ВІСНИК
КИЇВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА

ISSN 1728-2195

ЮРИДИЧНІ НАУКИ 91/2012

Засновано 1958 року

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

Для науковців, правників, студентів.

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

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

ВІДПОВІДАЛЬНИЙ РЕДАКТОР	І.С. Гриценко, д-р юрид. наук
РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ	Р.А. Майданик, д-р юрид. наук, проф. (заст. відп. ред.); О.В. Клепікова, канд. юрид. наук, доц. (відп. секр.); 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. Мірошниченко, 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, б-р Т.Шевченка, 14, кімн. 43 ☎ (38044) 239 31 72, 239 32 22; факс 239 31 28

© Київський національний університет імені Тараса Шевченка,
Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет", 2012

ЗМІСТ

Гриценко І., Погорецький М.
Право на справедливий суд ... 4
Безклубий І.
Правова відповідальність ... 8
Мяловицька Н.
Особливості конституційної системи Королівства Данія ... 10
Фурса С., Рабовська С.
Посвідчення нотаріусом факту, що фізична чи юридична особа є виконавцем заповіту (п. 13 ст. 34 Закону "Про нотаріат"): матеріальний та процесуальний аспекти ... 13
Вільгушинський М.
Взаємодія з державними органами, органами місцевого самоврядування та громадськістю як вид діяльності судів ... 16
Клименко Н.
Основні напрями науково-педагогічної діяльності проф. В.К. Лисиченка ... 19
Сервецький І., Редька В.
Формування політичної свідомість громадян – прогрес суспільства ... 21
Шибіко В.
Ознайомлення з матеріалами кримінальної справи як важлива умова забезпечення доступу особи до правосуддя ... 24
Паламарчук Л.
Комп'ютерна програма як предмет злочинного посягання ... 31
Пацурія Н.
Окремі теоретико – практичні проблеми регулювання правовідносин у сфері здійснення перестрахової діяльності ... 33
Лисенко А.
Документи з біометричними елементи захисту та електронним носієм в структурі державної інформаційної системи ... 37
Лукач І.
Історія становлення корпоративного права в європейських країнах континентальної системи права ... 42
Левківський Б.
Судовий наказ: перспективна форма захисту майнових прав подружжя ... 45
Радченко Л.
Специфіка судового захисту інвесторів житлового будівництва ... 50
Мусієнко А.
Особливості формування системи заходів запобігання торгівлі органами та тканинами людини ... 53
Клименко О.
Правова природа та розвиток інституту реквізиції в праві України ... 56
Радзивілюк В., Нагребецька Ю.
Змістовне наповнення деяких основних термінів, які характеризують процеси зближення національних законодавств ... 60
Златіна Н.
Організація здійснення банківського нагляду в Україні та його правове регулювання ... 63
Поєдинок В.
Система органів державного регулювання інвестиційної діяльності ... 66
Задоєнко О.
Кодифікація як форма систематизації: деякі принципові особливості ... 69
Сесемко А.
Модернізація державних органів – об'єктивна передумова адміністративно-правового регулювання суспільних відносин у галузі охорони здоров'я ... 72
Безклубий О.
Становлення особистих немайнових відносин в Україні від найдавніших часів до сьогодення ... 75
Герасименко Є.
Знаходження поза межами країни походження як критерій визнання біженцем ... 78
Кучер Т.
Належність та допустимість як критерії оцінки доказів ... 80
Попова А.
Фінансові посередники на фондовому ринку ... 83
Горбань Н.
Реалізація конституційного принципу верховенства права у нотаріальному процесі ... 86
Бучинська А.
Принцип субсидіарності як підстава діяльності органів місцевого самоврядування Польщі та України ... 90
Міхровська М.
Адміністративні послуги: питання законодавчого закріплення ... 93
Науменко О.
Адміністративна концепція виконавчого провадження: критичний аналіз ... 96
Котенко Т.
Функціональне призначення місцевого самоврядування як об'єкт загальнотеоретичних досліджень ... 101
Плахотнік О.
Реформування кримінального процесу України та реалізація конституційного права людини на захист в умовах впровадження європейських стандартів судочинства ... 104
Сахарук І.
Вдосконалення механізму недопущення дискримінації у сфері праці за станом здоров'я ... 108
Владиченко О.
Законодавче визначення кола суб'єктів господарювання у сфері реалізації вугільної продукції ... 113
Кармаза О.
Теоретичні аспекти захисту та охорони права громадян на житло ... 116
Ніжніченко О.
Теоретичні засади розуміння стимулювання в екологічному праві ... 119

CONTENTS

Gritsenko I., Pogoretsky M.
The right to a just court ... 4
Bezklubyy I.
Law responsibility ... 8
Myalovitska N.
Particular the constitutional system of the Kingdom of Denmark ... 10
Fursa S., Rabovska S.
The certificate of a notary public the fact that natural or legal person is the executor of the covenant (p. 13 century. 34 of the Law "On Notary"): substantive and procedural aspects ... 13
Vilhushynskyy M.
Interaction with public authorities, local authorities and the public as a kind of court ... 16
Klimenko N.
Main directions of scientific-pedagogical activity professor V.K Lysychenko ... 19
Servetskiy I., Red'ka V.
Forming of political consciousness of citizens is progress of society ... 21
Shybiko V.
Familiarization with materials of a criminal case as an important requirement for ensuring person's access to justice ... 24
Palamarchuk L.
A computer program as the subject of criminal infringement ... 31
Patsuriya N.
Certain theoretical and practical problems of legal regulation in the field of reinsurance business ... 33
Lysenko A.
Documents with biometrical elements of defence and by an electronic transmitter, as elements of the state informative system ... 37
Lukach I.
The history of formation of corporate law in the European countries of continental law system ... 42
Levkovsky B.
Judicial order: a promising way to protect property rights of spouses ... 45
Radchenko L.
Specific legal protection of investors housing ... 50
Musienko A.
Features of forming of the system of measures of prevention of trading in organs and tissues of man ... 53
Klymenko O.
Legal nature and development of the requisition institute in Ukrainian law ... 56
Radzyvilyuk V., Nagrebetska J.
According the meaning the main terms characterizing approaching process of national legislations ... 60
Zlatina N.
Organization of realization of bank supervision in Ukraine and its legal regulation ... 63
Poiedynok V.
The system of the state authorities regulating investment activity ... 66
Zadoienko O.
Codification as a form of systematization: some peculiarities of principle ... 69
Sosemko A.
Modernisation of public organs – objective pre-condition of administratively legal adjusting of public relations in industry of health protection ... 72
Bezklubyy O.
Formation moral relations in Ukraine from ancient to modern times ... 75
Gerasymenko Y.
Being Outside of the Country of Origin as the Inclusion Clause of the Refugee Definition ... 78
Kucher T.
Taken and admission, as criteria of estimation of proofs ... 80
Popova A.
The financial intermediaries in the stock market ... 83
Gorban N.
The implementation of the constitutional rule of law in the notarial process ... 86
Buchynska A.
The principle of subsidiarity as the basis of local self-government in Poland and Ukraine ... 90
Mikhrovska M.
Administrative services: questions of legislative assignment ... 93
Naumenko O.
Executive administrative proceedings concept: A Critical Analysis ... 96
Kotenko T.
Functional local government as object General Theory Research ... 101
Plakhotnik O.
Reforming of criminal process of Ukraine and realization of a constitutional right of the person on protection in the conditions of introduction of the European standards of legal proceedings ... 104
Sakharuk I.
Improving the mechanism of non-discrimination at work for health ... 108
Vladychenko A.
Legislative definition of the terms of business entities in the sale of coal products ... 113
Karmaza O.
Theoretical aspects of ensuring and securing the housing rights ... 116
Nizhnichenko O.
The theoretical basis of understanding incentives in environmental law ... 119

УДК 347.97.99

І. Гриценко, д-р юрид. наук,
М. Погорецький, д-р юрид. наук

ПРАВО НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУД

У статті на основі системного та порівняльного аналізу наукових поглядів, норм міжнародних правових актів та національного законодавства досліджуються проблемні питання інституційних елементів права на справедливий суд.
Ключові слова: судова система; судова влада; незалежність суду; право на справедливий суд.

В статье на основе системного и сравнительного анализа научных взглядов, норм международных правовых актов и национального законодательства исследуются проблемные вопросы институциональных элементов права на справедливый суд.
Ключевые слова: судебная система; судебная власть; независимость суда; право на справедливый суд.

On the basis of systematic and comparative analysis of scientific views, norms of international regulations and national laws examined issues of institutional elements of a fair trial.
Keywords: judicial system, judiciary, independence of the court, the right to a just court.

Ефективність функціонування судової системи будь-якої держави визначається, у тому числі, й можливістю реалізації її громадянами права на справедливий суд. Це право зумовлюється як інституційними аспектами побудови судової системи, так і особливостями здійснення окремих судових процедур.

Право на справедливий суд проголошене низкою міжнародних правових актів, які визнані та ратифіковані Україною. Так, ст. 10 Загальної декларації прав людини 1948 року проголошує право людини на розгляд справи "з додержанням усіх вимог справедливості незалежним і безстороннім судом" [1, с. 20]. У пункті 1 статті 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1966 р. визначено право "на справедливий і публічний розгляд справи компетентним, незалежним і безстороннім судом, створеним на підставі закону" [1; с. 42]. Ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року (далі – Конвенція) закріплює право "на справедливий і публічний розгляд … справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом" [2].

Право на справедливий суд проголошено також і в національних правових актах України. Так, Законом України від 7 липня 2010 року "Про судоустрій і статус суддів" [3] завданням суду при здійсненні правосуддя визначено забезпечення кожному права на справедливий суд (ст. 2). У цьому Законі також містяться положення, які є складовими права на справедливий суд: "кожному гарантується захист його прав, свобод та законних інтересів незалежним і безстороннім судом, утвореним відповідно до закону" (ч. 2 ст. 7), гарантії забезпечення цього права містяться і в інших статтях Закону.

Проблемні питання визначення змісту та складових права на справедливий суд досліджували вітчизняні та зарубіжні правники С.С. Алексєєв, Ж.-Л. Бержел, В.Ф. Бойко, О.Д. Бойков, В.Д. Бринцев, Ю.М. Грошевий, К.В. Гусаров, В.В. Долежан, Л. Дюгі, О.С. Захарова, М. Ентін, В.В. Комаров, О.В. Капліна, С.В. Ківалов, М.І. Козюбра, М.О. Колоколов, Р.О. Куйбіда, В.О. Лазарєва, В.Т. Маляренко, І.Є. Марочкін, О.Р. Михайленко, М.М. Михеєнко, Т.Г. Морщакова, Л.М. Москвич, Е.М. Мурадьян, В.Т. Нор, Дж. Оберто, Д.М. Притика, М.В. Руденко, А.О. Селіванов, В.В. Сердюк, О.В. Сердюк, Н.В. Сібільова, Н.П. Сиза, О.М. Толочко, Є.Л. Трегубов, К. Харбі, Л. Хейде, К. Цвайгерт, О.Г. Шило, В.І. Шишкін, Г. Штефан та ін. Водночас, у зв'язку з оновленням законодавства про судоустрій в Україні, розробкою засад адміністративної та судової реформ, а також реформуванням кримінальної юстиції України є необхідність подальшого дослідження зазначених питань.

Метою цієї статті є: на основі аналізу доктринальних підходів вітчизняних та зарубіжних фахівців, міжнародних документів, національного законодавства, міжнародної та вітчизняної практики розкрити зміст інституційних елементів права на справедливий суд як систему взаємопов'язаних положень для забезпечення їх конкретності і ефективності.

Системний, історичний, правовий та порівняльний аналіз наукових доктрин, а також практики реалізації права на справедливий суд у різних правових системах світу у різні періоди державотворення свідчить про те, що це право є комплексним та багатоаспектним. Тому цілком виправданим є його дослідження через систему його структурних елементів.

М. Ентін запропонував таку систему структурних елементів права на справедливий суд: органічні, інституційні, процесуальні та спеціальні.

Органічні елементи, на думку автора, забезпечують ефективне користування зазначеним правом (доступ до правосуддя і виконання судових рішень).

Інституційні елементи права на справедливий судовий розгляд – це критерії, яким повинна відповідати як судова система держави в цілому, так і кожен національний судовий орган окремо (створення суду і формування складу суду на підставі закону, достатня тривалість повноважень суддів і їх незмінність протягом строку повноважень, незалежність і безсторонність).

Процесуальні елементи права на справедливий судовий розгляд забезпечують реальну участь особи або її представника в розгляді справи, змагальність процесу, рівність сторін на всіх етапах судового розгляду та розумні строки розгляду.

Спеціальними елементами вчений вважає додаткові гарантії, визначені в пунктах 2 і 3 Конвенції, що забезпечують додержання універсальних вимог справедливого правосуддя з урахуванням особливостей кримінального процесу. [4, с. 86-87].

Виходячи з результатів аналіз у норм міжнародно-правових актів, національного законодавства, а також правозастосовної практики, на наш погляд, доцільним є уточнення системи структурних елементів права на справедливий суд. Такими елементами є:

1) інституційні елементи (засади, що визначають організацію судової системи в цілому і кожного судового органу зокрема, – створення суду на підставі закону, незалежність суду, безсторонність суду);

2) організаційно-функціональні елементи (засади, що поєднують критерії організації і функціонування суду, – доступ до правосуддя, рівність сторін, право на правову допомогу, публічність (гласність і відкритість) судового розгляду, обов'язковість судових рішень);

3) функціональні елементи (засади, що визначають процесуальний порядок і правила здійснення правосуддя, – змагальність процесу, розумні строки розгляду справи);

© Гриценко І., Погорецький М., 2012

4) спеціальні елементи (засади, що стосуються сфери кримінального процесу, – презумпція невинуватості, право на захист, право на перекладача).

У межах цього дослідження більш детально зупинимось на характеристиці інституційних елементів права на справедливий судовий розгляд.

Інституційними елементами права на справедливий суд є гарантії організаційного (судоустрійного) характеру: створення суду на підставі закону, його незалежність і безсторонність. Ці елементи взаємопов'язані і взаємообумовлені, проте кожен з них має і свій власний зміст.

Щодо такого елементу як створення суду на підставі закону, необхідно звернути увагу на наступне. Згідно Конвенції "судом" вважається орган, який в матеріальному сенсі характеризується юрисдикційною роллю, тобто здатністю вирішувати на підставі норм права в результаті особливої процедури будь-яке питання, що належить до його компетенції [5, с. 88].

В Україні правові основи побудови судової системи та гарантії справедливого правосуддя визначені Конституцією України від 28 червня 1996 р. [6] та Законом України "Про судоустрій і статус суддів". Зазначеними актами проголошено здійснення правосуддя виключно судами та заборону делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами (ч. 1 ст. 124 Конституції України та ч. 1 ст. 5 Закону України "Про судоустрій і статус суддів"). Ці законодавчі норми мають основоположне значення у визначенні юрисдикційного органу в Україні. При цьому юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі (ч. 2 ст. 124 Конституції України).

Стосовно вимоги законності суду (суд, створений на підставі закону) слід звернути увагу, що ця вимога поширюється не тільки на правову основу існування самого суду, а також і на склад суду у кожній справі.

Так, у справі Posokhov v Russia (2003 р.), Європейський Суд з прав людини (далі – Європейський Суд) постановив, що поняття "створений на підставі закону" поширюється не тільки на суд, але і на склад суддів у кожному окремому випадку. Заявник подав скаргу на те, що при розгляді цивільної справи два непрофесійних судді не були обрані жеребкуванням, як це передбачено законом, і що вони виконували свої функції з перевищенням встановленого законом максимального терміну. Суд, до складу якого входили ці судді, не міг вважатися "створеним на підставі закону" [7, с. 31].

Наступним інституційним елементом права на справедливий суд є незалежність суду. Це поняття багатоаспектне і має як зовнішні, так і внутрішні ознаки інституційного та функціонального характеру.

На думку Штефана Ґасса, "незалежність суду означає, що окремі судді та незалежність судової влади як інституту є вільними від впливу і втручання з боку інших гілок влади, так само як і від впливу приватних та політичних інтересів" [8, с. 25].

Подібну по суті позицію висловлює Е.Л. Трегубов: "Незалежність розуміється як здатність суду розглядати справу та ухвалювати рішення, не перебуваючи при цьому у будь-якій залежності від волі сторін чи органів державної влади" [9, с. 362].

У наведених висловлюваннях незалежність суду визначається з урахуванням зовнішніх ознак, що важливо для характеристики цього інституційного елементу права на справедливий судовий розгляд.

Як інституційний елемент права на справедливий суд незалежність суду обумовлюється: 1) незалежністю судової влади від органів законодавчої та виконавчої влади; 2) способом призначення на посади суддів; 3) строком виконання ними своїх обов'язків; 4) гарантіями від незаконного звільнення судді з посади; 5) неприпустимістю зміни судових рішень позасудовими способами; 6) наявністю захисту від неправомірного зовнішнього впливу.

Важлива роль судової влади та її незалежності від інших гілок влади обґрунтовується у Висновку № 1 (2001) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо стандартів незалежності судової влади та незмінюваності суддів від 23 листопада 2001 р. [10], у п. 10 якого зазначено, що судова влада гарантує те, що уряди та державна адміністрація можуть бути притягнені до відповідальності за свої дії, а стосовно законодавчої гілки влади – бере участь у забезпеченні виконання належним чином уведених у дію законів, а також, тією чи іншою мірою, у забезпеченні їх відповідності конституції або вищим юридичним актам (наприклад, законодавству Європейського Союзу). Для того, щоб судова влада могла виконувати ці функції, вона повинна бути незалежною від цих органів, що означає її захист від неналежних зв'язків із цими органами та впливу з їхнього боку [10, с. 19].

Конституція України проголошує здійснення державної влади в Україні на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову (ч. 1 ст. 6), а також у Розділі VIII "Правосуддя" визначає вихідні положення для організації і функціонування органів судової влади. У цих нормах закріплені також і основні гарантії інституційної незалежності суду.

Ці положення розвинуті Законом України "Про судоустрій і статус суддів", де у ч.1 ст. 1 зазначено, що "судова влада в Україні відповідно до конституційних засад поділу влади здійснюється незалежними та безсторонніми судами, утвореними згідно із законом". У цьому Законі також вживається поняття "самостійність судів" (ст. 6), яке включає гарантії незалежності суду, визначаються організаційно-правові та процесуальні гарантії незалежності судді.

Не втрачає актуальності постанова Пленуму Верховного Суду України від 13 червня 2007 р. № 8 "Про незалежність судової влади" [11], у якій міститься низка положень, що визначають зміст даного питання, зазначається про недоліки реалізації гарантій незалежності та даються роз'яснення з метою забезпечення однакового та правильного застосування судами законодавства, що встановлює гарантії незалежності судової влади. У зв'язку з цим у Постанові зазначено: "Незалежність судової влади, її рівність із законодавчою та виконавчою владою є невід'ємними ознаками правової держави, в якій кожен має право на судовий захист своїх прав і свобод. Незалежність судів встановлена в Україні як конституційний принцип організації та функціонування судів з метою забезпечення права осіб на такий захист … Разом з тим, гарантії самостійності судів та незалежності суддів в Україні належним чином не забезпечені. На практиці законодавчим органом, органами виконавчої влади, їх посадовими особами ігнорується конституційний принцип поділу влади на законодавчу, виконавчу та судову. Мають місце спроби втручання в організацію діяльності судів, вирішення конкретних судових справ, перешкоджання здійсненню судами правосуддя на визначених законом засадах, тиск на суддів шляхом погроз, шантажу та іншого протиправного впливу, в тому числі у формі прийняття незаконних нормативно-правових актів та правових актів індивідуальної дії, неправомірного використання суб'єктами влади наданих їм повноважень, а також незаконного наділення деяких державних органів відповідними повноваженнями, що посилює залежність від них судів та суддів" [11, с. 28, 29].

Отже, незалежність суду, як слушно зазначають фахівці, передбачає уникнення органів законодавчої і виконавчої влади втручання у здійснення правосуддя. Для забезпечення цього аспекту незалежності суду необхідна надійна економічна основа. Саме держава повинна дбати про надання судовій владі достатніх засобів для того, щоб унеможливити будь-який тиск на неї – і з боку законодавчої, і з боку виконавчої влади. [8, с. 26].

Чинниками, що здатні забезпечити незалежність суду, є самоорганізація судової влади та суддівське самоврядування. Якщо самоорганізація судової влади – це критерій зовнішньої організації судової влади, який характеризує місце та роль судової влади у системі координат публічної влади, чинник, який показує самостійність судової влади відносно законодавчої та виконавчої, то суддівське самоврядування, – обґрунтовано стверджує С.В. Прилуцький, – це механізм організації судової влади із середини [12, с. 11]. При цьому правник слушно зазначає, що однією із важливих ознак організації судової влади у демократичних та правових країнах – є самоорганізація судової влади, яка реалізується через органи, що мають репрезентуватися більшістю суддівської спільноти [12, с. 16].

Думку про важливість ролі таких органів, їх завдання та структуру обґрунтовує і Ґасс Штефан, справедливо зауважуючи, що у разі наявності Ради юстиції або аналогічного їй органу, він повинен мати значну міру незалежності від інших гілок державної влади. Цей орган повинен мати таку структуру, яка сприяє незалежності (як-то, мати у своєму складі більшість, яку становлять судді, обрані своїми колегами). Він повинен відігравати основну роль у призначеннях, підвищеннях у посаді, дисциплінарних заходах та у навчанні суддів і у розподілі ресурсів судової системи [8, с. 32].

На сьогодні в України органами, які беруть участь у процесі відбору кандидатів на посаду судді, вносять рекомендації чи подання про призначення суддів на посади або про їх звільнення з посад, здійснюють дисциплінарне провадження є Вища кваліфікаційна комісія суддів України та Вища рада юстиції. Ці органи повинні бути інструментом забезпечення незалежності суду від неналежного впливу інших гілок влади.

Відповідно до Рекомендації № R (94) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо незалежності, ефективності та ролі суддів від 13 жовтня 1994 р. [13] (далі – Рекомендація № R (94) 12) всі рішення стосовно професійної кар'єри суддів повинні мати в основі об'єктивні критерії; як обрання, так і кар'єра суддів повинні базуватись на заслугах з урахуванням їхньої кваліфікації, чесноти, здібностей та результатів їхньої праці (Принцип I (2) (c)). [13, с. 15].

Що ж до способу призначення на посади суддів, можна погодитись з фахівцями, які стверджують, що конституційні процедури призначення (обрання) суддів в Україні, можна вважати такими, що відповідають вимогам Конвенції [14, с. 20]. Згідно з ч. 1 ст. 128 Конституції України, перше призначення на посаду професійного судді строком на п'ять років здійснюється Президентом України. Всі інші судді, крім суддів Конституційного Суду України, обираються Верховною Радою України, безстроково, в порядку, встановленому законом.

Безстрокове обрання на посади забезпечує незмінюваність суддів і є одним із важливих чинників забезпечення незалежності суду.

Обов'язковим атрибутом незалежності суддів є гарантії від незаконного звільнення їх з посади.

У зв'язку з цим у Рекомендації № R (94) 12 передбачено: "Судді, яких було призначено безстроково, не можуть бути відкликані без достатніх на те причин до досягнення ними пенсійного віку. Такі причини повинні бути закріплені в чітко визначених законом положеннях і можуть мати застосування у країні, в якій суддя обирається на визначений строк; вони можуть стосуватись випадків, коли суддя не в змозі відправляти судочинство або ж він здійснив кримінальний злочин чи серйозно порушив дисциплінарні правила" (Принцип VI (2)) [13; 17].

Можна стверджувати, що ця рекомендація в Україні загалом дотримана, адже підстави для звільнення судді з посади чітко визначені Конституцією України (ч. 5 ст. 126), а конкретизація цих підстав та порядок вирішення питання про звільнення судді з посади містяться у Законі України "Про судоустрій і статус суддів" (Розділ VII).

Наступний елемент незалежності суду проявляється в тому, що він уповноважений ухвалювати обов'язкові рішення, які не можуть бути змінені позасудовими способами. Щодо цього елементу слід згадати Принцип I (2) (i) Рекомендації № R (94) 12: "рішення суддів не повинні переглядатись інакше, ніж через визначену законом процедуру апеляцій" [13, с. 14].

Незалежність суду передбачає також наявність захисту від неправомірного зовнішнього впливу.

Згідно Рекомендації № R (94) 12, судді повинні приймати свої рішення цілком незалежно і мати змогу діяти без обмежень, без неправомочного впливу, підбурення, тиску, погроз, неправомочного прямого чи непрямого втручання, незалежно з чийого боку та з яких мотивів воно б не здійснювалось. У законі мають бути передбачені санкції проти осіб, які намагаються у такий спосіб впливати на суддів (Принцип I (2) (d)) [13, с. 15].

У цьому аспекті слід звернути увагу, що Конституцією України передбачено притягнення до юридичної відповідальності за неповагу до суду і судді (ч. 5 ст. 129); відповідальність за прояв неповаги до суду встановлена статтею 185^3 Кодексу України про адміністративні правопорушення [15]. За втручання в діяльність судових органів в Україні передбачена кримінальна відповідальність (ст. 376 Кримінального кодексу України) [16].

Пленум Верховного Суду України роз'яснив, що під "втручанням у діяльність судових органів слід розуміти вплив на суддю у будь-якій формі (прохання, вимога, вказівка, погроза, підкуп, насильство, критика судді в засобах масової інформації до вирішення справи у зв'язку з її розглядом тощо) з боку будь-якої особи з метою схилити його до вчинення чи невчинення певних процесуальних дій або ухвалення певного судового рішення. При цьому не має значення, за допомогою яких засобів, на якій стадії процесу та в діяльність суду якої інстанції здійснюється втручання [11, с. 34].

Таким чином, в Україні визначені правові основи для захисту судових органів від неправомірного зовнішнього впливу та забезпечення незалежності суду в цьому аспекті.

Важливим інституційним елементом права на справедливий суд та також є безсторонність суду. Ця ознака тісно пов'язана з ознакою незалежності суду, проте має і свій власний зміст.

Судова незалежність передбачає повну безсторонність з боку суддів. При розгляді справи між будь-яким сторонами судді повинні бути безсторонніми, тобто вільними від будь-яких зв'язків, прихильностей, упередженості, які впливають або можуть створювати враження впливу на спроможність суддів здійснювати судочинство незалежно. Судовій владі повинні довіряти не лише сторони окремої справи, а й суспільство в цілому [10, с. 20].

У Висновку № 3 (2002) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо принципів та правил, які регулюють професій-

ну поведінку суддів, зокрема, питання етики, несумісної поведінки та безсторонності від 19 листопада 2002 р. (далі – Висновок № 3 (2002) зазначено, що безсторонність визначається Європейським Судом відповідно до суб'єктивного підходу, який бере до уваги особисте переконання або інтереси конкретного судді в певній ситуації, а також, відповідно до об'єктивного підходу, що передбачає надання суддею гарантій, достатніх для усунення будь-якого правомірного сумніву у цьому відношенні [17, с. 43].

Існує презумпція суб'єктивної безсторонності судді, яка діє доти, доки не доведено зворотне. Прикладом, коли Європейський Суд визнав наявність суб'єктивної упередженості суду, може бути справа Belukha v Ukraine (2006 р.). У цій справі Європейський Суд постановив, що голова внутрішнього суду міг вважатися обґрунтовано заінтересованим у результаті справи, однією із сторін якої виступала будівельна компанія, яка раніше здійснювала безкоштовний ремонт приміщення суду [7, с. 34].

Стосовно суб'єктивної безсторонності у Висновку № 3 (2002) підкреслено, що судді повинні виконувати свої обов'язки, уникаючи фаворитизму та проявів упередженості. Вони не повинні приймати рішення, беручи до уваги щось, що виходить за рамки застосування юридичних норм. Поки судді розглядають справу або готуються до її розгляду, вони не повинні свідомо робити будь-яких коментарів, які можуть розглядатися як винесення рішення наперед або які можуть вплинути на справедливість судового розгляду. Вони повинні демонструвати однакове ставлення по відношенню до всіх осіб (сторін, свідків, адвокатів тощо) без відмінностей, що ґрунтуються на неправомірних підставах або є несумісними з належним виконанням суддівських функцій (п. 23) [17; 43].

Забезпечення об'єктивної безсторонності передбачає відвід судді, незалежно від його поведінки, якщо є обставини, що дають підстави підозрювати його в упередженості. Так, у практиці Європейського Суду вважається недостатньою об'єктивна безсторонність судді, якщо він розглядає справу, у якій раніше виступав прокурором або слідчим; також упередженим визнається суддя, який під час досудового розслідування вирішував питання про взяття під варту, а в подальшому вирішує справу по суті; не може вважатися об'єктивно безстороннім суддя, який розглядав справу як суддя першої інстанції, а потім, – як суддя апеляційної інстанції тощо [7; 34-35].

З точки зору забезпечення справедливого судового розгляду та правомірних суспільних очікувань судді повинні утримуватись від ведення публічної політичної діяльності (п. 30 Висновку № 3 (2002)). Проте суддям має бути дозволено брати участь у деяких дискусіях, які стосуються національної політики у сфері судівництва (п. 34 Висновку № 3 (2002)) [17; 44, 45].

У Конституції України вимоги до судді у аспекті безсторонності сформульовані більш жорстко. Професійні судді не можуть належати до політичних партій та профспілок, брати участь у будь-якій політичній діяльності, мати представницький мандат, обіймати будь-які інші оплачувані посади, виконувати іншу оплачувану роботу, крім наукової, викладацької та творчої (ч. 2 ст. 127). Ці положення розвинуті Законом України "Про судоустрій і статус суддів" у вимогах щодо несумісності (ст. 53).

Додержання вимог національного законодавства та врахування європейських рекомендацій щодо забезпечення безсторонності суддів, а також практики Європейського Суду, сприятимуть підвищенню суспільної довіри та поваги до судової влади і ефективності системи правосуддя.

На підставі проведеного дослідження можна зробити висновок, що інституційними елементами права на справедливий суд є засади, які визначають організацію судової системи в цілому і кожного судового органу зокрема (створення суду на підставі закону, незалежність суду, безсторонність суду). Створення суду на підставі закону передбачає наявність у державі необхідної правової основи для побудови судової системи; покладення на спеціально призначений для цього орган (суд) здійснення правосуддя; законно визначений склад суду по кожній справі. Інституційна незалежність суду забезпечується: незалежністю судової влади від органів законодавчої та виконавчої влади; способом призначення на посади суддів; строком виконання ними своїх обов'язків; гарантіями від незаконного звільнення судді з посади; неприпустимістю зміни судових рішень позасудовими способами; наявністю захисту від неправомірного зовнішнього впливу. Безсторонність суду становить комплекс стандартів суддівської поведінки, які охоплюють етичні аспекти, поведінку суддів у їх професійній діяльності, позапрофесійну діяльність і поведінку суддів. Інституційні елементи у їх взаємозв'язку та у комплексі із організаційно-функціональними, функціональними та спеціальними елементами складають право на справедливий суд, забезпечення якого є необхідним для утвердження правової держави в Україні.

1. Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи / Упоряд. Ю.К. Качуренко. – 2-е вид. – К.: Юрінформ, 1992. – 200 с. 2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 року. Ратифікована Законом України від 17 липня 1997 р. : [Електронний ресурс] Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004 3. Про судоустрій і статус суддів: Закон України № 2453-VI від 7 липня 2010 р. : [Електронний ресурс] Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2453-17 4. Энтин М. Справедливое судебное разбирательство по праву Совета Европы и Европейского Союза / Марк Энтин // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. – 2003. – № 3 (44). – С. 85-97. 5. М. де Сальвиа. Комментарий к Конвенции о защите прав человека и основных свобод и практике ее применения / Под общ. ред. В.А. Туманова и Л.М. Энтина. – М. : Издательство НОРМА, 2002. – 336 с. 6. Конституція України : чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 15 квіт. 2011 р.: (Офіц. текст). – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2011. – 56 с. (Закони України). 7. Право на справедливый суд в рамках Европейской конвенции о защите прав человека (статья 6). Interights. Руководство для юристов. – London : Lancaster House, 2008. – 105 р. [Електронний ресурс] Режим доступу : http://www.echr.ru/documents/manuals/Article06/Interights-Art6-manual_RUS.pdf) 8. Штефан Ґасс. Деякі спостереження щодо незалежності суду, як вона презентована у міжнародних документах та досвіді // Вісник Центру суддівських студій. – 2007. – №10. – С. 25-32. 9. Трегубов Е.Л. Право на справедливий суд у практиці Європейського Суду з прав людини / Е.Л. Трегубов // Форум права – 2010. – № 1. – С. 358–363 [Електронний ресурс] Режим доступу : http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2010-1/10telzpl.pdf 10. Висновок № 1 (2001) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо стандартів незалежності судової влади та незмінюваності суддів від 23 листопада 2001 р. / Міжнародні стандарти у сфері судочинства. – К.: Істина, 2010. – 488 с. 11. Про незалежність судової влади: Постанова Пленуму Верховного Суду України № 8 від 13 червня 2007 р. / Постанови Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах / Упоряд. П. С. Берзін. – К. : Видавничий дім "Скіф", 2010. – 392 с. – Кодекси і закони України. 12. Прилуцький С.В. Судова влада: шлях боротьби за незалежність / С. В. Прилуцький // Вісник Центру суддівських студій. – 2007. – №10. – С. 11-20. 13. Рекомендація № R (94) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо незалежності, ефективності та ролі суддів від 13 жовтня 1994 р. / Міжнародні стандарти у сфері судочинства. – К.: Істина, 2010. – 488 с. 14. Банчук О.А., Куйбіда Р. О. Вимоги статті 6 Конвенції про захист прав людини та основних свобод до процедури здійснення судочинства / О. А. Банчук, Р. О. Куйбіда. – К.: "ІКЦ "Леста"", 2005. – 116 с. 15. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 р. у редакції від 5 лютого 2012 р. : [Електронний ресурс] Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/80731-10 16. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. у редакції від 17 січня 2012 р. : [Електронний ресурс] Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/2341-14 17. Висновок № 3 (2002) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо принципів та правил, які регулюють професійну поведінку суддів, зокрема, питання етики, несумісної поведінки та безсторонності від 19 листопада 2002 р. / Міжнародні стандарти у сфері судочинства. – К.: Істина, 2010. – 488 с.

Надійшла до редколегії 04.01.12

І. Безклубий, д-р юрид. наук, проф.

ПРАВОВА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ

У статті досліджено актуальні питання правової відповідальності.
Ключові слова: правова відповідальність, юридична відповідальність, правопорушення.

В статье исследованы актуальные вопросы правовой ответственности.
Ключевые слова: правовая ответственность, юридическая ответственность, правонарушение.

The actual questions of law responsibility are researched in the article.
Key words: right responsibility, juridical responsibility, delict.

В юриспруденції є чимало основоположних категорій, що формують окремі правові інститути, які, в свою чергу, забезпечують належне застосування правових норм. Значна кількість статей Конституції України так чи інакше пов'язана з правовою відповідальністю як загального, так і галузевого характеру. Чи достатньо підстав для того, щоб розглядати відповідальність як правовий інститут? Це питання здебільшого виникає в межах окремих галузей права, проте на законодавчому рівні формується цілісна система спеціальних норм права, які забезпечують належне застосування механізму відповідальності того чи іншого виду. Водночас існують загальні доктринальні принципи, які є концептуальними для будь-якого з окремих видів юридичної відповідальності та виводять правову відповідальність на рівень комплексного міжгалузевого правового інституту. Цей правовий інститут є найбільш суттєвим у системі норм чинного законодавства України. У правозастосовній практиці реалізація норм інституту юридичної відповідальності має свої особливості, пов'язані з наявністю великої кількості як позитивних новел, так і прогалин, у чинному законодавстві.

Інститут відповідальності як соціально-правове явище потребує глибокого філософського осмислення, цілісного правового тлумачення та системного нормативного вдосконалення. Багато провідних українських вчених досліджує цю проблему, а саме: П. Андрушко, Ю. Баулін, А. Берлач, М. Вітрук, І. Гриценко, І. Канзафарова, Т. Ківалова, А. Козловський, В. Колісник, В. Костицький, М. Костицький, М. Краснова, Н. Кузнєцова, Р. Майданик, М. Никифорак, Н. Оніщенко, Н. Пархоменко, О. Скакун, В. Тихий, О. Тихомиров, О. Харитонова, Є. Харитонов та інші. Цій проблематиці на юридичному факультеті Київського національного університету імені Тараса Шевченка приділяється значна увага. Нещодавно вийшов друком часопис [1] наукових праць та було проведено Міжнародний науковий круглий стіл, присвячений правовій відповідальності.

На доктринальному рівні ставлення до інституту відповідальності здебільшого набуває догматичного характеру та, як правило, не передбачає альтернативних підходів до його розуміння. На догматичний характер цього інституту вказує те, що більшість вчених розглядають юридичну відповідальність через дихотомію її позитивної та негативної складових. При цьому тривалість поглядів неспівставна з поняттям "догма", оскільки сталий підхід до поняття "юридична відповідальність" сформувався лише в другій половині XX століття. Саме в цей час відбувається пошук поняття "юридична відповідальність".

У теорії права соціологічний підхід стає основним у сприйнятті суті інституту відповідальності. Одним з актуальних напрямів адаптації вітчизняного правознавства до викликів сьогодення має стати соціалізація юридичних знань, що передбачає розгляд правової проблематики у більш широкому контексті – суспільства в цілому, а не лише його державної організації, опосередкованої відносинами виключно з приводу формування та реалізації державної влади [2, с. 22]. Разом з тим, чимало теорій правової відповідальності залишаються за лаштунками наукових досліджень. У силу недостатнього теоретичного обґрунтування даний інститут лише поволі розвивається та найчастіше досліджується в межах галузевого спрямування. При цьому класичний поділ юридичної відповідальності на три види вже давно став затісним для вчених і практиків. Сьогодні ми бачимо, що коло окремих видів юридичної відповідальності розширене і відкрите для наукових розробок. Хоча, на наш погляд, введення в науковий та законодавчий обіг нових видів відповідальності недостатньо обґрунтоване. З огляду на це, постає питання про необхідність наукового дослідження класифікації та міри застосування правової відповідальності.

Більшість дослідників погоджуються з основними елементами юридичної відповідальності, але їхнє розуміння суті цього інституту різне. Є пропозиції розглядати відповідальність як "процедуру застосування засобів державного примусу", "форму державного примусу", "міру покарання", "санкцію", "зобов'язання", "правовідносини", "обов'язок", "відшкодування", "зазнання втрати благ", "кару" тощо [3]. Такий різноплановий підхід учених до поняття юридичної відповідальності зумовлений рядом об'єктивних і суб'єктивних чинників. Напевно, саме це і не дає чіткого розуміння того, що таке відповідальність в юриспруденції? Можливо. Проте, невизначеність поняття тягне за собою величезний ланцюг дискусійних питань щодо правової природи відповідальності; юридичної відповідальності держави, юридичних осіб, суб'єктів публічної влади; проблем колективної відповідальності; стадій юридичної відповідальності та складу правопорушення; співвідношення відповідальності та правозастосування; моменту виникнення юридичної відповідальності; відповідальності без вини; застосування міри покарання; впливу юридичної відповідальності на динаміку цивільного зобов'язання; підстав звільнення від відповідальності тощо.

Формулювання універсального визначення поняття юридичної відповідальності є недоцільним, оскільки у багатьох випадках мають місце спроби об'єднати численні та різноманітні ознаки цього феномену в дефініцію, що залишає поза увагою специфічні прояви різних аспектів феномену юридичної відповідальності. Натомість доцільно розрізняти юридичну відповідальність як засіб державно-правового примусу і юридичну відповідальність як охоронні правовідносини. Юридична відповідальність як засіб державно-правового примусу передбачена нормами права. Як норма права вона існує незалежно від вчинення правопорушення і відіграє роль чинника, що стримує суб'єктів права від порушень і стимулює їх до правомірної поведінки. Юридична відповідальність як охоронні правовідносини, виникає в результаті порушення суб'єктивних прав та інтересів інших учасників суспільних відносин і порушення цими протиправними діями норм права, які передбачають можливість застосування санкцій на випадок вчинення порушення [4, с. 29].

© Безклубий І., 2012

Окремі правові інститути впритул наблизилися до інституту відповідальності. Тенденції реалізації прав та свобод людини дозволяють спрогнозувати можливі зловживання суб'єктивними правами, а самі факти зловживання правами за своєю природою, скоріш за все, потрібно розглядати як правопорушення, які тягнуть за собою відповідальність. Також наближена до відповідальності процедура люстрації, правовий механізм якої застосовується в демократичних державах.

При дослідженні проблем відповідальності зайшли в глухий кут семантичні пошуки, які засновані не на вивченні права, його загальних принципів, практики застосування, а на вивченні окремих, інколи ізольованих, відірваних роздумів та висновків значення слова "відповідальність". Вчені-дослідники намагалися вивести зміст поняття "відповідальність" з її термінологічного визначення, проте зрозуміло, що необхідно було досліджувати сутність, природу та значення цього феномену [5, с. 31].

Усвідомлення однієї лише правової складової недостатньо для повного розуміння досліджуваного інституту. Для визначення його суті важливе значення мають чимало інших чинників, серед яких помітну роль відіграють історичний, філологічний, соціологічний, психологічний тощо. Так, наприклад, при дослідженні історичної складової правової відповідальності насамперед виникає запитання, де шукати її витоки?. Як правило, вчені спрямовують свої погляди на римське право. Проте є сумніви щодо римського походження інституту відповідальності. Хоча, як зазначав у своєму творі "Про закони" видатний філософ, оратор, політичний діяч Марк Тулій Ціцерон, якщо в часи правління Тарквінія (п'ятий цар у Римі – *розрядка наша І.Б.*) в Римі не було писаного закону про образу честі, то це зовсім не значить, що Секст Тарквіній не переступив віковічного закону, вчинивши насильство над Лукрецією, дочкою Триципітина (традиційно вважається, що це послужило приводом до повстання і вигнання царів) [6, с. 417]. Адже цей віковічний закон був розумом, який походить від природи, і який спонукає до чесних справ та відвертає від злочинів; розумом, який починає бути законом не тоді, коли він набуває письмової форми, а вже тоді, коли виникає. А виникає він одночасно з божественною думкою. Тому справжній і перший закон (здатний наказувати і забороняти) є прямим розумом всевишнього Юпітера [6, с.189]. Така природна форма реалізації права у Стародавньому Римі передбачала застосування відповідальності за правопорушення шляхом санкціонування кровної помсти з метою задоволення інтересів потерпілого. Мірою відповідальності був *talio*. Це було справедливо. Лише після того, як зникає уявлення про кровну помсту, формується інститут *obligationes ex delicto.* При цьому *delicta* та *crimena* розрізнялися лише за класифікацією порушених інтересів (відповідно, приватних та публічних). Перше тягло за собою відшкодування шкоди, друге – передбачало публічність покарання. Один з сучасних підходів до визначення відповідальності – через поняття "зобов'язання" – і походить з римського права.

На філологічному рівні виникає дискусія навколо того, який термін краще застосовувати: "юридична відповідальність" чи "правова" (або "правна") відповідальність? Ця на перший погляд філологічна проблема насправді є суто правовою. Адже для поняття, яке охоплює дві складові відповідальності позитивну та негативну, прикметник "юридична" є завузьким. Цей прикметник буде доречним лише в контексті негативної відповідальності, яка відповідно до норми закону застосовується до особи за вчинене нею в минулому правопорушення. На думку О. Безклубого, у контексті цієї теорії, саме терміни "позитивна" та "негативна" мають вживатися щодо відповідальності, а не проспективна та ретроспективна відповідальність. Іноді вважають, що проспективна відповідальність темпорально охоплена лише часом до вчинення правопорушення, а ретроспективна відповідальність – часом після вчинення правопорушення. Однак, позитивна відповідальність повинна існувати завжди. Винятковим явищем є існування позитивної відповідальності невіддільно від правопорушення, тобто під час правопорушення (відмова від скоєння правопорушення на будь-якій його стадії, за винятком стадії замаху (незакінченого або закінченого замаху) та стадії закінченого злочину) або після правопорушення (наприклад, дієве каяття). Негативна відповідальність може наставати під час скоєння правопорушення (негативна відповідальність за готування до злочину, замах на злочин) та після скоєння правопорушення (негативна відповідальність за закінчений злочин). Дискусійним є питання відносно можливості існування негативної відповідальності до або замість скоєння правопорушення.

Професор М. Вітрук зазначає, що правова відповідальність лежить в основі юридичної відповідальності. Правова відповідальність – це відповідальність, що встановлюється у відповідності з вимогами ідеального (природного) права, його цінностей. Вона тісно пов'язана з принципами свободи, справедливості та рівності [7, с. 26]. Така вихідна наукова позиція найбільш прийнятна для розуміння суті співвідношення правової та юридичної відповідальності.

Специфіка соціологічного аспекту відповідальності зумовлена побудовою на межі гуманітарних наук антропоцентристського концепту. Поняття "відповідальність" має сенс лише щодо таких явищ, які в тій чи іншій мірі залежать від свідомості, волі та бажання людини. На думку О. Зінов'єва, якщо певний процес не залежить від людей, немає сенсу вести мову про їхню відповідальність за перебіг та результати цього процессу [8, с. 404-405]. Соціологія права, досліджуючи певні соціальні процеси, закони суспільного розвитку, структуру суспільства тощо, продукує ідеї з позиції захисту людської особистості та її духовної незалежності. І тут аналіз проблеми "свобода та відповідальність" відіграє ключову роль. Проблема співвідношення свободи та відповідальності стає методологічною основою теорії відповідальності.

У контексті зазначених чинників важливою є також психологічна складова, яка насамперед пов'язана з виною правопорушника та мотивами його негативної поведінки, що об'єктивно пов'язані з дією або бездіяльністю людини, тобто фізичної особи. Разом з тим, застосування норм правової відповідальності до юридичних осіб час від часу породжує наукову дискусію про неможливість такого застосування до будь-якої юридичної фікції, особливо якщо мова йде про кримінальну відповідальність юридичної особи. Так, за Е. Белінгом, злочин – це насамперед діяння людини, відповідно, визначенню злочину повинне передувати визначення поняття діяння. Під діянням людини Белінг розуміє поведінку людини в двох формах: активна (дія) та пасивна (бездіяльність). При цьому до злочинної поведінки можуть бути віднесені тільки вольові, усвідомлені діяння людини. Оскільки злочин – діяння людини, суб'єктом злочину може бути тільки фізична особа [9, с. 7]. Якщо юридичну особу розглядати як одну з багатьох фікцій, то застосування до неї правових норм за певне правопорушення є нічим іншим, як фіктивною відповідальністю, мета якої – приховати протиправні дії власника або представника відповідного утворення та перекласти вину на юридичну особу (фікцію?!), що цілком неприро-

дно. За таких обставин постає питання, чи не слід розглядати як фікцію саму відповідальність?

Наведені чинники, які на перший погляд далекі від юриспруденції, безперечно мають вихід на правову основу досліджуваного поняття та в тій чи іншій мірі відображаються на його змісті.

Сутність такого правового явища, як відповідальність, потрібно досліджувати з точки зору розуміння суспільством визначального положення в системі поглядів на право, тобто розуміння ідеї права, яка в свою чергу формує парадигму суспільного буття спільноти.

Пошук ідеї права триває. Лише час від часу вчені звертаються до тієї чи іншої правової теорії для того, щоб провести дискусію, визнати чи відхилити запропоновану концепцію та рухатися далі в пошуку істини. Так, на думку Т. Оноре, одним із шляхів досягнення суспільством стабільності та процвітання є створення офіційної системи примусу. "Якщо люди не підкоряються правилам, закон погрожує їм чимось неприємним (це часто називають санкцією) – покаранням або вимогою сплатити компенсацію. Ідея полягає в тому, що в системі "робіть те й не робіть того" люди можуть жити більш спокійно. А завдяки цьому вони краще ставляться один до одного" [10, с. 7]. Підґрунтям для запропонованої Т. Оноре правової ідеї є теорія нормативізму. Прихильники цієї теорії ставлять перед собою завдання з'ясувати суть права, яка пов'язана з категорією норми. Їхнє вчення наближене до догматичної теорії XIX століття, проте не розглядає норми лише як предмет систематизації та аналізу. Так, відповідальність розглядається як відношення фізичної особи, до якої застосовується примусовий акт, до делікту, скоєного нею. Той факт, що правовий порядок зобов'язує когось до відшкодування завданих збитків, на думку Г. Кельзена, може бути описаний таким правовим твердженням: "Коли який-небудь індивід завдає комусь іншому збитків, не виправляючи при цьому заподіяної шкоди, тоді належить спрямувати примусовий акт як санкцію на майно того індивіда, себто примусово забрати в того індивіда майно, аби ним відшкодувати потерпілому індивідові збитки, яких він зазнав" [11, с. 145]. Саме принцип *Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* (*З лат.:* "Немає злочину без закону, немає кари без закону") є наслідком правового позитивізму. Кожний наступний підхід до розуміння права – це суцільний компроміс між тією чи іншою теорією з виходом на суть права як систему загальнообов'язкових, формально визнаних норм, що регулюють суспільні відносини, або як самі суспільні відносини.

Не буде відкриттям те, що в основі правової ідеї лежить один з найбільш важливих принципів творення та тлумачення права, який відіграє суттєву роль у правозрозумінні, – *Aequitas.* А можливо, справедливість є суттю правової ідеї? *In omnibus, maxime tamen in iure aequitas spectanda est* (*з лат.:* "У всіх справах, а найбільшою мірою у праві, необхідно керуватися справедливістю"). Справедливість надає праву сили та визначеності, що впливає на ставлення фізичної особи до правопорядку. Саме у цьому зв'язку позитивна відповідальність може розглядатися на рівні правового принципу, що забезпечую належне здійснення суб'єктивних прав та обов'язків людини і застерігає не тільки від внутрішніх, але й від зовнішніх, соціальних конфліктів.

1. Про українське право. Часопис кафедри теорії та історії держави і права Київ. нац. ун-ту імені Тараса Шевченка. / За ред. проф. І. Безклубого. – К., 2010. – Чис.V. – 367 с. 2. Петришин О. Соціально-юридична природа права // Право України. – 2012. – № 1-2. – С.22. 3. Див.: Бобровник С.В. Юридична відповідальність: поняття, природа, сутність / В кн. Теорія держави і права. Академічний курс: Підручник / За ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 502 Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность: (Очерк теории). – М.: Юрид. лит., 1976. – С. 83; Витрук Н.В. Общая теория юридической ответственности / Н.В. Витрук. – 2-е изд., испр. и доп. – М.: Норма, 2009. . – С. 54; Гойман В.І. Юридическая ответственность: понятие, признаки, принципы и виды / В кн. Общая теория права и государства: Учебник / Под ред. В.В. Лазарева. – М.: Юрист, 1994. – С. 204; Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. – М.: Статут, 2001. – С. 310-312; Йоффе О.С., Шаргородский М.Д. Вопросы теории права. – М., 1961. – С. 315-317; Лейст О.Е. Понятие юридической ответственности / В кн. Общая теория государства и права. Академический курс в 3-х томах. – Изд. 2-е, перераб. и доп. // Отв. ред. проф. М.Н. Марченко. – Том 3. – М.: ИКД "Зерцало – М", 2002. – С. 468; Олейников С.М. Поняття юридичної відповідальності / В кн. Загальна теорія держави і права: Підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів / М.В. Цвік, О.В. Петришин, Л.В Авраменко та ін.; За ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України М.В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України О.В. Петришина. – Харків: Право, 2009. – С. 375; Теория государства и права: Учебник / Под ред. М.Н. Марченко. – М.: Издательство "Зерцало", 2009. – С. 828; Марченко М.Н. Теория государства и права: учебн., 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2006. – С. 632; Скакун О.Ф. Теорія держави і права: Підручник. / Пер. з рос. – Харків: Консум, 2006. – С. 431; Хачатуров Р.Л., Липинский Д.А. Общая теория юридической ответственности: Монография. – СПб.: Издательство Р. Асланова "Юридический центр Пресс", 2007. – С. 33. 4. Харитонова О., Харитонов Є. Юридична відповідальність: пошук парадигми // Про українське право. Часопис кафедри теорії та історії держави і права Київ. нац. ун-ту імені Тараса Шевченка. / За ред. проф. І. Безклубого. – К., 2010. – Чис.V. – С. 29. 5. Оніщенко Н. Юридична відповідальність: теоретично-правовий аналіз природи та сутності // // Про українське право. Часопис кафедри теорії та історії держави і права Київ. нац. ун-ту імені Тараса Шевченка. / За ред. проф. І. Безклубого. – К., 2010. – Чис.V. – С. 31. 6. Див.: Ціцерон, Марк Тулій. Про державу; Про закони; Про природу богів / Пер. з лат. Володимир Литвинов. – К.: Основи, 1998. – С. 417. 7. Витрук Н.В. Общая теория юридической ответственности / Н.В. Витрук. – 2-е изд., испр. и доп. – М.: Норма, 2009. – С. 26. 8. Див.: Зиновьев А.А. Логическая социология: избранные сочинения. – М.: Астрель, 2008. – С. 404-405. 9. Див.: Beling E. Die Lehre wom Werbrechen. Tubingen. – 1996. – S. 7. 10. Оноре Т. Про право: Короткий вступ / Пер. з англ. – К.: Сфера, 2004. – С.7. 11. Кельзен Ганс. Чисте правознавство: 3 дод.: Пробл. Справедливості / Пер. з нім. О. Мокровольського. – К.: Юніверс, 2004. – С. 145.

Надійшла до редколегії 10.02.12

УДК 342.2:342.55(4)

Н. Мяловицька, д-р юрид. наук

ОСОБЛИВОСТІ КОНСТИТУЦІЙНОЇ СИСТЕМИ КОРОЛІВСТВА ДАНІЯ

У статті досліджується конституційний розвиток однієї із європейських парламентських монархій – Королівства Данія, її сучасна система організації державної влади та правовий статус автономних утворень.

Ключові слова: конституція, конституційна монархія, органи державної влади, унітарна держава, автономія.

В статье исследуется конституционное развитие одной из европейских парламентских монархий – Королевства Дания, её современная система организации государственной власти и правовой статус автономных образований.

Ключевые слова: конституция, конституционная монархия, органы государственной власти, унитарное государство, автономия.

The article examines the constitutional development of a European parliamentary monarchy – the Kingdom of Denmark, its modern system of organization of state power and legal status of autonomous entities.

Keywords: constitution, constitutional monarchy, the state authorities, unitary state, autonomy.

Розвиток державного будівництва в країнах Європи є важливим чинником її політичної та економічної стабільності. Тому важливим інструментом цього процесу є характер і рівень сучасної інституалізації державного життя.

Метою даної статті є узагальнення позитивного досвіду побудови конституційної системи організації державної влади та місцевого самоврядування, а також створення ефективних правових та організаційних га-

© Мяловицька Н., 2012

рантій захисту прав як національних меншин, так і корінних народів в Королівстві Данія. Ця тема частково висвітлювалась у науковій літературі, зокрема у працях А. Автономова, М. Баглая, В. Борденюка, Р. Єнгібаряна, Д. Злато польського, І. Кресіної, В. Ріяки, В. Чиркіна, В. Шаповала, Ю. Шемшученка та ін., однак питання особливостей конституційної системи цієї унітарної держави докладно не досліджувалося.

Невелика за розміром та кількістю населення Данія належить до найдавніших держав Західної Європи. Вона була заснована племенами данів, які проживали спочатку на південній частині Скандинавського півострова, а потім у V–VI ст. заселили увесь Датський архіпелаг та Ютландію. З VIII ст. почалися завойовницькі походи датських вікінгів на Західну Європу та Північну Африку. На початку XI ст. до складу Датської держави входили східна частина Англії та Норвегія. Пізніше Данія підкорила собі землі поморських слов'ян та Північну Естонію. Однак постійні війни та внутрішньодержавні міжусобиці виснажили цю величезну державу і вона на початку XIV ст. втратила більшу частину завойованих володінь. Перелом настав лише у 1397 р., коли була укладена Кальмарська унія, згідно з якою під владою датських королів об'єдналися Данія, Швеція (з Фінляндією) та Норвегія (з Ісландією). Проте Кальмарська унія проіснувала недовго. У 1523 р. від підлеглості Данії звільнилася Швеція, а в 1813–1814 рр. і Норвегія (без Ісландії).

З цього часу розвиток Данії відбувався в рамках власної національної державності, але із збереженням особливих відносин з Норвегією, Швецією та іншими північними країнами, з якими Данію єднає спільна історична доля та культура.

В сучасних кордонах Данія існує з 1944 р. після розірвання унії з Ісландією.

Конституційний розвиток у Данії був започаткований в 1849 р., коли в період посилення буржуазних революцій на європейському континенті була прийнята перша датська конституція. Її потім послідовно змінювали конституції 1855 та 1863 рр. У 1866 р. чинність конституції 1849 р. була поновлена, але до неї були внесені поправки. У 1915 р. Конституція 1849 р. з наступними поправками була кардинально переглянута, і тому цей рік у Данії вважається роком уведення нової конституції.

При розробці згаданих перших конституцій Данії її автори керувалися концепцією німецького правознавця, послідовника Г. Гегеля – Лоренца Штейна про найдоцільнішу форму правління держави. Як відомо, Г. Гегель давав своє власне трактування принципу поділу державної влади. Він розрізняв: а) владу законодавчу; б) владу урядову і в) владу королівську. На його думку, перша має своїм завданням визначити і затвердити загальні засади; друга – підвести окремі випадки під загальні засади і третя – привести все до єдності шляхом живої індивідуальності. Правильне поєднання цих влад і є істинний державний устрій – конституційна монархія, яка для Г. Гегеля була ідеалом [1, с. 577] .

Л. Штейн розвинув далі це положення, розглядаючи форму правління держави в аспекті її взаємовідносин із суспільством. На його думку, ідеальною є "соціальна конституційна монархія", яка стоїть над суспільством, класами і партіями. Ця держава має бути також правовою, яку Л. Штейн визначав як державу, що має конституційне, адміністративне право, "де управління ведеться згідно з духом конституції", "а закон спирається на конституцію", де "встановлюються гарантії панування закону над розпорядженням, а конституції – над законом". За Штейном, у правовій державі законодавча влада "панує" над виконавчою, а монарх "забезпечує домінування загальнодержавною волі" і є "найвищим захисником інтересів слабких і пригнічених". Монарх виступає як "осереддя держави", "найвище особисте її начало" [2, с. 451].

Концепція конституційної монархії, але з урахуванням нових реалій в країні та тенденцій світового розвитку, була збережена і при прийнятті за результатами референдуму нової Конституції Данії від 5 червня 1953 р., яка є чинною і нині.

Текст конституції вирізняється чітким і стислим формулюванням положень основного закону, що загалом характерно для правової традиції скандинавських країн. Та примітною рисою конституції Данії як правового документа є незмінність конституційної регламентації. За 50 з лишком років до її тексту не було внесено жодної поправки, що пояснюється, головним чином, дуже ускладненою процедурою перегляду конституції.

Відповідно до §88 Конституції, встановлено порядок змін і доповнень до неї [3, с. 772-773]. Якщо парламент приймає законопроект з метою прийняття нового конституційного положення і уряд бажає його прийняття, видається указ про нові вибори парламенту. Якщо законопроект приймається новим складом парламенту без змін, він передається протягом 6 місяців після його схвалення на референдум для затвердження або відхилення. Правила проведення референдуму визначаються законом. Якщо більшість виборців, які брали участь у голосуванні, але не менше 40 відсотків від їх загального числа, голосують за підтримку прийнятого парламентом законопроекту і він схвалюється також королем, то лише тоді такий законопроект стає невід'ємною частиною конституції. За Основним законом Данія є конституційною монархією. Королівська влада успадковується представниками королівської династії чоловічої та жіночої статі відповідно до положень Закону про престолонаступництво від 27 березня 1953 р., який належить до конституційних актів (§2 конституції) [3, с. 761].

Король є главою держави. За Конституцією, він має бути членом євангелічної лютеранської церкви (§6 Конституції) [3, с. 761]. Формально король наділений у визначених конституцією межах "верховною владою з усіх питань королівства" (однак відповідальність за практичну діяльність щодо керівництва державою несуть міністри (§§12–13) [3, с. 762].

