роль сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, у процесі доказування, а саме роль суду у ньому і виділяють "принцип пасивної ролі суду у встановленні необхідних обставин, оскільки законом надається суду право робити висновки про обставини справи лише на підставі того, що буде вказано і підтверджено самими сторонами" [28], що "суд лише оцінює наданий сторонами матеріал, але сам ніяких фактичних матеріалів та доказів не збирає" [29]. З такими висновками погодитись досить складно, оскільки абсолютно очевидно, що і у змагальному процесі обов'язки суду у процесі доказування значно ширші, лише оцінюванням матеріалу, що надається особами, які беруть участь у справі, виконати завдання цивільного судочинства про справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд справи, захистити права, свободи чи інтереси (ст. 1 ЦПК), об'єктивно неможливо. Тому більш обґрунтованим, хоча й не повним, є висновок про

те, що "суд у змагальному процесі зайнятий в основному визначенням предмету доказування, дослідженням наданих доказів та їх оцінкою" [30]. Думається, що передчасним є також і висновок про те, що у сучасному змагальному цивільному процесі суд перестав бути інструментом, завдяки якому держава втручалась у відношення майнового характеру і тепер процес очищений від тих перекручень, які у свій час були внесені законодавцем з політичних, ідеологічних і тому подібних міркувань [31]. Така категоричність, як вже було зазначено на початку даного дослідження, має місце і в нашій країні. Зміни цивільного процесуального законодавства, які дали підставу вважати що процес став змагальним, а держава в особі суду перестала втручатись в приватно – правові відносини, торкнулись не усього цивільного процесу, а лише одного з видів цивільного судочинства, – позовного, причому і у справах позовного провадження "невтручання суду" не є абсолютним. У випадках, коли приміром сторона діє в процесі без правової допомоги кваліфікованого представника, досягти повної пасивності суду у процесі доказування складно. У справах же окремого провадження згідно ч. 2 ст. 235 ЦПК суд має повне право за власною ініціативою вистребувати необхідні докази. Більше того, у справах, зокрема, про визнання фізичної особи недієздатною та інших, суд зобов'язаний в порядку підготовки справ до судового розгляду здійснювати комплекс процесуальних дій по доказуванню без урахування думки осіб, які беруть участь у справі та без надходження клопотань з їх боку про вистребування доказів (ст. 239 та ін. ЦПК), як це вимагається ч. 5 ст. 130, ст. 137 ЦПК у справах позовного провадження. Саме на суд чинним ЦПК покладено обов'язок визначати чи є докази належними, допустимими та достатніми (ст. ст. 58, 59, 212 ЦПК), сприяти у вистребуванні доказів та викликати свідків (ч. 5 п. 6 ст. 130, ст. 137), визначати факти, які необхідно встановити для вирішення спору (п. 3 ч. 6 ст. 130), оформлювати судові доручення щодо збирання доказів (ст. 132), вирішувати питання про забезпечення доказів (ст. 133), призначати експертизи (ст. 143), досліджувати докази (ст. ст. 179, 180, 184, 185 та ін.), оцінювати докази (ст. 212) тощо, тому про абсолютну пасивність суду, яка очевидно передбачає лише функції спостерігача за процесом доказування, говорити немає підстав, тим паче що саме на суд законом покладається обов'язок ухвалити законне та обґрунтоване рішення (ст. 213 ЦПК), що зробити без відповідної активності уявляється сумнівним.

У даному контексті заслуговує на увагу аналіз Г.О. Аболоніна змагальної форми цивільного процесу США та ролі суду у ньому: "суд спрямовує свою увагу на здійснення контролю за дотриманням сторонами процесуальних правил судочинства – активні сторони, неупереджений суд"[32]. Уявляється, що таке бачення змагального судочинства є найбільш обґрунтованим і точним. Саме контроль та неупередженість, а не пасивність суду у процесі доказування у поєднанні з активністю сторін, яка підкріплюється належним рівнем правової допомоги, – ідеальні умови реалізації змагальної моделі судочинства.

Враховуючи вищевикладені аргументи думається, що виділяти принцип пасивної ролі суду у змагальному процесі нашої країни передчасно, так звана пасивність суду у процесі доказування має місце у "суто" змагальному процесі. У зв'язку з цим заслуговує на увагу висновок відомого українського процесуаліста М.Й. Штефана. Беручи до уваги особливості змагальних засад – новел у цивільному процесуальному законодавстві України, М.Й. Штефан обґрунтовано висловив думку про те, що змагальна форма процесу забезпечується

активним процесуальним становищем суду, який зобов'язаний надавати процесуальну допомогу особам, які беруть участь у справі, роз'яснити їх права та обов'язки, сприяти у здійсненні їх прав і за їх клопотанням сприяти у витребуванні доказів тощо [33]. Такий висновок не є безпідставним, адже українські реалії свідчать про те, що далеко не кожна особа, яка є стороною, третьою особою у справі, може дозволити собі діяти в процесі через представника, тому у цивільному процесі нашої країни роз'яснення судом, зокрема, змагальних прав, сприяння у витребуванні доказів тощо, – дійсно актуальні та важливі процесуальні дії. І навіть за умов, що суд ґрунтовно роз'яснив зазначені права, без достатньої юридичної підготовки і досвіду реалізувати змагальні права повною мірою уявляється неможливим. Тому вбачається правильним висновок про те, що "чиста" змагальність фактично не може обійтися без обов'язкової участі адвоката чи іншого професійного представника з боку кожного учасника спірних матеріальних правовідносин [34]. Та оскільки поки що таких умов в нашій країні не створено, запровадження змагальних засад у цивільне процесуальне законодавство потребує переконливої аргументації. Проблеми, пов'язані з правовою допомогою у суді, а отже, й з реалізацією змагальних прав, є предметом дискусій як теоретиків, так і практиків. Зокрема, на IX з'їзді суддів було зазначено, що судова реформа, яка розпочалась і внаслідок якої було прийнято і набрали чинності чимало законодавчих актів, метою розробки яких очевидно було удосконалення існуючих законів з метою найбільш якісного захисту прав, свобод та інтересів фізичних, юридичних осіб та інтересів держави в цілому, на жаль, не призвела до тієї мети, яка була продекларована у вказаних актах. Внаслідок чого судді наполягають на необхідності проведення суспільно орієнтованої судової реформи як одного з чинників створення справедливого і законного правосуддя. При цьому важливо щоб ця реформа була науково обґрунтованою, продуманою, такою, що здійснюється в інтересах правосуддя і суспільства [35].

Таким чином, аналіз висновків та поглядів на роль суду у змагальному процесі, а також цивільного процесуального законодавства, дозволяє зробити наступний висновок: 1) обсяг прав та обов'язків суду як обов'язкового суб'єкту цивільних процесуальних правовідносин, по встановленню фактичних обставин справи, також визначає характер процесу і дає можливість віднести його до певної форми, моделі тощо; 2) враховуючи ту обставину, що у виключно змагальному процесі суд є пасивним спостерігачем за змаганням кваліфікованих адвокатів, арбітром, говорити про те, що цивільний процес України став змагальним, передчасно; 3) "суто" змагальний тип (форма, модель) цивільного судочинства – це така побудова процесу розгляду та вирішення цивільних справ, при якій сторони та інші особи, які беруть участь у справі при кваліфікованій допомозі представників вільно, на свій розсуд здійснюють доказову діяльність в обґрунтування своїх вимог чи заперечень. Суд, зберігаючи неупередженість, контролює процес доказування.

У контексті даного дослідження виникає також питання про те, чи доцільно наповнювати сучасне цивільне судочинство елементами, які характеризують суто змагальний процес? У наукових джерелах все частіше висловлюється точка зору, що змагальність знаходить повне виправдання свого призначення у цивільному процесі при розгляді приватноправових спорів [36]. Разом з тим, вже з урахуванням проблем судової практики, до яких призводять змагальні новели цивільного процесуального законодавства, дослідники проблем

доказування у Російській Федерації обґрунтовано зазначають, що багатьма вченими і практиками вдалося зупинити у 90-х роках минулого століття зайвий ухил у розвитку цивільного процесуального законодавства в бік чистої змагальності [37], тобто приходить розуміння того, що іще не створені умови для реалізації чистої змагальності, тієї, яка існує в багатьох розвинених країнах, зокрема, у країнах англо-саксонської системи права. Більше того, і європейськими юристами все частіше висловлюється думка про те, що змагальна система примитивна і часто несправедлива, що змагальні принципи перетворюються у змагання між талановитими адвокатами, правда в результаті лишається задушеною, а система, в якій робиться ухил на роботу професіоналів – суддів є більш неупередженою, більш справедливою [38].

Таким чином, навіть у країнах, в яких розвинена адвокатська практика та адвокатська допомога, у яких більша кількість населення можуть скористуватися нею, виключно змагальна модель цивільного судочинства не визнається ідеальною. Тим більше не може бути визнаний "суто" змагальний процес прийнятним для нашої країни з урахуванням реалій сьогодення. Сьогодні необхідним є досягнення балансу змагальних та слідчих засад, при якому інтереси сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, гармонійно поєднуються би із свободою суду у дослідженні фактичних обставин справи. Таким балансом характеризується змішана модель цивільного судочинства, при якій розподіл тягара доказування в тій чи іншій мірі відбувається між судом та особами, які беруть участь у справі [39]. Законність та обґрунтованість судового рішення, захист прав, свобод та інтересів не повинні залежати від досвідченості, здібностей, матеріального становища та інших якостей сторони, і змішана модель цьому сприяє.

Висновки.

1. Тип (форму, модель) цивільного судочинства певної країни визначають особливості процесу доказування, серед яких основна, – розподіл обов'язків по доказуванню між судом, сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі..

2. Сутність та структуру слідчої моделі цивільного процесу складають наступні характерні ознаки: 1) суд визначає межі, порядок та інші параметри доказування; 2) на суд покладається обов'язок збирати та готувати необхідний фактичний матеріал; 3) будучи "куратором" доказування, суд має право вказувати особам, які беруть участь у справі, на докази, що підтверджують вимоги чи заперечення; 4) зумовлена вказаними чинниками відносна пасивність сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, у доказуванні обставин справи.

3. Суто змагальний тип (форма, модель) цивільного судочинства – це така побудова процесу розгляду та вирішення цивільних справ, при якій сторони та інші особи, які беруть участь у справі при кваліфікованій допомозі представників вільно, на власний розсуд здійснюють доказову діяльність в обґрунтування своїх вимог чи заперечень. Суд, зберігаючи неупередженість, контролює процес доказування.

4. Враховуючи, що у виключно змагальному процесі суд є пасивним спостерігачем за змаганням кваліфікованих адвокатів, арбітром, говорити про те, що цивільний процес України став змагальним, передчасно. Скупність норм ЦПК, що регулюють процес доказування, а також судової практики свідчать про те, що тип (форму) цивільного процесу України визнати однозначно змагальним чи виключно слідчим не можна. Характер доказування поки що свідчить про наявність змагальних

та слідчих засад у сукупності, що прийнято називати змішаною моделлю процесу.

5. Змагального характеру поступово набуває лише позовне провадження, у справах окремого провадження зберігся слідчий характер процесу, оскільки велика кількість справ, що розглядаються в даному порядку, стосуються захисту прав, свобод та інтересів неповнолітніх, осіб, щодо яких вирішується питання про визнання їх недієздатними, обмежено дієздатними тощо, а також державних інтересів, тому законодавець абсолютно виправдано передбачив право суду витребувати докази за власною ініціативою (ч. 2 ст. 235 ЦПК). Що стосується справ наказного провадження, які вирішуються без залучення осіб, які беруть участь у справі, на підставі доказів, що додаються до заяви, то про змагальну форму говорити не доводиться враховуючи вищевведені висновки про сутність змагального процесу.

6. Змагальні засади цивільного судочинства витікають із самої сутності цивільного процесу, в якому вирішуються здебільшого справи приватноправового характеру. Там, де є приватноправовий спір і, відповідно, його суб'єкти, змагальність має місце завжди, навіть якщо її не реалізується у тій мірі, на яку заслуговує. Незалежно від того, які риси має цивільне судочинство тієї чи іншої країни, – більше змагальні чи слідчі, змагальність (у "Новому тлумачному словнику української мови" "змагальність" тлумачиться як "намагатися перемогти когось у чомусь; боротися...") [40] має місце завжди. Тому поділ форм цивільного судочинства відповідних країн на змагальну та слідчу є достатньо умовним.

7. Прагнення до змагальної моделі цивільного процесу повинно визначатися ефективністю правосуддя. Запровадження положень, які характеризують змагальну форму, потребує переконливої аргументації з точки зору можливості їх реалізації сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі, і, насамперед, можливості діяти в процесі через кваліфікованого представника, підвищення якості цивільного судочинства, ухвалення законних та обґрунтованих судових рішень.

8. Розвиток цивільного процесуального законодавства необхідно спрямовувати у такий спосіб, щоб норми, які регламентують процес доказування, сприяли співпраці суду та інших учасників процесу, максимальній активності сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, забезпечували прояв свавілля з боку суду. При визначенні міри такого співвідношення необхідно враховувати проблеми судової практики.

1. Цивільний процес України: академічний курс: за ред. С.Я. Фурси. – К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2009. – С. 98 (848); 2. Фурсов Д.А., Харламова І.В. Теория правосудия в кратком трехтомном изложении по гражданским делам. Том второй: Гражданское судопроизводство как форма отправления правосудия. – М.: Статут, 2009. – С. 83 (599); 3. Проблемы науки гражданского процессуального права / В.В. Комаров, В.А. Бигун, В.В. Баранкова; Под ред. проф. В.В. Комарова. – Харьков: Право, 2002. – С. 154 (440); 4. Коваленко А.Г. Институт доказывания в гражданском и арбитражном судопроизводстве. – М.: Издательство НОРМА, 2002. – С. 12-13 (208); 5. Гражданское процессуальное право США: монография / Г.О. Аболонин. – М.: Волтерс Клувер, 2010. – С. 55 (432); Гражданский процесс: учебник для студентов вузов / О.А. Егорова и др.; под ред. Н.А. Коршунова. – М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. – С. 28 (431); 6. Коваленко А.Г. Институт доказывания в гражданском и арбитражном судопроизводстве. – М.: Издательство НОРМА, 2002. – С. 12-13 (208); 7. Курс гражданского процесса: учебник / В.В. Комаров, В.А. Бигун, В.В. Баранкова та ін.; за ред. В.В. Комарова. – Х.: Право, 2011. – С. 189 (1352); 8. Гражданский процесс: учебник для студентов вузов / О.А. Егорова и др.; под ред. Н.А. Коршунова. – М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. – С. 28 (431); 9. Проблемы науки гражданского процессуального права / В.В. Комаров, В.А. Бигун, В.В. Баранкова; Под ред. проф. В.В. Комарова. – Харьков: Право, 2002. – С. 16 (440); 10. Див.: Малышев К.И. Курс гражданского судопроизводства. Т. 1., 2-е изд., СПб, 1876 (извлечения) // Гражданский процесс. Хрестоматия: Учебное пособие. 2-е изд., перераб. и доп. / Под ред.

проф. М.К. Треушникова. М.: ОАО: "Издательский Дом "Городец", 2005. – С. 208 (896); Васковский Е.В. Учебник гражданского процесса / Под ред. и с предисловием В.А. Томсинова. – М.: Издательство "Зерцало", 2003. – С. 101 (464); 11. Зокрема, див.: Гражданский процесс: учебник для студентов вузов / О.А. Егорова и др.; под ред. Н.А. Коршунова. – М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. – С. 28 (431); 12. Аболонин Г.О. Гражданское процессуальное право США: монография / Г.О. Аболонин. – М.: Волтерс Клувер, 2010. – С. 59 (432); 13. Див.: Гражданское процессуальное право: учебник для бакалавров / С.Ф. Афанасьев, А.И. Зайцев. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Издательство Юрайт, 2011. – С. 184 (602); 14. Малышев К.И. Курс гражданского судопроизводства. Т. 1., 2-е изд., СПб, 1876 (извлечения) // Гражданский процесс. Хрестоматия: Учебное пособие. 2-е изд., перераб. и доп. / Под ред. проф. М.К. Треушникова. М.: ОАО: "Издательский Дом "Городец", 2005. – С. 208 (896); 15. Яблочков Т.М. Учебник русского гражданского судопроизводства. – Ярославль, 1912. (Извлечения) // Гражданский процесс. Хрестоматия: Учебное пособие. 2-е изд., перераб. и доп. / Под ред. проф. М.К. Треушникова. М.: ОАО: "Издательский Дом "Городец", 2005. – С. 210-211 (896); 16. Васковский Е.В. Учебник гражданского процесса 1917 г. / Под ред. и с предисловием В.А. Томсинова. – М.: Издательство "Зерцало", 2003. – С. 109(464); 17. Васковский Е.В. Учебник гражданского процесса / Под ред. и с предисловием В.А. Томсинова. – М.: Издательство "Зерцало", 2003. – С. 101(464); 18. Гольмстен А.Х. Учебник русского гражданского судопроизводства. 5-е изд., СПб, 1913 (Извлечения) // Гражданский процесс. Хрестоматия: Учебное пособие. 2-е изд., перераб. и доп. / Под ред. проф. М.К. Треушникова. М.: ОАО: "Издательский Дом "Городец", 2005. – С. 214 (896); 19. Цивильний процесуальний кодекс Української РСР від 11 вересня 1929 р. (Офіційний текст із змінами станом на 1 березня 1958 р.). Державне видавництво політичної літератури УРСР. – Київ, 1958. – 130 с.; 20. Советский гражданский процесс / Под общ. ред. С.Ю. Каца, Л.Я. Носко. – К.: "Вища школа", 1982. – С. 33 (423); 21. Гражданское процессуальное право Украинской ССР / М.И. Штефан, Е.Г. Дрижчаная, Л.К. Радзиевская и др. – К.: Вища шк. Изд-во при Киев. Ун-те, 1989. – С. 26 (320); 22. Порівняльне судове право: Підручник / М.М. Михеєнко, В.В. Молдован, Л.К. Радзівська. – К.: Либідь, 1993. – С. 160 (328); 23. Фурсов Д.А., Харламова І.В. Теория правосудия в кратком трехтомном изложении по гражданским делам. Том второй: Гражданское судопроизводство как форма отправления правосудия. – М.: Статут, 2009. – С. 377 (599); 24. Гражданский процесс: учебник для студентов вузов / О.А. Егорова и др.; под ред. Н.А. Коршунова. – М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. – С. 28 (431); Проблемы науки гражданского процессуального права / В.В. Комаров, В.А. Бигун, В.В. Баранкова; Под ред. проф. В.В. Комарова. – Харьков: Право, 2002. – С. 159 (440); Решетникова И.В. Доказывание в гражданском процессе: учеб.-практ. пособие / И.В. Решетникова. – М.: Издательство Юрайт; ИД Юрайт, 2011. – С. 122 (503); 25. Коваленко А.Г. Институт доказывания в гражданском и арбитражном судопроизводстве. – М.: Издательство НОРМА, 2002. – С. 12-13 (208); 26. Гражданский процесс: учебник / А.А. Власов. – 4-е изд., перераб. и доп. – М.: Издательство Юрайт, 2011. – С. 69 (548); 27. Гражданское процессуальное право: учебник для бакалавров / С.Ф. Афанасьев, А.И. Зайцев. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Издательство Юрайт, 2011. – С. 184 (602); 28. Проблемы науки гражданского процессуального права / В.В. Комаров, В.А. Бигун, В.В. Баранкова; Под ред. проф. В.В. Комарова. – Харьков: Право, 2002. – С. 16 (440); 29. Проблемы науки гражданского процессуального права / В.В. Комаров, В.А. Бигун, В.В. Баранкова; Под ред. проф. В.В. Комарова. – Харьков: Право, 2002. – С. 159 (440); Позовне провадження: монографія / В.В. Комаров, Д.Д. Луспенник, П.І. Радченко та ін.; за ред. В.В. Комарова. – Х.: Право, 2011. – С. 339 (552); 30. Гражданский процесс: учебник / А.А. Власов. – 4-е изд., перераб. и доп. – М.: Издательство Юрайт, 2011. – С. 69 (548); 31. Скитович В.В. Концепция судебного права: опыт критического переосмысления // Проблемные вопросы гражданского и арбитражного процессов / Под ред. Л.Ф. Леснищук, М.А. Рожковой. – М.: Статут, 2008. – С. 17 (508); 32. Аболонин Г.О. Гражданское процессуальное право США: монография / Г.О. Аболонин. – М.: Волтерс Клувер, 2010. – С. 59 (432); 33. Штефан М.И. Цивильний процес: Підручник для студ. юрид. спеціальностей вищих закладів освіти. – Вид. 2-ге, перероб. и доп. – К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 2001. – С. 41 (696); 34. Воронов А.В. Принципы гражданского процесса: прошлое, настоящее, будущее. – М.: Издательский Дом "Городец", 2009. – С. 379 (496); 35. Онопенко В. Виступ на IX з'їзді суддів України // Вісник Верховного Суду України № 12 (100) 2008 – С. 3. (48); 36. Зокрема, див.: Фурсов Д.А., Харламова І.В. Теория правосудия в кратком трехтомном изложении по гражданским делам. Том второй: Гражданское судопроизводство как форма отправления правосудия. – М.: Статут, 2009. – С. 366 (599); 37. Воронов А.В. Принципы гражданского процесса: прошлое, настоящее, будущее. – М.: Издательский Дом "Городец", 2009. – С. 359 (496); 38. Коваленко А.Г. Институт доказывания в гражданском и арбитражном судопроизводстве. – М.: Издательство НОРМА, 2002. – С. 12-13 (208); 39. Гражданское процессуальное право: учебник / С.Ф. Афанасьев, А.И. Зайцев. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Издательство Юрайт, 2011. – С. 184 (602); 40. (Новий тлумачний словник української мови у 4-х томах. Том 2. – Київ, "Аконіт", 1999. – С. 156 (910).

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ВІДПОВІДНОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ СМЕРТНОЇ КАРИ В УКРАЇНІ ІЇ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИМ ЗОБОВ'ЯЗАННЯМ

Стаття присвячена аналізу правомірності призначення покарання у виді смертної кари з точки зору міжнародно-правових зобов'язань України.

Ключові слова: міжнародний, договір, смертна кара.

Статья посвящена анализу правомочности применения наказания в виде смертной казни с точки зрения международно-правовых обязательств Украины.

Ключевые слова: международный, договор, смертная казнь.

The article analyzes the legality of the use of punishment by death from the perspective of international obligations of Ukraine.

Key words: international, contract, death penalty.

Завершальним етапом процесу ліквідації в правовій системі України покарання у виді смертної кари стало визнання Конституційним Судом України в рішенні від 29.12.1999 року № 11-рп/99 [7] положення статті 24 Загальної частини та положення санкцій статей Особливої частини Кримінального кодексу України 1960 року (далі – КК України 1960 року), які передбачали смертну кару як вид покарання, такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними) та внесення відповідних змін до КК України 1960 року Законом України від 22.02.2000 року № 1483-III [3], яким в усіх положеннях Кодексу смертну кару як вид покарання було замінено довічним позбавленням волі.

Такий порядок ліквідації покарання у виді смертної кари поставив перед правовою системою держави в цілому ряд запитань щодо застосування смертної кари. Одним з таких було питання про можливість застосування замість смертної кари покарання у виді строкового позбавлення волі, яке було негативно вирішене Конституційним судом України в рішенні від 26 січня 2011 року № 1-рп/2011 [9].

Однак невирішеним залишилось не менш важливе питання, а саме щодо правомірності застосування покарання у виді смертної кари взагалі з огляду на відповідні міжнародно-правові зобов'язання України, які існували з моменту підписання 05.05.1997 року від імені України Протоколу № 6 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, який стосується скасування смертної кари [6] (далі – Протокол № 6). Поглиблене розкриття змісту окресленого питання та пошук відповіді на нього становлять **мету цього наукового дослідження**.

Підписання міжнародного договору як форма попередньої згоди держави на обов'язковість для неї договору, що передусє ратифікації, не надає договору сили закону, однак все ж викликає важливі юридичні наслідки, серед яких є обов'язок держави утриматись від дій, що позбавили б договір його об'єкту й мети [11, с.213]. В міжнародному праві мають місце приклади визнання приписів лише підписаного і ще нератифікованого договору, зобов'язаннями держави-підписанта договору. Зокрема, вдалий приклад наводить М.О. Баймуратов, а саме 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 мос – 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 передусє ратифікації, може означати порушення її зобов'язань за договором [11, 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 зобо-

в'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" [4];

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* [5] (далі – Віденські конвенції).

Отже, завдяки нормативним приписам Віденських конвенцій підписання міжнародного договору породжує міжнародно-правові зобов'язання, однак проблемним залишається питання конкретного змісту таких зобов'язань, оскільки в положеннях міжнародного права відсутні чіткі критерії того, які саме дії для певного договору можуть визнаватись такими, що позбавляють його об'єкту й мети. Вирішення цього питання вочевидь залежить від змісту міжнародних зобов'язань, передбачених підписаним договором.

Однак, що стосується зобов'язань держав-підписантів за Протоколом №6, то їх зміст може бути зведений до наступного: припинити виконання вироків відносно засуджених до смертної кари; припинити призначати покарання у виді смертної кари та скасувати смертну кару як вид покарання у правовій системі держави. Відповідно, можна припустити, що протилежні дії, можуть розцінюватись як такі, що позбавляють Протокол № 6 його об'єкту й мети. Отже, закономірно постає питання, чи можна до дій, які позбавляють Протокол № 6 його об'єкту й мети, віднести саме призначення покарання у виді смертної кари, оскільки згідно зі ст.1 цього Протоколу: "Нікого не може бути засуджено до такого покарання ..." [6].

Певні орієнтири для відповіді на це питання можна знайти в положеннях Ухвали Конституційного суду Російської Федерації від 19.11.2009 р. № 1344-0-Р (далі – Ухвала), де проведений аналіз правових наслідків підписання Російською Федерацією Протоколу № 6. Зокрема, на рівні загальної оцінки юридичної сили підписаного Протоколу № 6 в абз.2 п.6 мотивувальної частини Ухвали вказано: "Оскільки Протокол №6 до цього часу не ратифікований, він як такий не може розглядатися 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" [10].

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'єкту 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'єкту та мети, до тих пір, 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** (виділення моє – М.К.). 5. Виконання зобов'язання не позбавляти Протокол № 6 – як підписаний, але не ратифікований міжнародний договір – його об'єкту та мети покладається на державу в цілому. Якщо органи, що представляють когось 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 вирoki... Винесення судами смертних вироків (а тим більше їх виконання) могло б становити собою порушення Росією її зобов'язань за статтею 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" [10].

В ракурсі досліджуваного нами питання, наведений зміст Ухвали дозволяє відмітити декілька принципово важливих позицій Конституційного Суду Російської Федерації щодо юридичної сили підписаного і ще нератифікованого Протоколу № 6: 1) Протокол № 6 як нератифікований, не розглядається в якості нормативного правового акту, який безпосередньо скасовує в Російській Федерації смертну кару; 2) в силу вимог статті 18 Віденської конвенції про право міжнародних договорів саме підписання Протоколу №6 покладає на Російську Федерацію міжнародно-правове зобов'язання не застосовувати смертну кару, тобто **не призначати її і не виконувати смертні вирoki**.

Вищевикладене дозволяє зробити наступні висновки:

1. Завдяки приписам Віденських конвенцій, які мають нормативний характер, у держави-підписанта з'являється міжнародно-правовий обов'язок не вчиняти дій, що позбавляють підписаний міжнародний договір його об'єкту й мети, які й визначають зміст зобов'язань, встановлених Віденськими конвенціями.

2. Нормативні приписи наведених вище Віденських конвенцій не дозволяють конкретизувати дії держави, які вона зобов'язана вчинити чи від вчинення яких зобов'язана утриматись, аби не позбавляти підписаний нею договір його об'єкту та мети. Однак конкретність змісту вимог, передбачених в ст.1 Протоколу № 6, дозволяє припустити, що такою дією може бути призначення покарання у виді смертної кари після підписання Протоколу.

3. Враховуючи викладену вище позицію Конституційного Суду Російської Федерації, а також єдність вимог Протоколу № 6 для всіх держав-підписантів, об'ґрунтовано можна припустити, що і на Україну, як державу-підписанта, в період з моменту підписання 05.05.1997 року і до ратифікації 22.02.2000 року [2] Протоколу № 6, покладался обов'язок утриматись від вчинення дій, що позбавляють його об'єкту та мети. Однак, виконання цього обов'язку потребувало коригування діяльності правозастосовних органів в напрямку виконання вимог Протоколу № 6 (про незастосування смертної кари), що було неможливо через відсутність в законодавстві України як на той час, так і зараз необхідного для цього спеціального правового механізму, на протипагу нормативним приписам Конституції України, а саме: п.22 ч.1 ст.92: "діяння, які є злочинами та відповідальність за них визначається виключно законами України", та ч.2 ст.19: "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" [1], які не передбачають можливості безпосереднього виконання вимог лише підписаного і нератифікованого міжнародного акту.

4. Правовий механізм, який дозволив би після підписання міжнародного договору виконувати зобов'язання, що випливають з такого договору, міг би бути закріплений в Законі України "Про міжнародні договори України" і повинен передбачати:

– чіткі орієнтири, що дозволили б з'ясувати, які подальші, після підписання міжнародного договору, дії позбавляють цей договір його об'єкту та мети, від вчинення яких повинні утримуватись органи державної влади [12];

– правові підстави для коригування поведінки органів державної влади, що дозволили б їм не виконувати приписи національного законодавства, які безпосередньо суперечать зобов'язанням за підписаним міжнародним договором.

Створення таких правових підстав потребує введення в національне законодавство механізму зупинення дії нормативних положень законодавства, що суперечать змісту міжнародних зобов'язань, передбачених підписаним міжнародним договором, на період з моменту підписання міжнародного договору до його ратифікації або відмови від ратифікації. Таке зупинення дії нормативних положень законодавства не позбавляло б їх чинності, а лише дозволяло б не застосовувати їх у правозастосовній діяльності, як такі, що тимчасово не діють. Цей підхід цілком відповідав би встановленій ст.94 Конституції України та розтлумаченій Конституційним Судом України законотворчій процедурі, особливість якої полягає в тому, що закони чи окремі їх положення можуть вводитися в дію після дня набрання ними чинності [8], оскільки дія закону є самостійною характеристикою його юридичної сили, яка може бути відсутньою в період чинності закону. Таким чином, до моменту ратифікації, дія норм національного законодавства, зміст яких суперечить вимогам міжнародного договору, зупинялася б, а законом про ратифікацію національне законодавство шляхом внесення змін приводилося б у відповідність до вимог ратифікованого міжнародного договору.

5. З моменту підписання і до ратифікації Україною Протоколу № 6 правозастосовні органи України, щодо призначення покарання у виді смертної кари, діяли в ситуації, коли, з одного боку, в законодавстві України був відсутній окреслений вище механізм, який дозволив би врахувати і безпосередньо виконати вимоги підписаного Протоколу № 6, тому змушені були виконувати вимоги національного законодавства, яке на момент підписання цього договору містило положення, що суперечили Протоколу №6, з іншого боку, Україна зобов'язана була утриматись від дій, які позбавляли Протокол № 6 його об'єкту та мети.

6. Ратифікація Україною Протоколу № 6 після його підписання у повному обсязі, без будь-яких виключень і застережень, виступає додатковим аргументом на користь того, що вже з моменту його підписання Україна взяла на себе всі зобов'язання, які утворюють зміст об'єкту та мети Протоколу № 6. Відповідно закономірно постає питання про правомірність самого призначення судами України покарання у виді смертної кари в період після підписання Протоколу № 6.

7. Враховуючи те, що і саме покарання у виді смертної кари, і випадки та порядок його застосування, передбачалися КК України 1960 року, правомірність його застосування повинна оцінюватись виключно в межах з'ясування можливої переваги приписів Віденських конвенцій, зміст яких визначається вимогами підписаного і нератифікованого Протоколу № 6, над положеннями КК України 1960 року, що може бути здійснено виключно Конституційним Судом України.

1. Конституція України від 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141. 2. Закон України "Про ратифікацію Протоколу N 6 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, який стосується скасування смертної кари" від 22.02.2000 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 13. – Ст.111. 3. Закон України "Про внесення змін до Кримінального, Кримінально-процесуального та Виправно-трудоного кодексів України" від 22.02.2000 року № 1483-III // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 17. – Ст.123. 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. 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> 6. Протокол № 6 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, який стосується скасування смертної кари // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України / Законодавство України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://portal.rada.gov.ua> 7. Рішення Конституційного Суду України від 29.12.1999 року № 11-рп/99 у справі за конституційним поданням 51 народного депута-

та України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статей 24, 58, 59, 60, 93, 190-1 Кримінального кодексу України в частині, що передбачає смертну кару як вид покарання (справа про смертну кару) // Офіційний вісник України. – 2000 р. – № 4. – Стор. 114. – Стаття 126. 8. Рішення Конституційного Суду України від 6 жовтня 2010 року № 21-рп/2010 у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень законів України "Про засади запобігання та протидії корупції", "Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень", "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення" (справа про корупційні правопорушення та введення в дію антикорупційних законів) // Офіційний вісник України. – 2010. – № 80. – Стор. 88. – Стаття 2835. 9. Рішення Конституційного суду України від 26 січня 2011 року № 1-рп/2011 у справі за конституційним поданням Верховного Суду України та за конституційним зверненням громадянина Савчука Миколи Миколайовича про офіційне тлумачення положень Кримінального кодексу України 1960 року із змінами, внесеними Законом України "Про внесення змін до Кримінального, Кримінально-процесуального та Виправно-трудоного кодексів України" від 22 лютого 2000 року № 1483-III, щодо їх дії в часі у взаємозв'язку із положеннями статті 8, частини першої статті 58, пункту 22 частини першої статті 92, частини другої статті 152, пункту 1 розділу XV "Перехідні положення" Конституції України, статті 73 Закону України "Про Конституційний Суд України", частини другої статті 4, частин першої, третьої, четвертої статті 5, частини третьої статті 74 Кримінального кодексу України 2001 року (справа про заміну смертної кари довічним позбавленням волі) // Офіційний вісник України. – 2011. – № 10. – Стор. 102. – Стаття 471. 10. 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 Кодекса РСФСР об административных правонарушениях" // "Собрание законодательства РФ". – 30.11.2009. – №48. – Ст.5867. 11. Баймуратов М.О. Міжнародне публічне право. – Х.: Одиссей, 2008. – 704 с. 12. Куцевич М.П. Окремі аспекти виникнення міжнародно-правових зобов'язань держави з міжнародних договорів у сфері кримінального права // Вісник Вищої ради юстиції. – №4 (8). – 2011. – С.145 – 154.

Надійшла до редколегії 14.12.11

УДК 342

Д. Скірта, асп.

СИСТЕМА ДЕРЖАВНОГО ФІНАНСОВОГО КОНТРОЛЮ У СФЕРІ ДЕРЖАВНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ ЄС: ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ ТА ОСНОВНІ ДЖЕРЕЛА

У статті здійснюється ретроспективне дослідження становлення та розвитку системи правового регулювання державного фінансового контролю Європейського союзу у сфері державних закупівель. Розглянуто велику кількість директив та інших комунітарних нормативно-правових джерел Європейського союзу, що регулюють відповідну сферу правовідносин. Проведено науково-практичний аналіз умов їх прийняття та практики застосування. Зосереджено увагу на основоположних принципах, досвіді та проблемах, що супроводжували розвиток відповідної правової системи у Європейському союзі. Запропоновано необхідні кроки для вдосконалення та розвитку системи правового регулювання державного фінансового контролю у сфері державних закупівель в Україні.

Ключові слова: державний фінансовий контроль ЄС, державні закупівелі ЄС, історія державного фінансового контролю ЄС, джерела державного фінансового контролю ЄС, директиви ЄС.

В статье осуществляется ретроспективное исследование становления и развития системы правового регулирования государственного финансового контроля Европейского союза в сфере государственных закупок. Рассмотрены множество директив и других коммунитарных нормативно-правовых источников Европейского союза, регулирующие соответствующую сферу правоотношений. Проведен научно-практический анализ условий их принятия и практики применения. Сосредоточено внимание на основополагающих принципах, опыте и проблемах, которые сопровождали развитие соответствующей правовой системы в Европейском союзе. Предложены необходимые шаги для совершенствования и развития системы правового регулирования государственного финансового контроля в сфере государственных закупок в Украине.

Ключевые слова: государственный финансовый контроль ЕС, государственные закупки ЕС, история государственного финансового контроля ЕС, источники государственного контроля ЕС, директивы ЕС.

The article is carried out a retrospective study of the formation and development of the legal regulation of state financial control of public procurement in the European Union. We consider the set of directives and other communitarian legal sources of the European Union to regulate the respective spheres of legal relations. Held a scientific and practical analysis of the conditions of their adoption and practice. Focused attention on the fundamental principles, experiences and challenges that have accompanied the development of appropriate legal framework in the European Union. We propose the necessary steps to improve and develop the system of legal regulation of state financial control of public procurement in Ukraine.

Keywords: EU's state financial control system, EU's public procurement, the history of the state financial control in the EU, sources state control of the EU, the EU's Directives.

Досвід двох останніх десятиліть розвитку правового інституту державного фінансового контролю у сфері державних закупівель засвідчив, що в Україні відсутнє

чітке бачення шляху реформування цього правового інституту, немає формально або неформально прийнятої моделі його послідовного розвитку та вдосконален-

ня. Зазначена проблема особливо проявляється у численних кардинальних змінах відповідного законодавства, які часто змінюють основоположні принципи зазначеної сфери правовідносин, в залежності від політично-управлінських інтересів відбуваються постійні зміни суб'єктів, що здійснюють відповідний контроль, їх повноважень тощо. Все це призводить до стагнації сталого розвитку цієї сфери суспільних відносин, відсутності ефективного механізму фінансового контролю за витрачанням публічних фондів коштів, і все це відбувається у час, коли збереження обмежених фінансових ресурсів держави (в умовах світової економічної кризи та стагнації) є як ніколи актуальним політичним та соціальним завданням.

На шляху до реформування та розвитку правової системи державного фінансового контролю у сфері державних закупівель в Україні, беззаперечним, на нашу думку, є доцільність дослідження досвіду інших держав, які вже пройшли відповідний шлях та мають історично перевірений та виважений механізм правового регулювання у цій сфері. Врахування досвіду таких держав допоможе швидшому поступальному розвитку національного законодавства та державних інститутів без повторень вже пройдених помилок.

Враховуючи євроантантичні прагнення української державності, інтеграційні процеси наших правових систем, близькі соціально-культурні цінності, історичні, політичні, економічні та інші умови, актуальним та важливим, на наше переконання, є аналіз досвіду Європейського союзу у побудові ефективної системи державного фінансового контролю у сфері державних закупівель. Для подальшого ґрунтовного аналізу європейської системи державного фінансового контролю у сфері державних закупівель, необхідно, перш за все, дослідити та чітко розуміти історію становлення механізму правового регулювання в сфері державних закупівель та фінансового контролю за їх здійсненням на теренах Європейського Співтовариства.

Історія становлення у Європейському союзі сучасного механізму правового регулювання державного фінансового контролю у сфері державних закупівель має своїм початком Римський Договір (англ. Treaties of Rome, нім. Römische Verträge) від 25 березня 1957 року, у якому були закріплені основоположні принципи, які застосовуються до державних контрактів в ЄС, незалежно від їх вартості: принцип недискримінації на підставі національності (стаття 12); принцип вільного руху товарів та заборони кількісних обмежень імпорту та експорту, а також еквівалентних їм заходів (еквівалентним до кількісних обмежень заходом вважається будь-який захід, який може перешкоджати торгівлі всередині Європейського Співтовариства) (стаття 28 та далі); принцип свободи заснування (стаття 43 та далі); принцип свободи надання послуг (стаття 49 та далі) [16, с. 10]. Норми Договору забороняють нечесну практику, однак, вони не встановлюють жодних позитивних зобов'язань щодо забезпечення прозорості та конкурентності конкурсних процедур у сфері державних закупівель. Відмінності між національними нормами права помножені на відсутність будь-якого зобов'язання відкрити сферу державних закупівель для конкуренції сприяли тому, що національні ринки довгий час залишалися закритими для конкурентів з інших держав – членів. З метою створення прозорого ринку державних закупівель на всій території Європейського Співтовариства було прийнято чотири **Директиви**:

1. Директива Ради 92/50/ЕЕС від 18 червня 1992 року стосовно координації процедур щодо укладення контрактів у сфері державних закупівель послуг [4];

2. Директива Ради 93/36/ЕЕС від 14 червня 1993 р. стосовно координації процедур щодо укладення контрактів у сфері державних закупівель товарів [5];

3. Директива Ради 93/37/ЕЕС від 14 червня 1993 р. стосовно координації процедур щодо укладення контрактів у сфері державних закупівель робіт [6];

4. Директива Ради 93/38/ЕЕС від 14 червня 1993 р. стосовно координації процедур щодо укладення контрактів у сфері державних закупівель із постачальниками води, енергії, транспортними та телекомунікаційними фірмами [7].

З метою гармонізації процедури перегляду контрактів щодо державних закупівель були прийняті ще дві Директиви:

Директива Ради 89/665/ЕЕС від 21 грудня 1989 року щодо процедури перегляду контрактів на державні закупівлі товарів, робіт та послуг [8];

Директива Ради 92/13/ЕЕС від 25 лютого 1992 року про процедури перегляду контрактів у сферах водо- та енергопостачання, транспорту та телекомунікацій [9].

Варто зауважити, що директиви Ради ЄС є обов'язковими для кожної Держави – члена щодо результатів, які мають бути досягнуті, залишаючи при цьому право вибору форм і методів національним владним органам (ст. 249 Римського Договору про заснування ЄС) [1]. Держави – члени зобов'язані прийняти та втілити всі заходи, які є необхідними для приведення їх національного законодавства у відповідність із нормами директиви. У випадку, коли строк, встановлений для трансформації директиви у національне законодавство, закінчився, держава – член не може посилається на невиконання формальних вимог щодо такої трансформації, а положення директиви у такому випадку можуть мати пряме застосування [17, с. 12]. Директиви про держзакупівлі повністю або частково не поширювалися на значну кількість контрактів, вартість яких була нижчою за встановлені межі [2]. Такі контракти створювали істотні можливості для підприємств на внутрішньому рівні, зокрема для малих та середніх підприємств та компаній, що лише розпочинали свою діяльність. Водночас такі контракти в багатьох випадках укладалися з місцевими постачальниками без будь-якої конкуренції. Підготовка тендерної документації не є легкою справою, особливо якщо вона має бути здійснена іноземною мовою. Також досить важко призвичаїтись до різних ментальностей та культури роботи в інших державах – членах. Зважаючи на свою високу вартість, окремі контракти є дуже привабливими для великих фірм, які володіють і необхідною економічною потужністю, і технічною можливістю вести транскордонну економічну діяльність – а це, у свою чергу, ставить у невідгідне становище малі та середні фірми.

Отже, не зважаючи на прийняття низки важливих директив, які регулювали в країнах ЄС відносини у сфері державних закупівель, Європейська Комісія постійно наголошувала на складності існуючої законодавчої бази та негнучкості відповідних процедур. Тому вона висловила намір спростити першу та зробити більш гнучкими другі [18, с. 31].

Розпуск Єврокомісії (у сенсі "уряду" ЄС) на початку 1999 року був аргументований звинуваченнями у поганому керівництві, порушеннях і розкраданнях як в адміністрації самої Єврокомісії, так і в управлінні коштами ЄС. Висловлення недовіри з боку Європарламенту привело не тільки до зміщення з посади всіх членів Єврокомісії ("міністрів") і призначення нової Комісії, а й до перегляду та фундаментальної перебудови всієї системи державного фінансового управління та контролю.

Проведений аналіз функціонування "старої" системи фінансового управління і контролю з'ясував кілька при-

чин її невдачі. Основна причина полягала в тому, що стара система контролю була надто централізованою, функціонувала повільно, була формалістичною і не могла відповісти на питання, чи давали витрачені гроші ті результати, яких вимагав Парламент, Єврокомісія, держави – члени ЄС і платники податків Європи.

Для виправлення ситуації необхідно було змінити пріоритети системи державного фінансового контролю: вона повинна не просто вживати заходів в окремих випадках поганого керівництва, порушень, розкрадань або корупції, а й "працювати на випередження".

Оскільки кількість державних закупівельників і, відповідно, кількість контрактів, які укладаються у сфері державних закупівель, є надзвичайно великою, контроль за дотриманням нормативних актів ЄС з боку національних судів та Комісії зачіпав лише верхівку айсберга. Найбільш серйозним порушенням правових норм Співтовариства у сфері державних закупівель з боку органів – замовників Суд ЄС визнав незаконне *пряме укладання договорів* (*Stadt Halle*, справа C-26/03, п. 37), проте, директиви 89/665/ЄЕС та 92/13/ЄЕС про засоби правового захисту не давали можливості запобігти наслідкам такої незаконної дії або ефективно їх виправити. Порушення, як навмисні, так і ненавмисні, комунітарних норм державними закупівельниками відбувалися на різних стадіях тендерного провадження.

У міжнародному праві і праві ЄС, виділяють такі дві групи методів здійснення перевірок дотримання державами взятих на себе зобов'язань [13, с. 46]:

- *міжнародний контроль*, покликаний не лише перевірити фактичний стан речей і їх відповідність юридичним актам, а й усунути виявлені порушення, для чого застосовуються такі методи перевірки як проведення міжнародних інспекцій (Комісія ЄС), розслідувань (OLAF), розгляд порушень міжнародних зобов'язань міжнародними судовими установами (Суд ЄС);

- *міжнародний нагляд*, що здійснюється шляхом обміну інформацією, проведення консультацій, подання звітів, докладів тощо (Європейська рахункова палата).

Розвиток європейських інтеграційних процесів призвів до перерозподілу повноважень між інститутами ЄС, що знайшло відображення в Амстердамській і Ніццькій редакціях Договорів про ЄС і створення Європейського Співтовариства, а також у Договорі про приєднання [20]. Це істотно вплинуло на функціонування інституційного механізму ЄС в цілому і зумовило необхідність дослідження ролі наднаціональних інститутів у забезпеченні державного фінансового контролю за дотриманням норм права ЄС.

У 2004 році було розроблено новий пакет законодавства, який спростив та модернізував процедури постачання товарів, робіт і послуг, зменшив рівень бюрократизму, скоротив час та фінансові витрати учасників закупівель шляхом використання нової методики управління тендерними процедурами, полегшив проведення електронних закупівель та електронних аукціонів:

1. Директива **2004/18/ЄС** Європейського Парламенту та Ради від 31 березня 2004 р. про координацію процедур щодо укладання контрактів у сфері державних закупівель робіт, товарів та послуг [11];

2. Директива **2004/17/ЄС** Європейського Парламенту та Ради від 31 березня 2004 р. щодо координації закупівельних процедур відносно операторів у сферах водо- та енергопостачання, транспорту та поштових послуг [12]. Держави-члени мали гармонізувати власне законодавство з положеннями Директиви 2004/18/ЄС та Директиви 2004/17/ЄС не пізніше 31 січня 2006 року. Мета Комісії полягала в тому, щоб прискорити сучасні

тенденції розвитку сфери державних закупівель, водночас підтримуючи стабільність її основної структури.