Законодавчу владу в Данії здійснюють спільно король і однопалатний парламент (фолькетинг, що в перекладі означає народні збори). Однак король фактично лише оприлюднює прийняті парламентом закони. До складу парламенту, який обирається на чотири роки, входить не більше 179 депутатів. Віковий ценз як для активного, так і для пасивного виборчого права становить 18 років. Вибори проводяться за пропорційною системою.

Виконавчу владу в Данії фактично здійснює уряд – Рада Міністрів. Саме цей орган реалізує переважну більшість повноважень, які віднесені до королівських. Король призначає прем'єр-міністра та інших членів уряду. Проте вибір залежить від того, яка політична партія одержала більшість голосів виборців, а також від особи, яка очолює ту чи іншу партію.

Особливістю організації виконавчої влади в Данії є існування Державної ради, яка є, власне, формою публічної демонстрації діяльності уряду. До складу ради входять усі міністри, які засідають у присутності і за головування короля. У такий спосіб урядовим рішенням надають авторитету рішенням глави держави.

За формою державного устрою королівство Данія є унітарною державою, поділеною на 14 областей (амтів), які, у свою чергу, поділяються на комуни. Міста Копенгаген і Фредеріксберг виділені в окремі адміністративні одиниці, але вони мають менше прав, ніж області. Ор-

гани управління амтів очолюють начальники амтів, які призначаються й звільняються з посади королем за поданням уряду. У свою чергу начальники амтів за поданням місцевих рад призначають і звільняють з посади старост комун та бургомістрів муніципалітетів. Такий порядок формування органів виконавчої влади забезпечує її цілісність по всій вертикалі і досить жорсткий контроль за діяльністю її низових ланок. Представницькими органами на місцях є ради амтів, комун та муніципалітетів, які обираються безпосередньо населенням терміном на 4 роки [3, с. 755].

Законодавство Данії передбачає проведення місцевих референдумів як демократичного інструменту контролю за виконавчою владою та обмеження партійного домінування в радах. Так, близько 60 з 500 датських муніципалітетів мають нормативно-правову основу для проведення референдумів про відміну рішень органів влади, а 2/3 – про їх проведення за місцевою ініціативою [4, с. 457-458].

До складу Королівства Данія входять дві колишні його колонії – Фарерські острови і Гренландія, які після Другої світової війни одержали статус політичних автономій.

Фарерські острови (загалом 24 острови, з них заселеними є 17) розташовані на кордоні Атлантичного і Північного Льодовитого океанів, їх населення становить понад 43 тис. чоловік, більшість серед яких – фарерці. Офіційні мови – фарерська і датська, причому фарерська вважається першою офіційною, а датська – другою [5, с. 219].

Фарерські острови користуються внутрішньою автономією на підставі Закону про самоврядування від 23 квітня 1948 р. [3, с. 755]. Вищим законодавчим органом на островах є однопалатний парламент (легтінг) у складі 32 депутатів, які обираються загальним голосуванням за системою пропорційного представництва. Уряд автономії (ландсстюрі) у складі 4 чоловік формується парламентом. До компетенції парламенту і уряду входить лише вирішення питань внутрішнього життя островів.

Два представники Фарерських островів входять до парламенту Данії. У свою чергу інтереси Королівства Данія на островах захищає його представник – Верховний комісар.

Другим автономним утворенням у складі Данії є Гренландія. Колонізацію цього острова Данія почала у 1721 р. (до цього він належав Норвегії). У 1744 р. була встановлена державна монополія на торгівлю Данії з Гренландією, яка проіснувала до 1950 р.

Колоніальний статус Гренландії був скасований у 1953 р. з прийняттям Конституції Данії. Територія острова була проголошена територією Датського королівства.

17 листопада 1978 р. датський парламент більшістю голосів прийняв Закон про надання внутрішньої автономії Гренландії, який був схвалений населенням острова на референдумі 17 січня 1979 р. і набрав чинності з 1 травня 1979 р. [3, с. 755]. Відповідно до цього закону, дорадчий орган місцевого самоуправління – гренландський ландсрод був замінений законодавчим органом – ландстінгом (парламентом) у складі 31 депутата, які обираються на 4 роки загальним голосуванням на основі пропорційного представництва. Виконавчу владу в Гренландії здійснює уряд, що формується парламентом. Нині у парламенті Данії Гренландію представляють 2 депутати. Королівство Данія в Гренландії представляє Верховний комісар. Порівняно з Фарерськими островами Гренландія має більшу самостійність. Так, її населення, скориставшись правом проведення місцевого референдуму, у 1985 р. відмовилося від участі у Європейському економічному співтоваристві, хоча Данія продовжувала зберігати в ньому своє членство [6, с. 291].

25 листопада 2008 р. в Гренландії відбувся референдум щодо розширення автономії. За позитивне рішення цього питання проголосувало близько 80% учасників референдуму. У волевиявленні взяли участь 72% з 39 тис. жителів Гренландії, які мають право голосу. За підсумками референдуму у травні 2009 р. датський парламент ухвалив Акт про самоврядування, який набрав чинності 21 червня 2009 р. За цим законодавчим актом Гренландія одержала широкі автономні повноваження. Її адміністрація має тепер право розпоряджатися природними ресурсами, керувати власною судовою системою і поліцією. Після проголошення розширеної автономії Гренландії формальним главою держави залишається королева Данії Маргрете II [7, с. 37].

Першочерговим завданням острова з новим статусом, – вважає прем'єр-міністр Гренландії Куупік Клейст, – є вирішення соціальних проблем. Великі надії уряд покладає на видобуток багатих покладів нафти і газу на території острова, що дасть можливість скоротити дотації датського уряду, які становлять на сьогодні третину бюджету острова. Клейст очолює партію "Братство інуїтів", яка виступає за повну незалежність Гренландії і побудови першої незалежної ескімоської держави [7, с.37].

Ескімоси, які називають себе інуїтами, складають основну частину населення Гренландії, на острові проживає також близько 10 тис. датчан. Офіційні мови – ескімоська і датська. Гренландці широко користуються ескімоською мовою, яка має свою писемність і є другою, поряд із датською, мовою викладання в школі. Ескімоською мовою створена література, видаються газети, ведуться теле- і радіопередачі [5, с. 629].

Підсумовуючи розгляд конституційної системи Данії та статусу її автономних утворень, слід відзначити їх відповідність сучасним стандартам, а цьому значною мірою сприяє стабільність конституції держави та неухильне дотримання правил і традицій, які визначають основні риси організації влади в країні. Запровадження інституту автономій відіграло важливу роль не лише у вирішенні питань державного будівництва, а й значною мірою у запобіганні етнорегіональним конфліктам та проявам сепаратизму.

1. Шершеневич Г. Ф. История философии права / Г. Ф. Шершеневич. – СПб. : Изд. бр. Башмаковых, 1907. – 588 с. 2. Мироненко О.М. Штейн Лоренс / О.М. Мироненко // Юридична енциклопедія: в 6т. / редкол. : Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) [та ін.]). – К. : Вид-во "Українська енцикл." ім. М.П. Бажана, 1998–2004. – Т.6: Т-Я-2004. – 768 с. 3. Конституции государств Европы : [в 3 т. / под. ред. Л. А. Окунькова]. – М. : Изд-во НОРМА, 2001. – [Т. 1]. – 824 с. 4. Європейський досвід реформи адміністративно-територіального устрою; в кн.: Адміністративно-територіальна реформа в Україні : політико-правові проблеми / [за ред. І. О. Кресіної]. – К. : Логос, 2009. – 480 с. 5. Брук С. И. Население мира. Этнодемографический справочник / С. И. Брук. – М. : Наука. – 1986. – 832 с. 6. Енгибарян Р. В. Конституционное развитие в современном мире. Основные тенденции / Р. В. Енгибарян. – М. : Норма, 2007. – 496 с. 7. Сыченко Екатерина. Конец ледникового периода / Екатерина Сыченко // Эксперт., 2009. – №25. – С. 37.

Надійшла до редколегії 10.02.12

С. Фурса, д-р юрид. наук, проф.,
С. Рабовська, канд. юрид. наук

ПОСВІДЧЕННЯ НОТАРІУСОМ ФАКТУ, ЩО ФІЗИЧНА ЧИ ЮРИДИЧНА ОСОБА Є ВИКОНАВЦЕМ ЗАПОВІТУ (П. 13 СТ. 34 ЗАКОНУ "ПРО НОТАРІАТ"): МАТЕРІАЛЬНИЙ ТА ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ АСПЕКТИ

У статті розкривається правовий статус виконавця заповіту як суб'єкта спадкових відносин та процесуальний порядок і процедура вчинення нотаріального провадження з посвідчення факту, що фізична чи юридична особа є виконавцем заповіту. Проаналізована сутність даної нотаріальної дії, визначено її місце у загальній класифікації нотаріальних проваджень та на основі теоретичної моделі нотаріального процесу деталізовано дії нотаріуса на кожному етапі та стадії даного нотаріального провадження,що істотно впливатиме на регламентацію цієї процедури у Законі України "Про нотаріат" та Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України.

Ключові слова: нотаріус, нотаріальний процес, виконавець заповіту, процедура, стадії.

В статье раскрывается процессуальное положение исполнителя завещания как субъекта наследственных правоотношений, а также процессуальный порядок и процедура нотариального производства с удостоверения факта о том, что физическое или юридическое лицо является исполнителем завещания, его сущность, а также деятельность нотариуса на разных этапы и стадиях данного производства, что существенно повлияет на регламентацию этой процедуры в Законе Украины "О нотариате" и Порядке совершения нотариальных действий нотариусами Украины.

Ключевые слова: нотариус, нотариальный процесс, исполнитель завещания, процедура, стадии.

The article deals with the legal status of the covenant of the artist as a subject of genetic relationships and procedural order of procedure and proceedings of the notarial certificate of the fact that natural or legal person is the executor of the will. Analyzed the nature of notarial acts, defined its place in the overall classification notarial proceedings and on the basis of theoretical models of notarial acts notary process detailed at every level and stage of the proceedings of the notary, which significantly affect the regulation of this procedure in the Law of Ukraine "On Notary" and Order on how to notarial acts notaries of Ukraine.

Keywords: notary, notarial process, executor of the covenant, the procedure stage.

Важливою для охорони прав та інтересів громадян, організацій у нотаріальному процесі є досконала процедура регламентації дій нотаріуса при вчиненні нотаріального провадження зокрема, й посвідчення факту про те, що фізична чи юридична особа є виконавцем заповіту. Проте така процедура нині не досить ретельно виписана законодавцем. Тому вчені мають запропонувати теоретичну модель такого провадження з метою запровадження її у законодавство про нотаріат.

Виходячи із загальної класифікації нотаріальних проваджень[1] та теоретичної моделі нотаріального процесу [2] дане нотаріальне провадження належить до багатоетапних нотаріальних проваджень, яке у своєму розвитку проходить три етапи. **Перший етап** зводиться до видачі свідоцтва виконавцю заповіту. **Другий етап** зумовлений діями виконавця заповіту, спадкоємців, нотаріуса, спрямованими на його виконання. **Третій етап** зводиться до припинення повноважень виконавця заповіту. Кожний етап у своєму розвитку проходить три стадії.

Але відразу ж слід звернути увагу на непослідовність законодавця щодо назви даної нотаріальної дії, регламентації процедури її вчинення та назви нотаріального акта, який видається нотаріусом після її вчинення.

Так, у п. 13 ст. 34 Закону України "Про нотаріат" така нотаріальна дія іменується як "посвідчення факту, що фізична чи юридична особа є виконавцем заповіту". Проте у Законі відсутні норми, які б регламентували процедуру посвідчення такого факту нотаріусом. В Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України [3] також має бути регламентована процедура посвідчення такого факту нотаріусом, але у главі 14 Порядку дане провадження має назву "видача свідоцтва виконавцю заповіту". Якщо у цьому контексті звернутися до Правил ведення нотаріального діловодства, то у формі 13 вже йдеться про "свідоцтво про призначення виконавця заповіту".

Тому перш ніж перейти до аналізу стадійності даного провадження слід зупинитися на різних правових ситуаціях, які можуть бути пов'язані зі статусом виконавця заповіту.

Згідно зі ст. 1286 ЦК, виконавцем заповіту може бути:

– фізична особа;

– юридична особа.

Крім того, виконавцями заповіту можуть бути:

1) спадкоємці за заповітом, якщо заповіт складено на користь кількох осіб (ч. 2 ст. 1286 ЦК);

2) особи, які не є спадкоємцями за заповітом (ч. 3 ст. 1286 ЦК).

Згідно п. 1 виконавцем заповіту може бути декілька осіб, що не суперечить принципу свободи заповіту. Якщо спадкоємців декілька, вони можуть призначити одного із них за його згодою виконавцем заповіту.

Важливим для правильної регламентації процедури вчинення даного нотаріального провадження та уточнення його назви є порядок призначення особи виконавцем заповіту.

Так, виконавець заповіту може бути призначений:

1) заповідачем у заповіті (ч.1 ст. 1286 ЦК) за наявності згоди особи на

виконання заповіту, яка може бути виражена у тексті самого заповіту або додана до нього (ч. 2 ст.1289 ЦК);

2) заповідачем у заповіті, але у ньому немає згоди особи на виконання заповіту;

3) самими спадкоємцями (ст.1287 ЦК);

4) нотаріусом (ст. 1288 ЦК);

5) судом (ч. 3 ст.1287 ЦК).

Зупинимося на аналізі пункту 1, коли особа була призначена заповідачем виконавцем заповіту і у ньому є на це її згода. У даному випадку заповідач призначив виконавця заповіту за його згодою, яка знайшла своє закріплення у заповіті. Тому дії нотаріуса не повинні зводитися до призначення особи виконавцем заповіту, а він має лише встановити безспірний факт, що особа є виконавцем заповіту та видати та підтвердження цього факту особі свідоцтво виконавця заповіту з переліком його повноважень (ч. 3 ст. 1290 ЦК), якщо вона не відмовляється від його виконання.

Зупинимося на аналізу стадійності **першого етапу** даного нотаріального провадження.

Перша стадія першого етапу: відкриття нотаріального провадження пов'язується з поданням особою, яка заповідачем у заповіті призначена його виконавцем, заяви про встановлення факту, що вона є вико-

© Фурса С., Рабовська С., 2012

навцем заповіту та видачі свідоцтва на підтвердження її повноважень.

Законом не передбачена форма такої заяви. Але виходячи із аналізу п.п. 2.11 п. 2 глави 13 Порядку, можна дійти висновку, що така заява подається у письмовій формі, оскільки на ній має зазначатися час її надходження та номер спадкової справи, заява підшивається у спадкову справу. Оскільки зміст такої заяви законом не передбачений, то на нашу думку, у ній має бути зазначена дата смерті заповідача, дата посвідчення заповіту, яким особа була призначена виконавцем. Така заява згідно п.п.2.11 п.2 глави 13 Порядку може містити в собі одночасно згоду на вчинення певних дій, тобто зобов'язання, які бере на себе особа, висловлюючи бажання стати виконавцем заповіту. Згода виконавця заповіту виконувати покладені на нього обов'язки також може бути викладена в окремій заяві, справжність підпису якого підлягає нотаріальному засвідченню.

Крім того, додатком до такої заяви може бути копія згоди особи, яку вона надавала при посвідченні заповіту, чи копія заповіту, де її згода була викладена (п.201 Інструкції).

Друга стадія першого етапу: підготовка до вчинення нотаріального провадження зводиться до таких дій нотаріуса:

– перевірка належності даного питання до його компетенції. Факт, який свідчить про те, що особа є виконавцем заповіту, та свідоцтво виконавцю заповіту видається нотаріусом за місцем відкриття спадщини;

– встановлення особи виконавця заповіту;

– перевірка дієздатності фізичної особи, оскільки основною вимогою, яка пред'являється до виконавця заповіту законом, є його повна цивільна дієздатність (ст. 1286 ЦК), тобто особа має досягти повноліття, чи має набути повну дієздатність до повноліття, чи їй така дієздатність була надана у випадках, передбачених законом (ст. 35 ЦК), чи юридичної особи та повноважень представника;

– перевірка за Спадковим реєстром наявності заповіту–чи він не змінений, чи не скасований, чи є у ньому згода виконавця заповіту на виконання повноважень;

– встановлює факт заведення спадкової справи. Якщо спадкова справа після смерті заповідача ще не заведена, пропонує виконавцеві заповіту надати свідоцтво про смерть спадкодавця або його нотаріально засвідчену копію та заводить спадкову справу, до якої долучає всі документи або їх копії. Якщо спадкова справа заведена, документи, які є підставою для встановлення факту та видачі свідоцтва про те, що особа є виконавцем заповіту (заповіт, заява) приєднуються до спадкової справи;

– перевірка наявності заперечень спадкоємців проти встановлення даного безспірного факту та видачі свідоцтва виконавцю заповіту. Якщо таких заперечень немає, то нотаріус може вчиняти нотаріальне провадження.

– перевірка правильності сплати державного мита та плати приватному нотаріусу.

Третя стадія першого етапу: видача свідоцтва виконавцю заповіту.

Після встановлення особи та перевірки відповідності її особи особі, яка вказана у заповіті як виконавець заповіту, нотаріус на підтвердження встановленого факту видає особі свідоцтво, у якому зазначаються її повноваження як виконавця заповіту.

При видачі виконавцю заповіту свідоцтва нотаріус повинен роз'яснити: сутність його повноважень, права та обов'язки, зокрема, право на плату за виконання його повноважень, право на відмову від здійснення його повноважень, обов'язок щодо подання звітів про дії, які ним мають бути вчинені щодо виконання заповіту спадкоємцям, опікунам, піклувальникам, органам опіки та піклування нотаріусу, а також подання після виконання заповіту остаточного звіту про виконання своїх повноважень спадкоємцям або їх законним представникам чи нотаріусу, строк дії його повноважень та підстави їх припинення.

Крім того, свідоцтво має включати обов'язки, передбачені ст. 1290 ЦК:

1) вживати заходів щодо охорони спадкового майна;

2) вживати заходів щодо повідомлення спадкоємців, відказоодержувачів, кредиторів про відкриття спадщини;

3) вимагати від боржників спадкодавця виконання ними своїх зобов'язань;

4) управляти спадщиною;

5) забезпечити одержання частки у спадщині особами, які мають право на обов'язкову частку в спадщині.

Але слід зазначити, що цей перелік не є вичерпним, оскільки заповідач

може покласти на виконавця заповіту виконання інших дій, не заборонених законом, виходячи зі статей 6, 627 ЦК, які передбачають свободу договору з метою виконання заповіту. Слід погодитися з О. Є. Кухарєвим про те, що недоцільно обмежувати повноваження виконавця заповіту здійсненням дій лише майнового характеру, оскільки заповідач може встановити у заповіті і розпорядження немайнового характеру[4].

- свідоцтво викладається на нотаріальному бланку;
- скріплюється підписом нотаріуса та його печаткою;
- нотаріальна дія реєструється у реєстрі вчинюваних нотаріальних дій та книзі обліку спадкових справ;
- примірник свідоцтва видається заявнику під підпис, а його копія залишається у справах нотаріуса.

Щодо випадків призначення особи виконавцем заповіту, але у тексті заповіту немає її згоди і вона не звертається до нотаріуса за встановленням даного факту, нотаріус у порядку підготовки до вчинення нотаріального провадження з видачі свідоцтва про право на спадщину повинен повідомити особу про відкриття спадщини та роз'яснити їй право на вступ у процес виконання заповіту шляхом подання письмової згоди на виконання повноважень виконавця заповіту у встановлений ним строк.

Якщо особа у визначений нотаріусом строк дає таку згоду, нотаріус встановлює факт, що особа є виконавцем заповіту та видає їй свідоцтво виконавця заповіту.

Якщо особа не дає згоди на виконання повноважень виконавця заповіту, питання про її призначення вирішується спадкоємцями, нотаріусом або судом.

Щодо випадків призначення виконавця заповіту спадкоємцями,то у даному разі за заявою спадкоємців та згодою даної особи має також встановлюватися безспірний факт, що фізична чи юридична особа є виконавцем заповіту, та на його підтвердження має видаватися свідоцтво виконавця заповіту.

Спадкоємці можуть призначати виконавцем заповіту одного із них або декількох із числа спадкоємців.

При встановленні таких фактів може мати місце об'єднання нотаріальних проваджень за умови, якщо один і той самий заповідач складе декілька окремих заповітів на частки одного і того самого майна. Наприклад корпоративні права на володіння, розпорядження та управління видавничим концерном "Право", до якого як складові входять три різні видавництва – "ДеЮре", "Справедливість", "Закон та бізнес", які заповідаються батьком трьом своїм синам і у кожному з них призначено виконавця заповіту. Виконавці наділятимуться як

окремими, так і спільними повноваженнями щодо управління відповідно кожний окремим видавництвом, а спільними – щодо управління видавничим концерном.

Може мати місце ситуація, коли виконавцями заповіту можуть бути як стороння особа, яка призначена заповідачем у заповіті, так і сам спадкоємець або один із них, якщо спадкоємців декілька. Така конструкція щодо призначення виконавцями заповіту різних осіб законом не заборонена, навпаки, вона доцільна, оскільки дає можливість здійснення контролю спадкоємцем за сторонньою особою – виконавцем заповіту (ст. 1292 ЦК), адже останній має право на отримання винагороди за виконання своїх повноважень, тому повинен належним чином їх виконувати. Крім того, участь одного із спадкоємців у виконанні заповіту і встановлення недобросовісності у виконанні обов'язків іншим дасть підстави для звернення до суду за припиненням його повноважень.

Може мати місце така дія, як **підпризначення** виконавця заповіту, оскільки у законі немає такої заборони. Доцільність такої дії зумовлена тим випадком, що коли виконавець заповіту відмовляється від своїх повноважень (ст.1295ЦК) або коли він буде усунений від виконання таких повноважень судом, або буде визнаний безвісно відсутнім чи таким, що місце перебування його невідоме, оголошений померлим чи помре.

Виконавець заповіту може бути призначений нотаріусом, якщо заповідач не призначив виконавця заповіту або якщо виконавець заповіту відмовився від його виконання чи був усунений від його виконання, якщо цього потребують інтереси спадкоємців. Щодо даного випадку, то слід зазначити, що нотаріус з власної ініціативи не може встановлювати факт того, що фізична чи юридична особа є виконавцем заповіту, оскільки такі його дії суперечитимуть принципу диспозитивності. Проте нотаріус у порядку такого нотаріального провадження, як вжиття заходів щодо охорони спадкового майна (п. 2 ст. 34 Закону), яке одночасно вчиняється із провадженням щодо видачі свідоцтва про право на спадщину (п. 3 ст. 34 Закону), тобто має місце об'єднання нотаріальних проваджень, з власної ініціативи вживає заходів до охорони спадкового майна, якщо це необхідно в інтересах спадкоємців, відказоодержувачів, кредиторів або територіальних громад (п. 186 Інструкції), може по аналогії з власної ініціативи призначити виконавця заповіту з метою покладення на нього повноважень щодо вжиття заходів охорони спадкового майна (п. 1 ч. 1 ст. 1290 ЦК). У такому разі, за згодою особи, він видає свідоцтво про призначення її виконавцем заповіту та зазначає її повноваження згідно зі ст. 1290 ЦК.

Щодо випадку призначення виконавця заповіту судом у разі, якщо спадкоємці не можуть досягти щодо цього згоди, то судом встановлюється спірний факт про те, що особа є виконавцем заповіту. Рішення суду про призначення особи виконавцем заповіту (за наявності згоди такої особи) після набрання ним законної сили буде підставою для видачі нотаріусом особі відповідного свідоцтва.

Щодо **другого етапу** даного провадження, то він зводиться до комплексу дій виконавця заповіту, спадкоємців та нотаріуса які спрямовані на виконання заповіту.

Третій етап даного нотаріального провадження зводиться до припинення повноважень виконавця заповіту.

Підстави припинення повноважень виконавця заповіту:

– у разі визнання безвісно відсутнім чи таким, місце перебування якого не відомо;

– у разі смерті чи оголошення померлим;

– визнання його у процесі здійснення повноважень недієздатним або обмежено дієздатним;

– у разі відмови від виконання повноважень;

– у разі визнання судом заповіту недійсним;

– у разі неприйняття спадщини спадкоємцями за заповітом;

– у разі повного виконання повноважень (ч. 1 ст. 1294 ЦК – повного здійснення волі спадкодавця, яка виражена у заповіті).

Крім того, нотаріус має враховувати, що відносини з виконання заповіту мають особистісний (довірчий) характер, оскільки виконавцем заповіту заповідач призначає конкретну особу – виконавця, тобто тут можуть враховуватися його (її) ділові якості, наявність освіти, характеристика тощо, тому замість виконавця заповіту його функції не можуть виконувати опікуни чи піклувальники.

Ці підстави дають можливість говорити про третій етап даного нотаріального провадження, який зводиться до таких стадій:

1) **відкриття** провадження зводиться до подання:

заяви самим виконавцем заповіту: у разі визнання судом заповіту недійсним;

у разі неприйняття спадщини спадкоємцями за заповітом; про припинення його повноважень у разі відмови від їх виконання (ст.1295 ЦК);

- заяви заінтересованих осіб у разі визнання виконавця заповіту безвісно відсутнім або таким, місце перебування якого не відомо, у разі смерті чи оголошення його померлим, визнання недієздатним або обмежено дієздатним (додатком до такої заяви є рішення суду про встановлення даних фактів, що набрало законної сили);
- заяви спадкоємців чи контролюючих органів у разі неналежного виконання виконавцем заповіту його повноважень та усунення його від виконання повноважень за рішенням суду;
- заяви виконавця заповіту у разі повного виконання ним його повноважень.

На заяві ставиться дата її надходження і вона підшивається у спадкову справу.

2) **підготовка** до вчинення провадження: дії нотаріуса на цій стадії залежать від того, у який спосіб припиняються повноваження виконавця заповіту. За загальним правилом, на цій стадії нотаріус встановлює належність даного питання до його компетенції, встановлює особу заявника, перевіряє його право- та дієздатність, повноваження, наявність всіх необхідних документів, а саме рішення суду про встановлення фактів, що є підставою для припинення повноважень, правильність сплати держмита та витрат за вчинення даної нотаріальної дії.

У разі припинення повноважень на підставі повного виконання обов'язків виконавця заповіту, тобто повного здійснення волі спадкодавця, яка виражена у заповіті, нотаріус має вирішити питання про припинення повноважень за погодженням із спадкоємцями, а також якщо спадкоємцями є малолітні, неповнолітня, недієздатні особи або особи, цивільна дієздатність яких обмежена, з батьками (усиновлювачами), опікунами, піклувальниками, органами опіки та піклування, а також відказоодержувачами. Крім того, після виконання заповіту виконавець має подати спадкоємцям або їхнім законним представникам остаточний звіт про виконання своїх повноважень.

Чинність повноважень виконавця заповіту припиняється нотаріусом за місцем відкриття спадщини за письмовою заявою спадкоємців, відказоодержувачів, а також осіб (органів), які мають право здійснювати контроль за виконанням заповіту. На таких заявах зазначається час їх надходження та номер спадкової справи, у яку вони підшиваються.

Якщо є письмова згода спадкоємців або їх законних представників, відказоодержувачів на припинення повноважень виконавця заповіту, нотаріус переходить до безпосереднього вчинення даної дії.

3) **безпосереднє вчинення** даної нотаріальної дії зводиться до того, що виконавець заповіту повертає нотаріусу свідоцтво. Нотаріус на поверненому йому виконавцем заповіту свідоцтві, на примірнику копії свідоцтва, яке зберігається у його справах, та примірнику, який зберігається в архіві, книзі обліку спадкових справ, реєстрі вчинюваних нотаріальних дій робить відмітку про припинення чинності повноважень виконавця заповіту. Повернений виконавцем заповіту примірник свідоцтва підшивається у спадкову справу.

Якщо виконавець заповіту не повернув нотаріусу документ, який засвідчував його повноваження, спадкоємці мають право витребувати документ, а також вимагати відшкодування завданих збитків (ч. 4 ст.1294 ЦК).

1. Фурса С.Я. Класифікація нотаріальних проваджень / Підприємництво, господарство і право. – 2001. – № 3. – С. 32 – 34. 2. Фурса С.Я. Теоретична модель нотаріального процесу // Вісник Академії праці і соціальних відносин. –2001. – № 1. – С.87 – 97. 3. Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України / www rada gov. ua. 4. Детальніше див: Кухарєв О.Є. Виконання заповіту: питання теорії і практики: Монографія. – Х.: ТОВ "Східно-регіональний центр гуманітарно-освітніх ініціатив", 2009. – С. 91.

Надійшла до редколегії 10.02.12

УДК 342.56

М. Вільгушинський, канд. юрид. наук

ВЗАЄМОДІЯ З ДЕРЖАВНИМИ ОРГАНАМИ, ОРГАНАМИ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ТА ГРОМАДСЬКІСТЮ ЯК ВИД ДІЯЛЬНОСТІ СУДІВ

Аналізуються основні проблеми взаємодії судів з державними органами загальнодержавного та місцевого рівня, органами місцевого самоврядування та громадськістю як елемента судової діяльності; визначаються правові засади та основні напрямки такої взаємодії, її суб'єктний склад.

Ключові слова: взаємодія судів, державні органи, органи місцевого самоврядування, громадськість.

Анализируются основные проблемы взаимодействия судов с государственными органами общегосударственного и местного уровня, органами местного самоуправления и общественностью как элемента судебной деятельности; определяются правовые принципы и основные направления такого взаимодействия, ее субъектный состав.

Ключевые слова: взаимодействие судов, государственные органы, органы местного самоуправления, общественность.

The main scientific problems of probe of interplay of courts with state structures of nation-wide and domestic level, local government bodies and sociability as device of judicial activity are analyzed; legal principles and basic directions of such cooperation are determined, her subject composition.

Key words: interplay of courts, state structures, local government bodies, sociability.

З огляду на проголошену судову реформу та підвищений інтерес як науковців та практиків, так і громадськості до діяльності судової системи України наразі однією з найбільш актуальних наукових проблем у цій сфері є пошук шляхів удосконалення взаємодії судів з державними органами загальнодержавного та місцевого рівня, органами місцевого самоврядування та громадськістю.

При цьому можна констатувати недостатню розробленість теоретико-методологічних засад такої взаємодії, хоча певний внесок у вирішення проблеми було зроблено такими науковцями як Г.О. Федоренко, В.С. Смородинський, Т.І. Француз, О.В. Кондратьєв, М.В. Косюта, А.А. Стрижак, М.В. Савчина, Е.П. Соловйова, В.А. Сьоміна та ін. Більше того, вирішення проблеми в цілому потребує поглибленого доктринального дослідження сутності, значення, принципів, форм і напрямків, поняття та ролі адміністративно-правового забезпечення означеної взаємодії судів, особливо як різновиду судової діяльності.

Тому завданням даної статті є визначення правових засад та основних напрямків взаємодії судів з державними органами, органами місцевого самоврядування та громадськістю як різновиду їх діяльності.

Насамперед зазначимо, що адміністративно-правовими засадами судової діяльності є сукупність адміністративно-правових норм, що визначають основні принципи, завдання, форми та методи розвитку нормотворчої і розпорядчої діяльності судових органів у владному механізмі держави задля удосконалення їхнього владно-організуючого впливу на відповідні суспільні відносини і процеси, а також оптимізації внутрішньоорганізаційної діяльності судових органів із забезпечення виконання покладених на них завдань, функцій і повноважень.

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.

На думку вчених-адміністративістів, сьогодні найбільш актуальними в галузі взаємодії судів з державними органами, органами місцевого самоврядування та громадськістю є наступні її сприйняття та проблеми.

Виходячи з того, що взаємодія судів базується на відомих управлінських засадах, 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]. М.В. Савчин зауважує, що механізм конституційної юстиції та його зв'язок з основними правами в Україні проявляється у взаємодії судів загальної юрисдикції та Конституційного Суду України [2, с.63].

О.М. Дроздов, досліджуючи джерела кримінально-процесуального права України, порушує проблему побудови взаємодії 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 [3, с.124].

© Вільгушинський М., 2012

Ю.В. Георгієвський, 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. Ми у повній мірі погоджуємося 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" [4, 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 [5, с.4]. 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, вважає за необхідне кодифікувати усі правові норми, об'єктом яких є судова влада, у єдиному законі про судову владу [6, с.38]. До того ж принцип взаємодії покладено й 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.

Ще однією з особливостей взаємодії судового органу з тим чи іншим означеним суб'єктом як різновиду судової діяльності є її похідність від функціонування судового органу, тобто, діяльність, що виконується відповідно до призначення. Тому з функціями та діяльністю судової влади пов'язують напрями її взаємодії з оточуючою дійсністю, її місце серед елементів правової системи суспільства, а також внутрішні зв'язки між елементами структури судової системи.

Так, наприклад, суб'єктами взаємодії судів за Законом України "Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві" [7], є органи дізнання, слідчі, прокурори (п."в" ч.2 ст.6); орган, який здійснює оперативно-розшукову діяльність (ч.2 ст.22); Міністерство внутрішніх справ України, Служба безпеки України, центральний орган виконавчої влади з питань виконання покарань (ч.1 ст.28); командири військових частин (абз.2 ч.3 ст.3). За Законом України "Про Конституційний Суд України" [8] суб'єктами взаємодії Конституційного Суду є суб'єкти права на конституційне подання з питань прийняття рішень Конституційним Судом України – Президент України, народні депутати України, Верховний Суд України, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, Верховна Рада Автономної Республіки Крим (ст.40); суб'єкти права на конституційне подання з питань дачі висновків Конституційним Судом України – Президент України, Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України, народні депутати України, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, Верховний Суд України, інші органи державної влади, Верховна Рада Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування (ст.41); суб'єкти права на конституційне звернення з питань офіційного тлумачення Конституції України та законів України – громадяни України, іноземці, особи без громадянства та юридичні особи (ст.43).

Важливим, на нашу думку, є те, що взаємодія судової влади з іншими гілками влади в Україні здійснюється на основі "механізму стримувань і противаг". При цьому у забезпеченні функціонування державного механізму вчені виділяють таких суб'єктів взаємодії з судами як працівники Державної пенітенціарної служби України (при звільненні особи від відбування покарання; обмеженні волі, виправних робіт без позбавлення волі тощо); органів міліції (при здійсненні приводу, доставлення в суд підсудних, які перебувають під вартою), адміністрації державних органів і установ (при витребуванні документів, виклику експертів, проведенні ревізій і т.ін.); адміністрації підприємств, установ, організацій (при призначенні покарання у вигляді виправних, громадських робіт) тощо [9, с.31, 39].

Таким чином, щодо взаємодії судових органів, то базуючись на її розумінні як організації діяльності, цілком природним є її поглиблене дослідження не тільки з переліченими державними органами загальнодержавного та місцевого рівнів, органами місцевого самоврядування та громадськістю, але й з'ясування внутрішнього механізму взаємодії, обумовленого відповідною спрямованістю взаємодіючих суб'єктів.

Розглянемо базові засади та основні напрямки взаємодії судів з державними органами, органами місцевого самоврядування та громадськістю як різновиду судової діяльності.

Як відомо, Верховна Рада України є єдиним органом законодавчої влади в Україні, повноваженнями якої, згідно зі ст.85 Конституції [10], є внесення змін до Конституції України та прийняття законів України; діяльність з цих питань і щодо функціонування судової влади в сукупності віднесена саме до законодавчої функції Верховної Ради України. Важливою в цьому ракурсі є також установча функція парламенту, яка здійснюється через участь Верховної Ради України у формуванні вищих виконавчих і судових органів шляхом, наприклад, призначення третини складу Конституційного Суду України (п.26 ст.85) та обранні суддів безстроково (п.27 ст.85).

Крім того, Верховна Рада України приймає закони, якими визначаються судоустрій, судочинство, статус суддів, засади судової експертизи (п.14 ст.92 Конституції України) – це такі закони України як "Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів" від 23.12.1993 р., "Про кваліфікаційні комісії, кваліфікаційну атестацію і дисциплінарну відповідальність суддів судів України" від 02.02.1994 р. та інші, які в наш час вже потребують суттєвого удосконалення.

При цьому Верховною Радою України все ще не розглянуті такі важливі щодо судової діяльності проекти законів як "Про гарантії держави щодо виконання судових рішень" від 08.09.2011 р. реєстр. № 9127, "Про внесення змін до Закону України "Про Конституційний суд України" щодо забезпечення прав громадян на конституційне звернення та підвищення ефективності роботи Конституційного суду України" від 29.12.2011 р. реєстр. № 9659 та ін.

Законодавчого вирішення Верховною Радою України стосовно функціонування судової влади потребують доктринально-правові колізії нез'ясованості взаємодії судів загальної юрисдикції і Конституційного Суду України у випадку виявлення загальним судом неконституційності закону; зокрема, 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? [3, с.124]. Певні проблеми ми вбачаємо в по-

требі удосконалення механізму конституційної юстиції та його зв'язку з основними правами в Україні, що проявляється у взаємодії судів загальної юрисдикції та Конституційного Суду України, зокрема, з того, що рішення Конституційного Суду України мають преюдиційне значення, які можуть лягти в основу для перегляду попередніх рішень адміністративних органів та судів загальної юрисдикції [2, с.63, 65].

Щодо виконавчої влади, то відповідно до ст. ст.113, 118 Конституції України [10] вищим органом у системі її органів є Кабінет Міністрів України, а в областях і районах – місцеві державні адміністрації. При цьому в Конституції України відсутні положення, що визначають характер виконавчої влади, а також єдність її системи. Немає й прямої вказівки на механізми взаємодії виконавчої та судової влади.

Так, Ю.П. Битяк зазначає, що на рівні району в місті є судові органи, але відсутні законодавчі органи та органи виконавчої влади (державного характеру), крім Києва та Севастополя. Тому на цьому рівні виконавча влада здійснюється тільки системою спеціально створених суб'єктів – органами виконавчої влади різних рівнів, які наділено виконавчою компетенцією, що не властиво органам законодавчої та судової влади [11, с.12].

Сьогодні в діяльності органів законодавчої та виконавчої влади достатньо багато чинників і ознак, включаючи й правозастосовні, що досі детально не з'ясовані, та які формують і впливають на взаємодію з органами судової влади. Через це підлягають науковому обґрунтуванню питання єдності державної влади як основи взаємодії з державними органами; особливості взаємодії судів з Верховною Радою України, Президентом України та Кабінетом Міністрів України; форми взаємодії судів з центральними органами виконавчої влади та Прокуратурою України; адміністративно-правові засади взаємодії вищих спеціалізованих судів, Верховного Суду України та Конституційного Суду України тощо.

В Україні судову владу утворюють Конституційний Суд України та суди загальної юрисдикції в складі загальних і спеціалізованих судів, які реалізують судову владу шляхом здійснення конституційного, цивільного, господарського, адміністративного і кримінального судочинства. Результативність їх функціонування позначається на судовій діяльності в цілому. Функціонально, згідно з призначенням судової влади в державі, органи цієї влади постановою законних та обґрунтованих рішень чи вироків, шляхом застосування чинного законодавства на основі принципу рівності всіх перед законом та судом, мають стримувати інші гілки влади від зловживань. При реалізації своєї компетенції органи виконавчої та законодавчої влади повинні діяти в межах закону та наданих їм повноважень, щоб не відчути на собі дієвість судової влади.

Необхідно зазначити, що взаємодія органів судової влади з органами законодавчої та виконавчої влади, де її ініціатором виступає саме судовий орган, все ще має сьогодні значну кількість малодосліджених теоретичних і практичних нюансів. Так, визначено, що суди загальної юрисдикції вирішують відповідні категорії справ на підставі Конституції та інших законів, прийнятих парламентом. Вони ж допомагають формувати конституційний склад Верховної Ради України шляхом вирішення скарг щодо виборів народних депутатів України [12].

Щодо з'ясування правового механізму взаємодії судів і правоохоронних органів із вирішення завдань кримінального судочинства, то недоліком чинної практики цієї взаємодії є незадовільність взаємодії правоохоронних органів і судів із визначення певного часу розгляду у судах справ про корупційні правопорушення і забезпечення правоохоронним органом, яким складено протокол, явки в суд особи, яка притягається до відповідальності [13]).

Проблемною та малодослідженою сьогодні є взаємодія судових органів з муніципальною владою, яка нарівні з державною владою в якості повноцінного суб'єкта управління суспільними справами на місцевому рівні також бере участь у забезпеченні організації діяльності судової системи.

Щодо взаємодії з громадськістю, яка займає так звану "моніторингово-контролюючу позицію", то її найбільш цікавлять питання управління якістю обслуговування в загальних судах. Одним із шляхів вирішення цієї проблеми є набуття судовими органами громадської довіри до судів та їх авторитетності, розбудови взаємин між судами, громадськістю та засобами масової інформації.

Таким чином, виходячи зі стану розробленості наукової проблеми, в цьому напрямку актуальним вбачаємо поглиблене дослідження засад взаємодії судів з місцевими державними адміністраціями та місцевими правоохоронними органами, різних ланок судової системи на місцевому рівні, а також адміністративно-правове регулювання взаємодії судів з органами місцевого самоврядування, всеукраїнськими об'єднаннями громадян і громадськими організаціями. На особливу увагу заслуговує й дослідження напрямків розвитку правових засад та форм взаємодії судів з державними органами, органами місцевого самоврядування та громадськістю, а також зарубіжного досвіду означеної взаємодії. Актуальним є також аналіз нормативно-правового забезпечення діяльності та взаємодії судових органів, а також взаємодії Президента України та судової влади. Комплексне вирішення означеної наукової проблеми суттєво поліпшить теоретичні та практичні засади розглянутої взаємодії судових органів як різновиду судової діяльності.

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. 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. 3. 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. 4. 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. 5. Маланюк А. Г. Провадження 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. 6. 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. 7. Закон України "Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві" : від 23.12.1993 р., № 3782-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 11. – Ст. 51. 8. Закон України "Про Конституційний Суд України" : від 16.10.1996 р., № 422/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 49. – Ст. 272. 9. Руденко М. В. Судова влада та правоохоронні органи України : підручник [для студ. вищих юрид. навч. закладів] / М. В. Руденко, М. М. Говоруха, Г. С. Рибалко. – Х. : Харків юридичний, 2007. – 548 с. 10. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141. 11. Административное право Украины : учебник [для студентов высш. учеб. заведений юрид. спец.] / [Ю. П. Битяк, В. В. Богуцкий, В. Н. Гаращук и др.] ; под ред. проф. Ю. П. Битяка. – 2-е изд., перераб. и доп. – Харьков : Право, 2003. – 576 с. 12. Василюк С. Конституційний механізм взаємодії законодавчої і судової влади в Україні / С. Василюк // Право України. – 2003. – № 12. 13. Мельник М. І. Кримінологічні та кримінально-правові проблеми протидії корупції : дис. … доктора юрид. наук : 12.00.08 / М. І. Мельник ; Нац. акад. внутр. справ. – К., 2002. – 506 с.

Надійшла до редколегії 10.02.12

Н. Клименко, проф.

ОСНОВНІ НАПРЯМИ НАУКОВО-ПЕДАГОГІЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ПРОФ. В.К. ЛИСИЧЕНКА

"История вся слагается именно из действий личностей, представляющих из себя несомненно деятелей."
В.И. Ленин

Розглядаються основні види наукової, педагогічної та організаційної діяльності загальновідомого і загальновизнаного в Україні та за кордоном професора – патріарха криміналістики В.К. Лисиченка.
Ключові слова: наука криміналістики, професор Лисиченко В.К.

Рассматриваются основные виды научной, педагогической и организационной деятельности общеизвестного и общепризнанного в Украине и за рубежом профессора – патриарха криминалистики В.К. Лисиченко.
Ключевые слова: наука криминалистики, профессор Лисиченко В.К.

The article deals with major types of scientific, pedagogical and organizational activity of professor – criminalistics patriarch B.K. Lisichenko, widely known and generally recognized both in Ukraine and abroad.
Key words: criminalistics science, Professor Lysychenko B.K.

Віталій Костянтинович Лисиченко – загальновідомий і загальновизнаний вчений-криміналіст, справжній фахівець своєї справи, доктор юридичних наук, академік Міжнародної Слов'янської академії (1997 р.), учасник Великої вітчизняної війни, професор (з 1978 р.), заслужений юрист України (1992 р.), прожив нелегке, але змістовно насичене життя В.К. Лисиченко відомий в Україні та за її межами. За визначенням Р.С. Бєлкіна він був "признанным патриархом украинских криминалистов" [1].

Початком його наукової діяльності була робота в Київському НДІСЕ МЮ України: з 1949 року науковим співробітником, потім – завідуючим відділом, а з 1951 по 1962 р. р. – директором інституту. В цей період Лисиченко В.К. написав понад 30 наукових статей, присвячених різним питанням судової експертизи, експертному дослідженню речових доказів, зокрема документів, історії розвитку криміналістики і судової експертизи. Він займається дослідженням речових доказів. Результатом його експертних досліджень речових доказів стає кандидатська дисертація, яку він захистив на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему "Криміналістичне дослідження речових доказів методами, заснованими на застосуванні радіоактивних ізотопів" (тепер спеціальність 12.00.09).

Працюючи ще в інституті, В.К. Лисиченко поєднував науково-дослідну роботу з педагогічною діяльністю, викладав криміналістику за сумісництвом на юридичному факультеті Київського університету імені Тараса Шевченка.

У 1962-63 навчальному році після хвороби Віталій Костянтинович переходить на постійну роботу на юридичний факультет Київського університету. Спочатку він працює на посаді доцента кафедри кримінального права і криміналістики, потім створює самостійну кафедру криміналістики. В.К. Лисиченко на факультеті працював понад 32 роки. Талановитий лектор і педагог читає лекції з криміналістики, а також з розроблених ним спецкурсів: "Використання даних природничих і технічних наук у розслідуванні злочинів", "Наукові основи праці слідчого", "Особливості розслідування окремих видів злочинів" тощо. Проводить семінарські та практичні заняття, керує написанням курсових і дипломних робіт, розробляє методичні рекомендації з нормативних курсів і спецкурсів. З метою покращення навчального процесу і використання технічних засобів в ньому В.К. Лисиченко при кафедрі криміналістики створює спеціалізовані кабінети (лабораторії) криміналістичної тактики і методики розслідування злочинів.

За час роботи на юридичному факультеті КДУ Лисиченко займає посаду професора кафедри криміналістики, завідуючого кафедрою, заступника декана і декана, написав понад 100 праць, які присвячуються правовій природі і видам спеціальних знань, юридичному поняттю і значенню документів (1972), використанню даних природних і технічних наук в слідчій і судовій практиці (1979 р.), особливостям криміналістичної характеристики, зокрема групових злочинів, проблемам науково-методичного забезпечення слідчої діяльності (1996 р.), питанням судової лінгвістики (1976 р.). технико-криміналістичного дослідження матеріалів письма, науковим принципам судової експертизи (1978 р.), документуванню проведення слідчих дій (1987 р.), поняттю негативних обставин і механізму їх виникнення (1989 р.), завданням і проблемам кримінальної експертизи, техніці, тактиці і методиці розслідування злочинів.

В1978 р. він отримує вчене звання професор, а у 1992 р. – "заслужений юрист України". В цей період він видав три підручника з криміналістики (1973, 1988, 2000 р. р.) В 1977 В. К. Лисиченко захистив докторську дисертацію на тему "Криміналістичне дослідження документів (правові і методичні проблеми)" [2, 3].

Напрямками наукової діяльності В.К. Лисиченка були кримінальний процес, правова статистика, криміналістика і судова експертиза. За весь період з цих питань він підготував одноосібно і в співавторстві понад 200 наукових праць, з яких 1 авторське свідоцтво на винахід, 5 монографій, 4 підручники, 7 навчальних посібників, 10 розділів у складі авторських колективів інших наукових видань [1].

Найбільш відомими з них є наступні роботи: "Використання радіоактивних ізотопів при криміналістичному дослідженні речових доказів", "Криміналістичне дослідження документів", К.:КДУ, – 1971 р.; "Використання даних природничих і технічних наук у слідчій і судовій практиці", К.: КДУ, – 1978; "Проблеми вдосконалення кримінально-процесуального законодавства, Конституція України і питання вдосконалення кримінально-процесуальної діяльності правоохоронних органів" // Зб. наукових праць, К., 1997, вип.2 с. 197-205; Советская криминалистика. Методика расследования отдельных видов преступлений, підручник, К.: ВШ, 1988. "Негативні обставини і їх значення в розслідуванні злочинів", К.: Атіка, 2000 (в співавторстві); "Форми та способи протидії розслідуванню злочинів, вчинених організованими групами, злочинними організаціями", К.: Атіка, 2009 (в співавторстві); "Использование специальных знаний в следственной и судебной практике", К.: КДУ, 1987; Негативні обставини і їх значення в розслідуванні злочинів, К.: Дія, 2001; Рдянська криміналістика, криміналістична техніка і слідча тактика, К.: Вища школа, 1973; "Криміналістика" – К.: Атіка, 2001; "Спеціалізований курс криміналістики", К.: ВШ МВС СРСР, 1987.

"Организация дознания в Вооруженных силах Украины", – К.: Дія 2001. "Исправленному не верить" – К.: Либідь, 1990.

© Клименко Н., 2012

В роботі "Юридическое понятие документа и его значение" (К., 1972) вказано, що поняття "документи" широко застосовується в законодавстві, теорії і практиці, проте єдине наукове визначення його відсутнє. Всі відомі в кримінально-процесуальній і криміналістичній літературі визначення документа поділяються на дві групи:

1) визначення, в яких документи розглядаються як письмові акти, що посвідчують (закріпляють) за допомогою письма відомості про обставини (факти), які мають юридичне значення;

2) визначення, що розглядають документ як предмет вольової діяльності людини, за допомогою якої загальновизнаним, або спеціальним способом (звукозапис, фотографія, фотозйомка тощо) зафіксовані відомості про факти або закріплені зображення, які мають значення для вирішення справи.

Лисиченко наводить ознаки документа і формулює його загальне поняття: "Документ – це письмовий акт або спеціально встановлений предмет, який закріплює знаками природних мовних систем письма або спеціальними науковими і технічними знаковими системами певні волевиявлення або відомості функціонального характеру, практичне значення яких визначається нормами права" (С. 187).

В статті "Проблеми техніко-криміналістичного дослідження матеріалів документів" // Криминалистика и судовая экспертиза, 1971, вып. 8) він поділяє вказані дослідження документів на два основних види: спеціальні технічні дослідження, що встановлюють ознаки різних способів підробки документів; дослідження, які проводяться з метою встановлення однорідності (групової належності або загального джерела походження матеріалів письма, що використовуються для виготовлення документів-речових доказів. Описуються процеси і взаємодія їх в папері і речовинних штрихів тексту документів, що приводять до зміни їх якостей. Останні потребують всебічного вивчення, тому що знання їх механізму в різному папері і писучих масах дозволяє з'ясувати можливості розрізнення конкретних ідентифікаційних завдань під час техніко-криміналістичного дослідження документів речових доказів.

Учбовий посібник "Использование данных естественных и технических наук в следственной и судебной практике" (К., 1979 р.), присвячено правовим засадам і питанням їх використання, формам і методам в слідчо-судових і криміналістичних експертних дослідженнях; співвідношення їх з методами інших наук; класифікації методів і технічних засобів криміналістики; процесуальним і науковим принципам судової експертизи. До процесуальних принципів судової експертизи В.К. Лисиченко відносить принцип законності, повноти та обґрунтованості висновку, принцип об'єктивності розмежування функцій експерта та інших учасників судочинства, принцип самостійності і активності експерта в дослідженні, яке він проводить, принцип особистої відповідальності за проведення експертизи. Науковими принципами він вважає ті ж характерні риси, які притаманні будь-якому науковому дослідженню: відтворюваність, виведення, перевіряємість, критичність, практична користь, науково-практична спрямованість дослідження та його результати, достовірність і наочність наслідків, наглядність і спостереження ходу і результатів дослідження, мотивованість використання методів і технічних засобів. Знання цих принципів має важливе значення для правильного розуміння змісту експертних досліджень працівниками органів розслідування і суду, а також оцінки висновку експертів як засобу доказування кримінальної і цивільної справи.

Перебуваючи на заслуженому відпочинку, ветеран, вчений і педагог В.К. Лисиченко продовжує науково-педагогічну діяльність. З 1993 р. по 2000 р. працює професором кафедри криміналістики Інституту підготовки кадрів СБУ, пізніше Національної академії Служби безпеки України (з 1997 р.). З 1995 по 1997 р. за сумісництвом – головним науковим співробітником відділу кримінального і виправно-трудового права Інституту законодавства Верховної Ради України. З жовтня 2000 р. Віталій Костянтинович працює професором кафедри кримінального права, процесу і криміналістики **Національної академії податкової Служби України** і за сумісництвом професором кафедри кримінального права і кримінального процесу НА СБУ. Як і раніше він віддає багато сил і енергії науковій і методичній роботі в цих навчальних закладах, допомагає в організації навчального процесу, консультує і навчає молодих викладачів. Він публікує понад 30 наукових статей,в яких приділяє увагу розробці проблем використання досягнень криміналістики в оперативно-розшуковій діяльності, організації і тактиці оперативного пошуку і розшуку. Розробляє концепцію реформування кримінально-процесуального законодавства і приведення його у відповідність до конституції і гармонізації з міжнародно-правовими стандартами (1996), співвідношення понять "злочинність" і "організована злочинність" і типових ознак кримінальних утворень в Україні (2001) криміналістичне забезпечення розкриття та розслідування злочинів у сучасних умовах [4].

Монографія "Негативні обставини та їх значення у розслідуванні злочинів" написана в співавторстві з Когутичем І.І. (К.: Дія, 2002, – 182 с.).

В роботі наводиться визначення негативних обставин в широкому значенні – як будь-які фактичні дані, що протирічать звичайному поясненню факту відповідно певній версії і у вузькому, як докази, які протирічать (до їх логічного розв'язання) звичайному поясненню факту відповідно певної версії. Негативні обставини в другому визначенні забезпечують вимогам відповідності і допустимості і являються доказами в справі. Виявляються негативні обставини під час проведення слідчих дій (огляду, обшуку, експертизи тощо). Під час проведення експертизи вони частіше підтверджуються, проте можуть бути виявлені і нові негативні обставини, що слугують підставою для уточнення слідчих версій в справі.

У науково-практичному посібнику "Форми та способи протидії розслідуванню злочинів, вчинених організованими групами, злочинними організаціями" (в співавторстві з Р.М. Шехавцовим, К.: Атіка, 2009) визначено поняття, форми, способи та суб'єкти протидії розслідуванню корисливо-насильницьких та корисливих злочинів, вчинених організованими утвореннями. Вивчення особливостей відображення способів впливу протидіючих суб'єктів на певні носії інформації, яка має доказове значення, показано, що досі не вироблено загальноприйнятого визначення поняття діяльності злочинів та інших зацікавлених осіб щодо протидії розслідуванню, у публікаціях автори здебільшого розглядають наступні види прояву протидії розслідуванню: інсценування, давання неправдивих показань, відмова від давання показань, використання неправдивого алібі, негативні обставини тощо. Автори наводять дані про ефективність існуючих правових і криміналістичних засобів подолання протидії розслідування у двох формах: 1) приховування даних про подію злочину і причетних до нього осіб; 2) втручання в розслідування злочинів як з боку організованих злочинних утворень та інших зацікавлених осіб, в тому числі представників органів державної влади і управління.

Встановлюються питання вдосконалення взаємодії правоохоронних органів між собою, зі ЗМІ та громадськими організаціями при подоланні протидії розслідуванню злочинів. Посібник підготовлений для практичних працівників правоохоронних органів, науковців, викладачів, аспірантів, ад'юнктів і студентів (курсантів) юридичних вузів згідно із нормами спецкурсів "Боротьба з протидією розслідуванню злочинів" і "Організація розслідування злочинів".

В.К. Лисиченко велику увагу приділяв підготовці науково-педагогічних кадрів. Він підготував понад 40 докторів і кандидатів юридичних наук, які працюють не лише в Україні, а й в інших країнах СНД. Багаторічний досвід його наукової роботи нерозривно пов'язаний з активною участю в атестації наукових кадрів.

В.К. Лисиченко був членом спеціалізованих вчених рад Київського НДІСЕ МЮ України Д 26.001.07 Київського університету імені Тараса Шевченка, Д01.56.01 Національної академії внутрішніх справ України, К 70.705.02 Академії прикордонних військ України імені Богдана Хмельницького, Національної академії Служби безпеки України, тощо.

В.К. Лисиченко брав активну участь у рецензуванні наукових статей та входив до складу редакційних комісій багатьох збірників: "Криміналістика и судебная экспертиза", "Вісник академії МВС України", "Вісник академії СБУ", "Вісник КНУ імені Тараса Шевченка юридичні науки", "Науковий вісник Національного університету ДПС України", "Криміналістичний вісник ДНД ЕКЦ МВС України" тощо.

Віталій Костянтинович користувався заслуженою повагою серед професорсько-викладацького складу та студентів різних навчальних закладів України, в яких він читав лекції.

Серед вихованців В.К. Лисиченка багато відомих юристів-правознавців, науковців, суддів, прокурорів, народних депутатів України. Вимогливість до себе, надзвичайна працездатність, високий професіоналізм, людяність і порядність сприяли набуттю ним авторитету серед широкої юридичної громадськості, вдячності його численних учнів.

1. История отечественной криминалистики. – М: Норма, 1999. – с. 152. 2. Віталій Костянтинович Лисиченко (до 80-річчя від дня народження, на 50-річчя науково-педагогічної і громадської діяльності) упорядник М.Є. Шумило, П.М. Кубрак і В.П. Мазур. – К, 2001. – 31 с. 3. Юридическая энциклопедия. – К., 2001, Т3. – К., 2001. – С.477. 4. Світлій пам'яті Лисиченка В.К. присвячується // Науковий вісник НУДПС України (економіка. Право), №3 (46), 2009, с. 264-265. 5. Белкин Р.С. Криминалистическая энциклопедия. – М: БЕК, 1997. – 339 с. 6. Аверьянова Т.В., Лысов Н.Н. Краткий библиографический справочник "Советские криминалисты". – Н. Новгород, 1991.

Надійшла до редколегії 10.02.12

УДК: 343.132.1

І. Сервецький, д-р юрид. наук,
В. Редька, ад'юнкт

ФОРМУВАННЯ ПОЛІТИЧНОЇ СВІДОМІСТЬ ГРОМАДЯН – ПРОГРЕС СУСПІЛЬСТВА

Розглянуто деякі проблеми, які впливають на формування політичної свідомості громадян. Зроблено висновок, що підвищення політичної активності громадян впливає на позитивну мотивацію у їх сприянні правоохоронним органам у боротьбі зі злочинністю та корупцією.

Ключові слова: особистість, свідомість, політична психологія, політична активність, народні маси, політична культура.

Рассмотрены некоторые проблемы, которые влияют на формирование политического сознания граждан. Сделан вывод, что повышение политической активности граждан влияет на позитивную мотивацию в их содействии правоохранительным органам в борьбе с преступностью и коррупцией.

Ключевые слова: личность, свідомість, политическая психология, политическая активность, народные массы, политическая культура.

Some problems that influence on forming of political consciousness of citizens are considered. Drawn conclusion, that the increase of political activity of citizens influences on positive motivation in their assistance to law enforcement authorities in a fight against criminality and corruption.

Keywords: personality, consciousness, political psychology, political activity, the folk masses, political culture.

Формування демократичного суспільства – це перш за все, процес суттєвих структурних реформ, кінцевою метою яких є поліпшення добробуту українського народу, який можна досягти завдяки підвищення суспільно-політичної діяльності громадян. Дана діяльність повинна ґрунтуватись на суспільно-демократичних цінностях.

Але, якщо ми дійсно хочемо демократії, ми повинні зрозуміти, що для її досягнення необхідні радикальні зміни у свідомості громадянина. Адже демократичне суспільство вимагає для свого функціонування сформованої демократичної свідомості. Без неї будь-який закон може залишитись тим, чим була Конституція для сталінського суспільства – словами. Правова держава може розвиватися тільки разом з громадянським суспільством, – разом і одночасно.

Заклики до зміни свідомості – це безглуздо. Важливіше зрозуміти, а також спробувати змоделювати конкретні шляхи цих змін. Потрібні зміни не лише на рівні державної влади, але і на різних рівнях відносин між людьми (на роботі, на вулиці, в міському транспорті, тощо).