З метою підвищення ефективності процедур оскарження рішень щодо укладання державних контрактів 11 грудня 2007 року була прийнята Директива Ради **2007/66/ЄС**, яка набула чинності з 9 січня 2008 року [10]. Потреба у прийнятті зазначеної директиви була викликана значними відмінностями в різних державах – членах процедури перегляду рішень перед укладанням договорів. Крім того, у випадку незаконного прямого укладання договору постраждали суб'єкти могли лише вимагати відшкодування збитків, але таке оскарження не давало змоги оголосити новий тендер щодо незаконно укладеного договору. Такі позови про відшкодування збитків мали слабкий стримуючий ефект щодо органів-замовників, особливо з огляду на те, що учасники процедури закупівлі, які заявляли про порушення своїх інтересів, повинні були довести, що мали реальну можливість здобути перемогу в тендері [3; 14; 15, с. 89].

Таким чином, з метою усунення порушень у сфері державних закупівель з боку органів-замовників, Директива 2007/66/ЄС запроваджує *процедуру перегляду рішень після укладання договорів*, що дає змогу третій стороні протягом 10-15 календарних днів (ст. 1(5); ст. 2а(2); ст. 2с) застосовувати процедуру оскарження і навіть оголошувати договір недійсним.

Директива 2007/66/ЄС також розширила повноваження Комісії ЄС у сфері перевірок державних закупівель у разі істотних порушень (зміни до ст. 8(3) Директиви 92/13/ЄЕС). У випадку встановлення факту чітко виражених порушень директив щодо держзакупівель, Комісія ЄС має право вимагати пояснення у держави – члена, і та має надати відповідь протягом встановленого терміну, підтвердивши факт порушення і повідомивши про його усунення, або зазначивши причини неусунення [21]. У разі порушення державою – членом директив щодо держзакупівель (та інших юридично обов'язкових рішень органів ЄС), Комісія може звернутися до Суду ЄС (ст. 226), при цьому для такого звернення попередньої згоди держави – порушниці не вимагається. Такою є історія становлення у Європейському союзі сучасної системи державного фінансового контролю у сфері державних закупівель та основні джерела відповідного правового інституту.

Підсумовуючи все вищезазначене, можна зробити наступні висновки:

Поступальний розвиток законодавства Європейського союзу у сфері фінансового контролю в сфері державних закупівель відбувається протягом досить значного часу. Зокрема, з 1957 року по теперішній час механізм правового регулювання у зазначеній сфері формувалася більше половини століття. Такий темп розвитку призводить до високої виваженості кроків змін відповідного законодавства, до його сталого поступального розвитку, а у кінцевому результаті – якісного механізму правового регулювання в сфері державних закупівель та ефективного інституційного механізму відповідного фінансового контролю.

Для вирішення проблем правового регулювання державного фінансового контролю у сфері державних закупівель, зокрема таких, як відсутність єдиної історично-послідовної моделі розвитку, постійних змін законодавства, що замінюють фундаментальні принципи та напрямки розвитку відповідного механізму правового регулювання, першим завданням для наукового середовища є вироблення, на основі як власного, так і історичного правотворчого та правозастосовного процесів у Європейському союзі, єдиної моделі розвитку відпові-

дного зазначеного механізму правового регулювання в Україні, та активна політико-соціальна популяризація такої моделі з метою її закріплення на законодавчому рівні та втілення в життя шляхом реформ. При розробці такої моделі доцільно користуватися досвідом Європейського союзу з огляду на те, що більше, ніж за 50 років, європейським співтовариством було накопичено широку репрезентативну базу практичних знань правозастосування такого законодавства у різних європейських країнах за різних історичних, політичних, економічних та інших умов, що доводить універсальність таких знань та можливість їх вдалого імплементації у правову систему України. Зазначена модель повинна включати, перш за все, єдине бачення базових принципів побудови цього механізму, системи органів, що здійснюватимуть державний фінансовий контроль у сфері державних закупівель в Україні, та інші основоположні елементи, які в подальшому не повинні підлягати постійним змінам. Маючи таку системну модель розвитку відповідного механізму правового регулювання, особливо у випадку її нормативного закріплення або наукового визнання, можна буде зосередитись на дослідженні його окремих елементів, розширюючи та вдосконалюючи базову модель новими науковими знаннями.

Говорячи про досвід Європейського союзу щодо фінансового контролю за державними закупівлями, варто також звернути увагу на проблеми, які виникали та були вирішені Європейським співтовариством, і які сьогодні актуальні та не вирішені в Україні, а отже потребують дослідження та розв'язання. Як нами зазначалося вище, найбільші системні проблеми функціонування системи фінансового контролю за державними закупівлями в ЄС на певному етапі їх розвитку полягали у тому, що стара система контролю була надто централізованою, функціонувала повільно, була формалістичною, не могла відповісти на питання, чи давали витрачені гроші ті результати, яких вимагав Парламент, Єврокомісія, країни-члени ЄС і платники податків Європи, крім того найбільш серйозним порушенням правових норм Співтовариства у сфері державних закупівель з боку органів – замовників Суд ЄС визнав незаконне пряме укладання договорів. На нашу думку, в Україні, з її високим рівнем централізації системи фінансового контролю державних закупівель, наділення органів виконавчої влади де-факто судовими функціями розв'язання спорів у цій сфері, відсутності невідворотної кореляції між виявленням неефективного витрачання публічних фондів коштів та планування видатків наступних бюджетних періодів тощо, доцільно здійснити кроки до збалансованого розподілу відповідних повноважень між різними гілками влади, децентралізувати повноваження органів виконавчої влади шляхом передачі функцій розв'язання спорів до судової гілки влади, створити дієвий механізм аналізу досягнення запланованих цілей та виявлених порушень з метою безумовного, а не рекомендаційного, впливу на формування наступних бюджетів, звільнення державних посадових осіб та/або керівників державних підприємств, пов'язаних з розтратою або неефективним

витрачанням публічних фондів коштів. Що стосується проблеми прямого укладання договорів (аналог української процедури здійснення державних закупівель у одного учасника), доцільно виключити відповідну процедуру та здійснювати всі державні закупівлі на основі конкурентних процедур, оскільки застосування такої непрозорої процедури, як правило, майже унеможливорює ефективний державний фінансовий контроль та доведення фактів зловживання правом або порушень підконтрольними суб'єктами.

1. Case 103/88, Fratelli Constanzo [1989] ECR 1839.
2. Commission Interpretative Communication 2006/C on the Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives // Official Journal of the European Union. – C 179/2. – P. 6.
3. COM (2006) 195 final. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC CEE with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts. – 04.05.2006 [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://eur-lex.europa.eu/RECH_naturel.doc.
4. Council Directive 92/50/EEC of 18 June 1992 [Електронний ресурс] – Режим доступу: www.bipsolutions.com/html/dir_PHP/directive3.php.
5. Council Directive 93/36/EEC of 14 June 1993 [Електронний ресурс] – Режим доступу: www.bipsolutions.com/html/dir_PHP/directive4.php.
6. Council Directive 93/37/EEC of 14 June 1993 [Електронний ресурс] – Режим доступу: www.basis.ie/servlet/blobServlet/Directive9337EC.pdf.
7. Council Directive 93/38/EEC of 14 June 1993 [Електронний ресурс] – Режим доступу: www.basis.ie/servlet/blobServlet/Directive9338.pdf.
8. Council Directive 89/665/EEC of 21 December 1989 [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONS_LEG:1989L0665:20080109:EN:PDF.
9. Council Directive 92/13/EEC of 25 February 1992 [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONS_LEG:1992L0013:20080109:EN:PDF.
10. Council Directive 2007/66/EC of 11 December 2007 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:335:0031:0046:EN:PDF>.
11. Public works contracts, public supply contracts and public service contracts [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/l22009.htm>.
12. Public procurement in the water, energy, transport and postal services sectors [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/l22010.htm>.
13. Валеев Р. М. Контроль в современном международном праве: Монография – 2-е изд., перераб. и доп. – Казань: Центр инновационных технологий, 2003. – 390 с.
14. Влялько І. В. Реформа засобів правового захисту сфери державних закупівель ЄС / І. В. Влялько // Актуальні проблеми міжнародних відносин: Збірник наукових праць. – К.: КНУ ім. Т. Шевченка, ІМВ. – 2008. – Випуск 76, Частина II. – с. 67–73.
15. Влялько І. В. Правове регулювання державних закупівель в ЄС : Дис. ... канд. юридичних наук. Спец. 12.00.11 – міжнародне право / Влялько І. В. ; КНУТШ, Ін-т міжнародних відносин. – Київ, 2009. – 219 с.
16. Паппас Спірос. Політика ЄС у сфері державних закупівель: Навч. посіб. / Програма Tacis Європейського Союзу в Україні. – К.: ІМВ КНУ імені Тараса Шевченка, 2005. – 126 с. – (Правничі студії в Україні; Серія "Право ЄС". – № 20).
17. Паппас Спірос. Політика ЄС у сфері державних закупівель: Навч. посіб. / Програма Tacis Європейського Союзу в Україні. – К.: ІМВ КНУ імені Тараса Шевченка, 2005. – 126 с. – (Правничі студії в Україні; Серія "Право ЄС". – № 20).
18. Паппас Спірос. Політика ЄС у сфері державних закупівель: Навч. посіб. / Програма Tacis Європейського Союзу в Україні. – К.: ІМВ КНУ імені Тараса Шевченка, 2005. – 126 с. – (Правничі студії в Україні; Серія "Право ЄС". – № 20).
19. Паппас Спірос. Політика ЄС у сфері державних закупівель: Навч. посіб. / Програма Tacis Європейського Союзу в Україні. – К.: ІМВ КНУ імені Тараса Шевченка, 2005. – 126 с. – (Правничі студії в Україні; Серія "Право ЄС". – № 20).
20. Європейський Союз: консолідовані договори. – К., 1999. – 206 с.
21. Европейский Союз: основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями / [под ред. С. Ю. Кашкина; пер. с англ. А. Четвериков]. – М.: ИНФРА-М, 2008. – 698 с.

Надійшла до редколегії 15.12.11

УДК 351.745

В. Московець

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОСТУПУ ГРОМАДСЬКОСТІ ДО РЕАЛІЗАЦІЇ ФУНКЦІЙ ДЕРЖАВИ

Метою статті є визначення та характеристика джерел отримання громадськістю інформації від суб'єктів владних повноважень щодо реалізації ними функцій держави відповідно до чинного законодавства України.

Ключові слова: функції держави, публічна інформація.

Целью статьи является определение и характеристика источников получения общественностью информации от субъектов властных полномочий по реализации ними функций государства в соответствии с действующим законодательством Украины.

Ключевые слова: функции государства, публичная информация.

The purpose of this paper is the identification and characterization of sources of public information on the subjects of authority to implement these functions of the state in accordance with current legislation of Ukraine.

Key words: functions of the state, public information.

Конституція України надає кожному право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб – на свій вибір. Завжди існувала та існує певна інформація, яка не залишає байдужим нікого – ані окремого громадянина, ані українську громадськість в цілому. Це інформація, що відображена, задокументована будь-якими засобами, на будь-яких носіях, була отримана або створена в процесі виконання суб'єктами владних повноважень своїх обов'язків, передбачених чинним законодавством, або яка перебуває у володінні суб'єктів владних повноважень, тобто публічна інформація.

Лише у 2011 році прийняттям Закону України "Про доступ до публічної інформації" [1] на законодавчому рівні було визначено порядок здійснення та забезпечення права кожного на доступ до публічної інформації, тієї що перебуває у володінні суб'єктів владних повноважень, інших розпорядників публічної інформації, та інформації, що становить суспільний інтерес.

Закритість інформації про діяльність суб'єктів владних повноважень, відсутність оприлюднення інформації органами влади тягнуть за собою негативні наслідки для суспільства загалом та кожного окремо: влада стає відчуженою від громадян, а громадяни стають пасивними; рішення, яких потребує громадськість для вирішення проблем, не є ефективними та не вирішують проблем; рішення суб'єктів владних повноважень не підтримує громадськість; стає меншою повага до законів; створюється культ чиновника та забувається про те, що він перебуває на службі у громадян; формується переконання, що такий стан речей є звичним, а те, що громадянин або громадськість цікавиться певною інформацією про діяльність суб'єкта владних повноважень, сприймається як щось неординарне; відсутні умов (правовий механізм) для участі громадськості у вирішенні питань місцевого та державного значення [2].

Проблематика забезпечення доступу громадськості до реалізації функцій держави суб'єктами владних повноважень були і залишаються предметом досліджень представників вітчизняної правової науки, зокрема, Арістової І., Гавловського В., Гриценко В., Денісової О., Костецької Т., Кузенко Л., Марущака А., Цимбалюка В., Яременко О. та ін. Однак у працях зазначених науковців та інших дослідників відсутній комплексний аналіз правового регулювання засобів забезпечення доступу громадськості до такої інформації. Метою даної статті є визначення та характеристика джерел отримання громадськістю інформації від суб'єктів владних повноважень щодо реалізації ними функцій держави відповідно до чинного законодавства України.

Відповідно до Закону України "Про доступ до публічної інформації" [1] доступ до публічної інформації як відкритої інформації (не враховуючи конфіденційну, таємну та службову інформацію) забезпечується шля-

хом: 1) систематичного та оперативного оприлюднення інформації: в офіційних друкованих виданнях; засобами масової інформації; інформаційними агентствами; на офіційних веб-сайтах в мережі Інтернет; у поштових розсилках суб'єкта владних повноважень; на інформаційних стендах; будь-яким іншим способом; 2) надання інформації за запитами. Отже, розглянемо детальніше особливості отримання громадськістю інформації від суб'єктів владних повноважень з різних джерел.

Одним із основних з них є оприлюднення інформації в офіційних друкованих виданнях. Під офіційними друкованими виданнями розуміють видання, які спеціально видаються органами державної влади та органами місцевого самоврядування (відомості, бюлетені, збірники, інформаційні листки тощо) для інформування про свою діяльність.

Закони України, постанови Верховної Ради України, укази та розпорядження Президента України, постанови та розпорядження Кабінету Міністрів України, постанови Верховного Суду України та Конституційного Суду України, рішення органів місцевого самоврядування, інші нормативно-правові акти публікуються в офіційних виданнях (відомостях, бюлетенях, збірниках, інформаційних листках тощо) та друкованих засобах масової інформації відповідних органів державної влади та органів місцевого самоврядування.

Відповідно до Указу Президента України "Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності" [3] закони України, інші акти Верховної Ради України, акти Президента України, Кабінету Міністрів України не пізніше як у п'ятнадцятиденний строк після їх прийняття у встановленому порядку і підписання підлягають оприлюдненню державною мовою в офіційних друкованих виданнях.

Офіційними друкованими виданнями є: "Офіційний вісник України" та газета "Урядовий кур'єр".

Офіційними друкованими виданнями, в яких здійснюється офіційне оприлюднення законів та інших актів Верховної Ради України, є також газета "Голос України", "Відомості Верховної Ради України".

Офіційним друкованим виданням, в якому здійснюється офіційне оприлюднення законів, актів Президента України, є також інформаційний бюлетень "Офіційний вісник Президента України".

Акти Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України можуть бути в окремих випадках офіційно оприлюднені через телебачення і радіо.

Нормативно-правові акти можуть бути опубліковані в інших друкованих виданнях лише після їх офіційного оприлюднення відповідно до статті 1 зазначеного Указу Президента.

Нормативно-правові акти, опубліковані в інших друкованих виданнях, мають інформаційний характер і не можуть бути використані для офіційного застосування.

Недержавні друковані засоби масової інформації мають право оприлюднювати офіційні документи органів державної влади та органів місцевого самоврядування відповідно до законодавства України і на засадах, передбачених укладеною угодою між цими органами та редакціями друкованих засобів масової інформації.

Іншим джерелом отримання громадськістю інформації від суб'єктів владних повноважень є оприлюднення її засобами масової інформації. Закон України "Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації" [4] визначає порядок всебічного і об'єктивного висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування засобами масової інформації і захисту їх від монопольного впливу органів тієї чи іншої гілки державної влади або органів місцевого самоврядування.

Під висвітленням діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні розуміють одержання, збирання, створення, поширення, використання і зберігання інформації про діяльність органів державної влади та органів місцевого самоврядування, задоволення інформаційних потреб громадян, юридичних осіб про роботу цих органів.

Засоби масової інформації України відповідно до законодавства України мають право висвітлювати всі аспекти діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування. Органи державної влади та органи місцевого самоврядування зобов'язані надавати засобам масової інформації повну інформацію про свою діяльність через відповідні інформаційні служби органів державної влади та органів місцевого самоврядування, забезпечувати журналістам вільний доступ до неї, крім випадків, передбачених Законом України "Про державну таємницю" [5], не чинити на них будь-якого тиску і не втручатися в їх виробничий процес. Засоби масової інформації можуть проводити власне дослідження і аналіз діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, давати їй оцінку, коментувати.

Органи державної влади та органи місцевого самоврядування в межах коштів, передбачених у державному або місцевих бюджетах на висвітлення їх діяльності, формують замовлення засобам масової інформації на:

- створення спеціальних звітів і репортажів про важливі події, що відбуваються в державі, про діяльність органів державної влади та органів місцевого самоврядування;
- проведення прямих теле- і радіотрансляцій про їх діяльність;
- організацію систематичних (проблемних, тематичних) теле- і радіопередач та сторінок (рубрик) у друкованих засобах масової інформації;
- створення та поширення інформації, авторських матеріалів про діяльність органів державної влади та органів місцевого самоврядування роз'яснювального характеру;
- запис і зберігання відео- і аудіоматеріалів про висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування.

Інформація про діяльність органів державної влади та органів місцевого самоврядування може отримуватися засобами масової інформації від цих органів безпосередньо або через їх інформаційні служби чи бути зібрана працівниками засобів масової інформації.

Інформаційні служби (інформаційні управління, інформаційно-аналітичні підрозділи, прес-служби, прес-центри, управління і центри громадських зв'язків, прес-бюро, прес-секретарі та прес-аташе з відповідним апа-

ратом) органів державної влади та органів місцевого самоврядування збирають, аналізують, обробляють та оперативно надають інформацію про діяльність цих органів у повному обсязі засобам масової інформації, крім випадків, передбачених Законом України "Про державну таємницю" [5].

Для висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування їх інформаційні служби мають право використовувати такі форми підготовки та оприлюднення інформації як:

- випуск і поширення бюлетенів (спеціальних бюлетенів), прес-релізів, оглядів, інформаційних збірників, експрес-інформації тощо;
- проведення прес-конференцій, брифінгів, організація інтерв'ю з керівниками органів державної влади та органів місцевого самоврядування для працівників вітчизняних і зарубіжних засобів масової інформації;
- підготовка і проведення теле- і радіопередач;
- забезпечення публікацій (виступів) у засобах масової інформації керівників або інших відповідальних працівників органів державної влади та органів місцевого самоврядування;
- створення архівів інформації про діяльність органів державної влади та органів місцевого самоврядування;
- інші форми поширення офіційної інформації, що не суперечать законодавству України.

Суб'єкти владних повноважень мають право засновувати або бути співзасновниками друкованих чи аудіовізуальних засобів масової інформації у встановленому порядку і в межах коштів, що виділяються з державного чи місцевих бюджетів на висвітлення їх діяльності, або за рахунок перерозподілу коштів, що виділяються на забезпечення функціонування цих суб'єктів.

Ще одним джерелом отримання громадськістю інформації від суб'єктів владних повноважень є оприлюднення її інформаційними агентствами. Інформаційні агентства, створені в Україні відповідно до Закону України "Про інформаційні агентства" [6], мають право на поширення інформації про діяльність органів державної влади та органів місцевого самоврядування.

Інформаційні агентства України, незалежно від їх виду, відповідно до Конституції України і Закону України "Про інформаційні агентства" [6] на договірних засадах збирають, обробляють, створюють, готують до поширення офіційну інформацію про діяльність органів державної влади та органів місцевого самоврядування, випускають і розповсюджують інформаційну продукцію про діяльність цих органів. Державні інформаційні агентства систематично інформують громадськість про діяльність органів державної влади та органів місцевого самоврядування, перебування вищих посадових осіб у робочих поїздках по Україні, а також про візити офіційних державних делегацій і вищих посадових осіб в інші країни, прийом зарубіжних офіційних делегацій і посадових осіб інших держав.

На вимогу Президента України, Голови Верховної Ради України, Прем'єр-міністра України, Голови Верховного Суду України та Голови Конституційного Суду України державні інформаційні агентства зобов'язані передавати тексти їх екстрених виступів та заяв з важливих питань державного життя.

Наступним джерелом отримання громадськістю інформації від суб'єктів владних повноважень є оприлюднення її на офіційних веб-сайтах в мережі Інтернет. Відповідно до Порядку оприлюднення у мережі Інтернет інформації про діяльність органів виконавчої влади, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 4 січня 2002 р. № 3 [7], оприлюднення у мережі Ін-

тернет інформації про діяльність органів виконавчої влади здійснюється з метою підвищення ефективності та прозорості діяльності цих органів шляхом впровадження та використання сучасних інформаційних технологій для надання інформаційних та інших послуг громадськості, забезпечення її впливу на процеси, що відбуваються у державі.

Варто наголосити, що цей нормативно-правовий акт поширює свою дію на такі органи: міністерства, інші центральні органи виконавчої влади, Раду міністрів Автономної Республіки Крим, обласні, Київську та Севастопольську міські державні адміністрації, районні, районні у містах Києві та Севастополі державні адміністрації та встановлює вимоги до мінімальної інформації, яка має бути розміщена на Веб-порталі та веб-сайті суб'єкта владних повноважень.

Оприлюднення у мережі Інтернет інформації про діяльність органів виконавчої влади здійснюється шляхом:

- розміщення і постійного оновлення міністерствами, іншими центральними та місцевими органами виконавчої влади інформації відповідно до вимог цього Порядку на власних веб-сайтах;
- створення Єдиного веб-порталу Кабінету Міністрів України (далі – Веб-портал), призначеного для інтеграції веб-сайтів органів виконавчої влади та розміщення інформаційних ресурсів відповідно до потреб громадян.

Інформація, розміщена на Веб-порталі та веб-сайті, оновлюється одразу після зміни відомостей, що розміщені на них.

На веб-сайті Ради міністрів Автономної Республіки Крим, обласних, Київської та Севастопольської міських держадміністрацій розміщується інформація про територію відповідної адміністративно-територіальної одиниці.

На Веб-порталі та веб-сайті органу виконавчої влади розміщується адреса електронної пошти структурного підрозділу, відповідального за приймання і реєстрацію вхідної кореспонденції, а також надається можливість добровільної реєстрації відвідувачів для забезпечення ведення статистики відвідувань та підтримки функції зворотного зв'язку.

Інформація на веб-сайті подається державною та англійською (обов'язково), а також іншими мовами (за потребою).

Ще одним джерелом отримання громадськістю інформації від суб'єктів владних повноважень є оприлюднення її у поштових розсилках цих суб'єктів. Дуже часто підрозділи суб'єктів владних повноважень, переважно це прес-служби, відділи зв'язків з громадськістю застосовують розсилки громадським організаціям. Це можуть бути поштові розсилки через поштове відділення Укрпошти чи розсилки на електронну пошту громадської організації. Вони містять інформацію про поточну діяльність суб'єкта владних повноважень, про заходи, які проводять суб'єкти владних повноважень. Але, на жаль, відбувається це дуже рідко. Однак такий спосіб інформування є досить ефективним та потрібним громадським організаціям, для яких Інтернет ресурси є першим і найбільшим поширеним джерелом інформації.

Крім оприлюднення інформації джерелом отримання громадськістю інформації від суб'єктів владних пов-

новажень є надання ними такої інформації за запитом. Запит на інформацію – це прохання особи до розпорядника інформації надати публічну інформацію, що перебуває у його володінні. Письмовий запит подається в довільній формі.

Запитувач має право звернутися до розпорядника інформації (суб'єкта владних повноважень) із запитом на інформацію незалежно від того, стосується ця інформація його особисто чи ні, без пояснення причини подання запиту. Запит на інформацію може бути індивідуальним або колективним. Запити можуть подаватися в усній, письмовій чи іншій формі (поштою, факсом, телефоном, електронною поштою) на вибір запитувача. Розпорядник інформації має надати відповідь на запит на інформацію не пізніше п'яти робочих днів з дня отримання запиту. Інформація на запит надається безкоштовно. У разі, якщо задоволення запиту на інформацію передбачає виготовлення копій документів обсягом більш як 10 сторінок, запитувач зобов'язаний відшкодувати фактичні витрати на копіювання та друк. При наданні особи інформації про себе та інформації, що становить суспільний інтерес, плата за копіювання та друк не стягується.

Таким чином, на законодавчому рівні створено механізм реалізації права кожного вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб – на свій вибір, а також права на отримання інформації про діяльність суб'єктів владних повноважень щодо реалізації ними функцій держави. Фактично громадяни України отримали право поєвропейськи легко і швидко отримувати, зокрема, інформацію про те, як працюють органи виконавчої влади, місцевого самоврядування та інші суб'єкти, що здійснюють владні управлінські функції на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень.

1. Про доступ до публічної інформації: Закон України від 13.01.2011 № 2939-VI // Офіційний вісник України. – 2011. – № 10. – Ст. 446.
2. Яцків Т. Участь організацій громадськості у формуванні та реалізації державної та місцевої політики: путівник по інструментах / Т. Яцків, Л. Тарасенко. – Львів: Галицький друкар, – 2010. – 176 с.
3. Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності: Указ Президента України від 10.06.1997 № 503/97 // Офіційний вісник України. – 1997. – № 24. – Стор. 11.
4. Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації: Закон України від 23.09.1997 № 539/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 49. – Ст. 299.
5. Про державну таємницю: Закон України від 21.01.1994 № 3855-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 16. – Ст. 93.
6. Про інформаційні агентства: Закон України від 28.02.1995 № 74/95-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 13. – Ст. 83.
7. Порядок оприлюднення у мережі Інтернет інформації про діяльність органів виконавчої влади: Постанова Кабінету Міністрів України від 4 січня 2002 р. № 3 // Офіційний вісник України. – 2002. – № 2. – Ст. 57.
8. Демкова М. Проблеми доступу до публічної інформації [Електронний ресурс] / <http://www.lawyer.org.ua>.
9. Кузенко Л.В. Правове регулювання права громадян на інформацію в сфері державного управління: Дис.... канд. юрид. наук: 12.00.07 / Запорізький держ. ун-т. – Х., 2003. – 173 арк. – Бібліогр.: арк. 160–173.
10. Яременко О. Правове регулювання доступу до офіційної правової інформації в Україні // Правова інформатика. – 2006. – № 1 (9)/2006. – С. 10–15.
11. Марущак А.І. Теоретико-правові основи забезпечення доступу до державної інформації [Електронний ресурс] // http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/bozk/18text/g18_31.htm.

Надійшла до редколегії 15.12.11

УДК 342.9.35.

О. Заярний, канд. юрид. наук

МЕХАНІЗМ ОСКАРЖЕННЯ В АДМІНІСТРАТИВНИХ СУДАХ РІШЕНЬ КОНТРОЛЮЮЧИХ ОРГАНІВ, ВИНЕСЕНИХ ЗА РЕЗУЛЬТАТАМИ ПЕРЕВІРОК ДІЯЛЬНОСТІ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ: ДОКТРИНАЛЬНИЙ І ПРАВОЗАСТОСОВЧИЙ АСПЕКТИ

В статті досліджується порядок оскарження в адміністративних судах рішень органів контролю, прийнятих за результатами перевірок діяльності юридичних осіб, розглядаються елементи механізму оскарження, формуються окремі пропозиції щодо удосконалення чинного законодавства, яким регламентується розгляд і вирішення адміністративними судами відповідної категорії справ.

Ключові слова: адміністративний позов, адміністративний процес, контроль, контролюючий орган, перевірка, санкції, суб'єкт владних повноважень, юридична особа.

В статье исследуется порядок обжалования в административных судах решений органов контроля, принятых по результатам проверок деятельности юридических лиц, рассматриваются элементы механизма обжалования, формулируются отдельные предложения по усовершенствованию действующего законодательства, которым регламентирован процесс рассмотрения административными судами соответствующей категории дел.

Ключевые слова: административный иск, административный процесс, контроль, контролирующий орган, проверка, санкции, субъект властных полномочий, юридическое лицо.

In the article the author researches the order of appealing to the administrative courts on the decisions of the controlling organs, handed down on the results of the verification of legal persons activity, researches the elements of the mechanism, forms the propositions of the improvement of currently in force law, that regulates the consideration and decreeing this category of cases.

Key words: the administrative action, the administrative process, control, controlling organ, verification, sanctions, plenary powers subject, legal person.

Побудова економічної системи України на засадах економічної багатоманітності, рівного захисту державою всіх форм власності, недопустимості незаконного втручання органів державної влади та місцевого самоврядування в господарську діяльність, (ст. 13, 41, 42 Конституції України) [9] обумовлює необхідність удосконалення механізму оскарження протиправних рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень, наділених функціями нагляду і контролю щодо юридичних осіб. За буквальною змістом норми, передбаченої у ч. 1 ст. 2 Кодексу Адміністративного судочинства України, (далі – КАСУ) одним із завдань адміністративного судочинства є захист прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади та місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших суб'єктів, які виконують владні, управлінські функції відповідно до закону, в тому числі на виконання делегованих повноважень [8]. Іншими словами, саме норми КАСУ виступають змістоутворюючим елементом механізму правового регулювання оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень, в тому числі прийнятими, вчиненими за результатами здійснення перевірок діяльності юридичних осіб.

Проблеми оскарження в адміністративних судах рішень контролюючих органів досліджувались в юридичній літературі під різним кутом зору багатьма науковцями і практиками, зокрема: В. С. Алімовим, О. Ф. Андрійко, В. М. Гаращук, І.Ш. Кияхсановим та іншими.

Однак, розвиток адміністративно-процесуального законодавства та законодавства, яким регламентується порядок здійснення інспекційної (контрольно-наглядової) діяльності органів виконавчої влади та місцевого самоврядування в економіці вимагає додаткового дослідження порядку оскарження рішень контролюючих органів з нових правових позицій.

Метою цієї статті є дослідження інструментів процесуального механізму оскарження рішень контролюючих органів, прийнятих за результатами перевірки діяльності юридичних осіб, виявлення прогалин законодавства, яким регулюються вказані правовідносини, формулювання окремих пропозицій з удосконалення законодавства у цій сфері правового регулювання.

Предмет статті становлять правові засоби механізму адміністративно-процесуального оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повнова-

жень, прийнятих, або вчинених ними за результатами проведених перевірок діяльності юридичних осіб.

В основі механізму правового регулювання будь-яких правовідносин перебувають норми права, які визначають права, обов'язки, юридичну відповідальність сторін таких правовідносин, умови їх реалізації.

В Україні процедура оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади та місцевого самоврядування, винесених за результатами перевірок юридичних осіб передусім регламентується нормами КАСУ, за винятком окремих категорій справ, прямо передбачених іншими актами законодавства України.

Згідно з ч. 2 ст. 2 КАСУ: "До адміністративних судів можуть бути оскаржені будь-які рішення, дії чи бездіяльність суб'єктів владних повноважень, крім випадків, коли щодо таких рішень, дій чи бездіяльності Конституцією та законами України встановлено інший порядок судового провадження" [8].

Зокрема, згідно з приписами ч. 1 ст. 60 Закону України "Про захист економічної конкуренції": "Заявник, відповідач, третя особа мають право оскаржити до господарського суду рішення, прийняті органами Антимонопольного комітету України у двомісячний строк з дати їх винесення". При цьому, зазначений строк має виключний характер і не підлягає відновленню [16].

Інша норма того ж самого порядку закріплена у ч. 3 ст. 12 Господарського процесуального кодексу України, (далі – ГПК), відповідно до якої справи, порушені за заявами органів Антимонопольного комітету України, Рахункової Палати України підвідомчі господарським судам України [5].

Незважаючи на певну нормативно-процесуальну розрізненість регулювання правовідносин по розгляду і вирішенню відповідної категорії справ, в механізмі правового регулювання фактично виключається виникнення конкретних процесуальних відносин без відповідних ним матеріально-правових відносин.

Зазначений правовий зв'язок між нормами права і правовідносинами виявляється в тому, що матеріальні правовідносини, як адміністративні, так, і фінансові, податкові, митні відносини поряд з правосуб'єктністю, юридичними фактами та процесуальними нормами виступають підставами виникнення адміністративно-процесуальних відносин [7, с. 66]. Іншими словами, закріплена законодавством України норми матеріального права разом із встановленими структурно-функціональ-

ними зв'язками сторін матеріальних правовідносин обумовлюють специфіку конкретних адміністративно-процесуальних відносин. В аспекті предмета цього дослідження це означає, що встановлені нормами адміністративного права підстави, види перевірок діяльності юридичних осіб, права та обов'язки контролюючих органів, а також права та обов'язки для підконтрольних юридичних осіб, можливі правові наслідки проведених перевірок обумовлюють вибір процесуальної форми захисту прав, законних інтересів потерпілого, його процесуальні права, обов'язки, гарантії, в межах, передбачених законом.

З іншого боку, функціональний зв'язок матеріальних і процесуальних норм та правовідносин, які виникають на їх основі дає змогу правозастосовчому органу (адміністративному суду) встановити які вимоги закону порушені при проведенні перевірок, чи правильно обрані заходи впливу на підконтрольну юридичну особу, і, чи не має місце перевищення повноважень з боку контролюючого органу при виконанні покладених на нього обов'язків.

В науці адміністративного права так само, як, і в судовій практиці сформувався думка, за якою, правовідносини, що виникають між суб'єктами владних повноважень та юридичними особами, які здійснюють господарську діяльність у процесі здійснення контролю за такою діяльністю, а також по оскарженню рішень контролюючих органів, винесених при виконанні контрольних функцій є публічними правовідносинами.

На думку В.М. Гаращука, предметом відносин, що виникають при здійсненні органами державної влади та місцевого самоврядування функцій контролю виступають фактичні правовідносини, що складаються обов'язково за участю об'єкта контролю [3, с.122], тобто між підконтрольною юридичною особою та іншими фізичними або юридичними особами. Виходячи з наведеного погляду, об'єкт контролю являє собою юридичну особу – учасника адміністративних, підприємницьких відносин з притаманною їй правосуб'єктністю, майновими активами, встановленими комерційними зв'язками, що є значно ширшим за змістом та формою порівняно з предметом контролю, хоча в доктринальному і правозастосовчому аспектах ці поняття взаємопов'язані між собою.

Аналогічний підхід до визначення об'єкта контролю (перевірки) відображений в законодавстві України.

Згідно з п. 3 Постанови Кабінету Міністрів України "Про затвердження порядку інспектування Державною контрольно-ревізійною службою" від 20.04.2006 року, № 550 – Об'єктом контролю виступає підконтрольна установа, інший суб'єкт господарювання, включаючи його структурні та відокремлені підрозділи, які не є юридичними особами, щодо якого органи Держфін інспекції мають підстави та повноваження проведення ревізії відповідно до законодавства [15].

Під іншим кутом зору, розмежування предмета та об'єкта контролю дає змогу правозастосовчому органу встановити межі, форму, підстави та порядок здійснення суб'єктами владних повноважень контрольних функцій у конкретній справі, і, як наслідок визначити правомірність винесеного за результатами перевірки рішення.

Між тим, на практиці використання понять: "Предмет" та "Об'єкт контролю" з метою оцінки правомірності рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень ускладнюється через відсутність в юридичній літературі і законодавстві єдиного підходу до визначення понять "Контроль", "Перевірка діяльності юридичних осіб".

В теорії адміністративного права державний контроль зазвичай, розглядається як: "Діяльність державних органів, яка полягає у спостереженні, аналізі та перевірці об'єктів контролю і спрямована на запобігання, ви-

явлення та припинення дій, що суперечать встановленим державною нормам, правилам, стандартам". З наведеного визначення поняття "контролю" слідує, що: "сутність контролю, як суспільного явища полягає у перевірці відповідності діяльності учасників суспільних відносин встановленим в суспільстві правилам і нормам" [2, с.137, 138]. Відповідно, метою здійснення державного контролю, в тому числі, у сфері економіки є встановлення відповідності здійснюваної діяльності юридичної чи фізичної особи нормативним приписам, а також, перевірка ефективності, раціональності, ощадливості, відповідності цільовому призначенню використання майнових активів, віднесених до об'єктів контролю, збирання та узагальнення аналітичної інформації про стан здійснення інспекційної (контрольно-наглядової) діяльності.

При такому розумінні мети і сутності державного контролю, останнє поняття співвідноситься з поняттям "перевірка діяльності юридичних осіб", як частина і ціле, де перевірка виступає правовим засобом, формою здійснення державного контролю в економіці. За такого доктринального підходу, поняття "Перевірка" може розглядатися, як правовий засіб встановлення відповідності предмета та об'єкта контролю вимогам чинного законодавства, існуючому економічному правопорядку.

Таке розуміння поняття "Перевірка діяльності юридичних осіб" дає підстави нам констатувати, що предметом судового оскарження виступають рішення, дії чи бездіяльність суб'єктів владних повноважень, якими встановлюється відповідність господарської діяльності (окремих господарських операцій) вимогам чинного законодавства, або застосовуються адміністративні санкції, чи здійснюються інші заходи з попередження правопорушень. Іншими словами, дія норм процесуального законодавства спрямована на усунення причин виникнення протиправних наслідків проведення перевірок.

Законодавство України, визначаючи можливі наслідки перевірок юридичних осіб, переважно об'єднує їх у поняття "заходи впливу на порушника", і розкриває їх види через відсилочні норми підзаконних нормативно-правових актів: ст. 73 Закону України "Про банки та банківську діяльність", ст. 11-1 Закону України "Про державну податкову службу", тощо [13, 14]. Не залежно від того, чи можуть результати перевірки виступати підставою для застосування адміністративних санкцій, будь-які заходи впливу, застосовані до об'єкта перевірки мають в першу чергу профілактичну (попереджувальну) спрямованість, що виражається в різних формах.

Залежно від сфери та виду перевірки, підстави її проведення, юридичних наслідків, заходи впливу, що можуть застосовуватися до юридичної особи за рішенням контролюючого органу можна поділити на:

1) застосування профілактичних заходів, непов'язаних з покладенням на юридичну особу адміністративної чи господарсько-правової відповідальності; 2) визнання недійсними угод, які порушують встановлений публічний правопорядок, або завдають шкоду інтересам держави і суспільства, (ч. 1 ст. 227 Цивільного кодексу України); 3) прийняття рішення про проведення перевірки діяльності контрагентів юридичної особи, діяльність якої була предметом перевірки; 4) застосування передбачених законом санкцій до юридичної особи, діяльність якої супроводжується вчиненням правопорушень.

Існуючий в Україні механізм правового регулювання процедури перевірок діяльності юридичних осіб допускає як застосування конкретного заходу впливу, так, і одночасне поєднання кількох мір за умови, що їх реалізація прямо віднесена до компетенції контролюючого органу, або останньому надано право ініціювати перед

іншими суб'єктами владних повноважень прийняття рішення про застосування відповідних заходів.

Приймаючи рішення про застосування до юридичної особи заходів впливу, суб'єкт владних повноважень трансформується у поняття "Правозастосовчий орган", а юридична особа (об'єкт перевірки) у поняття – "суб'єкт правопорушення".

Однак, у випадку застосування контролюючим органом до юридичної особи заходів впливу, реалізація яких не віднесена до компетенції такого суб'єкта владних повноважень, або необґрунтованого встановлення розміру адміністративної відповідальності, правозастосовчий орган фактично інтегрується в поняття "Суб'єкт правопорушення", а юридична особа набуває ознак потерпілого суб'єкта.

За такої трансформації сторін адміністративних правовідносин, профілактичні властивості застосованих заходів впливу не проявляються в тому значенні, в якому вони передбачені законом.

Не залежно від суб'єктного складу, зазначені відносини мають публічно-правовий, адміністративний характер, оскільки за загальним правилом мають бути спрямовані на захист інтересів держави та суспільства, попередження правопорушень у сфері державного регулювання економіки та відзначаються владним (управлінським) характером.

За буквальним змістом норми, передбаченої у п. 1 ч. 2 ст. 17 КАСУ, адміністративним судам підвідомчі спори осіб, (в тому числі юридичних) з суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень, дій чи бездіяльності, в яких такий суб'єкт своїми владними рішеннями чи діями зобов'язує цих осіб вчиняти певні дії, утримуватися від вчинення конкретних дій, нести відповідальність [8]. Дослідження через призму норми, передбаченої ч. 1 КАСУ ознак правовідносин, що виникають при здійсненні перевірки діяльності юридичної особи та прийнятого за наслідками її проведення рішення дає всі підстави розглядати оскарження рішень, дій чи бездіяльності контролюючого органу, як справу адміністративної юрисдикції, тобто, переданий на вирішення адміністративного суду публічно-правовий спір у якому хоча б однією зі сторін є орган виконавчої влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа або інший суб'єкт, який здійснює владні управлінські функції на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень п. 11, ч.1 ст. 3 КАСУ) [8].

Іншими словами, на підставі норм, передбачених у п. 11, ч.1 ст. 3 та п. 2 ч.1 ст. 17 КАСУ, адміністративним судам підвідомчі справи зі спорів, в яких особа як фізична, так, і юридична зобов'язана у безумовному (імперативному) порядку виконати вимоги суб'єкта владних повноважень, викладені в його рішенні, прийнятому за результатами виконання ним покладених обов'язків. В той же час, як вже зазначалося, окремі категорії справ, зокрема: за зверненням органів Антимонопольного комітету України, Рахункової палати України, а так само, як і оскарження рішень цих органів підвідомчі господарським судам, відповідно до положень ч. 3 ст. 12 ГПК, незважаючи на публічно-правову сутність таких відносин. З метою уніфікації норм, якими регламентується підвідомчість публічно-правових спорів, формування єдиного правозастосовчого підходу по тій або іншій категорії справ пропонуємо у частині першій статті 60 Закону України "Про захист економічної конкуренції" слова "підвідомчі господарським судам" замінити словами "Підвідомчі адміністративним судам", а частину третю статті 12 ГПК вилучити, тим самим об'єднати всі

справи за участю суб'єктів владних повноважень в єдине поняття "Справа адміністративної юрисдикції".

Ключовим правовим засобом реалізації механізму оскарження рішень, дій чи бездіяльності контролюючих органів, а так само, як, і інструментом процесуального захисту суб'єктивних прав та юридичних осіб, способом встановлення адміністративно-процесуальних відносин виступає адміністративний позов.

Доктрина процесуального права, так само, як і законодавство України використовує поняття "Адміністративний позов в різних аспектах", акцентуючи увагу на тих, або інших його властивостях.

В юридичній літературі поняття "Позов" переважно розглядається, як правовий засіб відновлення і захисту прав, інтересів громадян та організацій, що реалізується у встановленій законом процесуальній формі [6, с.198-199].

Згідно положеннями п. 6 ч. 1 ст. 3 КАСУ: "Адміністративний позов – звернення до адміністративного суду про захист прав, свобод та інтересів у публічно-правових відносинах" [8]. Наведене визначення вказує на закріплення в нормах КАСУ інструментального підходу до розуміння поняття, що використовуються в адміністративному судочинстві.

За такої моделі правового регулювання процесуальних відносин, адміністративний позов постає правовим засобом процесуального захисту і відновлення порушених прав, свобод, інтересів у сфері державного управління, способом реалізації процесуальної форми судового оскарження незаконних рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень.

З іншого боку, саме адміністративний позов виступає зв'язуючою ланкою матеріальних і процесуальних відносин у сфері державного управління, завдяки якій статичні правові зв'язки набувають динамічні властивості [7, с. 67].

Така думка обумовлена тим, що з поданням адміністративного позову юридична особа (об'єкт перевірки "контролю") набуває статус позивача, тобто, особи, яка своїми процесуальними діями прагне відновити порушені суб'єктом владних повноважень економічні інтереси. При цьому, позовна форма звернення до адміністративного суду повинна відображати склад сторін, зміст, підстави виникнення матеріальних публічно-правових відносин, з яких виник відповідний спір.

Говорячи критеріями правового регулювання адміністративно-процесуальних відносин, предметом оскарження у справах, що виникають за результатами проведених перевірок виступають індивідуально-правові акти про застосування заходів впливу або рішення, які обмежують права, інтереси підконтрольної юридичної особи.

В судовій практиці непоодинокими є адміністративні справи, в яких позивач поряд з вимогою про скасування індивідуально-правового акту чи рішення суб'єкта владних повноважень одночасно пред'являє вимогу про відшкодування шкоди, завданої відповідними рішеннями або актами. У відношенні до цієї категорії вимог норми, закріплені у ч 2 та 3 ст. 21 КАСУ передбачають кілька правил їх реалізації у порядку адміністративного судочинства: 1) адміністративним судам підвідомчі справи про відшкодування шкоди, заподіяної суб'єктом владних повноважень лише у випадку, коли такі вимоги поєднані з іншими вимогами, що впливають з публічно-правових відносин; 2) не допускається об'єднання кількох непов'язаних між собою вимог, віднесених по підвідомчості цивільних або господарських судів, крім випадків, прямо передбачених законом [8].

Визначаючи обмеження щодо об'єднання в одному адміністративному позові кількох не пов'язаних між собою вимог, КАСУ водночас легалізував причинний зв'яз-

зок між публічними правовідносинами та вимогами, що з них випливають. Фактично, вид, підстави проведення перевірки юридичної особи, зміст компетенції контролюючого органу, застосовані до порушника заходи головним чином зумовлюють предмет адміністративного позову, вимоги, з якими позивач звертається до адміністративного суду.

Розглядаючи відповідну категорію справ, адміністративні суди на підставі ч. 3 ст. 2 КАСУ повинні з'ясувати чи прийняті (вчинені) відповідні рішення: 1) на підставі, в межах повноважень і у спосіб, передбачений Конституцією та законами України, тобто, чи мали право відповідні суб'єкти владних повноважень проводити конкретний вид перевірки та застосовувати визначений рішенням вид, розмір санкцій; 2) з метою використання повноважень, що відповідає меті, для реалізації якої їх встановлено, (в частині проведення перевірок – контроль за відповідністю визначених у звітах, деклараціях показників діяльності юридичної особи фактичним даним щодо об'єкта перевірки); 3) обґрунтовано, тобто, з урахуванням всіх обставин, що мають значення для прийняття рішення, (дослідження документів первинної бухгалтерської звітності, що містять достовірну інформацію про господарські операції, результати яких враховуються контролюючим органом); 4) безсторонньо (неупереджено); 5) добросовісно, (безумисного заподіяння шкоди юридичній особі, створенні перешкод в її діяльності, чи втручання в господарську діяльність, шляхом перевищення наданих контролюючому органу повноважень); 6) розсудливо, тобто, з урахуванням всіх встановлених юридичних фактів, що мають значення для правильного встановлення результатів перевірки, їх оформлення відповідно до закону); 7) з дотриманням принципу рівності перед законом, запобігаючи несправедливій дискримінації; 8) своєчасно, тобто, протягом розумного строку (з урахуванням строків проведення процедури адміністративного оскарження рішень контролюючих органів, якщо така процедура проводилася).

Реалізація адміністративними судами зазначених повноважень охоплюється поняттям "Судовий контроль", а в окремих випадках, на думку деяких дослідників може розглядатися, як втручання суду в діяльність органів виконавчої влади з метою приведення їхньої діяльності до вимог, встановлених законом [7, с.69]. Під іншим кутом зору, діяльність адміністративного суду по здійсненню завдань і функцій встановлених КАСУ у правозастосовному аспекті являє собою спосіб попередження правопорушень з боку суб'єктів владних повноважень, правовий засіб забезпечення публічного правопорядку.

Великою мірою завдання адміністративного судочинства, значення адміністративного суду у попередженні правопорушень обумовлюється змістом адміністративного позову, тобто: "Сукупністю дій суду, вчинення яких вимагає позивач виходячи з обраного ним способу захисту (відновлення) суб'єктивних прав" [6, с.199].

Невід'ємним елементом механізму оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень, в тому числі контролюючих органів є строки реалізації процесуальних заходів з відновлення і захисту порушених прав, охоронюваних законом інтересів.

З прийняттям КАСУ основні процесуальні строки оскарження рішень, дій чи бездіяльності одержали легальне закріплення саме в нормах цього законодавчого акту.

Як слідує із змісту норми, передбаченої ч. 2 ст. 99 КАСУ, для звернення до адміністративного суду за захистом, відновленням прав, свобод та законних інтересів встановлюється шестимісячний строк з моменту, коли особа дізналася або повинна була дізнатися про порушення своїх прав. Якщо виникнення адміністрати-

вного спору обумовлено пред'явленням суб'єктом владних повноважень безумовної грошової вимоги, строк звернення до адміністративного суду згідно з ч. 5 ст. 99 КАСУ становить один місяць з дати встановлення відповідної вимоги [8].

Системне тлумачення змісту наведених норм вказує на те, що законодавець визначаючи в нормах КАСУ строки оскарження рішень суб'єктів владних повноважень виходив передусім із предметного критерію, тобто, характеру спірних правовідносин, вимог, що з них випливають.

Прикладом зазначеного твердження можуть виступати правовідносини по оскарженню рішення про застосування до юридичної особи адміністративно-господарських санкцій. За буквальною змістом норми, передбаченої у ч. 1 ст. 238 Господарського кодексу України (далі – ГК) зазначений вид санкцій об'єднує заходи майнового та організаційного впливу на порушника правил здійснення господарської діяльності. Відповідно строк оскарження рішень про застосування майнових адміністративно-господарських санкцій: накладення штрафу, вилучення незаконно одержаного прибутку, конфіскації майна, а так само, як і оскарження рішень по стягненню заборгованості по податках, зборах, обов'язкових платежах становить один місяць з дати пред'явлення відповідної вимоги. Натомість, оскарження рішення про застосування заходів організаційного впливу допускається в шестимісячний строк з дати коли заінтересована особа дізналася або повинна була дізнатися про його винесення.

В аспекті предмета дослідження цієї статті передбачені законодавством України строки можна поділити на чотири основні види: 1) строки організації та здійснення конкретних процедур в межах перевірки діяльності юридичної особи; 2) строки прийняття, оформлення рішення за результатами проведеної перевірки органами контролю та строки застосування санкцій за виявлені правопорушення; 3) строки адміністративного оскарження рішення органу контролю, якщо законом передбачений відповідний порядок оскарження індивідуально-правових актів таких суб'єктів владних повноважень.

Зазначені строки закріплюються, як правило, в нормах матеріального права і мають правове значення для адміністративного суду та сторін спору в частині встановлення правомірності тих або інших дій, чи бездіяльності допущених контролюючим органом при проведенні перевірки діяльності юридичної особи. Зокрема, відповідно до ст. 250 ГК, уповноважений орган державної влади має право застосувати до порушника правил здійснення господарської діяльності адміністративно-господарські санкції протягом року з дати вчинення правопорушення, але, не пізніше шести місяців з дати його виявлення [4]. Порушення суб'єктом владних повноважень загальних строків застосування адміністративно-господарських санкцій є правовою підставою для скасування постанови про їх застосування до юридичної особи – правопорушника.

Із системного тлумачення змісту наведеної норми слідує, що межі зазначеного строку визначаються датою вчинення або виявлення правопорушення та прийняття рішення про застосування передбачених законом адміністративно-господарських санкцій. В адміністративному процесі передбачені нормами матеріального права строки виступають критерієм юридичної оцінки дій чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень, але, в той же час не впливають на судовий розгляд і вирішення адміністративної справи.

Слід зазначити, КАСУ допускає встановлення строків оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень в нормах інших законів України.

При чому, встановлені в спеціальних нормах конкретних законів строки мають пріоритет у застосуванні порівняно із загальним строком, передбаченим КАСУ [10]. Зазначений правозастосовчий підхід Вищого адміністративного суду України відображає зміст норм КАСУ та ґрунтується на загальнотеоретичних принципах реалізації норм права. Однак, значна розбіжність у тривалості строків звернення до адміністративного суду, іноді, не чіткість формулювання підстав початку їх перебігу мають наслідком створення нерівних умов для захисту прав та законних інтересів юридичних осіб в адміністративних судах, що суперечить принципам і завданням КАСУ.

Між тим, системний аналіз положень законодавства, яким врегульований порядок здійснення державного контролю (нагляду) за діяльністю юридичних осіб вказує на наявність окремих процесуальних строків в нормах матеріального права. Як приклад можна вказати на норму, закріплену у п. 56,18 ст. 56 Податкового кодексу України, згідно з якою: "З урахуванням строків давності платник податків має право оскаржити в суді податкове повідомлення – рішення, або рішення контролюючого органу про нарахування грошових зобов'язань у будь-який момент, після отримання такого рішення" [12]. Згідно з абзацом другим пункту 56,18 ст. 56 ПК, у випадку застосування платником податків процедури адміністративного оскарження рішення контролюючого органу, строк давності, встановлений ст. 102 продовжується на строк адміністративного оскарження до винесення суб'єктом владних повноважень конкретного рішення. Поряд з наведеним правилом, ПК у п. 56,9 ст. 56 передбачає, що у разі, коли до подання позовної заяви проводилася процедура адміністративного оскарження, платник податків (позивач) має право оскаржити податкове повідомлення – рішення, або рішення іншого контролюючого органу про нарахування грошових зобов'язань протягом місяця, що настає за днем закінчення процедури адміністративного оскарження відповідно до п. 56,17 ст. 56 ПК. Порівняльно-правове дослідження норм, закріплених абзацом першим пункту 56,18 та п. 56,19 ст. 56 ПК вказує на початок перебігу строку давності в першому випадку з дати надходження податкового повідомлення – рішення контролюючого органу і можливість його продовження на строк адміністративного оскарження. Натомість, за буквального змісту п. 56,19 ст. 56 ПК, місячний строк звернення до адміністративного суду з позовною заявою про оскарження рішення контролюючого органу починає перебіг з наступного дня після закінчення відповідної процедури і не підлягає продовженню на строк її тривалості. Здійснюючи регулювання односторонніх відносин, норма, передбачена пунктом 56,19 ст. 56 ПК фактично обмежує права сторін адміністративного спору в частині тривалості строків звернення для відновлення і захисту прав та законних інтересів юридичних осіб, продовження процесуальних строків, тощо.

Слід звернути увагу, ПК визнає процедуру адміністративного оскарження податкового повідомлення – рішення контролюючого органу досудовим порядком вирішення спорів, що дозволяє використовувати усі встановлені обставини, письмові документи, підготовлені за результатами процедури адміністративного оскарження, як докази в адміністративній справі, переданій на розгляд адміністративного суду.

В аспекті розв'язання колізії між нормами ПК можна підтримати правозастосовчу позицію Вищого адміністративного суду України, викладену у інформаційному листі від 10.02.2011 року № 203/11\13-11, відповідно до якої, пункти 56,18 та 56,19 ст. 56 ПК містяться в одному

тому самому нормативно-правовому акті, прийняті та введені в дію одночасно, регулюють ті самі правовідносини, тому суперечність між ними не може бути розв'язана за рахунок застосування загальноновизначених прийомів тлумачення правових норм (надання норми, яка прийнята пізніше, або, яка є спеціальною).

Отже, зазначені норми допускають неоднозначне (множинне) трактування змісту права платників податків на судове оскарження рішень про нарахування грошових зобов'язань, в частині початку перебігу і тривалості строків для такого оскарження. За такої моделі правового регулювання реалізації платниками податків права на оскарження рішень контролюючих органів, слід керуватися п. 56,21 ст. 56 ПК, згідно з якою: "У разі, коли норма цього Кодексу чи іншого нормативно-правового акту, виданого на підставі ПК, або, коли норми різних законів, чи різних нормативно-правових актів припускають неоднозначне (множинне) трактування прав та обов'язків платників податків, або контролюючих органів, внаслідок чого можуть бути прийняті рішення як на користь платника податків, так, і контролюючого органу, рішення приймаються на користь платника податків" [10].

Зважаючи на досліджені приписи ПК і вироблену адміністративними судами лінію судової практики щодо строків оскарження рішень контролюючих органів пропонуємо із статті 56 ПК п. 56,19 вилучити, а до відносин по оскарженню податкових повідомлень – рішень контролюючих органів застосовувати норму, передбачену у п. 56,18 ст. 56 у поєднанні із ст. 102 ПК.

Здійснюючи системне тлумачення норми, закріпленої у п. 56,18 ст. 56 ПК, Вищий адміністративний суд України в Інформаційному листі від 05.07.2011 року № 945/11/13-11 вказав на необхідність застосовувати при визначенні податкових зобов'язань, в тому числі при оскарженні у адміністративних судах строків давності, передбачених у ст. 102 ПК, тобто, 1095 днів з дати виникнення, нарахування податкового зобов'язання [11]. Такий правозастосовчий підхід до проблеми визначення строків оскарження рішень контролюючих органів прямо вказує на визнання норми, закріпленої у ст. 102 ПК, як пріоритетної (спеціальної) порівняно з нормами ст. 99 КАСУ. Поряд з цим, Вищий адміністративний суд України вказує на можливість застосування строків давності, встановлених у ст. 102 ПК до визначення податкових зобов'язань і оскарження рішень контролюючих органів, тим самим, поширив дію цього строку на оскарження правомірності застосування санкцій до платників податків. Зазначене правило поширюється і на контролюючі органи в частині строків стягнення податкової заборгованості, в тому числі за майновими санкціями [11].

На наш погляд, закріплення процесуальних строків в нормах матеріального права є не зовсім виправданим з точки зору критеріїв правового регулювання конкретних видів адміністративно-процесуальних правовідносин. Проведене дослідження механізму оскарження в адміністративних судах рішень контролюючих органів, прийнятих за результатами перевірок діяльності юридичних осіб вказує на необхідність систематизації законодавства у цій сфері, усунення дублювання одних видів за змістом норм. В цьому аспекті, слід погодитись з науковцями, які вказують на необхідність включення норм, що визначають види, підстави, порядок проведення контролю-наглядових процедур (перевірок) діяльності юридичних осіб, механізм адміністративного оскарження прийнятих рішень до проекту Кодексу Адміністративних процедур [1 с. 137, 138]. Поряд з наведеними пропозиціями у зазначеному проекті Закону

слід закріпити виключний перелік органів державної влади та місцевого самоврядування, наділених правом здійснювати перевірки діяльності юридичних осіб, встановити мінімальну та максимальну межі тривалості відповідних заходів, види санкцій, які може застосовувати той або інший суб'єкт владних повноважень, підстави проведення позапланових і комплексних перевірок, умови взаємодії різних контролюючих органів при їх проведенні.

Одночасно, нові нормативно-правові акти повинні враховувати положення Податкового і Митного кодексів, якими регламентується порядок здійснення фінансового контролю з боку податкових інспекцій, митних органів. З введенням в дію Кодексу Адміністративних процедур підзаконні нормативно-правові акти, які регламентують порядок проведення перевірок діяльності юридичних осіб мають бути скасовані з одночасним запровадженням у вказаний проект Кодексу норми, відповідно до якої: "Підстави, види, порядок проведення перевірок діяльності юридичних осіб, а також санкції, що підлягають застосуванню до них за порушення правил здійснення господарської діяльності визначаються виключно законом".

Великою мірою удосконаленню правозастосовчої діяльності в частині оскарження рішень контролюючих органів, винесених за результатами перевірок могла б сприяти підготовка у майбутньому Верховним або Вищим адміністративним судами України роз'яснення із загальних питань судової практики з відповідної категорії справ, передусім, в частині визначення об'єкта та предмета перевірок, заходів попередження адміністративних правопорушень у сфері економіки, відображен-

ня особливостей забезпечення адміністративних позовів до контролюючих органів.

1. Алімов В. С. Процедури в адміністративному праві України: теорія і практика: дис. ... зд. наук. ступеня кюр./В.С. Алімов. – Донецьк, 2002. – 165 с.
2. Андрейко О. Ф. Організаційно-правові проблеми державного контролю у сфері виконавчої влади: дис. ... зд. наук. ступеня дюр./О.Ф. Андрейко. – Київ, 1999. – 378 с.
3. Гаращук В.М. Теоретико-правові проблеми контролю та нагляду у державному управлінні: дис. ... зд. наук. ступеня дюр./В.М. Гаращук. Харків, 2003. – 413 с.
4. Господарський Кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 436 // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18. – № 19–20; № 21–22. – Ст. 144.
5. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 6. – Ст. 56.
6. Гражданское процессуальное право: Учебник / С. А. Алейкина, В. В. Блажеев и др.; Под ред. М. С. Шакарян. – М.: Изд-во Проспект, 2004. – 584 с.
7. Кияхсанов И.Ш. Административно – процессуальное право / И.Ш. Кияхсанов / – Москва, 2004. – 399 с.
8. Кодекс административного судочинства України від 06.07.2005 // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 35–36. – № 37. – Ст. 446.
9. Конституція України від 28.06.1996 // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
10. Лист Вищого адміністративного суду України від 10.02.2011 N 203/11/13-11. Інформаційно-пошукова система ТОВ "Ліга Закон".
11. Лист Вищого адміністративного суду України від 05.07.2011 N 945/11/13-11. Інформаційно-пошукова система ТОВ "Ліга Закон".
12. Податковий кодекс України, від 02.12.2010р. №2755-VI. (ВВР 2011, №13-14, №15-16, №17, ст. 112).
13. Про банки і банківську діяльність: Закон України від 07.12.2000 р. (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2001, N 5-6, ст.30).
14. Про Державну податкову службу в Україні: Закон України від 04.12.1990р. (ВВР УРСР, 1991, №6, ст.37).
15. Про затвердження Порядку проведення інспектування державною контрольно-ревізійною службою Постанова Кабінету Міністрів України № 550 від 20.04.2006 р. (з наступними змінами та доповненнями). Інформаційно-пошукова система ТОВ "Ліга Закон".
16. Про захист економічної конкуренції : Закон України від 11.01.2001 // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 12. – Ст. 64.

Надійшла до редколегії 15.12.11

А. Молдован, канд. юрид. наук

ПІДСТАВИ ПРИПИНЕННЯ СУДДІВСЬКИХ ПОВНОВАЖЕНЬ У ФЕДЕРАТИВНІЙ РЕСПУБЛІЦІ НІМЕЧЧИНИ

В статті висвітлюються підстави припинення суддівських повноважень у Федеративній Республіці Німеччини.

Ключові слова: Конституція Федеративної Республіки Німеччини, принципи кримінального процесу, суддя, припинення суддівських повноважень.

В статье освещаются основания прекращения полномочий судьи у Федеративной Республике Германии.

Ключевые слова: Конституция Федеративной Республики Германии, принципы уголовного процесса, судья, прекращение полномочий судьи.

The article highlights the grounds of stopping of plenary powers of judge in German Federal Republic.

Keywords: Constitution of German Federal Republic, principles of criminal process, judge, stopping of plenary power of judge.

Актуальність публікації визначається тим що, підстави звільнення судді з посади є неодмінною та важливою складовою принципу незмінюваності. У більшості країн світу заслуговує на увагу положення про те, що суддя загальної юрисдикції звільняється з посади органом, що його обрав або призначив, у разі закінчення строку, на який його обрано чи призначено.

Підстави припинення суддівських повноважень у ФРН: через 5 років після першого призначення, якщо немає рекомендації призначати довільно; порушення принципів Конституції і посягання на конституційний лад; досягнення суддею 65-річного віку; втрачено право вважатися німцем; суддя зарахований на військову службу; відмовляється від принесення присяги; обраний до представницького органу; переїхав для постійного проживання, або на довготривалий строк в іншу країну без згоди вищого органу службового управління; за станом здоров'я, що перешкоджає виконувати службові обов'язки [1,69; 2,179].

Несумісність суддівської посади з іншими посадами та видами діяльності як конституційний обов'язок судді – встановлене законом обмеження, яке забороняє суміщати судову діяльність з іншими правомірними видами діяльності, визначеними законом. Тому порушення

суддею цього обов'язку є однією з підстав припинення його повноважень.

Важливий обов'язок, який покладає судова служба, – це несумісність її з іншими заняттями. Між ними і судовою діяльністю має бути зроблено вибір, без права їх поєднувати. Правило несумісності має кілька значень:

по – перше, заборона поєднувати судову діяльність з іншими видами діяльності. Закон має на меті забезпечити належне виконання кожного із видів діяльності;

по – друге, закон бажає, щоб особа, яка поступила на судову службу, віддавала їй всю енергію, всі свої сили, не відволікаючись сторонніми заняттями;

по – третє, несумісність спрямована саме на охорону незалежності судової діяльності.

У ФРН питання несумісності суддівської посади визначаються в §42 "Німецького Закону про суддів", де вказується, що суддя може здійснювати діяльність за сумісництвом тільки у сфері правосуддя і судового управління. Суддя не може одночасно здійснювати функції судової влади і завдання, що відносяться до компетенції законодавчої та виконавчої влади. Поряд з судовою владою суддя може здійснювати: функцію судового управління; дослідницьку роботу та викладання у вищій школі, державному навчальному закладі чи

© Молдован А., 2012

відомчій навчальній установі; контрольні заходи; представництво в органах примирення та інших аналогічних незалежних органах [2,42].

Незмінюваність суддів не захищає їх від звільнення в абсолютній формі, і, як правило, підстави звільнення судді прямо встановлюються конституцією. Так, підставою для звільнення судді з посади може бути: порушення принципів правосуддя і посягання на конституційний лад – ч. 2. ст. 98 Основного Закону ФРН [1,69].

КПК ФРН закріплює наступні принципи правосуддя:

- офіційності – Legalitätsgrundsatz (ч. 1 § 152);
- обвинувачення – Akkusationsprinzip (§ 151, 155, 264);
- законності – Gesetzlichkeit (ч. 2 § 152);
- обов'язку дослідження всіх обставин кримінальної справи – erstrecken alle Tatsachen und Beweismittel, die für die Entscheidung von Bedeutung sind (ч. 2 § 155, 244).

Всі принципи німецького кримінального процесу складають єдину взаємодіючу систему, оскільки між собою вони тісно пов'язані. Як забезпечення обвинуваченому права на захист має прямий та безпосередній вплив на принципи, так і вони, в свою чергу, сприяють реалізації обвинуваченням його права на захист і охорони його законних інтересів.

Принцип офіційності (Legalitätsgrundsatz) – заключається в тому, що кримінальне переслідування здійснюється відповідними державними органами незалежно від волі потерпілого / ex officio /.

Виключенням із цього принципу є справи приватного обвинувачення, які порушуються за скаргою потерпілого. Дія принципу офіційності також обмежена відносно деяких державних злочинів. Для кримінального переслідування з цих справ обов'язково потрібен спеціальний дозвіл відповідного органу, який вирішує це за власним розсудом, виходячи із політичного значення справи, чи потрібно взагалі порушувати кримінальне переслідування чи краще від нього відмовитися. Наприклад, кримінальне переслідування за образу федерального президента допускається тільки з його дозволу; образу конституційних органів (законодавчі органи, конституційний суд, їх члени) – з дозволу вказаних органів; розголошення державної таємниці – з дозволу федерального уряду [3, с.71].

Принцип обвинувачення (Akkusationsprinzip). Зміст цього принципу заключається в обмеженні вироку суду обвинуваченням, яке висунула прокуратура в досудовій стадії. Діє правило: нема обвинувача – немає судді. При цьому суд пов'язаний діями і особами, вказаними у обвинувальному висновку (§ 200 КПК ФРН). Судовий розгляд кримінальної справи може бути розпочато на основі порушення публічного обвинувачення. Виходячи з цього, розслідування і рішення в справі можуть стосуватися тільки дій та осіб, вказаних в обвинуваченні. Можливість додаткового обвинувачення відносно до інших дій та осіб при дотриманні визначених вимог закону не суперечать цьому принципу.

Таким чином, при дотриманні принципу обвинувачення, КПК ФРН вимагає участі двох осіб: обвинувача і судді, який не може бути обвинувачем. В діючому кримінальному процесі цей принцип означає, що судові слухання справи формально розпочинається тільки актом пред'явлення обвинувачення.

Принцип законності (Gesetzlichkeit) проголошує, що прокуратура зобов'язана застосувати заходи відносно всіх переслідуваних в кримінальному порядку діянь, за наявності достатніх приводів і підстав. Однак, як визнається в німецькій процесуальній літературі, принцип порушується внаслідок чисельних винятків, і практично діє принцип не законності, а принцип доцільності (Opportunitätsprinzip).

КПК ФРН передбачає велике коло підстав, з яких прокуратура має право відмовитися від кримінального переслідування або закрити справу. Це не тільки справи про малозначні кримінально карані діяння і справи приватного обвинувачення. Восьмий закон "Про зміни в кримінальному праві" від 26 липня 1968 р. ввів принцип доцільності відносно державних злочинів (так звані справи про захист держави) і передбачив невизначені основи закриття справ цієї категорії. Так, Генеральний прокурор ФРН має право відмовитися від кримінального переслідування державних злочинів, якщо проведення судового процесу викликало б небезпеку серйозної шкоди Федеративній Республіці Німеччини, і якщо переслідування протирічило б іншим вищим публічним інтересам [4, с. 40].

Принцип обов'язку дослідження всіх обставин кримінальної справи (erstrecken alle Tatsachen und Beweismittel, die für die Entscheidung von Bedeutung sind) означає, що суд за обов'язком служби зобов'язаний дослідити всі обставини справи і при цьому не пов'язаний з клопотаннями і показаннями учасників процесу. В кримінально – процесуальному законі ФРН прямо передбачено, що розслідування та розгляд справи поширюється на вказані в обвинуваченні діяння особи та що в межах цього обвинувачення суд має право і зобов'язаний здійснити самостійне дослідження фактичних обставин справи. Закон також підкреслює, що суд з метою встановлення істини зобов'язаний за обов'язком служби досліджувати всі факти і докази які мають значення для вирішення справи (ч. 2 § 244 КПК ФРН).

Згідно з принципом незмінюваності особу, яку призначено на суддівську посаду, не можна без її згоди не тільки відсторонити чи звільнити, але й перевести на іншу посаду – ні на більш низьку, ні на більш високу. Цей принцип практично означає неможливість зміщувати, тимчасово відсторонювати від посади, переміщувати чи примушувати суддів раніше від встановленого строку йти у відставку. Цей принцип закріплено в Конституції ФРН.

Незмінюваність суддів передбачає обмеження її певним, зазвичай нетривалим строком повноважень, після закінчення якого суддя підлягає переобранню чи перепризначенню на посаду вже безстроково. Таке застосування незмінюваності суддів може досить істотно обмежувати незалежність суддів під час їх першого строку повноважень. Органи, що здійснюють формування суддівського корпусу, лише за формальних підстав закінчення строку повноважень можуть відмовити судді в перезатвердженні його повноважень.

Відповідно до § 12 "Німецького закону про суддів" від 8.09.1961р. перед довічним призначенням суддею особа може бути призначена на посаду судді з іспитовим строком. Не пізніше ніж через п'ять років суддя, якого призначено з іспитовим строком, призначається суддею довічно.

Припинення повноважень суддів також пов'язане із суддівською відставкою чи звільненням за власним бажанням у випадках небажання виконувати обов'язки судді, досягнення пенсійного віку (ст. 97 Основного Закону ФРН). Суддя має право в будь-який час перебування на посаді незалежно від мотивів подати заяву про звільнення з посади за власним бажанням. Заява подається до органу який його обрав, або призначив – Президентом ФРН.

Міністр юстиції з комісією з обрання суддів, а також службою Президента ФРН мають перевірити і з'ясувати, чи це дійсно волевиявлення судді, чи не має місця сторонній вплив на нього або примус.

Якщо суддя, переведений у відставку через свою службову неспроможність, усе ж таки набуде її і знову залучатиметься до суддівських відносин, його кандидатура вже не вимагатиме нових виборів. Те визначення комісії з обрання суддів, що відповідний суддя спроможний на посаду судді у відповідному вищому суді не втрачає своєї чинності у зв'язку з тимчасовим перебуванням у відставці [5, 89].

Умовам, підставам та порядку звільнення суддів з посад присвячено статті 21-24 "Закону про суддів". Це є не лише ознакою німецького педантизму, а й гарантією і захисним механізмом для судді від можливого свавілля виконавчої влади. Суддя автоматично звільняється зі служби у таких випадках: якщо втрачено право вважатися німцем; якщо існують службові відносини з роботодавцем, коли це не дозволено законом; якщо суддю зараховано на військову службу. Суддю також можна звіль-

нити за судовим вироком, але й за цих обставин суддя не звільняється назавжди, а тільки при відповідній градації злочинів і карної санкції. З моменту набрання вироком чинності службові відносини судді припиняються і додаткового рішення суду не потрібно [6, 136].

1. Федеративная Республика Германия. Конституция и законодательные акты: Пер. с нем./ Под ред. Ю.П.Уряса. – М.: Прогресс, 1991. С.166. 2. Немецкий закон о судьях / Материалы по вопросам политики и общества в Федеративной Республике Германия: Интернационалес, Германия, 5300, Бонн 2; 1993. С.212. 3. Уголовно-процессуальный кодекс ФРГ: пер. с немецкого Б.А. Филимонова. – М.: 1994. С. 168. 4. Молдован А.В. Забезпечення обвинуваченому права на захист у кримінальному процесі Федеративної Республіки Німеччини та України (порівняльно-правове дослідження): Монографія. – К.: Київський ВПЦ університет, 2004. С.242. 5. Шишкін В.І. Судові системи країн світу. Навч. посіб. К.: Юрінком Інтер, 2001. – 336 с. 6. Москвич Л.М., Подкопаев С.В., Прилуцкий С.В. Статус судді: питання теорії та практики: Монографія. – Х.: ВД "ІНЖЕК", 2004. – С.360.

Надійшла до редколегії 16.12.11

УДК 346.13: 347.191.6

П. Повар, канд. юрид. наук

ПІДСТАВА ТА ФОРМИ ПРИПИНЕННЯ ЦЕНТРАЛЬНИХ ОРГАНІВ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ

У статті досліджуються підстава припинення центральних органів виконавчої влади, форми їх припинення: реорганізація та ліквідація; види реорганізації та ліквідації.

Ключові слова: центральний орган виконавчої влади, суб'єкт організаційно-господарських повноважень, припинення, реорганізація, ліквідація.

В статье исследуются основания прекращения центральных органов исполнительной власти, формы их прекращения: реорганизация и ликвидация; виды реорганизации и ликвидации.

Ключевые слова: центральный орган исполнительной власти, субъект организационно-хозяйственных полномочий, прекращение, реорганизация, ликвидация.

The article investigates the grounds for termination of the central executive bodies, the forms of their termination: reorganization and liquidation, the types of reorganization and liquidation

Keywords: the central executive body, the subject of organizational – economic authorities, termination, reorganization, liquidation.

Важливу роль у сфері організації господарської діяльності відіграють центральні органи виконавчої влади (далі – ЦОВВ). Органи державної влади, наділені господарською компетенцією, визнаються учасниками господарських відносин [2, ст.2] і належать до групи суб'єктів організаційно-господарських повноважень.

Цілями цієї статті є дослідження підстави припинення ЦОВВ, особливостей та порядку прийняття рішення про їх припинення, визначення форм припинення, видів реорганізації та ліквідації ЦОВВ, формулювання теоретичних положень в контексті теорії господарського права, а також розроблення практичних пропозицій, спрямованих на покращення вітчизняного законодавства.

Визначена як ціль дослідження проблематика недостатньо висвітлена у спеціальній літературі. Проблеми припинення переважно розглядаються стосовно юридичних осіб, юридичних осіб приватного права або суб'єктів господарського права, суб'єктів господарювання, підприємств у працях О.М. Вінник, О.М. Зубатенко, О.Р. Кібенко, І.М. Кучеренко, О. М Скоропис, О.В. Титової, Ю.М. Юркевича, Н.В. Щербакіної, В.С.Щербини та інших науковців. Однією із причин такої ситуації донедавна був недостатній рівень розвитку нормативної бази. Останнім часом вітчизняне законодавство було доповнено значним за обсягом нормативним матеріалом, положення якого в переважній мірі складають новації правового регулювання відносин, пов'язаних з припиненням ЦОВВ. Динамічний розвиток національного законодавства визначає завдання його ґрунтовного теоретичного дослідження.

Відповідно до ч.1 ст. 1 Закону України "Про центральні органи виконавчої влади" від 17.03.2011 р. [7] (далі – Закон про ЦОВВ) систему центральних органів виконавчої влади складають міністерства України (далі – міністерства) та інші центральні органи виконавчої вла-

ди (далі – інші ЦОВВ). Система ЦОВВ є складовою системи органів виконавчої влади, вищим органом якої є Кабінет Міністрів України (далі – КМУ). Суттєва відмінність між міністерствами та іншими ЦОВВ полягає у їх цільовому призначенні: міністерства забезпечують формування та реалізують державну політику в одній чи декількох сферах, тоді як інші ЦОВВ виконують окремі функції з реалізації державної політики [7, ч.2 ст.1]. Особливість правового статусу інших ЦОВВ виявляється також у правилах підпорядкування. Згідно із ч.2 ст.16 Закону про ЦОВВ діяльність інших ЦОВВ спрямовується та координується Кабінетом Міністрів України через відповідних міністрів згідно із законодавством. Перелік міністрів та ЦОВВ, діяльність яких спрямовується і координується КМУ через відповідних членів КМУ, встановлений у розділі IV Схеми організації та взаємодії центральних органів виконавчої влади, затвердженої Указом Президента України від 9 грудня 2010 р. №1085/2010 [9] (далі – Схема організації та взаємодії ЦОВВ).

Інші ЦОВВ утворюються як: 1) служби; 2) агентства; 3) інспекції [7, ч.1 ст.16]. Розмежування проводиться за критерієм характеру більшості функцій, якими наділяється ЦОВВ: 1) служба – переважають функції з надання адміністративних послуг фізичним і юридичним особам; 2) агентство – переважають функції з управління об'єктами державної власності, що належать до сфери його управління; 3) інспекція – переважають контрольні-наглядові функції за дотриманням державними органами, органами місцевого самоврядування, їх посадовими особами, юридичними та фізичними особами актів законодавства.

У системі ЦОВВ законодавець виділяє категорію ЦОВВ зі спеціальним статусом [7, ст.24]. Відповідно до ч. 1 ст. 24 Закону про ЦОВВ центральними органами зі спеціальним статусом є: 1) Антимонопольний комітет

України [4, ст.1]; 2) Фонд державного майна України [8, ст.1]; 3) Державний комітет телебачення і радіомовлення України [10, п.1]. Визначальним чинником виокремлення зазначених ЦОВВ є вживання їх назви у Конституції України. Крім того, інші ЦОВВ зі спеціальним статусом можуть бути утворені Президентом України [7, абз.2 ч. 1 ст. 24]. Так, згідно із Розділом III Схеми організації та взаємодії ЦОВВ до ЦОВВ зі спеціальним статусом також віднесено: 1) Адміністрацію Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України; 2) Національне агентство України з питань державної служби [9].

Таким чином, законодавець виокремлює різні види центральних органів виконавчої влади: міністерства, інші ЦОВВ, ЦОВВ зі спеціальним статусом; а також серед категорії інших ЦОВВ – їх різновиди: служби, агентства, інспекції.

Підставою реорганізації та ліквідації ЦОВВ виступають рішення Президента України. Конституційно-правовою нормою встановлено, що Президент України утворює, реорганізовує та ліквідовує за поданням Прем'єр-міністра України міністерства та інші ЦОВВ, діючи в межах коштів, передбачених на утримання органів виконавчої влади (п.15 ч.1 ст.106 Конституції України [1]). Такі рішення видаються у формі Указів Президента. Згідно із ч.4 ст.106 Конституції України акт Президента України, виданий в межах повноваження, передбачених пунктом 15 статті 106, скріплюються підписами Прем'єр-міністра України і міністра, відповідального за акт та його виконання. Крім того ч.5 ст.114 Конституції України визначені повноваження Прем'єр-міністра України щодо внесення згаданого подання Президенту України. Зазначені конституційні норми відтворені у спеціальному законодавстві [7, ч.1 ст. 5; 6, абз. 3 п. 2 ч. 1 ст. 42; 11, п.2].

Як вказано у рішенні Конституційного Суду України (далі – КСУ) у справі про повноваження Президента України реорганізовувати центральні органи виконавчої влади від 28.01.2003 р. №2-рп/2003 (далі – рішення КСУ від 28.01.2003 р.), здійснюючи повноваження, встановлені п.15 ч.1 ст. 106 Конституцією України, "Президент України повинен дотримуватися встановлених зазначеною нормою порядку та умов їх реалізації, а саме – за поданням Прем'єр-міністра України та діючи в межах коштів, передбачених на утримання органів виконавчої влади. Інших застережень щодо повноважень Президента України п. 15 ч.1 ст. 106 Конституції України не містить" [12].

Разом з тим, конституційно-правовий статус окремих міністерств та ЦОВВ зі спеціальним статусом – органів, назви яких прямо чи опосередковано встановлені Конституцією України – визначає зміст зазначених повноважень Президента України щодо їх реорганізації. Такі особливості знайшли своє відображення у згаданому рішенні КСУ від 28.01.2003 р. У мотивувальній частині рішення КСУ зазначив, що зафіксувавши назви окремих міністерств та інших центральних органів виконавчої влади, Конституція України тим самим передбачила їх існування і певну стабільність функціонування. В разі реорганізації таких органів не можуть бути змінені їх назва та основне цільове призначення, що впливає з назви, оскільки це може призвести до зміни конституційно визначеного механізму здійснення державної влади її окремими органами або вплинути на обсяг конституційних повноважень цих органів, зокрема на повноваження Верховної Ради України щодо надання згоди на призначення та звільнення встановлених Основним Законом України посадових осіб. Таким чином, КСУ вирішив, що положення п. 15 ч.1 ст. 106 Конституції України в аспекті конституційного подання тре-

ба розуміти так, що при здійсненні повноважень щодо реорганізації міністерств та інших ЦОВВ Президент України за поданням Прем'єр-міністра України, діючи в межах коштів на утримання органів виконавчої влади, може реорганізовувати міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, не змінюючи зазначеної в Конституції України назви цих органів та їх основного цільового призначення, що випливає з назви [12]. Слід зауважити, що у рішенні КСУ не згадується можливі способи реорганізації, за яких не змінюється зазначені два елементи правового статусу ЦОВВ – назва та основне цільове призначення, що випливає з назви.

Визначені у рішенні КСУ гарантії існування та стабільності функціонування міністерств та ЦОВВ зі спеціальним статусом, назви яких встановлені Конституцією України, зумовлюють також зміст повноважень Президента України щодо їх ліквідації. Такі ЦОВВ не можуть бути ліквідовані без внесення змін до Конституції України.

Загальні норми щодо реорганізації та ліквідації міністерств та інших ЦОВВ викладені у ст.5 Закону про ЦОВВ [7] та у прийнятому відповідно до зазначеної статті Порядку здійснення заходів, пов'язаних з утворенням, реорганізацією або ліквідацією міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, затвердженому постановою КМУ України від 20.10.2011 р. №1074 [11] (далі – Порядок). Як зазначається у ч.4 ст. 24 Закону про ЦОВВ, положення цього Закону поширюються на Антимонопольний комітет України, Фонд державного майна України, Державний комітет телебачення і радіомовлення України, інші утворені Президентом України ЦОВВ зі спеціальним статусом, крім випадків, коли Конституцією та законами України, актами Президента України визначені інші особливості організації та порядку їх діяльності. Наведена норма також визначає і сферу застосування положень ст.5 Закону, що регламентує питання утворення, реорганізації та ліквідації міністерств та інших ЦОВВ. У розвиток законодавчих положень у абз.2 п.1 Порядку встановлено, що дія цього Порядку поширюється на ЦОВВ зі спеціальним статусом та їх територіальні органи, крім випадків, коли Конституцією та законами України, актами Президента України визначені інші особливості порядку їх утворення, реорганізації або ліквідації.

Передумовою прийняття рішення Президента України про реорганізацію або ліквідацію ЦОВВ є проходження стадії підготовки рішення, яка включає в себе дії уповноважених суб'єктів (посадових осіб) щодо підготовки, складання, оформлення необхідних документів, їх розгляду та внесення за правилами підпорядкування відповідному суб'єкту для здійснення визначених законодавством дій та/або прийняття рішення.

Закон про ЦОВВ визначає три чинники, з урахуванням яких повинні здійснюватися реорганізація та ліквідація ЦОВВ [7, ч.3 ст.5]: 1) з урахуванням завдань КМУ, 2) з урахуванням необхідності забезпечення здійснення повноважень ОВВ; 3) з урахуванням недопущення дублювання повноважень. У розвиток положень Закону про ЦОВВ Порядок встановлює, що *пропозиція* щодо реорганізації або ліквідації ЦОВВ вноситься Прем'єр-міністру України членом КМУ [11, п.3]. Зазначені чинники, визначені Законом для процесів утворення, реорганізації та ліквідації ЦОВВ, у нормах Порядку трансформуються у вимоги, яким повинна відповідати *пропозиція* члену КМУ щодо утворення, реорганізації та ліквідації ЦОВВ. Крім того, Порядок встановлює *додаткові вимоги* щодо обґрунтованості утворення, реорганізації або ліквідації ЦОВВ. Ці вимоги формулюються у вигляді вимог до змісту пропозиції, яка повинна містити:

1) у разі реорганізації ЦОВВ – обґрунтування щодо: а) неможливості або недоцільності виконання відповід-

них завдань та функцій таким органом; б) визначення шляху реорганізації (злиття, приєднання, поділ, перетворення); в) відповідні фінансово-економічні розрахунки;

2) у разі ліквідації ЦОВВ – обґрунтування щодо доцільності відмови держави від виконання завдань та функцій такого органу або передачі їх іншим органам виконавчої влади [11, п.3].

Таким чином, на противагу особливостям реорганізації та ліквідації суб'єктів господарювання чи, відповідно до класифікації юридичних осіб за ЦК, юридичних осіб приватного права, реорганізація та ліквідація ЦОВВ не передбачає їх здійснення на підставі судового рішення, що є відображенням особливої правової природи статусу ЦОВВ як суб'єктів владних повноважень (суб'єктів публічного права). Не будучи суб'єктами господарювання (ч.1 ст.8 ГК), ЦОВВ не визнаються і суб'єктами банкрутства, а отже не можуть бути реорганізовані або ж ліквідовані у випадках та підставах, визначених спеціальним законом про банкрутство.

Аналіз норм спеціального публічного законодавства щодо ЦОВВ та норм ЦК [3] щодо юридичних осіб, що визначають підстави реорганізації та ліквідації, а також суб'єктів припинення відповідних рішень, дозволяє дійти висновку, що на ЦОВВ як юридичних осіб публічного права не поширюються дія, зокрема, положень ч. 3 ст.104 ЦК, ч.1 ст.105 ЦК, ч.1, ч.2 ст.106 ЦК, ст. 110 ЦК. Не підлягають застосуванню також норми ст.38 Закону України "Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців" [5] (далі – Закон про реєстрацію), які встановлюють підстави постановлення судового рішення про ліквідацію юридичної особи, не пов'язаної з банкрутством. Тобто, норми спеціального законодавства виключають можливість застосування зазначених норм ЦК та Закону про реєстрацію, сфера застосування яких обмежується лише юридичними особами приватного права або суб'єктами господарювання.

Спеціальне законодавство визначає *форми припинення* ЦОВВ та регламентує деякі аспекти їх здійснення. Окремі аспекти є проявом характерних особливостей припинення ЦОВВ, що мають характер видових ознак, поряд з родовими – властивими в цілому організаціям, як колективним утворенням з правами юридичної особи.

Законодавство закріплює дві правові форми припинення ЦОВВ: реорганізацію і ліквідацію. Як встановлено ч. 5 ст.5 Закону про ЦОВВ, міністерство, інший ЦОВВ припиняється шляхом реорганізації (злиття, приєднання, поділу, перетворення) або ліквідації. Ця норма відтворена у п.5 Порядку. Крім того, п.8 Порядку встановлює, що внаслідок реорганізації (злиття, приєднання, поділу, перетворення) припиняється той ЦОВВ, майнові права та обов'язки якого переходять його правонаступникам. Зауважимо, що у цій нормі через категорію переходу майнових прав та обов'язків визначаються особливості реорганізації як способу припинення та встановлюється той ЦОВВ, що припиняється.

Суттєві риси способів реорганізації відтворені в п.6 Порядку, яка визначає від кого і кому переходять права та обов'язки ЦОВВ. Привертає увагу вживання законодавцем терміну "права та обов'язки", який є ширшим за своїм значенням, аніж термін "майнові права та обов'язки" (вживається у п.7, п. 8 Порядку). Так, згідно із п.6 Порядку права та обов'язки міністерств та інших ЦОВВ переходять:

1) у разі *злиття* органів виконавчої влади – до органу виконавчої влади, утвореного внаслідок такого злиття;

2) у разі *приєднання* одного або кількох органів виконавчої влади до іншого органу виконавчої влади – до органу виконавчої влади, до якого приєднано один або кілька органів виконавчої влади;

3) у разі *поділу* органу виконавчої влади – до органів виконавчої влади, утворених внаслідок такого поділу;

4) у разі *перетворення* органу виконавчої влади – до утвореного органу виконавчої влади.

У розмежуванні понять права та обов'язки, з одного боку, і майнові права та обов'язки, з іншого, слід вбачати відображення комплексного характеру відносин реорганізації та ліквідації, які не вичерпуються лише майновими відносинами. Більше того, відмінності цих понять проявляються у можливості переходу прав та обов'язків ЦОВВ у разі його ліквідації. Відповідно до п.п.5 п. 6 Порядку *права та обов'язки* ЦОВВ переходять у разі ліквідації органу виконавчої влади і передачі *його завдань та функцій* іншим органам виконавчої влади – до органів виконавчої влади, визначених відповідним актом Президента України. Таким чином, законодавець виділяє два випадки (види) ліквідації ЦОВВ:

1) *ліквідацію без передачі повноважень та функцій*. Рішення про таку ліквідацію приймається у разі доцільності відмови держави від виконання *завдань та функцій* такого органу [11, абз.3 п.3];

2) *ліквідацію з передачею завдань та функцій* іншим органам виконавчої влади, визначених відповідним актом Президента України. Логічно, що, на противагу попередньому випадку, рішення про таку ліквідацію приймається у разі доцільності такої передачі [11, абз.3 п.3].

Необхідно відзначити, що згідно із нормою Закону про ЦОВВ Указом Президента України про ліквідацію міністерства, іншого ЦОВВ *визначається* орган виконавчої влади, якому передаються повноваження та функції міністерства, іншого ЦОВВ, що ліквідується [7, ч. 8 ст. 5] (курсив наш. – П.П.). У зв'язку з цим, привертають увагу деякі особливості юридичної техніки наведеної норми.

По-перше, з буквального тлумачення цієї норми випливає, що Указом Президента України про ліквідацію ЦОВВ завжди повинен визначатися орган, якому передаються повноваження та функції, оскільки вживається слово "визначається". Однак варіант рішення про ліквідацію без зазначення органу, якому передаються повноваження та функції, передбачається нормами Порядку (підзаконним актом), а також втілюється у практиці правозастосування (наприклад, абз.5, 6 п.2 Указу Президента України "Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади" від 09.12.2010 № 1085/2010 [9]). Визначаючи можливість доцільності відмови держави від виконання завдань та функцій органу, що ліквідується, або ж можливість застосування інших способів формулювання та оформлення (викладення) приписів щодо передачі повноважень (наприклад, у приписі про утворення органу вказується на наділення його повноваженнями, що належали органу, що ліквідується чи ліквідований), уявляється, що точнішим є вживання у Законі словосполучення "може визначатися".

По-друге, об'єктом передачі за Законом виступають *повноваження та функції*. Поряд з цим, у Порядку, вживаються терміни: "завдання" та "функції" (п.3, п.6), "повноваження" та "функції" (п.12 та п.13), а також регламентуються, як вказувалося раніше, питання переходу прав та обов'язків (п.6) та переходу майнових прав та обов'язків (п.7).

Законодавець у нормах, що регулюють особливості реорганізації та ліквідації ЦОВВ, не розкриває структури категорії прав та обов'язків, за винятком виокремлення одного з їх різновидів – майнових прав та обов'язків, а також не визначає співвідношення між поняттями права і обов'язки, повноваження, функції, завдання. З буквального тлумачення положення п.6 Порядку слід вбачати, що рішення про передачу завдань та функцій

ЦОВВ, що ліквідується, має наслідком перехід прав та обов'язків ЦОВВ, що ліквідується, до іншого ЦОВВ.

Вжита законодавцем термінологія та юридичні конструкції віддзеркалюють окремі аспекти правового механізму передачі (переходу) владних повноважень, прав та обов'язків, що впливають з відносин організації (управління, керівництва), та правонаступництва у майнових правах та обов'язках (у разі реорганізації) чи їх припинення (згідно з усталеною точкою зору, у разі ліквідації), що складають зміст відносин майнового характеру, у разі припинення ЦОВВ як суб'єкта права. порушена проблематика потребує ретельного комплексного теоретичного дослідження. Уявляється, що визначальним у такому механізмі є перехід функцій та завдань, владних повноважень ЦОВВ, виходячи із мети їх створення та діяльності.

У результаті проведеного дослідження можна дійти таких узагальнених висновків.

Особливість правового статусу ЦОВВ зі спеціальним статусом, назва яких вжита у Конституції України, полягає у тому, що, по-перше, Президент України може реорганізовувати міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, не змінюючи зазначеної в Конституції України назви цих органів та їх основного цільового призначення, що впливає з назви, і по-друге, без внесення змін до Конституції України ліквідація таких органів неможлива.

Реорганізація та ліквідація ЦОВВ не передбачає їх здійснення на підставі судового рішення, а також у випадках та підставах, визначених законом про банкрутство, що є відображенням особливої правової природи статусу ЦОВВ як суб'єктів владних повноважень. На ЦОВВ як юридичних осіб публічного права не поширюються дія, зокрема, положень ч. 3 ст.104 ЦК, ч.1 ст.105 ЦК, ч.1, ч.2 ст.106 ЦК, ст. 110 ЦК, ст.38 Закону про реєстрацію.

Законодавство закріплює дві правові форми припинення ЦОВВ: реорганізацію (злиття, приєднання, поділу, перетворення) і ліквідацію.

Виходячи з норм законодавства виділено два випадки (види) ліквідації ЦОВВ: 1) *ліквідацію без передачі повноважень та функцій*; 2) *ліквідацію з передачею завдань та функцій* іншим органам виконавчої влади, визначених відповідним актом Президента України. Актуальним є дослідження проблематики правового регулювання переходу повноважень, прав та обов'язків, майнових прав та обов'язків у разі припинення центральних органів виконавчої влади.