Вивченням проблеми формування громадянського суспільства в державі, що закріплена в Конституції України [1] займались такі політологи і політичні діячі: В. М. Литвин [2], М. Погребенський, М. Михальченко, Ю. Левенець [3], М. Лепський та інші.

Проблематикою з точки зору політичної психології займалися такі вчені А. Ашкеназі, Г. Ледерера, Х.-Г. Мозера, П. Шмідта (Німеччина); А. Дорна, С. Московічі, А. Першерона (Франція); М. Біллінга, А. Семюеля, Х. Гаета (Велика Британія) та ін.

Цей процес є довготривалим, багатоетапним та віддаленим у часі, проте висвітлення цієї теми вже сьогодні займає чільне місце серед науковців, журналістів та політиків. Дана тема пронизана різноманіттям підходів та оцінок до її висвітлення, політичними та ідеологічними розбіжностями.

Мета нашої статті визначити окремі проблеми, які впливають на формування політичної свідомості особистості та політичної культури громадян, що є основою їхнього сприяння правоохоронним органам.

З досвіду високо розвинутих демократичних країн ми бачимо, що активна допомога громадян у розкритті і розслідуванні злочинів несе за собою відкритий характер і вважається за честь, адже довіра до правоохоронних органів серед населення є ознакою демократи-

© Сервецький І., Редька В., 2012

чного суспільства, де закон оберігає твою честь і гідність і ти є частиною цього закону.

На нашу думку основною проблемою сприяння громадян у допомозі правоохоронним органам є їхня недовіра до правоохоронної системи взагалі, тобто, сучасна політична свідомість громадян.

Ми вважаємо, що основним напрямком формування європейського демократичного суспільства в Україні є підвищення рівня політичного активності [4] (засіб захисту та обстоювання своїх прав та інтересів) серед населення і тим самим подолання політичної бездіяльності – апатії (відсутність інтересу до політичної діяльності) [5, с. 37], аномії (стан психіки людини, коли вона відчуває, що фактично політичне життя проходить мимо неї) [6, с. 177]. Стан аномії у індивіда може бути наслідком впливу об'єктивних умов політичного життя, політичної системи, політичного режиму. Воно пов'язано зі структурними відносинами панування і підкорення, присвоєння та експлуатації влади і контролю в суспільстві.

Тобто формування політичної активності у громадян є чітке усвідомлення їхнього місця у захисті свої прав і законних інтересів. Наприклад, для свідомого громадянина міліція – це інструмент захисту їхніх прав та інтересів, що мають свій інструментарій (оперативно-розшукова діяльність), щодо захисту прав громадян. А громадянин тим самим повинен сприяти працівникам міліції, тобто надавати необхідну допомогу.

Політична активність громадян повинна формуватись ще з дитинства, починаючи з виховання батьків та навчанням у закладах системи освіти.

Процес засвоєння індивідом упродовж життя політичних знань, норм і цінностей суспільства, до якого він належить називається *політична соціалізація.*

Політична соціалізація передбачає комплекс заходів, які готують людину до життя у сфері політики, визначають її політичну поведінку, впливають на уподобання та рішення. Високий рівень політичної соціалізації громадян є передумовою високого рівня розвитку суспільних відносин та їх стабільності [7].

Даною проблематикою займається така наука як *політична психологія*, адже психологічні і біологічні елементи (мислення, темперамент, воля, пам'ять, стан фізичного і психологічного здоров'я, стать, вік тощо) також здійснюють вплив на політичну поведінку людини [6].

Політична психологія – наука, що вивчає психологічні компоненти і феномени (ціннісні орієнтації і певні судження, які пов'язані із політикою, погляди, настрої, почуття, волю, особливі риси характеру, потреби, мотиви, традиції та ін.), що формуються у людей в результаті соціально-політичних відносин і реалізуються в політичних діях індивідів, соціальних груп, класів, народів і націй. До сфери дослідження політичної психології входить те, як психологічні чинники допомагають визначити політичну поведінку [8]. Предмет політичної психології в цілому – це політика, як особлива людська діяльність, яка має власну структуру, суб'єкта та рушійні сили [9]. Її головне завдання полягає в аналізі психологічних механізмів політики та виробленні практичних рекомендацій з оптимального здійснення політичної діяльності на всіх її рівнях [10].

Отже, об'єкт політичної психології – політична участь, політичне лідерство, політичні цінності та настанови; мотиви, що впливають на політичну поведінку, індивідуальну, групову та масову свідомість [11].

Предметом політичної психології є внутрішні, психологічні механізми політичної поведінки суб'єктів політичної діяльності. Д. Кнутсон вважає, що предметом політичної психології є психологічні компоненти політичної поведінки людини, соціальних груп і цілих народів, дослідження яких дозволяє застосувати психологічне знання до пояснення політики [12].

Ми вважаємо, що основний вектор дослідження даної дисципліни повинен зосереджуватись на політичній сфері суспільства через вплив та взаємодію з нею психологічних компонентів.

До структури політичної психології входять: політичні потреби, інтереси, почуття, настрої, традиції.

Політична потреба – базовий елемент політичної психології, це ті потреби, задоволення яких пов'язані зі здійсненням влади. Вони можуть бути лише тим чи іншим чином стосуватись влади, а можуть виявитись безпосередньо у прагненні до її задоволення і здійснення.

Політичні інтереси – це усвідомлені політичні потреби. Залежно від відмінностей у політичних інтересах одні й ті самі явища політичного життя можуть порізному сприйматись його учасниками, що формує відповідні політичні почуття, настрої, емоції, тощо.

На відміну від настрою, *політичні традиції* більш стійкою складовою політичної культури (це установленні норми політичної поведінки, політичні цінності, ідеї, звичаї, що передаються з покоління у покоління) [13, с. 482].

Кожній людині властиве індивідуальне ставлення до політики, її участь у політичних процесах залежить від особистісних характеристик, а також від конкретних матеріальних, соціально-культурних, політико-правових умов. Так, малоосвічена, з низькою політичною культурою людина найчастіше є простим об'єктом політичного впливу, маніпулювання з боку інших; у суспільствах з високорозвиненими демократичними засадами і нормами безпосередню участь у політичних процесах беруть значно більше людей, ніж у суспільствах з низьким рівнем демократії [15].

Політична участь – це втягнення (залучення) членів соціально-політичної спільноти в існуючі всередині неї політичні відносини і структуру влади [16]. Більш конкретно політична участь розглядається як участь громадян у певних справах держави:

- узгодження свого життя, діяльності з органами влади відповідно до основних конституційно-правових норм;
- участь у виборчих кампаніях, референдумах, формуванні представницьких органів різних рівнів – від місцевих до центральних;
- участь у демонстраціях, мітингах, пікетуваннях, інших масових політичних акціях;
- участь у діяльності політичних партій, громадських об'єднань, в інших організованих формах політичного процесу;
- безпосередня політична діяльність у формах і на посадах, пов'язаних з виконанням функцій представника влади, депутатського корпусу тощо;
- політична діяльність, яка фактично є для людини основним заняттям, джерелом її існування. Це державні діячі, лідери політичних партій, об'єднань, теоретики-ідеологи та ін.

Політична діяльність – складова соціальної діяльності, специфічна особливість якої полягає в спрямованості на реалізацію політичних інтересів суб'єктів політики і насамперед на завоювання, утримання та реалізацію влади.

У політичній діяльності вирізняють кілька типів політичної поведінки людини:

- *конформізм* пов'язаний з орієнтацією на чужу думку, погляд, підтримку будь-якої позиції. Така поведінка є відповідним пристосуванням, політичною лояльністю, позицією "як усі, так і я" [16] Людей з подібною політичною позицією активно використовують політики-маніпулятори, авантюристи, всі, хто у своїй діяльності вдається до дешевого популізму;

➢ *політичну індиферентність* – байдуже ставлення до політики, відчуженість від неї. Люди цього типу вважають, що їх участь у політиці безперспективна, не потрібна.

➢ *політичний активізм* – притаманний тим, кого реальний стан не лише в політиці, а й у суспільстві загалом абсолютно не влаштовує. Люди з таким типом політичної поведінки активно залучаються до політичного, суспільного життя, глибоко переконані, що саме завдяки їх особистій участі стан справ у суспільстві зміниться на краще. Саме з таких громадян формуються справжні політичні лідери: традиційні ("як робили до нас, так робимо і ми"); легальні, або бюрократичні (лідерство посади, а не реальних дій); харизматичні (лідерство, як кажуть, від Бога, як історична необхідність).

Залежно від характеру поведінки політики, учасники політичного процесу поділяються на лідерів, активістів, послідовників, лідерів громадської думки.

➢ *Лідери*, як правило, очолюють політичний рух завдяки підготовленості, авторитету, соціальному статусу тощо [17, с. 112].

➢ *Активісти* виступають посередниками між лідерами і тими, хто йде за ними, підтримує їх. Фактично вони впливають на рядових учасників політичних дій і процесів, дещо змінюють стратегію і тактику політичного дійства, а головне – активно допомагають лідерам у їх діяльності [18, с. 99].

➢ *Послідовники* мають різний ступінь політичної, соціальної активності, в цілому підтримують ідеї лідерів, але з певних причин не досить чітко усвідомлюють навіть власні інтереси у політичній боротьбі і тому менш активні, ніж активісти [18].

➢ *Лідери громадської думки* не стільки організаторською, організаційною діяльністю, скільки інтелектуальною (особливо в засобах масової інформації) підсилюють емоційне, психологічне напруження навколо політичних проблем, до яких привернуто увагу багатьох людей [19, с. 25].

Як вже було сказано рівень політичної активності особистості залежить від рівня її політичної свідомості.

Політична свідомість – система теоретичних і повсякденних знань, оцінок, настроїв і почуттів, за допомогою яких відбувається усвідомлення політичної сфери соціальними суб'єктами – індивідами, групами, класами, спільностями [13, с. 481].

Сучасна політика в Україні так часто змінюється, що виникає проблема у пристосуванні до цих змін особливо у простих громадян, яким все важче і важче здійснити свій вибір, вибирати свідому правильну позицію. Саме тому сьогодні громадяни стають жертвами різного роду маніпуляцій зі сторони політиків, які використовують сучасні технології.

Політична свідомість виникає, коли особистість усвідомлює свою групову належність та ідентичність, неможливість реалізації своїх групових інтересів без вступу в певні відносини з політичною владою, а також з'ясування людиною своєї належності до певних політичних позицій, усвідомлення свого громадянського статусу суб'єкта, наділеного правами, свободами, можливостями впливати на владу.

Політична свідомість формується шляхом:

➢ критичного осмислення соціально-політичної дійсності, поступова раціоналізація чуттєвих уявлень людей, узагальнення наявної інформації;

➢ усвідомлення мети партійного або політичного руху, приєднання до оцінки і норм вже сформованої громадянської поведінки;

➢ емоційне прилучення до віри у справедливість тих чи інших політичних ідеалів.

Стійкість форм у політичній свідомості особистості впроваджуються у його політичну культуру.

Політична культура – сукупність стійких форм політичної свідомості й поведінки, а також характеру і способів функціонування політичних інститутів у межах певної політичної системи, які виявляються в діяльності суб'єктів політичного життя суспільства [13]

Політична культура є складовою політичної системи і відіграє надзвичайно важливу роль у її функціонуванні. Вона впливає на форми, функціонування і розвиток політичних інститутів, зумовлює політичну поведінку широких мас. Стійкість і життєздатність будь-якої політичної системи залежить від ступеня відповідності її цінностей цінностям політичної культури більшості громадян.

Особливо важливу роль у функціонуванні політичної системи відіграє єдність, або однорідність, політичної культури, з якою безпосередньо пов'язана стабільність суспільства.

Тому в даній ситуації потрібно звернутись до історії нашої держави. Безумовно важливо зрозуміти, що вчора ми жили в одній державі, але сьогодні важливо зрозуміти, в якій саме державі ми жили?!

Головна ознака держави – це її *народні маси*.

Саме народні маси, не еліта є показником демократичного суспільства. Підвищення рівня життя звичайного пересічного громадянина (середнього класу) є показником рівня громадянського суспільства, що є однією з головних ознак правової держави. Народні маси – явище досить таки широке.

Народність (грецькою – (*етнос*)) – поняття багатопланове. Частіше за все в цей термін вкладається таке значення: *етнос* – це історична спільність людей, яка склалася на певній території та володіє стабільними особливостями мови, культури і психічного складу, а також усвідомленням своєї єдності і відмінності від інших [5, с. 300]. Народ відрізняється від племені тим, що плем'я утворене з родів на основі шлюбних і родинних зв'язків. Народи об'єднуються на основі консолідації – рівноправного об'єднання народів, інтеграції – злиття, асиміляції – поглинання одного народу іншим. На основі політико-господарського об'єднання формуються нації.

Нація – конкретно-історична форма спільності людей, об'єднаних єдиною мовою і територією, глибокими внутрішніми економічними зв'язками, певними рисами культури і характеру [5, с. 320]. Нація може включати в себе народності, що різняться культурними особливостями (до українців належать бойки, лемки, гуцули).

Звідси бачимо, що Україна на світовій карті як незалежна держава сформувалась двадцять років тому, але її звичаї, традиції, тобто сама українська культура існують дуже давно і не змогла викорінитися навіть за умов існування тоталітарних режимів.

Отже характерними рисами політичної культури є те, що вона:

➢ продуктом природно-історичного розвитку суспільства, результатом колективної політичної творчості;

➢ має тотальний характер, за яким політичні відносини суспільства насичені політичною культурою;

➢ фіксує стійкі зв'язки та відносини між сторонами політичного процесу, закріплює стабільні елементи політичного досвіду;

➢ характеризує політичну свідомість та політичну поведінку основної маси населення;

Тому на нашу думку політична культура в Україні перебуває в стані "перехідного періоду" від тоталітарної системи до плюралістичної, що виражається у відході від ідеї комунізму до демократії.

Зі світової історії ми бачимо, що перехід від будь-якої ідеї до іншої займав не менше 50 років, а то і століття.

Але це не означає, що треба ні чого не робити, а просто сидіти і чекати, коли все стане на своє місце.

Ще однією проблемою у формуванні політичної свідомості громадян є існування фрагментарного типу культури. ЇЇ існування пов'язано із наявністю у суспільстві полярних політичних субкультур та їх великою розбіжністю (Західна Україна, Східна Україна, Автономна Республіка Крим). Вона спричиняє нестабільність у суспільстві, неповагу до загальнолюдських, загальнонаціональних цінностей, інтересів та ідеалів, намагання підняти над ними регіональні, групові, партійні, що стримує прогресивні зрушення в суспільстві.

Висновки.

Процес політичної соціалізації характеризується протистоянням двох основних тенденцій: з одного боку – зростанням суспільної потреби у розвитку політичної свідомості особи, а з іншого – відчуженням людини від державного життя та від прийняття політичних рішень. Такі тенденції спостерігаються, зазвичай, на перехідних етапах розвитку суспільства. У цьому аспекті роль школи, вчителя є визначальною, адже ранні етапи політичної соціалізації придатні для переорієнтації особи, бо її політичні знання та погляди ще не повністю трансформувалися у переконання. Як стверджують дослідники, саме дитячі та юнацькі роки є найважливішими як для соціалізації загалом, так і для політичної соціалізації, а прогалини у соціальному та політичному розвитку загрозливі для майбутнього. Тому роль педагога у політичній соціалізації особистості є надзвичайно відповідальною та вимагає тактовності й наполегливості.

Отже, підвищення рівня політичної активності серед громадян є їх сприяння у здійсненні державної влади в країні в тому числі у пріоритетних напрямках боротьбі зі злочинністю і корупцією.

Можна назвати наступні риси свідомого громадянина, який вступає у політику з чітко усвідомленими інтересами, співвідносить з інтересами соціальних груп (тобто тих, з котрими він себе ідентифікує):

- сформовані ідеологічні орієнтації, які допомагають йому робити політичний вибір ("окрім мене це ні хто не зробить!");
- навчений прийнятних для суспільства "правил політичної гри", особливо терпимості та толерантності;
- готовий брати активну участь у політиці і тим самим допомагати державі боротись злочинним елементом.

1. Конституція України Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, N 30, ст. 141. 2. В. Литвин дис…. Докт. Юрид. Наук "Политическая арена Украины: действующие лица и исполнители (Общественно-политическое развитие Украины во второй половине 90-х годов)". 3. Левенець Ю.Я., Войналович В.А. Проблеми української політики: аналітичні доповіді Інституту політичних та етнонаціоеальних досліджень ім. І.Ф. Кураса НАН України, 2010. – 410 с. 4. Політична активність крізь призму політичного маніпулювання та політичного відчуження / Л. Кучма // Укр. нац. ідея: реалії та перспективи розв. – 2007. – Вип. 19. – С. 108-112. 5. Новий тлумачний словник української мови. У трьох томах. Укладачі: В. Ярмоленко, О.Сліпушко. – К., 2001. Том 1, с. 926. 6. Політологія: Підручник видання 2. За ред. О.В. Бабкіної, В.П. Горбатенко, Київ "Академія" 2001. 7. Социология: курс лекций. Радугин А.А., Радугин К.А. 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Центр, 1999. – 160 с. 8. Почепцов Г.Г. Информационные войны. Киев: Ваклер, 2000. – С. 20. 9. Ольшанский Д.В. Основы политической психологии. – Екатеринбург: "Деловая книга", 2001. – 477 с. 10. Ирхин Ю.В., Зотов В.Д., Зотова Л.В. Политология: Учебник. – М.: Юрист, 2002. – 511 с. 11. Юрій М.Ф. Політологія : Навчальний посібник – К.: Дакор, КНТ, 2006. – 416 с. 12. Политическая психология. Учебное пособие для вузов / Под общей ред. А.А. Деркача, В.И. Жукова, Л.Г. Лаптева. М.: Академический Проект, Екатеринбург.: Деловая книга, 2001. – 846с. 13. Шияхтун П.П. Політологія (теорія і історія політичної науки)/ Підручник для студентів ВНЗ. – К.. "Либідь", 2002. – с. 573. 14. Голобуцкий А. Цифровая демократия: реалии и перспективы // Электронное правительство и электронная демократия. Сборник докладов. II Международная конференция, Киев. 12 апреля 2002 г. – К., 2002. – С. 37-39. 15. Громадяни у пошуках інформації: українські реалії. Під. ред. І. Підлуської. – К.: Агенство "Україна", 2005. – 178 с. 16. Большой психологический словарь / под редакцией Б. Г. Мещерякова и В. П. Зинченко. – 4-е издание, расширенное. – Москва: АСТ, Прайм-Еврознак, 2009. – 816 с. 17. Гаєвський Б.А. Сучасна українська політологія. – К., 1999. 18. Брегеда А.Ю. Основи політології. – К., 1997. 19. Абульханова-Славская К. Деятельность и психология личности. – М., 1980.

Надійшла до редколегії 08.02.12

В. Шибіко, канд. юрид. наук, проф.

ОЗНАЙОМЛЕННЯ З МАТЕРІАЛАМИ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ ЯК ВАЖЛИВА УМОВА ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОСТУПУ ОСОБИ ДО ПРАВОСУДДЯ

У статті розглянуто ознайомлення з матеріалами кримінальної справи у розумні строки як складову права учасників процесу на захист своїх законних інтересів і як повноваження органів досудового розслідування, прокурора і суду, пов"язане із забезпеченням зазначеного права і їх ознайомленням з матеріалами справи для прийняття законного, обґрунтованого і справедливого рішення у справі.

Ключові слова: кримінальний процес, ознайомлення з матеріалами справи, право на захист, доступ до правосуддя, розумний строк.

В статье рассмотрено ознакомление с материалами уголовного дела в разумные сроки в качестве составляющей права участников процесса на защиту своих законных интересов и в качестве полномочия органов досудебного расследования, прокурора и суда, связанного с обеспечением указанного права и их ознакомлением с материалами дела в целях принятия законного, обоснованного и справедливого решения по делу.

Ключевые слова: уголовный процесс, ознакомление с материалами дела, право на защиту, доступ к правосудию, разумный срок.

The article focuses on familiarization with materials of a criminal case within reasonable terms as a constituent part of proceedings participants' right to a defence of their lawful rights and as the authority of bodies of pre-trial investigation, prosecutor and the court related to ensuring the designated right and the familiarization with materials of the case in order to render lawful, substantiated and fair judgment in a case.

Key words: criminal procedure, familiarization with materials of a case, right to a defence, access to justice, reasonable term.

Відповідно до ст.124 Конституції України правосуддя в Україні здійснюється виключно судами (1, с.88). За ст.6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року (далі – Конвенція) кожна людина має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення (3, с.31).

Проте в умовах посилення законодавцем України тенденції до обмеження процесуальної активності суду, передусім у залученні нових доказів з метою всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин справи, про що свідчить і вилучення з ст. 296 КПК України Законом України від 21 червня 2001 року (5) частин 5 і 6, які дозволяли суду у підготовчій частині судового засідання з своєї ініціативи витребувати докази, і водночас зростання значення розширення сфери дії принципу змагальності сторін, яку, згідно з п.4 ч.3 ст.129

© Шибіко В., 2012

Конституції України, віднесено до основних засад судочинства, важлива роль відводиться самим учасникам процесу, які мають особистий інтерес у справі (підозрюваному, обвинуваченому, підсудному, потерпілому, цивільному позивачу і цивільному відповідачу) та їх захисникам і представникам.

У зв'язку з цим для ефективної участі з метою захисту своїх законних інтересів у досудовому і, особливо, у судовому провадженні має обізнаність учасника процесу з наявними у справі матеріалами, доказами, якими і можуть оперувати при прийнятті процесуальних рішень у тому числі й підсумкових, органи досудового розслідування, прокурор, суд, а для забезпечення такої обізнаності з матеріалами справи має значення право учасника процесу, як на стороні обвинувачення, так і на стороні захисту, на ознайомлення з матеріалами кримінальної справи. Для обвинуваченого у міжнародно-правових актах воно випливає, зокрема, з такого важливого положення пункту 3 "и" Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1966 року, за яким кожен має право при розгляді будь-якого пред'явленого йому кримінального обвинувачення як мінімум на такі гарантії на основі цілковитої рівності: в) мати достатній час і можливості для підготовки свого захисту (2, с.43), Аналогічне положення міститься у пункті 3 "в" ст. 6 Конвенції.

Ознайомлення з матеріалами кримінальної справи означає реалізацію права учасників кримінального процесу на ознайомлення з матеріалами кримінальної справи на певному, визначеному законом, етапі провадження у кримінальній справі. КПК України передбачає ознайомлення учасників процесу в одних випадках з усіма матеріалами кримінальної справи, в інших – лише з їх частиною або з конкретним документом.

Першим етапом, на якому закон передбачає ознайомлення учасників процесу, які мають особистий інтерес у справі (обвинуваченого, потерпілого, цивільного позивача і цивільного відповідача) та їх захисників і представників, з усіма матеріалами справи, є закінчення досудового слідства складанням обвинувального висновку.

У разі закінчення досудового слідства складанням обвинувального висновку слідчий, перш ніж скласти обвинувальний висновок, зобов'язаний виконати ряд процесуальних дій: 1/ повідомити про закінчення досудового слідства учасникам процесу; 2/роз'яснити їм право на ознайомлення з усіма матеріалами справи; 3/ ознайомити їх з матеріалами, якщо вони побажають скористатися цим правом; 4/ вислухати і вирішити клопотання, заявлені учасниками кримінального процесу після ознайомлення з матеріалами справи.

Насамперед слідчий повинен виконати вимоги статей 217 і 218 КПК. Спочатку він повідомляє про закінчення досудового слідства потерпілому і його представнику, цивільному позивачу і цивільному відповідачу або їх представникам і роз'яснює їм право на ознайомлення з матеріалами справи. Про це слідчий складає протокол або приєднує до справи копію письмового повідомлення. У разі надходження від цих осіб усного чи письмового клопотання про ознайомлення їх з матеріалами кримінальної справи слідчий зобов'язаний надати їм таку можливість. Цивільний відповідач або його представник може ознайомитися лише з матеріалами, що стосуються цивільного позову. Під час ознайомлення з матеріалами справи ці особи мають право робити виписки із справи і заявляти клопотання про доповнення досудового слідства, які слідчий зобов'язаний розглянути в трьохдобовий строк і задовольнити їх своєю постановою, якщо обставини, про встановлення яких заявлені клопотання, мають значення для справи (ст.129 КПК). Про ознайомлення цих осіб з матеріалами справи та про заявлені ними клопотання складаються протоколи.

Після виконання вимог ст.217 КПК слідчий зобов'язаний оголосити обвинуваченому, що слідство у його справі закінчено і що він має право на ознайомлення з матеріалами справи як особисто, так і з допомогою захисника, а також може заявити клопотання про доповнення досудового слідства. Під час ознайомлення з матеріалами справи обвинувачений має право робити з них виписки, заявляти клопотання. Якщо у справі є кілька обвинувачених, слідчий зобов'язаний пред'явити всі матеріали справи кожному з них. При оголошенні неповнолітньому обвинуваченому про закінчення досудового слідства і пред'явленні йому матеріалів справи з дозволу слідчого може бути присутній законний представник неповнолітнього (ч.2 ст.440 КПК).

Якщо у справі бере участь захисник, слідчий надає можливість ознайомитися з усіма матеріалами справи і захиснику, про що складає окремий протокол. До явки захисника пред'явлення матеріалів відкладається, але не більше як на 72 години. Якщо обраний обвинуваченим захисник не має можливості з'явитися в цей строк, слідчий згідно з ч.3 ст.47 КПК має право запропонувати обвинуваченому запросити іншого захисника або призначити йому захисника . Під час ознайомлення з матеріалами справи захисник обвинуваченого має право: робити виписки з матеріалів справи, мати побачення з обвинуваченим віч-на-віч, роз'яснювати обвинуваченому зміст обвинувачення, обмірковувати з обвинуваченим питання про заявлення клопотань, подавати докази, заявляти відводи, оскаржувати дії та рішення слідчого і прокурора (ст.219 КПК).

Як і іншим учасникам досудового слідства, обвинуваченому і його захиснику матеріали справи пред'являються для ознайомлення підшитими та пронумерованими (ч.5 ст.218 КПК). У протоколах ознайомлення з матеріалами справи обов'язково зазначається кількість томів і аркушів у них, які були пред'явлені для ознайомлення.

З метою недопущення зловживань з боку слідчого стосовно можливого вилучення и доповнення ним документів КПК України передбачив, що під час пред'явлення матеріалів досудового слідства слідчий зобов'язаний на вимогу потерпілого чи його представника, цивільного позивача, цивільного відповідача або їх представників, обвинуваченого вручити їм засвідчену належним чином копію опису матеріалів кримінальної справи, про що зазначається в протоколі оголошення про закінчення слідства і пред'явлення матеріалів для ознайомлення (ч.5 ст.217, ч.5 ст.218 КПК України).

Якщо під час провадження досудового розслідування застосовувались звукозапис, кінозйомка, відеозапис, то при пред'явленні учасникам процесу матеріалів справи для ознайомлення звукозапис відтворюється, а кінострічки і відеозапис демонструються обвинуваченому і його захиснику, а в разі клопотання – також іншим учасникам процесу. При цьому фонограми, кінострічка чи відеокасета в опечатаному вигляді зберігаються при справі (ст.85-1, 85-2 КПК).

Матеріали закінченої розслідуванням кримінальної справи повинні бути пред'явлені обвинуваченому, взятому під варту, та його захисникові не пізніш як за місяць до закінчення граничного строку тримання під вартою, встановленого ч.2 ст.156 КПК. Якщо матеріали кримінальної справи було пред'явлено обвинуваченому та його захисникові з порушенням цього строку, то після його закінчення обвинувачений підлягає негайному звільненню. При цьому за обвинуваченим та його захисником зберігається право на ознайомлення з матеріалами справи. Якщо матеріали кримінальної справи бу-

ло пред'явлено обвинуваченому та його захисникові з додержанням місячного терміну до закінчення граничного строку тримання під вартою, але його виявилося недостатньо для ознайомлення з матеріалами справи, зазначений строк може бути продовжено суддею апеляційного суду за поданням слідчого, погодженим з Генеральним прокурором України чи його заступником, або поданням цього прокурора чи його заступника. Коли у справі беруть участь кілька обвинувачених, яких тримають під вартою, і хоча б одному цього строку виявилося недостатньо для ознайомлення з матеріалами справи, то зазначене подання може бути внесено стосовно того обвинуваченого або тих обвинувачених, які ознайомилися з матеріалами справи, якщо не відпала необхідність у застосуванні до нього або до них взяття під варту і відсутні підстави для обрання іншого запобіжного заходу (ч.6-8 ст.156 КПК).

Під час ознайомлення з матеріалами справи обвинувачений і його захисник мають право заявити клопотання про доповнення досудового слідства, зміну кваліфікації злочину і закриття справи. У разі відмови в задоволенні клопотання слідчий складає мотивовану постанову і оголошує її обвинуваченому і його захиснику. Якщо ж обставини, для з'ясування яких було заявлено клопотання, мають значення для справи, слідчий зобов'язаний його задовольнити. Захисник має право брати участь у проведенні додаткових слідчих дій (ст. 221 КПК). При цьому усні клопотання заносяться до протоколу, а письмові додаються до нього.

Після виконання додаткових слідчих дій слідчий зобов'язаний ознайомити обвинуваченого і його захисника, а також надати потерпілому і його представнику, цивільному позивачу і цивільному відповідачу або їх представникам можливість ознайомитися з усіма додатковими матеріалами, а в разі їх клопотання – з усією справою (ст.222 КПК).

За загальним правилом, закон не обмежує учасників процесу у часі, необхідному для ознайомлення з матеріалами справи. КПК України до квітня 2011 року у ч.6 ст.218 містив з цього приводу окреме положення щодо обвинуваченого та його захисника: "Обвинуваченого і його захисника не можна обмежувати в часі, потрібному їм, щоб ознайомитися з усіма матеріалами справи". Проте Законом України від 8 квітня 2011 року "Про внесення змін до статті 218 Кримінально –процесуального кодексу України щодо ознайомлення обвинуваченого і захисника з матеріалами кримінальної справи" ці положення зазнали істотних змін. Частина 6 була доповнена вимогою про ознайомлення "в розумні строки", а нова частина 7 передбачила наступне: "У разі зволікання ознайомлення з матеріалами справи обвинуваченим чи його захисником слідчий за погодженням із прокурором або прокурор вносить до суду за місцем провадження слідства подання, яке суддя розглядає і своєю постановою може визначити строк, протягом якого обвинувачений і його захисник повинні ознайомитися з матеріалами справи та заявити клопотання. Після закінчення цього строку обвинувачений і його захисник вважаються ознайомленими з матеріалами справи. На постанову судді прокурором, обвинуваченим чи його захисником протягом трьох діб із дня її винесення може бути подана апеляція. Подання апеляції не зупиняє виконання постанови судді" (6, с.6). У зв'язку з встановленням обмеження в часі ознайомлення обвинуваченого і його захисника з матеріалами справи постало питання про те, чи відповідає ця зміна до ст. 218 КПК ч.3 ст.22 Конституції України, яка наголошує, що при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод", ч.2 ст.63, яка закріплює положення "Підозрюваний, обвинувачений чи підсудний має право на захист" і ч.1 ст.64, за якою конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України".

Проаналізувавши відповідні положення Конституції України, КПК України та доводи суб'єкта конституційного подання, можна констатувати наступне:

Право обвинуваченого на ознайомлення з матеріалами кримінальної справи є важливою складовою більш загального права на захист, яке є конституційним правом підозрюваного, обвинуваченого, підсудного відповідно до ч.2 ст.63 Конституції України. Окрім того, згідно з п.6 ч.3 ст.129 Конституції України забезпечення обвинуваченому права на захист є однією з основних засад судочинства, зокрема кримінального.

У ст. 218 КПК України мова йде про право обвинуваченого і його захисника на ознайомлення з усіма матеріалами закінченого досудового слідства. До цього обвинувачений (підозрюваний), за законом, не мав права на ознайомлення з матеріалами справи, крім процесуальних документів, які складалися у зв'язку з проведенням за його участю слідчих чи інших процесуальних дій. Це, зокрема: протокол затримання його як підозрюваного у вчиненні злочину, копія якого вручається затриманому (ст. 106 КПК), протокол допиту його як підозрюваного чи обвинуваченого (ст. 107, 145 КПК), протоколи очної ставки, пред'явлення для впізнання (ст. 172, 176 КПК), відтворення обстановки і обставин події, освідування (ст. 194, 195 КПК), з якими після закінчення слідчої дії обвинувачений(підозрюваний) має бути ознайомлений, постанова про притягнення особи як обвинуваченого, копія якої також має бути вручена обвинуваченому (ст. 140 КПК). Проте ці документи є лише частиною матеріалів кримінальної справи, з якими закон зобов'язує слідчого ознайомити обвинуваченого, якщо він побажав скористатися своїм процесуальним правом на ознайомлення з усіма матеріалами закінченого досудового слідства у справі, яку слідчий закінчує складанням обвинувального висновку і надісланням її через прокурора до суду для розгляду по суті.

Можливість уважного ознайомлення з усіма матеріалами закінченого досудового слідства дозволяє обвинуваченому і його захиснику з'ясувати наявність зібраних слідчим доказів, які викривають обвинуваченого у вчиненні злочину і визначитися з подальшою позицією у справі. Реалізація цього права є необхідною умовою реалізації й інших процесуальних прав обвинуваченого – на порушення клопотань (про закриття справи, про зміну обвинувачення, про доповнення досудового слідства шляхом проведення додаткових слідчих дій, витребування документів тощо), на заявлення відводу слідчому, на подання скарги на його дії і рішення, зокрема у зв'язку з невиконанням слідчим вимог ст. 22 КПК України про всебічне, повне і об'єктивне дослідження обставин кримінальної справи. У зв'язку з цим слушним є положення ч.6 ст.218 КПК України у запропонованій Законом від 8 квітня 2011 року редакції: "Обвинуваченого і його захисника не можна обмежувати в часі, потрібному їм, щоб ознайомитися з усіма матеріалами в розумні строки".

Думається, що саме правильний підхід до розуміння слідчим, з одного боку, і обвинуваченим і його захисником, з іншого, оцінного поняття "розумний строк" ознайомлення і має забезпечити як сам розумний строк провадження у справі слідчим на цьому заключному етапі досудового слідства, так і право на ознайомлення з матеріалами для подальшого ефективного здійснення конституційного права на захист обвинуваченим і його захисником.

Проте законодавець не врахував у змісті внесених до ст. 218 КПК України змін, що зловживання своїми правами (повноваженнями) можливі з боку як обвинуваченого і його захисника, так і слідчого, прокурора і судді, які повинні забезпечувати реалізацію цього права обвинуваченим.

Обвинувачений і його захисник можуть зловживати своїм правом, і намагаючись затягнути закінчення справи, зволікати з ознайомленням з матеріалами справи. Це може невиправдано гальмувати подальший рух справи до суду і обмежувати (порушувати) права інших учасників процесу, зокрема іншого обвинуваченого у цій справі, який перебуває під вартою і в розумний строк вже ознайомився з матеріалами справи, але мусить чекати передачі справи в суд через зволікання з ознайомленням з боку іншого обвинуваченого. Так само можуть страждати права та законні інтереси потерпілого, цивільного позивача, які також чекають передачі справи в суд. Отже, положення ч.3 ст.22, ч.2 ст.63 і ч.1 ст.64 Конституції України потрібно розглядати і у зв'язку з загальним положенням ч.1 ст.68 Конституції України, за яким кожен зобов'язаний не посягати на права і свободи інших людей.

Таким чином, право обвинуваченого і його захисника на ознайомлення з матеріалами справи після закінчення досудового слідства має забезпечуватися слідчим, прокурором і суддею, але його реалізація повинна відбуватися у розумні строки. Визначення в законі (ст. 218 КПК України) загального положення про те, що у разі зволікання обвинуваченого чи його захисника з ознайомленням з матеріалами справи має бути встановлено розумний строк на таке ознайомлення суддею за поданням слідчого, погодженим з прокурором, або прокурора, в основному відповідає Конституції України(є конституційним). На цьому наголосив і Конституційний Суд України в своєму рішенні від 18 січня 2012 року №1-рп/2012у справі №1-4/2012 за конституційним поданням 47 та 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) частин шостої, сьомої статті 218 КПК України (справі про ознайомлення обвинуваченого і захисника з матеріалами кримінальної справи) (7).

Водночас, щоб виключити зловживання правами (повноваженнями) стосовно ознайомлення обвинуваченого і його захисника з матеріалами справи з боку слідчого, прокурора, судді, частину 7 ст.218 КПК України доцільно доповнити після першого речення наступними положеннями: "подання слідчого (прокурора) і постанова судді щодо встановлення строку на ознайомлення з матеріалами справи мають бути мотивованими. При визначенні строку необхідно враховувати складність матеріалів справи, вік, стан здоров'я, освіту обвинуваченого та інші обставини, які можуть вплинути на тривалість ознайомлення обвинуваченого і його захисника з матеріалами справи". Крім того, щоб виключити можливі зловживання щодо ознайомлення з матеріалами закінченого досудового слідства з боку обвинуваченого і його захисника, потерпілого, його представника, цивільного позивача і цивільного відповідача або їх представників видається доцільним вилучити із ч.1 ст.222 КПК, яка передбачає обов'язок слідчого після проведення додаткових слідчих дій ознайомити обвинуваченого і його захисника, а також надати можливість іншим зазначеним учасникам процесу ознайомитися з усіма додатковими матеріалами, а в разі їх клопотання – з усією справою, додержуючись вимог статей 217-221 КПК, слова "а в разі їх клопотання – з усією справою, додержуючись вимог статей 217-221 цього Кодексу". До речі, на проблему протидії зволіканню ознайомлення з матеріалами справи обвинуваченим чи його захисником у зв'язку зі змінами до ст. 218 КПК вже слушно зверталася увага в літературі (8).

Крім складання обвинувального висновку, КПК України передбачає ще три форми закінчення досудового слідства: складання постанови про направлення справи в суд для вирішення питання про звільнення особи(обвинуваченого) від кримінальної відповідальності (ст.7 – 11-1), складання постанови про закриття справи або ж постанови про направлення справи в суд для вирішення питання про застосування примусового заходу медичного характеру (ст. 212 КПК). Згідно з ч.4 ст.7-1 КПК прокурор або слідчий у разі винесення постанови про направлення справи до суду для звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям, примиренням обвинуваченого з потерпілим, застосуванням до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру, передачею особи на поруки колективу підприємства, установи чи організації, закінченням строків давності притягнення до кримінальної відповідальності повинні ознайомити обвинуваченого, його захисника, потерпілого або його представника з названою постановою, а в разі їх вимоги – з усіма матеріалами справи та роз'яснити їх права, передбачені цим Кодексом.

Кримінально-процесуальний закон передбачає право учасників процесу на ознайомлення з матеріалами справи і в разі закінчення досудового слідства складанням постанови про направлення справи в суд для вирішення питання про застосування примусового заходу медичного характеру (ч.1 ст. 417 КПК) і, за загальним правилом, не передбачає ознайомлення з матеріалами закритої слідчим кримінальної справи, крім прокурора у зв'язку з отриманням ним скарги на постанову слідчого про закриття справи (ч. 4 ст.215 КПК). Виняток становлять лише справи про суспільно-небезпечні діяння, вчинені особою, яка не досягла віку, з якого можлива кримінальна відповідальність. У цих справах неповнолітньому, щодо якого винесено постанову про закриття справи, а також його батькам або особам, що їх замінюють, перед направленням справи прокурору надається можливість ознайомитися з усіма матеріалами справи, при цьому вони мають право користуватися послугами захисника (ч.3 ст. 7-3 КПК).

Чинний КПК України передбачає право учасників процесу на ознайомлення з усіма матеріалами справи, окрім закінчення досудового слідства, ще тричі: 1) у суді першої інстанції. Згідно з ст.255 КПК після призначення справи до судового розгляду суддя повинен забезпечити прокурору, підсудному, його захиснику, потерпілому, цивільному позивачу і їх представникам, коли вони про це заявлять клопотання, можливість ознайомлення з матеріалами справи, а цивільному відповідачу і його представнику – з матеріалами, що стосуються цивільного позову. Зазначені особи мають право робити з матеріалів необхідні виписки. Крім того, якщо в судове засідання не з'явилися прокурор або захисник і їх було замінено іншим прокурором або захисником, то, якщо вони вперше вступають у справу, суд зобов'язаний надати їм час, необхідний для ознайомлення з матеріалами справи і для підготовки до участі в судовому засіданні (ч.2 ст.289 КПК); 2) в апеляційному провадженні – після проголошення вироку чи оголошення іншого рішення суду першої інстанції, упродовж строку, встановленого законом на апеляційне оскарження. Протягом цього строку справа ніким не може бути витребувана із суду, а суд зобов'язаний надати сторонам за їх клопотанням можливість ознайомитися з матеріалами справи (ч.4 ст.349 КПК); 3) у касаційному

провадженні. Особам, які вправі подати касаційну скаргу, надається можливість ознайомитися в суді з матеріалами справи для вирішення питання про внесення касаційної скарги (ч.5 ст.384 КПК).

Передбачена чинним КПК України можливість одних і тих самих учасників процесу чотири рази ознайомлюватися з усіма матеріалами кримінальної справи викликає обґрунтовану, на наш погляд, критику в процесуальній літературі. Зокрема, В.Т. Маляренко зазначає: "Сліпо виконуючи догмати про права людини, фактично втрачаємо здоровий глузд… з урахуванням нинішніх технічних можливостей достатньо вручити обвинуваченому копію матеріалів, зібраних під час досудового слідства, або ознайомити його з ними, а в подальшому надавати право ознайомитися лише з новими матеріалами. Це ніяким чином не обмежить право на захист особою своїх інтересів, але зумовить більш ґрунтовне вивчення справи при виконанні вимог ст. 218 КПК, зекономить час, сили, кошти" (9, с. 269). Підтримуючи загалом цю пропозицію щодо обвинуваченого та його захисника, вважаємо доцільним поширити її й на інших учасників кримінального процесу – потерпілого і його представника, цивільного позивача і цивільного відповідача, їх представників, тим більше, що за ст. 217, 218 чинного КПК України слідчий при ознайомленні всіх їх з матеріалами закінченого досудового слідства зобов'язаний вручити їм копію опису матеріалів справи, які були надані для ознайомлення,а отже з продовженого опису матеріалів справи буде видно, які з них з'явилися у справі після такого ознайомлення. Це буде сприяти і забезпеченню розумності загального строку провадження у справі.

Для прийняття законних і обгрунтованих процесуальних рішень у справі особою, яка провадить дізнання, слідчим, прокурором, суддею(суддями)має значення не лише їх обов'язок роз'яснити учасникам процесу їх право на ознайомлення з матеріалами справи та забезпечити можливість для його реалізації, але й їх обов'язок у випадках, передбачених законом, самим ретельно ознайомитися з матеріалами справи.

Особа, яка провадить дізнання, і слідчий перед прийняттям рішення про проведення конкретної слідчої чи іншої процесуальної дії, проміжного чи підсумкового процесуального рішення у справі також мають ознайомитися з відповідними матеріалами справи, які необхідні для вирішення питання про проведення конкретної слідчої чи іншої процесуальної дії(про проведення обшуку, виїмки, призначення експертизи тощо), для прийняття проміжного чи підсумкового процесуального рішення (наприклад, постанови про притягнення особи як обвинуваченого, про закриття справи, обвинувального висновку, постанови про передачу справи в суд для вирішення питання про звільнення особи (обвинуваченого) від кримінальної відповідальності чи про застосування примусового заходу медичного характеру (ст. 7-11-1, 212, 214, 223 КПК).

Слідчий виносить постанову про притягнення особи як обвинуваченого, вивчивши зібрані матеріали справи і дійшовши висновку, що в них є достатньо доказів, які викривають особу у вчиненні злочину (ст. 131 КПК), а, закінчивши досудове слідство, вивчивши матеріали справи, систематизувавши їх, визнавши зібрані докази достатніми для складання обвинувального висновку, повідомляє про це потерпілого, його представника, цивільного позивача і цивільного відповідача або їх представників, обвинуваченого, його захисника, роз'яснює їм право на ознайомлення з усіма матеріалами справи.

Начальник органу дізнання і начальник слідчого відділу здійснюють відомчий контроль за своєчасністю відповідних дій особи, що провадить дізнання, і слідчого з розкриття злочинів і мають право ознайомитися з матеріалами справи і давати вказівки цій особі і слідчому для забезпечення найбільш повного, всебічного і об'єктивного провадження досудового розслідування(ст. 114-1 КПК).

Прокурор, здійснюючи нагляд за додержанням законів органами досудового розслідування (ст. 227 КПК), має право у ході досудового слідства і після його закінчення у будь-якій з його форм (ст. 7-11-1, 212 КПК) знайомитися з матеріалами справи і давати слідчому вказівки щодо проведення додаткових слідчих та інших процесуальних дій, прийняття процесуальних рішень, скасовувати незаконні рішення слідчого тощо, а в порядку надання міжнародної правової допомоги доручає органам дізнання та досудового слідства виконання запиту(доручення) компетентного органу іноземної держави про таку допомогу і перевіряє повноту і законність проведення слідчих та інших процесуальних дій. У разі оскарження постанови слідчого про закриття справи прокурор знайомиться зі справою і не пізніше 30 днів з дня надходження скарги скасовує постанову про закриття справи і відновлює досудове слідство або залишає скаргу без задоволення, про що повідомляє особі, яка подала скаргу (ч.4 ст.215 КПК). З матеріалами справ, які надійшли до нього від органів досудового слідства з обвинувальним висновком чи постановою про направлення справи в суд для вирішення питання про застосування примусового заходу медичного характеру або про звільнення від кримінальної відповідальності, прокурор має ознайомитися протягом не більше п'яти днів і дати їм належне спрямування (ст. 233 КПК).

Прокурор також має ознайомитися з матеріалами справи перш ніж дати згоду на подання слідчого до суду про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту чи продовження строку тримання обвинуваченого під вартою, на обшук чи виїмку в житлі чи іншому володінні особи, поміщення обвинуваченого на стаціонарне судово-медичне чи судово-психіатричне обстеження, накладення арешту на кореспонденцію, зняття інформації з каналів зв'язку, при продовженні строку досудового слідства, при дачі санкції (згоди) на інші рішення слідчого, а також у зв'язку з затвердженням обвинувального висновку чи постанови про направлення справи в суд для вирішення питання про застосування примусових заходів медичного характеру чи про звільнення від кримінальної відповідальності (ч.2 ст.165-2, ч.1 ст.165-3, ч.5 ст.177, ч.4 ст.178, ч.2 ст.187, ст. 205 КПК). У судових стадіях процесу прокурор має право нарівні з іншими учасниками процесу ознайомитися з матеріалами справи.

Слідчий кожного разу для вирішення питань, які виникають у справі, має ще раз вивчити матеріалами справи, оцінити їх і прийняти рішення, зокрема: про притягнення особи як обвинуваченого, про закриття кримінальної справи, про направлення справи в суд для вирішення питання про звільнення особи (обвинуваченого) від кримінальної відповідальності чи застосування примусових заходів медичного характеру, про закінчення досудового слідства складанням обвинувального висновку (ст. 131, ст. 7 – 11-1, 212 КПК).

Зазначимо при цьому, що КПК України передбачає, що у разі закінчення досудового слідства постановою про направлення справи в суд для вирішення питання про звільнення неповнолітнього від кримінальної відповідальності, неповнолітньому обвинуваченому, його захиснику пред'являються для ознайомлення всі матеріали справи. З дозволу слідчого при оголошенні про закінчення досудового слідства і при пред'явленні

матеріалів може бути присутній і законний представник (ст. 9, 440 КПК).

Для закінчення досудового слідства складанням обвинувального висновку слідчий має сам ретельно ознайомитися із зібраними матеріалами справи, оцінити докази і дійти висновку, що є підстави для визнання досудового слідства закінченим і направлення справи в суд через прокурора для розгляду справи по суті.

Проте він зобов'язаний виконати при цьому низку вже згаданих процесуальних дій, пов'язаних із забезпеченням права учасників процесу на ознайомлення з усіма матеріалами закінченого досудового слідства, – щоб одночасно перевірити свій висновок, що досудове слідство проведено всебічно, повно і об'єктивно і винність обвинуваченого зібраними доказами доведено, є підстави для складання обвинувального висновку, на основі якого буде розглядатися справа в суді. Але законодавець передбачив процедуру закінчення досудового слідства складанням обвинувального висновку, яка забезпечує можливість оцінки результату проведеного досудового слідства учасниками процесу, які належать до сторін обвинувачення і захисту, а слідчому з врахуванням їх висновку, клопотань остаточно вирішити питання : 1) про форму закінчення досудового слідства; 2) про проведення необхідних додаткових слідчих дій; 3) про зміну обвинувачення.

Суд (судді), з одного боку, має і сам ознайомитися з матеріалами справи, яка підлягає розгляду на будь-якій судовій стадії процесу, а з іншого, зобов'язаний надати учасникам процесу можливість (у визначених законом рамках) ознайомитися з матеріалами справи. Це дозволяє учасникам процесу брати активну участь у дослідженні доказів і відстоюванні своїх прав та законних інтересів, а суду забезпечити всебічне, повне і об'єктивне дослідження доказів і прийняття законного, обґрунтованого і справедливого рішення.

Суддя, здійснюючи свої повноваження на стадії досудового розслідування, пов'язані із прийняттям рішень про взяття підозрюваного чи обвинуваченого під варту або про застосування інших заходів процесуального примусу, які обмежують конституційні права особи (обшук чи виїмку в житлі або іншому володінні особи, зняття інформації з каналів зв'язку тощо), розглядом скарг на дії і рішення органу дізнання, слідчого, прокурора також ознайомлюється з матеріалами кримінальної справи. При цьому у законі наголошується, що суддя для прийняття правильного рішення не обмежується матеріалами справи, поданими йому органами досудового розслідування. Так, згідно з ч.5 ст.165-2 КПК суддя, одержавши погоджене з прокурором подання слідчого про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, вивчає матеріали кримінальної справи, подані органом дізнання, слідчим, прокурором, допитує підозрюваного чи обвинуваченого, а при необхідності бере пояснення в особи, у провадженні якої перебуває справа, вислуховує думку прокурора, захисника, якщо він з'явився і виносить постанову з цього питання. Аналогічний порядок існує і для розгляду суддею питання про направлення обвинуваченого на стаціонарне обстеження, а також для продовження строку тримання обвинуваченого під вартою, правда з обмеженням лише опитуванням обвинуваченого(замість його допиту) (ч.3 ст.165-3 КПК).

Вирішуючи питання щодо підстав для проведення обшуку чи виїмки у житлі чи іншому володінні особи, суддя розглядає подання слідчого, погоджене з прокурором, і матеріали справи, а в разі необхідності вислуховує слідчого, прокурора (ч.5 ст.177 КПК).

Голова апеляційного суду або його заступник для вирішення питання про накладення арешту на кореспонденцію чи зняття інформації з каналів зв'язку розглядає подання слідчого, погоджене з прокурором, вивчає матеріали справи, при необхідності вислуховує слідчого і вислуховує думку прокурора (ч.4 ст.187 КПК).

Суддя вивчає відповідні матеріали справи і при розгляді скарг на постанови слідчого і прокурора. Так, Розглядаючи скаргу на постанову про порушення кримінальної справи, суддя досліджує матеріали, на підставі яких було порушено кримінальну справу, заслуховує пояснення особи, яка подала скаргу, її захисників чи законних представників, потерпілого або особи, за заявою якої було порушено справу, якщо вони з'явилися в судове засідання, заслуховує думку прокурора, а в разі необхідності і пояснення особи, яка винесла постанову про порушення кримінальної справи (ст. 236-8 КПК). Розглядаючи скаргу на постанову про відмову в порушенні кримінальної справи, суддя витребовує матеріали, на підставі яких було відмовлено в порушенні кримінальної справи, знайомиться з ними. У разі необхідності заслуховує особу, яка подала скаргу (ч.2 ст.236-2 КПК). У зв'язку з розглядом скарги на постанову про закриття справи, суддя витребовує справу, знайомиться з нею, а в разі необхідності заслуховує пояснення особи, яка подала скаргу на постанову (ч.2 ст.236-6 КПК).

У чинному КПК України законодавець відводить важливу роль ознайомленню з матеріалами справи суддів, які розглядають справи в судах першої, апеляційної та касаційної інстанцій.

Під час провадження у справі на судових стадіях процесу суддя(судді) мають ознайомитися з матеріалами справи, щоб вирішити питання про можливість розгляду справи в суді першої, апеляційної чи касаційної інстанції, а надалі – і про можливе підсумкове процесуальне рішення для даної справи.

Так, на стадії попереднього розгляду справи суддя має ознайомитися з матеріалами справи, яка надійшла до нього з обвинувальним висновком, щоб з'ясувати передбачені ст. 237 КПК питання: 1) чи підсудна справа цьому суду; 2) чи немає підстав для закриття справи чи її зупинення; 3) чи складено обвинувальний висновок відповідно до вимог КПК; 4) чи немає підстав для обрання, зміни чи скасування запобіжного заходу; 5) чи не було допущено під час порушення кримінальної справи, дізнання або досудового слідства таких порушень вимог КПК, без усунення яких справа не може бути призначена до судового розгляду; 6) чи немає підстав для притягнення до кримінальної відповідальності інших осіб та ін. Положення ч.3 ст.323 КПК про те, що суд оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному і об'єктивному розгляді всіх обставин справи в їх сукупності, свідчить про те, що судді, які розглядають і вирішують справу, мають бути добре ознайомлені з наявними у справі матеріалами. На цю вимогу спрямоване аналогічне загальне положення оцінки доказів, яке міститься у ч.1 ст.67 КПК і стосується суддів, які розглядають справу на наступних стадіях процесу. У зв'язку з цим видається непереконливою позиція розробників проекту нового КПК України від 13 січня 2012 року (р.н.9700), за якою до суду прокурором передаються лише обвинувальний акт і додатки до нього: реєстр матеріалів досудового розслідування; цивільний позов, якщо він був пред'явлений під час досудового розслідування; розписка підозрюваного про отримання копії обвинувального акта, копії цивільного позову і реєстру матеріалів досудового розслідування; розписка або інший документ, що підтверджує отримання цивільним відповідачем копії цивільно-

го позову, якщо він був пред'явлений під час досудового розслідування не до підозрюваного. Надання суду інших документів до початку судового розгляду забороняється (ч.4 ст.291 проекту КПК).

За чинним КПК України в апеляційному і касаційному провадженнях судді ознайомлюються з матеріалами основної справи, апеляціями і касаційними скаргами та касаційними поданнями учасників процесу і запереченнями на ці скарги і подання, додатковими матеріалами, поданими як на обґрунтування, так і на спростування доводів скарги (подання) відповідно до ст. 361 КПК, а також з додатковими матеріалами, які можуть бути подані учасниками процесу безпосередньо у суді апеляційної чи касаційної інстанції (ст. 362, 393 КПК).

Крім того, суд апеляційної інстанції може визнати необхідним проведення судового слідства в повному обсязі чи частково, коли є підстави вважати, що судове слідство судом першої інстанції було проведено неповно або однобічно (ч.3 ст.358 КПК). Якщо суд апеляційної інстанції не проводив судового слідства, головуючий ознайомлює учасників судового розгляду з додатковими матеріалами, якщо вони були подані, і матеріалами, що надійшли з суду першої інстанції на виконання доручень суду апеляційної інстанції (ч.4 ст.362 КПК).

У касаційному провадженні суддя касаційного суду протягом 15 днів після надходження скарги на судові рішення, які набрали законної сили (ч.2 ст.383 КПК), вирішує питання про витребування справи, для подальшого ознайомлення з її матеріалами. Згідно з ст. 393 КПК суд касаційної інстанції може прийняти нові матеріали, подані до касаційного суду особами, які подали скаргу чи внесли подання, на ствердження або спростування доводів, викладених у скарзі (поданні). Нові матеріали можуть бути витребувані також касаційним судом.

Ознайомлення суддів з матеріалами справи необхідне і для розгляду і вирішення справи за нововиявленими обставинами, Верховним Судом України, а також при вирішенні питань, які виникають на стадії виконання вироку (глави 32, 32-1, 33 КПК).

Окрему увагу законодавець приділяє необхідності забезпечення права учасника процесу на ознайомлення з матеріалами справи щодо конкретних процесуальних документів, які мають значення для визначення правового (процесуального) статусу особи, щодо якої здійснюється провадження і з якими органи, які ведуть процес, не тільки ознайомлюють особу, але й мають вручити їй копії таких процесуальних документів, а якщо ці особи не володіють мовою, якою ведеться судочинства, то в перекладі на її рідну мову або іншу мову, якою вона володіє. Це – протокол затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину (ч.4 ст.106 КПК), постанови про притягнення особи як обвинуваченого (ч.2 ст.140 КПК), у тому числі у разі зміни чи доповнення обвинувачення (ст. 141 КПК). Копія скарги потерпілого і копія постанови судді про порушення кримінальної справи приватного обвинувачення (ч.1 ст. 27, ч.2 ст.251 КПК), копія обвинувального висновку (ст. 254 КПК), копія обвинувального чи виправдувального вироку (ст. 344 КПК). Зазначені процесуальні рішення засвідчують основні етапи руху справи від затримання підозрюваного до вироку суду. Проте є ще низка інших процесуальних рішень, з якими законодавець вважає за необхідне ознайомлювати учасників процесу і зобов'язує слідчого чи суд надсилати або вручати їх копії. Це – вручення чи надіслання копії постанови про порушення кримінальної справи (ст. 98-2 КПК), вручення копії постанови про відмову в порушенні кримінальної справи (ст. 99-1 КПК), копій протоколу обшуку або виїмки і другого примірника опису особі, в якої було проведено обшук або виїмку (ст. 189 КПК), надіслання копій постанови слідчого про закриття кримінальної справи особі, щодо якої закрито справу, заявнику, потерпілому та цивільному позивачу (ст. 214 КПК), а також копій постанов судді про повернення справи на додаткове розслідування чи про закриття справи – сторонам (ч.4 ст.245, ч.2 ст.248 КПК). З постановою про призначення експертизи слідчий повинен ознайомити підозрюваного і обвинуваченого (ст. 197 КПК). висновок експерта та інші матеріали експертизи слідчий пред'являє обвинуваченому (ст..202 КПК).

Нарешті, учасникам процесу має бути забезпечено право на ознайомлення з протоколами слідчих дій, які проводяться за їх участю (протоколами допитів, очних ставок, відтворення обстановки і обставин події, огляду, обшуку тощо), а також з протоколами судових засідань і з доданими до них матеріалами фото-, відео-, аудіо-, електронними носіями та клопотати про їх відтворення (ч.2 ст.85, ст..85-1, 85-2, 85-3, 88, 88-2 КПК).

Таким чином, ознайомлення з матеріалами кримінальної справи є необхідним елементом права на захист законних інтересів для підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, потерпілого, цивільного позивача і цивільного відповідача і важливою складовою повноважень органів досудового розслідування, прокурора і суду, які з одного боку, зобов'язані роз'яснити зазначеним учасникам право на ознайомлення з матеріалами справи і забезпечити можливість його реалізації, а з іншого, самі зобов'язані ознайомитися з відповідним обсягом матеріалів кримінальної справи для прийняття законних, обгрунтованих і справедливих процесуальних рішень під час провадження у справі і за результатами такого провадження. Реалізація права (повноваження) на ознайомлення з матеріалами справи забезпечує його суб'єкту можливість мати необхідні знання про те, якою мірою ці матеріали дозволяють з'ясувати юридично значущі обставини справи, оцінити їх і визначити для себе лінію подальшої процесуальної поведінки: а) для учасників процесу, які мають особистий інтерес у справі, і тих, що захищають чи представляють їхні законні інтереси, – подати додаткові матеріали чи заявити клопотання про їх залучення органами, які ведуть процес, або ж про прийняття відповідних рішень у зв'язку з достатністю, відсутністю чи недостатністю матеріалів справи для прийняття певного процесуального рішення, б) для осіб і органів, які ведуть процес, – визначитися щодо їх достатності для прийняття проміжного чи підсумкового процесуального рішення, у тому числі правосудного судового вироку.