1. Конституція України від 28.06.1996 р. // ВВР України. – 1996. – №30. – Ст. 141. 2. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. // ВВР України. – 2003. – № 18, № 19 – 20, № 21–22. – Ст. 144. 3. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // ВВР України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356. 4. Закон України "Про Антимонопольний комітет України" від 26.11.1993 р. // ВВР України. – 1993. – №50. – Ст. 472. 5. Закон України "Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців" від 15.05.2003 р. // ВВР України. – 2003. – № 31–32. – Ст. 263. 6. Закон України "Про Кабінет Міністрів України" від 07.10.2010 р. // ВВР України. – 2011. – №9. – Ст.58. 7. Закон України "Про центральні органи виконавчої влади" від 17.03.2011 р. // Голос України. – 09.04.2011. – №65. 8. Закон України "Про Фонд державного майна України" від 09.12.2011 р. №4107 // Голос України. – 06.01.2012. – №2. 9. Указ Президента України "Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади" від 09.12.2010 № 1085/2010 // Офіційний вісник Президента України. – 2010. – №32. – Ст.1020. 10. Положення про Державний комітет телебачення та радіомовлення України, затверджене Указом Президента України від 07.05.2011 р. №559/2011 // Укр. – 25.05.2011. – №93. 11. Порядок здійснення заходів, пов'язаних з утворенням, реорганізацією або ліквідацією міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, затверджений постановою КМУ України від 20.10.2011 р. №1074 // Урядовий кур'єр. – 2011. – 29.10.2011. – №201. 12. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України про офіційне тлумачення положень пункту 15 частини першої статті 106 Конституції України (справа про повноваження Президента України реорганізовувати центральні органи виконавчої влади) від 28.01.2003 р. №2-рп/2003 // Вісник Конституційного суду України – 2003. – № 1. – Стор. 20.

Надійшла до редколегії 16.12.11

Л. Лисенко, асп.

НОВІ ПІДХОДИ ДО КЛАСИФІКАЦІЇ УХВАЛ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

У статті висвітлюються ідеї автора щодо розширення класифікації судових ухвал новими видами.

Ключові слова: судові ухвали, види, групи, класифікація.

В статті розкриваються ідеї автора касательно расширения классификации судебных постановлений новыми видами.

Ключевые слова: судебные определения, виды, группы, классификация.

The article highlights the author's ideas about expanding the classification of court orders by new species.

Key words: court orders, species, groups, classification.

Ухвали в цивільному процесі, як і рішення суду мають досить важливе значення для реалізації особами їх конституційного права на судовий захист. Але для того, щоб ухвали суду виконували правозахисну функцію інтересів суб'єктів цивільних процесуальних відносин потрібно, насамперед, виробити чіткі критерії їх класифікації. Як зазначає Терехова Л.А., будь-яка класифікація виступає способом пізнання конкретного явища, допомагає розкрити його сутність [7, с. 34]. Адже дійсно, систематизуючи у певні групи ухвали, що хаотично розпорошені по всім правозастосовним циклам і по всіх стадіях судочинства у вигляді різних не зв'язаних між собою дій, відображається цілісна картина щодо місця і значення ухвал у цивільному судочинстві.

У юридичній літературі такі вчені як Дем'янова О.В. [2, с. 38–56], Загайнова С.К. [3, с. 40], Терехова Л.А. [7, с. 5], Треушников М.К. [1, с. 330–333], Фурса С.Я. [10, с. 709–710; с.7–17], Шиманович О.М. [11, с. 149], Штефан М.Й. [12, с. 461–462] виокремлюють різні критерії поділу ухвал види. Важливе значення їх напрацювань нами аж ніяк не заперечується, вони навпаки виступа-

ють предметом наших досліджень [5]. Однак, у доктрині поділ ухвал здійснюється як правило на підставі звужених критеріїв, у зв'язку з чим будь-яка запропонована класифікація одночасно не опосередковує всі ухвали, постановлення яких передбачено Цивільним процесуальним кодексом України (далі – ЦПК). З огляду на це, нас зацікавив підхід Перунової О.М., за яким таке узагальнення ухвал за однією підставою видається можливим. Класифікація ухвал, запропонована Перунової О.М., дає змогу охарактеризувати конкретну ухвалу, відповідно до того, коли виникає необхідність в її появі. На думку даного вченого, кожен з процесуальних документів у цивільному судочинстві має своє функціональне призначення на кожній стадії цивільного процесу, тобто має свої вимоги відносно процесуальної форми та змісту акта-документа [6, с. 30]. Вона справедливо вважає, що будь-яка стадія цивільного процесу, крім процесуальної мети, характеризується своїм специфічним змістом, колом суб'єктів процесуальної діяльності, особливим процесуально-документальним оформленням. Тобто, функціональне призначення процесуальних ак-

тів-документів до конкретної стадії цивільного процесу характеризується притаманній їй специфіці з застосуванням прав і обов'язків осіб, які беруть участь у справі, і які закріплені у законодавстві. Тому процесуальні акти-документи Перунова О.М. [6, с. 38] пропонує поділяти саме за стадіями цивільного процесу на:

- документи у стадії відкриття цивільної справи;
- документи у стадії провадження у справі до судового розгляду;
- документи у стадії судового розгляду і вирішення справи в судовому засіданні;
- документи у стадії апеляційного оскарження і перевірки рішень суду першої інстанції;
- документи у стадії касаційного оскарження і перевірки рішень суду першої та апеляційної інстанції;
- документи в стадії перегляду рішень, ухвал, що набрали законної сили, у зв'язку з винятковими (нині провадження з перегляду судових рішень Верховним судом України. – Л.Л.) та нововиявленими обставинами;
- документи у стадії виконання судових актів.

Проте сама класифікація у нас викликає певні зауваження. Насамперед, неправильно визначена послідовність розгляду справи, яку утворюють окремі стадії цивільного судочинства. Виходячи із законодавчої регламентації цивільного судочинства, виокремлюють такі його стадії [10, с. 57]:

- подання заяви до суду (ст. 118 ЦПК);
- відкриття провадження у справі (ст. 122 ЦПК);
- підготовка справи до судового розгляду (глава 3 розділу III ЦПК);
- судовий розгляд (глава 4 розділу III ст. 157-196 ЦПК), який закінчується ухваленням судового рішення;
- звернення судового рішення до виконання.

До того ж у запропонованій Перуновою О.М. класифікації допущено ряд інших помилок. Зокрема, необгрунтовано до стадій цивільного процесу віднесені апеляційне та касаційне оскарження та перегляд рішень, ухвал, що набрали законної сили, у зв'язку з винятковими (нині провадження з перегляду судових рішень Верховним судом України. – Л.Л.) та нововиявленими обставинами. Висловлену думку можна підкріпити посиланням на назву Розділом V ЦПК, в якому названі способи переглядів судових рішень. Крім того, слід виходити із понятійного апарату ЦПК, та співвідношення проваджень із стадіями. Так, провадження – це специфічний порядок розгляду справ, що в свою чергу складається з окремих стадій, які характеризуються сукупністю процесуальних правовідносин і дій, об'єднаних найближчою метою [10, с. 56-57]. Так, у апеляційному провадженні законодавець виділяє певні стадії розгляду справи апеляційним судом, наприклад, ст. 301 ЦПК – підготовка розгляду справи апеляційним судом; ст.304 ЦПК – порядок розгляду (судового) справи апеляційним судом.

Отже, наведена нами вище послідовність розгляду справ (стадій), передбачена у суді першої інстанції, а в судах перевірочних інстанцій, як бачимо, вона застосовується з певними особливостями.

Виконання судових актів також не є стадією цивільного судочинства, оскільки здійснюється не в судовому порядку, а державними виконавцями державної виконавчої служби, а тому відноситься до виконавчого провадження (процесу). Роль суду зводиться лише до видачі виконавчого листа та вирішення ряду інших процесуальних питань, пов'язаних з виконанням судових рішень у цивільних справах. Безпосередньо виконанням рішень займається Державна виконавча служба. Наша думка додатково підтверджується назвою Розділу VI, де йдеться лише про процесуальні питання, тобто окремі питання, які стосуються відносин: суд – державний ви-

конавець з спільних питань, які можуть мати місце при виконанні рішень суду, наприклад, визнання судом умов мирової угоди, яка має місце на стадії виконавчого провадження.

З урахуванням вищезазначеного ми вбачаємо необхідність вдосконалити останню класифікацію. Для цього доцільно проаналізувати ЦПК і згрупувати ухвали залежно від структури ЦПК та процедури судочинства. Вважаємо, найбільш чіткий критерій, за яким можна систематизувати ухвали є вид провадження, під час якого вони постановляються. Таким чином, ми виділяємо:

- ухвали, що постановляються судом першої інстанції;
- ухвали суду апеляційної інстанції;
- ухвали суду касаційної інстанції.

Враховуючи те, що відповідно до ч. 3 ст. 15 ЦПК суди в межах першої інстанції розглядають справи в порядку позовного, наказного та окремого провадження, при дослідженні ухвал, що постановляються судом першої інстанції, доцільно розмежовувати ухвали позовного, наказного та окремого провадження. Наприклад, згідно ч. 6 ст. 235 ЦПК, якщо під час розгляду справи окремого провадження виникне спір про право, який вирішується у порядку позовного провадження суддя залишає заяву без розгляду та роз'яснює заінтересованим особам їх право на звернення до суду з позовом. Проте серед підстав залишення позовної заяви без розгляду у ст. 207 ЦПК відсутня підстава, яка має місце при залишенні заяви без розгляду у окремому провадженні. Тому доцільно таку ухвалу з урахуванням, того, що вона має місце в окремому провадженні назвати: ухвала про залишення заяви без розгляду з підстав виникнення спору про право у окремому провадженні. Крім того, ч. 4 ст. 15 ЦПК передбачено, що справа про скасування рішення третейського суду відповідно до ч. 5 ст. 389-4 ЦПК розглядається судом за правилами, встановленими для розгляду справи судом першої інстанції, сюди ж віднесемо і відповідні ухвали, які постановляються у цьому провадженні. Це також стосується і провадження про видачу виконавчих листів на примусове виконання рішень третейських судів; про визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні. Крім того, необхідно відмітити, що від суду касаційної інстанції, зокрема Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних та кримінальних справ залежить можливість перегляду судових рішень Верховним Судом України, тому ухвали цього виду провадження розглядаються в межах ухвал суду касаційної інстанції. Такий підхід до вивчення ухвал дасть змогу комплексно здійснити їх аналіз.

При цьому варто зауважити, що є ухвали, постановлення яких можливе одночасно в усіх видах проваджень, а є ухвали, постановлення яких є виключною компетенцією суду відповідної інстанції. До того ж кожен вид провадження має свої особливості, що тією чи іншою мірою обумовлюють специфіку судового акту, в якому закріплюється його результат [9, с. 42]. Тому встановлення характерних особливостей ухвал суду повинно здійснюватися залежно від стадії конкретного провадження, в якій вони знайшли своє відображення.

Звернемо увагу, що апеляційна та касаційна інстанції здійснюють перевірку постановлених нижчестоящими судами актів з метою встановлення відсутності чи наявності судових помилок, а також їх усунення у разі необхідності. Трішкіна Є.Г. визначила судову помилку як похибку в діяльності уповноваженого суб'єкта (суду), що порушує норми процесуального і (або) матеріального права, та не досягає цілей цивільного судочинства, в результаті якої акт правосуддя чи окрема процесуальна дія стає неправомірною [8, с. 11]. Усунення судової по-

милки – це складова частина судового захисту [7, с. 194]. Така аксіома стала поштовхом для виокремлення ще однієї групи ухвал – ухвали щодо виявлення судових помилок. Це ухвали, які постановляються виключно в апеляційному та касаційному провадженні відповідно до статей 307, 314, 336 та 344 ЦПК. До цих ухвал також можна віднести окремі ухвали, що постановляються судом апеляційної інстанції, адже ст. 320 ЦПК надає повноваження апеляційному суду постановити окрему ухвалу, в якій зазначити порушення норм права і помилки, допущені судом першої інстанції, які не є підставою для скасування рішення чи ухвали суду першої інстанції, а також окремі ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ на аресу суду першої або апеляційної інстанції, постановлення яких передбачене ст. 350 ЦПК.

Хоча є випадки, коли перегляд судового акта може здійснювати не тільки вищестоящий суд, а й той суд, який його постановив, і ЦПК містить декілька таких винятків. Для визначення діяльності суду, яка передбачає контроль за власними діями, що закріплені такою процесуальною формою як судовий акт, Зайцев І.М. ввів термін "самоконтроль". Вчений розуміє його як сукупність процесуальних дій, об'єднаних спільною метою – усунути в першій інстанції допущені нею ж помилки, прорахунки та недоліки [4, с. 18-19]. Однак як справедливо зауважує Терехова Л.А. контроль за своїми актами входить до повноважень і вищестоящих інстанцій, оскільки вони також наділені правом виправляти в рішеннях описки й арифметичні помилки та роз'яснювати рішення [7, с. 107]. До того ж Терехова Л.А. наголошує, що самоконтроль можливий у випадках, передбачених законом; використовується для усунення очевидних і невинних помилок; помилки виправляються тим судом, який їх допустив [7, с. 111]. Все ж слід звернути увагу, що такі ухвали як ухвала про залишення заяви про перегляд заочного рішення без задоволення, ухвала про скасування заочного рішення і призначення справи до розгляду в загальному порядку, ухвала про залишення заяви про скасування судового наказу без задоволення та ухвала про скасування судового наказу є результатом розгляду суду першої інстанції питання щодо скасування чи відмови у скасуванні ним же і прийнятих судових актів. Такими повноваженнями наділені лише суди першої інстанції, всі інші суди можуть скасовувати тільки ухвали та інші судові акти у зв'язку з нововиявленими обставинами. Взагалі контроль судів найнижчої ланки за власними актами по суті є первинним, оскільки акти таких судів піддаються контролю в першочерговому порядку, до того як вони стануть предметом розгляду вищестоящого суду. Первинний контроль означає перевірку судового акта по суті та характеризується тим, що він включає в себе скасування актів суду, відкриваючи дорогу новому судовому розгляду по справі [7, с. 113, 115]. Так, відповідно до п. 2 ч. 8 ст. 105-1 ЦПК скасовуючи судовий наказ суд роз'яснює, що заявлені стягувачем вимоги можуть бути розглянуті у позовному провадженні з додержанням загальних правил щодо пред'явлення позову. Так само і при скасуванні заочного рішення справа призначається до розгляду в загальному порядку (ст. 231 ЦПК). Спільною для всіх видів первинного перегляду є процесуальна діяльність, на підставі якої має бути вирішене питання про скасування судового акта чи відмову в такому скасуванні. У разі скасування судового акта, справа розглядається тим же судом, який здійснив первинний контроль [7, с. 114]. Отже, новий розгляд справи (питання) тим же судом, що скасував попередній судовий акт по цій справі, є характерною особливістю самоконтролю, адже як за-

значає Терехова Л.А. в усіх інших випадках з новим розглядом справи суди зіштовхуються після скасування судового акта вищестоящим судом, і справа, як правило передається на розгляд іншому судді [7, с. 114]. Варто додати, що у цьому разі справа направляється на новий судовий розгляд іншому судді при чому до іншого суду – суду нижчестоящої інстанції.

Ще однією ознакою самоконтролю Терехова Л.А. називає усунення зовнішніх недоліків судового акта. Головною вимогою при цьому є збереження його сутності в незмінному стані [7, с. 113]. Така діяльність суду прослідковується при постановленні ухвали про виправлення описок/арифметичних помилок у судовому рішенні (ст. 219 ЦПК) або ухвали про виправлення помилок у виконавчому листі (ст. 369 ЦПК).

Вищезазначене спонукало нас розширити класифікацію ухвалами, якими суд здійснює самоконтроль. До того ж ми пропонуємо поділяти їх на такі види:

1) ухвали щодо самоконтролю суду власних дій, до яких ми відносимо:

- ухвала про виправлення описок/арифметичних помилок у судовому рішенні (ст. 219 ЦПК);
- ухвала про відмову в постановленні додаткового рішення (ст. 220 ЦПК);
- ухвала про роз'яснення рішення суду (ст. 221 ЦПК);
- ухвала про задоволення/відмову у задоволенні відводу (ст. 24 ЦПК);
- ухвала про відхилення/прийняття заперечень на дії головуєчого (ч. 3 ст. 160 ЦПК);
- ухвала про зміну одного способу забезпечення іншим (ст. 154 ЦПК);
- ухвала про скасування заходів забезпечення позову (ст. 154 ЦПК);
- ухвала про задоволення/відмову в задоволенні клопотання (ст. 168 ЦПК);
- ухвала про залишення заяви про перегляд заочного рішення без задоволення (ст. 231 ЦПК);
- ухвала про скасування заочного рішення і призначення справи до розгляду в загальному порядку (ст. 231 ЦПК);
- ухвала про залишення заяви про скасування судового наказу без задоволення (ст. 105-1 ЦПК);
- ухвала про скасування судового наказу (ст. 105-1 ЦПК);
- ухвала про зняття заборони здійснювати будь-які операції з цінним папером на пред'явника або за векселем (ст. 265 ЦПК);
- ухвала про виправлення помилки у виконавчому листі (ст. 369 ЦПК);
- ухвала про визнання виконавчого листа таким, що не підлягає виконанню повністю/частково (ст. 369 ЦПК);
- ухвала про задоволення/відмову в задоволенні заяви про перегляд судового наказу, заочного рішення, рішення або ухвали у зв'язку з нововиявленими обставинами (ст. 365 ЦПК).

2) ухвала щодо контролю судом дій судового розпорядника.

Можливість контролю судом дій судового розпорядника забезпечується шляхом розгляду судом скарг на дії чи бездіяльність судового розпорядника, що передбачена ч. 3 ст. 49 ЦПК. Трохи детальніше про це йдеться в ч. 5 ст. 160 ЦПК, відповідно до якої головуєчий розглядає скарги на дії чи бездіяльність судового розпорядника стосовно покладених на нього обов'язків, про що постановляє ухвалу.

3) ухвала щодо контролю судом дій секретаря судового засідання.

Так, згідно ст.48 до повноважень секретаря судового засідання входить:

- забезпечення фіксування судового засідання технічними засобами(ч. 2 ст. 197 ЦПК);

- ведення журналу судового засідання (ст.198 ЦПК);

- складання та оформлення протоколу про окремі процесуальні дії (статті 140, 200 ЦПК).

Щодо контролю суду за діями секретаря судового засідання суд постановлює:

- ухвали про розгляд зауважень щодо технічного запису судового засідання, журналу судового засідання (ст. 199 ЦПК);

Ухвала про розгляд зауважень щодо протоколу огляду доказів за їх місцезнаходженням (ч. 5 ст.140 ЦПК) взагалі відсутня процедура розгляду заяв про розгляд таких зауважень та можливість постановлення ухвали про розгляд зауважень щодо протоколу огляду і її оскарження. Тому пропонуємо доповнити ст. 140 ЦПК частинами 6,7 та викласти її відповідно у такій редакції:

Ч. 6 – "Протокол огляду доказів за місцем їх знаходження складає та оформлює секретар судового засідання".

Ч.7 – "Особи, які беруть участь у справі мають право знайомитися з протоколом огляду доказів за їх місцезнаходження, а також із усіма додатками до нього, передбаченими ч. 4 даної статті та протягом трьох днів з наступного дня після проведення огляду подавати свої зауваження щодо його неправильності та неповноти.

У разі пропуску строку подання зауважень на протокол огляду та відсутності підстав для його поновлення головуючий залишає їх без розгляду.

Зауваження на протокол огляду повинні бути розглянуті не пізніше трьох днів з їх подання.

Головуючий розглядає зауваження щодо протоколу огляду доказів за їх місцезнаходженням, про що постановляє ухвалу".

На нашу думку, ухвала про відхилення зауважень на протокол огляду доказів за їх місцезнаходженням має підлягати апеляційному оскарженню окремо від рішення суду. Оскільки результати такого огляду можуть бути вихідними даними для проведення експертизи.

4) ухвали щодо контролю за діями осіб, які беруть участь у справі та інших учасників процесу. Такі ухвали суду спрямовані на життя заходів, які дисциплінуватимуть суб'єктів нотаріального процесу.

До них слід,наприклад, віднести:

- ухвали, щодо застосування заходів процесуального примусу (ст. 91 ЦПК);

- ухвали суду про залишення заяви без руху з метою усунення недоліків заяви (ч. 1 ст. 121 ЦПК);

- ухвалу про скасування ухвали про призначення експертизи у разі неоплати судової експертизи у встановлений судом строк (ч. 2 ст. 86 ЦПК);

Крім того, проаналізувавши всі положення ЦПК можна виокремити ще одну групу ухвал, спільним для яких є те, що їх оскарження окремо від рішення суду ЦПК не передбачається, проте вони мають досить істотне значення для реалізації особами конституційного права на справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ. До таких увал слід віднести:

- ухвалу суду про відмову у задоволенні відводу (ст. 25 ЦПК);

- ухвала про залишення заяви без руху (ч. 1 ст. 121 ЦПК);

- ухвалу про відмову та забезпечення доказів;

- ухвалу про відмову забезпечення позову;

- ухвалу про об'єднання та роз'єднання первісного та зустрічного позовів;

- ухвалу про об'єднання в одне провадження заяви третьої особи з самостійними вимогами щодо предмету спору між сторонами або їх роз'єднання.

На нашу думку, вичерпний перелік ухвал, передбачений ст. 293 ЦПК є створенням штучних перешкод звернення громадян до суду. У процесі розгляду справи можуть виникати ситуації, які потребують негайного вирішення та зволікання з якими може призвести до невідворотних наслідків, коли сенсу апеляційного оскарження рішення суду не буде у зв'язку із втратою, знищенням доказу, який поновити буде неможливо. Наприклад, помре єдиний свідок, знищений буде єдиний письмовий доказ без яких позивач не зможе довести свої вимоги у суді. Неправильно вибраний або не співмірний спосіб забезпечення позову або відмова у його забезпеченні може призвести до негативних наслідків, наприклад, продаж відповідачем майна, зняття з особового рахунку коштів та їх витрата, що призведе до неможливості виконання рішення суду у майбутньому тощо.

У зв'язку з цим вважаємо, що у ст. 293 ЦПК слід не перераховувати ухвали суду першої інстанції, які підлягають апеляційному оскарженню окремо від рішення суду із вказівкою на їх вичерпний перелік, а слід виробити критерії для об'єднання таких ухвал у певні групи та такий перелік залишити відкритим. Наприклад, у такому переліку слід зазначити перетинальні ухвали, тобто ті які перешкоджають особам, які беруть участь у справі в реалізації їх законних прав на справедливий своєчасний та об'єктивний розгляд справи чи унеможливають подальший розгляд справи за існуючих умов, наприклад відмова у задоволенні відводу судді.

Таким чином, незважаючи на існування багатьох підходів до класифікації судових ухвал, ми знайшли простір для роздумів з цього питання, а саме:

1. Запропоновано класифікувати ухвали за видом провадження, під час якого вони постановляються на ухвали, що постановляються судом першої інстанції, ухвали суду апеляційної інстанції та ухвали суду касаційної інстанції, а також ухвал, які зостановлюються у справах позовного,окремого та наказного провадження.

2. Виокремлено ухвали щодо виявлення судових помилок – це ухвали, які постановляються виключно в апеляційному та касаційному провадженнях відповідно до ст. ст. 307, 314, 336 та 344 ЦПК та окремі ухвали, що постановляються судами апеляційної та касаційної інстанцій.

3. Розширено класифікацію ухвалами, якими суд здійснює самоконтроль, що в свою чергу поділяються на такі види: ухвали щодо самоконтролю суду власних дій та ухвали щодо контролю судом дій судового розпорядника, секретаря судового засідання та осіб, які беруть участь у справі та інших учасників процесу.

4. Виділено групу ухвал, спільним для яких є те, що їх оскарження окремо від рішення суду ЦПК не передбачається, проте вони мають істотне значення для реалізації особою її конституційного права на судовий захист, оскільки належать до групи перетинальних ухвал та унеможливають подальший розгляд справи за існуючих умов.

1. Гражданский процесс / Под ред. М. К. Треушникова. – М.: Городец, 2000. – 672 с. 2. Дем'янова О.В. Оскарження ухвал в цивільному судочинстві: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – Київ, 2008. – 192 с. 3. Загайнова С.К. Судебные акты в гражданском и арбитражном процессе: теоретические и прикладные проблемы: Автореф дисс. ... докт. юрид. наук: 12.00.15. – Екатеринбург, 2008. – 50 с. 4. Зайцев И.М. Самоконтроль суда первой инстанции в гражданском процессе // Рос. юстиция. – 1998. – № 12. 5. Лисенко Л.С. Ухвали суду: деякі теоретичні та практичні аспекти // Юриспруденція: теорія і практика. – 2010. – № 7 (69). – С. 2

– 7. 6. Перунова О.М. Процесуальні акти-документи з цивільних справ: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – Харків. – 2007. – 119 с. 7. Терехова Л.А. Система пересмотра судебных актов в механизме судебной защиты. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – 320 с. 8. Тришина Е.Г. Проблема судебного контроля в гражданском судопроизводстве: Дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов. – 2000. 9. Фазикш Г.В. Судові рішення в цивільному судочинстві: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – Харків. – 2008. – 193 с. 10. Фурса С.Я., Фурса Є.І., Щербак С.В., Ясинок М.М., Паскар А.Л. Цивільний процес України: академічний курс : [підручник для студ. юрид.

спец. вищ. навч. закл.]; [за ред. С.Я.Фурси]. – К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2009. – 848 с; Фурса С.Я., Фурса Є.І., Кучер Т.М. Процесуальні документи в цивільних справах: теорія, методика і практика. – К.: Правова єдність, 2011. – 896 с. 11. Шиманович О.М. Судові постанови в цивільному процесі України (на матеріалі рішень і ухвал суду першої інстанції): Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – Київ, 2005. – 221 с. 12. Штефан М.І. Цивільний процес. Підруч. для юрид. спеціальностей вищих закладів освіти: – К.: Ін Юре. – 2005. – 608 с.

Надійшла до редколегії 19.12.11

УДК 349.6:504.38

К. Прохоренко, асп.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОБЛІКУ АНТРОПОГЕННИХ ВИКИДІВ ПАРНИКОВИХ ГАЗІВ ТА ЇХ АБСОРБЦІЇ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

У статті проаналізовано стан чинного законодавства України на предмет правового регулювання обліку антропогенних викидів та абсорбції парникових газів з точки зору виконання вимог Рамкової конвенції ООН про зміну клімату та Кіотського протоколу до неї.

Ключові слова: облік викидів; парникові гази; національний кадастр; національна система оцінки; Рамкова конвенція ООН про зміну клімату; Кіотський протокол; Керівні принципи Міжурядової групи експертів зі зміни клімату.

В статье проанализировано состояние действующего законодательства Украины на предмет правового регулирования учета антропогенных выбросов и абсорбции парниковых газов с точки зрения выполнения требований Рамочной конвенции ООН об изменении климата и Киотского протокола.

Ключевые слова: учет выбросов; парниковые газы; национальный кадастр; национальная система оценки; Рамочная конвенция ООН об изменении климата; Киотский протокол; Руководящие принципы Межправительственной группы экспертов по изменению климата.

The article analyses the Ukrainian legislation related to the accounting of greenhouse gas emissions and their removal from the sinks to implement the United Nations Framework Convention on Climate Change and Kyoto Protocol.

Key words: emissions accounting; greenhouse gases; the national inventory; the national system of estimation; United Nations Framework Convention on Climate Change; Kyoto Protocol; Guidelines of the Intergovernmental Panel on Climate Change.

Актуальність дослідження викликана державним інтересом до правового забезпечення обліку антропогенних викидів парникових газів та їх абсорбції в якості засобу управління діяльністю, що впливає на клімат, та посилюється проблемами виконання Україною міжнародних зобов'язань, закріплених ст. ст. 4, 12 Рамкової конвенції ООН про зміну клімату [28] (далі – Конвенції) та ст.ст. 3, 5, 7 Кіотського протоколу до неї [14] (далі – Протоколу). Розкриття цих аспектів формує мету даного дослідження, яка передбачає з'ясування еколого-правової природи обліку у сфері охорони клімату, науковий аналіз чинного законодавства на предмет імплементації міжнародних зобов'язань у цій сфері та внесення пропозицій його вдосконалення.

Питаннями екологічного управління загалом та державного обліку у сфері екології зокрема займалися Андрейцев В.І., Балашенко С.В., Балюк Г.І., Гетьман А.П., Голіченко А.К., Кобецька Н.Р., Краснова М.В., Малишева Н.Р., Шемшученко Ю.С., та інші науковці. Втім, недостатньо дослідженими залишаються теоретико-правові та правореалізаційні аспекти обліку антропогенних викидів та абсорбції парникових газів, визначальні засади якого закладено міжнародним забезпеченням охорони клімату, як і не з'ясоване його співвідношення з галузевим інститутом обліку в сфері охорони навколишнього природного середовища.

Як відомо, облік у галузі охорони навколишнього природного середовища (екологічний облік) досліджується правовою наукою в якості функції, засобу екологічного управління [8, с. 441; 9, с. 153; 10, с. 58; 12, с. 287; 15, с. 273; 11, с. 200], і в такому розумінні визначається як хронологічне, систематичне або комбіноване нагромадження, групування та узагальнення інформації про стан навколишнього природного середовища, динаміку його змін, джерела впливу на нього, використання природних ресурсів, здійснення природоохоронних заходів та іншої екологічно важливої інформації, отриманої з первинних документів, що прийняті до обліку [11, с. 200].

Чинне законодавство України визначає зміст державного обліку в галузі охорони довкілля через його об'єкти, якими відповідно до ст. 24 Закону України "Про охो-

рону навколишнього природного середовища" від 25.06.1991 р. №1264-XII [26] та ст. 31 Закону України "Про охорону атмосферного повітря" від 16.10.1992 р. №2707-XII [25] можуть бути: 1) об'єкти, що шкідливо впливають, або можуть вплинути на стан навколишнього природного середовища, атмосферного повітря, 2) види та кількість (обсяги) шкідливих речовин, що викидаються, 3) види й розміри (ступені) шкідливих фізичних та біологічних впливів на нього, – вказуючи на те, що відповідний облік здійснюється за єдиною системою у порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України.

Однією з форм обліку кількісних, якісних та інших характеристик природних ресурсів, обсягу, характеру та режиму їх використання, згідно ст. 23 Закону України №1264-XII [26], є ведення державних кадастрів природних ресурсів. Хоча клімат не є природним ресурсом у розумінні ст. 5 цього Закону, джерелом інформації про об'єкти (джерела), види і розміри шкідливих речовин, що зумовлюють зміну клімату, є щорічний національний кадастр антропогенних викидів із джерел і абсорбції поглиначами парникових газів (далі – Кадастр), який формується на міжнародних засадах.

Зокрема, на підставі ст.ст. 4, 12 Рамкової конвенції ООН про зміну клімату Україна як Сторона Конвенції несе зобов'язання по розробці, періодичному оновленню, публікації та представленню до Секретаріату Конвенції *національних кадастрів* антропогенних викидів із джерел і абсорбції поглиначами всіх парникових газів, які не регулюються Монреальським протоколом про речовини, що руйнують озоновий шар (далі – *Кадастри*). Частиною 4 статті 3 Кіотського протоколу, у зв'язку з цим, закріплено зобов'язання надавати на розгляд Допоміжного органу з наукових і технологічних консультацій дані для визначення рівня накопичення державою вуглецю у 1990 році і для проведення оцінки змін у накопиченні ними вуглецю у наступних роках, для чого за правилами ч. 1 ст. 5 Кіотського протоколу слід створити не пізніше, ніж за один рік до початку першого періоду дії зобов'язань *національну систему оцінки* антропогенних викидів із джерел і абсорбції поглиначами всіх

парникових газів, що не регулюються Монреальським протоколом (далі – *Національна система*).

Поновленими керівними принципами для представлення інформації про щорічні кадастри після включення положень рішення 14/CP.11 (2006 р.) [3] передбачено, що даними Кадастру охоплюються такі групи речовин як: 1) *парникові гази прямої дії*, передбачені додатком А Кіотського протоколу (діоксид вуглецю (CO₂), метан (CH₄), діазоту оксид (N₂O), гідрофторвуглеці (HFCs), перфторвуглеці (PFCs) та гексафторид сірки (SF₆)); 2) *прекурсори парникових газів* (окис вуглецю (CO), окиси азоту (NO_x), неметанові леткі органічні сполуки (НМЛОС)); 3) *будь-які інші парникові гази*, величини глобального потепління яких за 100-річний період були визначені Міжурядовою групою експертів зі зміни клімату (МГЗЕК) і прийняті Конференцією Сторін; а також *оксиди сірки* (SO_x).

З огляду на різницю інтенсивності впливу на клімат, викиди парникових газів та їх абсорбції обліковуються окремо по кожному газу, в одиницях маси та еквіваленті двоокису вуглецю (CO₂-екв.) залежно від потенціалу глобального потепління. При цьому, дані про викиди шести парникових газів прямої дії систематизуються в Кадастрі по шести секторам додатку А Кіотського протоколу, що кваліфікуються як "ключові категорії викидів", з відмежуванням від даних про абсорбцію цих газів поглиначами, і надаються на розгляд Допоміжного органу в загальноприйнятому форматі звітності.

Згідно з ч.ч. 3, 4 ст. 3, ч. 1 ст. 7 Кіотського протоколу, Сторони також мають надавати необхідну додаткову інформацію як частину щорічних національних кадастрів та національних повідомлень. Додаткова інформація, що надається Україною згідно цих вимог, стосується даних: 1) про об'єми викидів і поглинань резервуарів лісових екосистем в результаті діяльності у секторі LUCULF, згідно з п.п. 3, 4 ст. 3 Протоколу; 2) про авуарі вуглецевих одиниць; 3) про зміни в національній системі оцінки парникових газів; 4) про зміни в національному реєстрі вуглецевих одиниць; 5) про мінімізацію негативних впливів.

З урахуванням зазначеного, **об'єктом обліку** в сфері охорони клімату можна вважати екологічну інформацію про кількість викидів парникових газів прямою та непрямою дію, які не регулюються Монреальським протоколом, інші забруднюючі речовини, узгоджені Конференцією Сторін; обсяги абсорбції природними поглиначами парникових газів; та діяльність щодо викидів та/або абсорбції парникових газів, що надаються в порядку, визначеному Конференцією Сторін Рамкової конвенції ООН про зміну клімату.

Імплементація міжнародних зобов'язань у національне законодавство України обумовила доповнення положеннями про парникові гази кожного із заходів обліку в галузі охорони атмосферного повітря, передбачених постановою Кабінету Міністрів України №1655 від 13.12.2001 р. "Про затвердження порядку ведення державного обліку в галузі охорони атмосферного повітря" [24], зокрема: 1) взяття на облік об'єктів, які справляють шкідливий вплив; 2) ведення на об'єктах первинного обліку стаціонарних джерел, які справляють шкідливий вплив; 3) складання державної статистичної звітності щодо впливу на атмосферне повітря стаціонарних і пересувних джерел; 4) проведення інвентаризації викидів та обсягів забруднюючих речовин на зазначених об'єктах.

Так, по-перше, доповнено Перелік забруднюючих речовин та порогових значень потенційних викидів, закріплений у додатку 1 до Інструкції про порядок та критерії взяття на державний облік об'єктів, які справляють

або можуть справити шкідливий вплив на здоров'я людей і стан атмосферного повітря, видів та обсягів забруднюючих речовин, що викидаються в атмосферне повітря [13], *парниковими газами*, що є підставою для **взяття на державний облік** стаціонарного об'єкта, який здійснює їхні викиди.

По-друге, на підставі ч. 2 ст. 24 Закону України №1264-XII [26], ч. 1 ст. 10 Закону України №2707-XII [25] та п. 5. постанови Кабінету Міністрів України №1655 від 13.12.2001 р. [24] на взятих на державний облік об'єктах здійснюється **ведення первинного обліку та звітної документації** щодо шкідливого впливу стаціонарних джерел, роботи установок очищення газів, виконання заходів, пов'язаних із зменшенням обсягів викидів забруднюючих речовин в атмосферне повітря, що поширюється й на викиди парникових газів. Наказом Держкомстату від 30.04.2004 р. №252 [21] затверджено Інструкцію та форму № ПОД-2, за якою власник стаціонарного об'єкта зобов'язаний забезпечувати заповнення Журналу обліку виконання заходів з метою охорони атмосферного повітря.

Складання статистичної звітності щодо викидів парникових газів у атмосферне повітря стаціонарними джерелами регулюється Інструкцією щодо заповнення форм державних статистичних спостережень про охорону атмосферного повітря № 2-ТП (повітря) "Звіт про охорону атмосферного повітря" (річна) та № 2-ТП (повітря) "Звіт про охорону атмосферного повітря" (квартальна), затвердженою наказом Державного комітету статистики України від 20.10.2008 р. № 396 [22]. Вказані форми подаються респондентами, узятими на державний облік за обсягами потенційних викидів забруднюючих речовин та парникових газів в атмосферу, органу державної статистики за місцем здійснення економічної діяльності.

Крім того, наказами Держкомстату затверджено спеціальні методики розрахунку викидів парникових газів: Методику розрахунку викидів забруднюючих речовин та парникових газів у повітря від транспортних засобів (наказ від 13.11.2008 р. № 452) [16], та Методику розрахунку викидів забруднюючих речовин та парникових газів у повітря від використання палива на побутові потреби в домогосподарствах (наказ від 22.04.2011 р. №98) [17], за якими в основу розрахунку викидів парникових газів покладено статистичні дані про обсяги використаного палива та рекомендовані Мінприроди питомі показники викидів парникових газів від споживання однієї тонни палива, у зв'язку з неможливістю застосування методу вимірювання фактичних викидів цих джерел забруднення.

Інвентаризація викидів та абсорбції парникових газів як стадія державного обліку здійснюється на різних рівнях державного регулювання: на рівні підприємства відповідно до Інструкції про зміст та порядок складання звіту проведення інвентаризації викидів забруднюючих речовин на підприємстві, затвердженої наказом Мінприроди №7 від 10.02.1995 р. [20], та в державному (національному) масштабі на спеціальних правових засадах, закріплених ч. 1 а) ст. 4 Рамкової конвенції ООН про зміну клімату [28] та ч.ч. 3, 4 ст.3, ч. 1 ст. 5, ч.ч. 1, 2, 4. ст. 7 Кіотського протоколу [14]. З урахуванням зазначеного, термін "інвентаризація" (inventory) має подвійне значення: як процес – система державних заходів по збиранню інформації щодо викидів і поглинання парникових газів, або як Кадастр антропогенних викидів та абсорбції парникових газів – формалізований звід даних, офіційне джерело інформації про об'єкт інвентаризації.

Відповідно до Порядку проведення національної інвентаризації антропогенних викидів із джерел та погли-

нання поглиначами парникових газів, затвердженням наказом Держекоінвестагентства №58 від 24.10.2008 р. [19], **інвентаризація** – це **оцінка** антропогенних викидів парникових газів, яка проводиться у відповідності з прийнятими Рамковою конвенцією ООН про зміну клімату та методичними принципами, викладеними в керівництвах Міжурядової групи експертів зі зміни клімату. Зважаючи на те, що суттєвої відмінності між поняттями інвентаризації та оцінки законодавство України не передбачає, доцільно врахувати визначення ним **національної системи оцінки антропогенних викидів та абсорбції парникових газів** як системи організаційно-технічних заходів щодо спостереження, збирання, оброблення, передачі і збереження інформації, передбачене постановою Уряду від 21.04.2006 р. № 554 [27]. Дещо інше значення вкладається в цей термін Керівництвами національних систем відповідно до ч. 1 ст. 5 Кіотського протоколу [1], за якими **національна система оцінки** – це **всі інституційні, правові і процедурні механізми**, створені Стороною Додатку 1, для оцінки антропогенних викидів із джерел і абсорбції поглиначами парникових газів, що не регулюються Монреальським протоколом, і для представлення та архівування кадастрової інформації. Допускаючи певний ступінь гнучкості при виборі державою механізмів підготовки Кадастру парникових газів, Керівництва національних систем передбачають обов'язкові вимоги до формування Кадастру – так звані **загальні та спеціальні функції** національних систем.

Інвентаризація та оцінка парникових газів мають здійснюватися на спеціальних засадах: *транспарентності, узгодженості, порівнянності (відповідності), повноти і точності*, – закріплених керівництвами Міжурядової групи експертів зі зміни клімату від 1996, 2003, 2006 рр. [3, 4, 5, 6]. Керівні принципи МГЕЗК є обов'язковими для Сторін Конвенції, але припускають певний ступінь гнучкості та вибір національних значень коефіцієнтів викидів, обґрунтованих за допомогою спеціально проведених наукових досліджень або результатів безпосередніх вимірювань. Такі коефіцієнти викидів мають бути офіційно представлені в національних доповідях з інвентаризації для Рамкової конвенції зі зміни клімату ООН.

Аналіз чинного законодавства України свідчить про наявність правового забезпечення обліку та оцінки парникових газів. На виконання загальної функції Національної системи, визначено орган, який несе загальну відповідальність за підготовку щорічного Кадастру. Зокрема, координатором заходів по виконанню Рамкової конвенції ООН про зміну клімату визначено Мінприроди України. Відповідальність за здійснення координації та підготовки щорічної національної інвентаризації в Україні покладено на Держекоінвестагентство (ДЕІА) при Мінприроді в особі його структурного підрозділу – Департаменту національної системи обліку парникових газів.

До щорічного збору даних для складання кадастру долучаються й інші суб'єкти: міністерства, державні комітети, облдержадміністрації, Національна академія Наук України, науково-дослідні інститути, комерційні організації, незалежні експерти, громадські та неурядові організації. Фактичне виконання кадастрових робіт здійснюється Українським науково-дослідним гідрометеорологічним інститутом на підставі довгострокового тендеру з ДАЕІ, яке за договорами субпідряду залучає до інвентаризації ті чи інші науково-дослідні інститути, приватні компанії та експертів. Фінансування інвентаризації здійснюється з Державного фонду охорони навколишнього природного середовища.

Врегульовано порядки проведення щорічної національної інвентаризації [19] та порядок функціонування

системи оцінки антропогенних викидів із джерел та поглинання поглиначами парникових газів [27]. Зокрема, інвентаризація в рамках спеціальних функцій Національних систем виконується в декілька етапів: *планування* (надсилання форм-запитів про надання інформації щодо викидів до органів влади, підприємств, установ і організацій; планування покращання якості, перегляд коефіцієнтів та методик, створення робочої групи розробників інвентаризації тощо), *підготовки* (збирання і обробка даних, інформації) та *управління* (архівування, прийом місій експертів Секретаріату Конвенції тощо).

З метою прийняття національних методик інвентаризації парникових газів та обґрунтування застосування національних коефіцієнтів викидів, наказом Держекоінвестагентства України від 05.10.2009 р. № 73 "Про затвердження Методичних рекомендацій щодо підготовки методик для інвентаризації викидів парникових газів від антропогенних джерел" [23] на розробку та реалізацію вищевказаних методик уповноважено наукові установи, науково-дослідні інститути, підприємства і організації. Наказами Держекоінвестагентства, наприклад, затверджено методики розрахунку/оцінки парникових газів при виробництві та споживанні електричної енергії на теплових електростанціях, у промисловості, при санації будівлі. Втім, не всі сектори, що кваліфікуються як ключові категорії викидів згідно з Кіотським протоколом, мають національні методики обліку (інвентаризації) у зв'язку з чим при розрахунках викидів парникових газів застосовуються узагальнені міжнародні значення, рекомендовані Керівництвами МГЕЗК.

Згідно зі ст. 8 Кіотського протоколу, інформація національного Кадастру перевіряється міжнародними експертами. За наслідками її розгляду виявляються будь-які потенційні проблеми та фактори, здатні впливати на стан виконання зобов'язань та приймається відповідне рішення. Тому важливим питанням обліку парникових газів є засоби перевірки (верифікації) первинних облікових даних національного Кадастру шляхом реалізації процедур забезпечення і контролю якості інвентаризації (ЗЯ/КЯ).

Згідно із затвердженням наказом Мінприроди від 31.05.2008 р. №268 Планом проведення робіт для щорічної підготовки і ведення Національного кадастру парникових газів та Планом робіт по забезпеченню і контролю якості первинних даних і розрахунків для щорічної підготовки Національного кадастру парникових газів, у відповідності з керівними принципами здійснюються процедури забезпечення і контролю якості (ЗЯ/КЯ) вихідних даних, коефіцієнтів викидів і результатів інвентаризації. Контроль якості полягає у внутрішньому рецензуванні контрольних розрахунків для виявлення аномальних коливань у часових рядах оцінок викидів і значень показників кадастру, що забезпечується шляхом організації експертизи по ключовим категоріям провідними спеціалістами з науково-дослідних інститутів, галузевих організацій у відповідних секторах, а також приватних експертів та компаній на договірних засадах [18].

На виконання міжнародних зобов'язань з року, що слідує на дату ратифікації Кіотського протоколу, Україна забезпечила представлення п'ять щорічних національних кадастрів антропогенних викидів парникових газів із джерел та абсорбції поглиначами. Згідно з попереднім рішенням Комітету з дотримання зобов'язань Кіотського протоколу від 25.08.2011 р. за наслідками розгляду Національного кадастру антропогенних викидів парникових газів із джерел та їх абсорбції поглиначами за 1990-2009 рр. виявлено прогалини щодо достовірності даних внаслідок діяльності в секторі LULUCF, неможливості отримання транспарентної та

достовірної інформації про вуглецеві пули, недостатність інформації в секторі енергетики та індустріальних процесів, відсутність енергетичного балансу країни, відсутність належного обґрунтування віднесення інформації про викиди в окремих секторах до конфіденційної та інше [7].

12.10.2011 р. Комітетом прийнято рішення про забезпечення виконання національною системою оцінки антропогенних викидів із джерел та їх абсорбції України загальної та спеціальної функцій, що мало наслідком тимчасову заборону на право здійснювати передачу (транзакцію) вуглецевих одиниць за механізмами (проектами), передбаченими ст.ст. 6, 12, 17 Кіотського протоколу, за національною процедурою [2].

Висновки. Таким чином, на підставі міжнародного забезпечення охорони клімату в межах чинного законодавства України сформовано новий елемент єдиної системи державного обліку в галузі охорони навколишнього природного середовища – облік антропогенних викидів та абсорбції парникових газів, який має власний об'єкт, зміст, мету та функції.

В якості засобу управління діяльністю, що впливає на клімат, такий облік доцільно розглядати як врегульовану правовими нормами систему державних заходів щодо здійснення інвентаризації та оцінки інформації про антропогенні викиди парникових газів із джерел та їх абсорбцію поглиначами, а також діяльність, пов'язану з їх здійсненням, що провадиться на засадах та в порядку, схваленому Конференцією Сторін Рамкової Конвенції ООН про зміну клімату.

Практична мета розглядуваного обліку полягає в підготовці щорічного національного Кадастру як офіційного зводу даних, первинного джерела облікової інформації про антропогенні викиди парникових газів із джерел та їх абсорбцію, та національного повідомлення про зміну клімату – звіту про заходи, що вживаються державою для регулювання діяльності, що впливає на клімат. Зафіксована у Кадастрі інформація підлягає використанню органами державної влади та місцевого самоврядування з метою програмування, планування, прийняття управлінських рішень, слугує правовою підставою реалізації екологічного контролю, та є важливим засобом забезпечення доступу громадськості до інформації про стан навколишнього середовища, у частині його комплексного об'єкта – клімату.

Важливе значення обліку викидів та абсорбції парникових газів в якості "критерія відповідності" (*eligibility requirement*) держави та її резидентів правилам скорочення викидів в рамках міжнародних механізмів, передбачених ст.ст. 6, 12, 17 Кіотського протоколу. Зв'язуючи елементом економічних механізмів з обліком викидів парникових газів (*emissions accounting*) є облік їх скорочень (*assigned amount accounting*), що фіксується у Національному реєстрі вуглецевих одиниць та співвідноситься з даними Кадастру.

Одним з пріоритетних напрямів вдосконалення обліку у сфері еколого-правової охорони клімату є його інституційно-функціональне забезпечення, що має здійснюватися за різними напрямками: як шляхом посилення потенціалу державних органів, відповідальних за проведення інвентаризації (освіта, підвищення кваліфікації кадрів, науково-методологічне, технічно-апаратне забезпечення, створення автоматичних баз даних), так і в частині залучення незалежних суб'єктів (екологічний аудит, екологічна стандартизація, екологічна експертиза) для виконання контролю якості інвентаризації. Потребує подальшої розробки методологічна база обліку парникових газів шляхом прийняття національних коефіцієнтів та методик розрахунку в секторах, які мають

суттєві розбіжності з узагальненими міжнародними значеннями, не покриваються дією існуючих методик, або де залишається високий ступінь невизначеності, наприклад: діяльність у секторі землекористування, лісокористування та лісовідновлення, використання палива у міжнародних перевезеннях (авіаційному, морському, річковому транспорті), викидах у сільському господарстві, при поводженні з відходами (у частині безгосподарних відходів, стічних вод) тощо. Точність і повнота даних у секторі енергетики може досягатися шляхом складання чіткого енергетичного балансу держави та автоматичних розрахунків відповідних йому викидів.

Зважаючи на те, що існуючий підзаконний рівень правового регулювання обліку парникових газів не забезпечує консолідації правових норм в їх узгоджену систему, оптимальною формою їх упорядкування може бути спеціальний Закон про охорону клімату, окрема глава якого має бути присвячена правовим засадам обліку антропогенних викидів парникових газів із джерел та їх абсорбції поглиначами.

1. Decision 19/CMP.1. Guidelines for national systems under Article 5, paragraph 1, of the Kyoto Protocol, contained in FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.3. 2. Final Decision of the enforcement branch of the Compliance Committee concerning Ukraine, 12 October 2011, Bonn (Germany), contained in CC-2011-2-9/Ukraine/EB. 3. Guidelines for the preparation of national communications by Parties included in Annex I to the Convention, Part I: UNFCCC reporting guidelines on annual inventories, contained in FCCC/SBSTA/2006/9. 4. Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) (1997). Houghton J.T., Meira Filho L.G., Lim B., Tréanton K., Mamaty I., Bonduki Y., Griggs D.J. and Callander B.A. (Eds). Revised 1996 IPCC Guidelines for National Greenhouse Inventories. IPCC/OECD/IEA, Paris, France. 5. Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) (2000). Penman J., Kruger D., Galbally I., Hiraishi T., Nienzi B., Emmanuel S., Buendia L., Hopppas R., Martinsen T., Meijer J., Miwa K., and Tanabe K. (Eds). Good Practice Guidance and Uncertainty Management in National Greenhouse Gas Inventories. IPCC/OECD/IEA/IGES, Hayama, Japan. 6. Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) (2003). Penman J., Gytarsky M., Hiraishi T., Krug, T., Kruger D., Pipatti R., Buendia L., Miwa K., Ngara T., Tanabe K., Wagner F., Good Practice Guidance for Land Use, land-Use Change and Forestry IPCC/IGES, Hayama, Japan. 7. Preliminary finding of the enforcement branch of the Compliance Committee concerning Ukraine, 25 August, 2011, Bonn (Germany), contained in CC-2011-2-6/Ukraine/EB. 8. Андрейцев В.І. Екологічне право: Курс лекцій: Навч. посібник для юрид. фак. вузів. – К.: Вентурі, 1996. 9. Балащенко С.А. Государственное управление в области охраны окружающей среды. – Мн.: БГУ, 2000. – 341 с. 10. Балуик Г.І. Екологічне право України: Конспект лекцій у схемах (Загальна і Особлива частини): Навч. посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 192с. 11. Екологічне право України. Академічний курс: Підручник. – Друге видання / За заг. ред. Ю.С. Шемшученка. – К.: ТОВ "Видавництво "Юридична думка", 2008. – 720с. 12. Екологічне право України: [Підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закладів] / за ред. А.П. Гетьман та М.В. Шульги. – Х.: Право, 2009. – 328с. 13. Інструкція про порядок та критерії взяття на державний облік об'єктів, які справляють або можуть справити шкідливий вплив на здоров'я людей і стан атмосферного повітря, видів та обсягів забруднюючих речовин, що викидаються в атмосферне повітря : наказ Міністерства екології та природних ресурсів України : від 10 травня 2002 р. № 177 [Зареєстровано в Міністерстві юстиції України від 22 травня 2002 р. за № 445/6733] // Офіційний вісник України, 2002, № 22 (14.06.2002), ст. 1074. 14. Кіотський протокол до Рамкової конвенції Організації Об'єднаних Націй про зміну клімату : ратифіковано Законом України : від 4 лютого 2004 року №1430-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2004, № 19, ст.261. 15. Кобецька Н.П. Екологічне право України: навч. посіб. / Н.П. Кобецька. – 2-ге вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 352 с. 16. Методика розрахунку викидів забруднюючих речовин та парникових газів у повітря від транспортних засобів : наказ Державного комітету статистики України : від 13 листопада 2008 року № 452 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.cct.com.ua/2011/22.04.2011_98.htm. – Назва з екрану. 17. Методика розрахунку викидів забруднюючих речовин та парникових газів у повітря від використання палива на побутові потреби в домогосподарствах : наказ Державного комітету статистики України : від 22.04.2011 № 98 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://document.ua/pro-zatverdzhennja-metodiki-rozrahunku-vikidiv-zabrudnyuyuch-doc63389.html>. – Назва з екрану. 18. Національний кадастр антропогенних викидів та абсорбції поглиначами парникових газів за 1990-2008 рр. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://unfccc.int/files/national_reports/annex_i_ghg_inventories/national_inventories_submissions/application/zip/ukr-2011-nir-08jun.zip. – Назва з екрану. 19. Порядок проведення національної інвентаризації антропогенних викидів із джерел та поглинання поглиначами парникових газів : наказ Національного агентства екологічних інвестицій України №58: від 24.10.2008 р. [Електронний ресурс]. – Режимдосту-

ny:http://www.neia.gov.ua/nature/control/uk/publish/article?art_id=109567&at_id=111922. – Назва з екрану. 20. Про затвердження Інструкції про зміст та порядок складання звіту проведення інвентаризації викидів забруднюючих речовин на підприємстві : наказ Міністерства охорони навколишнього природного середовища та ядерної безпеки України № 7 : від 10.02.95 р. [Зареєстровано в Міністерстві юстиції України 15 березня 1995 р. за № 61/597] // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0061-95>. – Назва з екрану. 21. Про затвердження Інструкції щодо заповнення типової форми первинної облікової документації № ПОД-2 "Журнал обліку виконання заходів з метою охорони атмосферного повітря" : Наказ Державного комітету статистики України від 30 квітня 2004 року N 252 [Зареєстровано в Міністерстві юстиції України від 1 червня 2004 р. за N 682/9281] // Офіційний вісник України, 2004, N 22 (18.06.2004), ст. 1522. 22. Про затвердження Інструкції щодо заповнення форм державних статистичних спостережень про охорону атмосферного повітря N 2-ТП (повітря) "Звіт про охорону атмосферного повітря" (річна) та N 2-ТП (повітря) "Звіт про охорону атмосферного повітря" (квартальна) : наказ Державного комітету статистики України від 20 жовтня 2008 року № 396 [Зареєстровано в Міністерстві юстиції України від 5 листопада 2008 р. за N 1075/15766] // [Електронний ресурс]: <http://profiwins.com.ua/uk/forms-and-blanks/statistic/392.html> 23. Про затвердження Методичних рекомендацій щодо підготовки методик для інвентаризації викидів парникових газів від антропогенних джерел : наказ Національного агентства еколо-

гічних інвестицій України : від 05.10.2009 р. № 73 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://document.ua/pro-zatverdzhennja-metodichnih-rekomendacij-shodo-pidgotovki-doc60991.html>. – Назва з екрану. 24. Про затвердження Порядку ведення державного обліку в галузі охорони атмосферного повітря : постанова Кабінету Міністрів України №1655: від 13.12.2001р. [із змінами і доповненнями, внесеними постановою Кабінету Міністрів України від 16 червня 2004 року № 769] // Офіційний вісник України, 2001, N 51 (04.01.2002), ст. 2274. 25. Про охорону атмосферного повітря : Закон України : від 16 жовтня 1992 року №2707-12 [у ред. від 02.12.2010р.] // Відомості Верховної Ради. – 1992. – №50. – ст. 678. 26. Про охорону навколишнього природного середовища : Закон України : від 25 червня 1991 року № 1264-XII [у ред. від 02.12.2010 р.] // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 41. – Ст. 546. 27. Про порядок функціонування національної системи оцінки антропогенних викидів та абсорбції парникових газів, які не регулюються Монреальським протоколом про речовини, що руйнують озоновий шар : постанова Кабінету Міністрів України : від 21 квітня 2006 року № 554 [із змінами, згідно з постановою Кабінету Міністрів України № 693 від 29.06.2011] // Офіційний вісник України від 10.05.2006 – 2006 р., № 17, стор. 62, стаття 1266, код акту 36098/2006. 28. Рамкова конвенція ООН про зміну клімату : Ратифікована Законом України : від 29 жовтня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 50. – Ст. 277.

Надійшла до редколегії 19.12.11

М. Міхровська, асист.

АДМІНІСТРАТИВНІ ПОСЛУГИ: ПИТАННЯ ЗАКОНОДАВЧОГО ЗАКРІПЛЕННЯ

Досліджено питання теоретичного та законодавчого закріплення поняття "адміністративні послуги", а також суміжних понять "державні послуги" та "управлінські послуги", визначено основні проблеми в цій сфері та можливі шляхи їх усунення.

Ключові слова: адміністративні послуги, державні послуги, законодавче закріплення.

Исследованы понятия теоретического и законодательного закрепления понятия "административные услуги", а также смежных понятий "государственные услуги" и "управленческие услуги", определены основные проблемы в этой сфере и возможные пути их устранения.

Ключевые слова: административные услуги, государственные услуги, законодательное закрепление.

The author researches the problem of theoretical and legislative determination of administrative services and closely-related concepts as public services.

Keywords: administrative services, public services, legislative assignment.

Основною доктринальною ідеєю, яка пронизує усю Конституцію України, є те, що права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності публічної влади: державної влади та місцевого самоврядування. Влада відповідає перед людиною за свою діяльність. Влада повинна служити головній меті: забезпеченню прав і свобод людини і громадянина, утворенню всіх необхідних умов для їх реалізації та захисту [23, С. 63]. Європейські традиції адміністративного праворозуміння передбачають проголошення і практичне втілення верховенства і захисту прав громадян у сфері функціонування публічної влади. Важливо те, що дефініція "послуги" досить точно акцентує увагу на виконанні обов'язків держави перед приватними особами.

Діяльність із надання послуг, насамперед адміністративних, можна умовно назвати "публічно-сервісною" (від лат. "serve" – служити). Це діяльність відповідних державних і недержавних органів у забезпеченні умов для ефективної реалізації та захисту громадянами своїх прав, свобод і законних інтересів [18].

В Україні на проблематику адміністративних послуг у своїх працях звертали увагу наступні фахівці: В. Авер'янов, О. Бандурка, І. Коліушко, В. Колпаков, А. Селіванов, В. Тимошук, М. Тищенко та інші. Все більше вітчизняних фахівців звертаються до вивчення проблематики надання адміністративних послуг.

Питання адміністративних послуг не є новим для науки адміністративного права. Ще на початку ХХ століття Б.О. Кістяківський зазначав, що "сучасна держава не спроможна забезпечити реалізацію найбільш важливої групи суб'єктивних публічних прав громадянина – прав на позитивні послуги" [21, С.542]. Пройшло більше століття, а питання надання державою послуг не тільки не втратило своєї актуальності, навіть навпаки, набуло рис гострої необхідності його врегулювання.

Вперше на законодавчому рівні терміни "управлінські" та "державні" послуги зустрічаються в Концепції адміністративної реформи 1998 року [4]. Крім того, визначення адміністративних послуг містять також такі нормативні акти, як Концепція розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади, схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 15 лютого 2006 р. [12], Тимчасовий порядок надання адміністративних послуг, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 17 липня 2009 р. [8], а також проект Закону України "Про адміністративні послуги" [5] та Проект Адміністративно-процедурного Кодексу України [7].

Серед першочергових завдань Концепція адміністративної реформи 1998 року визначила "запровадження нової ідеології функціонування виконавчої влади і місцевого самоврядування як діяльності щодо забезпечення реалізації прав і свобод громадян, надання державних та громадських послуг. "Виконавча влада, реалізуючи призначення демократичної, соціальної правової держави, створює умови для реалізації прав і свобод громадян, а також надання їм широкого кола державних, в тому числі управлінських, послуг". Цей процес має ґрунтуватися на тому, що надання послуг з боку виконавчої влади повинно бути спрямовано на задоволення потреб особи і суспільства. Тому необхідно визначити перелік відповідних послуг, які потрібні громадянам, а також критерії оцінки якості та ефективності їх надання" [4]. На сьогоднішній день прийнято чимало підзаконних актів, спрямованих на врегулювання зазначених питань. Перш за все, варто відмітити План заходів щодо реформування системи надання адміністративних послуг, затверджений розпорядженням Кабінету Міністрів України від 26 жовтня 2011 р. [13], згідно з яким центральні органи виконавчої влади

зобов'язані переглянути запропонований Кабінетом Міністрів України перелік послуг, затвердити стандарти надання адміністративних послуг, вирішити нагальні питання функціонування Реєстру адміністративних послуг тощо. Варто відмітити також такі акти, як постанови Кабінету Міністрів України "Про затвердження переліку платних адміністративних послуг, які надаються Державною пробірною службою, та розмір плати за її надання" [9], "Деякі питання надання Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку платних адміністративних послуг" [10], та розпорядження Кабінету Міністрів України "Про затвердження переліку платних адміністративних послуг, що надаються Міністерством енергетики та вугільної промисловості" [11] та інші.

Проте, незважаючи на суттєві позитивні зміни в даній сфері, не вирішеним залишається досить велике коло питань, на декілька з яких ми звертаємо увагу в даній статті.

Першим питанням, що потребує нагального вирішення, є різниця в застосуванні термінів. Так, в законодавстві вживаються поняття "публічні послуги", "управлінські послуги", "державні послуги", і, нарешті, "адміністративні послуги".

Отже, публічні послуги – це всі послуги, що надаються публічним сектором або іншими суб'єктами під відповідальність публічної влади і за рахунок публічних коштів [19, С.190]. Майже таке ж визначення містить і Концепція розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади [12]. Ця ж Концепція зазначає, що залежно від суб'єкта, що надає публічні послуги, розрізняють державні та муніципальні послуги.

Державні послуги надаються органами державної влади (в основному виконавчої) та державними підприємствами, установами, організаціями, а також органами місцевого самоврядування в порядку виконання делегованих державою повноважень за рахунок коштів державного бюджету.

Муніципальні послуги надаються органами місцевого самоврядування, а також органами виконавчої влади та підприємствами, установами, організаціями в порядку виконання делегованих органами місцевого самоврядування повноважень за рахунок коштів місцевого бюджету.

Важливою складовою як державних, так і муніципальних послуг є адміністративні послуги. Адміністративні послуги – це публічні послуги, які надаються органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування (адміністративними органами) і надання яких пов'язане з реалізацією владних повноважень. Прикметник "адміністративні" вказує на суб'єкта, який надає такі послуги, – на адміністрацію (адміністративні органи) та владну (адміністративну) природу діяльності з їх надання [16]. Тобто, можна зробити висновок, що адміністративні послуги є лише частиною державних та муніципальних послуг, тобто поняттям вузким.

Щодо порівняння доцільності вживання понять "адміністративні" та "управлінські" послуги, то в Концепції адміністративної реформи в Україні використовуються терміни "державні послуги" та "управлінські послуги" як синоніми, проте не міститься терміну "адміністративні послуги". Управлінські послуги визначаються як послуги з боку органів виконавчої влади, що є необхідною умовою реалізації прав і свобод громадян – зокрема реєстрація, ліцензування, сертифікація тощо [4].

Проте, в даному випадку, ми бачимо очевидну суперечність – в Концепції адміністративної реформи "управлінські" та "державні" послуги є поняттями тотожними, проте попередньо згадувана Концепція розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади вказує, що адміністративні послуги є лише скла-

довою державних та муніципальних. Таким чином, приходимо до висновку, що "адміністративні" та "управлінські" послуги не є рівнозначними поняттями, а саме – управлінські послуги є ширшими за адміністративні.

В.Б. Авер'янов вказував на недоцільність вживання терміну "управлінські послуги", оскільки акцент має ставитись не на владно – організаційному аспекті, а на тому, що такі послуги надаються органами публічної адміністрації, тому, ймовірно, найдоцільнішим є термін "адміністративні послуги" [14, С.126]. Очевидно, з цим погоджується і законодавець, адже в проекті Закону "Про адміністративні послуги" вживається лише такий термін.

На нашу думку, термін "адміністративні послуги" також є найбільш вдалим, оскільки у західних країнах вважається, що слово "адміністрація" походить від латинського *ministrare* – "служити" [20, 11], "виконувати". В той же час, спочатку в радянських джерелах, а тепер і в більшості сучасних українських праць термін "адміністрація" перекладають як "управління" [22, С.6], тобто від іншого латинського терміну – *administratio* [15, С.28].

Варто звернути увагу на те, що адміністративні послуги по-різному визначаються різними нормативними документами. Так, зазначена вище Концепція розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади визначила: "Адміністративна послуга – результат здійснення владних повноважень уповноваженим суб'єктом, що відповідно до закону забезпечує юридичне оформлення умов реалізації фізичними та юридичними особами прав, свобод і законних інтересів за їх заявою (видача дозволів (ліцензій), сертифікатів, посвідчень, проведення реєстрації тощо)".

Інший нормативно-правовий акт – Тимчасовий порядок надання адміністративних послуг [8], встановлює, що адміністративна послуга – це послуга, яка є результатом здійснення суб'єктом повноважень щодо прийняття згідно з нормативно-правовими актами на звернення фізичної або юридичної особи адміністративного акта, спрямованого на реалізацію та захист її прав і законних інтересів та/або на виконання особою визначених законом обов'язків (отримання дозволу (ліцензії), сертифіката, посвідчення та інших документів, реєстрація тощо). Якщо порівняти два зазначених визначення, очевидно стає головна відмінність – Тимчасовий порядок не встановлює прив'язки до законів, а узагальнює до поняття "нормативно-правовий акт".

Проте аналіз проекту Закону України "Про адміністративні послуги" [5], який наразі проходить підготовку до другого читання в парламенті, визначає: "адміністративна послуга – прийняття згідно із законом за зверненням фізичної або юридичної особи адміністративного акта, спрямованого на реалізацію та захист її прав і законних інтересів та/або на виконання нею визначених законом обов'язків" – тобто знову законодавець схиляється до того, що адміністративні послуги повинні надаватись виключно відповідно до закону. Проект іншого законодавчого акту, а саме, Адміністративно-процедурного Кодексу України, який, нажалі, поки що не був прийнятий, містить визначення, згідно з яким адміністративна послуга – це прийняття на підставі закону за зверненням конкретної фізичної або юридичної особи адміністративного акта, спрямованого на реалізацію та захист її прав і законних інтересів та/або на виконання особою визначених законом обов'язків (отримання дозволу (ліцензії), сертифіката, посвідчення, інших документів, реєстрації тощо) [7] – як ми бачимо, так само містить положення про те, що адміністративні послуги повинні надаватись лише на підставі законів. Ми підтримуємо дану позицію, оскільки, на нашу думку, законом має бути визначений чіткий та вичерп-

ний перелік адміністративних послуг, що можуть надаватися державою. Це не тільки сприятиме уникненню проблем стосовно суперечностей між нормативними актами різного рівня та компетенції суб'єктів їх видання, але й суттєво знизить можливість прояву корупції в таких органах, оскільки, як зазначають закордонні експерти, це є суттєвою перепорою для становлення України як публічно-сервісної держави [17]. В даному випадку вважаємо за доцільне вести мову про необхідність прийняття Адміністративно-процедурного Кодексу, який би повно та всебічно врегулював основні питання надання адміністративних послуг, визначив основні поняття в даній сфері для уникнення проблем з застосуванням різної термінології та закріпив би чіткий перелік послуг, що можуть надаватися державними органами та органами місцевого самоврядування, крім того, встановив необхідні стандарти надання таких послуг. Що ж стосується проекту Закону України "Про адміністративні послуги", прийняття якого можливе вже найближчим часом, то, на нашу думку, такий Закон буде доцільним у вигляді тимчасового заходу (до прийняття Адміністративно-процедурного Кодексу), який би наразі міг заповнити значну прогалину в законодавстві, яка існує в цій сфері.

Отже, проаналізувавши визначення, що містяться в чинному законодавстві, можемо виділити головні ознаки сучасних адміністративних послуг:

- 1) надання за заявою особи;
- 2) надання заради забезпечення умов для реалізації суб'єктивних прав конкретної особи;
- 3) надання адміністративними органами (насамперед органами виконавчої влади та місцевого самоврядування) й обов'язково шляхом реалізації владних повноважень. Адже адміністративний орган володіє "монополією" на надання конкретної адміністративної послуги;
- 4) право на отримання особою конкретної адміністративної послуги та відповідні повноваження адміністративного органу мають бути безпосередньо передбачені законом;

5) результатом адміністративної послуги в процедурному значенні є адміністративний акт (рішення або дія адміністративного органу, якими задовольняється клопотання особи). Такий адміністративний акт має конкретного адресата – споживача адміністративної послуги, тобто особу, яка звернулася за даною послугою [16].

Крім висвітленого нами процедурного аспекту, що полягає у впровадженні нового, відповідного європейським стандартам, адміністративно-процедурного законодавства, серед зазначених науковцями напрямів розвитку системи надання адміністративних послуг [19, С.191], важливим видається також інституційно-організаційний, що включає в себе перерозподіл функцій, делегування, децентралізацію тощо. Першочергово в нашій державі вирішення цих питань покладалось на центральні органи виконавчої влади. Так, Концепція адміністративної реформи зазначала, що однією з вихідних концептуальних засад реформування центральних органів виконавчої влади є визнання необхідності переорієнтації діяльності цих органів з суто адміністративно-розпорядчих функцій на надання державних управлінських послуг громадянам та юридичним особам, а також забезпечення дії принципу верховенства права [4]. У Законі України "Про центральні органи виконавчої влади" [2] першим серед основних завдань центральних органів виконавчої влади визначено надання адміністративних послуг. Досить важливим аспектом є визначення органів, головною функцією яких є саме надання адміністративних функцій – "у разі якщо більшість функцій центрального органу виконавчої влади складають функції з надання адміністративних по-

слуг фізичним і юридичним особам, центральний орган виконавчої влади утворюється як служба". Відповідно до Указу Президента України "Про оптимізацію центральних органів виконавчої влади" [3] на сьогодні в Україні існує 27 служб, причому ця кількість набагато більша, ніж інших центральних органів виконавчої влади – агентств та інспекцій, що свідчить про надання переваги розвитку системи саме з надання адміністративних послуг.

В проекті Закону України "Про адміністративні послуги" зазначається, що у передбачених законом випадках органи виконавчої влади, інші державні органи можуть делегувати в установленому Кабінетом Міністрів України порядку повноваження з надання адміністративних послуг бюджетним установам, що належать до сфери їх управління. Проте цікавим видається той факт, що чинний Закон України "Про Кабінет Міністрів України" [1] не містить положень про делегування повноважень так само, як і Закон України "Про центральні органи виконавчої влади".

Зарубіжні експерти вказують, що "корупційним ризиком у сфері надання адміністративних послуг можна вважати монополізм при їх наданні – тобто закріплення компетенції (повноваження) з надання абсолютної більшості адміністративних послуг за єдиним і чітко визначеним органом публічної адміністрації" [17], причому такий монополізм має передусім територіальний характер і полягає в можливості звернення приватної особи за отриманням послуги виключно до одного органу в чітко визначеній адміністративно-територіальній одиниці, як правило, відповідно до місця проживання фізичної особи (місцезнаходження юридичної особи). При цьому варто вказати, що майже всі розглядувані нами нормативні акти, в тому числі і проект Закону України "Про адміністративні послуги", серед головних принципів надання послуг зазначають принцип "доступності та зручності для фізичних і юридичних осіб", які, як видається, мають полягати в децентралізації надання таких послуг.

Таким чином, можна зробити висновок про нагальну необхідність прийняття Закону України "Про адміністративні послуги", який би вперше на рівні закону закріпив би саме поняття адміністративної послуги, вичерпний перелік послуг, що мають надаватися органами державної влади тощо; Адміністративно-процедурного Кодексу, який би повно та всебічно врегулював основні питання надання адміністративних послуг, з подальшим приведенням у відповідність до закону всієї нормативно-правової бази в цій сфері. Крім того, важливим є вирішення на рівні закону питання про можливість делегування повноважень органами виконавчої влади місцевим органам виконавчої влади та органам місцевого самоврядування, які саме і мають стати основними суб'єктами надання адміністративних послуг.

1. Закон України "Про Кабінет Міністрів України" від 7.10. 2010 // Відомості Верховної Ради України – 2011, № 9, ст.58 (з наступними змінами та доповненнями).
2. Закон України "Про центральні органи виконавчої влади" // Відомості Верховної Ради України, 2011, № 38, ст. 385.
3. Указ Президента України від 09.12.10р. "Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади" № 1085/2010, редакція від 19.01.2012// Урядовий кур'єр, 2010- № 234.
4. Концепція адміністративної реформи в Україні// Офіційний вісник України від 11.06.1999 – 1999 р., № 21, ст. 32.
5. Постанова Верховної Ради України "Про прийняття за основу проекту Закону України про адміністративні послуги" 9.12.2011 № 4155-VI // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України / Законодавство України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://portal.rada.gov.ua/>
6. Постанова Верховної Ради України "Про направлення на повторне перше читання проекту Адміністративно-процедурного кодексу України" від 31.03.2009 № 1203-VIII // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України / Законодавство України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://portal.rada.gov.ua/>
7. Проект Адміністративно-процедурного кодексу України від 18.07.2008 № 2789 // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України / Законодавство України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://portal.rada.gov.ua/>
8. Постанова Кабінету Міністрів України "Про заходи щодо упорядку-

вання адміністративних послуг" від 17 липня 2009 р. № 737// Офіційний веб-сайт Верховної Ради України / Законодавство України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://portal.rada.gov.ua/> 9. Постанова Кабінету Міністрів України "Про затвердження переліку платних адміністративних послуг, які надаються Державною пробірною службою, та розмір плати за її надання" від 26 жовтня 2011 р. N 1099// Офіційний веб-сайт Верховної Ради України / Законодавство України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://portal.rada.gov.ua/> 10. Постанова Кабінету Міністрів України "Деякі питання надання Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку платних адміністративних послуг" 26 жовтня 2011 р. N 1097// Офіційний веб-сайт Верховної Ради України / Законодавство України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://portal.rada.gov.ua/> 11. Розпорядження Кабінету Міністрів України "Про затвердження переліку платних адміністративних послуг, що надаються Міністерством енергетики та вугільної промисловості" від 26 жовтня 2011 р. N 1071-р // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України / Законодавство України. [Електронний ресурс]. 12. Розпорядження Кабінету Міністрів України "Про схвалення Концепції розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади" від 15 лютого 2006 р. N 90-р. // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України / Законодавство України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://portal.rada.gov.ua/> 13. Розпорядження Кабінету Міністрів України "Про затвердження плану заходів щодо реформування системи надання адміністративних послуг" від 26 жовтня 2011 р. N 1076-р // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України / Законодавство України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://portal.rada.gov.ua/> 14. Авер'янов В. До питання про поняття так званих "управлінських послуг" / В. Авер'я-

нов // Право України. – 2002. – № 6. – С. 125–127. 15. Авер'янов В. Характер предмета адміністративного права: уточнення доктринальної оцінки/ Державне управління: проблеми адміністративно-правової теорії та практики / За заг. ред. В.Б.Авер'янова.- К.: Факт, 2003. – С.27-29. 16. Адміністративні послуги – нова якість держави / Центр політико-правових реформ, "Пріоритети" №. 6(12)/2003, [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ucipr.kiev.ua/> 17. Аналітичний звіт щодо корупційних ризиків у сферах надання адміністративних послуг та контролю-наглядової діяльності публічної адміністрації в Україні // Підтримка належного урядування: проект протидії корупції в Україні // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/> 18. В.Б.Авер'янов. Нові риси предмета українського адміністративного права, "Персонал", №.4, 2005, [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://personal.in.ua/> 19. Державне управління: європейські стандарти, досвід та адміністративне право / Авер'янов В.Б., Дерезь В.А., Школик А.М. та ін.; За заг.ред. Авер'янова В.Б. – К.: Юстініан, 2007. – 288 с. 20. І.Коліушко. Пріоритети розвитку українського адміністративного права // Адміністративне право в контексті європейського вибору України. Збірник наукових праць. – К.: Міленіум, 2004. – С.10-13. 21. Кистяковский Б. А. Государственное право (общее и русское) : [лекции] / Кистяковский Б. А. – СПб. : РХГИ, 1999. 22. Колпаков В.К., Кузьменко О.В. Адміністративне право України: Підручник. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 544 с. 23. Права громадян у сфері виконавчої влади: адміністративно-правове забезпечення реалізації та захисту: Монограф./ Кол.авт.; За заг.ред. В.Б. Авер'янова.- Д.: Ін-т держ. і права ім. В.М.Корецького НАН України; Дніпроп. Держ. Ун-т внутр. справ; Ліра ЛТД, 2008. – 588 с.

Надійшла до редколегії 19.12.11

О. Вовк, асп.

ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ СТРАТЕГІЇ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ БЕЗПЕКИ

В статті аналізуються теоретико – правові поняття тісно пов'язані з стратегією безпеки країн – учасниць Європейського союзу, які прийняли 12 вересня 2003 року міжнародний документ під назвою "Безпечна Європа у світі, який має стати краще".

Ключові слова: Євросоюз, стратегія, державна, міжнародна і європейська безпеки, глобальні виклики та основні загрози.

В статье анализируются теоретико-правовые понятия тесно связанные со стратегией безопасности стран – участниц Европейского союза, которые приняли 12 сентября 2003 года международный документ под названием "Безопасная Европа в мире, который может стать лучше".

Ключевые слова: Евросоюз, стратегия, государственная, международная и европейская безопасности, глобальные вызовы и основные угрозы.

The article analyzes theoretical legal concepts closely related to safety strategy of the member of The European Union which adopted an international treaty titled "A Secure Europe in a Better World" on 12 September 2003.

Key words: the European Union, strategy, state, international and European security, global challenges and key threats.

Існуючі проблеми сучасної стратегії європейської безпеки неможливо зрозуміти без визначення найбільш загальних теоретико – правових понять і методичних положень теорії права. Розвиток сучасного світу безпосередньо пов'язаний із співпрацею держав на регіональному та міжнародному рівнях, впровадженням світових стандартів в гуманітарній сфері, підвищенням рівня міждержавного співробітництва в різноманітних напрямках та забезпеченням миру і стабільності у відносинах. Наявність такої важливої ознаки держави, як суверенітет обумовлює особливості означеної вище взаємодії. Визнання будь якої держави в якості геополітичного суб'єкта міжнародного права обумовлює необхідність забезпечення не лише її участі у міждержавних відносинах, а і впровадження стратегії забезпечення безпеки та власних інтересів, як на міжнародному, так і на європейському рівні. Особливого значення для напруження стратегії європейської безпеки мають теоретико – правові її проблеми, що і обумовлює актуальність обраної теми.

В даній статті автор ставить за мету: визначити співвідношення таких теоретико – правових понять, як стратегія держави і регулятивна стратегія Євросоюзу; проаналізувати правовий феномен безпеки у різних її значеннях (державна, національна, міжнародна тощо); з'ясувати глобальні виклики й основні загрози європейській безпеці та стратегічні цілі їх попередження і подолання.

Проблеми, що стосувалися засад стратегії європейської безпеки частково досліджувалися у наступних працях такі сучасні вітчизняні і закордонні науковці: О.Александров "Щодо перспективи розробки нової

редакції Європейської стратегії безпеки" (К., 2011); В. Батюк "Еволюція концепцій міжнародної та національної безпеки" (К., 1996); В. Барановський "Європейское сообщество в системе международных отношений" (М., 1986); А., Бископа "Основы обновленной Европейской стратегии безопасности" (М., 2009); А. Галузін "Правовая безопасность и её принципы" (М., 2008); Е Горбатова "Система безопасности Европы: дискуссия продолжается" (М., 2000); В. Журкин "Европейский Союз: внешняя политика, безопасность, оборона" (М., 1998); О. Іжак "Прогноз розвитку архітектури європейської безпеки до 2015 року" (К., 2003); В. Ліпкан "Теорія національної безпеки" (К., 2009); Г. Новицький "Теоретико – правові основи забезпечення національної безпеки України" (К., 2008); А. Сербіна "Общая внешняя политика и политика безопасности ЕС – испытание Востоком" (М., 2007) та у інших. Проте ці проблеми настільки складні, що потребують постійного і глибокого вивчення.

Спочатку Європейське економічне співтовариство, а згодом утворений на його основі Європейський Союз були і є видатними світовими силами в глобальній політиці та економіці. Загальна зовнішня політика і безпека об'єднаної Європи почали формуватися після підписання у лютому 1992 року Маастрихтського Трактату. Нині Європейський союз (ЕС, Євросоюз, Європейська Унія, Європейська Співдружність) об'єднує 27 європейських держав (Австрію, Бельгію, Болгарію, Велику Британію, Грецію, Данію, Естонію, Ірландію, Іспанію, Італію, Кіпр, Латвію, Литву, Люксембург, Мальту, Нідерланди, Німеччину, Польщу, Португалію, Румунію, Словаччину, Словенію, Угорщину, Фінляндію, Францію, Чехію, Шве-

цію), метою яких є глибока всебічна інтеграція. Що стосується України то рано чи пізно її майбутнє безперечно пов'язано з Європейським союзом насамперед через проект "Східного партнерства". Програма "Східне партнерство", здійснення якої офіційно розпочалося на установчому саміті у м. Прага 7 травня 2009 р., передбачає зміцнення стосунків зі східними сусідами ЄС – Азербайджаном, Білорусією, Вірменією, Грузією, Молдовою та Україною у різних сферах економіки, політики, культури, права та безпеки. Одним із завдань проекту в стосунках з Україною передбачає підтримку процесу адаптації національного законодавства з європейським правом, оскільки Євросоюз як міждержавне об'єднання має не лише загальні законодавчі (Рада Європейського союзу, Європейська комісія, Європейський парламент), виконавчі (Єврокомісія, Рада Євросоюзу) та судові (Суд Європейського союзу) органи, а й особисте право, що визначає правовідносини як між державами – членами, так і їх фізичними та юридичними особами.

На території всіх держав – учасниць право Європейського союзу є пріоритетним над їх національним законодавством та вважається таким, що має якість прямої дії. Правова безпека ЄС покликана захистити наступні загальноприйняті соціально – економічні права і свободи:

- право на вільне пересування осіб в межах держав – учасниць;
- безумовне переміщення товарів і капіталу;
- всіляке надання різного виду послуг.

Право ЄС складається із так званого первинного, вторинного і третинного (рішення Суду Європейської Співдружності). Первинне право – затверджені договори ЄС; договори, що вносять в них зміни (ревізійні договори); договори про вступ нових держав членів. Вторинне право – акти, що видаються органами ЄС. Рішення Суду ЄС та інших судових органів Союзу широко використовуються в якості прецедентного права. Право ЄС підрозділяють на інституційне право (норми, що регулюють порядок створення і функціонування інститутів і органів ЄС) та матеріальне право (норми, що регулюють процес реалізації цілей ЄС). Матеріальне право ЄС, як і право окремих країн, можливо підрозділити на галузі: митне право ЄС, екологічне право ЄС, транспортне право ЄС, податкове право ЄС та інші. З урахуванням структури ЄС ("три опори") право ЄС підрозділяють також на право Європейських співтовариств, Шенгенське право тощо [1]. Одним із важливих за останнє десятиріччя правовим актом, а по суті першим стратегічним документом ЄС стала Європейська стратегія безпеки (European security strategy) під назвою "Безпечна Європа у світі, який має стати краще" (A secure Europe in a better world), що був затверджений 12 вересня 2003 року у Брюсселі.

Поняття "стратегія" часто вживається в різних сферах суспільно – політичної діяльності, а також використовується для позначення певної сукупності теоретичного і практичного досвіду. Одне із теоретичних визначень поняття "стратегія" означає мистецтво керівництва суспільною, політичною боротьбою для досягнення визначеної мети. Стратегічний план як правило не деталізований, його виконання потребує значного часу. Він необхідний коли для досягнення основної мети замало наявних ресурсів і тому завданням стратегії є їх оптимально ефективне використання дотримуючись принципу "ресурси – ціль". Слід розмежовувати стратегію окремих європейських держав учасниць і стратегію ЄС взагалі. Стратегія держави – це стратегія, що визначає направленість змін балансу сил соціальних верств на окремому етапі історичного розвитку. Виходячи з стра-

тегічних завдань, держава підтримує суспільний порядок, регламентує діяльність громадян і створює умови для розвитку особистої ініціативи, охороняє безпеку, законну свободу і безпеку кожного, сприяє розвитку тих чи інших моральних орієнтирів у суспільстві. Якщо стратегія держави посилює його позиції в мировому суспільстві, то її можна вважати національною, в протилежному випадку – антинаціональною [2, 40]. Автор вважає, що держави – учасниці Європейського союзу перш за все спільно дотримуються регулятивної стратегії в економіці, яка проявляється встановленням Радою Європи та іншими загальноєвропейськими органами контролю за рухом товарів і капіталів.

Теоретико – правове поняття "безпека" з розвитком суспільних відносин набуває багатьох значень, постійно змінюється і по різному визначається сучасними науковцями. Так на думку Г.П. Ситника безпека з одного боку, це тенденції розвитку й умови життєдіяльності соціуму, його структур, інститутів, які визначаються відповідними настановами (політичними, правовими та іншими), за яких забезпечується зближення їх якісної визначеності та вільне, яке відповідає їх природі, функціонування. З іншого боку – це певна захищеність вказаного функціонування від потенційних і реальних загроз [3, 26]. Новицький Г.В. у своїй монографії "Теоретико правові основи забезпечення національної безпеки України" (К., 2008) зазначає, що безпека – складне, в першу чергу суспільне, явище, багатопланове і багатогранне у своїх структурних складових і проявах, які відображають суперечливі інтереси у відносинах різних соціальних суб'єктів [4, 53]. І далі він наголошує "Безпека як правовий феномен – це сукупність формально визначених об'єктивно зумовлених, легітимних суспільних відносин, які спрямовані на захист життєво важливих цінностей соціальних суб'єктів, встановлюють допустимі межі характеристик вказаних цінностей і оцінюють соціальну поведінку на відповідність зазначеним характеристикам." [4, 68]. У роботі "Теорія національної безпеки" В.А. Ліпкан класифікуючи напрями визначення поняття "безпека" розрізняє їх на три групи: I. Нормативно – правову, яка передбачає виявлення напрямів у нормативно-правових актах України (безпека – відсутність ризику, загроз і небезпек; безпека – властивість систем; безпека – стан захищеності від ризиків, загроз і небезпек; безпека – відповідність певним правилам, параметрам; безпека – комплекс заходів); II. Доктринальна, у якій окреслюються основні напрями, що містяться в науковій літературі (визначення безпеки, як стану захищеності від...; визначення безпеки через її системні властивості; визначення безпеки через активну формулу діяльності; безпека як відсутність будь яких загроз правам і свободам людини, суспільства та держави, базовим інтересам і цінностям суверенної національної держави; безпека як стан (статика), так і властивість (динаміку) соціальної системи); III. Енциклопедичну, в якій окреслюються підходи, що містяться в енциклопедичних джерелах і словниках (поняття безпеки розглядається через апофатичну формулу: відсутність будь – яких загроз і небезпек; поняття безпеки виражається через формулу: стан захищеності; поняття безпеки виражається через діяльну формулу вжиття певних заходів; поняття безпеки визначається через пасивну формулу: дотримання певного стану, визначених параметрів; поняття безпеки визначається як функція) [5, 356-361]. Проаналізувавши напрями нормативно – правової, доктринальної та енциклопедичної груп В.А. Ліпкан робить висновок, що спільним для трьох груп є наявність чотирьох головних підходів: статистичного (стан захищеності від), апофатичного (відсутність

загроз і небезпек), діяльнісного (система заходів, спрямованих на створення певних умов), пасивного (дотримання певних параметрів, норм), а для себе встановлює: "Ми дотримуємося діяльнісного підходу, оскільки вважаємо, що в ньому зміст безпеки виражений точніше, ніж в інших підходах" [5, 363]. Л.М. Шипілова обґрунтовуючи теоретичні основи політики безпеки стверджує, що безпека це, з одного боку, тенденції розвитку й життєдіяльності соціуму, його структур, інститутів, котрі визначаються відповідними настановами (політичними, правовими, моральними, етичними, культурно-світоглядними та ін.), за яких забезпечується збереження їх якісної визначеності та вільне, тобто таке, що відповідає їх природі функціонування, а з другого – захищеність цього функціонування від потенційних і реальних загроз. Тому сутність безпеки та її зміст спрямовані на захист життєвих потреб (інтересів) людини, суспільства, держави, загалом світового співтовариства [6, 30]. Як вказує А.Ф. Галузин в своїй роботі "Правовая безопасность и её принципы" – безпека не існує сама по собі, ізольовано від загальнолюдської життєдіяльності, вона тісно пов'язана з усіма сторонами життя суспільства докорінною задачею якого є самозбереження і розвиток [7, 15]. Автор статті враховуючи значну кількість теоретико – правових конструкцій визначення безпеки вважає, що всі вони заслуговують уваги при намаганні змалювати цей стан особи (людини, громади, держави, світового співтовариства тощо) коли для неї не має небезпечних, негативних змін та загроз.

Розуміння поняття "безпека" та його напрямів зумовлено тим, що воно є ключовим, родовим для понять "державна безпека", "міжнародна безпека" та "європейська безпека", які також у теоретико – правовій галузі мають масу наукових визначень. Автор підтримує твердження тих сучасних науковців (Белова О., Гордієнка С., Картавцева В., Косолапова М., Кравця Є., Ліпкана В., Мурашина Г., Піріжкова С., Селіванова С. та ін.), що вважають за основу визначення поняття державної безпеки стан її захищеності. Так В. Ліпкан вказує, що поняття державна безпека може мати вузьке і широке визначення: у вузькому розумінні – це стан правових норм і відповідних їм інститутів безпеки, що гарантує захист суверенітету, територіальної недоторканності, політичної незалежності і конституційного ладу держави; у широкому, свідомий цілеспрямований вплив суб'єктів управління на загрози безпеки, за якого державними та недержавними інституціями створюються необхідні і достатні умови для забезпечення державного суверенітету, політичної незалежності, територіальної цілісності, недоторканності державних кордонів, непорушності конституційного ладу, прогресу розвитку суспільства в конкретних історичних умовах, непорушності та ефективності функціонування державної влади, розвитку життєво важливих потреб, цінностей та інтересів народу, законних прав та інтересів громадян, розвитку ефективної системи міжнародних зв'язків на основі партнерства і співробітництва, створення системи забезпечення національної безпеки для ефективного реалізації національних інтересів, наступального оборонного та наступального потенціалу, здатного для відбиття будь-якої зовнішньої агресії, створення розвивального співтовариства для здійснення своєчасного і достовірного отримання інформації у сфері безпеки, участі в системах безпеки різного рівня [5, 572]. При чому В. Ліпкан визначає державну безпеку як складову частину національної безпеки, хоча на думку автора вказані формулювання підходять також до безпеки окремих державних спільнот, наприклад Європейського союзу. Поняття "міжнародна безпека" визначається як

стан міжнародних відносин, що виключає порушення миру або створення реальних загроз безпеці народів у будь-якій формі; діяльність держав і міжнародних інститутів щодо дотримання такого стану; універсальна система механізмів, заходів і гарантій, сукупність яких виключає застосування сили. Сучасна система міжнародної безпеки ґрунтується на принципах: загального характеру та однакоого рівня безпеки для всіх країн, незалежно від їх ролі на світовій арені; міжнародного співробітництва у вирішенні проблем безпеки та колективних дій щодо усунення агресії і унеможливлення причин її виникнення; недостатності використання суто військово – силових засобів підтримання миру; високої міри довіри у міжнародних стосунках, відкритості світової політики; системного характеру конструювання архітектури безпеки [8, 1]. Вказані принципи впроваджується в житті Європейського союзу з моменту його виникнення. У Маастрихтському договорі (стаття J) вперше було введено поняття "спільна зовнішня політика та політика безпеки" та проголошено п'ять основних цілей їх впровадження:

- збереження спільних цінностей, основних інтересів та незалежності Союзу;
- зміцнення безпеки Союзу та країн – членів;
- підтримання миру і зміцнення міжнародної безпеки;
- розвиток і зміцнення демократії, забезпечення прав людини та основних свобод.

Проведення успішної економічної політики всіма країнами – членами Європейського союзу є основою зміцнення загальної європейської безпеки.

Автор вважає за необхідне для визначення внутрішніх і зовнішніх аспектів європейської безпеки проаналізувати зміст такого важливого програмного документа як "Європейська стратегія безпеки" (ЕСБ) від 12 вересня 2003 року і який є чинним по сьогоднішній день. Насамперед у вступі цього трактату вказується про те, що Європа повинна бути готовою розділити відповідальність за глобальну безпеку і в побудові кращого світу [9, 1]. "Європейська стратегія безпеки" складається із трьох частин:

I. Обставини в області безпеки: глобальні виклики та основні загрози;

II. Стратегічні цілі;

III. Політичні наслідки для Європи.

В документі вказується, що внутрішні і зовнішні аспекти безпеки невід'ємно пов'язані між собою. До глобальних викликів у всьому світі насамперед слід віднести: військові конфлікти в яких гине 90% мирного населення; хвороби (СНІД, пандемія); бідність половини людства; голод від якого вмирають кожен рік десятки мільйонів людей тощо. Провали в економіці пов'язані з політичними проблемами ведуть до насильницьких конфліктів. Глобальне природне потепління та енергетична залежність викликають також неабияку стурбованість для Європи. Нові основні загрозами з якими зіштовхується Європа більш різноманітні менше помітні та передбачені. Це насамперед тероризм, розповсюдження зброї масового знищення, регіональні конфлікти, державна корупція і зловживання владою та організована злочинність.

Для захисту своєї безпеки та сприяння її розвитку Європейський союз ставить перед собою досягнення трьох стратегічних цілей. По – перше, боротьба з фінансуванням тероризму та взаємна правова допомога з США в цій галузі. По – друге передбачаються способи для зміцнення Міжнародного агентства з атомної енергетики. Агентство повинно посилити заходи з контролю за експортом та боротьбою з незаконними поставками та закупівлями ядерного палива. По – третє ЄС та дер-

жави-члени беруть на себе відповідальність за втручання з метою надання допомоги у боротьбі з регіональними конфліктами.