1. Конституція України від 28 червня 1996 року. – К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 2006. – 144 с. 2. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 року/ Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи / Упоряд. Ю.К Качуренко. – К.: Юрінформ, 1992. – С.36-58. 3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 року // Збірка договорів Ради Європи. Українська версія. – К.: парламентське видавництво, 2000. – С.27-45. 4. Кримінально –процесуальний кодекс України. – К.: Паливода А.В., 2012. – 268 с. 5. Закон України від 21 червня 2001 року "Про внесення змін до Кримінально –процесуального кодексу України" // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – №34-35. – Ст. 187. 6. Закон України від 8 квітня 2011 року "Про внесення змін до статті 218 Кримінально – процесуального кодексу України щодо ознайомлення обвинуваченого і захисника з матеріалами кримінальної справи"/ Голос України. – 2011. – 20 квітня. – №72. – С.6. 7. Рішення Конституційного Суду України від 18 січня 2012 року №1-рп/2012 у справі №1-4/2012 за конституційним поданням 47 та 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) частин шостої, сьомої статті 218 КПК України (справі про ознайомлення обвинуваченого і захисника з матеріалами кримінальної справи) // Офіційний вісник України. – 2012. – №8. – Ст.300. 8. Дроздов О.М. Проблеми дотримання розумних строків під час ознайомлення обвинуваченого і його захисника з матеріалами справи // Адвокат. – 2011. – №2. – С.26-30. 9. Маляренко В.Т. Перебудова кримінального процесу України в контексті європейських стандартів: Монографія. – К..: Юрінком Інтер, 2005. – 512 с.

Надійшла до редколегії 08.02.12

УДК 343.98

Л. Паламарчук, канд. юрид. наук, доц.

КОМП'ЮТЕРНА ПРОГРАМА ЯК ПРЕДМЕТ ЗЛОЧИННОГО ПОСЯГАННЯ

У статті розглядаються питання щодо правового захисту авторських прав на комп'ютерні програми, які є предметом злочинного посягання при незаконному їх відтворенні та розповсюдженні.

Ключові слова: комп'ютерна програма, незаконне відтворення і розповсюдження комп'ютерних програм, авторське право.

В статте рассматриваются вопросы правовой защиты авторских прав на компьютерные программы, которые выступают предметом преступного посягательства во время незаконного их воспроизведения и распространения.

Ключевые слова: компьютерная программа, незаконное воспроизведение и распространение компьютерных программ, авторское право.

The article deals with the issues of legal protection of copyright in computer programs, which are the subject of criminal infringement in case of the illegal reproduction and distribution.

Keywords: computer program, illegal reproduction and distribution of computer programs, copyright.

За комп'ютерними програмами довго не визнавалось право стати об'єктом інтелектуальної власності, тобто своєрідним товаром, що належить автору чи іншому правовласнику. Причина криється у суспільній свідомості, в якій комп'ютерні програми з моменту їх появи асоціюються з безкоштовним додатком до електронно-обчислювальних машин, хоча вони мають усі ознаки об'єкта інтелектуальної власності і потребують захисту не меншого ніж будь-яке інше майно. Зрозуміло, що витрати на створення програмних продуктів значно більші ніж виробництво самих персональних комп'ютерів.

Вперше в світі комп'ютерну програму зареєстрували як об'єкт авторського права в 1961 році у Сполучених Штатах Америки, але американці продовжували дослідження щодо доцільності застосування моделі авторського права до комп'ютерних програм, і лише в 1980 році внесли відповідні доповнення до закону про авторське право.

Сьогодні українське законодавство визначає комп'ютерні програми виключно як об'єкти авторського права В Україні комп'ютерні програми стали об'єктом охорони з моменту набрання чинності Закону України "Про авторське право та суміжні права". Зокрема у п.3 ст.8 Закону зазначається, що передбачена цим законом правова охорона поширюється тільки на форму вираження твору, але не поширюється на будь-які ідеї, теорії, принципи, методи, процедури, процеси, системи, способи, концепції, відкриття, навіть якщо вони виражені, пояснені, описані, проілюстровані в творі. Це означає, що в Україні охороняється лише форма виразу програм (по суті, вихідний та об'єктивний коди), а їх структура, алгоритми та ідеї, що лежать в основі програм, не підлягають охороні й можуть вільно використовуватися третіми особами. То ж охорона комп'ютерних програм виключно засобами авторського права, що охоплює єдність форми і змісту твору, може бути ефективною лише у тому випадку, коли комп'ютерна програма має об'єктивну форму і використовується лише у цій формі. Однак при функціонуванні комп'ютера програма використовується у зміненому вигляді, тому не можливо розробникам програмного забезпечення гарантувати захист її авторських прав.

До речі, країни англо-американської правової системи цей недолік авторсько-правової охорони комп'ютерних програм вирішили за допомогою судових прецедентів. Апеляційний суд США прийняв приципове рішення про обсяг охорони комп'ютерних програм, в якому зазначалося, що охорона комп'ютерних програм не обмежується випадками прямого або часткового копіювання, а поширюється на структуру програми і на переклад її з однієї мови на іншу. Доцільність охорони структури, алгоритмів та ідей, які лежать в основі програми, поряд з охороною форми її виразу, дає всі підстави говорити про необхідність введення особливого режиму охорони комп'ютерних програм.

Отже, комп'ютерна програма є складним об'єктом авторського права і охороняється як літературний твір. Згідно із ст.1 Закону комп'ютерна програма – це набір інструкцій у вигляді слів, цифр, кодів, схем, символів чи у будь-якому іншому вигляді, виражених у формі, придатній для зчитування комп'ютером, які приводять його у дію для досягнення певної мети або результату (це поняття охоплює як операційну систему, так і прикладну систему у вихідному або об'єктивному кодах [1].

Комп'ютерні програми є предметом злочинного посягання при їх незаконному відтворенні і розповсюдженні. Важливу роль у цьому процесі відіграє її матеріальний носій. Для криміналістики відомості про матеріальний носій комп'ютерної програми є більш актуальними ніж про саму програму. Це пояснюється тим, що носій має матеріальну структуру і є доступним для вимірювання і фіксації. Також він може виступати як слідоутворюючий або слідосприймаючий об'єкт, інакше кажучи, посягання на нього пов'язане з виникненням змін (слідів) на місці події, на самому предметі, у місці його подальшого знаходження, реалізації, що є важливим для встановлення місця, часу, способу, знарядь та інших обставин злочину.

Необхідно зазначити, що найбільш поширеними порушеннями авторських прав на програмне забезпечення є: відтворення і розповсюдження комп'ютерних програм на машинних носіях; установка "піратського" програмного забезпечення на комп'ютер, що продається; відтворення та розповсюдження програмного забезпечення через глобальну мережу Інтернет. Найскладнішим є виявлення порушень авторського права на комп'ютерні програми шляхом розповсюдження їх через глобальну мережу Інтернет. У цьому випадку необхідно з'ясувати у правовласників чи надавали вони таке право на розповсюдження комп'ютерних програм, і яким чином користувач може використовувати програму, яку він отримав з мережі Інтернет. Так, деякі правовласники розміщують свої програмні продукти (повністю або демо-версії) в Інтернеті і надають право лише обмеженій кількості осіб використовувати їх, але виключно для власних не комерційних цілей.

Доцільно комп'ютерну програму розглядати як конкретну форму комп'ютерної інформації, що є важливим для побудови правильного уявлення про матеріальні сліди, їх механізм утворення, процес виявлення, фіксації та вилучення так званих інформаційних слідів при розслідуванні незаконного їх відтворення та розповсю-

© Паламарчук Л., 2012

дження. Комп'ютерну інформацію можна поділити на дві категорії: 1) машинна інформація, як програмне забезпечення, тобто невід'ємна інструментальна частина комп'ютера (інформація як форма); 2) машинна інформація, як дані, що являють собою цінність для держави, суспільства і окремих громадян, а також збереження, використання та проведення різних операцій, які здійснюються за допомогою комп'ютерної техніки (інформація як зміст). Також інформацію кожної із категорій можна класифікувати за правовим режимом.

Комп'ютерна інформація як програмне забезпечення поділяється на два види:1) програмне забезпечення, як частина комп'ютера є об'єктом цивільного права; 2) програмне забезпечення, як об'єкт інтелектуальної власності, що охороняється авторським та патентним правом.

Необхідно зазначити, що комп'ютерна інформація завжди опосередкована через машинний носій і не може існувати поза його межами. Вона має певні криміналістичні особливості, які нерозривно пов'язані з властивостями його носіїв: 1) якщо копія комп'ютерної інформації була виготовлена шляхом копіювання, то вона не відрізняється від оригіналу; 2) у комп'ютерну інформацію досить просто можна внести будь-які зміни, особливо легко змінити всі характеристики і реквізити поіменованих областей на машинних носіях, де в закодованому вигляді зберігається інформація про носії уже, які уже перезаписувалися; 3) комп'ютерна інформація знеособлена, тобто, між інформацією та особою, якій вона належить відсутній чіткий зв'язок; 4) зазначений вид інформації може створюватись, змінюватись, копіюватись, використовуватися тільки за допомогою комп'ютера при наявності відповідних периферійних пристроїв зчитування машинних носіїв інформації (дисководи, пристрої зчитування лазерних дисків, стримери, пристрої зчитування цифрових відеодисків та ін.); 5) зазначена інформація легко передається по телекомунікаційних каналах зв'язку комп'ютерних мереж, причому практично любий обсяг інформації можна передати на будь-яку відстань; 6) комп'ютерна інформація може перетворюватися з однієї форми в іншу, легко копіюється на різні види носіїв, пересилається на різні відстані, виходячи із сучасних можливостей засобів зв'язку [2, с.21-22].

Особи, які незаконно відтворюють чи розповсюджують комп'ютерні програми порушують майнові права правовласника. Для правомірного використання таких програм користувач повинен отримати ліцензію або укласти угоду з власником комп'ютерної програми або особою, яка законно володіє авторськими правами на цю програму.

Компанія-розробник, наприклад, Microsoft, Corel, Abobe перш ніж надати кінцевому користувачу певний програмний продукт, зобов'язана буде провести певний обсяг робіт, пов'язаний з його розробкою, вартість якого і буде закладена в ціну кожного примірника комп'ютерної програми [3, с.63]. Наприклад, роботи пов'язані з розробкою програмних засобів захисту від злочинних посягань на програмні продукти.

Правовим засобом захисту комп'ютерних программ є електронна ліцензійна угода, якою забезпечують майже всі програмні продукти. Така угода була розроблена у зв'язку з тим, що виникли певні проблеми при передачі майнових прав від правовласника до користувача в умовах масового розповсюдження комп'ютерних програм. Згідно зі ст.33 Закону України "Про авторське право і суміжні права" такі права можуть бути передані повністю або частково іншим особам за угодою, що укладається в письмовій формі [1]. Зрозуміло, що при масовому розповсюдженні комп'ютерних програм фізично не можливо укладати угоди з кожним користувачем окремо, у зв'язку з чим до практики увійшов особливий порядок укладання угод, а саме: у вбудованому електронному додатку до примірників комп'ютерних програм викладаються типові умови. Такий особливий вбудований електронний додаток називається електронною ліцензійною угодою.

Ліцензійна угода, що копіюється на жорсткий магнітний носій разом з комп'ютерною програмою, згідно з визначенням, наведеним у ч.1 ст.5 Закону України "Про електронні документи і електронний документообіг" є електронним документом [2]. По суті, це двостороння письмова угода між правовласником і особою, що виконує установку програмного продукту [5, с.122]. Особливістю цієї угоди є те, що вона має спрощений порядок укладання: під нею не ставляться підписи її учасників.

Майбутній користувач купує примірник комп'ютерної програми і встановлює її на своєму комп'ютері, приймаючи умови електронної ліцінзійної угоди. У подальшому він буде використовувати цю програму в межах ліцензії. Якщо буде мати місце порушення прав правовласника, тоді залежно від обставин його скоєння наступить один із видів відповідальності, які визначені законодавством України.

Отже, на підставі проведенного дослідження можна зробити висновок про те: 1) що будь-яке право можна вважати реальним лише при наданні правовласникові дієвих засобів захисту щодо запобігання таких правопорушень, як незаконне розповсюдження і відтворення комп'ютерних програм, що стають предметом злочинного посягання; 2) що відсутня комплексна методика розслідування порушень авторського права щодо незаконного відтворення та розповсюдження комп'ютерних програм.

1. Закон України "Про авторське право та суміжні права" від 23.12.1993 р. № 3792-XII // Відомості Верховної Ради. – 1994. – № 13. – ст. 64. 2. Закон України "Про електронні документи та електронний документообіг" від 22.05.2003 р. № 851-IV // Відомості Верховної Ради. – 2003. – № 36. – ст. 275. 3. Вехов В.Б., Илюшин Д.А. Тактические особенности расследования преступлений в сфере компьютерной информации: Научно-практическое пособие. – Самара: ООО "Офорт", 2003. – 188 с. 4. Войтко С., Дідович А. Патентно-правова охорона винаходів у галузі комп'ютерних технологій // Правове, нормативне та метрологічне забезпечення системи захисту інформації в Україні. – 2005. – № 10. – С.65-69. 5. Дутов М. Правові проблеми електронного документообігу // Право України. – 2002. – № 6. – С. 122-124.

Надійшла до редколегії 08.02.12

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

Розробці теорії правової природи перестрахувальних 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 перестрахувальних 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. Вітрянський, О. О. Красавчиков, В. В. Луць, Г. К. Матвєєв, 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 відчутній і має тим більше значення, чим більша частина ризиків передається на перестрахування, особливо за участю перестраховиків-нерезидентів. Проте, відтік валюти 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 (перестрахувальникам, цедентами) у вказаних відносинах виступають страхові компанії – резиденти, які відповідно до Закону України "Про страхування" [4] повинні відповідати наступним вимогам: створення у певній організаційно – правової 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 страхових 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

© Пацурія Н., 2012

№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, перестрахувальниками) 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 провадить 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, перестрахувальники) 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 простору. 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 перестрахувальника 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 законодавством 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 законодавчій 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 предмет 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 договорам 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 врегульовується 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 підзаконного регулювання. Саме тому, з урахуванням положень про те, що господарська діяльність у перестрахуванні 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 входити у конфлікт із норами 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; заборони 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; заборони 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 вищенаведеного 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 кращій.

Зауважимо, що аналізовані вимоги законодавства України стосовно правого 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 перестрахування і перестрахової діяльності?

Відповідно до ст.12 Закону України "Про страхування" [15] перестрахування – страхування одним страховиком (цедентом, перестрахувальником) 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 законодавство країни, в якій він зареєстрований.

Українське законодавство фактично визнає перестрахування як частину страхування. А тому, при регулюванні операцій з перестрахування, 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 перестрахування, тощо. Слід вказати, що перестрахування 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, перестрахування і фінансова діяльність, пов'язана з формуванням, розміщенням страхових резервів та їх управлінням. Тобто законодавець самостійно виводить перестрахування в окремий напрямок діяльності, який не пов'язує із страхуванням.

Роль перестрахування 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 перестрахування з обов'язковим теоретичним обґрунтуванням всіх його елементів: порядку організації, здійснення та припинення діяльності перестрахових компаній, правової природи відносин із перестрахування, особливостей порядку укладення договорів перестрахування та інше. Нормативні акти України, на сьогодні, не вміщують у собі такі поняття, як: перестрахова діяльність, перестрахова компанія, договір перестрахування 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 наглядовим органом держави – члена місцезнаходження бізнес – план, який має містити: оцінку управлінських видатків; 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 перестрахуван-

ня" 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 діяльності та міжнародними договорами ратифікованими Україною; гармонізувати законодавство України про перестрахову діяльність в частині перестрахування ризиків у страховика/ перестраховика нерезидента до законодавства ЄС.

Перспективи подальших розвідок 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 рычаг 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 перестрахувальник 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.Бєлова. – 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 Jounral. – P. 056 04.04.64. – p. 0878 – 0880. 21. Про перестрахування : Директива 2005/68/ЕС Європейського парламенту та Ради від от 16 листопада 2005 року / Official Journal. – L 323. – 12.09.2005. – p. 0001 – 0050. 22. Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Євкропейського Союзу. Перелік актів законодавства України та acquis Європейського Союзу у пріоритетних сферах адаптації : Закон України від 18 березня 2004 року / Офіційний вісник України. – 2004. – № 15. – Ст.1028.

Надійшла до редколегії 08.02.12

А. Лисенко, канд. юрид. наук, доц.

ДОКУМЕНТИ З БІОМЕТРИЧНИМИ ЕЛЕМЕНТИ ЗАХИСТУ ТА ЕЛЕКТРОННИМ НОСІЄМ В СТРУКТУРІ ДЕРЖАВНОЇ ІНФОРМАЦІЙНОЇ СИСТЕМИ

Розглядаються питання біометричного захисту документів, що посвідчують особу та підтверджують громадянство України, а також формування державної автоматизованої інформаційної системи обліку персоналізованої інформації про власників таких документів.

Ключові слова: документи, що посвідчують особу; паспорт для виїзду за кордон; соціальне посвідчення; біометричні елементи захисту; електронні документи; автоматизована інформаційна система.

Рассматриваются вопросы биометрической защиты документов, которые удостоверяют личность и подтверждают гражданство Украины, а также формирование государственной автоматизированной информационной системы учета персонализированной информации, о владельцах таких документов.

Ключевые слова: документы, которые удостоверяют личность; паспорт для выезда за рубеж; социальное удостоверение; биометрические элементы защиты; электронные документы; автоматизированная информационная система.

The questions of biometrical defence of documents, which certify person and confirm citizenship of Ukraine, and also forming of state automatic informational system of account of personal information, about the proprietors of such documents.

Keywords: documents; which certify person; passport for travel abroad; social certification; biometrical elements of defence; electronic documents; automatic informational system.

22.11.2010 р. у Брюсселі на саміті "Україна–ЄС" обговорювався План дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України і на виконання якого був прийнятий Указ Президента України від 22.04.2011 р. N494/2011 "Про Національний план з виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Сою-

© Лисенко А., 2012

зом візового режиму для України". Даним документом передбачається розроблення нових зразків документів, що мають містити електронний носій з біометричною інформацією про особу. Такими документами мають бути: дипломатичний та службовий паспорт України, паспорт громадянина України для виїзду за кордон, проїзний документ біженця для виїзду за кордон та інші.

На цей час існує різноманітна нормативно-правова база, якою регулюються питання виготовлення та використання документів, що посвідчують особу та підтверджують громадянство України. Зокрема це: "*Положення про номенклатуру бланків цінних паперів і документів суворого обліку, що виготовляються за ліцензією Міністерства фінансів України*" затверджене Постановою КМ України від 19.04.1993 р. №283, "*Положення про паспорт громадянина України*", затверджене Постановою Верховної Ради України від 26.06.1992 р. №2503-XII; "*Правила оформлення і видачі службою громадянства, імміграції та реєстрації фізичних осіб свідоцтва про належність до громадянства України*", затверджене Постановою КМ України від 14.04.2004 р. № 491; Законом України "*Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України*"; "*Положенням про паспорт громадянина України для виїзду за кордон*", затверджене Указом Президента України від 28.10.1993 р. № 491/93; "*Правилами оформлення і видачі тимчасового посвідчення громадянина України*", затверджене Постановою КМ України від 17.07.2003 р. №1111; "*Положенням про проїзний документ дитини*", затверджене Указом Президента України від 07.09.1994 р. № 503/94; "*Положенням про дипломатичний паспорт України" та "Положення про службовий паспорт України*", затверджені Указом Президента України від 26.02.1998 р. №153/98; "*Про посвідчення особи моряка*", затверджене Указом Президента України від 05.06.1993 р. № 194/93; "*Положенням про посвідчення члена екіпажу*", затверджене Указом Президента України від 13.09.1994 р. № 522/94; "*Положенням про посвідчення особи на повернення в Україну*", затверджене Постановою КМ України від 12.08.1994 р. № 553 та іншими нормативно-правовими актами окремих міністерств.

На XV саміті "Україна – ЄС", який проходив у Києві 19.12.2011 р. сторони заявили, що безвізовий режим із Європою становить стратегічне завдання для України. Це політична складова проблеми, яка змушує владу держави впроваджувати документи, які б відповідали міжнародним стандартам. Зовсім інший аспект цього питання знаходиться в національній, інформаційній, економічні та соціальній площині.

На виконання прийнятих Україною зобов'язань, Верховною Радою України було прийнято **Закон України № 3692-VI від 06.09.2011р. "Про документи, що посвідчують особу та підтверджують громадянство України"** *(вето Президента України)* та проект закону, що очікує розгляду **№ 8178 від 01.03.2011 р. "Про основні засади надання пільг, послуг, виплат та інших соціальних гарантій з використанням електронних соціальних карток",** які значно розширюють коло документів з біометричними елементами захисту та з електронним носієм безконтактного доступу до них. Це викликало негативну реакцію в першу чергу серед фахівців, які вбачають в цьому загрозу конституційним правам людини і громадянина, загрозу національній, економічній, інформаційній безпеці держави, лобіювання інтересів приватних комерційних структур.

Відповідно до Закон України № 3692-VI документи, що посвідчують особу та підтверджують громадянство України, а також її спеціальний соціальний статус, за їх функціональним призначенням поділяються на два види:

а) міжнародні документи необхідні для виїзду за кордон, які виготовляються на паперовій основі: паспортна картка; паспорт громадянина України для виїзду за кордон; дипломатичний паспорт України; службовий паспорт України; посвідчення особи моряка; посвідчення члена екіпажу; посвідчення особи на повернення в Україну; тимчасове посвідчення громадянина України;

б) документи, що надають пільги та підтверджують спеціальний статус особи, які виготовляються на полімерній основі: соціальне посвідчення; посвідчення застрахованої особи; пенсійне посвідчення; посвідчення особи з інвалідністю; посвідчення водія; посвідчення особи без громадянства для виїзду за кордон; посвідка на постійне проживання; посвідка на тимчасове проживання; картка мігранта; посвідчення біженця; проїзний документ біженця для виїзду за кордон; дозвіл на працевлаштування (п.1, ст.8).

Цей перелік не є вичерпним, а тому законами України можуть встановлюватись й інші документи, що посвідчують особу та її спеціальний статус.

На законодавчому рівні також визначаються форма, зміст, обсяг інформації в цих документів та ступінь її захисту від несанкціонованого доступу та дій (*випадкових чи навмисних*), що призводять до їх незаконної модифікації, розкриття чи знищення. Відповідно до п.3 ст.9 закону №3692-VI, у випадках, встановлених законами України, у зазначені документи в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів, може бути внесена додаткова змінна інформація, а саме: про місце реєстрації, про сімейний стан, про відмову від прийняття реєстраційного номеру облікової картки платника податків, про видачу приватизаційних паперів, про додаткові біометричні дані, про інформацію, яка забезпечує захист даних в безконтактному електронному носієві тощо.

Для кожного виду документів законодавчо передбачені різноманітні елементи системи захисту від підробки (ст.9, ст.10 закону №3692-VI). Бланки документів на паперовій основі, як документи суворого обліку та звітності, повинні мати ступінь захисту, що унеможливлює їх підроблення. На цей час основними елементами захисту бланків державних документів є: відповідна якість паперу та наявність в його складі органічних чи синтетичних мікроволокон, які по різному люмінесціюють в ультрафіолетових променях; різноманітні водяні знаки та скриті зображення; металізовані чи синтетичні смуги безпеки з мікродруком чи голографічними елементами захисту; планшети; використання для друку різноманітних спеціалізованих фарб *(люмінесцентні, магнітні, іридисцентні, металізовані, оптично змінювані тощо)*; різноманітні способи друку реквізитів документів *(високий, плоский, глибокий та їх різновиди, офсетний друк, орловський друк, мікродрук, двосторонній друк, перфораційний друк тощо)*; використання графічних елементів захисту *(гільйоширувальні рамки, орнаменти, асюре, віньєтки – як елементи декору, захисна фонова сітка тощо)*; спеціальні елементи захисту – особливі покриття паперу *(плівки у вигляді голограм, кінеграм, піксельграм, металізовані геометричні фігури різної форми з багатопозиційними "райдужними" зображеннями, тощо*).* Сукупність окремих елементів

* Указ Президента від 15.11.2000р. №1239/2000 "Про захист документів і товарів голографічними захисними елементами", Постанова КМУ від 05.07.2002 р. №932 "Про затвердження переліку документів і груп товарів, які підлягають захисту голографічними елементами", Постанова КМУ від 15.03.2006 р. №324 "Про внесення змін до переліку документів, які підлягають захисту голографічними елементами, та їх державних замовників" та інші щодо використання голографічних захисних елементів – скасовані.

захисту становить відповідну систему захисту документів від повної або часткової підробки, які водночас використовуються і для контролю дійсності таких документів.

Виготовлятись такі документи повинні за єдиними стандартами, що затверджуються Кабінетом Міністрів України за поданням Уповноважених суб'єктів, і лише на спеціалізованих державних підприємствах, які мають відповідну ліцензію та відповідають вимогам Міжнародної організації цивільної авіації ІСАО. Документи на паперовій основі у формі книжечки можуть мати від 8 до 64 сторінок, які пронумеровані друкарським способом із дотриманням вимог законодавства та фіксацією на останній сторінці порядкового номера бланка, відповідним чином прошиті, на всіх паперових сторінках та на нижній частині обкладинки повинні мати ще й серію та номер документа, які виконані за технологією лазерної перфорації. Між лівим форзацом (*обкладинкою*) та першою паперовою сторінкою розміщується спеціальний бланк, на якому розміщується персоналізована інформації, яка виконується багатокомпонентним захисним друком, який містить символ електронного документа, зображення Малого Державного Герба України. Це – сторінка даних про особу, власника документа. Вона виготовлена із спеціального матеріалу, який технологічно призначений для внесення персональної інформації і водночас забезпечує ототожнення особи за допомогою технологій лазерного гравіювання та лазерної перфорації. За допомогою цифрової камери, електронним способом фіксується зображення обличчя особи, яке закріплюється на сторінці даних за технологією лазерного гравіювання. Під час перетинання державного кордону України та перебування за кордоном, таким чином "відцифрований" образ особи дублюється в центрі сторінки даних за технологією лазерної перфорації та утворює своєрідну зону візуального контролю дійсності документа. В окремих випадках, визначених законом, можливе вклеювання фотокартки до таких документів.

На цій сторінці розміщується також зона внесення біометричної та іншої інформації про особу, передбаченої даним законом, та її зчитування за допомогою технічних засобів з метою установлення тотожності даної особи за сукупністю інформації, яка зберігається в даному документі. Наприклад, паспорт громадянина України для виїзду за кордон (п.4, ст.13 Закон України № 3692-VI) складається з м'якої обкладинки, правий форзац якої містить безконтактний електронний носій інформації, 32 сторінок та сторінки даних. Електронний носій інформації – чип радіочастотної ідентифікації (RFID), інформація з якого може бути зчитана не лише картрідером (*засобом зчитування інформації з чипа*), але й дистанційно – з літака чи супутника. Такі технічні можливості є в державах Європейського Союзу, є вони і в України. Згідно з постановою Кабінету Міністрів від 17.09.2008 р. №834 в Україні створюється Державна інтегрована інформаційна система забезпечення управління рухомими об'єктами, складовою частиною якої є Система координаційно-навігаційного забезпечення України, яка формується спеціалістами Державного космічного агентства України. Відповідно з використанням цих систем, можливий безконтактний доступ до інформації, яка зберігається на електронному чипі чи електронному файлі конкретної особи в державній інформаційній системі (ДІС) та фіксація пересування документа разом з його власником в часі та просторі. Великобританія, яка мала надійну систему захисту інформації до своїх баз даних, на цей час відмовилась від безконтактного способу доступу і перейшла лише на контактний спосіб доступу до інформації за допомогою картрідера. Ми йдемо своїм шляхом, чи тим куди нас направляє ЄС?

На законодавчому рівні (п.7, ст.13) визначено, яка інформація має вноситись до паспорта. Це: назва держави; назва документа; тип документа; код держави; номер документа; прізвище, ім'я, по-батькові особи; громадянство; дата народження; порядковий номер запису в державній ідентифікаційній системі (ДІС) відповідає номеру ідентифікаційного коду платника податку; стать; місце народження; дата видачі документа; орган, що видав документ (код); дата закінчення строку дії документа; відцифрований образ особи; відцифрований підпис особи, які розміщуються переважно на сторінці даних та в електронному носієві інформації.

До біометричних елементів захисту документів, які водночас є й найбільш інформативними ознаками, за якими ототожнюється особи власника документа, відносяться "відцифровані": зображення обличчя; папілярних візерунків; райдужної сітківки ока та його кровоносних судин; графічного зображення власноручного підпису. Водночас, в таких документах, на наш погляд, краще мати не графічне зображення "відцифрованого" підпису, а динамічний електронний цифровий підпис.

Відповідно до ст.1 Закону України "Про цифровий електронний підпис" (*ВВР, 2003, №36, ст.276*), "це вид електронного підпису, отриманого за результатом криптографічного перетворення набору електронних даних, який додається до цього набору документа або логічно з ним поєднується і дає змогу підтвердити його цілісність та ідентифікувати підписувача. Електронний цифровий підпис накладається на документ за допомогою особистого ключа та перевіряється за допомогою відкритого ключа". Це своєрідна електронна печатка підпису конкретної особи, в якій в електронному вигляді зафіксовані основні параметрами графічних зображень елементів підпису та взаємне їх розміщення в просторі по вертикалі й горизонталі. Ці біометричні дані є індивідуальними для кожної особи, стійкими, відносно незмінними протягом тривалого часу та суттєво відрізняються від аналогічних властивостей інших осіб.

У документах осіб, які в установленому законодавством України порядку визнані недієздатними, "відцифрований" підпис в документи не вноситься, а особам, які не досягли чотирнадцятирічного віку та особам із фізичними вадами – вноситься за їх бажанням. Водночас слід зазначити, що підписи хоч і є стійкими графічними зображеннями, які відображають динамічний стереотип рухів, але кожний наступний підпис відрізняється від попереднього в межах варіативності рухової навички, а тому надійність захисту документа таким "відцифрованим" підписом може бути недостатньою саме через варіативність підписів. Такий підпис в конкретному статичному варіанті його фіксації цифровою камерою, як і електронний цифровий підпис є своєрідною електронною печаткою підпису. В звичному варіанті – це факсиміле, печатка підпис, якою може скористатись будь-хто. Більш ефективною може бути електронна фіксація параметрів підпису (темп, натиск, розміри елементів підпису та їх взаємне розміщення, тощо) в процесі реалізації динамічного стереотипу рухів. Середньо статистична величина цих параметрів могла б стати основою для ототожнення особи за параметрами динамічного стереотипу рухів при виконанні власноручного підпису. Лише в цьому випадку такий біометричний захист може бути дійсно ефективним. В іншому випадку, "відцифроване" зображення статичного підпису можна зробити з будь-якого справжнього підпису і навіть якщо цей підпис не буде відповідати всім параметрам попереднього, який внесений в документ, то це не зна-

чить, що цей підпис несправжній. Крім того, просте статичне зображення "відцифрованого" підпису мало чого варте оскільки його можна отримати будь-яким способом: шляхом технічної підробки, електрофотографічного копіювання чи комп'ютерного монтажу тощо. Лише фіксація динамічних параметрів рухової навички при виконанні власноручних підписів може надійно захистити документ від підробки та несанкціонованого доступу до персональної інформації, оскільки іншою людиною ці властивості рухової навички практично неможливо відтворити. Розробниками такий варіант захисту документів та доступу до персоніфікованих даних в самому документі та електронному файлі ДІС не передбачається, тому що їм потрібний доступ до інформації без згоди на це конкретної особи власника документа, а тому така база даних нічим не відрізняється від криміналістичних обліків, які створюються і використовуються для пошуку злочинців при розслідуванні карних справ слідчими. Хто і як буде користуватись цією базою даних питання риторичне, а тому захист персоналізованої інформації від несанкціонованого доступу, використання та поширення набуває особливої ваги, про що і свідчить Закон України "Про захист персональних даних" від 01.06.2010 р. № 2297-VI, який почав діяти з 01.09.2011 р.

Паспортна картка (ст.12), посвідчення члену екіпажу (ст.17), соціальне посвідчення (ст.20) та інші документи, що посвідчують спеціальний статус особи, виготовляються із полімерних матеріалів у формі картки. Вони наділені такими ж властивостями, що й закордонні паспорти, тобто відповідають міжнародним стандартам ІСАО *(Міжнародної організації цивільної авіації)*, містять безконтактний електронний носій інформації про особу та номер бланка. Фізичні властивості цього матеріалу дозволяють використовувати при виготовленні карток різноманітні технології – від термодруку до лазерного гравіювання. На безконтактний електронний носій записується інформації про пред'явника документа, у тому числі біометрична, а також можуть бути активовані персональні додатки – соціальний та платіжний. Відповідно до ст. 20 закону №3692-VI, на лицьовій стороні картки соціального посвідчення інформація розміщується у такій послідовності: назва держави; назва центрального органу виконавчої влади; назва документа; прізвище, ім'я, побатькові особи; порядковий номер запису в ДІС; "відцифровані" образ особи та її підпис. На зворотному боці картки зазначається назва та код органу, де зареєстровано інформацію про особу та дата реєстрації.

Зазначені в п.1, ст.8 закону №3692-VI документи, що посвідчують спеціальний статус особи і мають біометричну систему захисту та радіочастотний чип безконтактного доступу до них, не можуть бути використані для виїзду за кордон, оскільки ні План дій з лібералізації візового режиму з ЄС, наданий Україні, ні Указ Президента України від 22.04.2011 р. №494 не передбачають внесення персональних даних власника документа на безконтактний електронний носій в зазначені вище документи. Отже ці документи створюються під державну інформаційну систему (ДІС) реєстраційного обліку фізичних осіб та їх документування, правовому регулюванні якої присвячений розділ ІІІ в Законі України №3692-VI.

Нормативно-правові засади створення державної інформаційної системи "ЄДАПС-ДІС" містяться, відповідно, у постанові КМУ від 20.01.1997 р. "Про затвердження Концепції створення Єдиної державної автоматизованої паспортної системи (ЄДАПС)" та у розпорядженні КМУ від 17.06.2009 р. № 711-р "Про схваленні Концепції розвитку Державної інформаційної системи реєстраційного обліку фізичних осіб та їх документування (ДІС)".

Відповідно до ст.33 закону №3692-VI, державна інформаційна система – це електронна інформаційно-телекомунікаційна система, призначена для зберігання, обробки і використання визначеної цим законом інформації про видані особі документи, що посвідчують особу та підтверджують громадянство України, з забезпеченням її ідентифікації. Структурно ДІС функціонує як єдина система, що складається з Головного та резервного обчислювальних центрів, Державного центру персоналізації документів та вузлів Уповноважених суб'єктів (ст.34).

Належне функціонування ДІС забезпечується Головним розпорядником ДІС через Уповноважений орган шляхом використання уніфікованих програмно-технічних комплексів. Головний розпорядник ДІС забезпечує накопичення, актуалізацію, перевірку інформації та надає дозвіл на персоналізацію документів, заявки на отримання яких надходять захищеними каналами зв'язку від Уповноважених суб'єктів (ст. 35).

Головний обчислювальний центр ДІС, як центральна база даних про осіб та документи, що вже видані, в хронологічному порядку забезпечує накопичення та зміну персоналізованої інформації та забезпечує її збереження шляхом дублювання в Резервному обчислювальному центрі ДІС.

Відповідно до ст. 36 закону №3692-VI, до державної інформаційної системи (ДІС) обов'язково вноситься така інформація про особу: прізвище, ім'я, по-батькові фізичної особи; дата народження; місце народження; стать; дата внесення інформації про особу до ДІС; відомості про батьків (усиновлювачів), опікунів, піклувальників та інших законних представників; відомості про громадянство або його відсутність та підстави набуття громадянства України; реквізити документів, що видані особі (*серія, номер, дата видачі та орган, що видав документ, строк дії документа*); відомості про смерть особи або про визнання особи померлою чи безвісно відсутньою; "відцифрований" зразок підпису особи; "відцифрований" образ особи; додаткова змінна інформація, що передбачена ч.3 ст.9 цього закону. Якщо окремі персональні дані про особу відсутні, то вноситься відмітка про це, а інформація, що зазнавала змін, зберігається у попередній редакції з відповідною приміткою, як допоміжна інформація ДІС. Забороняється вносити до ДІС інформацію, не передбачену цим законом та використовувати її у спосіб, несумісний з цим законом.

Таким чином в базі даних ДІС акумулюються персональні дані як громадян України, так і іноземців та осіб без громадянства, що перебувають в Україні. Персоналізовані дані вносяться до ДІС за порядковим номером, який є таким же, як і ідентифікаційний код (номер) платника податків фізичної особи. Цей "порядковий номер запису в ДІС", згідно даного закону, обов'язково записується на безконтактний електронний носій. Окрім того, закон забороняє, а Кабінет Міністрів передбачає внесення додаткової інформації до бази даних. Згідно з розпорядженням Кабінету Міністрів України від 12.03.2003 р. №132-р (із змінами і доповненнями) інформацію до бази даних ДІС надають: органи реєстрації актів цивільного стану (Мін'юст України); дипломатичні представництва та консульські установи України за кордоном (МЗС України); служба громадянства, імміграції та реєстрації фізичних осіб (МВС України); адміністрації вищих навчальних закладів (МОН України); органи і установи виконання покарань та слідчі ізолятори (Державний департамент України з питань виконання покарань); військові комісаріати (Міноборони України); пункти пропуску через державний кордон (Адміністрація

Держприкордонслужби України); суди загальної юрисдикції (Державна судова адміністрація України).

Крім того, відповідно до ст.9 проекту Закону №8178 від 01.03.2011р. "Про основні засади надання пільг, послуг, виплат та інших соціальних гарантій з використанням електронних соціальних карток" автоматизований реєстр створюється з метою ведення єдиного обліку фізичних осіб, які мають право на пільги, послуги, виплати та інші соціальні гарантії, з метою накопичення, зберігання, актуалізації та використання інформації про фізичних осіб, які мають таке право, про види, розміри і строки надання фізичним особам цих пільг, а також про документи, що підтверджують таке право.

Реєстр ведеться на електронних носіях із забезпеченням його сумісності і взаємодії з іншими інформаційними системами та мережами, що складають інформаційний ресурс держави (п.4 ст.9).

Враховуючи, що статтями 20–23 закону №3692-VI передбачено внесення до переліку документів, що підтверджують громадянство України ще й документів, що посвідчують особу та її спеціальний статус – *соціального посвідчення, посвідчення застрахованої особи*, *пенсійного посвідчення, посвідчення особи з інвалідністю* створюються умови для внесення до бази даних ДІС ще й додаткової персональної інформації про: стан здоров'я особи; розмір страхових внесків; надання пільг, послуг, виплат та інших соціальних гарантій з використанням електронних соціальних карток.

Згідно з Концепцією створення Єдиного державного реєстру фізичних осіб, затвердженої постановою Кабінету Міністрів України від 09.11.2004 р. №1500, персональна інформація буде долучатися до електронного файлу-справи конкретної особи у хронологічному порядку, а при внесенні змін – попередня інформація зберігається.

Отже, крім даних від вказаних вище 8 міністерств і відомств до Головного обчислювального центру ДІС (*Положення про Головний обчислювальний центр ДІС було затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 29.04.2004 р. № 573*) може надходити також додаткова персональна інформація на кожного громадянина – власника електронної картки: про товари, куплені за допомогою електронної картки: де, коли, скільки товару куплено; про проїзд на громадському транспорті за допомогою картки: скільки разів на день, напрямки маршруту, час посадки і висадки з транспорту; про оплату комунальних платежів: за квартиру, за воду, за газ і електроенергію, а також про наявність комунальних боргів; про отримані в банках кредити та про стан їх повернення; про об'єкти нерухомості, про транспортні засоби, що знаходяться у власності; про наявність полісу соціального медичного страхування; про стан здоров'я **.

Таким чином, Закон України №3692-VI від 06.09.2011 р. "Про документи, що посвідчують особу та підтверджують громадянство України" і проект Закону України №8178 від 01.03.2011 р. "Про основні засади надання пільг, послуг, виплат та інших соціальних гарантій з використанням електронних соціальних карток" взаємопов'язані між собою, а тому персональна інформація про кожного громадянина України чи іноземця, буде надходити до державної інформаційної системи в повному обсязі і зберігатись там не тільки протягом життя людини, але й визначений термін після смерті людини, а можливо й довічно, як архівний матеріал. Вражаюча уяву інформаційна база персоналізованих даних, яка може бути використана по різному в залежності від поставленої мети.

Як вже зазначалось, персоналізована інформація, яка записана на безконтактних електронних носіях відповідних документів та в електронних файлах ДІС, може бути зчитаною дистанційно за допомогою глобальних навігаційних супутникових систем. Такі можливості у держав Європейського Союзу та інших є, а тому їх компетентні органи отримають доступ до персональної інформації, яка буде зберігатись в державній інформаційній системі України. Це справа часу та технічних можливостей, які постійно удосконалюються.

Крім того, аналіз структурної будови державної інформаційної системи (ДІС) та її взаємодія з базами даних інших інформаційних систем свідчить про можливість приєднання в майбутньому до Шенгенської інформаційної системи (SIS) в якості її структурного елемента.

Отже, фінансові витрати кожного громадянина держави за обов'язкове отримання вказаних в Законі України №3692-VI документів та доступ до інформаційної бази даних ДІС компетентних органів – це і є особистий та державний "внесок" за безвізовий в'їзд окремих громадян України до окремих держав Європейського Союзу. Наші компетентні органи будуть знати все і про всіх громадянин в державі, а компетентні органи інших держав так само знатимуть все: хто до них в'їжджає, що робить, де знаходиться, як пересувається і т.д., а також отримають необмежене поле діяльності для аналітичних досліджень державних служб щодо стану та вірогідного розвитку держави на найближче майбутнє та на віддалену перспективу.

Отже, сучасні інформаційні технології передбачають, що аналіз і обробка інформації в електронних документах може здійснюватись в автоматичному режимі та відповідно до розроблених цільових комп'ютерних програм. З кримінально-правової та криміналістичної точки зору такі інформаційні можливості використання персоніфікованих електронних документів вивчені мало, що може сприяти зловживанню як службових осіб, так і злочинців.

А тому Президент України, як гарант Конституції, наклав вето на цей закон, зазначивши, що прийнятий Верховною Радою України 23 вересня 2011 року Закон України **"**Про документи, що посвідчують особу та підтверджують громадянство України" не може бути підписаний, оскільки:

- несе ризики порушень конституційних прав громадян та гарантій цих прав, загальновизнаних прав особи, засадничих підвалин існування демократичної правової держави, якою є Україна;
- порушує взяті Україною міжнародні зобов'язання, є кроком назад на шляху впровадження європейських та міжнародних стандартів у сфері захисту прав людини, виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України;
- не забезпечує безпеку громадян;
- призведе до невиправданого суттєвого збільшення бюджетних витрат, негативно позначиться на бюджеті кожної сім'ї;
- низка пропонованих Законом новацій не відповідає нагальним потребам сьогодення, є необгрунтованою та неприйнятною…

Виходячи з вищевикладеного, Закон України "Про документи, що посвідчують особу та підтверджують

** Згідно з даними в Єдиній системі обліку інформації охорони здоров'я. Єдина система обліку інформації охорони здоров'я України запроваджується відповідно до ст. 6 проекту Закону України "Про фінансування охорони здоров'я та обов'язкове соціальне медичне страхування в Україні" (реєстр. № 4744 від 30.06.2009 р.). Законопроект включено до порядку денного постановою Верховної Ради України від 01.02.2011р. № 2951-VI.

громадянство України" не може бути взятий до виконання. Тож пропоную Верховній Раді України його відхилити. (*rada.gov.ua Президент України Пропозиції до Закону України "Про документи, що посвідчують особу та підтверджують громадянство України"*).

1. Інтернет портал // www: *rada.gov.ua*

Надійшла до редколегії 08.02.12

УДК 346.21+347.192.3 + 347(075.8)

І. Лукач, канд. юрид. наук

ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА В ЄВРОПЕЙСЬКИХ КРАЇНАХ КОНТИНЕНТАЛЬНОЇ СИСТЕМИ ПРАВА

В статті досліджується історія становлення корпоративного права в законодавстві європейських країнах континентальної системи права. Окрема увага приділена таким державам як Франція та Німеччина, що найбільше вплинули на формування корпоративного права в інших країнах континентальної системи права.

Ключові слова: корпоративне право; історія становлення корпоративного права в європейських країнах континентальної системи права.

В статье исследуется история становления корпоративного права в законодательстве европейских стран континентальной системы права. Отдельное внимание уделено таким государствам как Франция и Германия, которые больше всего повлияли на формирование корпоративного права в других странах континентальной системы права.

Ключевые слова: корпоративное право, история становления корпоративного права в европейских странах континентальной системы права.

The article examines the historical formation of corporate law in the law system of continental European law. Special attention is paid to such states as France and Germany, which has most influenced the formation of corporate law in other countries of continental legal system.

Keywords: corporate law, history of formation of corporate law law in the European countries of continental law system.

В нашій попередній статті, що була надрукована в **Віснику Київського національного університету імені Тараса Шевченка[6; 43-46]** ми торкалися історії створення перших акціонерних товариств в Європі і згадували про те, що право на першість виникнення корпорації оспорюють такі країни як Франція та Швеція 13-14 ст. Зауважимо, що перші акціонерні товариства у вигляді, наближеному до сучасного з'являються на території континентальної Європи в Голландії (де у 1602 р. була зареєстрована Ост-Індська компанія) [4; 15]. Зокрема, в цілях запобігання зловживань з акціонерним капіталом в 1610, 1621, 1623 та 1624 роках було видано ряд едиктів, що обмежували угоди за акціями. Проте, через низку історичних подій Голландія не стала країною, корпоративне право якої згодом вплинуло на формування сучасних господарських товариств. В Європі країнами, що найбільше вплинули на розвиток сучасного корпоративного права зокрема, так і комерційного в цілому, стали Франція та Німеччина. Саме тому ми обрали ці країни для детального вивчення в них історії становлення корпоративного права.

В українській та російській науці приділялася деяка увага історії становлення корпорацій, зокрема в працях В. А. Бєлова, О. М. Вінник, В. В. Гущіна, Т.В. Кашаніної та І.С. Шиткіної. Проте потрібно систематично розглянути становлення корпорацій в Європі, а саме Німеччині та Франції як країн, що найбільше вплинули на розвиток сучасного корпоративного права в цілому.

Розпочнемо з Франції, де перші сліди командити помітні ще в стародавні часи в Провансі та в Лангедоці (103-195). Прообразами корпорацій у Франції були societates maris та перші компанії у 16 ст., що почали торгувати з Індією. Однак, Франція не розвивала самостійне законодавство, а імплементувала англійські норми [5, 251-252].

Ми не зовсім поголжуємося з думкою В. А. Бєлова про те, що французьке корпоративне законодавство веде свою історію з революційної епохи, адже в роботі А. І. Камінки згадуються королівські привілеї, які видавав король Франції на зразок англійських та американських хартій. Так, серед компаній того часу варто відмітити Східну та Західну індійські компанії 1664 р. та Західну компанію 1717 р. [5; 255] Однією з перших корпорацій стала Compagnie de la Nouvelle France, яка була заснована кардиналом Ришельє у 1628 р. [8; 93]. Не можна не зазначити, що вражає кількість вкладників зазначеної компанії – 100 осіб, тому її також називають Компанією ста асоційованих. Цій компанії було надано виключне право на торгівлю кардиналом Ришельє у французькій Луїзіані та Квебеку[15]. Капіталізація компанії була 90000 франків – гігантська сума за тих часів, втім, через історичні події ця вона проіснувала недовго [16].

І.Т. Тарасов відмічав, що незважаючи на наявні діючі акціонерні товариства, в Ордонансі Людовика 14 від 1673 р. є лише 3 види товариства – колективна, командитна та анонімна [8; 95] (тогочасні анонімні товариства не мали нічого спільного з сучасними, якими французьке законодавство зараз називає акціонерні товариства). Однак, не можна не відмітити то факт, що акціонерна форма у Франції de facto існувала. Більш того, акціонерні товариства створювалися не лише на основі актів короля чи уряду (на зразок англійських хартій), але і у явочному порядку (хоча ці випадки були поодинокими). Це відбувалося завдяки тому, що не було єдиного акту, який би дозволяв чи забороняв порядок створення акціонерних компаній будь-ким чи їх саме існування у будь-якій формі [5; 259].

Нарешті Декрет 1791 р. вперше проголосив серед інших громадянських прав і свободу промислів [3; 98], таким чином було зроблено перехід на зразок англійського від права хартій до реєстраційної процедури. Однак, такий лібералізм, який не був підтриманим державним регулюванням привів до того, що у Франції одразу почалися численні спекуляції на тлі створення фіктивних компаній. На нашу думку, це нагадувало Англію півстоліттям тому, коли уряд був вимушений прийняти Акт про бульбашкові компанії 1720 р. Протягом наступних 10 рр. видавалися численні акти з регулювання акціонерних компаній, втім системного підходу не було. Це пояснюється історичним реаліями Франції на межі 18-19 ст., коли змінювалися один за одним уряди різних політичних напрямів. Лише за настання відносної стабільності за часів Наполеона та прийняття Комерційного кодексу, можна говорити про системне законодавче врегулювання правового становище акціонерних товариств. В Комерційному кодексі 1908 р. акціонерна компанія дістала свою звичну назву société anonyme (SA), і їй було відведено 18 параграфів [8, 119].

© Лукач І., 2012

На думку А.І. Каминки, роль Комерційного кодексу в становленні акціонерних товариств у Франції передусім була в його легітимізації та початковому правовому закріпленні, а на створення акціонерних товариств потрібна була згода уряду. Тоді як такі важливі елементи управління акціонерним товариством як загальні збори, звітність органів управління не були в ньому розглянуті [5; 263-264].

З позицій практики Комерційний кодекс Франції більш вдало закріпив інститут акціонерної командити, а саме: 1) відміна дозвільної системи створення, 2) допуск акцій на пред'явника [3, 99]. Така прозорість та легкість "зіграла" погану роль для цього інститут, оскільки вже в 1826 р. було зареєстровано близько 1100 акціонерних командит, тоді як акціонерних компаній – 507. Такий стан речей призвів до того, що акціонерні командити почали створюватися для будь-яких авантюрних проектів (сумнівні патенти, виснажені родовища тощо) [5; 255-256].

Згодом, на тлі нестабільної політичної ситуації у Франції, було розроблено кілька законопроектів, які пропонували реформу акціонерних товариств. Так, у 1837 р. було розроблено проект Закону про акціонерні товариства, яким акціонерні товариства створювалися в реєстраційному порядку, але його не було прийнято, втім до цього було навіть поставлено питання про заборону акціонерної форми, настільки серйозними були афери з нею [8; 119]. На противагу Законопроекту 1837 р., Закон 1856 р. забороняв створювати акціонерні в реєстраційному порядку, однак він залишив реєстрацію акціонерних командит та вперше закріпив деякі сучасні елементи діяльності акціонерних компаній, як визнання загальних зборів акціонерів вищим органом, а також забезпечення повної оплати статутного капіталу [3; 99]. Пізніше Законом 1863 р. було запроваджено 2 акціонерні форми: акціонерне товариство та акціонерне товариство з обмеженою відповідальністю. Останнє створювалося в реєстраційному порядку, а його статутний капітал обмежувався 20 млн. франків [8; 120].

Лише законом від 21.06.1867 р. (до нього увійшло більше 90% положень Закону 1863 р. [3; 100]) було повністю скасовано концесійну систему, а поряд з акціонерними товариствами створювалися ще і компанії зі змінним капіталом (société à capital variable), які були схожі на кооперативні товариства, які влада не хотіла вводити з політичних міркувань. У таких товариствах внески не є сталими, а приймаються постійно, як від колишніх, такі нових, тоді як з іншого боку долі членів за їх вимогою можуть бути цілком або частково повернені. Проте, капітал може бути зменшений такими сплатами лише на одну десяту свого ервинного розміру, який не повинен перевищувати спочатку суми в 200тис франків. Акції мають бути тільки іменними; їх мінімальна вартість визначалась в 50 франків і товариство вважалось остаточно заснованим після покриття однієї десятої підписного капіталу [2]. І. Т. Тарасов наголошував на тому, що закон 1867 р. містив інформацію лише про комерційні акціонерні компанії, а не про цивільні [8; 122-122].

На сьогодні основу французького законодавства про компанії становить Закон про комерційні товариства від 24 липня 1966 р. [11] з конкретизацією положень Декретом від 23.03.1967. Проте, варто відмітити, що положення Закону 1966 р. увійшли до положення Книги 2 нового Комерційного кодексу від 18.09.2000 [19], а сам Закон 1966 р. було скасовано. Так, згідно з ч. 1 ст. L210-1 Комерційного кодексу Франції комерційний характер товариства визначається його формою та предметом. Ч.2 уточнює, що в будь-якому розумінні комерційним є колективні товариства (les sociétés en nom collectif), прості командитні товариства (les sociétés en commandite simple), товариства з обмеженою відповідальністю (les sociétés à responsabilité limitée) та акціонерні товариства (les sociétés par actions) [10]. Зауважимо, що ці товариства у свою чергу ще діляться на види, проте обсяг даної статті не дозволяє розкрити їх правовий статус.

Відмітимо, що французьке корпоративне право вплинуло на такі країни як Бельгія, Іспанія, Італія, Туреччина, колишніх французьких колоній в Африці, деяких Латиноамериканських країн (зокрема, Колумбія).

Перейдемо до розгляду становлення корпоративного права Німеччини. На думку В. А. Удінцева, саме в Німеччині торгове право набуло найбільш відособленої форми від інших галузей права, оскільки її економічний оборот не вписувався у вузькі рамки цивільного права античного світу [9; 69]. Іншою причиною відособлення торгового права було намагання з'єднати розрізненні німецькі землі, які не дуже охоче йшли на реформу цивільного права з його важливими соціальними інститутами, а от необхідні зміни в регламентації торгового обороту були зрозумілі як маленьким, так і великим князівствам. Таким чином, розроблена у Франції ідея об'єктивного торгового права у Німеччині мала об'єктивну форму [9; 70].

Якщо вести мову про німецьке корпоративне право, то не можна не згадати про історичні передумови його формування зокрема та торгового права в цілому. Одним з перших прообразів акціонерних компаній в Німеччині були die Gesellschaft des Zcynnhandels в Мейсоні (кінець 15 ст.), а також Uglauer Woll und Tuchsocietat 1726 р. Однак, на думку І.Т. Тарасова, ці товариства були швидше прообразом акціонерної командити,тоді як власне перша німецька акціонерна компанія під назвою Orientaliche Gesellschaft зявилася у Відні в 1719 р., потім слідує Гамбурзьке страхове товариство 1765 р., Берлінське страхове товариство від вогню 1812 р. [8; 102-103]. Однак, на думку Камінки, до акціонерних товариств можна віднести Бранденбургську Африканську компанію 1692 р. [5; 284] Також прообразами сучасних корпорацій були спілки гірничодобувних підприємств, перша з яких була заснована ще в 1415 р. в Леобені. Їх статутний капітал був поділений на кукси (прообраз акцій), які розподілялися між засновниками [14].

Навіть в період, коли діяльність акціонерних компаній ще не регулювалася законодавчо, статути акціонерних компаній в Німеччині були більш деталізовані особливо, що стосується внутрішніх відносин в товаристві [5; 284].

До прийняття відомого Загального Німецького Торгового Уложення 1861 р., на території сучасної Німеччини діяли різні закони з регламентації діяльності акціонерних компаній. Так, вперше законодавчо врегульована діяльність акціонерних компаніях була в Гамбурзькому законі 1835 р. та Прусському законі 1839 р. про залізничні підприємства [8; 126]. Метою останнього було присікання спекуляцій, які були пов'язані з бурхливим ростом будівництва залізних доріг. Особливістю цього закону було те, що він суттєво зачіпав сферу публічного порядку, а саме була введена концесійна система не тільки для створення залізничних компаній, але і для випуску акцій та облігацій, встановлене зобов'язання повної сплати статутного капіталу під загрозою заборони видачі на руки не тільки акцій, але і інших документів, що їх заміняють [3; 101].

Зазначений прусський Закон 1839 р. був прообразом першого прусського Закону про акціонерні товариства 1849 р. концесійна система створення акціонерних товариств залишалася, однак поряд з цим, Законом 1849 р. досить детально було прописано необхідний

зміст статуту, порядок його прийняття та опублікування, права та обов'язки правління, вводився інститут річної публікації звітності компанії перед правлінням.

Відмітимо, що положення Закону 1849 р. майже повністю увійшли до Загального Німецького Торгового Уложення 5 липня 1861р. ЗНТУ поклало початок до її відміни концесійної системи [8; 127]. І тільки Закон про акціонерні товариства 1870 р. повністю відмінив спеціальний урядовий дозвіл на створення акціонерних компаній (окрім підприємств з будівництва залізних доріг та банків) [5; 300]. Більш того саме Закон 1870 р. увів дворівневу систему управління (виконавчий орган та правління), яка притаманна сучасному німецькому праву [24; 34-35]. З інших новел Закону 1870 р. варто згадати такі норми: 1) по мінімальну номінальну вартість акцій; 2) про заборону номінальної вартості акцій; 3) заборона викупу та погашення власних акцій; 4) відповідальність членів правління та ради директорів за збитку компанії та третім особам; 5) обов'язковість публікації річного балансу відповідної форми та змісту; 6) обов'язки члени правління повідомляти комерційний суд, який її зареєстрував, про загрозу її неспроможності [3; 103].

Зміна концесійної системи на реєстраційну не заставила чекати позитивних результатів з ожвавлення створення акціонерних компаній. Так, в Прусії в період з 1790-1867 р. було створено 290 акціонерних компаній, а лише в 1872 р. – 504. На думку І.Т. Тарасова Закон 1870 р. був однією з причин кризи 1872 р. [8; 127], хоча А.І. Камінка був незгодним з нападками вбік цього Закону, оскільки останній лише відмінив концесійну систему, залишивши її для публічно важливого економічного сектору [5; 306] (про що ми писали вище). Насправді причиною кризи 1872 р. була франко-прусська війна, в ході якої були деякі шахрайства, пов'язані з відміною концесійної системи, однак основним недоліком цього Закону була повна безвідповідальність засновників, які могли оплатити лише 40 % вартості акцій при створенні акціонерного товариства [24; 13].

Тому Законом 1884 р. було введено обов'язок акціонера повністю сплатити свою часту при створенні товариства [5; 312]. Загалом, Закон 1884 р. містив багато норм щодо правового статусу акціонера, що складають основу сучасного корпоративного права. Зокрема, було визначено, що засновники є акціонерами (не менше) п'ятьох, які складають статут товариства, в якому прописуються їх участь [5; 313]. Також було визначені загальні права акціонера: 1) право на участь у справах товариства; 2) право на прибуток; 3) право на участь в майні при ліквідації товариства [3; 108]. Також Закон вніс інші новели, зокрема було встановлено порядок відповідальності засновників, правління (виконавчого органу) та наглядової ради. Разом з тим мала свій розвиток система корпоративного управління, зокрема, збори акціонерів помітно виходили на першу роль, були більш чітко прописані права та обов'язки правління та наглядової ради. Вперше Законом 1884 р. була приділена увага правам меншості: право на скликання загальних зборів; група акціонерів, що володіла 10 % акцій мала право на звернення до торгового суду з вимогою про ревізію справ товариства; кожен акціонер мав право на позов до суду про визнання недійсним рішення загальних зборів, правління чи наглядової ради [5; 315-317].

Згодом Торгове уложення Німеччини 1897 р. увібрало в себе положення Закону 1884 р., але ввело ще один орган акціонерного товариства – ревізійну комісію та ретельно прописало її права а обов'язки [5; 321].

У 20 ст. було проведено 2 великі реформи акціонерного товариства – 37 та 56 р.. Законом про акціонерні товариства 37 р. було посилено публічний вплив на формування та діяльність акціонерних товариств з огляду а історичні події в націській Німеччині. Зокрема, у ст. 70 Закону "Про акціонерні товариства", прийнятого в1937 р., прямо вказувалося, що правління акціонерного товариства "повинно керуватисясвідомістю відповідальності перед загальним благом народу і рейху" [7]. Разом з тим, Законом 1937 р. було вперше детально закріплена система концерного права. Акціонерний закон Німеччини від 06.09.1956 р. (зі змінами та доповненнями) діє по теперішній час і регулює не тільки акціонерні товариства, але і концерни та акціонерні командити.