Європейська стратегія безпеки зазначає також, що інтеграція приєднання до ЄС нових держав посилює його безпеку, але водночас наближає його до проблемних областей. Тому завдання Євросоюзу оточити себе добре керованими країнами як на Сході так і на кордонах Середземномор'я з якими можна насолоджуватися близьким співтовариством [9, 8]. Особливо в документі підкреслюється, що кращою безпекою для ЄС є мир добре керованих демократичних держав. Розповсюдження ефективного управління підтримка соціальних і політичних реформ боротьба з корупцією і зловживанням владою, встановлення верховенства закону та захист прав людини являються кращими засобами укріплення міжнародного порядку [9, 10].

Політичними наслідками для Європи в ході реалізації ЄСБ є створення на глобальному рівні ефективної, багатосторонньої, справедливої системи безпеки для всього світового співтовариства.

Останнім часом дискусія щодо оновлення Європейської стратегії безпеки відновилися. На думку фахівців, сьогодні настав час розробки нового документа, який мав би вступити в силу у 2013 р., через десять років після ухвалення першого варіанту ЄСБ [12, 1]. У новому документі експерти пропонують визначити перелік інтересів, які забезпечуватимуть захист унікальності європейської моделі та збереження здатності ЄС визначити власне майбутнє:

- класичний захист від військових загроз;
- забезпечення взаємодій із світом – торгових шляхів, судноплавства, кіберпростору тощо;
- забезпечення безпеки постачання природних ресурсів;

- керованість еміграційних процесів;
- сталий розвиток;
- підтримка міжнародного права;
- збереження автономності прийняття Євросоюзом рішень [12, 2].

Автор вважає, що при розробці нової редакції Європейської стратегії безпеки яка буде мати безпосереднє важливе значення для України в її підготовці повинні прийняти не тільки міжнародні державні та громадські установи, а насамперед вітчизняні теоретичні права, так як чинний трактат має деякі проблеми саме понятійно-правового характеру.

1. Европейский союз / <http://ru.wikipedia.org/wiki/>. 2. Ведута Е.Н. Стратегия и экономическая политика государства / Е.Н. Ведута. – М.: Академический проспект, 2004. – 456 с. 3. Ситник Г.П., Оудуйко В.М., Вавринчук М.П. Національна безпека України: теорія і практика: Навчальний посібник / Г.П. Ситник, В.М. Оудуйко, М.П. Вавринчук. – Хмельницький: Київ: Вид-во "Кондор", 2007. – 616 с. 4. Новицький В.Г. Теоретико-правові основи забезпечення національної безпеки України: Монографія / В.Г. Новицький. – К.: Інтертехнологія, 2008. – 496 с. 5. Ліпкан В.А. Теорія національної безпеки: Підручник / В.А. Ліпкан. – К.: КТН, 2009. – 631 с. 6. Шипілова Л.М. Методика обґрунтування поняття – категорійного апарату теоретичних основ політики безпеки / Л.М. Шипілова. – К.: Інститут проблем національної безпеки, 2005. – 108 с. 7. Галузин А.Ф. Правовая безопасность и её принципы / А.Ф. Галузин. – СПб.: Издательство Р. Асланова "Юридический центр Пресс", 2008. – 361 с. 8. Міжнародна безпека / <http://www.zakony.com.ua/juridical.html?catid=41643>. 9. A secure Europe in a better world: European security strategy / www.consilium.europa.eu/.../78367.pdf. 10. СІПРІ 2007: Щорічник: озброєння, роззброєння та міжнародна безпека: Пер. з англ./ Стокгольм. Між нар. ін-т дослідження миру; Укр. Центр екон. і політ. досліджень ім. О. Разумкова; редкол. укр.: Л. Шангіна (головний редактор) та ін. – К.: Заповіт, 2008. – 624 с. 11. Ліпкан В.А. національна безпека України: Навчальний посібник. 2-вид. / В.А. Ліпкан. – К.: КНТ, 2009. 576 с. 12. Александров О. Щодо перспективи розробки нової редакції Європейської стратегії безпеки. Аналітична записка / О. Александров. / <http://www.niss.gov.ua/articles/446/>.

Надійшла до редколегії 19.12.11

УДК 347.122

В. Боднар, здобувач

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ СПОСОБІВ ЗАХИСТУ ПЕРЕВАЖНИХ ПРАВ

В статті досліджуються деякі питання застосування способів захисту переважних прав у цивільному праві. Звертається увага на проблему невідповідності встановлених законом способів захисту переважних прав їх порушенням, і з метою розв'язання цих проблем формуються пропозиції щодо внесення змін до чинного цивільного і цивільного процесуального законодавства.

Ключові слова: переважне право, захист переважного права, способи захисту переважного права.

В статье исследуются некоторые вопросы применения способов защиты преимущественных прав в гражданском праве. Обращается внимание на проблему несоответствия установленным законом способам защиты преимущественных прав их нарушениям, и с целью разрешения этих проблем формулируются предложения о внесении изменений в действующее гражданское и гражданское процессуальное законодательство.

Ключевые слова: преимущественное право, защита преимущественного права, способы защиты преимущественного права.

In article some questions of application of ways of protection of rights of priority in civil law are investigated. Attention applies on the problem of disparity of the ways of protection of rights of priority set by a law to their violations and with the purpose of permission of these problems formulated suggestion about making alteration in operating civil and civil judicial legislation.

Key words: rights of priority, protection of rights of priority, ways of protection of rights of priority.

Закріплення переважних прав на вчинення тих або інших правочинів в актах цивільного законодавства, зазвичай, рідко супроводжується встановленням певних (конкретних) способів їх захисту, хоч право особи на захист своїх прав і охоронюваних законом інтересів, без сумніву, є однією з найважливіших гарантій здійснення суб'єктивних цивільних прав.

Право кожного будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань закріплене в ч. 5 ст. 55 Конституції України, а відповідно до ч. 1 ст. 7 Закону України від 7 липня 2010 р. "Про судоустрій і статус суддів" [1] кожному гарантується захист його прав, сво-

бод та законних інтересів незалежним і безстороннім судом, утвореним відповідно до закону.

Метою цієї статті є дослідження способів захисту переважних прав суб'єктів цивільних правовідносин та здійснення ними свого права на захист у юрисдикційній формі, зокрема, виявлення можливих способів захисту переважних прав судом і з'ясування можливості встановлення способів захисту зазначених прав у договорі.

Питання захисту цивільних прав досліджувалися в працях Богданової О.Є., Братуса С.М., Грибанова В.П., Дзери І.О., Красавчикова О.О., Мозоліна В.П., Садікова О.М., Свердлика Г.О., Страунінга Е.Л., Суханова Є.О. та ін. Значно менше уваги в наукових публікаціях приділяло-

ся проблемам захисту переважних прав, що обумовлює потребу у їх поглибленому дослідженні.

Під захистом цивільного права розуміють реалізацію встановленого законом суб'єктивного права особи на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорування шляхом застосування обраних самою особою чи встановлених договором або актами цивільного законодавства правоохоронних заходів – способів захисту цивільних прав [2, 67]. Таке розуміння захисту цивільних прав, на наш погляд, значною мірою стосується і переважних прав, як специфічного виду суб'єктивних цивільних прав.

Звідси і суб'єктивне *право на захист* переважного права у цивільних правовідносинах можна визначити як юридично закріплену можливість управненої особи – носія переважного права – використати заходи правоохоронного характеру з метою відновлення порушеного права.

Методологічною передумовою (першоосною) дослідження права на захист переважних прав є положення ч. 1 ст. 15 ЦК України: "кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорування".

Таким чином, право на захист цивільного права (у тому числі – і переважного права) виникає у особи у разі його *порушення, невизнання або оспорування*. Інших підстав виникнення права на захист закон не встановлює. Тому не можна погодитися з широким тлумаченням права на захист, яке приводить, наприклад, до виділення способів захисту, застосування яких дозволяє *попередити порушення корпоративних прав* [3, 320]. І коли способи захисту порушеного права визначаються як законодавчо закріплені заходи, за допомогою яких створюється можливість для поновлення порушеного права, припинення та попередження його порушення [4, 18], таку дефініцію не слід розуміти як визнання однією з цілей застосування способів захисту порушеного права його попередження. Попередження правопорушення може бути похідним (вторинним) результатом застосування такого способу захисту *порушеного* права, який зводиться до застосування заходів майнової відповідальності або способів самозахисту у вигляді оперативно-господарських санкцій, передбачених, зокрема, ст. 236 ГК України.

Застосування заходів відповідальності, спричиняючи матеріальні втрати чи створюючи йому організаційні труднощі, зазначає В.С. Щербина, спонукає правопорушника діяти з максимальною активністю, щоб виконати зобов'язання й тим самим уникнути можливого покарання.... Застосування заходів майнової відповідальності як одного з правових засобів попередження правопорушень (поряд з оперативно-господарськими санкціями) є, перш за все, реакцією на вже скоєне правопорушення, а вже потім має на меті не допустити його повторення [5, 51].

В цивілістичній науці, починаючи з середини минулого століття, дискусійним є питання щодо співвідношення понять "суб'єктивне право" і "право на захист". Не затихає ця дискусія і в сучасних наукових публікаціях. Так, одні вчені вважають, що будь-яке суб'єктивне цивільне право, крім правомочності на власні дії і на чужі дії, включає також і право на захист [6, 419; 7, 10-11; 8, 31-32], інші – виокремлюють право на захист у самостійну правомочність [9, 360-361; 10, 233-235, 258-263], виходячи з того, що можливість звернутися за примусовим захистом з'являється у володільців суб'єктивного права в момент порушення або оспорування останнього і реалізується в рамках охоронного цивільного правовідношення, яке при цьому виникає [11, 22].

Досить обґрунтовані аргументи на користь останньої позиції наведені В.А. Беловим [12, 402-405], що дає нам підстави приєднатися до неї, не заглиблюючись в дискусію. Зазначимо лише, що ще одним, крім запропонованих В.А. Беловим, вагомих, на нашу думку, аргументом на користь концепції самостійності правомочності на захист є місце норм щодо здійснення цивільних прав і норм щодо їх захисту в ЦК України: якщо перші розміщені у Главі 2 Розділу I Книги першої ЦК України, то другі – у наступній главі (Главі 3) цього розділу.

В науковій літературі тривалий час досить поширеним був погляд на порушення права, як на єдину підставу його захисту. Разом з тим висловлювалася думка, що потреба у захисті суб'єктивного права виникає тоді, коли воно порушується або виникає загроза його порушення [13, 36; 14, 76]. З цього приводу, заслуговує підтримки позиція О.Є. Богданової, яка зазначає, що загроза порушення суб'єктивного права передбачає застосування заходів охорони, а не захисту. Як зазначає авторка, категорії "захист" та "охорона" – це категорії різного правового змісту. Цивільні права охороняються до посягання, а у випадку посягання (порушення) – підлягають захисту. Заходи щодо охорони повинні бути спрямовані на попередження від можливого порушення права [15, 48-49].

Іншими словами, "захист цивільних прав" – більш вузьке поняття у порівнянні із поняттям "охорона цивільних прав", оскільки останнє охоплює всю сукупність заходів, які забезпечують нормальний хід реалізації права. Захист цивільних прав – це передбачені законом заходи охорони цивільних прав у разі їх порушення або реальної загрози порушення [16, 6].

Окремими авторами робилися також спроби запропонувати, як підставу захисту цивільного права, обставини, не пов'язані з порушенням права. В їхніх роботах висловлювалася ідея про те, що однією з підстав виникнення права на захист є спір або оспорувані права [17, 6; 18, 130-131].

Поряд з оспоруванням одним суб'єктом цивільних правовідносин права іншого суб'єкта зазначених правовідносин виділяють ще одну форму посягання на суб'єктивне цивільне право – невизнання.

Таким чином, підставами виникнення права на захист суб'єктивного цивільного права є порушення, оспорування або невизнання права.

Ці підстави закріплені сьогодні у ЦК України, який у ч. 1 ст. 15 встановив, що кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорування.

Вважаємо, що кожна з цих підстав може мати значення і для захисту переважних прав, які можуть порушуватися, не визнаватися чи оспорюватися, а тому залежно від виду підстави виникнення права на захист має обиратися і відповідний (адекватний) спосіб захисту.

З урахуванням того, що будь-яке переважне право, встановлене цивільним законодавством, є самостійним суб'єктивним цивільним правом, можна стверджувати, що захист переважного права судом можливий способами, передбаченими ст. 16 ЦК України. У зв'язку з цим виникає низка питань, зокрема:

1) чи всі, із перелічених у ч. 2 ст. 16 ЦК України, способи захисту можуть застосовуватися у разі порушення, оспорування чи невизнання переважних прав;

2) чи можуть бути встановлені договором інші, крім передбачених законом, способи захисту переважних прав;

3) які з встановлених законом або договором способів захисту переважних прав є адекватними у разі того або іншого порушення чи протиправних посягань на переважні права особи?

Очевидно, що при виборі певного способу захисту порушеного переважного права у разі якщо конкретний спосіб не передбачений відповідною нормою, що встановлює переважне право, особа не обмежена ні в праві обирати той або інший спосіб захисту, ні у кількості обраних засобів.

Не вдаючись до докладної характеристики встановлених ч. 2 ст. 16 ЦК України способів захисту цивільних прав, зазначимо, що, по-перше, не всі вони, у зв'язку з специфічною правовою природою переважних прав, можуть бути застосовані судом (наприклад, навряд чи зможуть забезпечити захист переважного права такі способи як зміна правовідношення, припинення правовідношення, примусове виконання обов'язку в натурі тощо); по-друге, існуючий перелік способів захисту цивільних прав доцільно доповнити такими способами, які були б прямо спрямовані на захист переважних прав.

Зокрема, це міг би бути такий спосіб, як спонукання до вчинення певної дії, спрямованої на забезпечення реалізації переважного права носієм цього права (на зразок примусового виконання обов'язку в натурі в зобов'язальних правовідносинах).

Так, згідно з ч. 11 ст. 123 Земельного кодексу України відмова органу виконавчої влади чи органу місцевого самоврядування у наданні земельної ділянки у користування або залишення клопотання без розгляду можуть бути оскаржені до суду. Проте, як зазначив Вищий господарський суд України в Листі від 1 січня 2010 р. "Узагальнення судової практики розгляду господарськими судами справ у спорах, пов'язаних із земельними правовідносинами" [19], судам слід брати до уваги, що чинним законодавством не передбачено такого способу захисту порушеного права землекористувача, як спонукання органу місцевого самоврядування до прийняття рішення про поновлення договору оренди землі.

Таким чином, надавши носієві переважного права змогу оскаржити відмову органу виконавчої влади чи органу місцевого самоврядування у наданні земельної ділянки у користування, законодавець не визначив адекватного порушенню цього права способу його захисту.

Аналогічний приклад можна навести щодо права учасника товариства на оскарження рішення загальних зборів до суду, встановленого ч. 5 ст. 98 ЦК України. Звертаючись до суду, учасник товариства, зазвичай, просить визнати рішення зборів недійсним (примірний перелік підстав недійсності рішень загальних зборів товариства встановлено, зокрема, п.п. 2.11, 2.12 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" [20]), проте такий спосіб захисту, як визнання недійсним чи незаконним рішення іншого органу (а не лише органу державної влади чи органу місцевого самоврядування), частиною 2 ст. 16 ЦК України не передбачений.

На нашу думку, слід погодитися також з пропозицією В.С.Щербини щодо доповнення ч. 2 ст. 16 ЦК України таким способом захисту цивільних прав як встановлення правовідношення, оскільки нині в ЦК України йдеться лише про зміну і припинення правовідношення [21, 18]. Встановлення правовідношення, як спосіб захисту переважного права судом, на нашу думку, могло б ефективно застосовуватися, наприклад, при спонуканні іншої сторони до укладання відповідного договору (купівлі-продажу, оренди, найму житла тощо), що забезпечило б реалізацію у цих випадках відповідного переважного права, належного особі.

Наприклад, ч. 4 ст. 13 Закону України "Про фермерське господарство" передбачає, що громадяни України,

які до 1 січня 2002 року отримали в постійне користування або оренду земельні ділянки для ведення фермерського господарства, мають переважне право на придбання (вкуп) земельних ділянок розміром до 100 гектарів сільськогосподарських угідь, у тому числі до 50 гектарів ріллі, у власність з розстрочкою платежу до 20 років.

Оскільки жодних способів захисту цього переважного права Законом України "Про фермерське господарство" не встановлено, постає питання щодо можливих способів його захисту у разі відмови компетентних органів від укладання відповідного договору купівлі-продажу земельної ділянки.

На наш погляд, будь-який із способів, встановлених ч. 2 ст. 16 ЦК України, не в змозі забезпечити настання необхідного результату – придбання громадянами земельної ділянки, окрім встановлення правовідносин шляхом зобов'язання компетентного органу укласти договір.

Інший приклад – встановлене ч. 2 ст. 10 Закону України "Про музеї та музейну справу" переважне право (за інших рівних умов) держави на придбання музейних зібрань у разі ліквідації музеїв, заснованих на приватній формі власності.

Держава у разі порушення чи посягання на це її переважне право може звернутися за його захистом з позовом, поданим компетентним органом, покликаним виконувати певні функції, проте вибір адекватного способу захисту зазначеного переважного права із переліку, встановленого ч. 2 ст. 16 ЦК України, видається досить проблемним. А з урахуванням того, що органи державної влади, як і сама держава, відповідно до ч. 1 ст. 8 ГК України не є суб'єктами господарювання, неможливе і застосування способів захисту, встановлених ч. 2 ст. 20 ГК України.

Можна навести ще не один подібний приклад, що лише зайвий раз підтверджує необхідність розширення переліку способів захисту прав судом, встановленого ч. 2 ст. 16 ЦК України.

Відповідно до положення абз. 2 ч. 1 ст. 16 ЦК України суд може захистити суб'єктивне цивільне право іншим способом, що передбачений договором або законом.

Що стосується інших способів захисту, передбачених законом, то класичним прикладом, на який завжди посилаються, можна вважати положення ч. 4 ст. 362 ЦК України, яким встановлено такий спосіб захисту переважного права як переведення на співвласника прав та обов'язків покупця у разі порушення переважного права купівлі частки у праві спільної часткової власності.

Більш складним, а, до певної міри, навіть проблемним, є питання щодо встановлення способів захисту переважного права у договорі. В наукових працях вже зверталася увага на неузгодженість положень абз. 2 ч. 1 ст. 16 ЦК України і ст. 4 ЦПК України [22, 147], згідно з якою, здійснюючи правосуддя, суд захищає права, свободи та інтереси фізичних осіб, права та інтереси юридичних осіб, державні та суспільні інтереси у спосіб, визначений законами України. Цілком очевидно, що в умовах зростання ролі договору у регулюванні суспільних відносин така неузгодженість норм ЦК України і ЦПК України має бути виправлена, про що йтиметься нижче.

Разом з тим небезспірним видається твердження щодо можливості передбачати "спеціальні способи захисту" прав учасників корпоративних правовідносин в інших, крім договору і закону, правових формах, зокрема у внутрішніх документах товариства [23, 319]. Таке твердження не викликає сумніву у разі якщо йдеться про повні та командитні товариства, установчими документами яких є засновницький договір, проте воно воочевидь суперечить закону, якщо йдеться про господарські товариства, що діють на підставі статуту (акціонер-

ні, з обмеженою і додатковою відповідальністю), або якщо таке товариство створене і діє на підставі модельного статуту (наприклад, Модельного статуту товариства з обмеженою відповідальністю [24]).

Виникнення у судовій практиці питань щодо відсутності правового регулювання тих або інших відносин і застосування у зв'язку з цим аналогії закону або аналогії права обумовлює необхідність докладніше зупинитися на проблемі застосування способів захисту, встановлених законодавцем стосовно порушення конкретних видів переважних прав, за аналогією закону.

Потреба у застосуванні аналогії закону судом, як правило, пов'язана з відсутністю законодавства, що регулює спірні відносини.

Між тим, згідно з ч. 9 ст. 8 ЦПК України, забороняється відмова у розгляді справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини.

Схожу за змістом норму містить і ч. 7 ст. 4 ГПК України, якою забороняється відмова у розгляді справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини.

Вихід із таких ситуацій суди і знаходять у застосуванні аналогії закону, або аналогії права, на що прямо зазначається у ч. 8 ст. 8 ЦПК України: "Якщо спірні відносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що регулює подібні за змістом відносини (аналогія закону), а за відсутності такого – суд виходить із загальних засад законодавства (аналогія права)".

У зв'язку з цим заслуговує на підтримку пропозиція О.В. Кота, який відзначаючи більш вдалий підхід до вирішення проблеми застосування аналогії закону і аналогії права в ЦПК України у порівнянні з ГПК України, обґрунтував доцільність доповнення ст. 4 ГПК України окремою частиною, яка б закріплювала право господарського суду застосовувати аналогію закону і аналогію права [25, 76-79].

Застосування судом аналогії закону при розгляді справ у спорах, пов'язаних із захистом переважного права, пов'язане, по-перше, з специфікою захисту переважних прав, що унеможливорює застосування універсальних способів захисту цивільних прав, встановлених ч. 2 ст. 16 ЦК України, і вимагає застосування спеціальних способів захисту переважних прав, адекватних виду переважного права, сфері правовідносин, в якій воно здійснюється, способу здійснення та характеру порушення (власне порушення, оспорування або невизнання) тощо; по-друге, з відсутністю у багатьох випадках таких спеціальних способів захисту, пристосованих саме для захисту переважних прав.

Але чи завжди суди обґрунтовано і правильно застосовують аналогію закону у разі відсутності встановленого законом спеціального способу захисту переважного права?

Так, ще до прийняття Закону про АТ в судовій практиці мав місце випадок, коли при порушенні переважного права акціонера закритого акціонерного товариства (далі – ЗАТ) на придбання акції, що продавалися іншими акціонерами цього товариства, був застосований за аналогією закону такий особливий правовий наслідок як переведення на акціонера, переважне право якого на придбання акцій ЗАТ порушене, прав та обов'язків покупця (ч. 4 ст. 362 ЦК України). Подібний спосіб захисту було застосовано, зокрема, господарським судом м. Києва у справі № 24/212 (спір між ЗАТ "Оболонь" і АТЗТ "Кадет").

Нами висловлювалася думка, що ЦК України, встановив такий спосіб захисту виключно до відносин спільної часткової власності, які відсутні при здійсненні переважного права на придбання акцій ЗАТ (акціонер є одно-

осібним власником належних йому акцій або акції). Тому за аналогією закону ч. 4 ст. 362 ЦК України не може бути застосована до відносин з переважного права купівлі акцій ЗАТ відповідно до ч. 3 ст. 81 ГК України [26, 18-19].

Критичне ставлення щодо застосування зазначеного способу захисту переважного права шляхом аналогії закону висловлювалося і іншими авторами [27, 14-15; 28, 75].

Тим не менше, подібна практика була сприйнята судовими органами і знайшла закріплення у Постанові Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2008 р. № 13 "Про практику розгляду судами корпоративних спорів", в п. 32 якої, зокрема, зазначалося, що продаж акціонером ЗАТ акцій з порушенням переважного права не зумовлює недійсність відповідного правочину. Наслідком такого порушення є право будь-якого акціонера ЗАТ вимагати в судовому порядку переведення на нього прав та обов'язків покупця за аналогією з нормою частини четвертої статті 362 ЦК України.

Більше того, така практика була поширена і на випадки відчуження частки (її частини) у статутному капіталі товариства з обмеженою (додатковою) відповідальністю, оскільки у п. 31 цієї ж Постанови Пленуму Верховного Суду України роз'яснювалося, що продаж учасником частки (її частини) з порушенням переважного права купівлі інших учасників (частина друга статті 147 ЦК України, частина друга статті 53 Закону "Про господарські товариства") не зумовлює недійсність такого правочину. У цьому разі будь-який учасник товариства має право пред'явити до суду позов про переведення на нього прав та обов'язків покупця за аналогією з нормою частини четвертої статті 362 ЦК України.

З прийняттям Закону про АТ проблема захисту переважного права акціонера ПрАТ на купівлю акцій цього товариства, що пропонуються їх власником до продажу третій особі, була вирішена встановленням у ч. 5 ст. 7 Закону про АТ спеціального способу захисту порушеного права – переведення на акціонера-носія переважного права прав та обов'язків покупця акцій. Таким чином, питання щодо застосування до даних випадків порушення переважного права способу захисту за аналогією закону відпало.

Разом з тим, ця проблема залишилася стосовно відчуження частки (її частини) у статутному капіталі товариства з обмеженою (додатковою) відповідальністю та у майні командитного товариства.

Головним питанням, що потребує відповіді у разі застосування судом аналогії закону, є, на наш погляд, проблема з'ясування (встановлення) *подібності змісту цивільних відносин*.

В юридичній науці загальноприйнятим є погляд на зміст правовідносин (у тому числі цивільних відносин, урегульованих нормами права), як на права і обов'язки їх суб'єктів.

Тому, якщо права і обов'язки учасників цивільних відносин, не врегульованих законодавством або договором, подібні до прав і обов'язків цивільних відносин, врегульованих правовими нормами ЦК України, інших актів цивільного законодавства, у суду є всі підстави для застосування щодо неврегульованих законом або договором цивільних відносин аналогії закону. При цьому складність полягає у визначенні ступеню подібності, оскільки поняття "подібний" є оціночним.

А.Г. Діденко розуміє під оціночним таке поняття, через яке законодавець надає змогу суб'єктам реалізації правових норм в процесі такої реалізації (використання, виконання, дотримання, застосування норми права) самим визначати міру, що відділяє один правовий стан від іншого, або правовий стан від неправового [29, 162].

Не підлягає сумніву, що застосування цивільного закону по аналогії зумовлено необхідністю заповнення прогалин в правовому регулюванні тих або інших правовідносин. У випадках застосування аналогії стосовно визначення способу захисту переважного права вона спрямована на захист прав і законних інтересів учасників цивільних відносин-носіїв переважного права у певних цивільних правовідносинах і здійснення належного правосуддя.

Але, на наш, погляд, існуючі прогалини доцільніше заповнювати іншим чином, який би не допускав суб'єктивних підходів судових органів, – шляхом врегулювання відповідних відносин у законі. Це був би найоптимальніший спосіб подолання недоліків законодавчої техніки [інших причин існування прогалин в законодавстві, що визначає способи захисту порушених переважних прав, ми не бачимо. – В.Б.] в ситуації, що склалася.

Від застосування аналогії закону при визначенні способу захисту порушеного переважного права слід відрізняти так зване *застосування mutatis mutandis*, коли законодавець прямо встановлює, що норми, які регулюють певні відносини, слід застосовувати до інших, але подібних відносин. Такий законодавчий прийом відсильного регулювання застосовано, зокрема у ч. 4 ст. 411 ЦК України, і, на нашу думку, він цілком може замінити застосування аналогії закону, а, тим більше, аналогії права.

Зокрема, з метою усунення прогалини в законодавстві, ч. 2 ст. 822 ЦК України доцільно було б доповнити прямим посиланням на спосіб захисту, встановлений ст. 362 ЦК України. При цьому, якщо використовувати за зразок положення ст. 362 ЦК України, то очевидно, що і стосовно договору купівлі-продажу житла, яке було предметом договору найму, в ч. 2 ст. 822 ЦК України доцільно передбачити обов'язок позивача (наймача-носія переважного права) внести на депозитний рахунок суду суму, яку за договором повинен сплатити покупець.

На завершення дослідження проблеми способів захисту переважних прав слід звернути увагу на протиріччя, що існує між нормою абз. 2 ч. 2 ст. 16 ЦК України, яка встановлює, що суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений *договором* [курсив наш. – В.Б.] або законом, і ст. 4 ЦПК України, згідно з якою здійснюючи правосуддя, суд захищає права, свободи та інтереси фізичних осіб, права та інтереси юридичних осіб, державні та суспільні інтереси у спосіб, визначений *законами* [курсив наш. – В.Б.] України.

Безумовно, що з підвищенням ролі договору, як регулятора цивільних відносин, що отримало закріплення в ст. 6 ЦК України, а також позначилося на зміні великої кількості статей ЦК України, в яких використана конструкція на зразок "якщо інше не встановлено договором або законом", що свідчить про певний пріоритет договору над законом, положення ст. 4 ЦПК України має бути приведені у відповідність до положення абз. 2 ч. 2 ст. 16 ЦК України, для чого пропонуємо викласти ст. 4 ЦПК України в такій редакції:

"Стаття 4. Способи захисту, які застосовуються судом

1. Здійснюючи правосуддя, суд захищає права, свободи та інтереси фізичних осіб, права та інтереси

си юридичних осіб, державні та суспільні інтереси у спосіб, визначений договором або законом".

Проведене дослідження поняття і способів захисту переважних прав дозволило сформулювати деякі висновки і пропозиції, зокрема:

встановлені Цивільним кодексом України способи захисту переважних прав не завжди забезпечують адекватний захист від їх порушення, у зв'язку з чим видається за доцільне у разі встановлення в актах цивільного законодавства того або іншого переважного права одночасно передбачати спосіб його захисту;

за відсутності у законодавстві норм, що регулюють відносини, пов'язані з захистом переважних прав, суди при розгляді конкретних справ вдаються до застосування аналогії закону, яка не завжди ґрунтується на подібності правовідносин, щодо яких застосовується закон. Це ще раз підкреслює потребу у заповненні існуючих у законодавстві прогалин шляхом удосконалення чинного законодавства;

з метою розширення переліку способу захисту цивільних прав, особливо, захисту порушених переважних прав перелік способів, встановлених ч. 2 ст. 16 ЦК України доцільно доповнити такими способами як "встановлення правовідношення" і його різновидом – "спонукання до укладення договору";

внести зміни до ст. 4 ЦПК України, які б надавали право суду застосовувати способи захисту цивільних (у тому числі переважних) прав, не лише встановлені законом, але й передбачені договором.

Проведене дослідження деяких аспектів захисту переважних прав виявило існування низки проблем, що потребують не лише законодавчого вирішення, але і ґрунтового теоретичного аналізу, зокрема, з'ясування особливостей захисту переважних прав у речових та зобов'язальних правовідносинах.

1. Закон України від 7 липня 2010 р. "Про судоустрій і статус суддів" // Офіційний вісник України. – 2010. – № 55/1. – Ст. 1900.
2. Боднар Т.В. Захист цивільних прав при зміні і припиненні договірних зобов'язань / Т.В. Боднар // Приватне право і підприємництво. 36. наук. праць. Вип. 7, 2008 р. / Редкол.: Крупчан О.Д. (гол. ред.) та ін. – Київ: НДІ приватного права і підприємництва Академії правових наук України. – К., 2008. – С. 66-73.
3. 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.
4. Павлов А.А. Присудження к исполнению обязанности в натуре как способ защиты гражданских прав в обязательственных правоотношениях / А.А. Павлов. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – 203 с.
5. Щербина В.С. Попередження господарських правопорушень / В.С. Щербина. – К.: Либідь, 1993. – 132 с.
6. Российское гражданское право : Учебник: В 2 т. Т. 1: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / Отв. ред. Е.А. Суханов. – М.: Статут, 2010. – 958 с.
7. Вавилин Е.В. Осуществление и защита гражданских прав / Е.В. Вавилин; Российская акад. наук, Ин-т государства и права. – М.: Волтерс Клувер, 2009. – 369 с.
8. Сулейменов М.К. Субъективное гражданское право и средства его обеспечения в Республике Казахстан / М.К. Сулейменов // Субъективное гражданское право и средства его обеспечения. Материалы Международной научно-практической конференции, посвященной памяти профессора Ю.Г. Басина (в рамках ежегодных цивилистических чтений). Алматы, 13-14 июня 2005 г. / Отв. ред. М.К. Сулейменов. – Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2005. – 506 с.
9. Алексеев С.С. Общая теория права : учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. / С.С. Алексеев. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – 576 с.
10. Гражданское право : актуальные проблемы теории и практики / Под общ. ред. В.А. Белова. – М.: Юрайт-Издат, 2007. – 993 с.
11. Власова А.В. Структура субъективного гражданского права : автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.03 / А.В. Власова. – СПб., 1998. – 28 с.
12. Белов В.А. Гражданское право. Общая часть. Т. 1. Введение в гражданское право : учебник / В.А. Белов. – М.: Издательство Юрайт, 2011. – 521 с.
13. Иоффе О.С. Гражданско-правовая охрана интересов личности / О.С. Иоффе. – М.: Юрид. лит., 1969 – 324 с.
14. Ведяхин В.М., Шубина Т.Б. Защита прав как правовая категория / В.М. Ведяхин, Т.Б. Шубина // Правоведение. – 1998. – № 8. – С. 70-76.
15. Богданова Е.Е. Защита прав и интересов в договорных отношениях: монография / Елена Евгеньевна Богданова. – М.: Юнити-Дана: Закон и право, 2008. – 247.
16. Свєрдлык Г.А., Страуниг Э.Л. Защита и самозащита гражданских прав: Учебное пособие. – М.: "Лекс-Книга", 2002. – 208 с.
17. Елисейкин П.Ф. Правоохранительные нормы / П.Ф. Елисейкин // Защита субъективных прав и советское гражданское

* *Mutatis mutandis* [лат.] – змінивши те, що слід змінити; внісши необхідні зміни; з урахуванням існуючих розбіжностей // Латинская юридическая фразеология [Текст] / Составитель проф. Б.С. Никифоров. – М.: Юрид. лит., 1979, С. 164; Бабичев Н.Т., Боровский Я.М. Словарь латинских крылатых слов: 2 500 единиц [Текст] / Под ред. Я.М. Боровского. – 3-е изд., стер. – М.: Рус. яз., 1988, С. 469.

судопроизводство: Межвуз. тематическ. сборник. Вып. 2. — Ярославль: Изд-во Ярославского ун-та, 1977, С. 25-38. 18. Крашенинников Е.А. О сущности норм гражданского процессуального права / Е.А. Крашенинников // Применение права: вопросы истории, теории и практики: Межвуз. сб. — Л.: ЛГУ, С. 130 — 131. 19.. Вісник господарського судочинства. — 2010. — № 1. 20. Вісник господарського судочинства. — 2008. — № 1. 21. Щербина В. Проблеми захисту прав та інтересів суб'єктів господарювання (матеріально-правовий та процесуально-правовий аспекти) / В. Щербина // Українське комерційне право. — 2007. — № 8, С. 12-20. 22. Крат В.І. Переважні права: цивільно-правовий аспект / В. І. Крат: Дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2007. — 218 с. 23 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. 24. Модельний статут товариства з обмеженою відповідальністю : Затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 16 листопада 2011 р. № 1182 // ОВУ. — 2011. — № 90. — Ст. 3268. 25. Кот О.В. Судові акти в господарському процесі України : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04 / О.В. Кот. — К., 2011. — 221 с.

26. Боднар В. Переважне право на придбання акцій в ЗАТ: проблеми здійснення / В. Боднар // Актуальні питання державотворення в Україні. Збірник наукових праць міжнародної науково-практичної конференції (24 — 25 квітня 2008 року). — К.: ВГЛ "Обрії", 2008. — Ч. 3, С. 17—19. 27. Белкіна Ю. Актуальні питання обігу акцій закритих акціонерних товариств / Ю. Белкіна // Актуальні питання державотворення в Україні. Збірник наукових праць міжнародної науково-практичної конференції (24 — 25 квітня 2008 року). — К.: ВГЛ "Обрії", 2008. — Ч. 3, С. 14-15. 28. Наумкіна П. Проблема захисту переважного права акціонерів на придбання акцій в ЗАТ / П. Наумкіна // Актуальні питання державотворення в Україні. Збірник наукових праць міжнародної науково-практичної конференції (24 — 25 квітня 2008 року). — К.: ВГЛ "Обрії", 2008. — Ч. 3, С. 74-76. 29. Диденко А. Оценочные понятия в гражданском законодательстве / А. Диденко // Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика. — Избранное / Под ред. А.Г. Диденко. — Алматы: Паритет, Институт правовых исследований и анализа, 2008, С. 162-185.

Надійшла до редколегії 19.12.11

УДК 342.51

А. Стародубцев, канд. юрид. наук

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПЕРЕМІЩЕННЯ ПО СЛУЖБІ ПРАЦІВНИКІВ ОРГАНІВ ВНУТРІШНІХ СПРАВ

В статті уточнено поняття "переміщення по службі працівників органів внутрішніх справ", визначено особливості його правового регулювання та процедури реалізації.

Ключові слова: органи внутрішніх справ, державна служба.

В статье уточнено понятие "перемещение по службе сотрудников органов внутренних дел", определены особенности его правового регулирования и процедуры реализации.

Ключевые слова: органы внутренних дел, государственная служба.

A concept "moving on service of workers of organs of internal affairs" is specified in the article, the features of him are certain legal adjusting and procedure of realization.

Keywords: police, public service.

Динамізм проходження служби в органах внутрішніх справ залежить від професійного рівня, зацікавленості у службовому просуванні й підвищенні соціального статусу працівника. У сучасному становищі, забезпечення роботою, відповідно до кваліфікаційних вимог, має велике значення, оскільки гарантує стабільність матеріального становища особи, соціального статусу та забезпечує належний рівень життя [1, с. 79]. Це повною мірою стосується і працівників органів внутрішніх справ.

Проблемами проходження служби в органах внутрішніх справ займалися представники різних галузей права, зокрема В.Б. Авер'янов, М.Г. Александров, О.М. Бандурка, Ю.П. Битяк, І.С. Гриценко, А.Т. Комзюк, Р.І. Кондратьєв, К.Ю. Мельник, О.М. Музичук, О.В. Петришин та ін., проте особливості переміщення по службі працівників органів внутрішніх справ достатньо повно дотепер дослідженні не було. Проблема залишається актуальною, тому завданнями цієї статті є з'ясування поняття "переміщення по службі працівників органів внутрішніх справ", уточнення правового регулювання його здійснення та характеристика процедури переміщення по службі працівників органів внутрішніх справ.

Порядок переміщення по службі працівників органів внутрішніх справ визначається Положенням про проходження служби рядовим та начальницьким складом органів внутрішніх справ України [2] і значно відрізняється від переміщення працівників за трудовим законодавством. Нагадаємо, що згідно з ч. 2 ст. 32 КЗпП України [3] не вважається переведенням на іншу роботу і не потребує згоди працівника переміщення його на тому ж підприємстві, в установі, організації на інше робоче місце, в інший структурний підрозділ у тій же місцевості, доручення роботи на іншому механізмі або агрегаті у межах спеціальності, кваліфікації чи посади, обумовленої трудовим договором.

Визначення поняття переміщення законодавець не наводить. Однак такі спроби намагались зробити вчені. Так, наприклад, А.Я. Кибанов під переміщенням пропонує розуміти процеси зміни місця працівників у системі

розподілу праці, а також зміни робочого місця в межах організації [4, с. 279]. З позиції О.В. Смирнова, переміщення передбачає збереження обумовлених трудовим договором місця роботи та трудової функції (змінюється лише конкретне робоче місце, конкретний структурний підрозділ, цех, відділ тощо) [5, с. 177]. На думку Г.С. Гончарової, В.В. Жернакова, С.М. Прилипка переміщення — це зміна робочого місця в межах підприємства, яка пов'язана з організацією виробництва, надання працівникові роботи без зміни трудової функції (тобто в межах професії, спеціальності, кваліфікації, посади) і місця роботи [6, с. 85]. Окремо існують думки з приводу переміщення працівників органів внутрішніх справ. Зокрема, точка зору О.В. Лавріненка полягає в тому, що не вважається переведенням на іншу роботу і не потребує згоди працівника органів внутрішніх справ переміщення на іншу посаду у тому ж органі (підрозділі, службі) внутрішніх справ, в інший структурний підрозділ у тій же місцевості, доручення іншої роботи у межах спеціальності і кваліфікації або посади, передбачуваної трудовим договором (контрактом про службу), якщо це не протипоказано за станом здоров'я [7, с. 78].

Згідно з ч. 1 ст. 18 закону України "Про міліцію" [8] порядок та умови проходження служби в міліції регламентуються Положенням про проходження служби особовим складом органів внутрішніх справ, затверджуваним Кабінетом Міністрів України. Відповідно до цього Положення, переміщення працівників органів внутрішніх справ здійснюється в чотирьох випадках: на вищі посади — в порядку просування по службі; на рівнозначні посади — у разі службової необхідності, з урахуванням ділових та особистих якостей, стану здоров'я, віку та підготовки за новою спеціальністю працівника; у зв'язку з початком навчання у закладах Міністерства внутрішніх справ України — при звільненні зі штатної посади, а також у разі призначення на посаду після закінчення навчання; на нижчі посади — при скороченні штатів; за станом здоров'я згідно з висновком військово-лікарської комісії; за особистим проханням; за службовою невідповідністю,

© Стародубцев А., 2012

виходячи з професійних, моральних і особистих якостей; у порядку дисциплінарного стягнення.

Так, наголосимо ще раз, що в спеціальному законодавстві, яке регулює проходження служби працівниками органів внутрішніх справ, термін "переміщення" не зовсім відповідає своєму змістові в трудовому законодавстві, тобто він вживається, зокрема в Положенні про проходження служби рядовим та начальницьким складом органів внутрішніх справ України, для визначення самого процесу переходу, перестановки, просування персоналу кар'єрними сходинками. Проте, ще в 1961 році І.М. Полунов, вивчаючи відмінності переміщення від переведення, визначив, що при переміщенні працівникові вказується лише нове робоче місце [9, с. 12]. В 1982 році таку думку підтримала Г.С. Гончарова, зазначивши, що на відміну від переведення зміна робочого місця в межах підприємства, пов'язана з організацією виробництва, називається переміщенням на інше робоче місце [10, с. 33]. Саме тому основною помилкою, яку на сьогодні, в умовах дії чинного спеціального законодавства, допускають адміністрації органів внутрішніх справ, є те, що переведення на іншу роботу працівників органів внутрішніх справ вважаються переміщенням по службі.

На виконання вимог закону України "Про міліцію", Положення про проходження служби рядовим і начальницьким складом органів внутрішніх справ України, Міністерство внутрішніх справ періодично видає накази, якими затверджує переліки посад номенклатури Міністерства внутрішніх справ та Інструкцію про порядок призначення працівників на посади номенклатури Міністерства внутрішніх справ України, які стосуються також переміщення працівників. Відбір і вивчення особистостей працівників органів внутрішніх справ – кандидатів на посади проводиться також згідно з Дисциплінарним статутом органів внутрішніх справ [11] та інших нормативних актів.

Переміщення працівника органів внутрішніх справ по службі не може бути невмотивованим, на чому наголосив Пленум Верховного Суду України у постанові № 9 від 6 листопада 1992 року "Про практику розгляду судами трудових спорів" [12, с. 175]. Воно має бути справді потрібним та необхідним для конкретного органу внутрішніх справ. Воно може бути спричиненим зменшенням обсягу роботи на даній ділянці та збільшенням обсягу роботи на іншій ділянці, на яку потрібно перемістити працівника, організацією нової ділянки тощо. Складність правозастосовної практики при вирішенні даного питання полягає в тому, що при проведенні переміщення працівника органів внутрішніх справ по службі важливо уникнути суб'єктивної оцінки ситуації, при якій переміщення є необхідним. Отже, неможливо не погодитись із думкою Т.В. Парпан, яка вважає, що для захисту працівника від зловживань зі сторони роботодавця необхідно закріпити вимогу про вмотивованість переміщення на законодавчому рівні [13, с. 329]. Разом з тим ч. 4 п. 21 Положення про проходження служби рядовим і начальницьким складом органів внутрішніх справ передбачено, що особи рядового і начальницького складу зобов'язані проходити службу там, де це викликано інтересами служби і обумовлено наказами прямих начальників. Виняток становить направлення для проходження служби за межами країни, які здійснюються за згодою працівника в порядку, встановленому законодавством. Саме тому, конкретні причини й мотиви переміщення працівників органів внутрішніх справ по службі повинні бути зазначеними в мотивувальній частині наказу про переміщення.

Отже, вимагаючи від працівника органів внутрішніх справ несення служби з підпорядкуванням правилам внутрішнього трудового розпорядку, керуючись нормами ст. 43 Конституції України [14], де заборонено застосування примусової праці, керівництво органу внутрішніх справ не може виходити за межі трудового договору (контракту про службу). Проте, не всі науковці поділяють таку точку зору. Деякі з них неодноразово застерігали щодо законодавчих підходів до розуміння переміщення працівників, наприклад, М. Стадник вважає за необхідне взагалі відмовитися від поняття "переміщення" [15, с. 63–66].

Стосовно здійснення процедури переміщення по службі працівників органів внутрішніх справ, то первинним її етапом є те, що працівник органів внутрішніх справ – кандидат на посаду має скласти заліки, які приймаються спеціальною комісією, із бойової та службової підготовки, за результатами складання яких отримати відповідну довідку, наявність якої є обов'язковою для призначення кандидата на посаду.

Перелік таких документів може бути різним, оскільки, залежно від категорії посади, на яку планується призначити працівника органів внутрішніх справ, можуть мати місце зміни, уточнення та доповнення. У випадку призначення працівника органів внутрішніх справ на рівнозначну посаду подаються його особова справа, мотивоване подання й атестаційний лист, а при пониженні в посаді – також інші документи. Яскравим прикладом "перепризначення" працівника органів внутрішніх справ на рівнозначну посаду є переміщення його в інший структурний підрозділ у тій же місцевості в порядку ротації. Наприклад, переміщення начальника міського відділення міліції в складі райвідділу міліції міста на рівнозначну посаду іншого, підпорядкованого райвідділу, міського відділення міліції.

Відносно самого поняття структурного підрозділу, то варто зазначити, що в спеціальному законодавстві воно трактується дещо інакше, ніж у трудовому законодавстві. Чіткого визначення структурного підрозділу органу внутрішніх справ законодавець не наводить. Проте, порівнявши низку нормативно-правових актів, якими регулюється проходження служби в органах внутрішніх справ України, можна зробити висновок, що в органах внутрішніх справ структурним підрозділом є складова частина в складі більшої. Наприклад, структурними підрозділами Департаменту кримінального розшуку Міністерства внутрішніх справ України є Управління кримінального розшуку в областях, структурними підрозділами яких, в свою чергу є відділи (відділення, групи) кримінального розшуку міських, районних та лінійних органів внутрішніх справ.

Відповідно до Інструкції про порядок призначення працівників на посади номенклатури Міністерства внутрішніх справ, затвердженої наказом МВС України № 650 від 01.12.2008 року [16] підготовка матеріалів проводиться керівниками та підрозділами кадрового забезпечення відповідних територіальних та транспортних органів внутрішніх справ.

Особливості призначення залежать від категорії посади, на яку планується призначення кандидата. Категорії посад визначаються наказами Міністерства внутрішніх справ. Згідно з ч. 2 п. 39 Положення про проходження служби рядовим і начальницьким складом органів внутрішніх справ перелік посад, які підлягають заміщенню особами вищого начальницького складу, затверджується відповідно до законодавства. На сьогодні чинним є наказ Міністерства внутрішніх справ № 650 від 01.12.2008 року "Про затвердження переліків посад номенклатури Міністерства внутрішніх справ України", яким і затверджено шість Переліків посад ке-

рівного складу Міністерства внутрішніх справ України, посад номенклатури Міністерства внутрішніх справ України, посад обліково-контрольної номенклатури Міністерства внутрішніх справ України та порядок призначення і звільнення працівників на (з) них.

Відповідно до п. 40 Положення про проходження служби рядовим і начальницьким складом органів внутрішніх справ призначення на посади рядового і начальницького складу здійснюється відповідними начальниками згідно з номенклатурою посад. Наприклад, призначення, як і звільнення, працівника міліції на посаду начальника районного відділу міліції, згідно з Переліком № 4, затверджений згаданим наказом Міністерства внутрішніх справ України № 650 від 01.12.2008 року [17], здійснюється наказом Міністра внутрішніх справ України. Кандидатом до призначення на таку посаду може бути працівник органів внутрішніх справ, який має профільну вищу освіту та відповідає вимогам Довідника типових професійно-кваліфікаційних характеристик основних посад працівників Міністерства внутрішніх справ України, затвердженого наказом МВС України від 24 березня 2006 року № 301 [18] та, зазвичай, перебуває в резерві для призначення на вищі посади чи пройшов стажування на посаді, за підсумками проведеного конкурсу на заміщення посад номенклатури Міністерства внутрішніх справ. Призначенню має передувати відповідна підготовка. Начальник ГУМВС (УМВС) України в Автономній Республіці Крим, області, містах Києві і Севастополі та на транспорті перед направленням до МВС України матеріалів щодо призначення працівника органів внутрішніх справ – кандидата на посаду повинен організувати проведення: стажування кандидата на посаді за напрямками майбутньої служби; прийняття заліків із бойової та службової підготовки та за результатами стажування на посаді; поглиблене психологічне, психофізіологічне та медичне обстеження кандидата на посаду; співбесіду з керівниками структурних підрозділів, управлінь (відділів) внутрішньої безпеки.

Призначення працівника міліції на посаду начальника міського, районного чи лінійного органу внутрішніх справ проводиться після його навчання на курсах підвищення кваліфікації та узгодження з керівником структурного підрозділу центрального апарату і членами колегії Міністерства внутрішніх справ. Управліннями (відділами) внутрішньої безпеки, з метою попередження випадків призначення на посади номенклатури Міністерства внутрішніх справ осіб, схильних до вчинення корупційних та інших протиправних діянь, стосовно кандидатів до призначення на посаду здійснюються перевірки, у тому числі за оперативними обліками. Пропозиції з приводу доцільності призначення кандидата на посаду виносяться на розгляд кадрової комісії територіальних управлінь. У Головному управлінні МВС України в Автономній Республіці Крим погодження призначення на посади перших заступників, заступників начальника Головного управління та начальників міських та районних органів проводиться з Головою Верховної Ради та Головою Ради міністрів Автономної Республіки Крим. Призначення працівників, не включених до зазначених переліків, узгодження, призначення яких передбачено положеннями про структурні підрозділи апа-

рату Міністерства, здійснюється наказами начальників головних управлінь, управлінь МВС України в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві та Севастополі, на транспорті після узгодження кандидатури безпосередньо з керівником відповідного структурного підрозділу МВС України.

Отже, для працівників органів внутрішніх справ не тільки відрізняється поняття переміщення, а й встановлений спеціальним законодавством процес його реалізації. Немає чітко визначеної процедури переміщення, натомість є звільнення з попередньої посади та відповідний відбірково-екзаменаційно-конкурсний етап призначення на іншу.

Підсумовуючи, варто наголосити на необхідності визначення понять "переведення" та "переміщення" працівників органів внутрішніх справ у спеціальному законодавстві, зокрема, вніши зміни та доповнення до розділу 4 Положення про проходження служби, що дало б можливість більш реального розмежування вказаних понять, змогло б полегшити правозастосовну практику та унеможливило б порушення конституційно закріплених прав працівників органів внутрішніх справ.

1. Киян В.Я. Правове регулювання переміщення та просування по службі працівників органів внутрішніх справ : [моногр.] / В.Я. Киян. – Запоріжжя : Запорізьк. юрид. ін-т Дніпропетр. держ. ун-ту внутр. справ, 2010. – 222 с.
2. Положення про проходження служби рядовим та начальницьким складом органів внутрішніх справ України : затверджене Постановою Кабінету Міністрів України від 29 липня 1991 року № 114 // Збірник нормативних актів України з питань правопорядку / уклад. : Слободянюк В.Г., Лисюченко В.П. – К., 1993. – 507 с.
3. Кодекс законів про працю України : науково-практичний коментар / [В.В. Арістова, В.В. Безусий, С.О. Бондар та ін.] ; за ред. О.О. Погрібного, М.І. Іншина, І.М. Шопіної. – К.: Правова єдність, 2008. – 456 с.
4. Управление персоналом организации : [учебн. / под ред. А.Я. Кибанова]. – М.: Изд. Инфра-М, 1997. – 509 с.
5. Трудовое право : [учебн. / под ред. О.В. Смирнова]. – М.: Статус, ЛТД, 1996. – 384 с.
6. Гончарова Г.С. Трудовое право Украины в вопросах и ответах : уч.-справочное пособие. Издание пятое, переработанное и дополненное / Гончарова Г.С., Жернаков В.В., Прилипко С.Н. ; под ред. В.В. Жернакова. – Харьков : "Одиссей", 2007. – 664 с.
7. Лавриненко О.В. Правовые вопросы возникновения, изменения и прекращения служебно-трудовых правоотношений работников органов внутренних дел [науч.-практ. пособ.] / О.В. Лавриненко. – Харьков : Знание, 1999. – 144 с.
8. Про міліцію : Закон України від 20 грудня 1990 року // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 4. – Ст. 20.
9. Полунов И. М. Судебная защита права на труд : автореф. дис. на соискание уч. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.05 "Трудовое право ; право социального обеспечения" / И.М. Полунов. – Харьков, 1961. – 16 с.
10. Гончарова Г.С. Переводы и перемещения в судебной практике : [моногр.] / Г.С. Гончарова. – Харьков : Вища школа. Изд-во при Харьк. ун-те, 1982. – 168 с.
11. Про Дисциплінарний статут органів внутрішніх справ України : закон України від 22 лютого 2006 року № 3460-4 // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 29. – Ст. 245.
12. Збірник Постанов Пленуму Верховного Суду України (1972–2007) : – Х.: Видавець СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2007. – 677 с.
13. Парпан Т. Проблеми правового регулювання переміщення працівників : матеріали X регіон. наук.-практ. конференції [Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні]. (Львів 5–6 лют. 2004 р.) – Львів, 2003. – С. 328–329.
14. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
15. Стадник М. Чи сприяють зміни у трудовому законодавстві зміцненню юридичних гарантій права на працю? / М. Стадник // Радянське право. – 1990. – № 1. – С. 63–66.
16. Інструкція про порядок призначення працівників на посади номенклатури Міністерства внутрішніх справ : затверджено наказом МВС України від 1 грудня 2008 року № 650.
17. Про затвердження переліків посад номенклатури Міністерства внутрішніх справ України : Наказ Міністерства внутрішніх справ України від 1 грудня 2008 року № 650.
18. Довідник типових професійно-кваліфікаційних характеристик основних посад працівників Міністерства внутрішніх справ України (затв. і введ. в дію наказом МВС України від 24.03.06. № 301) / розроб. Мельник С. та ін. – Офіц. Вид. – К.: "Друкарня МВС України", 2006. – 288 с.

Надійшла до редколегії 20.12.11

ІСТОРИЧНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ДІЯЛЬНОСТІ ФОНДУ "ВЗАЄМОРОЗУМІННЯ І ПРИМИРЕННЯ" В УКРАЇНІ

В статті розглядається правовий статус Фонду "Взаєморозуміння і примирення", який займався проблемами та компенсаційними виплатами оstarбайтерів, осіб яких було примусово вивезено до Німеччини та її союзників під час Другої світової війни 1939-1945 років. Зазначено аналіз чинного законодавства України в частині соціального захисту оstarбайтерів. Внесено пропозиції із вдосконалення чинного законодавства та правозастосовчої практики з метою підвищення рівня духовної та матеріальної культури в українському суспільстві.

Ключові слова: оstarбайтери, жертви нацистських переслідувань, соціальний захист, фонд "Взаєморозуміння і примирення".

В статье рассматривается правовой статус Фонда "Взаимопонимания и примирения", который занимался проблемами и компенсационными выплатами оstarбайтеров, лица которых были принудительно вывезены в Германию и ее союзников во время Второй мировой войны 1939-1945 лет. Отмечен анализ действующего законодательства Украины в части социальной защиты оstarбайтеров. Внесены предложения из совершенствования действующего законодательства и правоприменительной практики с целью повышения уровня духовной и материальной культуры в в украинском обществе.

Ключевые слова: оstarбайтеры, жертвы нацистских преследований, социальная защита, фонд "Взаимопонимания и примирения".

Legal status of Fund of mutual "Understanding and reconciliation", which was engaged in problems and compensative payments of ostarbayterov the persons of which were forcedly taken out to Germany and its allies in the Second world war-time 1939-1945 years, is examined in the article. The analysis of current legislation of Ukraine is marked in part of social defence of ostarbayterov. Brought in suggestion from perfection of current legislation and pravozastosovchei practice with the purpose of increase of level of spiritual and financial culture in in Ukrainian society.

Keywords: ostarbaytery, victims of nazi pursuits, social defence, fund of mutual "Understanding and reconciliation".

Становлення української держави потребує історичних та правових досліджень, які б об'єктивно, на основі сучасних концептуальних підходів аналізували ключові події нашої правової держави задля подолання ідеологічних стереотипів і формування колективної пам'яті.

Конституційні положення [1] про людину, її життя і здоров'я як найвищу соціальну цінність, сприяння держави у консолідації та розвитку української нації, її історичної свідомості, традицій і культури, етнічної, культурної, мовної та релігійної самобутності являють собою найбільш вагомий правовий засад соціального захисту, які відображають його зміст.

Соціальні, психологічні, правові, економічні, організаційні, власне історичні та інші проблеми соціального захисту оstarбайтерів досліджували такі вчені радянського періоду та сьогодення як В. Андрєєв, Н. Болотіна, О. Панасюк, О. Тищенко, М. Іншин, В. Гулієв, Ф. Рудинський, О. Чутчева, В. Топчий, а також вчених-істориків, які досліджували соціальне життя оstarбайтерів: А. Андрєєвої, Г. Вербицького, І. Герасимова, І. Муковського, Т. Пастушенко, П. Панченко, Р. Вишневського, О. Святуна, Т. Пастушенко, С. Галчака, О. Потильчака, Т. Лапан, О. Лисенко, П. Поляна, А. Мелякова, А. Кравченко, С. Батурина, А. Слюсаренко, І. Патріляка, М. Боровика, М. Коваля, В. Косика, В. Фоміна, К. Дубини та ін. Окремі аспекти соціально-правового захисту оstarбайтерів розглядаються в дослідженнях молодих науковців, частково даної проблематики торкалась і автор цієї статті [2; 3; 4].

Метою даної статті є аналіз науково-теоретичних підходів та стану нормативно-правового забезпечення статусу громадян, які постраждали під час Другої світової війни як суб'єкта правовідносин з соціального захисту в нашій державі; внесення пропозицій щодо вдосконалення чинного законодавства, яке регулює правові відносини з урахуванням політико-правових документів концептуального характеру та міжнародного досвіду. Розкриття мети дослідження сприяло вирішення таких завдань, як аналіз наукових, політико-концептуальних підходів і чинного законодавства щодо соціального захисту оstarбайтерів в її духовному та матеріальному вимірі.

Особливої актуальності та ваги в умовах сьогодення набуває питання реалізації конституційного права особи на соціальний захист. Відповідно зі ст. 46 Конституції

України це право включає право громадян на забезпечення їх у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках, передбачених законом [1].

Діяльність щодо соціального захисту населення є обов'язковою функцією будь-якої сучасної держави, тим більше держав, які визнали себе соціальними. В цілому соціально-захисна діяльність охоплює сферу матеріального забезпечення і надання соціальних послуг непрацездатним особам [5, с. 39]. До таких категорій згідно положень чинного законодавства відносяться оstarбайтери.

За класифікацією Всесвітньої організації охорони здоров'я (далі – ВООЗ) населення у віці від 60 до 74 років віднесено до похилого віку, від 75 до 89 – до старшого, від 90 років і старше – до довгожителів. Згідно з рішенням ООН від 1980 р. та доповіді Комітету експертів ВООЗ, вік 60 років рекомендується розглядати як межу переходу до групи похилого віку. ВООЗ в 1982 р. вибрала вік 65 років як індикатор похилого віку і рекомендувала в групі осіб похилого віку виділяти ще групу "престарілих", тобто людей віком 80 років і старше [6, с. 7-16]. Отже, оstarбайтери належать до категорії престарілих, і на сьогодні з боку держави потребують соціального захисту, надзвичайної уваги та підтримки, зважаючи на їх вік.

Як зазначає Н. Болотіна, лише держава уповноважена встановити для окремого суб'єкта правовідносин "додаткове забезпечення понад загальний рівень за те, що особи претерпіли соціальні ризики такі, котрих у звичайних умовах людина не зазнає" [7, с. 35-39].

На сьогодні найбільш вагомими документами, які забезпечують соціальний і правовий захист оstarбайтерів та ветеранів, є Конституція України та Закони України. Отже, Закон України "Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту" від 22.10.1993 р. [8], згідно якого громадяни, які були вивезені на рабські і примусові роботи, прирівнюються до ветеранів війни з наданням певних пільг. Цей Закон визначає правовий статус ветеранів війни, забезпечує створення належних умов для їх життєзабезпечення, сприяє формуванню в суспільстві шанобливого ставлення до них. Закон України "Про жертви нацистських переслідувань" від 23.03.2000 р. [9], визначає правові, економічні та організаційні засади державної політики щодо жертв наци-

стських переслідувань і спрямований на їх соціальний захист та збереження пам'яті про них. Вказаним Законом визначено осіб, які належать до числа жертв нацистських переслідувань: колишні в'язні концентраційних таборів, гетто та інших місць примусового тримання та місць примусових робіт у роки Великої Вітчизняної війни та Другої світової війни; особи, які були насильно вивезені з території колишнього Союзу РСР на примусові роботи на територію Німеччини або її союзників, що перебували у стані війни з колишнім Союзом РСР, або на території окупованих ними інших держав; діти, які народилися в місцях примусового тримання їх батьків та в місцях відбування батьками примусових робіт. До жертв нацистських переслідувань належать також особи, які у роки Великої Вітчизняної війни та Другої світової війни були насильно вивезені з території інших держав, що після 1944 року увійшли до складу колишнього Союзу РСР, а також особи, які після звільнення з концентраційних таборів, гетто, інших місць примусового тримання та місць примусових робіт були переселені на територію України та Закон України "Про основні засади соціального захисту ветеранів праці та інших громадян похилого віку в Україні" від 16.12.1993 р. [10], який гарантує ветеранам праці та громадянам похилого віку рівні з іншими громадянами можливості в економічній, соціальній, політичних сферах, сприятливі умови для повноцінного способу життя.

Фактично йдеться про ті категорії осіб для яких складні обставини їх життя (примусове залучення до праці в інших країнах) слугують підставою для реалізації права на компенсаційні виплати за понесені моральні та фізичні втрати. У законодавствах зарубіжних країн та й у національному законодавстві України враховані такі ризики, зокрема передбачено статуси "жертва війни", "інвалід війни", "учасник війни" або "жертва політичних репресій". Такі правові статуси надають їх володільцям право на додатковий державний соціальний захист, оскільки ті зазнали особливих моральних і фізичних втрат [5, с. 51].

За юридично-енциклопедичним визначенням компенсації жертвам нацистських переслідувань – це виплата коштів, виділених урядом ФРН колишнім в'язням концтаборів, гетто та особам, які були примусово вивезені і працювали на заводах, фабриках та в сільському господарстві (остарбайтери). Це одноразова матеріальна допомога, що виплачувалась особам з числа цивільного населення, які особливо постраждали від зазначених переслідувань у роки Другої світової війни 1939-1945 рр. [11, с. 191].

Доцільно зазначити, що матеріальна відповідальність суб'єкта міжнародного права настає тоді, коли порушення міжнародних зобов'язань пов'язане з заподіянням матеріального збитку. Вона може бути у формі репарації, реституції і субституції. Таким чином, репарація – це відшкодування суб'єктом-порушником матеріальної шкоди грошми, товарами, послугами тощо. До репарацій вдавалися за рішенням Кримської конференції 1945 р. (Німеччину було зобов'язано відшкодувати СРСР збитки в 20 млрд. доларів, згодом уряд ФРН прийняв рішення про сплату компенсацій громадянам колишнього СРСР, яких було вивезено в неволю до Німеччини) [12, с. 485-486].

Усвідомлюючи, що націонал-соціалістська держава вчинила жорстокі протиправні діяння над робітниками рабської та примусової праці шляхом їх депортації, ув'язнення, експлуатації на роботі аж до повного винищення, а також шляхом інших незчисленних порушень прав людини, німецькі підприємства, що брали участь у протиправних діяннях націонал-соціалізму,

несуть історичну відповідальність за це і мають діяти відповідно до цього, німецькі підприємства, що об'єдналися у межах ініціативи німецької економіки щодо створення Фонду, визнають цю відповідальність, заподіяна несправедливість і спричинене внаслідок цього людське страждання не можна компенсувати навіть фінансовою допомогою. На думку автора, проблема полягає в тому, що закон прийнято надто пізно для тих людей, які загинули як жертви націонал-соціалістського режиму чи вже померли протягом років, що минули з того часу.

Отже, в Україні партнерською організацією став Український національний фонд "Взаєморозуміння і примирення" (далі – УНФ) заснований Кабінетом Міністрів України (далі – КМ України) згідно з Постановою № 453 від 16.06.1993 р. [13] УНФ за рахунок коштів Федеративної Республіки Німеччини (далі – ФРН) відповідно до досягнутих чотиристоронніх домовленостей між Урядами Республіки Беларусь, Російської Федерації, України і ФРН були врегульовані питання щодо виплати компенсаційних платежів громадянам колишнього СРСР, які в роки Другої світової війни стали жертвами нацистських переслідувань. Проте практична реалізація здійснення цих компенсаційних виплат, і на сьогодні, викликає ряд зауважень. Фактично не було належним чином реалізовано соціальний захист остарбайтерів з України. На прикладі інших країн Європи це питання було врегульовано набагато ефективніше. Треба зазначити, що постановою № 455 КМ України від 27.04.2011 р. [14] ліквідовано УНФ "Взаєморозуміння і примирення". З точки зору формування соціального захисту цієї категорії осіб, ліквідування УНФ є передчасним та не виваженим рішенням.

Відповідно до зазначених Угод між Урядами Республіки Беларусь, України і Російської Федерації від 15.08.1993 р. УНФ "Взаєморозуміння і примирення" здійснював виплату одноразової компенсаційної допомоги за рахунок коштів ФРН громадянам колишнього СРСР, які в роки Другої світової війни особливо постраждали від націонал-соціалістських переслідувань, а саме: колишнім в'язням нацистських концтаборів за Переліком абз.2 § 42 Закону ФРН "Про компенсаційні виплати", колишнім в'язням гетто, інших аналогічних за режимом місць примусового утримання, громадянам, які були депортовані на примусові роботи за межі колишнього СРСР на територію Німецької імперії та країн, що були в стані війни з колишнім СРСР, або на територію країн, окупованих Німецькою імперією, в т.ч. дітям, народженим у нацистській неволі. УНФ всю свою діяльність, який протікав під увагою вітчизняних і закордонних зацікавлених організацій і формувань, здійснював у тісному контакті з громадськими об'єднаннями жертв нацизму, що діяли в Україні та інших країнах. Представники громадських організацій допомагали інформувати громадян про здійснення виплат, розшукувати і оформляти для них необхідні документи. Залучали вони і до призначення виплат конкретним особам, а також обов'язково до розгляду спірних питань вони (як найбільш компетентні і зацікавлені громадяни) працювали в експертних та апеляційних (касаційних) комісіях [15].

Питання організації здійснення компенсаційних виплат для даної категорії постраждалих осіб було предметом переговорів делегацій країн Центральної і Східної Європи з німецькою стороною, які офіційно тривали з 16.02.1999 р. На підставі результатів переговорів з Бундестагом ФРН було прийнято Закон "Про створення Федерального фонду "Пам'ять, відповідальність і майбутнє", який набув чинності 12.08.2000 р. Згідно даного Закону, кошти зазначеного фонду складалися з 10 млрд. німецьких марок: 5 млрд. німецьких марок

надані федеративною державою, 5 млрд. німецьких марок – підприємствами і страховими компаніями, які мали спрямовуватись на здійснення компенсаційних виплат постраждалим державам [16].

Підкреслимо, що примусову працю в'язнів концтаборів широко використовували відомі німецькі підприємства: "ІГ Фарбеніндустрі", "Сіменс", "Герман Геринг-верке", "Ігметал", "Фольксваген", "Хехст", "БМВ" та інші [17, с. 15]. Зокрема, були встановлені нормативи, за якими німецькі підприємства, що використовували рабську працю в'язнів концтаборів, сплачували СС кошти за працівників: шість німецьких марок за одинадцятигодинну зміну фахівців, чотири марки – за допоміжних робітників, що приносило концернам та підприємствам СС величезні прибутки. Отже, і на сьогоднішній день це відомі німецькі підприємства, які заробили свій капітал, також і за рахунок наших українських оstarбайтерів.

Отже, виплатний процес Німецького Федерального фонду "Пам'ять, відповідальність і майбутнє", який повністю був підпорядкований законодавству ФРН, був розпочатий у серпні 2001 р. Таким чином, Федеральний фонд здійснював виплати жертвам нацизму через партнерські організації. Як зазначено вище, в Україні партнерською організацією закон ФРН визначив УНФ "Взаєморозуміння і примирення". Отже, питання разових виплат жертвам нацистських переслідувань за рахунок коштів ФРН регулювався Законом ФРН "Про створення Федерального фонду "Пам'ять, відповідальність і майбутнє", який набув чинності 12.08.2000р. Відповідно до зазначеного Закону виплати громадянам України та громадянам колишніх республік Радянського Союзу, які у роки Другої світової війни постраждали від нацистських переслідувань, здійснювалися Федеральним фондом "Пам'ять, відповідальність і майбутнє" через його партнерську організацію УНФ "Взаєморозуміння і примирення". УНФ не мав права відхилятися від вимог Закону ФРН або вносити до нього свої корективи.

Заяви від постраждалих приймалися до 31.12.2001 р. (відповідно до §14 п.1 зазначеного Закону). Експертна комісія УНФ "Взаєморозуміння і примирення" розглянула всі наявні справи з документами і прийняла по них відповідні рішення, як і було заплановано до 17.11.2003 р. Згідно з §9 п.9 Закону ФРН про виплати призначена кожному одержувачу сума виплачувалась двома частинами. Більшу частину (тобто 65%) одержали всі жертви нацизму – 473951 чол. та правонаступники тих, хто вчасно оформив необхідні документи і помер, не дочекавшись виплат. З лютого 2004 р. розпочалася виплата другої частини – 35%. Виплата другої частини також завершалась: станом на 08.08.2006 р. її вже одержали 466139 жертв нацизму. Станом на 08.08.2006 р. 35% в основному одержували правонаступники жертв нацизму, кому призначена друга частина коштів і які не встигли її одержати, а також жертви нацизму чиї справи були відкладені через відсутність підтверджень факт примусової роботи, хоча запит до Міжнародної служби розшуку був поданий вчасно. Правонаступники, коло яких встановлені Законом ФРН, які не звернулись до Фонду через обласні відділення заяв і не подали необхідні документи впродовж шести місяців з дня смерті постраждалого, безповоротно втратили своє право на одержання коштів, навіть, якщо вони вже знаходилися в банку. Така вимога Закону ФРН про заснування Федерального фонду (§14 п.3). Це положення стосується правонаступників тих громадян, хто був живим станом на 16.02.1999 р. і подав заяву до 31.12.2001 р. У зв'язку з тим, що виплатний процес був завершений 30.09.2006 р. всі права на одержання виплат оstarбайтерам втрачаються – Закон ФРН §14 п.4. Після цієї дати не будуть

прийматися до розгляду жодні заяви і документи, не розглядатимуться також скарги громадян. Необхідно нагадати, що кошти, які надійшли в Україну на виплати конкретним одержувачам – жертвам нацизму, до моменту одержання адресатами є власністю німецької сторони. Загальній сума 1 млрд. 724 млн. німецьких марок, що становить 881,5 млн. євро. Норми національного законодавства, рішення державних органів і судів країн, на території яких проживають жертви рабської і примусової праці націонал-соціалізму, щодо здійснення їм виплат за рахунок коштів німецького Федерального фонду "Пам'ять, відповідальність і майбутнє" не застосовувались [16]. На думку автора, необхідно переглянути підходи щодо фінансового забезпечення оstarбайтерам, з метою ефективної реалізації соціального захисту цієї категорії осіб.

Відповідно до постанов КМ України здійснювати виплати жертвам нацистських переслідувань було доручено уповноваженим банкам, які мали високий рейтинговий та фінансовий показники, розгалужену мережу філій: Промінвестбанк, КБ "Приватбанк", АБ "Брокбізнесбанк", Укрсоцбанк, Укресімбанк, Укрінбанк, АТ "ВАБанк" АКБ "Правекс-банк", АКБ "УкрСиббанк", АКБ "Надра". Постійний контроль за фінансовим станом уповноважених банків, дотриманням ними вимог нормативно-правових актів здійснювався Національним банком України, який щомісячно інформував УНФ "Взаєморозуміння і примирення" щодо спроможності кожного банку здійснювати компенсаційні виплати. Отже, УНФ завершив виплати жертвам нацизму за рахунок коштів Федерального фонду "Пам'ять, відповідальність і майбутнє". Про це було оголошено на спільній прес-конференції обидвох фондів 23.01.2007 р. З урахуванням національних особливостей в Україні була створена необхідна нормативно-правова база, яка забезпечувала збереження коштів, що надходили в Україну, їх цільове використання, прозорість процедури і своєчасність компенсаційних виплат, жорсткий контроль з боку держави та громадськості за цим процесом [16].

Делегати-учасники зазначеної прес-конференції дійшли згоди щодо принципів розподілу між національними фондами "Взаєморозуміння та примирення" фінансового внеску в розмірі один млрд. німецьких марок, виділеного Федеративною Республікою Німеччина для компенсації громадянам колишнього Радянського Союзу, які потерпіли від нацистських переслідувань. 19 серпня 1993 року урядові делегації України, Республіки Білорусь і Російської Федерації уклали домовленість, оформлену окремим Протоколом щодо розподілу фінансового внеску ФРН у розмірі один млрд. німецьких марок таким чином: Росії – чотириста млн. ДМ, Україні – чотириста млн. ДМ, а Білорусі – двісті млн. ДМ. Особам, які мешкали на території інших держав – республік колишнього Радянського Союзу, відповідні виплати за положеннями Протоколу здійснювались Фондом Республіки Білорусь чи Російської Федерації, або України залежно від того, на території якої з цих держав вони зазнали нацистських переслідувань чи з території якої були насильно вигнані.

29 червня 1994 року Спостережна рада УНФ затвердила "Положення про порядок і критерії призначення компенсаційних виплат громадянам України, які постраждали від націонал-соціалістських переслідувань у роки Другої світової війни". Положенням було визначено, що право на компенсаційну допомогу мають колишні в'язні нацистських концтаборів, передбачених офіційними переліками, гетто та інших аналогічних за режимом місць примусового утримання, громадяни, які насильно були вивезені з території колишнього Радян-

ського Союзу на територію Німеччини або інших держав, що були в стані війни з Радянським Союзом чи окуповані фашистською Німеччиною, а також діти, які народилися в неволі [18].

До кінця 2005 року здійснення виплат з обох фондів в основному були завершені. Від німецького фонду такі компенсації отримали приблизно чотириста шістьдесят п'ять тисяч осіб, від австрійського сорок три тисячі, що, певно, свідчить про кількість колишніх оstarбайтерів в Україні – менше п'ятсот десяти тисяч. Крім цих виплат, надані допомоги на медичне, санітарно-курортне обслуговування, здійснення й розробляються далі десятки гуманітарних проектів. Протягом останнього десятиріччя значно зросли контакти між конкретними підприємствами, містами Німеччини і Українським фондом "Взаєморозуміння і примирення", спрямовані на соціальний захист жертв нацизму. Успіх у цій справі здійснений і за рахунок громадських організацій Німеччини і Австрії, за рахунок зусиль окремих їх громадян, які усвідомлюють відповідальність за майбутнє, необхідність взаєморозуміння і примирення.

Треба зазначити, що соціальний захист вразливих груп населення – невід'ємна складова політики держави, відповідальної за добробут, розвиток і безпеку своїх громадян. Цей той чинник, від ефективності якого залежить цивілізаційний розвиток будь-якого суспільства [19]. Таким чином, проведений історично-правовий аналіз забезпечення діяльності Фонду "Взаєморозуміння і примирення" дозволяє зробити висновок про те, що національне законодавство, яке визначено правовий статус оstarбайтерів, потребує подальшого вивчення з метою його вдосконалення.

1. Конституція України від 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради – 1996 р. – №30 – ст. 141. 2. Сіньова Л.М. Розвиток національного законодавства щодо забезпечення соціального захисту оstarбайтерів // Правове забезпечення соціальної сфери: зб. матер. І Міжнар. наук. конф. студ. та аспірантів, (Одеса, 26 – 27 березня 2010 р.) / за заг. ред.

д.ю.н., проф. Ю.М. Оборотова. – Одеса: Фенікс, 2010. – С. 273 – 275. 3. Сіньова Л.М. Генеза правового регулювання соціального захисту оstarбайтерів // Актуальні питання державотворення в Україні очима молодих учених. Збірник наукових праць міжнародної науково-практичної конференції студентів, аспірантів та молодих учених: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції студентів, аспірантів та молодих учених Київського національного університету імені Тараса Шевченка (23 квітня 2010 року). – К., 2010. – Ч. II. – С. 45 – 46. 4. Сіньова Л.М. Правовий захист оstarбайтерів: історичний аспект // Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: 60 років європейських цінностей: Матеріали міжнародного круглого столу (8 грудня 2010 р., м. Донецьк, Україна) / Упор. Л.М. Дешко, Ю.В. Мазур. – Донецьк: Сучасний друк, 2010. – 177 с. – С. 143 – 145. 5. Болотіна Н.Б. Право соціального захисту України: Навч. посіб. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К.: Знання, 2008. – (Вища освіта XXI століття). С. 39, 51. 6. Здоров'є пожилых: Доклад комитета экспертов ВООЗ. – Женева, 1992. – С. 7–16. 7. Болотіна Н. Право людини на соціальне забезпечення в Україні: проблема термінів і понять // Право України. – 2000. – № 4. – С. 35–39. 8. Закон України "Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту" // Відомості Верховної Ради – 1993. – № 45. – ст. 425. 9. Закон України "Про жертви нацистських переслідувань" // Відомості Верховної Ради – 2000. – № 24. – ст. 182. 10. Закон України "Про основні засади соціального захисту ветеранів праці та інших громадян похилого віку в Україні" // Відомості Верховної Ради – 1996. – № 4. – ст. 18. 11. Юридична енциклопедія: В 6 т. /Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: "Укр. енцикл.", 2001. – С. 191. 12. Міжнародне право. Основи теорії: Підручник / За ред. В. Г. Буткевича. – К.: Либідь, 2002. – С. 485 – 486. 13. Про утворення Українського національного фонду "Взаєморозуміння і примирення": Постанова Кабінету Міністрів України № 453 від 16.06.1993 р. – Електронний ресурс: Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua> 14. Про ліквідацію Українського національного фонду "Взаєморозуміння і примирення" Постанова Кабінету Міністрів України № 455 від 27.04.2011 р. // Офіційний вісник України. – 2011 р. – № 32. – стор. 76, ст. 1354, код акту 56185/2011. 15. Про утворення УНФ "Взаєморозуміння і примирення" // Електронний ресурс: Режим доступу: <http://www.unf.kiev.ua> 16. Закон про створення Фонду "Пам'ять, відповідальність і майбутнє" // Електронний ресурс: Режим доступу: <http://www.unf.kiev.ua> 17. Кравченко А., Батурин С. – Українські невольники Третього рейху (минуле і сучасність). Публіцистична хроніка. – Львів, 2005. – С. 15. 18. Положення про порядок і критерії призначення компенсаційних виплат громадянам України, які постраждали від націонал-соціалістських переслідувань у роки Другої світової війни від 29 червня 1994 року // Вісник Верховного Суду України. – 2003 р. – № 1. 19. Титаренко І.О., Іваненко Н.О. Соціальний захист людей похилого віку в Україні: теоретичний аспект / І.О. Титаренко, Н.О. Іваненко. // Електронний ресурс: Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua>

Надійшла до редколегії 20.12.11

О. Бевз, ас.

ЗОНИ ОХОРОНИ ОБ'ЄКТІВ КУЛЬТУРНОЇ СПАДЩИНИ ТА ОСОБЛИВОСТІ ЗЕМЕЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ІСТОРИЧНИХ АРЕАЛІВ НАСЕЛЕНИХ МІСЦЬ

Стаття присвячена зонам охорони об'єктів культурної спадщини, їх місцю у складі земель історико-культурного призначення та значенню для земельно-правової охорони історичних ареалів населених місць.

Ключові слова: зони охорони, охорона земель історико-культурного призначення, культурна спадщина, історичні ареали населених місць.

Статья посвящена зонам охраны объектов культурного наследия, их месту в составе земель историко-культурного назначения и их значении для земельно-правовой охраны исторических ареалов населенных мест.

Ключевые слова: зоны охраны, охрана земель историко-культурного назначения, культурное наследие, исторические ареалы населенных мест.

The article is devoted to zones of protection of cultural heritage objects (buffer zones), their role among the structure of the land of historical and cultural use and their significance for land and legal protection of historical areas of habitation.

Key words: zones of protection of cultural heritage objects (buffer zones), protection of land of historical and cultural purpose, cultural heritage, historical areas of habitation.

Ст. 14 Конституції України та ст. 1 Земельного кодексу України проголосили землю основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави.

Поняття охорони земель у законодавстві закріплено ст. 162 Земельного кодексу України [1], ст. 1 Закону України "Про охорону земель" [2]. Відповідно до ст. 162 ЗК України охорона земель – це система правових, організаційних, економічних та інших заходів, спрямованих на раціональне використання земель, запобігання необґрунтованому вилученню земель сільськогосподарського призначення, захист від шкідливого антропогенного впливу, відтворення і підвищення родючості ґрунтів, підвищення продуктивності земель лісового фонду, забез-

печення особливого режиму використання земель природоохоронного, оздоровчого, рекреаційного та історико-культурного призначення. Аналогічне визначення міститься у ст. 1 Закону України "Про охорону земель".

Аналіз викладених вище законодавчих положень дає підстави стверджувати, що українське законодавство спрямоване перш за все на охорону земель сільськогосподарського призначення. Землі історико-культурного призначення у понятті охорони земель знайшли своє відображення лише стосовно забезпечення їх особливого режиму використання. Так само зміст охорони земель, який розкривається у ст. 164 ЗК України, не включає заходів, які б забезпечували охорону земель історико-культурного призначення. Як за-

уважає з цього приводу В.І. Андрейцев, "тут йдеться не про особливу охорону державою землі як основного національного багатства, а лише про деякі охоронні заходи щодо окремих земель, до того ж переважно сільськогосподарського призначення" [7, с. 166].

Дослідження проблем забезпечення правової охорони земель здійснювалося вченими радянської школи земельного права та українськими вченими [6, 7, 8, 10, 12, 14, 15, 16, 17, 19]. Проте тенденція до зосередження на проблемах охорони земель сільськогосподарського призначення характерна і для наукових розробок.

З огляду на те, що в доктрині земельного права земля розглядається як об'єкт інтегрованого та диференційованого правового регулювання, особлива охорона держави щодо земель може диференціюватися з урахуванням їх ціннісних характеристик та функціонального призначення [7, с. 166]. Оскільки заходи охорони земель повинні враховувати специфіку тієї чи іншої категорії земель, питання правової охорони необхідно, на нашу думку, розглядати при дослідженні правових режимів окремих категорій земель.

Серед земель, які потребують охорони, землі історико-культурної призначення займають самостійне місце. Забезпечення належної охорони досліджуваної категорії земель в сучасних умовах набуває актуальності, оскільки вони виступають, з одного боку, як об'єкт господарського використання, а з іншого є складовою довілля, окрім того, є невід'ємним елементом нерухомих пам'яток України, особливий характер яких залежить від синтезу елементів, що його складають [11, с. 130].

У сучасних умовах в усьому світі існують різноманітні загрози антропогенного та природного характеру об'єктам культурної спадщини, і з часом таких загроз стає все більше. Зокрема, вчені виділяють такі, як соціальне середовище, збройні конфлікти, біологічні впливи, гідрологічні та геологічні явища тощо [13, с. 26-43].

Досвід показав, що взяття під охорону окремих пам'яток чи навіть ансамблів – не є достатньо ефективним. Сьогодні є актуальною проблеми вивчення та охорони більших утворень – ареалів [18, с. 150]. Незважаючи на те, що в Україні створена правова база для розвитку територіального принципу охорони пам'яток шляхом закріплення на законодавчому рівні поняття історичних ареалів населених місць, питання їх охорони з точки зору правової охорони земель історико-культурного призначення в юридичній науці не знайшли належного відображення. Метою даної статті є дослідження особливостей земельно-правової охорони історичних ареалів населених місць.

У доктрині земельного права правову охорону земель прийнято розглядати як такий стан суспільних відносин, за яких за допомогою правових норм і заходів екологічного, економічного, земельно-правового, науково-технічного й іншого характеру гарантується та забезпечується збереження і захист усіх категорій земель, запобігання погіршенню стану довкілля та настання інших наслідків, небезпечних для життя і здоров'я людей, а також застосування до порушників вимог законодавства про охорону земель заходів юридичного впливу [8, с. 281].

Зауважимо, що чинне землеохоронне законодавство України не містить конкретного переліку правових форм охорони земель. Зокрема, до таких правових форм відносять встановлення заборон та обмежень на діяльність, що може негативно вплинути на якісний стан земель [8, с. 284].

Так, для кожного історичного ареалу визначаються режим використання та конкретні обмеження господарської діяльності на його території, які встановлюються

правилами охорони та використання історичних ареалів населених місць. Обмеження господарської діяльності на територіях історичних ареалів населених місць визначаються у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України, відповідною науково-проектною документацією, яка затверджується центральним органом виконавчої влади у сфері охорони культурної спадщини або уповноваженими ним органами охорони культурної спадщини.

Д.В. Бусуйок, розглядаючи види обмежень прав на землю, виділяє ті, які встановлюються в межах зон з особливими умовами землекористування і виконують функцію забезпечення належних умов для експлуатації спеціальних об'єктів. В тому числі такими обмеженнями є охоронні зони об'єктів культурної спадщини [9, с. 38-39]. Зонування в юридичній літературі також розглядається як один із заходів охорони земель [10, с. 102]. Викладене вище дає підстави прийти до висновку, що особливий режим охорони земель передбачає, в тому числі, і встановлення зон охорони.

Ст. 32 Закону України "Про охорону культурної спадщини" [3] має назву "Зони охорони пам'яток, історичні ареали населених місць". Отже, зв'язок між цими категоріями визначений законодавством і викликаний тим, що зони охорони та історичні ареали є комплексними категоріями, за допомогою яких здійснюється захист традиційного характеру середовища. Таким чином, правова охорона історичних ареалів населених місць здійснюється шляхом визначення в межах історичних ареалів зон охорони і дотриманням їх правового режиму.

Створення охоронних зон навколо об'єктів культурної спадщини передбачено в п. "а" ч. 1 ст. 112 ЗК України. Відповідно до ч. 2 вказаної статті правовий режим земель охоронних зон визначається законодавством України. Таким законодавством стосовно охоронних зон навколо об'єктів культурної спадщини на сьогодні є Закон України "Про охорону культурної спадщини" від 8 червня 2000 р., "Про охорону археологічної спадщини" від 18 березня 2004 року, постанова Кабінету Міністрів України від 13 березня 2002 р. № 318 "Про затвердження Порядку визначення меж та режимів використання історичних ареалів населених місць, обмеження господарської діяльності на території історичних ареалів населених місць", ДБН Б.2.2-2:2008 "Планування і забудова міст і функціональних територій. Склад, зміст, порядок розроблення та погодження науково-проектної документації щодо визначення меж та режимів використання зон охорони пам'яток архітектури та містобудування, затверджені наказом Мінрегіонбуду від 11 червня 2008 р. № 249.

Ч. 2 ст. 54 ЗК України передбачає встановлення навколо історико-культурних заповідників, історико-культурних заповідних територій, музеїв просто неба, меморіальних музеїв-садиб, пам'яток культурної спадщини, їх комплексів (ансамблів) зон охорони пам'яток із заборonoю діяльності, що шкідливо впливає або може вплинути на додержання режиму використання таких земель. В той же час, не визначено чи належать зазначені зони охорони до земель історико-культурного призначення.

Закон України "Про охорону культурної спадщини" (ст. 1 абз. 1 ч. ст. 32) з метою захисту традиційного характеру середовища окремих пам'яток, їх комплексів (ансамблів), історико-культурних заповідників, історико-культурних заповідних територій передбачає встановлення навколо них зон охорони пам'яток: охоронних зон, зон регулювання забудови, зон охоронюваного ландшафту, зон охорони археологічного культурного шару.

Таким чином українським законодавством передбачено створення, крім охоронних зон, інших зон охорони із спеціальним режимом їх використання, а саме: зон

регулювання забудови, зон охоронюваного ландшафту, зон охорони археологічного культурного шару. Отже, поняття "зони охорони" є більш загальним поняттям по відношенню до поняття "охоронні зони". У зв'язку із викладеним вище, виникає питання, чи відносити такі території до земель історико-культурного призначення, а якщо відносити, то в якій частині: зони охорони в цілому чи тільки їх окремі частини, наприклад, охоронні зони. Чинне українське законодавство не дає відповіді на поставлене питання, не є однозначною з цього приводу і судова практика.

Належність охоронних зон до земель історико-культурного призначення була передбачена в попередній редакції ч. 1 ст. 34 Закону України "Про охорону культурної спадщини". Вказівка на те, що охоронні зони відносяться до земель історико-культурного призначення міститься в п. 11 постанови Кабінету Міністрів України від 13 березня 2002 р. № 318 "Про затвердження Порядку визначення меж та режимів використання історичних ареалів населених місць, обмеження господарської діяльності на території історичних ареалів населених місць" (далі – Порядок), відповідно до якого частина територій історичних ареалів, а саме території пам'яток та їх охоронних зон, території заповідників, охоронювані археологічні території, належать до земель історико-культурного призначення. Порядок визначає також різний правовий режим охоронних зон, зон регулювання забудови і зон охоронюваного ландшафту. Проте, на нашу думку, Порядок сьогодні може застосовуватися із урахуванням змін, внесених до Земельного кодексу України та Закону України "Про охорону культурної спадщини" Законом України від 09.09.2010 р. "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо охорони культурної спадщини" [4], стосовно складу земель історико-культурного призначення.

Конкретних розмірів зон охорони чинним законодавством не визначено. Відповідно до ч. 2 ст. 32 Закону України "Про охорону культурної спадщини" межі та режими використання зон охорони пам'яток визначаються відповідною науково-проектною документацією і затверджуються відповідним органом охорони культурної спадщини.

Порядок визначення та затвердження меж і режимів використання зон охорони пам'яток та внесення змін до них встановлюється центральним органом виконавчої влади у сфері охорони культурної спадщини відповідно з ДБН Б.2.2-2-2008 "Планування і забудова міст і функціональних територій". Склад, зміст, порядок розроблення та погодження науково-проектної документації щодо визначення меж та режимів використання зон охорони пам'яток архітектури та містобудування, затверджені наказом Мінрегіонбуду від 11 червня 2008 р. № 249 (далі – наказ). Відповідно до п. 1.10 наказу у зонах охорони пам'яток регламентують архітектурну та містобудівну діяльність із метою збереження та регенерації традиційного характеру середовища пам'яток, а також їх органічного включення в сучасне архітектурне середовище, максимального використання композиційних і пейзажно-видових якостей пам'яток. Перетворення в зонах охорони пам'яток здійснюють лише за проектами, погодженими відповідними категоріям пам'яток (національного чи місцевого значення) органами охорони культурної спадщини. В зонах охорони запроваджують відповідний режим, що має сприяти збереженню як самих пам'яток, так і їх містобудівного та композиційного значення. Режимом зон охорони регламентують основні архітектурні риси, масштаб, висоту і розміри в плані об'єктів нової забудови та існуючої, що підлягає реконструкції; характер благоустрою; розпланува-

льні, будівельні, інженерні, земельні та інші роботи; використання будівель, споруд і територій (п. 1.9).

Відповідальними за визначення меж та режимів використання зон охорон пам'яток архітектури та містобудування є спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади з питань містобудування та архітектури і спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади в сфері охорони культурної спадщини.

Наказом визначені наступні зони охорони: охоронна зона, зона регулювання забудови, зона охоронюваного ландшафту. Здійснимо аналіз правових режимів кожної із визначених наказом зон охорони.

Охоронна зона – територія, що виділяється для збереження найближчого середовища пам'ятки, головним чи є суттєвим елементом якого вона є, а також для створення оптимальних умов огляду пам'ятки, забезпечення належного її функціонування, охорони від вібрацій, забруднень, затоплення, підтоплення та інших негативних техногенних і природних впливів (п. 1.5). Вказівка на розміри охоронних зон міститься у п. 11.8 ДБН 360-92 "Містобудування. Планування і забудова міських і сільських поселень", відповідно до якого до охоронних зон входять території пам'яток (земельні ділянки пам'яток у їх історичних та природних межах) з доповненням ділянок прилеглих територій, у межах яких забезпечується фізична схоронність пам'яток та їх найближчого історичного оточення (середовища), а також оптимальні умови зорового сприймання пам'яток (у межах 350-500 м).

До охоронних зон включаються ділянки історичної забудови, ландшафтів, вільних просторів, які становлять характерне історичне середовище пам'ятки, а також цінні охоронні точки чи зони.

Державними будівельними нормами, затвердженими наказом Мінрегіонбуду від 11 червня 2008 р. № 249, виділяються два основних типи охоронних зон: а) охоронні зони окремих пам'яток – запроєктовані для окремо розташованих об'єктів; б) комплексні охоронні зони – запропоновані для пам'яток, розташованих на невеликій відстані одна від одної так, що їх окремі охоронні зони є суміжними, або зливаються. Режим використання таких зон повинен визначатися видом пам'ятки чи комплексу пам'яток та характером їх сучасного використання, враховуючи, що охоронна зона, як і території пам'яток, повинні бути доступними для досліджень та відвідувань.

В охоронній зоні і на території пам'ятки зберігається історично цінна система планування, розвиваються можливості відтворення раніше втраченого, зберігається відтворене середовище та ландшафт. Забезпечується найбільш повне виділення вартості пам'ятки та найкращих умов її сприйняття. Окрім того, в охоронній зоні пам'ятки повинні бути забезпечені необхідні для її збереження гідрогеологічні умови, чистота повітряного басейну та водоймищ, захист від динамічного впливу та пожежної безпеки.