Зауважимо, що саме в Німеччині виникла одна з найбільш вживаних в бізнесі форм юридичної особи – товариство з обмеженою відповідальністю. На зустрічі бізнесменів Берліну в 1884 р. було вперше сформульовано ідею про створення нової форми товариства, яка могла б задовольнити потреби середнього та малого бізнесу [17; 5-6]. Закон 1892 р. про товариство з обмеженою відповідальністю. Цю форму навіть називали "малим акціонерним товариством" [17; 7]. Закон 1892 р. діє в Німеччині (зрозуміло, в нових редакціях) і до сьогодні. Ця унікальна юридична конструкція – продукт співпраці науковців, підприємців та законодавця – згодом розповсюдилася в світі і є невід'ємною частиною корпоративного права маже всіх цивілізованих країн (за рідким виключенням, наприклад Англії). Зауважимо, що основні положення про ТОВ, які були закладені ще в 1892 р., діють і до сьогодні: основа діяльності ТОВ – це обмежена відповідальність його учасників поряд з відсутністю випуску акцій; порядок формування статутного капіталу ТОВ; прийняття та виключення учасників: особливості припинення діяльності тощо. Варто зазначити, що остання, і найбільш масштабна реформа ТОВ в Німеччині відбулася в 2008 р., з прийняттям Закону Про модернізацію ТОВ та боротьбою із зловживаннями [12]. Аналіз цієї реформи буде окремою темою наших подальших наукових досліджень, тому тут лише зазначимо, основні напрями реформи 2008 р. Головною новелою реформи стало запровадження нової виду ТОВ – міні-ТОВ (в оригіналі тексту – Підприємницьке товариство), яка не є особливою формою товариства, а лише видом ТОВ[22]. Основною відмінністю ТОВ від міні-ТОВ є формування статутного капіталу. Навідміну від ТОВ, де мінімальний статутний капітал становиь 25 тис. Євро, для формування міні-ТОВ достатньо всього 1 євро. Втім, законодавець вивів чітку процедуру збільшення статутного капіталу міні-ТОВ до стандарту TOD у процесі своєї діяльності [20].

В Німеччині корпоративне право дістало назву права товариств, які діляться на персональні та капітальні. Головною відмінністю між ними є наявність юридичної особи в акціонерних товариствах, акціонерних командитах та товариствах з додатковою відповідальністю, та відсутність у повних та командитних товариствах [24; 1].

Зауважимо, що в Німеччині, на відміну від Англії, немає окремого закону про повні чи командитні товариства, а положення про ці правові форми містяться в Розділі 2 Німецького торгового уложення. Відзначимо, що Як Франція, так і Німеччина, відчувають вплив права Європейського Союзу, що буде предметом наших подальших наукових досліджень.

Тепер зупинимося на характеристиці корпоративного права країн Європи, на які найбільше вплинуло німецьке корпоративне право. В Австрії, Швейцарії, Ліхтенштейні та Люксембургу застосовуються всі ті ж юридичні форми корпорацій, що і в Німеччині. Відміна полягає у джерелах та деяких особливостях правового регулювання. Так, в Австрії товариства регулюються 2 Книгою Підприємницького кодексу Австрії (в результаті реформи таку назву з 2007 р. дістав Торговий кодекс Австрії, основу якого складає Торгове уложення Німеччини) [23] та окремі Закони про Акціонерні товариства та Товариство з обмеженою відповідальністю (у останнього, на-

приклад, найбільший мінімальний статутний капітал в Європі – 35 тис. Євро) [18]. у Швейцарії право товариств регулюється Швейцарським Законом Про зобов'язання (що є частиною Цивільного кодексу Швейцарії 1911 р.) [1; 3], в якому включені положення про всі види товариств. В Ліхтенштейні корпоративне право регулюється Законом Про товариства 1926 р, а в Люксембургу – Законом про акціонерні товариства та Законом про товариства з обмеженою відповідальністю [21]. Також Німецьке право суттєво вплинуло на формування японського корпоративного права.

На кінець, коротко розглянемо джерела корпоративного права в деяких країнах Європи. В Італії і в Нідерландах всі види товариств регулюються Цивільним кодексом Італії 1942 р. (розділ 2) та Цивільним кодексом Нідерландів 1992 р. (книга 2). У Чехії – Комерційним кодексом 1991 р. (книга 2). В Іспанії джерелом є Королівський декрет 2010 р., що закріпив консолідований Закон Про компанії 2010 р (об'єднуючи Закони Про корпорації 1989 р., Про публічні корпорації 1988 р., та Про цінні папери 1995 р., а також деякі норми Комерційного кодексу Іспанії щодо повних та командитних товариств). У Польщі та Португалії прийнято кодекси з регулювання корпорацій – Кодекс торговельних товариств Польщі 2000 р. та Кодекс компаній Португалії 1986 р.

Таким чином, Німеччина та Франція є країнами, які найбільше вплинули на регулювання корпоративного права в країнах континентальної системи права. Обидві країни пройшли шлях становлення корпоративного права через прийняття спеціальних законів (у випадку акціонерного права та права ТОВ) та включення норм щодо повних та командитних товариств у відповідні Комерційні кодекси. Втім, на сучасному етапі суттєвою різницею в джерелах регулюванні є те, що новий Комерційний кодекс Франції увібрав у себе положення законів про акціонерні товариства та ТОВ, тоді як в Німеччині ці суб'єкти регулюються на рівні окремих законів. Дослідивши джерела регулювання інших країн континентальної системи права ми побачили, що вони неоднорідні, а корпоративне право може регулюватися такими актами: статті комерційного кодексу; статті цивільного кодексу; статті комерційного кодексу та спеціального закону; спеціальний закон; кодекс товариств.

Подальшого наукового дослідження потребує сучасний стан джерел корпоративного права та виокремлення підходів до розуміння поняття "корпорації" в них.

1. Агеев А.Б. Акционерное законодательство Швейцарии. Постатейный комментарий. – М.: Статут, 2005. – 237 с. 2. Акция и акционерное общество. Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона // Наводиться за: http://bibliotekar.ru/be/142.htm 3. Белов В.А. Корпоративное право. Актуальные проблемы теории и практики. – М.: Юрайт, 2009. – 678 с. 4. Гущин В.В. Корпоративное право: учебник. – М.: Эксмо, 2009.– 624 с. 5. Каминка А.И. Акционерные компании. Юридическое исследование. – С.-Пб: Ландау 1902. – Т. I. – 490 с. 6. Лукач І.В. Історія становлення корпоративного права в Англії та США // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 2010. – № 83. – С. 43-46. 7. Миронин С. // Как Германия выходила из Великой депрессии // http://www.contrtv.ru/common/3030/ 8. Тарасов И.Т. Учение об акционерных компаніях. – М.: Статут, 2000. – 666 с. 9. Удінцев В.А. История обособления торгового права. – К.: 1900. – 217 с. 10. Code de commerce (France)// Наводиться за: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=54F11FB75FE49F4E9A479F68944E72B2.tpdjo15v_3?idArticle=LEGIARTI000006222344&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20111020&categorieLien=id 11. Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales (Franace) (втратив чинність)// Наводиться за: http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=54F11FB75FE49F4E9A479F68944E72B2.tpdjo15v_3?idArticle=LEGIARTI000006271561&cidTexte=LEGITEXT000006068288&dateTexte=20001231 12. Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) // 23.10.2008. 13. Unternehmensgesetzbuch (HaRÄG, BGBl I Nr 2005/120)// Bundesgesetzblatt fur die RepublikÖsterreich. – 2005. – 27.10.2005. – T.1. 14. Aktiengesellschaft // Наводиться за: http://www.justlaw.de/rechtsanwalt-goettingen/Gesellschaftsrecht/Aktiengesellschaft-AG.htm 15. Compagnie des Cent Assoies http://www.geocities.com/weallcamefromsomewhere/company_associates.html 16. Company of One Hundred Associates // http://en.wikipedia.org/wiki/Company_of_One_Hundred_Associates 17. Hachenburg M. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG): Grosskommentar. – Brelin: 1992. – 191 s. 18. Kurzinformation zur Gesellschaftsgründung // http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?angid=1&stid=421059&dstid=940&BrID=517&titel=Gesellschaft%2cmit%2cbeschr%C3%A4nkter%2cHaftung%2c(GmbH) 19. Les sociétés commerciales // http://lexinter.net/JF/societes_commerciales.htm 20. Oehlrich M. The German Unternehmergesellschaft: Entering Regulatory Competition // http://www.iuscomp.org/gla/literature/oehlrich.html 21. Société à responsabilité limitée (Luxemburg) http://de.wikipedia.org/wiki/Soci%C3%A9t%C3%A9_%C3%A0_responsabilit%C3%A9_limit%C3%A9e_(Luxemburg) 22. UG (haftungsbeschränkt) // http://www.existenzgruender.de/selbstaendigkeit/vorbereitung/gruendungswissen/rechtsform/05245/index.php 23. Unternehmensgesetzbuch (HaRÄG, BGBl I Nr 2005/120) // Bundesgesetzblatt fur die RepublikÖsterreich. – 2005. – 27.10.2005. – T.1 // https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2005_I_120/BGBLA_2005_I_120.html 24. Wilhelm j. Kapitalgesellschaftsrecht. – Berlin.: Gruyter, 2009. – 572 p. // http://books.google.com.ua/books?id=dup_RPL6doIC&lpg=PP1&hl=ru&pg=PR4#v=onepage&q&f=false

Надійшла до редколегії 08.02.12

удк 347.626.1

Б. Левківський, канд. юрид. наук

СУДОВИЙ НАКАЗ: ПЕРСПЕКТИВНА ФОРМА ЗАХИСТУ МАЙНОВИХ ПРАВ ПОДРУЖЖЯ

У статті висвітлено сучасні проблеми нормативного регулювання аліментних правовідносин подружжя в Україні. Проведено аналіз чинного законодавства України, щодо нормативного забезпечення прав подружжя що потребує матеріальної допомоги, тобто нужденного суб'єкта аліментних правовідносин. Спираючись на наукові розробки та результати аналізу норм матеріального та процесуального права, матеріалів правозастосовної практики висунуто гіпотезу щодо можливості захисту майнових прав та інтересів подружжя судовим наказом.

Ключові слова: матеріальне утримання, аліменти, суб'єкти аліментних правовідносин, подружжя, порядок стягнення аліментів, судовий наказ.

В статье освещены современные проблемы нормативного регулирования алиментных правоотношений супругов в Украине. Проведен анализ действующего законодательства Украины относительно нормативного обеспечения прав супруга нуждающегося в материальной помощи, нуждающегося субъекта алиментных правоотношений. Опираясь на научные разработки и результаты анализа норм материального и процессуального права, материалы правоприменительной практики выдвинута гипотеза о возможности защиты имущественных прав и интересов супругов судебным приказом.

Ключевые слова: материальное содержание, алименты, субъекты алиментных правоотношений, супруги, порядок взыскания алиментов, судебный приказ.

The article highlights the current problems Regulatory alimony legal marriage in Ukraine. The analysis of current legislation of Ukraine on legal protection of rights of spousesrequiring financial assistance, that is the subject of alimony poor relations. Leaning against scientific developments and results of analysis of norms of financial and judicial right, materials of judicial practice hypothesis is pulled out about possibility of defence of property rights and interests of the married couples by the order of court.

Keywords: financial maintenance, alimonies, subjects of alimentary legal relationships, married couples, order of penalty of alimonies, order of court.

Вступ. Організація Об'єднаних Націй у Загальній декларації прав людини [1], а також у статутах і відповідних документах спеціалізованих установ, проголосила і погодилась з тим, що кожна людина має володіти всіма зазначеними у них правами і свободами без якої б то не було різниці.

© Левківський Б., 2012

Чинна нині Конституція України [2] наповнена нормами які прямо встановлюють рівність всіх осіб які перебувають на території України. Законодавець уникає застосування терміну "громадянин" навмисно використовує термін людина тобто будь-яка особа автоматично поширюючи дію норм Конституції України на всіх осіб які перебувають на її території на законних підставах.

У положеннях Конституції закріплено найважливіші права людини, які утворюють певну систему суб'єктивних прав особи. Зокрема чітко зазначено, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. (ст. 3). Усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах (ст. 21). Кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості (ст. 23).

Положення Конституції визначають і статус жінки в суспільстві, державі: "Рівність прав жінки і чоловіка забезпечується: наданням жінкам рівних з чоловіками можливостей" (ст. 24).

Потрібно окремо підкреслити і положення Конституції України які наголошують на праві кожної особи на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, що включає достатнє харчування, одяг, житло, яке закріплено у ст. 48.

Встановлюють положення Конституції і загальні принципи регулювання сімейних відносин в Україні. Так, у ст. 51 зазначено: "Шлюб ґрунтується на вільній згоді жінки і чоловіка. Кожен із подружжя має рівні права і обов'язки у шлюбі та сім'ї".

Сімейний кодекс України (надалі – СК) розвиваючи положення Конституції України чітко встановлює, що регулювання сімейних відносин здійснюється з метою побудови сімейних відносин на паритетних засадах, на почуттях взаємної любові та поваги, взаємодопомоги та підтримки (ч.2 ст.1 СК) [3]. Здійснюючи сімейні права учасник сімейних відносин не може мати привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, статі, політичних, релігійних та інших переконань, етнічного та соціального походження, матеріального стану, місця проживання, за мовними та іншими ознаками (ч.5 ст. 7 СК).

Регулюючи відносини між подружжям СК закріплює низку їх найважливіших прав, як особистих немайнових так і майнових. Зокрема, кожен з подружжя має право на повагу до своєї індивідуальності, своїх звичок та уподобань (ст. 51 СК), право на створення умов для праці та відпочинку (ст. 52 СК), право на утримання у випадку нужденності (ч.2 ст. 75 СК), право на утримання після розірвання шлюбу (ч.2 ст. 76 СК). Забезпечується реалізація цих прав подружжя іншими нормами СК, зокрема закріплено обов'язок кожного з подружжя матеріально підтримувати один одного (ч.1 ст.75 СК), з метою забезпечення прав та інтересів кожного з подружжя, право спільної сумісної власності подружжя поширено на заробітну плату, стипендію, інші доходи одержані одним із подружжя (ч. 2 ст. 61 СК), визначено, що чоловік або жінка має надавати утримання тому з подружжя з ким проживає дитина (ч.1 ст.86 СК, 88 СК,). Щодо норм Закону України "Про попередження насильства в сім'ї" то зазначений нормативний акт на сьогодні майже не дії, і не через вади нормативного регулювання, а через бездіяльність визначених у ньому уповноважених державою органів.

Ефективно права подружжя забезпечуються зазначеними нормами чинного законодавства лише у тому випадку якщо мова іде про міцну сім'ю, віддане подружжя, про сім'ю в якій кожен з подружжя розглядає шлюб як спільний партнерський союз, а не встановлену авторитарним господарем деспотію.

Ми маємо також розуміти, що без налагодженого соціально-правового механізму забезпечення прав людини як суб'єкта сімейних відносин неможливо досягти їх "ідеального" функціонування. Такої думки додержується і О. Сакун, яка підкреслює, що для реалізації конституційно закріплених прав і свобод людини в Україні необхідно мати налагоджений соціально-правовий механізм забезпечення прав людини – систему засобів і чинників, що гарантують необхідні умови поваги до всіх основних прав і свобод людини, які є похідними від її гідності [4, с. 190]. Такий дієвий механізм має включати як механізми забезпечення реалізації прав так і механізми охорони та захисту.

Загальний аналіз судової практики та практики захисту та відновлення порушених суб'єктивних прав уповноваженими державою органами (орган опіки та піклування, прокуратура) дозволяє констатувати той факт, що в Україні і досі порушуються суб'єктивні права членів сім'ї. Нажаль, в Україні до цього часу не забезпечено дотримання прав найнезахищеніших членів сім'ї – жінок та дітей, не створено дійсно ефективних правових механізмів забезпечення реалізації та захисту їх прав.

Однією із нагальних проблем на сучасному етапі розвитку сімейного права України яка протягом останніх років зазнала жахливих масштабів, а тому і потребує негайного усунення є проблема забезпечення достатнього життєвого рівня кожного члена сім'ї, особливо у випадках кризи шлюбних або сімейних відносин. Зазначена проблема тісно перетинається з іншими, зокрема з проблемою дотриманням прав "нужденного" подружжя на його звичайному рівні життя, який існував протягом шлюбних відносин, незалежно від стосунків подружжя, та проблема насильства в сім'ї, зокрема економічного, яка останнім часом набула просто вражаючих масштабів.

Актуальність зазначеної теми також зумовлена необхідністю розробки механізмів охорони та своєчасного забезпечення прав подружжя, будь-кого з членів сім'ї, які забезпечують його природне існування та/або соціальне буття, можливості реалізації кожним членом сім'ї права на достатній життєвий рівень, нужденного подружжя на утримання, а також права на частку у доході іншого подружжя, яке згідно чинного законодавства як правило виникає з моменту реєстрації шлюбу та припиняється разом із втратою шлюбом правозгідності або у наслідок його розірвання.

Останніми науковими розробками щодо забезпечення та відновлення суб'єктивних прав є: 1) Стефанчук Р. О. Цивільна правоздатність та дієздатність як необхідні передумови здійснення особистих немайнових прав фізичних осіб // Університетські наукові записки. – 2006. – № 3-4 (19-20). – С. 114-123; 2) Стефанчук Р. О. Принципи та гарантії здійснення особистих немайнових прав фізичних осіб // Юридична Україна. – 2007. – № 3. – С. 48-57; 3) Грибанов Ю. Ю. Рассмотрение дел в порядке упрощенного производства в гражданском и арбитражном процессе (сравнительное исследование правовых систем России и Германии) : диссертация... кандидата юридических наук : 12.00.15 Кемерово, 2007; 4) Тимшина О. Л. Особенности регулирования правовых отношений между бывшими супругами : диссертация ... кандидата юридических наук : 12.00.03.- Москва, 2010; 5) Великорода О. Розширення сфери застосування наказного провадження // Підприємництво, господарство і право. – 2011. – № 7 (187). – С. 19-21.

Зазначені роботи даючи підґрунтя для подальших досліджень все-таки не приділяють належної уваги питанню забезпечення прав нужденного подружжя та їх

захисту від зловживань іншого подружжя або економічного насильства.

Мета даної статті полягає у необхідності виявлення можливих шляхів удосконалення юрисдикційного захисту прав подружжя, теоретичного обґрунтування необхідності розширення сфери застосування наказного провадження.

Досить частими є випадки коли один з подружжя бере на себе обов'язок по матеріальному забезпеченню існування сім'ї (ми можемо його визначити як "зобов'язаний" подружжя), а інший, в силу певних обставин, веде домашнє господарство. Вбачається, що у такій сім'ї той з подружжя який не має самостійного доходу знаходиться у стані певної залежності від іншого (його можна визначити як "залежного" подружжя), оскільки можливість реалізації ним суб'єктивних прав та інтересів прямо залежне від можливості забезпечити реалізацію цих прав іншим із подружжя. За певних негативних обставин "залежний" подружжя може перейти у стан "нужденності". Не слід плутати "залежність" із "нужденністю" подружжя.

"Залежність" подружжя хоча є не зовсім комфортним явищем має місце майже у кожній сім'ї на різних етапах її становлення та існування. Залежність подружжя завжди має місце у сім'ї з одним працюючим подружжям, а рівно як і у сім'ї зі сталим прибутком у одного з подружжя, у сім'ї яка знаходиться у звичайному спокійному стані. У той час як нужденність подружжя виникає з моменту зміни звичайного стану сім'ї з одним працюючим подружжям, на кризовий сімейний стан. Слід зазначити, що зміни звичайного стану забезпечення прав відбувається не в силу об'єктивних чинників (зміна розміру доходів, невиплата заробітної плати, втрата роботи та інш.), а в силу суб'єктивних, тобто таких які прямо залежні від волі працюючого "зобов'язаного" подружжя. До суб'єктивних чинників необхідно віднести умисні дії одного з подружжя спрямовані на створення умов за яких іншому з подружжя не буде забезпечуватися його звичайний рівень життя, реалізації рівних суб'єктивних сімейних прав, зловживання правом. І хоча положення чинного цивільного законодавства (ч. 3 ст. 13 ЦК України) закріплюють недопустимість подібних дій, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, доводиться визнавати, що вони все частіше мають місце у сімейних відносинах.

Варто зробити наголос на тому, що протягом усього розвитку інститут зловживання знав лише 2 форми: зловживання правом із наміром завдати шкоди (шикана) та зловживання правом без наміру завдати шкоди [5, с. 121]. У сімейних відносинах здебільшого має місце саме шикана.

Сімейний кодекс України не містить в своїх нормах термінів "залежне", "нужденне" та "зобов'язане" подружжя. Регламентуючи права та обов'язки подружжя по утриманню у главі 9 СК застосовуються загальноприйнятні, традиційні для вітчизняного сімейного права терміни "утримання", "аліментування", "матеріальна допомога". Ці терміни на сучасному етапі соціально-економічного розвитку нашого суспільства у деяких випадках не у повній мірі розкривають суть відносин які виникають між подружжям з приводу виконання обов'язку по взаємній підтримці (як матеріальній так і нематеріальній) утриманню тощо, закріпленого у ряді норм СК (ст.ст. 1, 7, 75, 76, 86, 88 СК та інші). А відтак виникає потреба удосконалення правової термінології.

Як правило стан нужденності одного з подружжя виникає у випадку кризи шлюбу – у наслідок фактичного припинення шлюбних відносин, початку процедури розірвання шлюбу, яке призводить до припинення надання йому утримання іншим подружжям, зобов'язаним прямою вказівкою закону або договором між подружжям, у добровільному порядку.

Згідно чинного СК подружжя вправі врегулювати сімейні відносини за домовленістю – договором (ч. 2 ст. 7 СК), укласти "Шлюбний договір" у якому визначити порядок надання утримання та його розмір (ст. 99) або "Договір про надання утримання" (ст. 78). У випадку існування одного з цих договорів утримання нужденного подружжя відбувається у відповідності з умовами даних договорів, а неналежне виконання обов'язків зобов'язаного подружжя по утриманню нужденного буде підставою для звернення до нотаріуса за виконавчим написом, оскільки обидва договори у відповідності з СК підлягають нотаріальному посвідченню. А відтак і процедура захисту у зазначених випадках є простою, зрозумілою, оперативною та ефективною.

Щодо забезпечення права "нужденного" подружжя на утримання за відсутності одного з зазначених договорів, тобто за законом то на практиці виникають значні проблеми. У випадку невиконання "зобов'язаним" подружжям свого обов'язку по матеріальній підтримці "нужденний" подружжя може звернутися за захистом своїх порушених прав до суду.

Ці проблеми пов'язані як із певними вадами норм матеріального права так і з недостатньою модернізацією норм процесуального права.

Результати аналізу норм матеріального права дозволяють стверджувати, що "залежний" подружжя у випадку переходу його у стан "нужденності" має право: 1) на частину доходу який отримує "зобов'язаний" подружжя; 2) на отримання утримання від "зобов'язаного" подружжя у добровільному або у примусовому порядку (аліментування); 3) на відшкодування моральної шкоди (у випадку порушення його права та за наявності такої шкоди). Розгляне їх більш детально.

1. Право на частину доходу який отримує "зобов'язаний" подружжя. Оскільки у СК зазначено, що майно набуте за час шлюбу належить дружині та чоловіку на праві спільної сумісної власності (ст. 60 СК). Право спільної сумісної власності поширюється на заробітну плату, пенсію, стипендію та інші доходи одержані одним із подружжя (ст. 61 СК). Вбачається, що ця частка буде дорівнювати половині доходу "зобов'язаного" подружжя, який віднесено до спільної сумісної власності, в силу прямої вказівки закону. Дружина та чоловік мають рівні права на володіння, користування і розпорядження майном, що належить їм на праві спільної сумісної власності (ст. 63 СК). У разі поділу майна, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, частки майна дружини та чоловіка є рівними (ч.1 ст. 70 СК). Якщо належна "нужденному" подружжю частина доходу не забезпечує реалізацію його прав та інтересів і є меншою за прожитковий мінімум (як зазначено в ч. 4 ст. 75 СК), він має право на стягнення з "зобов'язаного" подружжя ще й аліментів на свою користь. Після розірвання шлюбу "нужденний" подружжя має право виключно на утримання, матеріальну допомогу – аліменти.

2. Право на отримання утримання від "зобов'язаного" подружжя у добровільному або у примусовому порядку (аліментування). Досить неоднозначно у СК регулюється питання надання утримання та взагалі виникнення права у "нужденного" подружжя на утримання. У ч.2 ст. 75 СК зазначено, що право на утримання (аліменти) має той із подружжя, який є непрацездатним, потребує матеріальної допомоги. І якщо із станом непрацездатності одного з подружжя все зрозуміло і це положення не викликає заперечень, а СК не містить будь-яких сум якими обмежується право на аліменти у

цьому випадку, то зі станом "нужденності" або як зазначено в нормі у разі потреби у матеріальній допомозі не все так однозначно. Оскільки норма ст. 75 СК у частині закріплення права нужденного подружжя (ч.4 ст. 75 СК) входить у протиріччя з іншими нормами кодексу встановлюючи безпідставне обмеження такого права.

У 2012 році прожитковий мінімум на працездатну особу визначено з першого січня у розмірі 1073 грн. (ст. 12 Закону України "Про Державний бюджет України на 2012 рік") [6]. А відтак у випадку наявності у нужденного подружжя доходу у розмірі 1073 грн. на місяць він буде не вправі вимагати від зобов'язаного подружжя надання утримання. А як бути з потребами які виходять за межі цієї суми і які є життєво необхідними?

У науковій літературі зазначається, що саме через обмеження прав однієї особи досягається свобода здійснення прав іншою особою [7, с. 15]. Наслідком встановлення в СК обмеження права нужденного подружжя на аліменти на рівні прожиткового мінімуму створюються умови для порушення його суб'єктивних прав.

Прив'язка до прожиткового мінімуму викликає безліч питань, а саме які критерії були покладені в основу при закріпленні такої норми? Із яких підстав було встановлено обмеження права нужденного подружжя на аліменти на рівні прожиткового мінімуму? Ромовська З.В. зазначає, що такою прив'язкою намагалися забезпечити права нужденного подружжя, оскільки і мінімальна зарплата і пенсія інколи була меншою за прожитковий мінімум [8, с. 168-170]. Однак, на сьогодні дана норма застаріла оскільки доходи подружжя інколи значно вищі прожиткового мінімуму та встановленої мінімальної заробітної плати, а джерела формування доходу сім'ї не обмежуються однією стипендією, пенсією, заробітною платою.

Обмежуючи виникнення права нужденного подружжя на утримання прожитковим мінімумом не тільки створюються перешкоди реалізації інших, належних йому прав закріплених у СК (право на повагу до своєї особистості (ст. 51), право на фізичний та духовний розвиток (ст. 52) та інші), а і порушуються основні принципи регулювання сімейних відносин, що закріплені в ч. 9 ст. 7 СК (сімейні відносини регулюються на засадах справедливості, добросовісності та розумності).

Існує безліч випадків коли один з подружжя отримуючи значні прибутки та контролюючі доходи сім'ї зловживає своїми правами, вдається до економічного насильства в сім'ї, відмовляє у наданні частини цих доходів у розпорядження іншого з подружжя ("залежного") з метою отримання певного впливу, домінуючого стану не побоюючись наслідків. Найчастіше це відбувається в період кризи шлюбу, коли "зобов'язаний" подружжя зловживає своїми правами не лише з метою домінування в відносинах, а і з метою принизити іншого з подружжя, помститися йому або отримати для себе певні вигоди (певне майно у разі поділу майна подружжя, опіку над дитиною).

Виправити зазначену ситуацію можливо шляхом внесення змін у чинний СК та ЦПК.

Почати зміни матеріального права слід з СК, як з ключового нормативного акту. Вбачається необхідним змінити ч. 4 ст. 75 СК, виключивши зазначене обмеження на рівні прожиткового мінімуму та виклавши її в наступній редакції: "*Один із подружжя є таким, що потребує матеріальної допомоги, якщо його дохід не забезпечує йому реалізацію своїх, усталених у шлюбі звичок та уподобань, звичайний образ та ритм життя*".

3. На відшкодування моральної шкоди. У тому випадку якщо зобов'язаний подружжя не виконує своїх обов'язків щодо перерахування або передачі частини доходу який він отримує залежному подружжю, не виконує обов'язків по утриманню в наслідок чого залежний подружжя зазнає порушення нормальних життєвих зв'язків. Моральна шкода настає в силу неможливості продовження активного громадського життя, порушення стосунків з оточуючими людьми або через інші негативні наслідки [9]. "Залежний" подружжя може звернутися до суду у порядку позовного провадження з вимогою відшкодувати йому моральну шкоду яку він зазнав.

Щодо процесуальної сторони даного питання то захист права на утримання та права на частину доходу "зобов'язаного" подружжя до припинення шлюбу, відбувається у судовому порядку. Результати аналізу чинної процедури підтверджують її недосконаліть, неможливість оперативно забезпечувати захист та відновлення зазначених суб'єктивних прав. Такої думки притримується і Д.А. Петренко, який наголошує, що: "В останні роки навіть людина, яка не пов'язана з юридичною професією, не могла не чути про проблему так званих процесуальних диверсій в цивільному судочинстві…..Як показує практика, проблема навмисного затягування судового процесу окремими його учасниками стала звичайним явищем недосконалості українського судочинства….На жаль, непоодинокими є випадки, коли цивільні справи в судах першої інстанції розглядаються роками, у середньому тривалість розгляду справи становить від 1 до 3 років." [10, ст. 319, 320], порушуючи головні принципи забезпечення реалізації прав суб'єктів сімейних відносин – повноту та своєчасність.

Чинним ЦПК України визначено, що цивільні справи у судах розглядаються в порядку позовного, наказного та окремого провадження [11]. Щодо справ про стягнення аліментів то вони як правило розглядаються у позовному порядку, єдиним виключенням є стягнення тридцяти відсотків прожиткового мінімуму доходів громадян на дитину (п. 4 ч. 1 ст. 96 ЦПК) які розглядаються у наказному провадженні.

Розгляд цивільних справ про стягнення аліментів на неповнолітню дитину за спрощеною процедурою не є новим для нашого законодавства. Спрощений порядок для справ такої категорії було введено ще Указом Президії Верховної Ради Української РСР від 1 березня 1985 р. № 8520-X [12]. Законодавець, враховуючи досвід застосування судового наказу у вітчизняному законодавстві, зарубіжних країн, керувався необхідністю спростити процедуру розгляду певних справ, що не відрізняються складністю, з метою оперативного захисту прав та охоронюваних інтересів особи, зменшення навантаження на суддів [13]. Слід зазначити, що Інститут наказного провадження відповідає міжнародним принципам здійснення справедливого та ефективного правосуддя і забезпечення прав людини [14].

Все вище зазначене свідчить про необхідність розробки та впровадження нових процедур забезпечення охорони прав нужденного подружжя, забезпечення їх відновлення. Щодо необхідності створення нової системи стягнення аліментів зазначив і Прем'єр-міністр України Микола Азаров. "Треба змінювати систему стягнення аліментів….Ми доручимо фахівцям надзвичайно серйозно розібратися у цій справі" [15].

Удосконалити процедуру примусового стягнення утримання (аліментів) на нужденного подружжя можна шляхом поширення на ці відносини спрощеної процедури розгляду цивільних справ. Закріпивши у цивільному процесуальному кодексі України право нужденного подружжя на захист своїх безспірних прав шляхом звернення до суду з метою отримання судового наказу.

Наказне провадження, як і позовне, має на меті вирішення правового спору, що виник між сторонами матеріальних правовідносин. Проте, на відміну від позовного провадження, наказне провадження вирішує такий конфлікт у спрощеній формі – з метою процесуальної економії та пришвидшення здійснення реального судо-

вого захисту суб'єктивних прав учасників матеріальних правовідносин [11].

Задля цього закон зазначає, що судовий наказ, крім того, що є особливою формою судового рішення, має, одночасно, силу виконавчого документа, що підлягає виконанню за правилами, встановленими для виконання судових рішень у порядку передбаченому законом (ч. 2 ст. 95 ЦПК) [16].

Необхідно також зазначити, що введення спрощеної судової процедури стягнення аліментів на нужденного подружжя створить і певну альтернативу, що неодмінно вплине на якість правозахисної діяльності суду. І у цьому питанні слід погодитися з позицією Штефан О., яка вірно зазначає, що : "стягувач має право навіть при наявності всіх необхідних умов для видачі судового наказу звернутися до суду не в порядку спрощеної процедури, а зі звичайною позовною заявою. У такому випадку суд не може відмовити йому в прийнятті позову з тих підстав, що його вимоги можуть бути вирішені шляхом подачі заяви про видачу судового наказу [17].

Судовий наказ може бути видано у випадку нужденності подружжя на будь-якому етапі, як до початку розгляду судом справи про стягнення аліментів у позовному провадженні так і підчас з метою своєчасного забезпечення прав та інтересів нужденного подружжя.

Як вбачається звернення нужденного подружжя можливо буде розглядати у наказному впровадженні у двох випадках:

1. У випадку звернення стягнення на частину безспірного доходу "зобов'язаного" подружжя, за умови отримання останнім стабільного розміру заробітної плати або у випадку наявності документів, що підтверджують обсяг його доходів (звіт до податкової, декларація про доходи тощо). Для цього "нужденний" подружжя має подати суду документи які підтверджують право вимоги (Свідоцтво про реєстрацію шлюбу, довідку про місце роботи зобов'язаного подружжя, довідки про розмір його доходу або заробітної плати). У випадку відсутності у "зобов'язаного" подружжя постійного заробітку розгляд питання про звернення стягнення на частину доходу "зобов'язаного" подружжя має розглядатися у позовному провадженні у зв'язку із неможливістю встановити у безспірному порядку розмір доходу.

2. У випадку стягнення аліментів на нужденного подружжя (Свідоцтво про реєстрацію шлюбу, довідку про місце роботи "зобов'язаного" подружжя або/та довідку про розмір його доходу або заробітної плати. Документ, що підтверджує факт "нужденності").

На сьогодні, розгляд цивільних справ такої категорії у наказному провадженні неможливий через пряму заборону яка міститься в ЦПК України. У ст. 96 ЦПК міститься вичерпний перелік вимог які можуть розглядатися у наказному провадженні. Суд відмовить навіть у прийнятті заяви про видачу судового наказу якщо заявником буде заявлено вимогу не передбачену ст. 96 ЦПК на підставі ч. 3 ст. 100 ЦПК.

Для створення можливості розгляду справ зазначеної категорії у спрощеному порядку, необхідно внести лише незначні зміни в чинний ЦПК, закріпивши окремими пунктами частини 1 ст. 96 ЦПК право "нужденного" подружжя звертатися до суду за захистом суб'єктивних прав із заявою про видачу судового наказу.

Викласти пункти частини 1 ст. 96 ЦПК України необхідно у наступній редакції: "*заявлено вимогу про присудження аліментів на подружжя, який потребує матеріальної допомоги в розмірі прожиткового мінімуму доходів громадян затвердженого для відповідної категорії осіб за умови що на момент звернення інший з подружжя може її надавати*" та інший пункт "*заявлено вимогу про стягнення частини доходу (заробітної плати) працюючого подружжя у розмірі 50 % на користь подружжя який потребує матеріальної допомоги, за умови що на момент звернення шлюб є правозгідний, не визнаний недійсним за рішенням суду*".

Не погоджуючись із позицією законодавця щодо встановлення обмеження на рівні матеріального права необхідно погодитись із тим, що на рівні процесуального права вони мають бути. Виходячи з завдань наказного провадження та його принципів У ЦПК необхідно встановити обмеження, зазначивши, що судовий наказ може бути видано у разі якщо заявлено вимогу про присудження аліментів на нужденного подружжя у розмірі прожиткового мінімуму, оскільки право особи на забезпечення мінімальних потреб гарантовано чинним законодавством. Всі вимоги які перевищують цю суму мають розглядатися у позовному провадженні.

Так само необхідно чітко виписати норму щодо стягнення частини доходу "зобов'язаного" подружжя обмеживши розгляд у наказному провадженні на рівні 50% беззаперечного доходу.

Запропоновані у даній статі зміни до чинного законодавства у своєму поєднанні дозволять створити ефективний механізм оперативного захисту прав "нужденного" подружжя з урахування рівня суспільних відносин, на європейському рівні.

1. Загальна декларація прав людини : [прийнята 10 грудня 1948 р.] // Офіц. вісн. України. – 2008 р. – № 93. – Ст. 3103. 2. Конституція України : [прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 черв. 1996 р. № 254 к/96-ВР] // Відом. Верхов. Ради України. – 1996. -№ 39. – ст. 141. – Зі змінами; ост. ред. 01 лютого 2011 р. 3. Сімейний кодекс України : [прийнятий 10 січ. 2002 р. № 2947-III] // Від. Верхов. Ради Укр. – 31.05.2002. – № 21, (дод.). – Ст. 135. – Зі змінами ; ост. ред. 05.02.2012 р. 4. Сакун О. Ф. Теорія держави і права: підручник. / Сакун О.Ф.; [пер. з рос.]. – Х., 2001. – 656 с. 5. Стефанчук М.О. Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав: монографія / М.О. Стефанчук. – К. : КНТ, 2008. – 184 с. 6. Про Державний бюджет України на 2012 рік : Закон України від 22 грудня 2011 р. № № 4282-VI // Офіційний вісник України. – 2011. – №100, / Спеціальний випуск № 100/1 /, стор. 9, стаття 3696, код акту 59804/2011. 7. Мічурін Є.О. Обмеження майнових прав фізичних осіб (теоретико правовий аспект): Монографія / Є.О. Мічурін – Х.: Юрсвіт, НДІ Приватного права та підприємництва АПрН України, 2008. – 482 с. 8. Ромовська З.В. Сімейний кодекс України: науково-практичний коментар / Зориславa Василівна Ромовська – К.: Концерн Ін Юре, 2003 – 525 с. 9. Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди : Постанова Пленуму Верховного суду України від 31.03.1995. – № 4. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0004700-95/print1320838312831606 (дата звернення: 16.02.12). 10. Д.А.Петренко Затягування цивільного процесу – актуальна проблема українського судочинства. Актуальні проблеми юридичної науки: Збірник тез міжнародної наукової конференції "Десяті осінні юридичні читання" (м. Хмельницький, 18-19 листопада 2011 року): у 4-х частинах. – Частина третя. – Хмельницький : Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2011. – 470 с. 11. Сеник С. Поняття та характерні ознаки наказного провадження / С. Сеник // ВІСНИК ЛЬВІВ. УН-ТУ. Серія юрид., 2010. – Вип. 51. С. 218–222 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Vlnu_yu/2010_51/218civ51.pdf (дата звернення: 13.02.12). – Назва з екрану. 12. Про деякі зміни порядку стягнення аліментів на неповнолітніх дітей : Указ Президії Верховної Ради Української РСР від 1 березня 1985 р. № 8520-X [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=8520-10 (дата звернення: 14.10.11). 13. Афанасьева Л.В. Аліментні правовідносини в Україні: монографія / Л.В. Афанасьева. – Луганськ.: РВВ ЛДУВС, 2006. – 224 с. 14. Практика розгляду судами цивільних справ у наказному провадженні [Електронний ресурс] / Л.І. Охрімчук, О.Є. Бурлай. – Режим доступу: http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/2A588DD61838F27BC22573DF0033FF3A?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=2A588DD61838F27BC22573DF0033FF3A (дата звернення: 14.10.11). – Назва з екрану. 15. Українське національне інформаційне агентство [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.ukrinform.ua/ukr/order/?id=1061656 (дата звернення: 13.02.12). 16. Луспеник Д. Судовий наказ у цивільному судочинстві: перші узагальнення судової практики / Д. Луспеник // юридичний журнал "Юстініан"., 2007. – № 2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://justinian.com.ua/article.php?id=2563 (дата звернення: 13.02.12). 17. Штефан О. Наказне провадження у цивільному судочинстві України / О. Штефан // Підприємництво, господарство і право. – 2006. – № 1. – С. 46.

Надійшла до редколегії 08.02.12

УДК 347.122.624

Л. Радченко, канд. юрид. наук

СПЕЦИФІКА СУДОВОГО ЗАХИСТУ ІНВЕСТОРІВ ЖИТЛОВОГО БУДІВНИЦТВА

У статті досліджуються особливості судового захисту прав та інтересів учасників сфери інвестування у житлове будівництво, досліджуються окремі способи захисту суб'єктивних прав, надаються пропозиції по удосконаленню чинного законодавства у сфері фінансування житлового будівництва.

Ключові слова: інвестування житлового будівництва, фонд фінансування будівництва; фонд операцій з нерухомістю, захист прав, визнання права, відшкодування збитків, компенсація моральної шкоди.

В статье исследуются особенности судебной защиты прав и интересов участников сферы инвестирования в жилищное строительство, исследуются отдельные способы защиты субъективных прав, формируются предложения по усовершенствованию действующего законодательства в сфере финансирования жилищного строительства.

Ключевые слова: инвестирование жилищного строительства, фонд финансирования строительства; фонд операций с недвижимостью, защита прав, признание права, возмещение убытков, компенсация морального вреда.

The nature of judicial protection of rights and interests of participants in the area of investment in housing construction and different ways of protection rights and interests are considered, propositions of improvement legislation in the sphere of housing financing are generated.

Key words: housing investment, fund of construction financing, fund of operations with the real estate, rights protection, rights recognition, damages compensation, compensation moral damages.

Права та інтереси суб'єктів цивільно-правових відносин, у тому числі права та інтереси учасників сфери житлового будівництва, підлягають гарантованому законодавством, захисту. Право на захист належить до основних прав людина та гарантується Конституцією України. Відповідно до ст. 55 Основного Закону кожний має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань (ч.5 ст.55) [1]. Дана конституційна норма у межах ЦК України [2] деталізується у нормах Глави 3 Кодексу ("Захист цивільних прав та інтересів"). ЦК України гарантує право кожної особи на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання чи оспорювання. Обов'язок по захисту цивільних прав покладається на суд, Президента України, органи державної влади, органи влади Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування, нотаріусів та здійснюється способами, визначеними у ст.16 ЦК України, встановлені законом чи договором.

Захист цивільних прав та інтересів учасників відносин інвестування у будівництво житла забезпечується шляхом застосування встановлених законодавством способів захисту, тобто тих матеріально-правових заходів, за допомогою яких здійснюється поновлення порушених прав та примусовий вплив на правопорушника.

Незважаючи на важливість даної тематики для сфери юридичної доктрини та практики, представниками цивілістичної науки розглядалися лише окремі аспекти захисту прав учасників механізмів фінансування житлового будівництва. Теоретичною та методологічною базою публікації стали наукові роботи відомих вчених та практиків: М.К.Галянтича, О.В.Дзери, Н.О. Доценко-Белоус, Н.В.Дроздової, Н.С.Кузнєцової, Р.А. Майданика.

Серед учасників сфери житлового будівництва чи не найбільш незахищеним є установник управління майном. Являючись ініціатором впровадження механізмів ФФБ та ФОН, правовий статус даного суб'єкта вимагає окремого розгляду, насамперед, з позиції захисту його прав та інтересів. Необхідність забезпечення надійного захисту суб'єктивних прав установника зумовлюється також особливою метою створення механізмів фінансування будівництва – задоволення потреб у житлових приміщеннях та одержання додаткового доходу. Водночас, проблема захисту його прав не лише не вирішена у законодавстві, а й у сфері практичної площини спостерігається ущемлення прав установника управління з боку інших учасників механізмів інвестування.

Судовий захист передбачає значний діапазон способів захисту порушеного суб'єктивного права, встановлених ст.16 ЦК України. Водночас, слід наголосити, що судовий захист цивільного права та інтересу не обмежується лише зазначеними у ст.16 способами. Суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений договором чи законом.

Слід підкреслити, що наразі в Україні формується практика судового розгляду справ щодо порушення прав інвесторів у зв'язку із реалізацією механізмів, передбачених Законом. Водночас, її аналіз засвідчує неоднозначність судових рішень щодо захисту прав інвесторів.

При обранні способів захисту слід враховувати, по-перше, норми діючого законодавства (ЦК України та Закону України від 19 червня 2003 р. "Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю" (далі – Закон або Закон "Про фінансово-кредитні механізми…")) [3; 4]. Зокрема, відповідно до ст. 18 Закону управитель у разі виявлення ним ризику порушень умов договору має право припинити фінансування будівництва, вимагати розірвання договору, повернення забудовником усіх спрямованих на фінансування будівництва цього об'єкта коштів, відшкодування заподіяних забудовником збитків, а також здійснювати інші заходи визначені Законом щодо виконання забудовником своїх зобов'язань за договором. У цьому випадку способами судового захисту є припинення правовідносин, відновлення становища, яке існувало до порушення права та відшкодування заподіяної правопорушенням шкоди.

Водночас, слід наголосити про відсутність у Законі безпосередніх положень, які б визначали можливості судового захисту прав учасників відносин фінансово-кредитних механізмів у випадку вчинення порушень іншими суб'єктами даних відносин, а ті його положення, які стосуються цивільно-правового захисту присвячені, насамперед, лише захисту прав управителя. Такий стан справ негативно впливає на рівень правового захисту установників управління та інших суб'єктів відносин інвестування. Більш такого, за умов відсутності фіксації у договорі підстав та способів судового захисту, у випадку порушення чи оспорювання їх прав, можливості впливу установника на сумлінне виконання своїх обов'язків управителями та забудовниками є мінімальними. Наприклад, наразі установник, позбавлений у силу відсутності безпосередніх договірних відносин із забудовником можливості відшкодування збитків у зв'язку з простроченням введення об'єкта в експлуатацію. Звернення з подібною вимогою до управителя також може не призвести до позитивного результату, навіть у разі, якщо останній своєчасно перераховував грошові кошти на спорудження об'єкта. За цих умов лише фіксація у Законі подібного права установника управління може

© Радченко Л., 2012

гарантувати забезпечення його інтересів в одержанні житлових приміщень.

Фіксація подібних положень значно розширює перелік захисних можливостей особи та полегшує процедуру судового розгляду справи. Закріплення системи способів судового захисту порушених прав в окремому розділі Закону "Про фінансово-кредитні механізми…" створило б правове підґрунтя для гарантування прав учасників відносин інвестування, полегшило б процедуру доказування та судового розгляду справ про порушення законодавства у сфері житлового будівництва.

По-друге, способи захисту порушених прав можуть бути безпосередньо визначені у договорі (зокрема, у договорі між установником управління та управителем про участь у ФФБ та у договорі між управителем та забудовником щодо організації спорудження об'єкта будівництва). Проте беручи до уваги, що умови подібних договорів формуються управителем як зразкові чи у вигляді договорів приєднання (насамперед, договір про участь у ФФБ), слід констатувати фактичну відсутність положень про способи захисту прав установників та забудовників у таких договірних зобов'язаннях, а отже можливість використання способів, встановлених у договорах, для захисту прав учасників відносин інвестування житлового будівництва є достатньо незначною. Тому для захисту прав та інтересів суб'єктів системи фінансових механізмів при будівництві житла та операціях з нерухомістю більш важливе значення відіграє застосування, встановлених законодавством способів захисту.

По-третє, використання конкретних способів судового захисту залежить від специфіки порушеного чи оспорюваного права та характеру правопорушення. Зокрема, у випадку порушення умов договору, що не призвело до заподіяння шкоди способом захисту буде примусове виконання обов'язку (наприклад, якщо управитель не перераховує грошові кошти, одержані за рахунок системи ФФБ для спорудження об'єкта, до нього може бути пред'явлений позов установника щодо виконання умов договору про участь у ФФБ). У разі, якщо має місце заподіяння у результаті правопорушення шкоди, способом судового захисту буде припинення дій, що порушують право та відшкодування заподіяних збитків (наприклад, якщо кошти отримані в управління витрачаються управителем на інші цілі, не пов'язані з будівництвом житла, то установник вправ вимагати припинення подібної діяльності та відшкодування заподіяних збитків).

Таким чином, слід вказати про неможливість фіксації чіткого переліку "універсальних" способів захисту порушених прав, що можуть застосовуватися управомоченою особою при будь-яких правопорушеннях у сфері інвестування у житлове будівництво. Конкретний спосіб судового захисту буде визначитися у кожному окремому випадку та залежатиме від характеру порушеного права, виду правопорушення, наявності законодавчих або договірних підстав для застосування правового захисту. Наразі, у зв'язку з відсутністю закріплення способів захисту у нормах Закону, захисні можливості установника управління у разі невиконання чи неналежного виконання управителем чи забудовником своїх обов'язків є достатньо незначними.

Найбільш ефективними, на нашу думку, способами судового захисту цивільного права та інтересу у сфері відносин фінансування житлового будівництва можуть бути:

1. *Визнання права.* Цей спосіб захисту застосовується у разі спору між суб'єктами цивільного права з приводу наявності чи відсутності правовідносин між сторонами і відповідно наявності чи відсутності цивільного права та цивільного обов'язку. Визнання права у межах системи механізмів фінансування житлового будівництва, насамперед, доцільно застосувати для захисту прав установника управління майном. Він може пред'явити позов до управителя або забудовника про визнання за ним права власності на збудоване за його кошти житлове приміщення. При цьому у разі пред'явлення позову до одного суб'єкта (управителя або забудовника), останній зобов'язаний залучити до участі у справі іншу сторону договору про організацію спорудження об'єкта будівництва. Управитель або забудовник повинні взяти участь у справі на стороні відповідача. У такому випадку вони виступають співвідповідачами перед установником управління та мають нести солідарну відповідальність за, встановлені у судовому порядку, порушення прав інвестора.

Даний спосіб захисту може застосовуватися, зокрема, у випадку повної сплати довірителем коштів за сумами та строками відповідно до, передбаченого договором про участь у ФФБ, порядку передачі довірителем коштів в управління, який конкретизується графіком внесення довірителем до ФФБ коштів. На нашу думку, виконання цього обов'язку довірителем має бути головним чинником визнання за ним права власності на житлове приміщення. Водночас, як засвідчує договірна практика правовідносин між довірителем та управителем, виконання усіх обов'язків по сплаті обумовлених платежів (у тому числі і винагород банку) не свідчить про безумовне набуття довірителем права власності на житло. На останнього також покладається виконання певних додаткових обов'язків (наприклад, після введення об'єкта будівництва в експлуатацію та здійснення остаточних розрахунків він має "оформити в приміщенні банку нотаріально посвідчену довіреність на замовлення та отримання документів про право власності на квартиру у відповідних службах міста". Водночас, будь-яких термінів для отримання представником зазначених документів, та відповідальність за їх неотримання договором не передбачено. Проте, незалежно від виконання зазначених дій представником, право власності на збудоване житло має бути визнане за довірителем, у тому числі шляхом пред'явлення відповідної позовної вимоги до суду.

Вимога у визнанні права може зумовлюватися також діями чи бездіяльністю забудовника. Зокрема, у випадках набуття права власності на проінвестоване житло довірителем, якщо введення об'єкта будівництва в експлуатацію забудовником затягується або взагалі не відбувається. Дана проблема особливо загострюється у зв'язку з тим, що інвестор не перебуває у договірних відносинах із забудовником, що передбачено положеннями Закону "Про фінансово-кредитні механізми…". Тому за змістом Закону довіритель не може пред'явити відповідних вимог до забудовника. Водночас, відповідно до ст. 19 Закону, довіритель, який повністю проінвестував житлове приміщення отримує в управителя ФФБ довідку за встановленою формою в обмін на свідоцтво про участь у ФФБ. Довідка є документом, що підтверджує право довірителя на отримання у власність закріпленого за ним об'єкта інвестування. Таку довідку довіритель надає забудовнику для подальшого оформлення права власності на закріплений за ним об'єкт інвестування.

Виходячи з наведеного, вважаємо, що довіритель, право на житлове приміщення якого підтверджується зазначеною довідкою, у разі несвоєчасного введення об'єкта будівництва в експлуатацію, має право звернутися до суду з позовом про визнання права власності до забудовника та управителя, які будуть виступати співвідповідачами у такому процесі.

2. *Визнання правочину недійсним* – це спосіб захисту, який застосовується у разі укладення оспорюваного

правочину. У межах механізмів інвестування у житлове будівництво, визнання правочину недійсним може використовуватися для пред'явлення вимоги про недійсність договору про участь у ФФБ чи договору про організацію спорудження об'єкта будівництва, якщо укладена угода порушує права довірителя на отримання у власність житлового приміщення чи встановлює додаткові обов'язки забудовника, що суперечать діючому законодавству.

3. *Припинення дії, яка порушує право,* як спосіб захисту, полягає у припиненні триваючого цивільного правопорушення, яке продовжує існувати і впливати на суб'єктивні права, свободи та законні інтереси особи. У сфері досліджуваної тематики даний спосіб захисту може застосовуватися, наприклад, з метою припинення дій управителя чи забудовника по витраченню коштів ФФБ на інші цілі, ніж будівництво обумовленого житлового будинку чи з метою припинення дій управителя або забудовника по передачі житлового приміщення, закріпленого за довірителем іншій особі тощо.

4. *Відновлення становища, яке існувало до порушення*, має місце у випадку, коли визнання факту порушення суб'єктивного права та притягнення винного до відповідальності недостатньо, а необхідно поновити порушене право у повному обсязі. Такий спосіб захисту у межах системи інвестування у житлове будівництво може застосовуватися, наприклад, у разі відчуження забудовником чи управителем третій особі житлового приміщення, попередньо закріпленого за довірителем. У такому випадку недостатньо лише припинити дії, що порушують право, необхідно поновити права первинного довірителя на закріплене та проінвестоване ним житло.

5. *Примусове виконання обов'язку* – "спосіб захисту цивільного права, який випливає із загального принципу повного та належного виконання зобов'язання" [5, с.30]. Цей спосіб полягає у покладенні обов'язку вчинити дію або утриматися від дії, незалежно від застосування до правопорушника інших заходів впливу (відшкодування збитків чи моральної шкоди, накладення штрафу тощо). Як спосіб захисту учасників сфери фінансування житлового будівництва примусове виконання може застосовуватися для забезпечення здійснення своїх обов'язків, передбачених договором про участь у ФФБ, про організацію спорудження житлового будинку тощо. У цьому випадку до сторони, яка ухиляється від виконання свого зобов'язання може бути пред'явлений позов про забезпечення його виконання у примусовому порядку. Наприклад, у разі якщо забудовник після спорудження будівлі не передає право власності на відповідні житлові приміщення, профінансовані за рахунок системи ФФБ, до нього може бути пред'явлений позов управителем, як стороною укладеного договору про спорудження житла, про введення будівлі в експлуатацію та передачу права власності на житлові приміщення довірителям.

6. *Припинення чи зміна правовідносин* – це способи захисту, які полягають у припиненні чи трансформації одних правовідносин в інші, переростання одного обов'язку в інший, покладенні на боржника нового обов'язку. У контексті механізмів фінансування житлового будівництва до них можна віднести позови про зміну чи припинення існуючих договірних відносин. Наприклад, позов про розірвання договору про участь у ФФБ, договору про спорудження об'єкту будівництва тощо. Довіритель чи забудовник, який вважає, що умови укладеного ним договору є занадто обтяжливими та такими, що не відповідають чинному законодавству, може пред'явити позов до управителя про зміну чи виключення окремих умов договору.

7. *Відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди*, як правило, мають місце у разі наявності складу цивільного правопорушення, який включає в себе протиправну поведінку правопорушника, наявність негативних наслідків (шкоди), причинний зв'язок між протиправною поведінкою і наслідками та вину заподіювача. При цьому, враховуючи, що наявність вини у цивільному праві презюмується, то на практиці для застосування даного способу судового захисту слід довести наявність протиправної поведінки та шкоду, заподіяну в її результаті. Відшкодування збитків є одним із найпоширеніших способів цивільно-правового захисту, що застосовується разом з відновленням порушеного права чи у разі його неможливості – для компенсації понесених матеріальних втрат потерпілої особи.

Крім стягнення збитків, у зв'язку з невиконанням чи неналежним виконанням договірного зобов'язання, у сфері механізму ФФБ, даний спосіб захисту може виразитися також у формі стягнення неустойки у вигляді пені та трьох відсотків річних, наприклад, за невиконання обов'язку управителя по вчасному спорудженню та введенню в експлуатацію житлових приміщень, за невиплату наданих в управління коштів у разі виходу установника управління з ФФБ тощо. Підставою для такого висновку є положення ч. 2 ст. 625 ЦК України, відповідно до якої боржник, який прострочив виконання грошового зобов'язання зобов'язаний сплатити суму боргу з урахуванням встановленого індексу інфляції за час прострочення, а також три відсотки річних від простроченої суми.

8. У зв'язку з тим, що відносини, які виникають у сфері житлового будівництва мають достатньо важливе значення для особи довірителя, то будь-які факти невиконання чи неналежного виконання своїх обов'язків іншими учасниками механізмів фінансування будівництва можуть мати наслідком заподіяння значних душевних страждань фізичній особі. Тому у межах досліджуваної проблематики можна прогнозувати широке застосування, поряд з відшкодуванням збитків, такого способу захисту як *компенсація моральної шкоди*.

Судовий захист у формі компенсації моральної шкоди застосовується, у тому числі, у разі заподіяння душевних страждань, яких зазнала фізична особа у зв'язку зі знищенням чи пошкодженням її майна. Незважаючи на те, що у сфері правової науки та судової практики протягом тривалого часу визначається право юридичної особи на відшкодування моральної шкоди, вважаємо, що у межах механізмів інвестування житлового будівництва право на компенсацію такої шкоди має бути забезпечене, насамперед, для фізичної особи – довірителя, який у зв'язку з невиконанням чи неналежним виконанням своїх обов'язків управителем та забудовником, як правило, зазнає значних душевних страждань. У такому випадку йому має бути відшкодована заподіяна моральна шкода, розмір якої може не співпадати, а інколи і перевищувати суму заподіяних збитків. У зв'язку з наведеним, слід наголосити на неприйнятність судової практики щодо частої відмови у задоволенні позову про компенсацію моральної шкоди у зв'язку з її недоведеністю, чи її присудження у мінімальному розмірі.

Варто підкреслити, що можливий спектр цивільно-правових способів судового захисту порушених прав учасників сфери житлового будівництва не обмежується зазначеними вище варіантами. За змістом ст. 16 ЦК України суд для захисту порушеного чи оспорюваного цивільного права та інтересу може застосувати також інші незаборонені законом чи передбачені договором способи правового захисту.

Таким чином, проведений аналіз основних судових способів цивільно-правового захисту порушеного суб'єктивного права свідчить про наявність широкого діапазону захисних варіантів учасників сфери фінансування житлового будівництва.

Захисні можливості особи нерозривно пов'язані та зумовлюються специфікою порушеного чи оспорюваного суб'єктивного цивільного права та обмежуються положеннями діючого законодавства, нормами договору, залежать від характеру порушеного права, виду та характеру вчиненого правопорушення, тому не можуть бути визначені "універсальні" способи захисту порушених прав, що підлягають застосовуванню управомоченою особою при будь-яких правопорушеннях у сфері інвестування у житлове будівництво.

Для захисту прав та інтересів суб'єктів системи фінансових механізмів при будівництві житла та операціях з нерухомістю суттєве значення має використання, встановлених законодавством, способів захисту. Проте, у Законі "Про фінансово-кредитні механізми…" відсутні норми щодо судового захисту прав установників управління, що має наслідком мінімізацію його захисних можливостей. Закріплення системи способів судового захисту порушених прав в окремому розділі Закону "Про фінансово-кредитні механізми…", на нашу думку, створило б правове підґрунтя для гарантування прав учасників відносин інвестування, полегшило б процедуру судового розгляду справ про порушення законодавства у сфері житлового будівництва.

У межах механізмів житлового інвестування, у силу специфіки об'єктно-суб'єктного складу даних відносин, предмету та характеру правопорушень, використання окремих способів є більш ефективним для захисту порушених суб'єктивних цивільних прав. У свою чергу, ймовірність застосування інших варіантів судового захисту є достатньо мінімальною (наприклад, визнання незаконними рішення, дії чи бездіяльності органу державної влади, органу влади АР Крим або органу місцевого самоврядування).

Враховуючи, що основною метою інвестування у житлове будівництво є одержання житлових приміщень за рахунок вкладених грошових коштів, то основний інтерес інвестора буде пов'язуватися з вимогою щодо отримання профінансованого житла. У зв'язку з зазначеним, у разі невиконання управителем або забудовником своїх обов'язків щодо спрямування коштів на будівництво та/або зведення житлового будинку, способом захисту прав інвестора буде пред'явлення цивільно-правової вимоги про примусове виконання іншими учасниками відносин інвестування своїх обов'язків у натурі. Як засвідчує практика, інвестори, які вклали грошові кошти в будівництво більше зацікавленні в отриманні житлових приміщень, ніж в поверненні своїх інвестицій. Протягом періоду будівництва вартість житла може суттєво зрости, а тому повернута сума, внаслідок невиконання обов'язків по зведенню об'єкта, може бути недостатньою для придбання нового житлового приміщення. Тому не випадково, що інвестор зацікавлений, передусім, в отриманні очікуваного житла, ніж у поверненні вкладених ним коштів.

Таким чином, пріоритетним способом судового захисту цивільних прав у сфері житлового будівництва, на наш погляд, є позов про примусове виконання обов'язку у натурі, поєднаний з вимогою про відшкодування збитків чи (та) компенсацією моральної шкоди. Зазначений спосіб, насамперед, може застосовуватися для захисту порушеного суб'єктивного права установника управління. Лише у випадку неможливості примусового виконання управителем або забудовником свого обов'язку, способом судового захисту можуть бути інші вимоги, встановлені цивільним законодавством.

1. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України, 1996, № 30 (23.07.96), ст. 141. 2. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003р. // Відомості Верховної Ради (ВВР), 2003, №№ 40-44, ст.356. 3. Закон України від 19 червня 2003 року "Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю" // Відомості Верховної Ради (ВВР), 2003, N 52, ст.377. 4. Закон України від 18 грудня 2008 року "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення фінансових механізмів здійснення інвестицій у будівництво житла" // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2009, N 17, ст.236.

Надійшла до редколегії 08.02.12

А. Мусієнко, канд. юрид. наук, доц.

ОСОБЛИВОСТІ ФОРМУВАННЯ СИСТЕМИ ЗАХОДІВ ЗАПОБІГАННЯ ТОРГІВЛІ ОРГАНАМИ ТА ТКАНИНАМИ ЛЮДИНИ

Статтю присвячено узагальненим результатам дослідження теоретичних питань системи заходів запобігання злочинам у сфері трансплантації органів або тканин людини.
Ключові слова: запобігання злочинам, трансплантація, органи та тканини людини.

Статья посвящена обобщенным результатам исследования теоретических вопросов системы мер предупреждения преступлений в сфере трансплантации органов или тканей человека.
Ключевые слова: предупреждение преступлений, трансплантация, органы и ткани человека.

The article deals with the generalized results of theoretical issues related to crime prevention measures in the field of transplantation of organs or tissues.
Keywords: crime prevention, transplantation, organs and human tissue.

В сучасних умовах особливої актуальності набуває діяльність з формування системи заходів запобігання злочинів в трансплантології, що зумовлено високим ступенем їх суспільної небезпеки. Запобігання злочинності є різновидом суспільної соціально-профілактичної діяльності, функціональний зміст та мета якої полягає у перешкоджанні дії детермінантів злочинності та її проявів, передусім причин і умов останніх через обмеження, нейтралізацію, а за можливістю – усунення їх дії [1, с.318-319; с. 324].

Теоретична основа дослідження представлена науковими працями вітчизняних авторів В.О. Глушкова, С.В. Гринчака, О.В. Сапронова, Г.В. Чеботарьової, а також російських криміналістів О.А. Кустової, Н.В. Павлової, Т.О. Фабрики, О.С. Якименко. Деякі кримінологічні аспекти торгівлі органами людини знайшли відображення в наукових працях А. Вілкса та В.С. Овчинського.

Не зменшуючи теоретичної значущості праць згаданих науковців, автор вважає, що дослідження теоретичних питань системи заходів запобігання злочинам у трансплантології, сьогодні є надзвичайно актуальним.

Метою цієї статті є узагальнення результатів дослідження теоретичних питань системи заходів запобігання злочинам при трансплантації органів або тканин людини.

У теорії запобігання злочинності визначаються рівні, масштаби, різновиди цієї діяльності, у тому числі зале-

© Мусієнко А., 2012

жно від її цільового призначення, а також об'єкти, суб'єкти та засоби здійснення, теоретичні засади науково-методичного та організаційно-інформаційного забезпечення. Деякі з названих характеристик є одночасно підставами видової диференціації запобіжної діяльності та охоплюваних її різновидами запобіжних заходів [1, с.326-327].

У кримінологічній літературі сформульовані теоретичні засади запобігання злочинності. Коротко вони зводяться до таких положень:

- функціональний зміст та мета діяльності щодо запобігання злочинності полягає у перешкоджанні дії детермінантів останньої, передусім її причин та умов;
- предмет і об'єкти запобігання злочинності визначаються за принципом відповідності на підставі адекватного знання щодо її детермінантів, передусім причин і умов та спрямування відповідно до них запобіжних заходів;
- згідно з рівнями та різновидами функціонування злочинності, передусім її причин і умов, визначаються рівні запобіжної діяльності (загальносуспільний, груповий, індивідуальний), напрями останньої (стосовно злочинності загалом або окремих її різновидів), а відповідно до меж здійснення цієї діяльності – її масштаб (загальнодержавний, регіональний чи галузевий, об'єктовий, індивідуальний);
- запобігання злочинності здійснюється з огляду на заходи цільового призначення (спеціально-кримінологічні) та загальносоціальні, що безпосередньо впливають на її детермінанти [2, с.170].

Запобігання злочинам у сфері трансплантації органів або тканин людини здійснюється, насамперед, щодо чинників, які зумовлюють окремі види злочинів у сфері медичної практики (лікувальної діяльності) з приводу трансплантації органів або тканин людини. До злочинів цього виду, можна віднести порушення встановленого законом порядку трансплантації органів або тканин людини, торгівля людьми або інша незаконна угода щодо людини, а також окремі злочини (наприклад, умисне вбивство, умисне тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження, доведення до самогубства тощо), що вчиняються з метою вилучення (отримання) органів або тканин людини.

За масштабом здійснення запобіжна діяльність у сфері трансплантації органів або тканин людини реалізується на загальнодержавному рівні, регіональному або галузевому рівнях, на рівні об'єкту та на індивідуальному рівні.

На основі вивчення та аналізу державної цільової соціальної програми "Трансплантація" на період до 2012 року [3] можна виокремити ті заходи загальносоціального призначення, які безпосередньо спрямовані на усунення (нейтралізацію) дії детермінантів злочинів у сфері трансплантації органів або тканин людини. Зокрема: заходи щодо удосконалення нормативно-правової бази; заходи щодо формування організаційних засад служби трансплантації; забезпечення підготовки професійних кадрів; інші заходи щодо вирішення соціальних питань;

Виключно важливим є проведення, під егідою держави, масової кампанії з залученням ЗМІ, яка б пропагувала гуманістичне спрямування трансплантології та сприяла б формуванню позитивної суспільної думки щодо донорства.

Заходи спеціально-кримінологічного призначення щодо злочинів у сфері трансплантації органів або тканин людини здійснюються насамперед на загальнодержавному рівні та у напрямку загальної профілактики.

Спеціально-кримінологічні заходи запобігання злочинам у сфері трансплантації органів або тканин людини можна здійснювати за такими напрямами: вдосконалення співпраці України із зарубіжними країнами та гармонізація національного законодавства в цій сфері; здійснення спільних заходів на виконання положень конвенцій ООН, інших міжнародних договорів, учасниками яких є Україна; вдосконалення механізмів взаємодії відповідних державних, правоохоронних органів та інших організацій для здійснення погоджених заходів протидії торгівлі людьми, особливо жінок і дітей, а також торгівлі людськими органами; створення банку даних про транснаціональні злочинні групи; забезпечення контролю за діяльністю юридичних і фізичних осіб, які можуть бути втягнуті у злочинну діяльність; здійснення заходів до забезпечення ефективного захисту жертв злочинів у сфері трансплантації органів або тканин людини, особливо жінок і дітей, та їх реабілітації.

Сьогодні, на жаль, основні зусилля державних та правоохоронних органів України спрямовані на здійснення запобіжних заходів лише у сфері торгівлі людьми та нелегальної міграції. Ця оцінка базується на аналізі положень нормативних актів.

Згідно з Указом Президента України "Про додаткові заходи щодо забезпечення прав і свобод людини і громадянина, громадського порядку та посилення боротьби зі злочинністю" від 28 березня 2008 р. відповідні відомства зобов'язані забезпечувати здійснення скоординованих додаткових заходів, спрямованих на викриття та знешкодження організованих злочинних угруповань, які, зокрема, *займаються організацією нелегальної міграції, торгівлі людьми, у тому числі з використанням міжрегіональних та міжнародних зв'язків* (курсив автора. – А.М.) [4].

Серед усіх заходів з профілактики правопорушень, що містяться в Комплексній програмі профілактики правопорушень на 2007–2009 рр. пунктом 8 передбачено конкретні заходи запобігання *злочинам, пов'язаним з торгівлею людьми, виявленню та притягненню до відповідальності осіб, причетних до їх вчинення* (курсив автора. – А.М.) [5].

У Державній програмі протидії торгівлі людьми на період до 2010 р., яка затверджена Постановою Кабінету Міністрів України від 7 березня 2007 р. № 410, йдеться лише про те, що торгівля людьми може виявлятися у різних формах – від викрадення людей до їх продажу з використанням обману, шантажу чи уразливого стану особи. *Жертви торгівлі людьми використовуються* для примусової праці, у порнобізнесі, *як донори для трансплантації тканин і органів* тощо (курсив автора. – А.М.) [6].

Закон України "Про протидію торгівлі людьми" також не містить чітко визначених заходів щодо запобігання власне злочинам у сфері трансплантації органів або тканин людини.

Тобто можна констатувати, що у згаданих документах, на жаль, запобіжна діяльність відносно злочинів у сфері трансплантації органів або тканин людини не виокремлюється, що може мати негативні наслідки у вигляді зростання цих злочинів у зв'язку з запізненням здійснення превентивних заходів.

Головна роль у запобіганні злочинам у сфері трансплантації органів або тканин людини належить органам внутрішніх справ і зокрема, Департамент по боротьбі з кіберзлочинністю і торгівлею людьми МВС України [8]. Аналіз основних положень вказаного наказу МВС України вказує на те, що завдання та функції цих підрозділів поки ще не враховують особливостей профілактичної діяльності у сфері трансплантації органів або тканин людини, зокрема, не визначені конкретні об'єкти запобігання, заходи профілактичного впливу, етапи індивіду-

альної профілактичної роботи, які б враховували особливості діяльності у сфері трансплантації органів або тканин людини. На думку автора, існує нагальна потреба створення методичних рекомендацій щодо організації запобігання злочинам у сфері трансплантації органів або тканин людини, яку можна було б підготувати з урахуванням чинного Положення про управління (відділ) боротьби з кіберзлочинністю і торгівлею людьми ГУМВС, УМВС України в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві та Севастополі.

Другим рівнем за масштабом спеціально-кримінологічного запобігання злочинності є індивідуально-запобіжний – об'єктом його впливу є конкретна людина, її особистість, індивідуальні умови її формування та поведінки [8, с. 273].

Загальне погіршення добробуту населення підштовхує особу, позбавлену коштів для існування, але здатну стати потенційним донором, до прийняття усвідомленого рішення про продаж своїх органів і (або) тканин. Такий вчинок стає для цієї особи єдиним джерелом доходу [9, с. 557].

До несприятливих умов можуть потрапити й реципієнти. Обмежений доступ до трансплантатів, їх нестача, довге очікування, погіршення стану здоров'я тощо може змусити особу звернутися до послуг посередників, допомога яких може реалізовуватись у протиправний спосіб.

Об'єкт індивідуальної профілактики злочинів у сфері трансплантації органів або тканин людини повинен визначатися з урахуванням дій кожної з осіб (реципієнт – донор – лікар, а у деяких випадках і посередник), які: порушують встановлений законом порядок трансплантації органів або тканин людини, або незаконним способом вилучають органи або тканини, або займаються незаконною торгівлею людськими органами, або є учасниками транснаціональних організацій, які займаються такою діяльністю. При цьому також треба враховувати стадії вчинення конкретного складу злочину.

Виявлення осіб, які бажають продати або придбати органи або тканини може здійснюватись шляхом вивчення та аналізу приватних оголошень в ЗМІ та мережі Інтернет. Інформація може бути отримана від потерпілих осіб та медичних працівників, такі дані можуть бути отримані шляхом здійснення заходів оперативно-розшукової діяльності.

Автор поділяє скептичну налаштованість деяких вчених щодо готовності донорів, реципієнтів та медичних спеціалістів інформувати правоохоронні органи про такі випадки. Зважаючи на це, зрозуміло, що для викриття таких злочинів потрібні інші засоби і основною передумовою успіху буде тісна співпраця між правоохоронцями та двома професійними групами: медиками та фармацевтами [10, с.65].

Проведене автором анкетування 116 медичних працівників та 145 співробітників міліції надало змогу вивчити їх думку щодо співпраці стосовно виявлення фактів незаконної трансплантації органів або їх незаконної купівлі-продажу. На питання "Як Ви розцінюєте можливість співпраці відносно виявлення фактів незаконної трансплантації органів або їх незаконної купівлі-продажу" – 53,5 % медичних працівників та 83,5% співробітників міліції відповіло, що це можливо, а 46,5 % медичних працівників та 17,5% співробітників міліції – що ні.

Ті особи, які позитивно ставляться до співпраці, усвідомлюють свій юридичний та етичний обов'язок надавати будь-яку інформацію, пов'язану із незаконною медичною практикою і, зокрема таким тяжким злочином як торгівля органами людини.

Ті, хто не бажає співпрацювати (44,8 та 17,5% відповідно) пояснюють це необхідністю дотримання лікарської таємниці та конфіденційністю медичної документації про пацієнтів, а 1,7% медичних працівників – вважають, що у того, хто буде співпрацювати будуть проблеми.

Таким чином, можливості виявлення осіб, що готують або вчинюють злочини у сфері трансплантації органів або тканин людини існують. Інформація про таких осіб дозволить вивчити особливості їх оточення і умов формування поведінки, прогнозувати злочинний вчинок, планувати конкретні запобіжні заходи, визначати коло питань щодо впливу на чинники, що зумовлюють таку поведінку, визначати конкретні методи індивідуальної роботи.

Подальша робота характеризується здійсненням комплексу заходів, що спрямовані на недопущення переростання протиправної поведінки у злочин [8, с. 271]. За результатами дослідження можна дійти таких висновків.

Запобіжна діяльність у сфері трансплантації органів або тканин людини має свої особливості, тому повинна бути адекватною до усунення або нейтралізації причин і умов, які обумовлюють вчинення злочинів у цій сфері. Але відсутність у судово-слідчій практиці такого роду злочинів не повинна засвідчувати про недоцільність дослідження проблем запобігання злочинам у сфері трансплантації органів або тканин людини, оскільки зростання попиту на трансплантати з кожним роком збільшує кількість цих злочинів. Тому дослідження цієї проблеми має прогностичний характер і повинне випередити негативні тенденції у практичній трансплантології та захистити права донорів, реципієнтів та лікарів.

Для ефективного запобігання таким злочинам у перспективі автор вбачає необхідність запровадження медично-правових стандартів у трансплантології і створення медичного процесуального кодексу, яким би регламентувались у повному обсязі всі аспекти організації та діяльності суб'єктів правовідносин у медичній сфері.

Україні необхідно оновити деякі положення Закону "Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині", що був прийнятий у 1999 р. шляхом ухвалення законодавства і стандартів, регулюючих трансплантацію органів і тканин, відповідно до Керівних принципів, розроблених Всесвітньою організацією охорони здоров'я і Всесвітньою медичною асоціацією, а також здійснювати двосторонню і регіональну співпрацю на основі розробки загальних стандартів, керуючись конвенціями і рекомендаціями, прийнятими Радою Європи, і привести національні закони і стандарти у відповідність з цими загальними принципами.

Потрібно створити ефективну інформаційну мережу для розслідування, документування та моніторингу даних про торгівлю органами і тканинами, а також забезпечити двосторонню, регіональну і міжнародну співпрацю між правозастосовчими органами, що здійснюють боротьбу з цими злочинами.

Аналіз змісту Плану заходів щодо протидії торгівлі людьми на період до 2010 р. (додаток до Державної програми протидії торгівлі людьми на період до 2010 р.) свідчить про його переважне спрямування на протидію торгівлі людьми, а не на запобіжні заходи, які визначено не чітко. Тому необхідно детальніше враховувати специфіку запобігання порушень саме у цій сфері.

1. Закалюк А.П. Курс сучасної української кримінології: теорія і практика : у 3 кн. / А.П. Закалюк. – К. : Ін Юре, 2007. Кн. 1 : Теоретичні засади та історія української кримінологічної науки. – 2007. – 424 с. 2. Закалюк А.П. Курс сучасної української кримінології: теорія і практика : у 3 кн. / А.П. Закалюк. – К. : Ін Юре, 2007. Кн. 2 : Кримінологічна характеристика та запобігання вчиненню окремих видів злочинів. – 2007. – 712 с. 3. Про затвердження Державної цільової соціальної програми "Трансплантація" на період до 2012 року: Постанова КМУ від 8 жовтня 2008 р. – Офіційний вісник України 2008 р., № 78, стор. 103, стаття 2608. 4. Указ Президента України "Про додаткові заходи щодо забезпечення прав і свобод людини і громадянина, громадського порядку та

посилення боротьби зі злочинністю" від 28 березня 2008 р. №276/2008 // Офіційний вісник Президента України. – 2008 р. – №8. – Ст. 433. 5. Постанова Кабінету Міністрів України Про затвердження Комплексної програми профілактики правопорушень на 2007–2009 роки від 20 грудня 2006 р. №1767 // Офіційний вісник України. – 2007 р. – №51. – Ст. 3418. 6. Давыденко Л.М. Противодействие преступности: теория, практика, проблемы / Л.М. Давыденко, А.А. Бандурка. – Х., 2005. – 376 с. 7. Про організацію діяльності Департаменту боротьби з кіберзлочинністю і торгівлею людьми МВС України та підрозділів боротьби з кіберзлочинністю і торгівлею людьми ГУМВС, УМВС N 581, 24.11.2010, Наказ, Положення, Міністерство внутрішніх справ України / http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1041.43316.0. 8. Кримінологія : навч.-метод. посіб. / [В.В. Василевич, Т.Л. Кальченко, Н.В. Кулакова та ін.] ; за заг. ред. О.М. Джужи. – К. : Атіка, 2008. – 316 с. 9. Соловьев А.П. Незаконная трансплантация органов и (или) тканей человека и ее предупреждение / А.П. Соловьев // Актуальные проблемы российского права. – 2007. – №1. – С. 554–560. 10. Протидія торгівлі органами людини : додаткові рекомендації для представників правоохоронних органів України. – К. : Міжнар. організація з міграції (МОМ), 2007. – 72 с. 5. Притика Ю.Д. Проблеми захисту цивільних прав та інтересів у третейському суді: Монографія. – К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 2006. – 636 с.

Надійшла до редколегії 08.02.12

УДК 342.739 : 342.76 (477)

О. Клименко, канд. юрид. наук

ПРАВОВА ПРИРОДА ТА РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ РЕКВІЗИЦІЇ В ПРАВІ УКРАЇНИ

У статті аналізуються питання правової природи та юридичної кваліфікації реквізиції, практика правового регулювання відносин реквізиції, що склалася у попередній період, проблеми розвитку законодавства України з цих питань.

Ключові слова: реквізиція; примусове відчуження майна; адміністративний акт; надзвичайні обставини.

В статье анализируются вопросы правовой природы и юридической квалификации реквизиции, практика правового регулирования реквизиции, сложившаяся в предыдущий период, проблемы развития законодательства о реквизиции в Украине.

Ключевые слова: реквизиция; принудительное отчуждение имущества; административный акт; чрезвычайные обстоятельства.

The paper analyzes the issues of legal nature and legal classification of requisition, the previous practice of requisition legal regulation, the problems of the development of legislation on requisition in Ukraine.

Keywords: requisition; property expropriation; administrative act; emergencies.

Постановка проблеми. Проблема розвитку в праві України інституту реквізиції пов'язана з недостатнім рівнем наукової розробки не лише цього правового інституту, а всіх питань примусового відчуження об'єктів права приватної власності з мотивів суспільної необхідності, передбаченого частиною п'ятою статті 41 Конституції України. Для її розв'язання важливе значення має з'ясування правової природи реквізиції, що дає можливість визначити правовий формат для теоретичної розробки цього правового інституту та забезпечення його належного законодавчого регулювання.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У сучасних наукових роботах питання реквізиції зазвичай розглядають у контексті цивільно-правової тематики щодо вивчення спеціальних способів припинення та набуття права власності [1, с. 452; 2, с. 5, 10; 3, с. 174; 4]. Однак спеціальних правових досліджень в Україні з цих питань не проводилося. Тому малодослідженими залишаються публічно-правові аспекти інституту реквізиції та проекції його розвитку з погляду конституційного права. Останнім часом стали з'являтися публікації, в яких із тих чи інших позицій звертається увага саме на ці аспекти проблеми. Прикладом тому є аналітичні праці О. Дзери [5, с. 124], А. Іванова [6, с. 19], Р. Майданика [7] та ін. Наведене свідчить про актуальність порушених у цій статті питань.

Постановка завдання. У цій статті пропонується дослідити правову природу реквізиції на підставі теоретичних узагальнень щодо визначення її змісту та юридичної кваліфікації, практику правового регулювання відносин реквізиції, що склалася у попередній період, а також проблеми розвитку законодавства України з цих питань.

Основний виклад матеріалу. У праві реквізицію зазвичай характеризують як спосіб примусового відчуження об'єктів права приватної власності в інтересах суспільства, що застосовується у разі надзвичайних подій з метою усунення негативних наслідків або загроз їх настання, як правило, на умовах компенсації.

Енциклопедичне визначення поняття "реквізиція" (від пізньолатинського "requisitio" – вимога, дослідження) включає: 1) примусове вилучення державою майна у власника в суспільних інтересах із попередньою або наступною виплатою йому вартості цього майна (при цьому вказують, що у Радянському Союзі після Жовтневої революції 1917 р. вона практикувалася у вигляді експропріації, а згодом – конфіскації майна); 2) у міжнародному праві – примусове оплатне вилучення різних видів майна для використання його у військових цілях [8, с. 280].

Міжнародно-правові аспекти мають важливе значення для аналізу правового явища реквізиції та подекуди є окремим предметом уваги вчених [9, с. 492; 10, с. 3]. За результатами вивчення цих питань встановлено, що в міжнародному праві розрізняють воєнну реквізицію та реквізицію у мирний час. За міжнародними конвенціями про закони та звичаї війни до заходів із реквізиції може вдатися будь-яка воююча сторона, додержуючись основних принципів: обґрунтованості таких дій крайньою необхідністю, врахування потреб цивільного населення, компенсаційності. Водночас міжнародними правовими актами встановлено заборону реквізиції у мирний час, із застереженням щодо окремих винятків. Для них вироблено єдиний підхід, котрий полягає в установленні зобов'язань держави, на території якої склалися виняткові обставини, у зв'язку з якими було застосовано заходи примусового відчуження, забезпечити власнику у питаннях компенсації відповідний правовий режим (національний або найбільшого сприяння), що відповідає загальним принципам міжнародного права щодо юридичної рівності та недискримінації [11].

В юридичних словниках значення поняття "реквізиція" тлумачать як вилучення відповідними державними органами майна у власника в інтересах держави і суспільства з виплатою його вартості, що провадиться у виняткових випадках [12, с. 703], у порядку, передбаченому законом. Вилучення майна відбувається внаслідок надзвичайних обставин, таких як: воєнні дії, стихійне лихо, аварія, епідемія та ін. Вартість реквізованого майна відшкодовується грошима або в натурі. Розмір відшкодування може бути оспорено в суді [13, с. 238].

В юридичній літературі є різні підходи щодо характеристики реквізиції. Її визначають як одну з форм вилучення права власності, що являє собою захід, котрий застосовується державою у разі надзвичайних ситуацій [14, с. 123]; як особливу підставу припинення права власності [15, с. 118–120], а також як підставу для виникнення права державної власності [1, с. 452]. З наве-

© Клименко О., 2012

дених визначень вбачається, що правова природа реквізиції апелює як до публічного, так і цивільного права.

При цьому більшість науковців вказують на наявність публічної складової в кваліфікації реквізиції. Так, Н. Макарчук вважає, що реквізиція в сучасному розумінні – це право держави, що випливає зі стану крайньої необхідності. Вилучення майна зумовлене настанням надзвичайних обставин, коли для попередження або припинення загрожуючої небезпеки немає інших засобів. У цих випадках державна влада в інтересах суспільства має право істотно обмежувати право власності приватних осіб. Від інших випадків примусового відчуження майна для державних потреб реквізиція відрізняється саме тим, що проводиться вона за умов виникнення надзвичайних обставин, для усунення яких потрібне негайне вилучення у власника певного майна, тобто вилучення зумовлене "суспільною необхідністю" [16].

І. Спасибо вважає, що визначальною у таких випадках є суспільна потреба розв'язання нагальних проблем, що виникли внаслідок неординарних подій, які характеризуються небезпечністю та раптовістю; ця суспільна потреба домінує в механізмі правонабуття [3, с. 174].

На екстраординарний характер обставин, з якими пов'язують реквізицію як засіб боротьби з надзвичайними подіями і подоланням їх шкідливих наслідків, вказує А. Іванов [6, с. 19].

Про застосування реквізиції для оптимального поєднання ідеї загального блага зі справедливим ставленням до суб'єктів права приватної власності говорить Л. Щеннікова. Вона також звертає увагу на необхідності врегулювання питань реквізиції спеціальним законом [17, с. 8, 12].

За прийняття спеціального закону про порядок та умови реквізиції висловлюються й інші вчені, наголошуючи на тому, що такий закон, з одного боку, має забезпечити можливість ефективного вилучення майна в екстремальних умовах, а з іншого – максимальною мірою гарантувати права й інтереси власників, виключаючи ухвалення необґрунтованих рішень про реквізицію органами державної влади [18, с. 38–40; 6, с. 21].

На підставі узагальнення наведених теоретичних визначень можна виділити такі кваліфікаційні ознаки реквізиції:

- зумовленість надзвичайними обставинами (що свідчить про винятковість ситуації, а відповідно, і заходів реагування);
- суспільна необхідність відвернення чи усунення негативних наслідків, у тому числі шляхом застосування певних заходів;
- відшкодування власнику збитків;
- законність таких заходів, що зокрема передбачає їх проведення на законних підставах і в порядку, встановленому законом;
- гарантії судового захисту прав власника.

Про характеристику реквізиції як законного способу вилучення державою майна приватних осіб для забезпечення суспільних потреб у надзвичайних умовах свідчить законодавча практика радянської доби.

Так, питання реквізиції регулювалися Адміністративним кодексом Української Соціалістичної Радянської Республіки від 12 жовтня 1927 р. [19, с. 1273–1274], що діяв до прийняття Кодексу УРСР про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 р. Адміністративним кодексом УСРР було визначено реквізицію як застосовуване в силу державної потреби примусове платне вивласнення або тимчасове вилучення державою майна приватних осіб (фізичних та юридичних), а також майна громадських і кооперативних організацій (п. 164). Реквізиція проводилася лише у виняткових випадках і не інакше, як за постановами Української Економічної Наради.

Згідно з Цивільним кодексом УРСР 1963 р. реквізиція – це примусове вилучення державою майна у власника в державних або громадських інтересах з виплатою йому вартості майна, що допускалася лише у випадках і порядку, встановлених законодавством СРСР і УРСР (ст. 141). Реквізиція провадилася лише у виняткових випадках і не інакше, як за постановами Ради Міністрів СРСР і Ради Міністрів УРСР. При реквізиції майно переходило у власність держави, а особі, в якої вилучалося майно, виплачувалася його вартість. Порядок проведення реквізиції, а також оцінки майна, що вилучалося, визначалися статтями 164–172 Адміністративного кодексу УРСР 1927 р. [20, с. 141]. При цьому в ст. 179 Адміністративного кодексу УРСР встановлювалися гарантії від незаконної реквізиції, що полягали у праві особи, якій заподіяні матеріальні збитки такими незаконними діями, вимагати повернення їй неправильно відчуженого майна або виплати його вартості. Аналогічні вимоги і правила були встановлені радянськими декретами, що приймалися з цих питань, зокрема Декретом Ради Народних Комісарів від 17 жовтня 1921 р. про порядок реквізиції та конфіскації майна приватних осіб і товариств [21, с. 228–229].

Сформована за часів СРСР практика законодавчого регулювання питань реквізиції свідчить про віднесення цього інституту до галузі адміністративного права. У рамках же цивільного законодавства положення про реквізицію були включені в загальні правила щодо регулювання питань виникнення і припинення права власності.

Утім слід зазначити, що механізми реквізиції, які були встановлені радянським законодавством, почасти не ґрунтувалися на принципі справедливого співвідношення публічних і приватних інтересів. Приміром, є передбачена ст. 143 ЦК УРСР реквізиція дорогоцінних металів і алмазів. Відповідно до цієї статті власникам, у яких було вилучено за постановами слідчих або судових органів дорогоцінні метали і коштовні камені, у разі їхнього засудження без конфіскації майна, або винесення виправдувального вироку, або закриття справи, сплачувалася вартість вилучених цінностей, а самі цінності здавалися до державного фонду СРСР. При цьому відшкодування визначалося за цінами, встановленими для установ Держбанку СРСР при купівлі їх у населення, згідно з діючою на той час Інструкцією Міністерства фінансів СРСР від 10 серпня 1955 р. [20, с. 143–144]. Беручи до уваги умови застосування такої реквізиції та спосіб визначення відшкодування, навряд чи можна вважати ці заходи такими, що здійснювалися в суспільних інтересах за надзвичайних обставин і на засадах забезпечення справедливої компенсації. Лише внесеними згідно з Указом Президії Верховної Ради УРСР від 20 травня 1985 р. № 278-11 [22] до цієї статті змінами було передбачено як альтернативний захід щодо такого відшкодування повернення вилучених цінностей у натурі.

Варто зазначити, що в Російській Федерації до цього часу відносини реквізиції регулюються Звідним законом РРФСР "Про реквізицію і конфіскацію майна" (зі змінами), затвердженим Постановою ВЦВК і РНК РРФСР від 28 березня 1927 р. [23], що діє у частині, яка не суперечить Цивільному кодексу РФ від 30 листопада 1994 р. [24]. Водночас уже на рівні визначення умов, за яких може бути застосована реквізиція, ці документи містять розбіжності. Так, Цивільний кодекс РФ регламентує такі підстави реквізиції, як стихійні лиха, аварії, епідемії, епізоотії й інші обставини надзвичайного характеру (ст. 242). Згідно ж зі згаданим Законом реквізиція застосовується в міру державної необхідності.

Розуміючи проблеми правового регулювання у цій сфері, деякі російські науковці зазначають, що таке правове явище, як реквізиція, являє собою складну систему правових зв'язків, які включають в себе конституційні, адміністративні, цивільні та процесуальні відносини. У зв'язку з цим не вважають можливим назвати норми ст. 242 ЦК РФ повноцінним правовим інститутом і вказують, що це всього лише один з елементів системи норм, що входять до інституту права власності [25, с. 221]. Такий висновок можна вважати правильним із цивілістичних позицій юридичної кваліфікації реквізиції в системі відносин власності. Однак, якщо розглядати реквізицію як засіб державного управління, що здійснюється в інтересах суспільства задля протидії або усунення негативних наслідків надзвичайних подій, відносини, які його опосередковують, вибудовуються в упорядковану систему. Правове регулювання таких відносин має ґрунтуватися на комплексному підході, враховувати принципи і норми конституційного, цивільного, а також адміністративного та процесуального законодавства. При цьому останні забезпечують комплексність і системну завершеність правового регулювання таких відносин з позицій необхідності вирішення в суспільних інтересах основних завдань, пов'язаних із надзвичайними обставинами. У цьому сенсі інститут реквізиції слід кваліфікувати як комплексний правовий інститут, що зумовлює необхідність його правового регулювання спеціальним законом.

Зауважимо, що чимало російських учених висловлюється за прийняття спеціального закону про реквізицію, який відповідав би сучасним умовам [17, с. 9; 18, с. 37; 14, с. 126; 15, с. 122].

У чинному законодавстві України термін "реквізиція" визначений у ч. 1 ст. 353 Цивільного кодексу України. Згідно з нею у разі стихійного лиха, аварії, епідемії, епізоотії та за інших надзвичайних обставин, з метою суспільної необхідності майно може бути примусово відчужене у власника на підставі та в порядку, встановлених законом, за умови попереднього і повного відшкодування його вартості (реквізиція). Можливість застосування реквізиції передбачена також Господарським кодексом України стосовно іноземних інвестицій (ч. 4 ст. 397). Закони України "Про правовий режим надзвичайного стану" від 16 березня 2000 р. та "Про правовий режим воєнного стану" від 6 квітня 2000 р., якими визначені обставини, що можуть бути кваліфіковані як надзвичайні, не регулюють питань реквізиції. Тож необхідність спеціального закону про реквізицію випливає з конституційних приписів (ч. 5 ст. 41 Конституції України) і законодавчих підходів щодо регулювання цих питань.

За відсутності такого закону яскравим прикладом недосконалостей у правовому регулюванні реквізиції в Україні стало вилучення та знищення свійської птиці у зв'язку з її захворюванням на високопатогенний грип і введенням надзвичайного стану на території Автономної Республіки Крим відповідно до Указу Президента України від 3 грудня 2005 р. № 1692 "Про введення надзвичайного стану в населених пунктах Автономної Республіки Крим". Зазначений Указ було ухвалено з посиланням на Закон України "Про правовий режим надзвичайного стану". Однак цим Законом не передбачено можливостей для застосування заходів із примусового відчуження (вилучення) об'єктів права приватної власності, тому формально-юридично він не є правовою підставою для запровадження таких заходів. Оскільки такі заходи були об'єктивно необхідним для локалізації епідемії та ліквідації джерел поширення хвороби, прийняття Президентом України такого рішення цілком узгоджується з його конституційними повноваженнями як гаранта Конституції України, прав і свобод людини.

У світлі такої ситуації необхідність спеціального закону є цілком очевидною. Тому обґрунтованими видаються наміри щодо законодавчого врегулювання цих питань, зокрема прийняття Верховною Радою 23 лютого цього року Закону України "Про передачу, примусове відчуження або вилучення майна в умовах правового режиму воєнного чи надзвичайного стану" [26].

Підтримуючи у цілому позицію стосовно необхідності розвитку в законодавчих актах конституційних принципів примусового відчуження об'єктів права приватної власності в суспільних інтересах, встановлених ч. 5 ст. 41 Конституції України, водночас вважаємо за доцільне висловити щодо цього Закону деякі міркування концептуального змісту.

Згідно зі ст. 353 ЦК України примусове відчуження об'єктів права приватної власності, зумовлене суспільною необхідністю у зв'язку з надзвичайними подіями, визначено терміном "реквізиція". Нею врегульовано також загальні питання реквізиції, що мають бути враховані в спеціальному законі з цих питань. Натомість за концепцією Закону пропонується врегулювати механізми примусового відчуження об'єктів права приватної власності в умовах особливого правового режиму (воєнного чи надзвичайного стану). Відтак поза межами його правового регулювання залишаються випадки, коли за рахунок таких заходів можна усунути чи зменшити певні негативні наслідки або запобігти їх настанню без введення спеціального правового режиму, наприклад, коли використання певного майна може становити небезпеку для людей, загрозу погіршення екологічної ситуації тощо.

На наш погляд, більш слушним було б надати перевагу спеціальному закону про реквізицію, яким були б комплексно врегульовані питання примусового відчуження об'єктів права приватної власності, зумовленого суспільною необхідністю, з метою запобігання виникненню особливих (надзвичайних) обставин чи ліквідації їх негативних наслідків. Такий закон забезпечив би також законодавче оформлення інституту реквізиції в Україні.

Слід зазначити, що загальна концепція Закону виходить за межі правового регулювання, встановлені ч. 5 ст. 41 Конституції України, оскільки його механізми спрямовані на майнові об'єкти не лише права приватної власності, а й комунальної та державної власності. Не відповідає конституційним приписам і кваліфікація у преамбулі Закону цих механізмів як таких, що здійснюються "для потреб держави", що у правовому сенсі не є тотожним критерію "суспільна необхідність".

Вирішуючи в Законі питання про відшкодування за примусове відчуження майна в умовах правового режиму воєнного чи надзвичайного стану, на наш погляд, було б слушним виходити із загальної концепції встановлення гарантій такого відшкодування. Тому було б правильним визначити механізми попереднього повного відшкодування.

Істотно звужують зміст конституційних гарантій судового захисту прав власника, а також сферу судової юрисдикції в Україні (ч. 1 ст. 55, ч. 2 ст. 124 Конституції України) положення Закону, за якими конкретизується предмет спору, щодо якого гарантується судовий розгляд. Таким є його припис ст. 13, яким визначено, що спори, пов'язані з відшкодуванням вартості примусово відчуженого майна, вирішуються в судовому порядку. У даному разі слушно закріпити загальне правило про те,

що спори, які виникають із правовідносин, урегульованих Законом, вирішуються в судовому порядку.

Наведені зауваження не є вичерпними, відтак – Закон відкритий для поліпшення. Однак вірогідно, що процес удосконалення законодавства у цій сфері потребує ґрунтовної наукової підтримки.

Узагальнюючи викладене, слід звернути увагу на характерну властивість, що притаманна інституту реквізиції, – примусове припинення права приватної власності в таких випадках здійснюється безпосередньо на підставі адміністративного акта. В усіх інших випадках примусове відчуження приватної власності в суспільних інтересах відбувається на підставі рішення суду. Це вказує як на адміністративно-правову природу, так і на певну автономність інституту реквізиції.

Наразі в юридичній науці висловлюються і критичні зауваження щодо включення до цивільних кодексів положень про реквізицію. Так, Л. Чантурія вважає великим методологічним і системним непорозумінням багатьох цивільних кодексів СНД те, що вони передбачають і намагаються регулювати такі інститути публічного, адміністративного права, як реквізиція і націоналізація. На його думку, ці механізми мають бути вилучені з цивільних кодексів [27].

Із таким твердженням можна погодитися частково, зокрема стосовно кваліфікації реквізиції як інституту адміністративного права. Натомість враховуючи його комплексний характер, закріплення загальних положень про реквізицію в базовому акті цивільного законодавства вважаємо слушним. Адже, на наш погляд, це сприяє розвитку гарантій прав власника у відносинах з приводу реквізиції в системі загальних засад цивільного права щодо захисту права власності.

На завершення зазначимо, що сучасний стан розвитку інституту реквізиції в праві України свідчить про значний потенціал для наукових і законотворчих пошуків у цьому напрямку.

1. Цивільне право України : у 2-х кн. / [Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт та ін.] ; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. – К. : Юрінком Інтер, 1999. Кн. 1. – 1999. – 864 с. 2. Аврамова О.Є. Позбавлення суб'єктивного права на житло: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / О.Є. Аврамова. – Х., 2008. – 20 с. – С.5, 10. 3. Спасибо І. А. Набуття права власності особою при його припиненні в іншої особи: окремі проблеми волі та правонаступництва / І. А. Спасибо // Університетські наукові записки: Часопис Хмельницького університету управління та права. – 2008. – № 4 (28). – С. 171–174. 4. Горяйнов А. М. Примусове припинення права власності / А. М. Горяйнов // Судова апеляція. – № 3(16). – 2009. – С. 67-72. 5. Дзера О. В. Непорушність – визначальний принцип інституту права власності [Електронний ресурс] / О. В. Дзера // Право та управління. – 2011. – № 1. – С. 122-132. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/prtup/2011_1/pdf/11dovipv.pdf 6. Іванов А. Умови застосування реквізиції в Україні / А. Іванов // Підприємництво господарство і право. – 2009. – № 1. – С. 18–21. 7. Майданник Р. Судовий захист прав іноземних інвесторів на нерухомість: державна реєстрація, експропріація, гарантії іноземних інвестицій, оспорювання правових актів органів державної влади / Р. А. Майданник // Право України. – 2009. – № 9. – С. 40–45. 8. Кузьменко О. В., Нагребельний В. П. Реквізиція // Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол. : Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. – К. : Українська енциклопедія, 1998. Т. 5 (П-С).– 2003. – 736 с. 9. Семенов В.С. Закони та звичаї війни // Юридична енциклопедія: в 6 т. / [редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. – К. : Українська енциклопедія, 1998. Т. 2 (Д-Й). – 1999. – 744 с. 10. Денисенко В. Д. Международно-правовые вопросы национализации иностранных инвестиций : автореф. дис. на соискание науч. степени канд. юрид. наук : 12.00.10 / В. Д. Денисенко. – М., 2005. – 24 с. 11. Клименко О. М. Міжнародно-правові аспекти розвитку інституту примусового відчуження приватної власності з мотивів суспільної необхідності / Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України – 2010. – № 3. – С. 113-119. 12. Юридичний словник / [За ред. Б. М. Бабія, Ф. Г. Бурчака, В. М. Корецького, В. В. Цвєткова.]. – Вид. 2-е, перероб. і доп. – К. : Головна редакція Української радянської енциклопедії, 1983. – 871 с. 13. Юридичні терміни. Тлумачний словник / [В. Г. Гончаренко, П. П. Андрушко, Т. П. Базова та ін.] ; за ред. В. Г. Гончаренка. – К. : Либідь, 2003. – 230 с. 14. Ширипов Д. В. Защита права собственности при национализации / Д. В. Ширипов // Юридический вестник. – Вып. 12. – Пенза, 2003. – С. 122–135. 15. Малеина М. Н. Реквизиция : Комментарий к статье 242 Гражданского кодекса РФ / М. Н. Малеина // Журнал российского права. – 2006. – № 8. – С. 117–122. 16. Макарчук Н. В. Формы принудительного отчуждения имущества для государственных нужд и их место в системе оснований принудительного прекращения права собственности / Н. В. Макарчук // Право и жизнь. – 2007. – № 115 (10). – С. 4–27. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.law-n-life.ru/arch/115_Makarchuk.doc 17. Щенникова Л. В. О реквизиции в гражданском праве : Гимн или реквием / Л. В. Щенникова // Законодательство. – М., 2006. – № 6. – С. 8–12. 18. Таскин Н. И. Реквизиция как один из случаев принудительного прекращения права собственности на земельные участки / Н. И. Таскин // Юрист : Научно-практическое и информационное издание. – 2003. – № 3. – 64 с. – С. 36–40. 19. Адміністративний Кодекс Української Соціалістичної Радянської Республіки від 12 жовтня 1927 р. : зб. узаконень та розпоряджень робітничо-селянського уряду України за 1927 рік. Офіційне видання Народного Комісаріату юстиції. – Х. : Юридичне видавництво НКЮ, 1927. – 12403 с. (Архівні ресурси Бібліотеки Верховної Ради України). 20. Цивільний кодекс Української РСР : науково-практичний коментарій / [під ред. О. Н. Якименка, М. Й. Бару, М. В. Гордона]. – К. : Вид-во політичної літератури України, 1971. – 542 с. 21. О порядке реквизиции и конфискации имущества частных лиц и обществ : С. У. 1921 г., № 23, ст. 687 // Весь Киев на 1926 год : Справочная Книга. – К. : Издательство киевского ОКРКОМА К.П.(б).У, 1926. – 376 с. 22. Про внесення змін і доповнень до Цивільного кодексу Української РСР та деяких інших законодавчих актів Української РСР : Указ Президії Верховної Ради УРСР від 20 травня 1985 р. № 278-XI (втратив чинність) // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1985. – № 23. – С. 542 [Електронний ресурс] / Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi 23. О реквизиции и конфискации имущества: Сводный закон РСФСР от 28 марта 1927 г. // Ведомости Верховного Совета СССР. – 1964. – № 51. – С. 892 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.zaki.ru/pagesnew.php?id=1940 24. Гражданский кодекс Российской Федерации от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (по состоянию на 31 декабря 2009 г.) [Электронный ресурс] // Официальный веб-сайт Государственной Думы РФ. – Режим доступа : http://ntc.duma.gov.ru 25. Афанасьєва Е. Н. Правовая природа реквизиции / Е. Н. Афанасьєва // Вестник Томського университета. – 2009. – № 324. – С. 221-222. 26. Про передачу, примусове відчуження або вилучення майна в умовах правового режиму воєнного чи надзвичайного стану: Закон України від 23 лютого 2012 р. (на момент підготовки статті Закон Президентом не підписаний і не опублікований). Відповідний законопроект : реєстр. № 7378 від 18 листопада 2010 р. [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=39043 27. Чантурия Л. О необходимости реформы гражданських кодексов в государствах СНГ [Электронный ресурс]/ Л.Чантурия // Научный вестник пермского университета. – Режим доступа: http://www.jurvestnik.psu.ru/ru/component/content/article/193-o-neobxodimosti-reformy-grazhdanskix-kodeksov-v-gosudarstvax-sng.html

Надійшла до редколегії 08.02.12

УДК 346:347.736 /.738

В. Радзивілюк, канд. юрид. наук, доц.,
Ю. Нагребецька, здобувач

ЗМІСТОВНЕ НАПОВНЕННЯ ДЕЯКИХ ОСНОВНИХ ТЕРМІНІВ, ЯКІ ХАРАКТЕРИЗУЮТЬ ПРОЦЕСИ ЗБЛИЖЕННЯ НАЦІОНАЛЬНИХ ЗАКОНОДАВСТВ

Дана стаття присвячена дослідженню питань, пов'язаних з змістовним наповненням термінів, якими позначаються основні правові форми погодженого законодавчого розвитку різних країн, зокрема, такі як: гармонізація, адаптація, уніфікація.

Ключові слова: терміни, зближення, гармонізація, адаптація, уніфікація, процес, національне законодавство.

Данная статья посвящена исследованию вопросов, связанных с содержательным наполнением терминов, которыми обозначаются основные правовые формы согласованного развития законодательства разных стран, в частности, такие как: гармонизация, адаптация и унификация.

Ключевые слова: термины, сближение, гармонизация, адаптация, унификация, процесс, национальное законодательство.

This article deals with studying the questions concerning the meanings of terminology which determines main legal forms relative development of legislature of different countries the following in particle.

Keywords: terms, approaching, harmonization, adoption, unification, process, national legislations.

Термінологічна різноманітність нормативних приписів, присвячених регламентації процесів зближення національних законодавств породжує значну кількість питань. До них, зокрема, можна віднести наступні: яким терміном (термінами), враховуючи його (їх) змістовне наповнення слід позначати ті явища та процеси, які зараз відбуватися та будуть відбуватися у межах правового простору нашої країни у зв'язку з інтеграційними процесами, а саме: як пов'язаний той чи інший термін зі сферою його застосування; які обмеження як часові так і просторові пов'язані з даним терміном; які заходи, процедури ним охоплюються; як дані терміни взаємодіють між собою; які критерії їх диференціації тощо.

Що ж стосується правової теорії, то вона теж використовує весь спектр термінів, які позначають правові явища, котрі опосередковують процеси змін національного законодавства, що пов'язані з факторами зовнішніми – такими як гармонізація, адаптація, уніфікація тощо – переважно як синоніми чи навіть тотожні терміни.

Багаточисленні визначення досліджуваних термінів, які ми можемо знайти у науковій літературі в цілому вірно відображають суть даних явищ, однак вони не позбавлені певних недоліків. В той же час вірне застосування та розуміння даних термінів становитиме додатковий інструмент прояву сутності і динамічності природи надскладних правових явищ: інтенсивної взаємодії та взаємовпливу правових систем і відповідних інтеграційних процесів. Приймаючи до уваги вищевикладене, на нашу думку, слід звернутися в першу чергу до дослідження основних традиційних форм проведення погодженого законодавчого розвитку країн через призму термінології, яка міститься у нормативних актах.

До таких основних правових форм погодженого законодавчого розвитку відносяться: гармонізація, адаптація та уніфікація законодавства.

До гармонізації законодавства зазвичай звертаються у випадках, коли схожі економічні, політичні умови та потреби, що складаються у різних країнах викликають необхідність однакового правового регулювання.

В законодавстві ЄС, і не тільки у ньому, але й у зарубіжному законодавстві та міжнародно-правових документах, відсутнє нормативне визначення термінів "гармонізація" та "зближення", зазначені терміни вживаються у цьому законодавстві як синоніми. Про це, зокрема свідчать положення статей 3, 93, 94, 129, 149, 150 та інших Договору про заснування Європейської Спільноти від 21 березня 1957 року [1].

Під гармонізацією законодавства у Євросоюзі розуміється досягнення певної ідентичності норм права всіх держав – членів ЄС через прийняття в межах цієї організації директив, які мають обов'язкову юридичну силу, хоча, як вже зазначалось, легального визначення "гармонізації" законодавства у нормативних актах, що мають міжнародно-правовий характер не існує.

Проте, таке визначення ми можемо знайти у нормативних актах національного законодавства, наприклад, у Методиці визначення критеріїв євроінтеграційної складової державних цільових програм, де гармонізація розуміється як "процес приведення національних стандартів у відповідність із стандартами ЄС" [2, п. 2], у Методичних рекомендаціях щодо приведення положень проектів нормативно-правових актів з питань прямого оподаткування у відповідність до законодавства Європейського Союзу та вимог положень угод ГААТ – СОТ, в яких гармонізація визначається як "процес коригування законодавства держав – членів Європейського Союзу на підставі правових актів ЄС, зокрема директив, які мають обов'язкову силу для держав – членів ЄС та вимагають від цих держав привести їх внутрішнє законодавство у відповідність до положень директив" [3, п.1.2 (3)] та інших.

Звісно наведені визначення е недостатніми для характеристики такого багатогранного процесу як гармонізація.

Позбавлені єдності й погляди як вітчизняних так і зарубіжних науковців стосовно розуміння даного терміну.

Для того щоб зрозуміти сутність гармонізації як правового явища слід визначити іманентні ній особливості, до яких можна віднести наступні:

- в теперішній час започаткування процесу гармонізації законодавства, як правило, відбувається на основі та під впливом документів міжнародно-правового характеру (в основному ратифікованих міжнародних угод), що укладаються між державами – членами певного політичного, економічного, правового тощо інтеграційного об'єднання (спільноти), об'єднань (спільнот), в подальшому цей процес відбувається на підставі правових актів відповідних органів інтеграційного об'єднання (спільноти), об'єднань (спільнот). В ЄС, зокрема, це директиви, що мають обов'язкову силу для усіх держав – членів Європейської спільноти. Однак, процеси гармонізації можуть бути пов'язані й з односторонніми діями тієї чи іншої держави, що спрямовані на використання зіставленого досвіду, котрий мається у інших країнах. При розробці та прийнятті національних нормативних актів може враховуватися досвід правової регламентації тих чи інших відносин, у певній сфері або може враховуватися досвід правової регламентації певних питань тощо інших держав, внаслідок чого відбуватися гармонізація правового регулювання. Так, наприклад,

© Радзивілюк В., Нагребецька Ю., 2012

при розробці нині діючій редакції Закону України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом" 1992 року [4] був врахований та використаний досвід нормотворіння Російської Федерації у даній сфері;

- процес гармонізації, пов'язаний з обумовленою необхідністю зовнішньої взаємодії однієї системи законодавства з іншою (зокрема, національного законодавства з правом інтеграційного об'єднання (спільноти), об'єднань (спільнот) або законодавством іншої країни (країн);
- суб'єктами гармонізаційних процесів у законодавчий сфері, як правило, виступають держави – члени таких об'єднань (спільнот) або окремі держави, які не є членом того чи іншого об'єднання (спільноти);
- гармонізація законодавства здійснюється з метою досягнення певного рівня узгодженості, сумісності правового регулювання у відповідних країнах, для реалізації їх взаємодії шляхом: досягнення ідентичності в регулюванні у певних сферах, напрямках, окремих питаннях або вдосконалення правового регулювання;
- процеси гармонізації законодавства передбачають застосування з метою їх реалізації значну кількість різноманітних та різнопланових заходів, зокрема до таких заходів можуть бути віднесені: узгодження правових концепцій; розробку спільних принципів правового регулювання; запозичення досвіду інших країн щодо правової регламентації певних відносин, їх сегменту тощо; ратифікацію міжнародних угод; прийняття модельних законодавчих актів; прийняття актів – директив; визнання рівного об'єму прав фізичних та юридичних осіб; визнання юридичних документів тощо [5, с. 335];
- гармонізація законодавства, як правило носить обов'язковий характер для держав членів відповідного об'єднання (спільноти), об'єднань (спільнот), але не є обов'язковою для країни, яка при прийнятті нормативних актів враховує досвід інших країн.

З урахуванням названих ознак гармонізацію можна розглядати як процес, що здійснюється між державами – членами певного політичного, економічного, правового тощо об'єднання (спільноти), об'єднань (спільнот), пов'язаний з обумовленою необхідністю зовнішньої взаємодії однієї системи законодавства з іншою, або процес пов'язаний й з односторонніми діями тієї чи іншої держави, що спрямовані на використання досвіду правового регулювання, котрий мається у інших країнах з метою вдосконалення національного правового регулювання та досягнення зближення систем законодавства через скорочення диференційних ознак для реалізації їх взаємодії, що може здійснюватися у різних формах шляхом: досягнення ідентичності в регулюванні у певних сферах, напрямках, окремих питаннях; визначенням конкретних узгоджувальних дій щодо співробітництва, координації, кооперації тощо; визначенням сфер, напрямків, елементів законодавчих систем, що не потребують охоплення процесом гармонізації.

Терміни "адаптація" та "апроксимація" є близькими за змістом. Їх широке застосування пов'язується з правом ЄС, де вони почали вживатися з 90-х років XX сторіччя.

За слушним висновком Н.О. Семенової поняття адаптації законодавства "використовується поряд з доктринальними термінами апроксимація і наближення права (законодавства) (перше – транслітерація від перекладу англійською другого)" [6, с. 238]. А з часу поширення **acquis communautaire** на країни, які висловили намір вступити в перспективі до ЄС, терміни "адаптація" та "апроксимація" застосовуються як синоніми [7, с. 16].

Якщо ж ми звернемось до першоджерел – етимології слів на основі яких утворились дані терміни, то ми побачимо, що термін "апроксимація" має своє походження з латинської мови (approxmo) і перекладається як наближатися, слово "адаптація" теж має походження з латинської мови (adapto) та перекладається як пристосовувати, пригладжувати.

Таким чином, виходячи з вище з'ясованого, терміни "адаптація", "апроксимація" відносяться до термінів – аналогів.

Легальне визначення "адаптації законодавства" ми можемо знайти Розділі І Концепції Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейского Союзу, в який "адаптація законодавства України до законодавства Європейского Союзу – це поетапне прийняття та впровадження нормативно – правових актів України, розроблених з урахуванням законодавства Європейского Союзу" [8], у Розділі ІІ Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейского Союзу де вона розуміється як процес приведення законів України та інших нормативно – правових актів у відповідність з правовою системою Європейского Союзу, у Методичних рекомендаціях щодо приведення положень проектів нормативно-правових актів з питань прямого оподаткування у відповідність до законодавства Європейського Союзу та вимог положень угод ГААТ – СОТ: "адаптація – процес розробки і прийняття нормативно-правових актів та створення умов для їх належного впровадження і застосування з метою поступового досягнення повної відповідності права України із європейським правом" [3, п.1.2 (2)] та інших.

Термін "адаптація", без визначення останнього, вживається у багатьох підзаконних актах українського законодавства, наприклад у Стратегії інтеграції України до Європейського Союзу [9], у Методиці визначення критеріїв євроінтеграційної складової державних цільових програм [2] та інших.

Вживається цей термін і в правових і методичних документах, прийнятих на рівні ЄС.

Представники правової доктрини висловлюють досить різні погляди щодо розуміння термінів "адаптація" та "апроксимація". Проте на обов'язкову необхідність визначення їх змістовного наповнення звертають увагу досить багато вчених, зокрема О.К. Вишняков [10, с.260], А.В. Фадеїв [11, с. 158] та інші.

Яке ж змістовне наповнення мають ці терміни, які з огляду на вищезазначене ми розглядаємо як аналогічні:

- започаткування процесу адаптації законодавства відбувається на виконання положень документів міжнародно-правового характеру та поступово (поетапно) здійснюється у межах національного законодавства;
- адаптація законодавства "має проводиться з урахуванням особливостей національної правової системи, економічних та соціальних умов суспільства" [12, с. 156];
- процес адаптації, пов'язаний з обумовленою необхідністю досягнення в майбутньому відповідності між національним законодавством та законодавством інтеграційного об'єднання (спільноти), об'єднань (спільнот), наприклад ЄС;
- суб'єктами процесу адаптації у законодавчий сфері, як правило, є певні держави, які висловили документально оформлений намір стати державами – члени певного політичного, економічного, правового тощо інтеграційного об'єднання (спільноти), об'єднань (спільнот);
- адаптація законодавства здійснюється з метою з метою поступового досягнення відповідності законодавства певної країни у визначених сферах, напрямках, окремих питаннях з правом інтеграційного об'єднання (спільноти), об'єднань (спільнот), зокрема, із європейським правом, шляхом: розробки та прийняття нормативних актив, адаптованих до вимог правової системи

інтеграційного об'єднання (спільноти), об'єднань (спільнот), наприклад, Європейського Союзу аж до їх належного впровадження і застосування;

- адаптація законодавства здійснюється у певних правових формах, таких як:

"а) наближення – процес прийняття, внесення змін чи скасування правових норм з метою наближення положень національного законодавства до положень актів законодавства Європейського Союзу для створення належних умов імплементації правового порядку Європейського Союзу;

б) координації – процес узгодження тієї частини національного законодавства та практики його застосування, по якій наближення або транспозиція є неможливими або непотрібними;

в) імплементації – процес транспонування актів законодавства Європейського Союзу, включаючи створення порядку та процедур їх впровадження (імплементація у вузькому сенсі); цей процес також включає тлумачення, практику застосування, забезпечення дотримання та виконання норм права, які відповідають європейському праву, органами державної влади (імплементація в широкому сенсі)" [3, п.1.2 (2) а) – в)].

Треба зазначити, що імплементація у свою чергу здійснюється у таких правових формах як: відсилка, що має місце, коли держава впроваджує у своє законодавство норму, яка санкціонує застосування міжнародно-правових положень для регламентації відповідних внутрішньодержавних відносин; інкорпорація – це надання міжнародній нормі сили норми внутрішнього законодавства шляхом включення без зміни її (їх) змісту або окремої (окремих) міжнародно-правових норм або усього документу, в якому вони містяться; трансформація це перетворення норм міжнародного права у норми національного законодавства шляхом прийняття спеціального закону або іншого нормативного акту, який регулює відповідні відносини [12, с. 157 -158].

- процес адаптації національного законодавства передбачає застосування різноманітних заходів, зокрема, до таких заходів можуть бути віднесені: "прийняття різноманітних програм зближення (наближення); укладення угод та договорів щодо правого співробітництва; обмін інформаційно–правовими оглядами; координація планів законодавчої діяльності; рекомендації; визнання спільного "правового поля"; рівне урахування міжнародно–правових стандартів; узгоджене виконання внутрішньодержавних процедур" тощо [5, с. 335].

- адаптація законодавства може мати як добровільний характер, саме такий характер вона має до самовизначення держав в їх намірі вступу до відповідного об'єднання (спільноти), об'єднань (спільнот), зокрема, ЄС, так і характер обов'язковий – після подання заявки про членство у відповідному об'єднанні (спільноті), об'єднаннях (спільнотах);

- здійснення адаптаційних процесів у сфері національного законодавства повинно відбуватися поступово, починаючи з розробки та прийняття нормативних актив, адаптованих до вимог правової системи відповідного об'єднання (спільноти), об'єднань (спільнот), зокрема Європейского Союзу аж до їх належного впровадження і застосування

Враховуючи викладене, адаптацію законодавства слід розглядати як процес, що здійснюється на основі положень документів міжнародно-правового характеру і національного законодавства та полягає у поступовому (поетапному) досягненні відповідності національного законодавства певної держави з законодавством інтеграційного об'єднання (спільноти), об'єднань (спільнот), членом якого бажає стати певна держава шляхом розробки, прийняття та впровадження нормативно – правових актів та створення умов для їх належного застосування, що здійснюється у визначених правових формах з застосуванням різноманітних заходів.