Відповідно до Порядку визначення меж та режимів використання історичних ареалів населених місць, обмеження господарської діяльності на території історичних ареалів населених місць, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 13 березня 2002 р. № 318 [5], в охоронних зонах здійснюється реставрація та реабілітація пам'яток, забезпечується охорона традиційного характеру середовища, усунення споруд і насаджень, які порушують традиційний характер середовища, відтворення втрачених цінних об'єктів. Нове будівництво можливе тільки у виняткових випадках за проектами, погодженими в порядку, визначеному законодавством. Більш детально види діяльності в охоронних зонах регламентуються наказом Мінрегіонбуду від 11 червня 2008 р. № 249, відповідно до п. 3.4.1.4 якого в охоронній зоні за

погодженням із відповідним органом охорони культурної спадщини і відповідним органом з питань містобудування і архітектури можуть виконуватись:

- роботи, пов'язані зі збереженням, реабілітацією та відтворенням будинків і споруд, розпланування та впорядкування, що формують історичне середовище пам'ятки;
- улаштування доріг і доріжок, в окремих випадках невеликих автостоянок, зовнішнього освітлення, озеленення та впорядкування, розміщення реклами, становлення інформаційних стендів та вітрин, які стосуються пам'ятки, та забезпечення інших форм благоустрою, викликаних умовами сучасного використання, але такими, що не порушують традиційного характеру середовища пам'ятки та природного ландшафту, що підпорядкований пам'ятці;
- земельні роботи, якщо вони не порушують середовища пам'ятки та наявних археологічних об'єктів;
- заміна підприємств, складів та будівель, що зносяться, новими будівлями, повинна повністю підпорядковуватися архітектурі пам'ятки і жодним чином не здійснювати негативного впливу на такий об'єкт;
- вибіркові реконструкції і збільшення розмірів окремих будівель, які не порушують традиційного характеру середовища у відповідності з розробленими та погодженими історико-містобудівними об'ґрунтуваннями;
- нове будівництво можливе лише у виключних випадках і тільки за проектами, розробленими на основі істориком містобудівних об'ґрунтувань та погодженими з відповідними державними органами охорони культурної спадщини.

Зона регулювання забудови – забудована чи призначена під забудову територія за межами охоронної зони, на яку поширюється композиційно-видовий вплив пам'ятки. Ця зона призначена для збереження особливостей візуального сприйняття пам'ятки, її активної ролі в композиції і пейзажі населеного місця. Вона виконує функції буферної, перехідної та синтезуючої зони у взаємодії пам'ятки з новими об'єктами довкілля.

У зонах регулювання забудови здійснюється реконструкція будівель і споруд. Ступінь реконструкції визначається цінністю наявних об'єктів культурної спадщини, розташуванням зони в історичному ареалі, особливостями об'ємно-просторового устрою історичного населеного місця. В зоні регулювання забудови зберігаються цінні історичні розпланування і забудова, озеленення та упорядкування, виразні елементи ландшафту; закріплюється та відтворюється значення пам'яток в архітектурно-просторовій організації історичного ареалу; забезпечуються сприятливі умови для огляду пам'яток та історичного ареалу в цілому. У зонах регулювання забудови нові будівлі регламентуються за розташуванням, прийомом організації, висотою, довжиною фасадів, масштабом, характером членувань, пластичним і кольоровим вирішенням, функціональним використанням.

Зона регулювання забудови складається з двох частин – підзони суворого режиму реконструкції (в межах історичного ядра міста) та власне зони регулювання забудови, що являє собою територію зовнішнього кола забудови в межах історичного центру. У підзоні суворого режиму реконструкції зберігається система історичного планування, цінні елементи ландшафту, закріплюється або відновлюється містоформуюче значення пам'яток в архітектурно-просторовій організації історичного центру, передбачається усунення дисонансів, що порушують розкриття пам'яток, цілісність композиції охоронюваних архітектурних комплексів, або ландшафту. Нове будівництво у цій зоні регламентується по функціональному призначенню, прийомам забудови, кількості

поверхів, протяжності та масштабності будинків, характеру озеленення та благоустрою.

Зона охоронюваного ландшафту – природна чи переважно природна з розосередженою іншою традиційною забудовою територія за межами охоронної зони, з якою пам'ятка має активний візуальний зв'язок. Вона визначається для збереження і реабілітації природних територій та утворень, які є характерним історичним середовищем пам'ятки і відіграють важливу роль в образі населеного місця або окремого пейзажі, що містить пам'ятку. Зони охоронюваного ландшафту можуть використовуватися для рекреації з мінімальним упорядкуванням і для традиційної діяльності, що не порушує ландшафт.

У зонах охоронюваного ландшафту забороняється будівництво капітальних будівель і споруд, шляхоів та земляні роботи, що руйнують морфологію ландшафту. Передбачається збереження і регулювання рослинності, а також проведення у разі потреби заходів щодо зміцнення берегових територій, схилів ярів, знесення дисгармонуючих будинків і споруд, що спотворюють історичний ландшафт. Проектування ж та будівництво нових житлових районів, промислових та інших об'єктів повинно обмежуватися.

Зони охорони цінного археологічного культурного шару призначені для забезпечення збереження і дослідження пам'яток археології. На жаль, наказом такі зони не виділяються. Вони визначалися наказом Державного комітету будівництва, архітектури та житлової політики № 41 "Про затвердження Порядку визначення меж зон охорони пам'яток" від 26.02.2001 р. (проте він був скасований на підставі наказу Державного комітету з будівництва та архітектури № 79 від 21.11.2002 р.), в якому передбачалося, що зони охорони цінного археологічного культурного шару встановлюються в межах територій історичних населених місць, обмежених лініями укріплень з урахуванням передмість, некрополів тощо. Зони охорони цінного археологічного культурного шару – це території, за межами охоронних зон, та пам'яток археології, де можливе існування археологічного культурного шару, доведення якого потребує проведення шурфування, або розкопок. Не викликає сумніву, що невизначеність такої зони охорони у чинному законодавстві свідчить про існування прогалини, що потребує усунення шляхом закріплення поняття зони охорони археологічного культурного шару із визначенням обмежень щодо видів діяльності, які можуть здійснюватися в межах даної зони охорони.

Хоча відповідно до чинної редакції ст. 53 ЗК України та ст. 34 Закону України "Про охорону культурної спадщини" охоронні зони не належать до земель історико-культурного призначення, як це було передбачено в попередній редакції, вони продовжують виконувати функцію комплексної охорони історичних ареалів населених місць. Варто наголосити на проблемах визначення та затвердження зон охорони навколо заповідників та окремих пам'яток, в той час, коли саме охоронні зони регламентують містобудівну діяльність у довіллі пам'ятки з метою збереження її історичного середовища, виявлення композиційно-художньої цінності, забезпечення належного функціонування і охорони від різноманітних техногенних і природних впливів. Зони охорони, наприклад, були визначені наказом Міністерства культури і туризму України від 14.11.2002 р. навколо Пам'ятки архітектури національного значення башти № 5 Київської Фортеці (охор. № 867/26) по вул. Рибальській, 22. Проте і в цей наказ були внесені зміни на підставі постанови Окружного адміністративного суду міста Києва від 09.07.2008 р. № 8/230 у зв'язку із тим, що встановлення меж території пам'ятки, охоронної зони,

зони регулювання забудови, зони охоронюваного ландшафту були встановлені за відсутності відповідного наукового обґрунтування встановлення меж в зазначених в рішенні обсягах.

Важливість зон навколо об'єктів культурної спадщини визнається і на міжнародному рівні, із врахуванням конкретних проблем, що виникають у зв'язку із збереженням об'єктів всесвітньої спадщини. У міжнародних актах, що стосуються об'єктів, внесених до Списку Всесвітньої спадщини ЮНЕСКО, міститься поняття "буферна зона". Так, у п. 17 настанов, що регулюють виконання Конвенції про охорону всесвітньої спадщини, буферна зона визначається як зона навколо об'єкта, в якій діють обмеження щодо її використання з метою створення додаткового захисного шару. Отже, буферна зона призначена для захисту об'єктів всесвітньої спадщини від негативних впливів. Вона розглядається як зона, що сама по собі не має видатного універсального значення, але може вплинути на об'єкт всесвітньої спадщини. Як підкреслив Комітет всесвітньої спадщини, буферні зони не є офіційними складовими світової спадщини. Тим не менше, навколишнє середовище, включаючи навіть великі відстані, безпосередньо впливає на збереження об'єктів всесвітньої спадщини. Отже, за своєю суттю, змістом і призначенням поняття "буферна зона", що закріпилося в міжнародно-правовій практиці є близьким до поняття "зона охорони", визначеному українським законодавством.

Враховуючи той факт, що від України у Список всесвітньої спадщини ЮНЕСКО в 1990 р. були включені Софіївський собор та Києво-Печерська лавра в м. Києві, у 1998 р. – історичний центр м. Львова, а в 2011 р. – резиденція Буковинських митрополитів у м. Чернівцях, склалася ситуація, коли навколо таких об'єктів повинні визначатися буферні зони (про їх наявність міститься інформація на офіційному сайті ЮНЕСКО), в той же час, на сьогодні в українському законодавстві відсутнє поняття самої буферної зони. На усунення даної прогалини спрямовані положення проекту Закону України "Про національну культурну спадщину", відповідно до якого буферна зона – виділена відповідно до міжнародних вимог та вимог цього Закону територія навколо об'єкта, включеного до Списку всесвітньої спадщини, в межах якої встановлюється відповідний режим використання з метою забезпечення збереження такого об'єкта.

Підтвердження того, що встановлення навколо зон охорони (буферних зон) розглядається як важливий спосіб збереження об'єктів культурної спадщини у міжнародній практиці [20, с. 9], можна знайти у міжнародних документах. Зокрема, Рекомендація ООН про збереження культурних цінностей, яким загрожує небезпека внаслідок проведення громадських чи приватних робіт від 19.11.1968 р. визначає, що історичні квартали в міських і сільських центрах і традиційні архітектурні ансамблі мають поділятися на зони, і варто затверджувати відповідні правила щодо збереження їхнього середовища й характеру, такі як запровадження контролю над тим, якою мірою споруди, що мають історичне чи мистецьке значення, можуть оновлюватися, і контролю за типом і архітектурою нових споруд, які можуть будуватися. Збереження пам'яток мусить бути безумовною вимогою, що виставляється до будь-якого добре розробленого плану міського чи сільського будівництва, і це особливо стосується історичних міст чи районів. Аналогічні правила повинні прийматися для всього району і середовища, що оточують зареєстровану пам'ятку чи місцевість, з метою збереження їхніх історичних зв'язків і довкілля. Варто допускати зміну звичайних правил, за якими здійснюється нове будівництво, що не

повинні застосовуватися при зведенні нових споруд в історичних зонах (п. "b" ст. 24 Рекомендації).

Проведений аналіз дозволяє прийти до висновку, що виключення охоронних зон із переліку земель історико-культурного призначення, на нашу думку, не сприяє досягненню мети збереження об'єктів культурної спадщини, не відповідає тенденціям їх комплексного збереження, а також тим міжнародним актам, в яких бере участь Україна. Так, на сьогодні відомі чисельні випадки будівельних робіт саме в охоронних зонах, в тому числі і об'єктів, внесених до Списку Всесвітньої спадщини ЮНЕСКО, що тягне загрозу пошкодження та знищення таких об'єктів. Як приклад можна навести одне з найбільш резонансних будівництв останнього часу в м. Києві – спорудження торгово-офісного центру над станцією метро "Театральна" на вулиці Богдана Хмельницького, 7, в той час, коли дана територія повинна бути віднесена до зони охорони пам'ятки історії національного значення Національного академічного театру російської драми ім. Лесі Українки на вул. Б. Хмельницького, 5. Відповідно до проекту рішення Київської ради до охоронної зони Театру ім. Л.Українки повинні увійти: будинок колишньої Фундуклеївської жіночої гімназії, де вчилася Анна Ахматова, флігель, де проживали відомі театральні діячі, один з небагатьох у Києві зразків конструктивізму – будинок по вул. Пушкінська, 19. Як констатує голова комісії Київської ради з питань культури та туризму О.Бригинець: "Якби навколо всіх пам'яток, які підлягають збереженню, в терміновому порядку встановили охоронні зони це б повністю зберегло центр міста від забудов, які руйнують історичний ареал".

Підсумовуючи викладене, вважаємо за необхідне наголосити на тому, що концепція історичного ареалу населеного місця покликана забезпечити баланс між потребами розвитку міста і збереженням об'єктів культурної спадщини. Важливу роль у цьому відіграють зони охорони, оскільки визначають конкретні можливі види діяльності в межах тієї чи іншої зони охорони. Визначення зон охорони об'єктів культурної спадщини належить до важливих заходів охорони земель історико-культурного призначення.

На підставі викладеного вище, пропонуємо закріпити у Земельному кодексі України та Законі України "Про охорону культурної спадщини" положення щодо віднесення охоронних зон до земель історико-культурного призначення. Крім того, необхідно усунути прогалини, які існують в українському законодавстві, зокрема, щодо закріплення поняття зони охорони археологічного культурного шару із визначенням обмежень щодо видів діяльності, які можуть здійснюватися в межах даної зони охорони. Також, оскільки в міжнародній практиці закріпилося поняття "буферної зони", доцільним є визначення його в національному законодавстві на рівні закону, при цьому поняття "буферна зона", на нашу думку, повинно відповідати поняттю "зон охорони", що встановлюються навколо об'єктів культурної спадщини.

1. Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 3. – Ст. 27. 2. Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 39. – Ст. 349. 3. Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 39. – Ст. 333. 4. Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 4. – Ст. 22. 5. Офіційний вісник України. – 2002. – № 12. – Ст. 587. 6. Аксененко Г. А. Юридические аспекты охраны природы и рационального использования природных ресурсов в СССР / Г. А. Аксененко // Правоведение. – 1974. – № 5. – С. 7–13. 7. Андрейцев В. І. Земельне право і законодавство суверенної України: проблеми практичної теорії. – К.: Знання, 2005. – 445 с. 8. Балюк Г. І., Саркісова Т. Б. Правова охорона землі як основного національного багатства // Земельне право України : підруч. Г. І. Балюк, Т. О. Коваленко, В. В. Носік та ін. ; за ред. В. В. Носіка. – К.: Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет". – 2008. – 511 с. 9. Бусуйок Д. В. Обмеження прав на землю за законодавством України: Монографія. – К.: ТОВ "Видавництво "Юридична думка", 2006. – с. 38–39. 10. Вівчаренко О. А. Правова охорона земель в Україні: монографія / О. А. Вівчаренко. – К. :

Юрінком Інтер, 2010. — 336 с. — Бібліогр.: с. 304-333. 11. Донець О.В. Правовий режим земель історико-культурного призначення. — Дис. ... канд. юрид. наук ... 12.00.06 — Х.: 2010. — 218 с. 12. Игнаткин И.А. Охрана памятников истории и культуры: Справ. Пособие. — К.: Выща шк., 1990 — 223 с.: ил. 13. Ковальчук Т. Г. Правові аспекти юридичних засобів охорони земель / Т. Г. Ковальчук // Вісн. Київ. нац. ун-ту ім. Тараса Шевченка. Юридичні науки. — 2004. — Вип. 60. — С. 68–72. 14. Краснов Н. И. О понятиях рационального использования и охраны земли / Н. И. Краснов // Государство и право. — 1999. — № 10. — С. 38–41. 15. Мірошніченко А.М. Земельне право України: Навчальний посібник. — К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 2007. — 432 с. 16. Мунтян В. Л. Правова охорона природи УРСР / Мунтян В. Л. — [вид. 2-ге, доп.]. — К.: Вища школа, 1982. — 229 с. 17. Оверковська Т.К. Правові засади охорони земель від забруднення та псування. — Автореф.

дис. ... канд. юрид. наук. — К.: 2008. — 16 с. 18. Томілович, Л.В., Бобровський Т.А. Історичні ареали м. Києва: правова основа, проблеми, перспективи // Міжнародний досвід культурної спадщини та пам'яток охороненого законодавства України. Матеріали конференції (18-19 квітня 2002 р.). — К.: Стипос, 2002. — 195 с. 19. Фролов М. О. Охорона земель як еколого-правовий імператив земельного законодавства / М. О. Фролов // Вісн. Хмельн. ін-ту регіонал. управління та права. — 2002. — № 3. — С. 73–79. 20. World Heritage and Buffer Zones International Expert Meeting on World Heritage and Buffer Zones Davos, Switzerland 11 – 14 March 2008 // Oliver Martin / Giovanna Piatti (Ed.). Published in March 2009 by UNESCO World Heritage Centre — 200 с.

Надійшла до редколегії 21.12.11

О. Іщенко, асп.

ПРАВОВИЙ СТАТУС ТА АДМІНІСТРАТИВНО-ТЕРИТОРІАЛЬНИЙ УСТРІЙ АВТОНОМНОЇ РЕСПУБЛІКИ КРИМ ЯК ТЕРИТОРІАЛЬНОЇ АВТОНОМІЇ У СКЛАДІ УКРАЇНИ

Стаття присвячена дослідженню конституційно-правових засад статусу Автономної Республіки Крим у складі України, аналізу дискусійних теоретичних позицій з цього питання, а також проблемам адміністративно-територіального устрою автономії.

Ключові слова: Автономна Республіка Крим, правовий статус, адміністративно-територіальний устрій.

Статья посвящена исследованию конституционно-правовых начал статуса Автономной Республики Крым в составе Украины, анализу дискуссионных теоретических позиций по этому вопросу, а также проблемам административно-территориального устройства автономии.

Ключевые слова: Автономная Республика Крым, правовой статус, административно-территориальное устройство.

The article is devoted to the research of the constitutional and legal basis of the Crimean Republic's status in Ukraine, to the analysis of debatable theoretical positions on this question and the problems of administrative-territorial system of the autonomy as well.

Key words: Autonomous Republic of Crimea, legal status, administrative-territorial system.

Термін "автономія" з грецької мови перекладається як самоврядування, самостійність. Під "автономією" в конституційному праві розуміють надання якій-небудь частині держави (Аландським островам в Фінляндії), декільком частинам (двом округам, населеним гагаузами у Молдові), всім однопорядковим одиницям (області в Італії) чи всім різнопорядковим адміністративно-територіальним одиницям (в Японії) внутрішнього самоуправління, самостійності у вирішенні місцевих питань [1, с.159].

В зарубіжному конституціоналізмі, залежно від того компактно чи розрізнено проживають національні меншини, прийнято розрізняти три види автономії: персональну, корпоративну і територіальну.

Персональна автономія створюється тоді, коли етнічні групи, національні меншини проживають розрізнено і створюють свої об'єднання, які в основному займаються питаннями культури, побуту, але можуть брати участь в політичному житті шляхом представництва (з правом дорадчого голосу) при деяких центральних органах держави. У вітчизняній літературі персональна автономія часто визнається культурно-персональною. Така форма автономії використовується у Фінляндії, Швеції та Норвегії стосовно саамів, в Австрії стосовно чехів, хорватів, угорців тощо.

Корпоративна автономія пов'язується із певними лінгвістичними спільнотами, для яких нерідко резервується певна кількість місць в державному апараті, а державні службовці інших етнічних груп, що працюють в даному районі, повинні знати мову і побут місцевого населення, яке живе невеликими групами в перемішку із іншими народностями. За такої форми автономії організація навчання у школах, відправлення судочинства здійснюється місцевою мовою. Подібна автономія має місце у т.зв. зареєстрованих каст і племен Індії [1, с.160].

Окремим видом автономії є територіальна автономія, дослідження конституційно-правової проблематики якої для українських науковців є актуальним з огляду на існування у складі України Автономної Республіки Крим. При цьому наголошується, що "пізнання" сутності

кримської автономії залишається злободенною проблемою [2]. Окремі питання статусу АРК розглядалися у працях Г. Абасова, В. Кичуна, О. Копиленка, Н. Мясловицької, М. Шаповала та інших.

Метою цієї статті є аналіз дискусійних теоретичних позицій щодо конституційно-правових засад статусу Автономної Республіки Крим у складі України, а також дослідження сучасного стану та перспектив удосконалення адміністративно-територіального устрою автономії.

В. Чіркін стверджує, що у літературі прийнято виділяти дві головні форми автономії: національно-територіальну (різновидами якої виступають політична (державна, законодавча) та адміністративна автономії) і культурно-національну [1, с.160-161]. Інші автори наголошують, що конституційному праву відомі адміністративно-територіальна, національно-територіальна, національно-державна та екстериторіальна (культурна) автономії [3, с.472].

Національно-територіальна автономія полягає у наданні частині держави, яка є середовищем компактного проживання окремої національної меншини, що становить більшість населення цієї території, визначеної самостійності у вирішенні питань її життєдіяльності. Національно-територіальна автономія поширюється не тільки на адміністративну, а й на культурно-мовну сферу і передбачає офіційне використання поряд із загальнодержавною мовою також мови національної меншини [4, с.504]. Історично національно-територіальні автономії створювалися як політичні. Політичні автономії наділялися правом прийняття місцевого законодавства в межах повноважень, визначених на державному рівні, правом участі у вирішенні окремих загальнодержавних питань. В межах політичної автономії надавалося право обрання місцевого парламенту та формування місцевих виконавчих органів. Судові органи політичної автономії не були самостійними, а входили до системи загальнодержавних судів. Дуже рідко політична автономія мала власну конституцію та громадянство. Зважаючи на це, на нашу думку, не варто підтримувати позицію, що різновидом національно-територіальної автономії є

адміністративна автономія. Адміністративна автономія не повинна ґрунтуватися на національних (етнічних) факторах, які фігурують за умов надання національно-територіальної автономії.

Особливим різновидом автономії визнається національно-державна автономія. Вона передбачає надання частині держави, що населена переважно представниками визначеної національної меншини, широкого ступеня самостійності у вирішенні питань її життєдіяльності та певних атрибутів державності (територія, система органів влади, сформованих незалежно від центру, законодавчі повноваження з місцевих питань, конституція, власна офіційна мова, державні символи тощо). При цьому автономне утворення не наділяється власним суверенітетом, а його статус визначається загальнодержавною конституцією. Національно-державна автономія, як і національно-територіальна автономія, є формою політичного самовизначення народу і способом вирішення національного питання.

Територіальна автономія буває заснованою на етнічних ознаках (етнотериторіальною) або на особливостях культури, побуту, традицій населення певної території. Вона утворюється у випадку компактного проживання етнічних чи інших соціальних груп [5, с.10; 6, с.79]. Різновидами територіальної автономії, залежно від компетенції (предметів відання) територіальних автономних утворень, є політична і адміністративна автономії [7, с.166].

Політичні територіальні автономії наділені зовнішніми ознаками державності, основними з яких є такі: наявність установчого акта, що самостійно розробляється органами влади автономії, та інституційної структури самостійно сформованих органів публічної влади, власна система правових актів, включаючи законодавчі, встановлення механізмів представництва населення автономії в центральних законодавчих (представницьких) і виконавчих органах влади держави, наявність власного бюджету та широкий об'єм автономних повноважень (право встановлювати митне законодавство і митний тариф, мати свою територію податкового і акцизного обкладання, брати участь у міжнародних відносинах і таке ін.) [8, с.39]. Наприклад, Азорські острови у Португалії мають право участі у переговорах із укладення міжнародних договорів з питань, що стосуються автономії. З огляду на це, політичні автономії наближаються за правовим статусом до державоподібних утворень.

Адміністративно-територіальні автономії, незважаючи на наявність окремих ознак державності, як-то: території, власних органів влади, права нормотворення з визначеного центральною владою кола питань, установчого акта про автономію, символіки тощо, – не є державно-територіальними утвореннями. Такий автономний статус надається самою державою, як правило, тим регіонам, які вирізняються певними історичними, географічними, соціальними, економічними, національно-побутовими чи іншими особливостями або їх сукупністю. У загальних рисах адміністративна автономія уможливила прояв місцевих ініціатив, активізує широку участь автономного регіону у здійсненні внутрішньої політики держави.

Відповідно до статті 134 Конституції України Автономна Республіка Крим (АРК) є невід'ємною складовою частиною України і в межах повноважень, визначених Конституцією України, вирішує питання, віднесені до її відання. Статтями 1 і 5 Закону України "Про Автономну Республіку Крим" встановлено, що АРК є адміністративно-територіальною автономією у складі України та діє в межах території колишньої Кримської області.

АРК характеризується рядом базових ознак – юридичних властивостей, котрі детермінують особливості автономного статусу території та вирізняють її з-поміж інших адміністративно-територіальних утворень України.

По-перше, офіційне найменування автономії та основи автономного конституційно-правового статусу території колишньої Кримської області в складі України визначені Конституцією України і розвинені у Конституції Автономної Республіки Крим [9], Законах України "Про Автономну Республіку Крим", "Про Верховну Раду Автономної Республіки Крим", "Про Раду міністрів Автономної Республіки Крим". Вказані акти закріпили правові засади статусу і повноважень АРК. Відповідно, за формою юридичного закріплення статусу, АРК виступає конституційно-законодавчою територіальною автономією у складі України як суверенної держави. Україні надала території Криму автономію та виступає гарантом її реалізації. АРК ж не в праві самостійно змінювати свій конституційно-правовий статус.

По-друге, оскільки джерелом конституювання кримської автономії була загальнодержавна воля, то публічна влада автономії має похідний від неї характер і не заснована на волевиявленні (прагненні до автономії) місцевого населення. Організація влади в автономії, її структура та компетенція визначаються самостійно Україною в особі її уповноважених органів. Основними виразниками публічної влади в АРК виступають представницький орган (Верховна Рада АРК) та виконавчий орган (Рада міністрів АРК). Правосуддя ж здійснюється судами, що входять до складу єдиної системи органів судової влади України.

Тут доцільно згадати, що 20 січня 1991 року на території Кримської області було проведено місцевий референдум, який мав на меті з'ясування громадської думки населення Кримської області з питання відновлення Кримської Автономної Радянської Соціалістичної Республіки. За правовими наслідками результати такого референдуму мали консультативний характер і не були обов'язковими до виконання органами державної влади Української РСР, що існували на той час.

По-третє, встановлення адміністративних кордонів автономії у межах території колишньої Кримської області було здійснене за рішенням органів державної влади України. Змінювати ці межі повноважний тільки парламент держави – Верховна Рада України з урахуванням рішення республіканського (місцевого) референдуму та рішення ВР АРК.

По-четверте, нормотворчі повноваження АРК обмежені прийняттям відповідно до Конституції України Конституції АРК, нормативно-правових актів АРК, за виключенням місцевих законів. Згідно з Конституцією України приймати закони в Україні повноважна тільки Верховна Рада України, а ВР АРК є представницьким органом АРК, що не наділений законотворчими повноваженнями. Відповідно до правової позиції Конституційного Суду України, що викладена у резолютивній частині рішення Суду від 25 березня 1998 року № 4-рп/98 [10], вживання терміну "закон" як форми нормативно-правового акта Верховної Ради АРК в усіх нормативно-правових актах Верховної Ради АРК, ухвалених після прийняття Конституції України, не відповідає Конституції України (є неконституційним). Тому нормативне регулювання в АРК є формою впорядкування суспільних відносин і має здійснюватися автономією у визначених Конституцією України та законами України межах.

По-п'яте, аналіз статей 137, 138 Конституції України дає підстави стверджувати, що серед питань, з яких АРК здійснює нормативне регулювання та організаційно-розпорядчі повноваження, більшість належить до

питань місцевого значення, зокрема: благоустрій, дороги, транспорт, громадські роботи, освіта, охорона здоров'я, культура, місцевий бюджет тощо. Природа таких питань зумовлює способи і форми їх розв'язання: ефективність їх вирішення тим вища, чим більш наблизений уповноважений суб'єкт до джерела проблем. Утворення ж у складі України АРК та наділення її повноваженнями виступає формою децентралізації державної влади в унітарній державі [11], що здійснюється з метою забезпечення ефективного управління на місцях. При цьому, Україна шляхом прийняття законів може делегувати АРК додаткові повноваження для забезпечення збалансованого співвідношення державного управління та участі автономного регіону у вирішенні питань внутрішньої політики держави на кожному етапі її соціально-економічного розвитку.

По-шосте, з метою забезпечення дотримання органами влади автономії норм Конституції і законів України передбачені спеціальні механізми контролю та реагування: 1) конституційний (вирішення питань про відповідність Конституції України (конституційність) правових актів ВР АРК, дача висновків про порушення ВР АРК Конституції або законів України); 2) парламентський (дострокове припинення повноважень ВР АРК і призначення позачергових виборів до неї); 3) президентський (зупинення дії нормативно-правових актів ВР АРК з мотивів невідповідності Конституції та законам України з одночасним зверненням до Конституційного Суду України щодо їх конституційності, скасування актів Ради міністрів АРК, призначення Постійного Представника Президента України в АРК [12]); 4) судовий (визнання рішень, дій чи бездіяльності органів влади АРК неправними, скасування або визнання нечинними рішень цих органів, вирішення компетенційних спорів між суб'єктами владних повноважень); 5) прокурорський (вжиття заходів прокурорського реагування, в тому числі принесення протесту, звернення до суду про визнання незаконними актів органу, рішень, дій чи бездіяльності посадової особи АРК [13]) і т.п.

По-сьоме, місцеве самоврядування в АРК здійснюється з урахуванням певних особливостей. Так, Рада міністрів АРК контролює виконання органами місцевого самоврядування повноважень, делегованих їм законами України і нормативно-правовими актами ВР АРК [14]. Дія актів органів місцевого самоврядування з питань виконання делегованих повноважень може зупинятися відповідно ВР АРК щодо актів представницьких органів і Радою міністрів АРК щодо актів виконавчих органів з одночасним зверненням до суду. Тобто ВР АРК та Рада міністрів АРК не наділені правом остаточного вирішення юридичної долі таких актів. Дія актів зупиняється лише до винесення судом у справі про оскарження актів рішення, що набрало законної сили.

Статтею 46 Конституції АРК визначено коло питань, з яких ВР АРК і органи місцевого самоврядування на взаємопогодженій основі можуть об'єднувати фінансові та матеріальні кошти, майно, координувати діяльність органів та служб, установ і організацій для підготовки та реалізації спільних програм і проектів, спільного вирішення інших питань, віднесених до їх компетенції. Порядок і умови взаємодії у такому випадку визначається на основі погоджених рішень або угод між ВР АРК та органами місцевого самоврядування. Порядок укладення відповідних угод і прийняття погоджених рішень визначений спеціальним положенням [15].

Таким чином, з метою забезпечення збалансованого соціально-економічного, культурного та іншого розвитку регіону відносини ВР АРК із органами місцевого самоврядування можуть носити договірний характер, а

в частині виконання делегованих повноважень – засновуватися на підконтрольності.

По-восьме, АРК наділена обмеженою фінансовою самостійністю, рамки якої встановлені Конституцією України та законами України на основі єдиної податкової і бюджетної політики України. За Конституцією України виключно законами України встановлюються бюджетна система України, система оподаткування, податки і збори (пункт 1 частини другої статті 92). До відання АРК належить, зокрема, розроблення, затвердження та виконання бюджету АРК на основі єдиної податкової і бюджетної політики України (пункт 4 частини першої статті 138 Конституції України).

Податкові повноваження АРК чітко регламентовані законодавством України. Зокрема, згідно з пунктом 12.2 статті 12 Податкового кодексу України до повноважень ВР АРК щодо податків та зборів належить лише установлення на території АРК загальнодержавного збору – плати за користування надрами (крім плати за користування надрами для видобування корисних копалин загальнодержавного значення) та зміна розміру його ставок у межах визначених граничних ставок, а також визначення розміру і надання додаткових податкових пільг у межах сум, що надходять до бюджету Автономної Республіки Крим та є доходами місцевого бюджету АРК, які не враховуються при визначенні обсягу міжбюджетних трансфертів.

Специфічною ознакою АРК є особливий правовий режим використання мов. У статті 10 Конституції АРК зазначається, що поряд з державною мовою в автономії забезпечується функціонування і розвиток, використання і захист російської, кримськотатарської, а також мов інших національностей. На реалізацію зазначених положень Конституції АРК, ВР АРК прийняла низку постанов [16]. Аналіз останніх актів ВР АРК дає підстави стверджувати про намагання цього органу закріпити за російською мовою статус регіональної мови та особливого засобу спілкування у всіх сферах суспільного життя автономії, звужуючи при цьому зміст і обсяг прав [17] представників титульної нації і національних меншин АРК у сфері мов. Звуження змісту мовних прав громадян України полягає у зменшенні можливостей розвитку, використовувати і захищати українську мову та інші етнічні мови у Криму, а звуження обсягу прав проявляється в неправомірному обмеженні кількості рідних мов, використання яких гарантоване громадянам України – жителям АРК у сфері дошкільного виховання, навчання, обслуговування громадян тощо.

За статтею 138 Конституції України до відання АРК у сфері мов належить виключно забезпечення функціонування і розвитку державної та національних мов і культур в АРК. Статтею 18 Конституції АРК визначено, що віданню АРК підлягає підготовка, затвердження і реалізація програм і вирішення питань забезпечення функціонування і розвитку української як державної, російської, кримськотатарської та інших національних мов. Тому АРК не повноважна вирішувати питання про статус мов у автономії як таке, що не віднесене до її відання. Водночас, правовий статус української (державної) мови як обов'язкового засобу спілкування у публічних сферах суспільного життя, як-то: здійснення повноважень органами законодавчої, виконавчої та судової влади, іншими державними органами та органами місцевого самоврядування (мова роботи, актів, діловодства і документації, мова взаємовідносин цих органів тощо) [18], – є складовою конституційного ладу держави нарівні з її територією, столицею, державними символами [19].

Результатом проведеного правового аналізу є висновки про те, що АРК не наділена навіть обмеженим державним суверенітетом та є адміністративно-територіальною автономією у складі України. Тому не зовсім вірною видається позиція І.Магновського, який визначає АРК як національно-державну автономію [20, с.22]. Створення АРК у складі України не було наслідком політичного самовизначення народу автономії та не виступало формою вирішення виключно політичного питання, а швидше за все переслідувало комплексну ціль – вирішення політичних, етнічних, соціально-економічних, культурних та інших проблем. Не можна повністю погодитись і з В. Кичуном, який стверджує, що АРК є напівполітичною автономією. Автор вказує на різницю між адміністративною та напівполітичною автономією: остання при вирішенні адміністративних питань більше враховує національні, культурні, історичні та інші особливості даної території, а адміністративна, як правило, спрямована лише на забезпечення більшої ефективності управління в певному регіоні. Разом з тим зауважується, що вказані відмінності правового статусу різних автономних утворень здебільшого умовні [21, с.54-57]. Незважаючи на оригінальність висловленої позиції, думається, що ефективність управління в автономному регіоні напряму залежить від ступеню врахування історичних, політичних, соціальних, економічних, географічних, екологічних, демографічних та інших особливостей, етнічних і культурних традицій території, тому пов'язувати "політизацію" адміністративної автономії із рівнем врахування особливостей такої автономії немає підстав. Крім того, практично неможливо виразити ступінь врахування конкретних особливостей автономії при вирішенні адміністративних питань у співмірних величинах, оскільки у цій сфері все залежить від конституційно-правової практики окремої держави.

Враховуючи те, що у АРК як адміністративно-територіальній одиниці України відсутній власний суверенітет, громадянство та інші ознаки держави, не зовсім коректно йменувати Кримську автономію "республікою" (ще у греко-римській традиції, розвиненій Ж. Боденом, термін *respublica*, *republique* означав державу [22, с.163]). Сутнісно така автономія наближена до автономної області, а вживання терміну "республіка" у назві АРК свідчить більше про політичні обставини її утворення та інерційність пострадянської державно-правової традиції, ніж про її правову природу.

Межі АРК з іншими адміністративно-територіальними одиницями не є державними кордонами. Столицею АРК, відповідно до ст.8 Конституції АРК, є місто Сімферополь. Відповідно до правової позиції Конституційного Суду України, використання в Конституції АРК словосполучення "столиця Автономної Республіки Крим" стосовно міста Сімферополя, яке відповідно до законодавства України за статусом є адміністративним центром адміністративно-територіальної одиниці, є некоректним. У контексті положень статті 20 Конституції України поняття столиці, якою є місто Київ, символізує єдиний загальнонаціональний і адміністративно-політичний центр України як унітарної, суверенної і незалежної держави [23].

Особливості міста Сімферополя як столиці Автономної Республіки Крим визначаються ВР АРК на основі законів України. ВР АРК прийнято постанову [24], якою затверджено Положення про особливості міста Сімферополя як столиці Автономної Республіки Крим. Відповідно до цього положення, місто Сімферополь виступає адміністративним центром АРК. Згідно з діючим адміністративно-територіальним устроєм у місті існують три райони: Залізничний, Центральний і Київський. У складі

Залізничного району функціонує Гресівська селищна рада, яка об'єднує селище Бітумне і смт Гресівський, Аерофлотський, Комсомольське. Сmt Аграрне підпорядковується Київській районній у місті Сімферополі раді.

Відповідно до абз.1 п. 3 ст. 7 Конституції АРК адміністративно-територіальними одиницями в АРК є район, місто, район у місті, селище, село та інші одиниці відповідно до Конституції України та законів України. Віданню АРК підлягає вирішення окремих питань адміністративно-територіального устрою АРК. Ці повноваження на підставі пп.12 п.2 ст. 26 Конституції АРК здійснює Верховна Рада АРК. Зазначене положення розвивається у п. 13 ч.2 ст. 9 Закону України "Про Верховну Раду Автономної Республіки Крим", де зазначено, що вирішення питань адміністративно-територіального устрою відповідно до законодавства України, визнання статусу місцевостей як курортів та встановлення зон санітарної охорони курортів належить до відання ВР АРК.

До складу АРК входять 14 районів і 11 міст республіканського значення: Бахчисарайський, Білогірський, Джанкойський, Кіровський, Красногвардійський, Красноперекіпський, Ленінський, Нижньогірський, Первомайський, Роздольненський, Сакський, Сімферопольський, Советський, Чорноморський райони, міста Алушта, Армянськ, Джанкой, Євпаторія, Керч, Красноперекіпськ, Саки, Сімферополь, Судак, Феодосія, Ялта [25]. Адміністративними центрами районів є 4 міста республіканського значення, 2 міста районного значення, 8 селищ міського типу.

Загалом на території автономії 1020 населених пунктів, з них 72 міських (16 міст, з яких 5 районного значення; 56 смт) та 948 сільських [26].

Контекст адміністративно-територіальної реформи в Україні не оминув увагою і територіальний устрій Криму. За деякими проектами територію АРК пропонується розподілити на 5 районів: Західний, Східний, Центральний, Північний і Південний райони [27]. Подібні пропозиції, незважаючи на їх відповідність законодавчо задекларованій позиції щодо укрупнення адміністративно-територіальних одиниць [28], мають бути детально проаналізовані перед етапом апробації. Слід враховувати, що поділ території повинен здійснюватися не для вирішення ситуативних проблем, а на основі перспективних принципів (пропорційності, компактності, доступності, адаптивності та ін.), що сприяли б покращенню стандартів життя, розвитку місцевого самоврядування тощо [29, с.3]. Це відповідає б державницькому підходу до впорядкування територіальної структури АРК.

На завершення зазначимо, що з позицій теорії правовідносин у сфері адміністративно-територіального устрою України, АРК є суб'єктом таких правовідносин як окреме політико-адміністративне утворення у складі унітарної держави, що має особливий конституційно-правовий статус порівняно із територіальними утвореннями того ж рівня організації публічної влади (області, міста зі спеціальним статусом). Особливості статусу АРК виявляються, зокрема, у функціях, окремих принципах і гарантіях автономії, у специфіці адміністративно-територіального устрою республіки, особливому механізмі контролю за відповідністю Конституції АРК, правових актів ВР АРК і актів Ради міністрів АРК Конституції України та законам України, в особливостях взаємодії органів влади із органами місцевого самоврядування в автономії.

1. Чиркин В. Е. Конституционное право зарубежных стран / В. Е. Чиркин. – М. : Юристъ, 1997. – 568 с. 2. Копиленко О. Крим як невід'ємна складова частина України: правові аспекти [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.history.org.ua/LiberUA/Book/Krym/1.pdf> 3. Конституційне право України : підручник для студентів вищих навчальних закладів / За ред. академіка АПН України, доктора юридичних

наук, професора Ю. М. Тодики, доктора юридичних і політичних наук, професора В. С. Журавського. – К. : Видавничий Дім "Ін Юре", 2002. – 544 с. 4. Шляхтун П. П. Конституційне право України : підручник / П. П. Шляхтун. – К. : "Освіта України", КНТ, 2008. – 592 с. 5. Шипов С. О государственном устройстве в России / С. О. Шипов. – М. : Типография А.И. Мамонтова и Ко, 1870. – 259 с. 6. Абасов Г. Территориальні автономії та їх представницькі органи в унітарних державах: порівняльно-правовий аналіз / Г. Абасов // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2004. – № 10 (36). – С. 75-83. 7. Чиркин В. Е. Государствование: ученик / В. Е. Чиркин. – 2-е изд., испр. и доп. – М. : Юристъ, 2000. – 384 с. 8. Белодед А. Ю. Территориальная автономия в Российском государстве: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / А. Ю. Белодед. – М., 2010. – 175 с. 9. Конституція Автономної Республіки Крим від 21 жовтня 1998 року, затверджена законом України "Про затвердження Конституції Автономної Республіки Крим" від 23 грудня 1998 року N 350-XIV (із змінами і доповненнями) [Електронний ресурс] // Режим доступу: www.rada.gov.ua 10. Рішення КСУ у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Нормативно-правового акта Верховної Ради Автономної Республіки Крим Закону Автономної Республіки Крим "Про обчислення часу" та Постанови Верховної Ради Автономної Республіки Крим "Про введення в дію Нормативно-правового акта Верховної Ради Автономної Республіки Крим Закону Автономної Республіки Крим "Про обчислення часу" від 25 березня 1998 року № 4-рп/98 [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua> 11. Див.: абз.2 п. 9 мотивувальної частини Рішення КСУ у справі за конституційним поданням Верховної Ради Автономної Республіки Крим щодо відповідності Конституції України (конституційності) пунктів 1, 4, 8, 10, підпункту "б" підпункту 2 пункту 13, пунктів 14, 17 розділу I Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо здійснення державного архітектурно-будівельного контролю та сприяння інвестиційній діяльності у будівництві" від 3 лютого 2009 року N 4-рп/2009 [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua> 12. Закон України "Про Представництво Президента України в Автономній Республіці Крим" від 2 березня 2000 року N 1524-III [Електронний ресурс] // Режим доступу: www.rada.gov.ua 13. Рішення КСУ у справі за конституційним зверненням товариства з обмеженою відповідальністю "Амальгама Люкс" щодо офіційного тлумачення положення частини четвертої статті 21 Закону України "Про прокуратуру" від 12 жовтня 2011 року N 11-рп/2011 [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua> 14. Методика контролю за здійсненням органами місцевого самоврядування делегованих повноважень органів виконавчої влади, затверджена постановою Ради міністрів АРК від 30 січня 2007 р. N 54 (із змінами і доповненнями) [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.ligazakon.ua> 15. Положення про порядок укладення угод і прийняття погоджених рішень між Верховною Радою Автономної Республіки Крим і органами місцевого самоврядування, затверджене постановою ВР АРК від 19 вересня 2001 р. N 2032-2/01 [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.ligazakon.ua> 16. Постановлення ВР АРК "Об обеспечении функционирования государственного, русского и других национальных языков в Автономной Республике Крым" от 15 апреля 1998 г. N 1505-I (с изменениями и дополнениями); "О порядке применения статей 10, 11, 12, 13, 14 Конституции Автономной Республики Крым (в части, касающейся применения русского языка в Автономной Республике Крым)" от 26 мая 2010 г. N 1742-5/10 (с изменениями и дополнениями); "О реализации конституционных гарантий на свободное использование русского языка в Автономной Республике Крым и содействию выполнению обязательств Украины по реализации норм Европейской хартии региональных языков или языков меньшинств" от 26 мая 2010 г.

N 1747-5/10 [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.rada.crimea.ua> 17. Про зміст і обсяг прав див.: абз.6 п. 4 мотивувальної частини Рішення КСУ у справі за конституційними поданнями Верховного Суду України та 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців третього, четвертого пункту 13 розділу XV "Прикінцеві положення" Закону України "Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування" та офіційного тлумачення положення частини третьої статті 11 Закону України "Про статус суддів" (справа про рівень пенсії і щомісячного довічного грошового утримання) від 11 жовтня 2005 року N 8-рп/2005 [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua> 18. Рішення КСУ у справі за конституційними поданнями 51 народного депутата України про офіційне тлумачення положень статті 10 Конституції України щодо застосування державної мови органами державної влади, органами місцевого самоврядування та використання її у навчальному процесі в навчальних закладах України (справа про застосування української мови) від 14 грудня 1999 року N 10-рп/99 [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua> 19. Див.: п. 5.1. мотивувальної частини Рішення КСУ у справі за конституційним поданням 52 народних депутатів України та за конституційним поданням Верховної Ради Автономної Республіки Крим щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 15 Кодексу адміністративного судочинства України, статті 7 Цивільного процесуального кодексу України (справа про мову судочинства) від 22 квітня 2008 року N 8-рп/2008 [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua> 20. Магновський І. Особливості конституційно-правового статусу Автономної Республіки Крим / І. Магновський // Юридична Україна. – 2009. – № 5. – С. 21-24. 21. Кичун В. І. Конституційно-правові основи взаємовідносин вищих органів влади України і Автономної Республіки Крим: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / В. І. Кичун. – Харків, 2001. – 194 с. 22. Баумейстер А. Філософія права : навчальний посібник Андрій Баумейстер. – Вінниця : О. Власюк, 2007. – 224 с. 23. Рішення КСУ у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень Конституції Автономної Республіки Крим та Закону України "Про затвердження Конституції Автономної Республіки Крим" (справа про Конституцію Автономної Республіки Крим) від 16 січня 2003 року N 1-рп/2003 [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua> 24. Постанова ВР АРК "Про Положення про особливості міста Сімферополя як столиці Автономної Республіки Крим" від 19 березня 2003 р. N 479-3/03 [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.rada.crimea.ua> 25. Временное положение о порядке решения вопросов административно-территориального устройства Автономной Республики Крым, утвержденное Постановлением Верховной Рады Автономной Республики Крым от 19 мая 1999 года № 514-2/99 (с изменениями и дополнениями, внесенными Постановлением ВР АРК от 18 апреля 2007 года N 432-5/07) [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.rada.crimea.ua> 26. Електронний довідник "Україна. Адміністративно-територіальний устрій" [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://static.rada.gov.ua/zakon/new/ADM/zmistkr.html> 27. [Електронний ресурс] // Режим доступу: http://ipc-dzhankoy.org/news/news_dzhankoy/1169.html 28. П.6 розділу VI "Прикінцеві та перехідні положення" Бюджетного кодексу України від 8 липня 2010 року N 2456-VI (із змінами і доповненнями) [Електронний ресурс] // Режим доступу: www.rada.gov.ua 29. Врублевський О.С. Територіальна реформа : от моделирования до реализации. Информационные материалы для Автономной Республики Крым / О.С. Врублевский, В.П. Артеменко. – К. : ИКЦ "Леста", 2006. – 60 с.

Надійшла до редколегії 22.12.11

Наукове видання



ВІСНИК
КИЇВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА

ЮРИДИЧНІ НАУКИ

Випуск 90

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.



Формат 60x84/8. Ум. друк. арк. 13,1. Наклад 300. Зам. № 212-6002.
Гарнітура Arial. Папір офсетний. Друк офсетний. Вид. № Ю 1.
Підписано до друку 20.03.12

Видавець і виготовлювач
Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет"
01601, Київ, б-р Т. Шевченка, 14, кімн. 43
☎ (38044) 239 3222; (38044) 239 3172; тел./факс (38044) 239 3128
e-mail: vpc@univ.kiev.ua
<http://vpc.univ.kiev.ua>

Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 1103 від 31.10.02