Говорячи про уніфікацію законодавства, не можна не погодитись з висловленням О.М. Бірюкова, стосовно того, що "сьогодні на хвилі процесів глобалізації відчувається посилення впливу уніфікації права перед усім у сфері регулювання торгівельних відносин" [12, с.154].

Термін "уніфікація" має латинське коріння та походить від слів "unio єдність + facere робити" та означає приведення до єдиної норми або форми, до одноманітності.

Багаточисленні визначення уніфікації законодавства, що містяться у теоретичних джерелах у цілому вірно відображають суть даного явища, однак вони не позбавлені недоліків, зокрема поняття уніфікації як правило, зводиться до який то її характерної ознаки або неповної сукупності таких ознак.

Для того щоб зрозуміти чим же відрізняється уніфікація від вже розглянутих традиційних форм проведення погодженого правового розвитку країн треба визначити її характерні ознаки, до яких можна віднести наступні:

- уніфіковані нормативні положення відрізняються за суб'єктом їх прийняття, зокрема, модельні закони можуть прийматися законодавчими органами федерації для її суб'єктів, другі – міждержавними об'єднаннями для держав-членів, треті – міжнародними організаціями у якості правового зразка, четверті – розробляються вченими – юристами та спеціалістами та мають доктринальний характер;

- процеси уніфікації можуть здійснюватись як у межах однієї країни, так і у межах певного регіону, у рамках міждержавних об'єднань (спільнот) (наприклад, заходи з уніфікації, що здійснюються у країнах ЄС) або навіть виходити за такі межі;

- уніфікація як процес полягає у виробці одноманітних оптимальних уніфікованих норм, які розраховані на врегулювання схожих відносини, з урахуванням їх властивостей та якостей; розробці уніфікованих правових моделей у певних сферах регулювання тощо, що веде до узагальнення та єднання структур механізму правової регламентації та отримує свій подальший розвиток у формі техніко-формалізованої обробки вже прийнятих уніфікованих положень: у вигляді або окремої норми (норм) або окремого нормативного акту, або структурного змісту певних розділів того чи іншого нормативного акту, положення якого регламентують відповідні питання тощо (тобто видання уніфікованих норм та нормативних актів – лише частина цього процесу, юридична основа уніфікації) і завершується цей процес процедурою включення до національних законодавств одноманітних норм у відповідності до міжнародних угод, типових актів, єдиних норм-стандартів або виконання обов'язкових регламентів тощо;

- метою уніфікації є усунення законодавчих відмінностей у сфері регламентації певних суспільних відносин, їх одноманітне врегулювання та однакове застосування норми права та відповідно уникнення правових конфліктів;

- уніфікація може проводитись у різних правових формах – шляхом укладення міжнародних договорів (найбільш розповсюдженим засобом уніфікації є укладення міжнародних конвенцій, досягнута у результаті використання цієї правової форми уніфікація права засновується на міжнародних зобов'язаннях країн – учасниць такої конвенції), відтворення у внутрішньодержавному праві положень або принципів, підходів та рішень, що містяться у документах, що розроблені на міжнародному рівні: модельних законодавчих актів, таких зокрема,

як загальні принципи, примірні закони, регламенти, основні умови, основні положення, правила тлумачення тощо;

- для того щоб уніфіковані положення нормативних актів міжнародно-правового характеру регламентували внутрішньодержавні відносини вони повинні війти у систему національного права той чи іншої держави, тобто повинні бути імплементовані у внутрішнє право, так модельні закони отримують силу у межах той чи іншої держави після прийняття, визнання та схвалення їх – в будь якому об'ємі – національним парламентом, що стосується уніфікованих норм міжнародних конвенцій то вони вимагають для своєї реалізації особливої процедури – для їх визнання у якості обов'язкових на території даної держави необхідно підписання, ратифікація, схвалення та приєднання.

Отже, уніфікація це багатоетапний процес, котрий здійснюється певними суб'єктами міжнародного права та відповідно компетентними органами тієї чи іншої держави у визначених правових формах, що спрямований на досягнення одноманітності використання правових засобів шляхом виробки оптимальних нормативних приписів, для досягнення соціально значущих цілей при регламентації визначених видів суспільних відносин.

1. Договір про заснування Європейської Спільноти від 21.03.1957 р. // Законодавчі і нормативні акти з банківської діяльності. – 2003. – № 4, № 10. 2. Про затвердження Методики визначення критеріїв євроінтеграційної складової державних цільових програм: наказ Міністерства економіки від 16. 03. 2005 р., № 62 // Офіційний вісник України. – 2005. – № 17. – Ст. 926. 3. Про затвердження Методичних рекомендацій щодо приведення положень проектів нормативно-правових актів з питань прямого оподаткування у відповідність до законодавства Європейського Союзу та вимог положень угод ГААТ – СОТ: наказ Державної податкової адміністрації від 04. 10. 04 р. № 578 // Податковий, банківський, митний КОНСУЛЬТАНТ. – 2004. – № 42. 4. Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом: Закон України від 14.05.92 р., № 2343-XII// Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 31. – Ст. 440. 5. Тихомиров Ю.А. Коллизионное право: учебное и научно – практическое пособие / Юрий Александрович Тихомиров. – М.: Издание г – на Тихомирова, 2000. – 394 с. 6. Семенова Н. О. Апроксимація законодавства як прояв динамічного виміру права: генезис, зміст і функції / Н. О. Семенова // Трансформація політики в право: різні традиції та досвід: матеріали міжнар. наук. конф. (Київ – Харків, 9-12 листоп. 2005 р.); за ред. В.Я. Тація. – Х.: Право, 2006. – С. 238 – 247. 7. Малишева Н.Р. Теоретичні аспекти гармонізації законодавства / Н.Р. Малишева // Збірник наукових доповідей членів Академії правових наук України (2008 – 2009 роки): [упоряд.: М.Я. Сегай]; за ред. В. Я. Тація. – К.: "АДЕФ –Україна", 2009. – С. 8 -31. 8. Про Концепцію Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейского Союзу: Закон України від 21. 11. 2002 р., № 228 – IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 3. – Ст. 12. 9. Про затвердження Стратегії інтеграції України до Європейського Союзу: Указ Президента України від 11. 06.1998 р., № 615/98 // Офіційний вісник України. – 1998. – № 24. – Ст. 3. 10. Вишняков О.К. Правове забезпечення зовнішньоекономічної інтеграції України: [монографія] / О.К. Вишняков. – Одеса, Юридична література, 2007. – 286 с. 11. Фадеев А.В. Адаптация законодательства Украины к законодательству ЕС: некоторые аспекты необходимости применения системного похода / А.В. Фадеев // Хозяйственное законодательство Украины: практика применения и перспективы развития в контексте европейского выбора: [зб. науч. трудов / отв. ред. Мамутов В.К.]. – Донецк: ООО "Юго-Восток, Лтд", 2005. – С.156-159. 12. Бірюков О.М. Транскордонні банкрутства: теорія і практика: [монографія] / Олександр Миколайович Бірюков. – К.: Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет", 2008. – 318 с.

Надійшла до редколегії 30.01.12

УДК 347.734 (477)

Н. Златіна, канд. юрид. наук

ОРГАНІЗАЦІЯ ЗДІЙСНЕННЯ БАНКІВСЬКОГО НАГЛЯДУ В УКРАЇНІ ТА ЙОГО ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ

В статті розглядається організація здійснення банківського нагляду в Україні, що безпосередньо покладена на центральний банк країни – Національний банк України. Крім того, аналізується безвиїзний нагляд і виїзне інспектування банків та процес планування останнього, а також досліджується нормативна база, що регулює різні питання в сфері банківської діяльності і банківського нагляду.

Ключові слова: Національний банк України, нагляд, безвиїзний нагляд, виїзне інспектування банків, постанова Правління Національного банку України.

В статье рассматривается организация осуществления банковского надзора в Украине, что непосредственно возложена на центральный банк страны – Национальный банк Украины. Кроме того, анализируется безвыездной надзор и выездное инспектирование банков и процесс планирования последнего, а также исследуется нормативная база, которая регулирует различный вопросы в сфере банковской деятельности и банковского надзора.

Ключевые слова: Национальный банк Украины, надзор, безвыездной надзор, выездное инспектирование банков, постановление Правления Национального банка Украины.

The article deals with organization of the process of bank supervision in Ukraine that is directly imposed on the central bank of the country – the National bank of Ukraine. The article also analyses permanent supervision and field inspection of banks as well as the process of its planning and investigates normative basis that regulates various issues in the sphere of bank activity and bank supervision.

Key words: National bank of Ukraine, supervision, permanent supervision, field inspection of banks, resolution of the Board of the National bank of Ukraine.

Стан та перспективи розвитку банківської системи мають велике значення для національної економіки. У зв'язку з цим банківська сфера є об'єктом пильного нагляду з боку відповідних органів державної влади і, зокрема, центрального банку.

Банківський нагляд традиційно спрямований на підтримку надійності та ефективної діяльності окремих складових фінансово-кредитної системи країни, насамперед банків, з метою забезпечення стабільного функціонування всієї банківської системи [1, с.153]. Під банківським наглядом розуміють насамперед моніторинг процесів, що мають місце у банківській сфері на різних стадіях функціонування банків, а саме: створення нових банків та їх установ; реорганізації та ліквідації [2, с.11]. Саме питання, що стосуються банківського нагляду досліджувались у працях таких вітчизняних вчених, як Л.К.Воронова, Д.О.Гетманцев, І.Б.Заверуха, А.Т. Ковальчук, О.А.Костюченко, В.Л.Кротюк, М.П.Кучерявенко, Т.А.Латковська, О.П.Орлюк, В.В. Пасічник, А.О. Селіванов та інших.

Банківський нагляд в Україні здійснюється центральним банком країни – Національним банком України. Так, відповідно до чинного законодавства Національний банк України здійснює постійний нагляд за дотриманням банками, їх підрозділами, афілійованими та спорідненими особами банків на території України та за кордоном, банківськими об'єднаннями, представництвами та філіями іноземних банків в Україні, а також іншими юридичними та фізичними особами банківського законодавства, нормативно-правових актів Національного банку України та економічних нормативів [3].

Система банківського нагляду визначається Положенням про структуру системи банківського нагляду Національного банку України та його повноваження

© Златіна Н., 2012

щодо адекватного реагування на порушення в діяльності комерційних банків, яке затверджене постановою Правління Національного банку України від 17 листопада 1997 р. № 380 [4]. Відповідно до цієї постанови, система банківського нагляду Національного банку України скоординована за вертикаллю і функціонує як єдиний механізм у складі центрального апарату та територіальних управлінь. Варто відзначити, що центральний апарат здійснює нагляд за банками I та II групи, а територіальні управління – за банками III та IV групи відповідно. Поділ банків на групи здійснюється Національним банком України залежно від розміру активів та регулятивного капіталу.

Нагляд за банками Національний банк України та його установи здійснюють двома методами: безвиїзний (дистанційний) нагляд та виїзне інспектування банків.

Безвиїзний нагляд – це дистанційний моніторинг діяльності банків і банківської системи в цілому, а також застосування Національним банком України певних заходів з метою реагування на проблеми та недоліки, які виявлені у діяльності банків. Безвиїзний нагляд ґрунтується на аналізі звітності (балансовий звіт, звіт про прибутки/збитки та інші супутні форми), що подається визначеним структурним підрозділам Національному банку України на регулярній основі і дає можливість постійно поновлювати інформацію про фінансовий стан банків, зокрема про їх капітальну позицію, ліквідну позицію, рентабельність, а також певною мірою про якість активів.

Безвиїзний нагляд використовується як система раннього застереження, що дає змогу підрозділам Національного банку України, які здійснюють нагляд, ухвалювати рішення про застосування до банків відповідних заходів щодо загострення ситуації (письмове застереження) або щодо проведення інспекційної перевірки на місці (виїзне інспектування). Слід відзначити, що безвиїзний нагляд може бути ефективним лише за умови, якщо він проводиться на основі достовірної звітності, отриманої від банків, та у разі дотримання ними стандартів обліку, звітності тощо [2, с.12].

Виїзне інспектування банків, здійснюється працівниками (інспекторами) структурних підрозділів банківського нагляду Національного банку України і передбачає виконання ряду процедур, які відповідають обсягу обстеження, оцінку різних сторін банківської діяльності, висновки та визначення заходів контролю за виконанням рекомендацій інспекторів Національного банку України.

Кожне виїзне інспектування банку або банківської установи передбачає щонайменше виконання процедур, необхідних для визначення комплексної рейтингової оцінки банку за системою CAMELS та системою оцінки ризиків (COP). Підхід до нагляду за діяльністю банку базується на оцінках ризиків, тобто рейтинговій системі CAMELS і полягає у визначенні загального стану банку на підставі єдиних критеріїв, що охоплюють усі сторони діяльності банку. Така єдина система рейтингової оцінки допомагає визначити ті банки, в яких фінансовий стан, операції або менеджмент мають недоліки, що можуть призвести до банкрутства банку, та вимагає особливої уваги з боку системи банківського нагляду Національного банку України [5, с.155].

Процес планування та проведення інспектування банків, філій іноземних банків та інших осіб, які охоплюються наглядовою діяльністю Національного банку України службою банківського нагляду Національного банку України регулюються Положенням про планування та порядок проведення інспекційних перевірок, яке затверджене постановою Правління Національного банку України від 17 липня 2001 р. № 276 [6]. Відповідно до цієї постанови, комплексним інспекційним перевіркам підлягають банки, філії іноземного банку, які здійснюють банківську діяльність на підставі банківської ліцензії. Інші особи, які охоплюються наглядовою діяльністю Національного банку України, підлягають перевіркам з окремих питань щодо їх діяльності/операцій, фінансового стану та впливу на діяльність банку.

План комплексного інспектування банку передбачає перевірку за такими розділами: Капітал; Активи; Менеджмент; Надходження; Ліквідність; Чутливість до ринкових ризиків (Валютні операції); Організація роботи банку з питань запобігання легалізації коштів, отриманих злочинним шляхом, та виконання банком вимог статей 63, 64 Закону України "Про банки і банківську діяльність"; Перевірка проведення довірчих, дилерських, інших операцій; Перевірка проведення позабалансових операцій; Перевірка дотримання банком вимог Правил надання банками України інформації споживачу про умови кредитування та сукупну вартість кредиту, затверджених постановою Правління Національного банку України від 10.05.2007 р. № 168; Перевірка системи управління ризиками банку відповідно до Методологічних вказівок з інспектування банків "Система оцінки ризиків".

Національний банк України здійснює планові та позапланові перевірки. Про проведення планової перевірки Національний банк України зобов'язаний повідомляти банк або філію іноземного банку не пізніше між за 10 днів до початку цієї перевірки.

Національний банк може також прийняти рішення про проведення позапланової перевірки за наявності обґрунтованих підстав. Такими підставами є виявлення під час здійснення безвиїзного нагляду суттєвого погіршення фінансового стану банку/філії іноземного банку або фактів проведення банком (його підрозділами/філіями іноземного банку) ризикових операцій, що загрожують інтересам вкладників або інших кредиторів банку/філії іноземного банку, чи фактів подання Національному банку України недостовірної звітності тощо [6]. Під час підготовки плану проведення позапланової перевірки враховуються окремі питання (за якими були виявлені порушення) з вищезазначеного переліку розділів, які передбачені для проведення комплексного інспектування банківської структури.

Так, під час здійснення банківського нагляду шляхом проведення інспекційних перевірок банків головними завданнями є оцінка їх фінансового стану, встановлення характеру та масштабів проблем, виявлених у банках з подальшим обґрунтуванням виправних заходів, рекомендацій та вказівок.

Під час проведення комплексних інспекційних перевірок банків, головна увага приділяється питанням достовірності звітності, що подається до визначених структурних підрозділів банківського нагляду Національного банку України та стабільності фінансового стану банку, який перевіряється. Такий вид інспекційних перевірок базується насамперед на Законі України "Про Національний банк України" [3], Законі України "Про банки і банківську діяльність" [7], інших законах України, а також на нормативно-правових актах Національного банку України, які регулюють питання організації статистичної звітності та бухгалтерського обліку, зокрема:

- Правила організації статистичної звітності, що подається до Національного банку України, які затверджені постановою Правління Національного банку України від 19 березня 2003 р. № 124 [8];
- Інструкція про застосування Плану рахунків бухгалтерського обліку банків України, яка затверджена постановою Правління Національного банку України від 17 червня 2004 р. № 280 [9];

- План рахунків бухгалтерського обліку банків України, який затверджений постановою Правління Національного банку України від 17 червня 2004 р. № 280 [10];
- Інструкція з бухгалтерського обліку кредитних, вкладних (депозитних) операцій та формування і використання резервів під кредитні ризики в банках України, яка затверджена постановою Правління Національного банку України від 15 вересня 2004 р. № 435 [11] та ін.

Під час проведення інспекційних перевірок з питань дотримання банками валютного законодавства, фахівці Національного банку України керуються такими правовими актами: Закон України "Про Національний банк України" [3], Закон України "Про банки і банківську діяльність" [7] та Декрет Кабінету Міністрів України від 19 лютого 1993 р. № 15-93 "Про систему валютного регулювання і валютного контролю" [12] та іншими, а також нормативно-правовими актами, що видані Національним банком України, на основі вищезазначених правових актів, до яких належать:

- Положення про порядок державної реєстрації Національним банком України іноземних інвестицій, що затверджене Постановою Правління Національного банку України від 23 грудня 2009 р. № 762 [13];
- Правила використання готівкової іноземної валюти на території України, що затверджені постановою Правління Національного банку України від 30 травня 2007 р. № 200 [14];
- Положення про порядок видачі Національним банком України індивідуальних ліцензій на розміщення резидентами (юридичними та фізичними особами) валютних цінностей на рахунках за межами України, що затверджене постановою Правління Національного банку України від 14 жовтня 2004 р. № 485 [15];
- Положення про порядок видачі резидентам індивідуальних ліцензій на переказування іноземної валюти за межі України з метою придбання облігацій зовнішніх державних позик України, що затверджене постановою Правління Національного банку України від 29 січня 2003 р. № 35 [16];
- Інструкція про порядок організації та здійснення валютно-обмінних операцій на території України, затвердженої постановою Правління Національного банку України від 12 грудня 2002 р. № 502 [17];
- Положення про валютний контроль, що затверджене постановою Правління Національного банку України від 8 лютого 2000 р. № 49 [18];
- Положення про відкриття та функціонування кореспондентських рахунків банків-резидентів та нерезидентів в іноземній валюті, та кореспондентських рахунків банків-нерезидентів у гривнях, що затверджене постановою Правління Національного банку України від 26 березня 1998 р. № 118 [19] та ін.

Під час проведення перевірок з питань запобігання використанню банківської системи для легалізації кримінальних доходів та фінансування тероризму, фахівці Національного банку України керуються такими правовими актами, як: Закон України "Про Національний банк України" [3], Закон України "Про банки і банківську діяльність" [7] та Законом України "Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом" [20] та іншими, а також нормативно-правовими актами, що видані Національним банком України, на основі вищезазначених правових актів, до яких належать:

- Положення про порядок виконання банками документів на переказ, примусове списання і арешт коштів в іноземних валютах та банківських металів, що затверджене постановою Правління Національного банку України від 28 липня 2008 р. № 216 [21];
- постанова Національного банку України від 21 січня 2004 р. № 22 "Про затвердження Інструкції про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті" [22];
- постанова Правління Національного банку України від 17 березня 2004 р. № 108 "Про порядок накладення Національним банком України штрафів за порушення банками вимог Закону України "Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом" [23];
- постанова Правління Національного банку України від 12 листопада 2003 р. № 492 "Про затвердження Інструкції, про порядок відкриття, використання і закриття рахунків у національній та іноземній валютах" [24];
- Положення про здійснення банками фінансового моніторингу, що затверджене постановою Правління Національного банку України від 14 травня 2003 р. № 189 [25] та ін.

Як видно з наведеного переліку, Національним банком України приймається великий масив нормативно-правових актів, які регулюють різні питання у сфері банківської діяльності і зокрема банківського нагляду. Водночас, оскільки Національний банк України зацікавлений у дотриманні банками вимог чинного законодавства України, а також у тому, щоб банками використовувалась правова база Національного банку України у повному обсязі під час здійснення ними банківської діяльності це дає підстави зробити висновок, про те, що доцільно було б систематизувати нормативно-правову базу Національного банку України шляхом об'єднання його правових актів в групи за конкретно визначеними питаннями регулювання. Їх можна сформувати за таким критерієм: з питань організації банківської діяльності на території України, з питань організації статистичної звітності та бухгалтерського обліку, з питань валютного регулювання, з питань фінансового моніторингу та інших.

Така систематизація дозволить зробити правову базу Національного банку України більш доступною для використання усіма учасниками банківських відносин і сприятиме її легшому застосуванню усіма структурами банківського сектору України при здійснення ними банківської діяльності.

1. Орлюк О. П. Банківська система України. Правові засади організації / О. П. Орлюк. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – 240 с. 2. Глушко В. І. Банківський нагляд / В. І. Глушко, С. М. Лаптєв, О. С. Любунь, К. Є. Раєвський : [навч. посіб]. – К. : Центр навчальної літератури, 2004. – 264 с. 3. Про Національний банк України : Закон України [від 20 трав. 1999 р.] // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 29. – Ст. 238. 4. Положення про структуру системи банківського нагляду Національного банку України та його повноваження щодо адекватного реагування на порушення в діяльності комерційних банків : [затверджене постановою Правління Національного банку України ; від 17 листоп. 1997 р. № 380] [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua 5. Міщенко В. І. Банківський нагляд / В. І. Міщенко, А. П. Яценюк, В. В. Коваленко, О. Г. Коренєва : [навч. посіб.]. – К. : Знання, 2004. – 406 с. 6. Положення про планування та порядок проведення інспекційних перевірок : [затверджене постановою Правління Національного банку України ; від 17 лип. 2001 р. № 276] [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua 7. Про банки і банківську діяльність: Закон України [від 7 груд. 2000 р.] // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 5–6. – Ст. 30. 8. Правила організації статистичної звітності, що подається до Національного банку України : [затверджені постановою Правління Національного банку України ; від 19 берез. 2003 р. № 124] [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua 9. Інструкція про застосування Плану рахунків бухгалтерського обліку банків України : [затверджена постановою Правління Національного банку України ; від 17 черв. 2004 р. № 280] [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua 10. План рахунків бухгалтерського обліку банків України : [затверджений постановою Правління Національного банку України ; від 17 черв. 2004 р. № 280] [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua. 11. Інструкція з бухгалтерського обліку кредитних, вкладних (депозитних) операцій та формування і використання резервів під кредитні ризики в банках України : [затверджена постановою Правління Національного банку України ; від 15 верес. 2004 р. № 435] [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua 12. Декрет Кабінету Міністрів України "Про систему валютного регулювання і валютного контролю" : [від 19 лют.

1993 р. № 15-93 (зі змінами)] // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 17. – Ст. 184. 13. Положення про порядок державної реєстрації Національним банком України іноземних інвестицій : [затверджене постановою Правління Національного банку України ; від 23 груд. 2009 р.] [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua 14. Правила використання готівкової іноземної валюти на території України : [затверджені постановою Правління Національного банку України ; від 30 трав. 2007 р. № 200 (зі змінами)] [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua 15. Положення про порядок видачі Національним банком України індивідуальних ліцензій на розміщення резидентами (юридичними та фізичними особами) валютних цінностей на рахунках за межами України : [затверджене постановою Правління Національного банку України ; від 14 жовт. 2004 р. № 485 (зі змінами)] [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua 16. Положення про порядок видачі резидентам індивідуальних ліцензій на переказування іноземної валюти за межі України з метою придбання облігацій зовнішніх державних позик України : [затверджене постановою Правління Національного банку України ; від 29 січ. 2003 р. № 35 (зі змінами)] [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua 17. Інструкція про порядок організації та здійснення валютно-обмінних операцій на території України : [затверджена постановою Правління Національного банку України ; від 12 груд. 2002 р. № 502 (зі змінами)] [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua 18. Положення про валютний контроль : [затверджене постановою Правління Національного банку України ; від 8 лют. 2000 р. № 49 (зі змінами)] [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua 19. Положення про відкриття та функціонування кореспондентських рахунків банків-резидентів та нерезидентів в іноземній валюті, та кореспондентських рахунків банків-нерезидентів у гривнях : [затверджене постановою Правління Національного банку України ; від 26 берез. 1998 р. № 118 (зі змінами)] [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua 20. Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом: Закон України [від 28 лист. 2002 р.] // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 1. – Ст. 2. 21. Положення про порядок виконання банками документів на переказ, примусове списання і арешт коштів в іноземних валютах та банківських металів : [затверджене постановою Правління Національного банку України ; від 28 лип. 2008 р. № 216] [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua 22. Постанова Правління Національного банку України "Про затвердження Інструкції про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті" : [від 21 січ. 2004 р. № 22 (зі змінами)] [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua 23. Постанова Правління Національного банку України "Про порядок накладення Національним банком України штрафів за порушення банками вимог Закону України "Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом" : [від 17 берез. 2004 р. № 108 (зі змінами)] [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua 24. Постанова Правління Національного банку України "Про затвердження Інструкції про порядок відкриття, використання і закриття рахунків у національній та іноземній валютах" : [від 12 листоп. 2003 р. № 492 (зі змінами)] [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua 25. Положення про здійснення банками фінансового моніторингу : [затверджене постановою Правління Національного банку України ; від 14 трав. 2003 р. № 189 (зі змінами)] [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua.

Надійшла до редколегії 30.01.12

УДК: 346.23:330.332

В. Поєдинок, канд. юрид. наук

СИСТЕМА ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ІНВЕСТИЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

У статті охарактеризована система органів державного регулювання інвестиційної діяльності. Особлива увага приділена компетенції Держінвестпроекту України як головного органу із забезпечення реалізації державної політики у сфері інвестиційної діяльності.

Ключові слова: інвестиційна діяльність, державне регулювання, сприяння інвестуванню.

В статье характеризирована система органов государственного регулирования инвестиционной деятельности. Особое внимание уделено компетенции Госинвестпроекта Украины как главного органа по обеспечению реализации государственной политики в сфере инвестиционной деятельности.

Ключевые слова: инвестиционная деятельность, государственное регулирование, поощрение инвестирования.

The system of the state authorities regulating investment activity is characterized in the article. The prime attention is paid to the State agency for investment and national projects management as the principal authority for implementation of the state policy in the investment sphere.

Key words: investment activity, state regulation, investment promotion.

Самі по собі правові засоби, закріплені у чинному законодавстві, не можуть забезпечити господарську діяльність без відповідного високоякісного організаційного механізму їх застосування у практиці, що включає наявність певної організаційної структури, повноважень відповідних органів, належної компетенції їх кадрів тощо. Для досягнення організованості правових засобів недостатньо лише нормативної регламентації, а необхідне належне їх застосування, що неможливо без організаційного аспекту, тобто ефективного функціонування державних органів, які застосовують правові засоби [1, 15].

Системі органів державного регулювання інвестиційної діяльності приділяють увагу здебільшого в навчальній літературі з інвестиційного права [2, 72-75; 3, 225-243], де пропонується переважно описова характеристика такої системи. Крім того, параметри зазначеної системи зазнали суттєвих змін у зв'язку з прийняттям Указу Президента України від 9 грудня 2010 р. №1085/2010 "Про оптимізацію системи органів центральної виконавчої влади". Відтак уявляються необхідними: виділення основних рис системи органів державного регулювання інвестиційної діяльності, виявлення тенденцій її розвитку, критичний аналіз повноважень Держінвестпроекту України як головного органу центральної виконавчої влади із забезпечення реалізації державної політики у сфері інвестиційної діяльності, що і становить *завдання* цієї статті.

Для характеристики системи органів державного регулювання інвестиційної діяльності уявляється доцільним скористатися розробленим наукою адміністративного права поділом органів державної влади *за обсягом і характером компетенції* на: органи загальної компетенції, органи галузевої компетенції, органи спеціальної (функціональної) компетенції [4, 74].

Органи загальної компетенції – це органи, які в межах підвідомчої їм території здійснюють загальне керівництво й координацію діяльності органів галузевої і функціональної компетенції, підприємств, установ, організацій та інших суб'єктів. Вони несуть відповідальність за стан справ на відповідній території (на всій території України, території Автономної Республіки Крим, області, району, міста) [4, 74]. До органів загальної компетенції належать: Верховна Рада України (повноваження якої, у тому числі й у царині інвестиційної діяльності, а також питання, які визначаються виключно законами України, визначені відповідно статтями 85 та 92 Конституції України), Кабінет Міністрів України (ст. 116 Конституції України), Верховна Рада та Рада міністрів Автономної Республіки Крим (ст. 26 та 38 Конституції Автономної Республіки Крим, затвердженої Законом України від 23 грудня 1998 р.), місцеві державні адміністрації (глава 2 Закону України від 9 квітня 1999 р. "Про місцеві державні адміністрації").

Органи загальної компетенції становлять основу системи органів державного регулювання інвестиційної діяльності. Значна кількість правових питань здійснення

© Поєдинок В., 2012

інвестиційної діяльності (на загальнодержавному рівні) вирішується законами України та постановами Кабінету Міністрів України, що є загалом позитивним явищем, оскільки високий рівень прийняття відповідних рішень вказує на їх вищу якість, незалежність від вузьковідомчих інтересів. Це знижує небезпеку виникнення так званої "регуляторної пастки", що належить до найсуттєвіших проблем державного регулювання господарської, у тому числі інвестиційної діяльності.

Разом з тим, очевидно, що органи загальної компетенції не в змозі охопити своїм регулюванням вузькоспеціалізовані питання здійснення інвестиційної діяльності, обумовлені економіко-правовою формою та/або сферою її здійснення, що визначає необхідність функціонування органів галузевої та спеціальної (функціональної) компетенції.

Органи галузевої компетенції реалізують державну політику у відповідній галузі. Галузь – це поєднання об'єктів управління під керівництвом відповідного органу виконавчої влади за ознаками виробничої єдності незалежно від їх географічного розташування [4, 74]. На нашу думку, галузева компетенція не характерна для органів державного регулювання інвестиційної діяльності. Це пов'язано з тим, що інвестиційна діяльність здійснюється не за галузевим принципом. Натомість вона пронизує усі галузі та сфери економіки, при цьому функціонування капіталу у цих галузях та сферах підпорядковується певним спільним законам та закономірностям.

Органом, який має галузеву компетенцію, але при цьому з очевидністю належить до системи органів державного регулювання інвестиційної діяльності, є Міністерство регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України (Мінрегіон України), Положення про яке затверджене Указом Президента України від 31 травня 2011 р. №633/2011.

Мінрегіон України визначено головним органом у системі центральних органів виконавчої влади з формування та забезпечення реалізації державної житлової політики і політики у сфері будівництва, архітектури, містобудування та житлово-комунального господарства. З цього випливає, що далеко не всі повноваження Мінрегіону є повноваженнями щодо державного регулювання інвестиційної діяльності. Слід враховувати, що власне капітальне будівництво розуміють у двох значеннях – як комплексну галузь економіки і як форму інвестиційної діяльності, причому друге значення є значно вужчим за колом охоплюваних відносин. Таким чином, до державного регулювання інвестиційної діяльності мають відношення лише ті повноваження Мінрегіону України, які стосуються встановлення порядку здійснення суб'єктами інвестиційної діяльності практичних дій щодо реалізації інвестицій у будівельну продукцію.

Органи спеціальної (функціональної) компетенції забезпечують реалізацію державної політики в певній сфері, здійснюють керівництво з питань, які мають загальний характер для всіх чи багатьох галузей господарства [4, 75]. Система органів державного регулювання інвестиційної діяльності нараховує достатньо велику кількість органів спеціальної (функціональної) компетенції, при чому серед них є як традиційні для системи органів державної виконавчої влади в Україні, так і новітні органи.

Традиційними органами державного регулювання інвестиційної діяльності, які мають спеціальну (функціональну) компетенцію, є: Міністерство економічного розвитку і торгівлі України (Мінекономрозвитку України), Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку України (НКЦПФР), Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг України (Нацкомфінпослуг), Антимонопольний комітет України, Національний банк України.

Розмежування повноважень між традиційними органами державного регулювання інвестиційної діяльності є відносно усталеним і не викликає у нас принципових критичних зауважень. Цим ми не стверджуємо, що розподіл повноважень між відповідними органами державної влади є досконалим, і пропозиції щодо його покращення не мають права на існування. Так, у Концепції Державної цільової економічної програми модернізації ринків капіталу в Україні, схваленій розпорядженням Кабінету Міністрів України від 8 листопада 2007 р. №976-р, зазначається, що однією з провідних тенденцій на світових ринках капіталу є об'єднання державних органів, що комплексно регулюють усі їх складові та здійснюють консолідований нагляд за фінансовими установами (мегарегулятор). В умовах України утворення мегарегуляторра означає об'єднання в єдиному органі повноважень НКЦПФР та Нацкомфінпослуг. Вважаємо, однак, що аналіз відповідних пропозицій виходить за рамки нашого дослідження.

До новітніх вузькоспеціалізованих органів державного регулювання інвестиційної діяльності, які виникли на базі традиційних міністерств в останні роки, належать: Державне агентство з питань науки, інновацій та інформатизації України (Держінформнауки України), Державне агентство з екологічних інвестицій України (Держекоінвестагенство України), Державне агентство з інвестицій та управління національними проектами України (Держінвестпроект України). Особлива увага у цій статті приділена останньому органу з огляду на те, що інвестиційна діяльність становить основний предмет його відання, а його повноваження формально стосуються будь-яких економіко-правових форм та аспектів цієї діяльності.

Чинне Положення про Держінвестпроект України затверджене Указом Президента України від 12 травня 2011 р. №583/2011. Повноваження Держінвестпроекту, визначені Положенням про нього, можуть бути згруповані у декілька блоків. Так, в силу *програмно-координаційних повноважень* Держінвестпроект: забезпечує реалізацію державної політики у сфері інвестиційної діяльності, державно-приватного партнерства та управління національними проектами; розробляє пропозиції щодо вдосконалення нормативно-правових актів з питань, що належать до його компетенції; бере у межах своїх повноважень участь у підготовці пропозицій щодо формування і реалізації державної податкової, митної, бюджетної політики тощо.

Програмно-координаційні повноваження є традиційним елементом будь-якого вітчизняного положення про орган центральної виконавчої влади. Відповідні повноваження Держінвестпроекту відповідають його статусу як "головного органу в системі центральних органів виконавчої влади із забезпечення реалізації державної політики у сфері інвестиційної діяльності та управління національними проектами" (п.1 Положення про Держінвестпроект). Водночас, згідно з Положенням про Міністерство економічного розвитку та торгівлі України, затвердженим Указом Президента України від 31 травня 2011 р. №634/2011, Мінекономрозвитку так само визначається "головним органом у системі центральних органів виконавчої влади з формування та забезпечення реалізації… інвестиційної… політики". У Положенні про Держінвестпроект будь-які приписи щодо порядку взаємодії цього органу та Мінекономрозвитку відсутні.

Повноваження щодо управління національними проектами "успадковані" Депржінвестпроектом від поглинутого ним Державного агентства України з управління національними проектами. "Національний проект" є відносно новою концепцією законодавства України. На законодавчому рівні дефініція і визначення правового режиму таких проектів відсутні. Відповідно до Положення про проекти із пріоритетних напрямів соціально-

економічного та культурного розвитку (національні проекти), затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 8 грудня 2010 р. №1255, *національний проект* – це проект із пріоритетних напрямів соціально-економічного та культурного розвитку, що має стратегічно важливе значення для забезпечення технологічного оновлення та розвитку окремої галузі реального сектору економіки, розвитку регіону, розв'язання соціальних проблем, а також впливає на покращення якості життя громадян України, а також внесений до переліку проектів із пріоритетних напрямів соціально-економічного та культурного розвитку та до Державного реєстру національних проектів. Перелік проектів готується Держінвестпроектом та затверджується Кабінетом Міністрів України.

Як зазначається в документі "Інвестиційна реформа: Концепція", розглянутому Держінвестпроектом за участі Президента України 6 квітня 2011 р., національні проекти покликані виконати функцію майданчиків для практичної реалізації економічних реформ. Національні проекти здійснюються за інноваційними технологіями та фактично народжують нові індустрії (LNG, сміттєпереробка, очистка води, альтернативна енергетика тощо). Практично всі національні проекти реалізуються у партнерстві з приватними компаніями або за рахунок приватних інвестицій та передбачають поворотний механізм використання бюджетних коштів. В окремих випадках можуть надаватися державні гарантії для реалізації національних проектів, але лише за умови їх реалізації на прибутковій основі [5, 8-11].

Особливість повноважень цього блоку полягає у тому, що це – повноваження саме щодо управління конкретними національними проектами, а не щодо визначення їх правового режиму, яке здійснюється на вищому рівні. Крім того, виходячи за змісту Інвестиційної реформи, передбачається здійснення Держінвестпроектом діяльності, яка не підлягає безпосередній детальній правовій регламентації, а саме: "персонального супроводу стратегічних інвесторів за прикладом успішних країн" [5, 5,15];

Повноваження Держінвестпроекту *в сфері державної підтримки інвестиційної діяльності,* у тому числі реалізації національних проектів, обмежуються "внесенням пропозицій" (щодо надання державної підтримки у підготовці і реалізації національних та інших проектів, що належать до сфери його компетенції; щодо порядку конкурсного відбору інвестиційних та інших проектів розвитку, що потребують державної підтримки та ін.). Законом України №4218-VI від 22 грудня 2011 р. були внесені зміни до Закону України "Про інвестиційну діяльність" [6], згідно з якими був вперше встановлений загальний механізм державної підтримки реалізації інвестиційних проектів (ч.3 ст.2, ст.12-1, 12-2). Усі конкретні регуляторні повноваження в рамках такого механізму надані законодавцем Кабінету Міністрів України та Мінекономрозвитку, але не Держінвестпроекту.

У сфері державно-приватного партнерства повноваження Держінвестпроекту не розмежовані з відповідними повноваженнями Мінекономрозвитку України як спеціально уповноваженого органу з питань державно-приватного партнерства. Вважаємо, що концепція державно-приватного партнерства виходить далеко за рамки власне інвестиційної діяльності, тож регуляторні повноваження у зазначеній сфері повинні належати Мінекономрозвитку України як органу широкої компетенції.

Зміст повноважень Держінвестпроекту *щодо підготовки та реалізації інвестиційних проектів за принципом "єдиного вікна"* визначається Законом України від 21 жовтня 2010 р. "Про підготовку та реалізацію інвестиційних проектів за принципом "єдиного вікна" [7] (набрав чинності з 1 січня 2012 р.). Під *принципом "єдиного вікна"* Закон розуміє спосіб взаємодії уповноваженого органу і суб'єкта інвестиційної діяльності з метою підготовки та видачі пакета документів, який дає право на реалізацію інвестиційного проекту. У свою чергу, уповноваженим органом є регіональний центр з інвестицій та розвитку – державна бюджетна установа, що належить до сфери управління Держінвестпроекту, – таким чином, інституційна структура Держінвестпроекту зазнаватиме подальшого розвитку. Разом з тим, наявна редакція Закону не містить ані конкретизації сфери його дії (буквально в Законі йдеться про усі без винятку інвестиційні проекти), ані механізмів кореляції з іншими актами законодавства України (законами "Про ліцензування певних видів господарської діяльності", "Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності", будівельним законодавством та ін.). У зв'язку з цим видається нереалістичним положення ч.1 ст. 8 Закону, згідно з яким уповноважений орган *у дводенний строк* з дня складення оперативного плану дій щодо підготовки та реалізації інвестиційного проекту формує пакет документів, необхідних для реалізації проекту та видає заявникові зазначений пакет документів.

Слід відзначити, що в Законі "Про підготовку та реалізацію інвестиційних проектів за принципом "єдиного вікна" в принципі може йтися не про спрощення процедур видачі документів, необхідних для реалізації інвестиційного проекту (ці процедури аж ніяк не є предметом регулювання Закону), а лише про можливість надання заінтересованим суб'єктам інвестиційної діяльності адміністративних послуг з отримання для них пакету відповідних документів. Згідно зі світовою практикою, надання таких послуг здійснюється в рамках більш широкої функції *сприяння інвестуванню* (англ. *investment promotion*), яка являє собою самостійний напрямок діяльності держави в царині залучення інвестицій, насамперед, прямих іноземних. Усталеним є таке визначення сприяння інвестуванню: це – діяльність щодо поширення інформації або створення іміджу об'єкта інвестування та надання послуг, пов'язаних з інвестиціями, потенційним інвесторам [8, 1]. Ця діяльність потребує особливого інституційного забезпечення. Відтак вихідним пунктом стратегій розвитку для багатьох країн стало заснування *агентств сприяння інвестуванню* (*investment promotion agencies*), далі – ACI. На 2010 рік членами Світової асоціації агентств сприяння інвестуванню (WAIPA) були більше ніж 250 національних та субнаціональних ACI зі 160 країн [9, 23].

В Україні ідею створення структури, яка займалася б сприянням інвестуванню, намагалися реалізувати ще з початку 90-х років. У свій час сприянням інвестуванню займалися: Агентство міжнародного співробітництва та інвестицій (утворене постановою Кабінету Міністрів України від 19 січня 1994 р. №16), ВАТ "Агентство з питань іноземних інвестицій" (утворене розпорядженням Кабінету Міністрів України від 29 квітня 2004 р. №259), Український центр сприяння іноземному інвестуванню (утворений постановою Кабінету Міністрів України від 2 серпня 2005 р. №666) і, насамкінець, Національне агентство України з іноземних інвестицій та розвитку (Укрзовнішінвест) (утворене постановою Кабінету Міністрів України від 28 січня 2009 р. №48). Однак постановою Кабінету Міністрів України від 30 червня 2010 р. №570 Український центр сприяння іноземному інвестуванню був ліквідований, а на його базі утворене Державне агентство України з управління національними проектами. У свою чергу, постановою від 17 травня 2010 р. №356 Укрзовнішінвест був реорганізований шляхом його приєднання до Державного агентства України з інвестицій та розвитку. Нарешті, Указом Президента України від 9 грудня 2010 р. №1085/2010 "Про оптимізацію системи органів центральної виконавчої

влади" Державне агентство України з інвестицій та розвитку та Державне агентство України з управління національними проектами були реорганізовані у Державне агентство з інвестицій та управління національними проектами України (Держінвестпроект України). Таким чином, саме Держінвестпроект України на сьогодні формально виконує функцію сприяння інвестуванню.

Проведений вище аналіз повноважень Держінвестпроекту однозначно вказує на слабкість його регуляторної функції. Так званий "головний орган із забезпечення реалізації державної політики у сфері інвестиційної діяльності" не приймає жодних нормативно-правових актів, що визначають правовий режим здійснення інвестиційної діяльності. У зв'язку з цим доцільною виглядає спеціалізація Держінвестпроекту на нерегуляторній функції сприяння інвестуванню, що, однак, потребує суттєвих змін у засадах функціонування цього органу.

Центральне питання, яке постає перед урядами при організації сприяння інвестуванню, пов'язане з віднайденням належного поєднання публічного і приватного компонентів у здійсненні означеної діяльності. Справа у тому, що головним завданням, яке забезпечує функція сприяння інвестуванню, є "маркетинг країни" як місця для інвестування. Це завдання ближче до діяльності, яку провадять приватні компанії, аніж до звичайної урядової активності. Необхідні для його виконання професійні навички зазвичай можуть бути отримані саме у приватному секторі і лише за винагороду, притаманну цьому секторові. Традиційні урядові організації, як правило, не надто успішні у реалізації такого завдання. Їм бракує менеджерів, знайомих з приватним сектором та професійними маркетинговими техніками. Окрім того, урядові організації зазвичай не є гнучкими, ані достатньо автономними для проведення власної політики без політичного втручання з боку урядів, що змінюються. Тож ряд країн (наприклад, Ірландія, Малайзія, Шотландія, Сінгапур) обрав шлях заснування квазі-урядових агенцій: останні зазвичай мають власні ради директорів, звітують певному державному органові, не будучи його частиною, та наймають персонал поза межами інституту державної служби [8, 53-60]. Кращий зарубіжний досвід організації АСІ повинен бути використаний при реформуванні Держінвестпроекту України.

Проведене дослідження дозволяє дійти наступних *висновків*:

об'єктивною особливістю системи органів державного регулювання інвестиційної діяльності є галузева і функціональна різноманітність таких органів (як традиційних для системи органів центральної виконавчої влади в Україні, так і новітніх), з переважанням органів функціональної компетенції. Це пов'язано зі здійсненням інвестиційної діяльності в усіх галузях і сферах економіки, різноманітністю форм інвестиційної діяльності і видів інвестицій, а також аспектів інвестиційної діяльності, які потребують державного регулювання;

ця ж особливість ставить під сумнів доцільність функціонування Держінвестпроекту України як органу державного регулювання інвестиційної діяльності. Цей орган об'єктивно не спроможний перебрати на себе усі (або принаймні переважну більшість) повноважень державного регулювання інвестиційної діяльності навіть у реальному секторі. Разом з тим, Держінвестпроект поглинув функцію сприяння інвестуванню, яка, будучи нерегуляторною функцією з суттєвою специфікою, потребує інституційної відокремленості;

у зв'язку зі слабкістю регуляторних повноважень Держінвестпроекту доцільним є його перетворення на класичне агентство сприяння інвестуванню з використанням кращого зарубіжного досвіду організації здійснення цієї функції. Належне концептуальне осмислення і інституційне оформлення функції сприяння інвестування в Україні є необхідною передумовою впровадження Закону України "Про підготовку та реалізацію інвестиційних проектів за принципом "єдиного вікна", що становить один з напрямів *подальших наукових досліджень* з інвестиційно-правової проблематики.

1. Саніахметова Н.О. Поняття державного регулювання підприємництва / Н.О. Саніахметова // Українське комерційне право. – 2005. – №6. – С.10-17. 2. Вінник О.М. Інвестиційне право: Навчальний посібник / О.М. Вінник. – К.: Правова єдність, 2009. – 616 с. 3. Чернадчук В.Д. Основи інвестиційного права України: Навчальний посібник / В.Д. Чернадчук, В.В. Сухонос, Т.О. Чернадчук / За заг. ред. В.Д. Чернадчука. – Суми: ВТД "Університетська книга"; К.: Видавничий дім "Княгиня Ольга", 2005. – 384 с. 4. Адміністративне право України: Підручник / Ю.П. Битяк, В.М. Гаращук, О.В. Дьяченко та ін.; За ред. Ю.П. Битяка. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 544 с. 5. Інвестиційна реформа: Концепція. Розглянута за участі Президента України 6 квітня 2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ukrproject.gov.ua/sites/default/files/files/Invest_Reforma_UKR.pdf 6. Про інвестиційну діяльність: Закон України від 18 вересня 1991 р. // ВВР України. – 1991. – №.47 – Ст.646. 7. Про підготовку та реалізацію інвестиційних проектів за принципом "єдиного вікна": Закон України від 21 жовтня 2010 р. // ВВР України. – 2011. – №.11 – Ст.70. 8. Wells L. Marketing a country: promotion as a tool for attracting foreign investment / L. Wells, A. Wint; FIAS occasional paper 13. – International Finance Corporation, Washington, D.C., 2000. – 204 p. 9. WAIPA Annual report 2010 [Electronic resource]. – Mode of access: http://www2.waipa.org/.../WAIPA_AnnualReport2010.pdf

Надійшла до редколегії 30.01.12

О. Задоєнко, асп.

КОДИФІКАЦІЯ ЯК ФОРМА СИСТЕМАТИЗАЦІЇ: ДЕЯКІ ПРИНЦИПОВІ ОСОБЛИВОСТІ

В статті розглядається питання визначення змісту понять "систематизація", "кодифікація" та визначаються характерні особливості кодифікації як особливого виду правотворчості.

Ключові слова: систематизація, кодифікація, класифікація видів кодифікації, порівняльна характеристика, функції кодифікації.

В статье рассматриваются вопросы определения содержания понятий "систематизация", "кодификация" и определяются характерные особенности кодификации как особого вида правотворчества.

Ключевые слова: систематизация, кодификация, классификация видов кодификации, сравнительная характеристика, функции кодификации.

Annotation: The article highlights the issues of the definition meanings such notions as "systematization", "codification" and defines typical peculiarities of codification as a special lawmaking type.

Keywords: systematization, codification, classification of codification types, the comparative characteristic, codification functions.

Створення в Україні основ демократичної правової державності вимагає підвищення якості законодавства та його системності. Проведення реформ під час світової економічної кризи створює нагальну необхідність в кодифікації цивільного процесуального законодавства.

Практично з початку розвитку цивілізації в різних регіонах світу з різними правовими системами, в тому числі й з англо-американською відбувається усунення громіздкості законодавства і його систематизація в широкому розумінні цього слова. Усе це вказує на повно-

© Задоєнко О., 2012

цінність кодифікації як особливого виду систематизації, що спрямована на заміну змісту норм права, що містяться в нормативно-правових актах. Крім того, кодифікація досить тісно пов'язана з природою самого права, істотними ознаками якого є системність, впорядкованість правових актів.

Науково-теоретичною базою для проведення дослідження послужили наукові праці таких провідних правознавців, як В.К. Грищук, А.М. Іодковський, Д.А. Керимов, Є.В. Погорєлов, І.М.Погрібний, О.Я. Рогач, Ю.С. Шемшученко, та ін.

Виклад основного матеріалу. З точки зору сучасної вітчизняної теорії держави і права систематизація – це цілеспрямоване впорядкування і вдосконалення чинних нормативних правових актів шляхом їх обробки, перегрупування і викладу цілісною системою у вигляді збірок, зборів або звідних актів. У рамках подібної юридичної діяльності обробка матеріалу виражається в очищенні актів від застарілих положень, в усуненні неузгодженості між окремими нормативними приписами, в оновленні їх з урахуванням законодавчих новел, в заповненні виявлених пропусків в правовому регулюванні і в інших подібних операціях.

Угрупування нормативних правових актів здійснюється за тими або іншими ознаками. Зокрема, можливі класифікації:

а) за юридичною силою – на закони і підзаконні акти;

б) за територією дії – на акти загальнодержавні, регіональні і місцеві;

в) за колом тих, що підпадають під сферу їх дії осіб – на акти загальні, відомчі і локальні, тобто що функціонують у рамках визначеної організації, а саме на акти внутрішні і зовнішні, загальні, спеціальні і виняткові;

г) за дією в часі – на акти постійні, тимчасові і надзвичайні, тощо.

Крім того, широко практикуються угрупування нормативних правових актів за хронологічними, алфавітно-предметними і деякими іншими даними. І залежно від того, на якій або на поєднанні яких з подібних ознак ґрунтується систематизація, неминуче змінюється профіль останньої.

Зазвичай систематизацію визначають як діяльність із упорядкування та удосконалення нормативного матеріалу шляхом його зовнішньої та внутрішньої обробки з метою підтримання системності законодавства та забезпечення суб'єктів права необхідною нормативно-правовою інформацією [15, с. 156], формування єдиного інформаційно-правового простору, підвищення поінформованості громадян та розвитку правової держави.

Граціанов А.І. дає наступне визначення: "Систематизація – це діяльність по упорядкуванню й удосконаленню нормативного матеріалу шляхом його обробки і розміщення за класифікаційними критеріями, що обираються відповідно до тих завдань, які розв'язуються цією діяльністю. Систематизація законодавства сприяє ефективному здійсненню правотворчої діяльності, зокрема виявленню причин суперечностей, невідповідностей у нормативному регулюванні та способів їх усунення. Вона забезпечує зручність при реалізації прав, можливість оперативного знаходження норм і їх правильного тлумачення" [6].

Систематизація нормативно-правових актів направлена на вдосконалення законодавства, з використанням таких її форм, як інкорпорація, консолідація, кодифікація.

Відмітимо, що в науковій літературі не існує єдиної думки про види форм систематизації. Дехто вважає необхідним виділяти тільки два основні види – інкорпорацію і кодифікацію [22, с. 107]. Деякі автори пропонують традиційно розглядати три форми – інкорпорацію, консолідацію і кодифікацію [20, с. 388]. Інші вважають необхідним охарактеризувати три відносно самостійних види – облік, інкорпорацію, консолідацію, відокремивши від них кодифікацію як абсолютно особливу змістовну форму впорядкування нормативного матеріалу [21, с. 214].

Узагальнюючи підходи до класифікації видів систематизації, можна відмітити що відповідно до класифікації по спрямованості можна виділити два види систематизації:

а) зовнішню;

б) внутрішнюю.

Критерієм відмінності між цими видами систематизації є її спрямованість та мета. Так, метою внутрішньої систематизації є переробка змісту нормативно-правових актів, що направлена на підвищення внутрішньої єдності юридичних норм, на усунення колізій та прогалин у праві, тоді як зовнішня систематизація направлена на впорядкування форми нормативно-правових актів, зокрема їх класифікація за певними критеріями.

Тотальною метою зовнішньої і внутрішньої систематизації є покращення якості змісту і форми законодавства шляхом їх впорядкування. Тому частіше систематизацію визначають як упорядкування нормативно-правового матеріалу, об'єднання його в єдину, стрункy, внутрішньо узгоджену систему [9, с.169].

Отже, систематизація законодавства – це діяльність щодо його удосконалення шляхом впорядкування змісту і форми законодавства та зведення всіх чинних нормативно-правових актів у цілісну, внутрішньо і зовнішньо узгоджену систему.

Облік законодавства і інших нормативних актів як різновид систематизації є діяльність по їх збору, зберіганню і підтримці в контрольному стані, а також по створенню пошукової системи, що забезпечує знаходження необхідної правової інформації в масиві актів, узятих на облік. Облік здійснюється практично усіма державними органами і юридичними особами для задоволення власних потреб в правовій інформації або в комерційних цілях, для забезпечення правовою інформацією інших суб'єктів.

Що стосується інкорпорації законодавства, то вона виражається в повному або частковому об'єднанні в алфавітному, хронологічному, системно-предметному порядку нормативних актів визначеного рівня в різного роду збірники (зібрання). Ціль інкорпорації – забезпечення зацікавлених осіб текстами відповідних нормативних актів зі всіма їх офіційними змінами та доповненнями. Об'єднання цих текстів у збірники (зібрання) являє собою тільки зовнішню обробку нормативних актів, що не торкається їхнього нормативного змісту: збереження незмінним нормативного змісту акту складає головну відміну інкорпорації від кодифікації [11, с.224].

Облік і інкорпорація нормативних правових актів, обмежені їх зовнішньою обробкою, не вирішують усіх проблем, які можуть виникати в процесі систематизації нормативно-правового матеріалу. Зокрема, за допомогою цих методів не можна усунути множинності нормативних актів, прийнятих в різний час з одного або декількох взаємозв'язаних питань. Множинність нормативних актів долається шляхом їх зведення в один укрупнений акт. Такий прийом систематизації називається консолідацією (від латів. concolido – "зміцнюю"), особливість котрого полягає в тому, що новий збільшений акт не змінює правового регулювання, не вносить змін у діюче законодавство [14, с.58]. Новий укрупнений акт цілком замінює нормативні акти, що увійшли до нього, тобто приймається компетентним правотворчим органом і має власні офіційні реквізити .

Кодифікація – це такий правотворчий вид впорядкування нормативних правових актів, при якому на базі цих актів, для їх розвитку, а часом навіть натомість їм створюється якісно новий зведений акт з юридичними нормами, що регулюють ті або інші групи (сфери) громадських стосунків погоджено, на єдиних началах і з максимальною повнотою. Вона істотно відрізняється від інших форм систематизації нормативних правових актів як за змістом і методами здійснення, так і за значенням в розвитку права.

Термін "кодифікація" був введений у науковий обіг І. Бентамом. Інтуїтивно зрозуміла дефініція дозволяє визначити кодифікацію, як систематизацію законів держави за окремими галузями права, як правило, з переглядом та відміною застарілого законодавства .

За останні десять років в Україні вийшло декілька робіт присвячених кодифікації ([16,13,5]), в кожній з яких давалось власне визначення поняття "кодифікація".

В таблиці 1 приведені дані визначення.

Таблиця 1

Автор	Визначення
Гетьман Є.А.	Кодифікація – це форма систематизації, що здійснюється уповноваженими органами державної влади в процесі, законотворчості, й підзаконної нормотворчості, результатом чого стає прийняття нового, як за формою так і за змістом кодифікаційного нормативно-правового акту (кодекс, основи законодавства, регламент, статут, правила та ін.) [5].
Погорєлов Є.В.	Кодифікаційна діяльність – це зумовлений потребами спільного розвитку та системністю права, здійснюваний на основі певних принципів правотворчий процес по переробці змісту і форми групи чинних нормативно-правових приписів, їх узгодження та об'єднання в єдиному кодифікованому акті з метою удосконалення законодавства [13, с.44].
Рогач О.Я.	Правовою метою кодифікації є впорядкування нормативної основи права, забезпечення найбільш доцільного процесу реалізації права, поліпшення структури кодифікаційних актів, удосконалення їх логіки, мови, стилю. Кодифікація завжди носить офіційний характер і здійснюється виключно державними органами. Кодифікаційна діяльність здійснюється періодично, у залежності від нагромадження нормативного матеріалу і об'єктивної необхідності його всебічного опрацювання. Кодифікація вимагає, щоб в проект нового нормативно-правового акту, який має прийматися, включались лише ті норми, що зберегли свою дію і виправдовують себе, а також щоб вводились нові норми, вносились зміни і доповнення, усувались прогалини у правовому регулюванні. Проект кодифікованого акта подається до компетентного органу у звичайному порядку, але одночасно з цим мають подаватися пропозиції, спрямовані на відміну акту (актів) або їх частини, що фактично втратили силу у зв'язку з прийняттям нового нормативно-правового акта, а також якщо вони містять положення, що увійшли до нового нормативно-правового акта [16, с.10].

Інший сучасний дослідник В.Антоненко відмічає,що саме кодифікація дає можливість вирішити нагальні проблеми вдосконалення та підвищення ефективності чинного законодавства. У процесі кодифікації відбувається якісна переробка діючих юридичних норм, усуваються непогодженості, дублювання, суперечності і прогалини в правовому регулюванні, скасовуються неефективні та застарілі норми [2].

В юридичній літературі традиційно виділяють такі види кодифікації: а) загальну; б) галузеву; в) міжгалузеву (комплексну); г) спеціальну (внутрішньогалузеву) [3, с.25-26]. Разом з тим,слід відмітити, що не всі дослідники однаково розглядають сутність видів кодифікації. Наприклад, одні автори виділяють лише два види – галузеву та спеціальну кодифікації [18, с.28], тоді як також існує думка про належність до основних видів й загальної кодифікації [4,12,16, 19].

Галузева кодифікація широко використовувалася впродовж XIX-XX ст. Російський дослідник В. В. Ксенофонтов влучно відзначив, що "галузева кодифікація дає можливість проаналізувати основний нормативний матеріал відповідної галузі законодавства, розкрити взаємозв'язок, що є вельми необхідним для систематизації нормативних актів, які входять до цієї галузі" [10, с.137].

Види кодифікації займають визначальне місце при вдосконаленні законодавства, тому що їх теоретичне обґрунтування допомагає визначити в практичній кодифікаційній діяльності мету, об'єкт та завдання кодифікації. Як показує досвід кодифікаційної діяльності останніх років, то для України доцільними були галузева та спеціальна (інституційна) кодифікації. Разом з тим загальна кодифікація була неможливою, оскільки правова система України знаходиться в динамічному процесі розвитку та становлення суспільства, що супроводжується проведенням реформ у майже всіх сферах життя суспільства, а також прийняттям великої кількості нормативних актів та подальшого їх удосконаленням (тобто змінами).

Різні підходи серед науковців існують і щодо визначення об'єкта та предмета кодифікації.

С.Алексєєв предметом кодифікації вважає безпосередньо юридичні норми, що ґрунтується, на його думку, у перевазі правотворчості в процесі кодифікації над систематизацією [1, с.254].

На нашу думку, більш доцільно вважати предметом кодифікації джерела права в суспільних відносинах.

Ми приєднуємо до думки Є. Погорєлова, який об'єктом кодифікації вважає певну групу нормативно-правових приписів, що мають спільний предмет правового регулювання [13, с. 49].

О. Рогач зазначає, що результатом діяльності суб'єкта кодифікації є розробка та прийняття кодифікаційного акту, який є не лише метою процесу кодифікації, але й визначає його функціональне призначення. Функції кодифікації можуть бути визначені як напрямки впливу на законодавство з метою його вдосконалення та підвищення ефективності [16, с. 20]. Отже, суб'єктом кодифікації є законодавчі органи влади.

Погорєлов Є.В. виділяє та аргументує наступні функції кодифікації [13]: правотворча, узгоджувальна, фундаментальна, ієрархіризуюча, інтегративна, узагальнююча, новелізуюча, системоутворююча, стабілізуюча.

Але більш доцільною нами вважається позиція О.Я. Рогача, який виділяє наступні функції [16, с.20]: 1) вдосконалення форми законодавства, яке відбувається за рахунок пошуку оптимальних форм кодифікаційних актів, розробки класифікаційних властивостей актів кодифікаційного характеру, що, в свою чергу, надає можливість визначити особливості кодифікаційних актів, дослідити шляхи їх вдосконалення; 2) вдосконалення змісту законодавства; 3) функція стабілізації законодавства; 4) фундаментальна.

Висновки. Отже, на основі проведеного дослідження можна дійти висновку, що саме даний метод систематизації законодавства дає змогу розв'язати актуальні про-

блеми вдосконалення та оптимізації чинного законодавства. Під час кодифікації відбувається висока переробка існуючих та діючих правових норм, усуваються неузгодженості, дублювання, колізії і недоробки в юридичній системі, втрачають силу неефективні та застарілі норми.

Саме кодифікація повинна виступати інструментом вдосконалення джерел багатьох галузей права, в тому числі цивільного процесуального, наближення їх до європейських стандартів, таким чином закладаючи підґрунтя для майбутньої стабілізації законодавства в цілому.

1. Алексеев С. С. Общая теория права. В двух томах / С. С. Алексеев. – М. : Юрид.лит. 1982. – Т. 2. – 360 с. 2. Антоненко В. О. Кодифікація як самостійна форма систематизації правових джерел / В. О. Антоненко // Форум права. – 2009. – № 3. – С. 35–42 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2009-3/09avocpd.pdf 3. Баранов В.М., Рахманина Т.Н., Сырых З.М. Систематизация нормативно-правовых актов.// Н. Новгород: Бекар, 1993. – 212 с. 4. Борщевський І. В. Теоретичні засади систематизації законодавства / І. В. Борщевський // Часопис Київського університету права. – 2007. – № 3. С. 19-24. 5. Гетьман Є. А. Кодифікація законодавства України: поняття, особливості, види: Дис. … канд. юрид. наук. / Євген Анатолійович Гетьман – Х., 2003. – 210 с. 6. Граціанов А.І. Процес систематизації та уніфікації законодавства і розвиток правової системи України: дис... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Анатолій Ігорович Граціанов. – К., 2004. – 185 с. 7. Грищук В.К. Совершенствование законодательства – предпосылка повышения качества правового регулирования / В. К. Грищук // Вестник Львовского ун-та. Серия юрид. Вып. 23. – Львов, 1985. – С. 80-84. 8. Жинульяк С. О кодификации и ее влиянии на законодательство и на науку права / С. Жинульяк //Юридический вестник. М.,1876. – С.3-40. 9. Комаров С.А. Общая теория государства и права: Курс лекций. // Сергей Александрович Комаров. – М.: Манускрипт, 1996. – 312 с. 10. Ксенофонтов В. В. Систематизация российского законодательства: принципы и процедуры. Дис. … канд. юрид. наук: 12.00.01 / В.В. Ксенофонтов. – М., 2003. – 167 с. 11. Общая теория права: Учебник для юридических вузов. / Под ред. А.С. Пиголкина. – М.: Изд-во МГТУ им. Н.Э. Баумана, 1997. – 384 с. 212. 12. Пархоменко Н. М. Кодифікація законодавства: теоретико-історичні аспекти / Н. М. Пархоменко // Часопис Київського університету права. – 2005. – № 3. – С.7–13. 13. Погорелов Є. В. Кодифікаційна діяльність в правовій системі України (загальнотеоретичний аспект) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Є. В. Погорєлов. – Х., 2000. – 167 с. 14. Проблемы общей теории права и государства: Учебник для вузов /Под ред. В.С. Нерсесянца. – М.: Изд. гр. НОРМА-ИНФРА, 1999. – 832 с. 15. Протасов В. Н. Теория права и государства. Проблемы теории права и государства / В. Н. Протасов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Юрайт-М, 2001. – 346 с. 16. Рогач О.Я. Кодифікаційні акти в системі законодавства України: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Рогач Олександр Янович ; Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2003. – 19 с. 17. Словарь иностранных слов / [18-е изд., стер.] – М. : Русский язык, 1989. – 239 с. 18. Смородинський В. С. Систематизація національного законодавства як юридичний інструмент забезпечення прав людини / В. С. Смородинський // Проблеми законності : респ.міжвід. наук. зб. – 2008. – Вип. 99. – С. 19 – 29. 19. Сологуб Н. М. Кодификация и ее место в системе законодательства субъектов Российской Федерации / Н. М. Сологуб // Право и политика. – 2008. – № 6. – С. 50-53. 20. Теория государства и права: Учебник для вузов / Под ред. М.М. Рассолова,В.О. Лучина, Б.С. Эбзеева. – М.: ЮНИТИ – ДАНА, Закон и право, 2000. – 693 с. 21. Теория права и государства: Учебник / Под редакцией проф. В.В. Лазарева – М.: Право и Закон, 2000. – 424 с. 22. Фаткуллин Ф.Н. Основы теории государства и права: Курс лекций / Ф. Н. Фаткуллин. – Казань: Изд-во КФЭИ, 1995. – 315 с. 23. Юридична енциклопедія: В 6т. / Ред. кол.: Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. – К. : Укр.енцикл., 1999 – 2001. – Т. 3. – 792 с., – 2003. – Т. 5.

Надійшла до редколегії 30.01.12

УДК 351.778

А. Сесемко, здобувач

МОДЕРНІЗАЦІЯ ДЕРЖАВНИХ ОРГАНІВ – ОБ'ЄКТИВНА ПЕРЕДУМОВА АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СУСПІЛЬНИХ ВІДНОСИН У ГАЛУЗІ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я

Проаналізовано історичне становлення системи державних органів і перспективи їх модернізації та розвитку у сфері регулювання суспільних відносин при застосуванні джерел іонізуючого випромінювання в галузі охорони здоров'я населення.

Ключові слова: модернізація, державний орган управління, регулювання суспільних відносин, джерела іонізуючого випромінювання, охорона здоров'я.

Проанализировано историческое становление системы государственных органов и перспективы их модернизации и развития в сфере регулирования общественных отношений при применении источников ионизирующего излучения в отрасли здравоохранения населения.

Ключевые слова: модернизация, государственный орган управления, регулирования общественных отношений, источника ионизирующего излучения, здравоохранение.

The historical becoming of the system of public organs and prospect of their modernisation and development is analysed in the field of adjusting of public relations at application of sources of ionizing radiation in industry of health protection population.

Keywords: modernisation, public organ of management, adjusting of public relations, source of ionizing radiation, health protection.

Актуальність теми дослідження проблем державотворення в Україні обумовлена особливим значенням адміністративного права в процесах, пов'язаних з модернізацією суспільних відносин та їх подальшим удосконаленням, що здійснюються на виконання вимог Указу Президента від 09.12.2010 року № 1085/2010 "Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади" [12] та реалізації заходів, визначених у щорічному Посланні Президента України до Верховної Ради в 2011 році "Модернізація України – наш стратегічний вибір" [13].

На наших очах вживаються рішучі заходи щодо подальшої оптимізації системи центральних органів державної виконавчої влади, усунення дублювання їх повноважень. Відповідно до пункту 15 частини першої статті 106 Конституції України [8] здійснюється адміністративно-правове регулювання спрямоване на підвищення ефективності діяльності управлінського апарату, подальше забезпечення скорочення чисельності та витрат на його утримання, і на цьому підґрунті досягнення загального зростання продуктивності праці, отримання значущих на світовому рівні результатів досліджень у низці передових галузей фундаментальної науки.

З огляду на стратегічно визначені заходи модернізації органів державної влади, цілком логічним виглядає окреслений перелік національних пріоритетів, визначених на найвищому рівні в Україні.

До найбільш актуальних питань модернізації системи державного управління необхідно також віднести нагальну потребу ретельно опрацювати питання створення оптимального механізму реалізації державної політики на місцевому рівні, в тому числі для забезпечення належного функціонування територіальних органів державної виконавчої влади.

Важливим фактором та запорукою успіху в справі модернізації країни є комплексний, системний підхід до здійснення цих непростих суспільних реформацій, що визначені Президентом України, як напрям перезавантаження механізму розподілу владних повноважень між гілками виконавчої влади на всіх рівнях державного управління, у тому числі й в соціально-культурній сфері, зокрема у галузі охорони здоров'я населення [12].

© Сесемко А., 2012

Новітній етап становлення адміністративного права характеризується кардинальним переглядом сутності, його змістом та призначенням. А саме – переходом від державно-центристського призначення до людино-центриського з акцентом на особу, як основного суб'єкта адміністративно-правових відносин, та на якісно інше призначення державних органів управління, які повинні створювати необхідні умови для реалізації та захисту прав, свобод та інтересів особи, зокрема у сфері охорони здоров'я населення.

У вітчизняній адміністративно-правовій доктрині враховані наукові здобутки та погляди, викладені в працях І.Б. Усенка, С.В. Ківалова, Л.Р. Білий–Кіунової, О.І. Миколенка, до основних висновків яких можна віднести той факт, що на сьогоднішній день адміністративне право стоїть на порозі кардинальних змін відходу від традиційних поглядів на його предмет та метод правового регулювання, тобто від домінування "управлінської", "каральної" складових предмета адміністративного права і переходу не просто до рівноцінної, а й більш важливої його так званої – публічно-сервісної складової, переходу від акценту на державне управління – до забезпечення пріоритету прав та свобод громадянина (а в деяких випадках також і юридичних осіб), у численних взаємовідносинах між суб'єктами публічного (державного та муніципального) управління і населенням, набуття пріоритетного значення принципу верховенства прав у змісті адміністративного права.

Один із фундаторів сучасної правової доктрини А.І. Єлістратов у своїх наукових працях неодноразово стверджував, що предметом адміністративного права, на противагу права поліцейського, є, насамперед, не адміністративна (тобто управлінська) діяльність, а правовідносини "між правлячою владою і громадянами" [2-6].

Відповідно до уточнення структури адміністративного права, в сучасних умовах суттєво підвищується роль механізму адміністративно-правового регулювання соціально-культурної сфери особливого значення набуває ефективність адміністративно-правового регулювання суспільних відносин в галузі охорони здоров'я населення.

Враховуючи, що держава визнає право кожного громадянина на охорону здоров'я та забезпечує його захист, можна також стверджувати про наступні гарантії, а саме щодо:

- створення розгалуженої мережі закладів охорони здоров'я;
- проведення системи державних і громадських заходів щодо охорони здоров'я;
- надання всім громадянам гарантованого рівня медико-санітарної допомоги;
- здійснення державного, громадського контролю та нагляду в галузі охорони здоров'я;
- організації державної системи збирання, обробки й аналізу соціальної, екологічної та спеціальної медичної статистичної інформації ;
- встановлення відповідальності за порушення прав і законних інтересів громадян у галузі охорони здоров'я.

В умовах модернізаційних процесів в країні чітко відстежується тенденція до постійного зростання значення охорони здоров'я, як для окремої людини так і населення в цілому, при цьому набувають особливої ваги наступні чинники, що відносяться до визначальних у даній сфері, насамперед це:

- політичні – забезпечення рівного доступу громадян до медичної допомоги, зокрема діяльність Всесвітніх організацій, орієнтованих на захист здоров'я людини та її права на охорону здоров'я (ВОЗ, ЮНІСЕФ), що розробляють стратегію охорони здоров'я;
- соціально-демографічні;
- індустріально-технологічні.

Чинне законодавство України, зокрема стаття 3 Основ законодавства України про охорону здоров'я від 19.11.1992 року зазначає, що під охороною здоров'я необхідно розуміти систему заходів, спрямованих на забезпечення збереження та розвитку фізіологічних і психологічних функцій, оптимальної працездатності та соціальної активності людини при максимальній біологічно можливій індивідуальній тривалості життя.

Політика держави у сфері охорони здоров'я базується на ряді принципів, що отримали своє закріплення в Основах законодавства України про охорону здоров'я:

- визнання охорону здоров'я пріоритетним напрямом діяльності суспільства і держави одним із головних факторів виживання та розвитком народу України;
- дотримання прав і свобод людини і громадянина у галузі охорони здоров'я, та забезпечення пов'язаних з ними державних гарантій;
- попереджувально-профілактичний характер, комплексний соціальний, екологічний та медичний підхід до охорони здоров'я;
- відповідність завданням і рівню соціально-економічного та культурного розвитку суспільства, наукова обґрунтованість та матеріально-технічна та фінансова забезпеченість;
- орієнтація на сучасні стандарти здоров'я і медичної допомоги, поєднання вітчизняних традицій та досягнень зі світовим досвідом у галузі охорони здоров'я;
- децентралізації державного управління, розвиток самоврядування і самостійності працівників охорони здоров'я на правовій і договірній підставі тощо.

І тому не дивно, що адміністративне право несе виключну відповідальність за ефективність правового супроводження позитивного для пересічних громадян вирішення актуальних питань сучасного державотворення в Україні.

Характеристика адміністративно-правових новацій на сучасному етапі визначається створенням нового механізму реалізації та захисту прав, свобод та інтересів особи, зокрема при застосуванні джерел іонізуючого випромінювання у сфері охорони здоров'я населення.

Розбудова сучасної єдиної науково-освітньої та інноваційної системи, забезпечення її випереджального розвитку є визначальними для створення необхідної передумови для успішного старту модернізаційних перетворень країни, пошуку ефективних шляхів подолання негативних тенденцій.

Ураховуючи, що основних завдань державної політики в галузі охорони здоров'я можна віднести створення сприятливих умов для її розвитку, творчого використання наявних можливостей, зокрема для зростання ролі міжнародного та міждержавного співробітництва у цій соціально – важливій сфері, припинення її руйнування, створення умов для реального доступу населення до якісних медичних послуг, переведення галузі на вищій рівень, сервісного обслуговування, у найкоротші терміни повинні бути оптимізовані спеціально уповноважені органи державно-виконавчої влади для:

- здійснення контролю і нагляду за дотриманням законодавства про охорону здоров'я;
- забезпечення реалізації державних стандартів, критеріїв та вимог, щодо забезпечення здорового навколишнього природного середовища і санітарно-епідеміологічного благополуччя населення;
- розробки нормативів професійної діяльності в галузі охорони здоров'я, вимог державної фармакопеї,

стандартів медичного обслуговування, медичних матеріалів і інноваційних технологій, зокрема з використанням джерел іонізуючого випромінювання.

Реалізація вищевказаних завдань державної політики безумовно потребує суттєвого перегляду та регулювання адміністративно-правових взаємовідносин в системі суб'єктів публічного адміністрування у сфері охорони здоров'я, до яких відносяться Президент України, Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України, Міністерство охорони здоров'я України, інші органи центральної виконавчої влади та місцевого самоврядування.

Аналіз сучасних тенденцій розвитку національного адміністративного права та заходи в Україні, пов'язаних з гармонізацією європейського законодавства надає підстави зробити висновок, що в сучасних умовах, особливого значення набуває прийнятий 31 серпня 2011 року Радою управляючих МАГАТЄ "Safety Requirements: Radiation Protection and Safety of Radiation Sources: International Basic Safety Standards" [14], де зазначається про відповідальність Уряду щодо створення правової та регулюючої основи, підтримки ефективної правової основи забезпечення захисту та безпеки в усіх ситуаціях опромінення.

При цьому, слід мати на увазі, що термін "Уряд", згідно визначення в даному документі МАГАТЄ, слід розуміти в широкому сенсі, як тотожний з терміном "держава".

Згідно з основними вимогам МАГАТЄ [14], відповідальність Уряду поширюється також на створення і забезпечення ефективної діяльності дійсно незалежного регулюючого органу з конкретно визначеними обов'язками та функціями, здійснення регулюючого контролю за установками та діяльністю, пов'язаною з радіаційними ризиками.

Важливим напрямом діяльності Уряду залишається дотримання міжнародних зобов'язань, прийняття належних заходів щодо забезпечення захисту нинішнього і майбутніх поколінь населення та охорони навколишнього середовища, розробка ефективного законодавства, яке було б спроможним адміністративно-правовим регулюванням оптимізувати стан захисту та безпеки населення при застосуванні джерел іонізуючого випромінювання в галузі охорони здоров'я.

З огляду на те, що в національному потенціалі держави останнім часом постійно спостерігається позитивне накопичення новітніх технологій при деякому відставанні темпів і масштабів впровадження радіаційних технологій від загальносвітових тенденцій, стають очевидними невідповідність існуючої структури державних органів управління та стану адміністративно-правового регулювання їх діяльності, рівня фінансування та стану координації наукових досліджень, які не спроможні забезпечити сприятливих умов для ефективного здійснення інноваційних проривів у сфері використання джерел іонізуючого випромінювання в Україні [1, 7, 9-11].

У останні десятиріччя розповсюдження новітніх технологій з використанням джерел іонізуючого випромінювання, як за кордоном так і в Україні, призвело до зміни якості надання медичних послуг пацієнтам, збільшило можливості ефективної діагностики та хірургічного втручання, що суттєво розширило можливості лікування онкологічних хворих [15-18].

Саме тому актуальність модернізації центральних органів державної влади та її вплив на регулювання суспільних відносин при застосуванні джерел іонізуючого випромінювання у сфері охорони здоров'я, ґрунтується на основних напрямах розвитку світових тенденцій застосування інноваційних технологій при використанні джерел іонізуючого випромінювання та в деякій мірі пояснюється підвищенням суспільної ролі адміністративного права в розробці і впровадженні сучасного ефективного механізму юридичного супроводження реалізації першочергових завдань та актуальних питань державотворення в Україні.

Враховуючи вищевикладене, до першочергових завдань адміністративно-правового регулювання суспільних відносин при застосуванні джерел іонізуючого випромінювання у сфері охорони здоров`я, насамперед відносяться розробка та внесення змін і доповнень до низки законодавчих і нормативно-правових актів відомчого характеру відповідно до вимог міжнародних стандартів у цій сфері суспільних відносин, а саме:

- Закону України "Про захист людини від впливу іонізуючого випромінення", 1998 рік;
- Норм радіаційної безпеки України (НРБУ-97), 1997 рік;
- Основних санітарних правил забезпечення радіаційної безпеки України, 2005 рік.

1. Доповідь про стан ядерної та радіаційної безпеки в Україні у 2009 році. Державний комітет ядерного регулювання України. 2010. – 90 с. 2. Елистратов А.И. Административное право. – М., 1911. 3. Елистратов А.И. Должностное лицо и гражданин // Вопросі административного права. – М., 1916. – С. 76 – 89 (или опубликовано: Правовединие). 1994. № 4. – С. 84-90. 4. Елистратов А.И. Основные начала административного права. 2-е изд. – М., 1917. – С.36. 5. Елистратов А.И. Очерк административного права. – М., 1922. – С.36. 6. Елистратов А.И. Административное право РСФСР. – Л., 1925. 7. Закон України №15/98-ВР "Про захист людини від впливу іонізуючих випромінювань". 8. Конституція України. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, N 30, Ст. 141. 9. Норми радіаційної безпеки України (НРБУ-97); Державні гігієнічні нормативи, 6.6.1.-6.5.001-98. – К., 1998. 10. Основні санітарні правила забезпечення радіаційної безпеки України. Затверджені наказом Міністерства охорони здоров'я України від 02.02.05 № 54, зареєстровані в Міністерстві юстиції України 20.05.2005 р № 552/10832. Офіційний вісник України від 24.06.2005. – 2005 р., № 23, стор. 197, 1322. 11.Радиологическая защита при медицинском облучении ионизирующим излучением / Руководство по безопасности: серия норм безопасности, № RS-G-1.5//МАГАТЭ. Вена. – 2004. – 99 с. 12. УКАЗ ПРЕЗИДЕНТА УКРАЇНИ від 09.12.2010 № 1085/2010 "Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади". 13. Щорічне Послання Президента України до Верховної Ради України "МОДЕРНІЗАЦІЯ УКРАЇНИ – НАШ СТРАТЕГІЧНИЙ ВИБІР" 2011 рік. 14. IAEA. Safety Requirements: Radiation Protection and Safety of Radiation Sources: International Basic Safety Standards. General safety requirements // IAEA, Vienna. – 2011. 15. IAEA. Applying Radiation Safety Standards in Diagnostic Radiology and Interventional Procedures Using X-Rays. – Safety reports series N 39, IAEA, 2006. 16. Mattsson S. Radiation protection of the patient in diagnostic radiology and nuclear medicine Are we doing enough? // Proceedings of the 9th International Conference on Medical Physics in the Baltic States, Kaunas, Lithuania, 13-15 October, 2011 – 2011. – ISSN 1822-5721. 17. Materials of IAEA Seminar and Workshop "Synergy of nuclear sciences and medical physics: Education and training of medical physicists in the Baltic States" // Medical Physics in the Baltic States. – 2010. – Vol.1. – P. 3 – 59. 18. Summary of ASN report n° 2006 ENSTR 019 – IGAS n° RM 2007-015P on the Epinal radiotherapy accident, submitted by Guillaume WACK (ASN, the French Nuclear Safety Authority) and Dr Francoise LALANDE, member of the *Inspection Generate des Affaires Socials* (General Inspectorate of Social Affairs), in association with Marc David SELIGMAN. – Republique Francaise. General Inspectorate of Social Affairs: Centre de traduction Minefi-Dossier n^0 0466-07 – 16/03/2007. – 2007. – 7 p.

Надійшла до редколегії 30.01.12

О. Безклубий, асп.

СТАНОВЛЕННЯ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ВІДНОСИН В УКРАЇНІ ВІД НАЙДАВНІШИХ ЧАСІВ ДО СЬОГОДЕННЯ

Досліджуються особливості становлення особистих немайнових відносин в Україні від найдавніших часів до сьогодення.

Ключові слова: особисті немайнові відносини, становлення особистих немайнових відносин, склад особистих немайнових відносин, особисті немайнові права, свободи й обов'язки.

Исследуются особенности эволюции личных неимущественных отношений в Украине от древности до наших дней.

Ключевые слова: личные неимущественные отношения, эволюция личных неимущественных отношений, состав личных неимущественных отношений, личные неимущественные права, свободы и обязанности.

This article is a research of specific features of personal immaterial relationships evolution in Ukraine from ancient times till nowadays.

Key words: personal immaterial relationships, evolution of personal immaterial relationships, content of personal immaterial relationships, personal immaterial rights, liberties and duties.

Особисті немайнові відносини як один із найважливіших у житті кожної людини видів правовідносин в усі часи мали велике значення для розвитку особистості, держави та права, а відтак викликали широкий інтерес зі сторони державної влади та правознавців. На думку відомого вченого Миколи Іванишева, яку він виклав у науковій праці "Міркування про ідею особистості в древньому праві богемському та скандинавському", ***ідея особистості є основною ідеєю права, наріжним каменем, на якому будується правова система*** [3, с. 85 – 87]. Особливого розвитку ідея особистості здобула в правових системах народів Європи, зокрема, в Україні.

Окремі питання історичного розвитку особистих немайнових відносин в Україні досліджувалися такими вченими як В. Б. Антонович, А. П. Вилейта, М. Володимирський-Буданов, М. В. Гримич, Е. Гудавичюс, У. Ернст, М. Д. Іванишев, К. О. Неволін, Й. О. Покровський, В. П. Самохвалов, В. Спечюнас, О. О. Шевченко та багато інших.

Коротко розглянемо історію правового регулювання особистих немайнових відносин в Україні з найдавніших часів до сьогодення. Проаналізувавши низку історико-правових та історичних джерел [1, 3, 4, 6, 12], приходимо до таких висновків.

У становленні особистих немайнових відносин вирізняються такі періоди:

1) Найдавніший період (з незапам'ятних часів до початку Залізного віку приблизно у 800 році до нашої ери);
2) Античність (приблизно з 800 року до нашої ери і до падіння Рима у 476 році нашої ери);
3) Раннє Середньовіччя (476 – 882);
4) Високе (Розвинене) Середньовіччя (882 – 1362);
5) Пізнє Середньовіччя та Відродження (1362 – 1648);
6) Класицизм і Бароко, або Козаччина (1648 – 1783);
7) Новий час (1783 – 1917);
8) Радянський період (1917 – 1990);
9) Сучасний період (1990 – 2011).

Перші три етапи недостатньо досліджені сучасною історико-правовою наукою. Слід відзначити, що особисті немайнові відносини в цей час регулювалися переважно правовими звичаями, які в багатьох випадках ґрунтувалися на релігійних світоглядних уявленнях. В той же час, є відомості про правове регулювання з допомогою законів. Таке правове регулювання мало, однак, майже винятково надзвичайний характер. Закони видавалися у випадку війни, стихійного лиха чи інших надзвичайних обставин. Важливе місце в правовій системі вже в цей час посідали цивільно-правові договори. Здійснювалася активна правова охорона найважливіших особистих немайнових відносин – зокрема, тих особистих немайнових відносин, змістом яких є життя, здоров'я, честь і гідність. Особливості цих періодів значною мірою продовжували існувати і в наступні періоди.

Початок Високого чи Розвиненого Середньовіччя ознаменувався створенням найбільшої держави в Європі – Руської Землі, Русі – яку науковці називають Київська Русь. Поміж основних правових актів цього періоду слід відзначити такі:

1) Правда Руська – звід правових положень, своєрідна конституція, яка об'єднувала найрізноманітніші галузі права, в трьох хронологічних частинах: Правда Ярослава, Правда Ярославичів, Устав Володимира Мономаха;
2) угоди Великого Князя Олега з Візантією 907 та 911 року, а також інші міжнародні угоди, які визначали правовий статус підданих Руської Землі у Візантійській Імперії та в інших державах і правовий статус іноземців у Руській Землі;
3) Кормча книга (Номоканон) та інші джерела канонічного права;
4) законодавчі акти, рецепійовані з інших держав (наприклад, Закон судний людям, запозичений із Болгарії).

Правове регулювання особистих немайнових відносин відбувалося з допомогою звичаєвого права, канонічного (християнського) права та законодавчих актів і зовнішньополітичних угод, які ґрунтувалися переважно на звичаях. Слід відзначити, що дві функції права – правове регулювання та правова охорона – розподілялися між різними видами правових актів: правова охорона здійснювалася переважно засобами законодавчих актів (зокрема, Руської Правди), тоді як докладне правове регулювання відбувалося в інших правових актах – правових звичаях, актах канонічного права. Широке розповсюдження як засіб правового регулювання мали цивільно-правові договори.

Особлива увага приділялася правовому регулюванню та правовій охороні особистих немайнових відносин, змістом яких є життя, здоров'я, честь і гідність. Впадає в очі різка станова зумовленість кримінальної відповідальності за посягання на життя та здоров'я представників різних суспільних верств – чим вищий суспільний стан потерпілого від злочину, тим суворіше покарання передбачене в Руській Правді. Регулювалися (переважно з допомогою канонічного права) також інші права – наприклад, право на сім'ю, право на опіку та піклування. Таке важливе особисте немайнове право як право на свободу й особисту недоторканість визнавалося не за всіма підданими Руської Землі – частина з них перебувала в різних видах особистої та майнової залежності різного ступеню. Однак цей час став важливим етапом розвитку особистих немайнових відносин.

У 1362 році в Україні розпочинається Пізнє Середньовіччя. Виникає Велике Князівство Литовське, Руське

© Безклубий О., 2012

та Жомойтське як триєдина унія держав – Великого Князівства Литовського (Литва, крім північно-західної, та більша частина Білорусі), Великого Князівства Руського (Україна та південна Білорусь) та Великого Князівства Жомойтського (північно-західна частина Литви). Утворилося найбільше державне утворення в тогочасній Європі, а відтак з'явилася потреба в цілеспрямованій систематизації та кодифікації законодавства.

Тривалий час комплексне правове регулювання різноманітних правовідносин відбувалося з допомогою пам'ятки давньоруської кодифікації – Руської Правди, яка продовжувала діяти аж до XVI століття. Пізніше майже всі правові положення Руської Правди увійшли до змісту Статутів Великого Князівства Литовського, Руського та Жомойтського. Поміж вагомих змін – тільки посилення кримінальної відповідальності та значне збільшення суворості покарань і кількості різновидів покарань. У 1468 році прийнято перший кодекс саме литовсько-руського права – Судебник Великого Князя Казимира, який регулював переважно кримінально-правові, земельно-правові та процесуальні правовідносини. Велася Литовська метрика – багатотомне зібрання важливих правових документів, зокрема, законодавчих актів і судових рішень. Інтенсивно розвивалося Магдебурзьке право – право самоврядування, яким наділялися міста і деякі села. Поміж інших правових актів слід відзначити Земські устави, зокрема, Устава на волоки, або Поміра на волоки (1557). Важливе місце в правовому регулюванні особистих немайнових відносин посідали привілеї (привілейні грамоти) Великих Князів двох видів: загальноземські привілеї та обласні привілеї. Дія загальноземських привілеїв поширювалася на все Велике Князівство. Поміж найважливіших загальноземських привілеїв слід назвати: шляхетський привілей Ягайла (1387 року); Городельський привілей (1413); Гродненський привілей (1432); Трокський привілей (1434); привілей Казимира (1437); Віленський привілей (1457); Віленський привілей Олександра (1492); привілеї Сигізмунда (1506, 1522) [10, с. 46–50]. Дія обласних привілеїв (відомих також як уставні грамоти) [2, с. 73–75] поширювалася на окремі удільні князівства (землі), пізніше на окремі воєводства – привілей Київській землі, привілей Волинській землі та інші. Однак правове регулювання особистих немайнових відносин здійснювалося перш за все з допомогою Статутів, правових звичаїв і частково канонічного (релігійного) права.

Найважливішими правовими актами цього періоду стали Статути, які увібрали в себе переважну більшість правових положень раніше виданих правових актів, а також правових звичаїв, судових рішень і канонічного (релігійного) права:

1. Перший (Старий) Статут Великого Князівства Литовського, Руського та Жомойтського (1529);
2. Другий (Волинський) Статут Великого Князівства Литовського, Руського та Жомойтського (1566);
3. Третій (Новий) Статут Великого Князівства Литовського, Руського та Жомойтського (1588).

Перший (Старий) Статут Великого Князівства Литовського, Руського та Жомойтського 1529 року, захищав інтереси магнатів – великих шляхетських землевласників, підтверджував права шляхти, надані раніше привілейними грамотами, зводив шляхту в єдиний суспільний стан. Відзначено деякі права селян, зокрема, право на землю. Стверджувалося, що право – для всіх єдине. Другий (Волинський) Статут Великого Князівства Литовського, Руського та Жомойтського 1566 року забезпечував захист інтересів шляхти, обмежував права селян, виражаючи тяжіння до закріпачення селянства [6, с. 121].

У зв'язку з ухваленням в 1569 році Люблинської унії та заснуванням Речі Посполитої Трьох Націй – литовської, руської та польської, правовий лад ще більше ускладнився, а відтак вже здійснена в 1529 – 1566 роках кодифікація мала бути вдосконалена. Саме тому в 1588 році приймається Третій (Новий) Статут Великого Князівства Литовського, Руського та Жомойтського. Науковці відзначають: "якщо перша редакція Литовського статуту захищає права магнатів і узаконює права селян, то друга редакція – збільшує права шляхти і обмежує права селян, третя редакція Литовського статуту юридично оформляє панівне становище шляхти і закріпачує селян, в ній майже нічого не говориться про права міщан і духовенства" [12, с. 63].

Вражає високий рівень юридичної техніки правових актів: "Литовський статут у третій редакції за своїм техніко-юридичним рівнем стояв значно вище від багатьох тогочасних західноєвропейських кодексів" [12, с. 63]. Статути Великого Князівства Литовського, Руського та Жомойтського – "це збірники високорозвиненого, навіть за західноєвропейськими критеріями права … Виданням Литовських статутів закінчився процес уніфікації різних джерел права і правових систем, які діяли у Великому Литовському князівстві, зокрема в українських землях" [5, с. 73].

Період Козаччини в Україні розпочинається з 1648 року (початок Хмельниччини) та завершується в 1783 році (скасування козацького суспільного стану та запровадження кріпацтва) та складається з двох частин – Класицизму (1648 – 1687) та Бароко (1687 – 1783). За часів Класицизму особисті немайнові відносини регулювалися правовими звичаями, Статутами Великого Князівства Литовського, Руського та Жомойтського, гетьманськими універсалами та іншими актами законодавства. Для Бароко всі вказані правові акти також мали велике значення. Крім того, досягненням Бароко була велика увага до людської особистості, що відобразилося в законодавстві. Основні правові акти цього часу:

1) Пакти та конституції вольностей Війська Запорозького Низового, або Конституція Гетьмана Пилипа Орлика (1710);
2) Права, за якими судиться малоросійський народ (1743) [4, с. 407–758].

Період, який одержав назву Новий час (1783 – 1917) в історії особистих немайнових відносин має неоднозначну оцінку. З одного боку, в суспільно-правовій думці розвиваються ідеї Просвітництва та ідеї цінності кожної людини. Однак, з іншого боку, в Україні в цей час розпочинається занепад правового регулювання особистих немайнових відносин. Різко обмежується низка особистих немайнових прав. Більшість представників цілого суспільного стану – селянства – була позбавлена права на свободу й особисту недоторканність, оскільки в 1783 році російська імператриця Катерина II, яка на словах називала себе прихильницею ідей французьких просвітителів, зокрема Вольтера, запроваджує в Україні кріпацтво – один із найтяжчих різновидів особистої та економічної (матеріальної) залежності – яке разом з усіма іншими видами антиправової залежності було повністю скасоване ще в 1648–1657 роках внаслідок національно-визвольної війни під проводом Богдана Хмельницького. Всі суспільні стани – духовенство, дворянство, селянство та міщанство зазнали значного втручання в особисте життя та посягання на найрізноманітніші види особистих немайнових прав – не тільки на політичні (свобода думки та слова, свобода зібрань, свобода об'єднань), але й на особисті, духовні та культурні, соціальні (право вільного вибору занять, право на працю, право на відпочинок), економічні.

У 1917 – 1922 роках розпочинається радянський період (1917 – 1990). На початку цього періоду законодавче регулювання особистих немайнових відносин продовжувало перебувати в занепаді – перш за все у зв'язку з тим, що погляди ідеологів марксизму-ленінізму заперечували все приватне, особисте. Як стверджував Володимир Ленін, нічого приватного марксисти не визнають. Зумовлюється це, зокрема, вченням про базу та надбудову, згідно з яким суспільні відносини та інші суспільні явища існують на двох рівнях. Базу (основу, фундамент) нібито утворюють економічні, тобто майнові, відносини. Тоді як надбудова складається з усіх інших суспільних явищ – держави та права, моралі, особистих немайнових відносин. Отже, й особисті немайнові відносини могли в законодавчій сфері виступати тільки як додаток до майнових відносин. Пізніше дана позиція послаблюється і розпочинаються інтенсивні цивільно-правові дослідження особистих немайнових відносин. Однак у цивільному законодавстві, навіть в останньому Цивільному кодексі Української Радянської Соціалістичної Республіки, який було прийнято 18 липня 1963 року, регулювання обмежується дуже вузьким колом особистих немайнових відносин і тільки тих, які безпосередньо пов'язані з майновими – перш за все відносин інтелектуальної власності. Поміж врегульованих цивільним законодавством особистих немайнових відносин, не пов'язаних з майновими, можна назвати тільки захист права на честь, гідність і ділову репутацію.

Сучасний період розпочався з проголошенням державного суверенітету України (1990) та відновленням незалежності України (1991) і триває на час написання даного дослідження (2011). Поміж найважливіших правових актів сучасного періоду:

1) Декларація про державний суверенітет України (1990);

2) Акт проголошення незалежності України (1991);

3) Конституція України (1996);

4) Цивільний кодекс України (2004).

Вплив на становлення правового регулювання особистих немайнових відносин в Україні в різний час мали також іноземні та міжнародні правові акти, зокрема, такі:

1) Закони Дванадцяти Таблиць, або Leges Duodecim Tabularum (Італія);

2) Звід цивільного права, або Corpus iuris civilis (Східна Римська Імперія, тобто Візантія, VI століття) у трьох частинах: Кодекс Юстиніана, або Codex Iustiniani; Пандекти (Дигести) Юстиніана, або Pandectae (Digesta) Iustiniani; Інституції, або Institutiones;

3) Велика хартія вольностей, або Magna Charta (Англія, 1215);

4) Петиція про права, або Petition of Rights (Англія, 1628);

5) Закон про недоторканість особи, або Habeas Corpus Act (Англія, 1679);

6) Акт (Білль) про права, або Bill of Rights (Англія, 1689);

7) Декларація незалежності Сполучених Штатів Америки, або Declaration of Independence of the United States of America (1776);

8) Конституція Сполучених Штатів Америки, або Constitution of the United States of America (1787);

9) Декларація прав людини та громадянина, або Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (Франція, 1789);

10) Конституція Франції, або Constitution française (1791);

11) Акт (Білль) про права, або Bill of Rights (Сполучені Штати Америки, 1791);

12) Цивільний кодекс Франції (відомий як Кодекс Наполеона), або Code Civil des Français (Code Napoléon) (1804);

13) Міжнародний акт (Білль) про права людини, який складається із трьох частин: Загальна декларація прав людини (1948); Міжнародний пакт про громадянські та політичні права (1966); Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права (1966);

14) Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (1950);

15) Декларація прав дитини (1959);

16) Конвенція про права дитини (1989).

Напружена історія особистих немайнових правовідносин зумовлює необхідність ефективного правового регулювання. Значення особистих немайнових правовідносин у наш час невпинно зростає. Як відзначають науковці, це зумовлено тим, що "переважна кількість людей сьогодні вважають найбільшою цінністю своє духовне "я", спрямовуючи зусилля на самовдосконалення своєї особистості через духовне зростання. Нематеріальне, немайнове важить для людини не менше, а інколи і набагато більше, ніж матеріальне. Таким чином, оцінка людини як особистості, відчуття свободи, самоповаги – це те, заради чого вона живе, покращує своє матеріальне становище, працює та спілкується. Відчуваючи себе особистістю, людина бажає зберегти свою неповторність, продемонструвати її оточуючим, бути впевненою в оцінці і повазі до себе" [11, с. 588].

Дослідивши процеси становлення особистих немайнових відносин в Україні від найдавніших часів до сьогодення, приходимо до висновку: особисті немайнові відносини впродовж усієї історії перебувають в центрі правової системи нашої держави. Сьогодні, як і в минулі століття, особисті немайнові відносини складають основу всієї системи суспільних відносин в Україні, зумовлюючи широкий науково-практичний інтерес правознавців і зацікавленість кожної особистості в їх подальшому розвитку, а відтак мають великі перспективи піднесення та розквіту вже в найближчому майбутньому.

1. Верстюк В. Ф., Дзюба О. М., Репринцев В. Ф. Україна від найдавніших часів до сьогодення. Хронологічний довідник. – К.: Наукова думка, 1995. – 688 с. 2. Захарченко П. П. Історія держави і права України: Навч. посіб. для дистанційного навчання / П. П. Захарченко, О. В. Кузьминець; За науковою редакцією А. І. Берлача. – 2-ге вид., перероб. і допов. – К.: Університет "Україна", 2006. – С. 73–75. 3. Иванишев Н. Д. Сочинения. / Под ред. А. В. Романовича-Славатинского, К. А. Царевского. – К., 1876. 4. Кодифікація цивільного законодавства на українських землях: Т. 1 / Уклад.: Ю. В. Білоусов, І. Р. Калаур, С. Д. Гринько та ін. / За ред. Р. О. Стефанчука та М. О. Стефанчука. – К.: Правова єдність, 2009. – 1168 с. 5. Кульчицький В. С., Тищик Б. Й. Історія держави і права України: Навчальний посібник. – Вид. 2-ге, доп. і перероб. – К.: Атіка, 2006. – 352 с. 6. Кульчицький В. С., Тищик Б. Й. Історія держави і права України: Підруч. для студ. вищ. навч. закл. – К.: Видавничий дім "Ін Юре", 2007. – 624 с. 7. Статут Вялікага княства Літоўскага 1529 года / Под ред. К. И. Яблонскиса. – Мн.: Изд. АН БССР, 1960. 8. Статут Вялікага княства Літоўскага 1566 года / Уводны артикул Я. А. Юхо. – Мн. : Тэсей, 2003. 9. Статут Вялікага княства Літоўскага, 1588: Тэксты. Даведнік. Каментарыі / Бел. Савецкая Энцыклапедыя; рэдкал.: І. П. Шамякін (гал. рэд.) [и др.]. – Мінск : Беларуская Савецкая Энцыклапедыя, 1989. – 573 с. 10. Хрестоматія з історії держави і права України: Навч. посібник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів / За ред. В. Д. Гончаренка. – 3-тє вид., перероб. Уклад. В. Д. Гончаренко, О. Д. Святоцький. – К.: Видавничий дім "Ін Юре", 2003. – 800 с. 11. Цивільне право України. Загальна частина: підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, Р. А. Майданика. – 3-тє вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 976 с. 12. Шевченко О. О., Самохвалов В. О. та ін. Історія держави і права України: Навчальний посібник для студентів юрид. вузів та факультетів. – К.: Вентурі, 1996. – 288 с.

Надійшла до редколегії 30.01.12

Є. Герасименко, асист.

ЗНАХОДЖЕННЯ ПОЗА МЕЖАМИ КРАЇНИ ПОХОДЖЕННЯ ЯК КРИТЕРІЙ ВИЗНАННЯ БІЖЕНЦЕМ

Досліджено питання теоретичного та законодавчого закріплення такого критерію поняття біженця як знаходження поза межами країни походження за міжнародними стандартами та законодавством України, визначено основні проблеми в цій сфері та можливі шляхи їх усунення.

Ключові слова: біженці, шукачі притулку, визначення біженця.

Исследован вопрос теоретического и законодательного закрепления такого критерия понятия беженца как нахождение вне пределов страны происхождения в соответствии с международными стандартами и законодательством Украины, определены основные проблемы в этой сфере и возможные пути их устранения.

Ключевые слова: беженцы, искатели убежища, определение беженца.

Author researches theoretical and legislative aspects of the determination of such clause of the refugee definition as being outside of the country of origin under international standards and legislation of Ukraine, basic problems in this sphere and possible ways of improvement.

Keywords: refugees, asylum seekers, refugee definition.

Знаходження шукача притулку поза межами країни своєї національної належності або країни свого колишнього місця проживання визначено і міжнародними стандартами і законодавством України одним із критеріїв визнання такої особи біженцем (так званих критеріїв включення). На практиці та в науковій літературі країни, які залишили мігранти, називають країнами походження. Тому цей критерій іноді спрощено формулюється авторами як "знаходження шукача притулку поза межами країни походження". При цьому очевидно, що фактична різниця між термінами "знаходження особи поза межами країни національної належності" та "знаходження особи поза межами країни свого колишнього місця проживання" полягає лише в правовому статусі осіб – шукачів притулку, їх правовому зв'язку з державою походження. Зміст поняття "національної належності" в змісті п.2 розділу А ст.1 Конвенції 1951 р. необхідно розуміти як громадянський зв'язок з державою. Фраза "знаходиться за межами країни своєї громадянської належності" відноситься до тих осіб, які на відміну від апатридів мають громадянство.

Таким чином, стаття 1(А)2 Конвенції містить окремі положення про біженців, які мають громадянство, і про біженців, які його не мають. Для перших необхідним критерієм надання статусу біженця являється їх нездатність або небажання користуватися захистом держави, громадянами якої вони являються, а для других – нездатність або небажання повернутися в державу постійного місця проживання.

Конвенція врегульовує також і випадки, коли особа має громадянство двох чи більше держав (так звані випадки "багатогромадянства"). Для того, щоб отримати статус біженця в цьому випадку особа має знаходитися поза межами будь-якої з цих країн. Разом із цим необхідно встановити, чи може особа скористатися захистом хоча б однієї з цих держав. Адже сам факт, що особа має громадянство кількох держав не є обставиною для формальної відмови в розгляді її клопотання про надання статусу біженця. Непоодинокими є випадки, коли особа має подвійне громадянство, але країна другого громадянства не в змозі забезпечити особі реальний захист, або з цією країною в особи немає зв'язку, тобто громадянство є формальним, або ж шукач притулку не в змозі безпечно дістатись цієї країни. Отже, у випадку подвійного або множинного громадянства статус біженця надається, тільки якщо зацікавлена особа в силу цілком обґрунтованих побоювань не може або не бажає звертатися до захисту жодної держави, громадянином яких вона являється. В даному випадку важливим фактором буде справжність громадянства особи з точки зору загального міжнародного права [1].

Цілком обґрунтовані побоювання заявника стати жертвою переслідувань повинні відноситись саме до країни його походження. До тих пір, доки у нього нема побоювань відносно країни походження, то можливо очікувати, що він скористається захистом з боку цієї країни. В цьому випадку особа не потребує міжнародного захисту, і тому не являється біженцем.

Побоювання переслідувань не повинно обов'язково поширюватися на всю територію країни громадянської належності біженця. Так, у випадку міжетнічних зіткнень або інших серйозних безпорядків, прирівняних до обставин громадянської війни переслідування конкретної етнічної або національної групи можуть обмежуватись лише частиною території цієї країни. В таких випадках особі не повинно бути відмовлено в статусі біженця тільки через те, що вона могла знайти притулок в іншій частині цієї ж країни, якщо, з врахуванням обставин від неї не реально було б очікувати цього.

У випадку з біженцями без громадянства питання "користування захистом" країни попереднього місця проживання, звичайно не виникає. Крім того, залишивши одного разу країну свого попереднього звичайного місця проживання з причин, вказаних у визначенні, така особа очевидно не має можливості повернутися.

У випадках позбавлення шукачів притулку громадянства державою їх громадянської належності статус біженця можна встановлювати з врахуванням становища, яке існувало в країні походження як в "країні попереднього постійного місця проживання"[2]. Однак, позбавлення громадянства, з точки зору права притулку, є не просто репресією, воно само переконливо свідчить про відмову в захисті з боку держави походження. При чому цей факт має відношення як до осіб, які намагалися залишити країну свого походження внаслідок чого були позбавлені громадянства, так і до будь-яких інших осіб.

Зміст аналізованого критерію полягає в тому, що механізм міжнародного захисту не може бути застосований доти, доки особа знаходиться під юрисдикцією або країни своєї громадянської приналежності, або постійного місця проживання. Таким чином, зазначений критерій певною мірою є гарантією додержання (не порушення) суверенітету держави, зокрема, щодо

[1] Гудвін-Гілл Г.С. "Міжнародне право і переміщення осіб між державами", 1978. – с.46-49.

[2] Конференція, яка передувала прийняттю Конвенція 1954 р. про статус апатридів, прийняла рекомендацію про те, щоб кожна договірна держава, "коли вона визнає дійсними причини, з яких особа відмовилась від захисту держави, громадянином якої вона являється", співчутливо розглядала питання про поширення дії Конвенції на таких осіб.

© Герасименко Є., 2012

їх громадян, і факт втечі, перетину державного кордону – невід'ємна частина характеристики біженця, в смислі Конвенції 1951 року. Переміщені особи всередині країни, незважаючи на гуманітарні заклики забезпечити їм захист і допомогу, а також на практику Управління Верховного Комісара ООН в справах біженців щодо надання допомоги таким особам, не змінюють базову міжнародну норму.

В окремих випадках, особливо в Латинській Америці, існує звичай "дипломатичного притулку"[3], тобто надання притулку для політичних біженців в посольствах іноземних держав. Хоч особа, яка отримала притулок таким чином, може вважатися такою що знаходиться поза юрисдикцією своєї країни, вона не знаходиться за межами її території, і тому не відповідає умовам Конвенції 1951 року.

Попереднє положення про "екстериторіальність" посольств замінене положенням про "недоторканість", застосоване в Віденській конвенції 1961 року про дипломатичні зносини. Представництва повинні добросовісно користуватись дипломатичним імунітетом, не допускати зловживань і дій, які можуть трактуватись як втручання у внутрішні справи держави перебування. Стаття 41 цієї ж Конвенції встановлює, що "приміщення представництв не повинні використовуватись в цілях, які не співпадають з функціями представництв".

Для встановлення статусу біженця важливим є факт перетину державного кордону країни походження. При цьому ані міжнародними актами, ні законодавством України не встановлюється залежність між перетином державного кордону та причинами такого перетину, зокрема – іншим критерієм визначення біженців – обґрунтованими побоюваннями переслідувань. Тобто, особа може залишити територію країни своєї національної належності як внаслідок наявних у неї обґрунтованих побоювань стати жертвою переслідувань, так і з інших причин, і навіть до моменту виникнення у неї таких побоювань. Отже, немає перешкод для визнання біженцем особи, у якої обґрунтовані побоювання стати жертвою переслідувань виникли під час її перебування закордоном, і є причиною небажання повертатися в свою країну. В практиці не рідкими є випадки, коли особа певний час проживала в іноземній країні, проте не відчувала побоювань переслідування в країні походження. Такі побоювання можуть виникнути і тоді, коли особа вже знаходилася за кордоном, через об'єктивні обставини в країні походження. Основою для таких побоювань можуть стати радикальні соціально-політичні зміни в країні походження, які становлять небезпеку для шукача притулку в разі його повернення до такої країни. Крім того острах переслідувань може виникнути у шукача притулку і через діяльність, якою він займався, знаходячись за кордоном. Особи, які опинились в такій ситуації, називаються "біженці на місці" ("sur place").

Крім факту перетину державного кордону для застосування цього критерію обов'язково встановлюється держава громадянства (підданства) шукача притулку, або чи дійсно він являється особою без громадянства. Зокрема, громадянство (підданство) може бути підтверджено за допомогою:

- паспорту та інших паспортних документів. При цьому необхідно пам'ятати, що іноді паспорт одержується незаконно з метою залишити країну. Отже шукач притулку може бути громадянином держави, паспорт якої він має, проте може таким і не бути;
- фактів, які надав шукач притулку;
- інформації про правові та адміністративні правила, пов'язані з наданням громадянства в країні походження.[4]

Коли заявник посилається на побоювання стати жертвою переслідувань з боку держави своєї громадянської належності, необхідно встановити, чи дійсно він являється громадянином цієї країни. Коли його громадянство не може бути встановлено з повною впевненістю, його статус біженця визначається таким чином, як і для особи без громадянства, тобто замість країни його громадянської належності береться до уваги країна його попереднього звичайного місця проживання.

Досить часто шукач притулку змушений нелегально перетинати кордони країни походження та інших держав з метою пошуку притулку. Стаття 31 Конвенції про статус біженця забороняє застосовувати до таких осіб санкції за нелегальний перетин кордону, якщо шукач притулку негайно (Конвенція не встановлює строк, в котрий особа має це зробити – необхідно звернути увагу на обставини кожного конкретного випадку) звертається до відповідних органів та повідомляє про причини цього правопорушення.[5]

Закріплення досліджуваного критерію в Конвенції 1951 р. відрізняється дещо від його правової регламентації в Законі України "Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту". В ст.1 Закону, зокрема, встановлюється, що статус біженця надається особі, в якій відсутнє громадянство України та яка знаходиться за межами країни своєї громадянської належності або постійного місця перебування. Ця конкретизація пояснюється насамперед тим, що Конвенція 1951 р. є міжнародно-правовим документом, а відтак містить загальні стандарти, які можуть застосовуватись в будь-якій державі, що приєдналась до неї. Натомість зазначений Закон України регулює відповідні відносини, що виникають в Україні, а отже зазначене територіальне обмеження є цілком обґрунтованим. Встановлення Законом критерію, що розглядається, є гарантією реалізації одного з найважливіших принципів надання притулку: "притулок надається лише в разі необхідності, потреби на такий захист". Іншими словами, громадянам України в Україні не надається статус біженця, оскільки Україна має забезпечити їх захист, як своїм громадянам.[6]

Конвенція також не встановлює конкретні строки, в які шукач притулку має надати клопотання (заяву) про надання статусу біженця. Це означає, що Конвенція передбачає можливість звертатися про надання статусу біженця і в тому випадку, коли після прибуття особи в країну притулку до того моменту, коли особа звернулась з клопотанням про притулок, пройшов певний, і навіть довгий час. Згідно Позиції Управління Верховного Комісара ООН у справах біженців [7][7] розуміння терміну "без зволікань", який застосовується в Конвенції залежить від обставин справи, включаючи наявність інформації про можливість звернутись із відповідною заявою в певній державі. Зокрема, приймаючи до уваги

[3] Стаття 1 Каракаської конвенції 1954 р. про дипломатичний притулок передбачає, що "держава, яка здійснює територіальну юрисдикцію, повинна поважати притулок, який надається у представництвах, на військових кораблях, у військових таборах або на повітряних літаках особам, що розшукуються з політичних мотивів або за політичні правопорушення у відповідності з положеннями чинної Конвенції". OAS Official Records, OEA/Ser.X/1. Treaty Series 34.

[4] Руководство по процедурам и критериям определения статуса беженцев/УВКБ. – 1992. – 97 с.

[5] Конвенція про статус біженців від 28 червня 1951 р. / Правовий статус біженців та осіб без громадянства в Україні. Збірник документів. – Харків, 2004.

[6] Герасименко Є. С. До проблеми критеріїв визначення біженців / Бюлетень міністерства юстиції України. – №9 (71). – 2007.

[7] Позиція УВКБ ООН "Про ненакладання стягнень на біженців", Женева, листопад 2001 р.

особливу ситуацію біженців, наслідки травм, проблеми з мовою, відсутність інформації щодо процедури визнання статусу біженців, попередній досвід, який часто призводить до підозрілого ставлення до державних службовців, почуття небезпеки, не може існувати часових обмежень, які б могли механічно застосовуватись або асоціюватись з висловом "без зволікань".

Натомість Закон України "Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту" по-іншому регулює це питання. Відповідно до статті 5 Закону особа, яка з наміром бути визнаною біженцем в Україні перетнула державний кордон України в порядку, встановленому законодавством України, повинна протягом п'яти робочих днів звернутися до відповідного органу міграційної служби із заявою про визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту. Якщо ж особа, яка з наміром бути визнаною біженцем в Україні під час в'їзду в Україну незаконно перетнула державний кордон України, вона повинна без зволікань звернутися до відповідного органу міграційної служби із заявою про визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту. Зазначений підхід викликає багато зауважень.

По-перше, термін "без зволікань" є оціночним поняттям, а отже дії органів державної влади з приводу надання чи відмови у наданні статусу біженців дещо різняться.

По-друге, недостатньо логічним є встановлення для легальних мігрантів стоку в п'ять робочих днів, коли для нелегальних цей строк не визначений.

По-третє, встановлення будь-яких конкретних строків звернення із заявою про надання притулку чи статусу біженця певним чином суперечить нормам Конвенції 1951 року.

Аналіз історії цього питання свідчить, що в першому Законі України "Про біженців" 1993 року зазначений термін був визначений для легальних мігрантів в три доби, а особи, які вимушені були незаконно перетнути державний кордон України з наміром набути статус біженця повинні були протягом доби звернутися до відповідного органу (ст. 2). При цьому стаття 8 Закону встановлювала, що оформлення необхідних документів з питань надання статусу біженця провадиться на підставі особистої заяви особи або її законного представника, поданої до органу міграційної служби за місцем тимчасового перебування відповідно до статті 2 цього Закону. Отже, якщо заяви подавались із недодержанням зазначеного вище строку, вважалось, що вони були подані не у відповідності зі статтею 2 Закону і в оформленні документів біженцям нерідко відмовляли. Таке становище викликало серйозні обурення та критику з боку міжнародних і правозахисних організацій.

Статтею 9 наступного Закону України "Про біженців" від 2005 року був встановлений обов'язок осіб, які мають намір набути статусу біженця і перетнули державний кордон України у порядку, встановленому законодавством України, протягом п'яти робочих днів звернутися до відповідного органу міграційної служби із заявами про надання їм статусу біженця. Особи, які з наміром набути статус біженця намагалися незаконно перетнути або незаконно перетнули державний кордон України, мали протягом трьох робочих днів звернутися до відповідного органу міграційної служби. Таким чином зазначені строки були збільшені. Разом із цим, наслідком пропуску зазначеного строку для нелегальних мігрантів була лише можливість притягнення їх до відповідальності за порушення порядку перетину державного кордону. Пропуск зазначених строків не був визначений підставою для відмови в наданні статусу. Пізніше (в 2005 році) відповідними змінами до Закону конкретні строки звернення з заявою для нелегалів були замінені на "без зволікань", а для легальних – і, взагалі, скасовані.

В цьому контексті повернення до старої норми 1993 року вбачається кроком назад. Таким чином, враховуючи об'єктивну особливість ситуації, в який знаходиться біженець, встановлення будь яких часових обмежень для звернення біженців із заявою про надання притулку та звільнення від юридичної відповідальності за порушення міграційного законодавства є недоцільним та суперечить духу міжнародних зобов'язань, які взяла на себе Україна.

1. Конвенція про статус біженців від 28 червня 1951 р. / Правовий статус біженців та осіб без громадянства в Україні. Збірник документів. – Харків, 2004. 2. Закон України "Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту" // Голос України, від 03.08.2011, № 142. 3. Каракаська конвенція 1954 р. про дипломатичний притулок // OAS Official Records, OEA/Ser.X/1. Treaty Series 34. 4. Герасименко Є. С. До проблеми критеріїв визначення біженців / Бюлетень міністерства юстиції України. – №9 (71). – 2007. 5. Гудвін-Гілл Г.С. "Міжнародне право і переміщення осіб між державами", 1978. – с.46-49. 6. Позиція УВКБ ООН "Про ненакладання стягнень на біженців, Женева, листопад 2001 р. 7. Руководство по процедурам и критериям определения статуса беженцев/УВКБ. – 1992. – 97 с.

Надійшла до редколегії 30.01.12

УДК 347.9 (477)

Т. Кучер, канд. юрид. наук

НАЛЕЖНІСТЬ ТА ДОПУСТИМІСТЬ ЯК КРИТЕРІЇ ОЦІНКИ ДОКАЗІВ

В статті розкриваються правила допустимості доказів та належності засобів доказування в аспекті їх наступного використання під час здійснення правосуддя на основі комплексного аналізу їх прямого чи побічного закріплення в чинному цивільному процесуальному законодавстві. Запропоновано пропозиції щодо вдосконалення норм ЦПК України для врегулювання процедури прийняття чи відхилення доказів.

Ключові слова: доказ, засіб доказування, належність, допустимість, доказування.

В данной статье раскрываются правила допустимости доказательств и относимости средств доказывания в аспекте их последующего использования во время совершения правосудия на основе комплексного анализа их прямого или косвенного закрепления в действующем гражданском процессуальном законодательстве. Внесено ряд предложений по усовершенствованию норм ГПК Украины для урегулирования процедуры принятия или отклонения доказательств.

Ключевые слова: доказательство, средство доказывания, относимость, допустимость, доказывание.

In this article the rules of admission of proofs and taken of facilities of proving open up in an aspect them the subsequent use during the feasance of justice on the basis of complex analysis of their direct or indirect fixing in a current civil judicial legislation. The row of suggestions is brought in on the improvement of norms of GPK of Ukraine for the settlement of procedure of acceptance or rejection of proofs.

Keywords: proof, mean of proving, taken, admission, proving.

Відповідно до ст. 1 ЦПК України завданнями цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ, виконання яких напряму пов'язано з встановлення судом у справі об'єктивної істини, яка може бути досягнута тільки за умови підтвердження особами, які беруть участь у

© Кучер Т., 2012

справі своїх вимог чи заперечень шляхом надання визначених ЦПК комплексу фактичних даних (доказів, засобів доказування), які повинні відповідати обставинам саме цієї справи і бути правомірними та здійснення ними активної діяльності щодо доведення перед судом їх пріоритету над доказами, наданими іншою стороною. Обов'язковість подання доказів та здійснення процесу доказування відображається в принципі змагальності, закріпленому ЦПК України, який є одним із необхідним елементів для здійснення ефективного судового захисту. Докази та доказування являючись важливим елементом в забезпеченні права на судовий захист, фігурують протягом здійснення цивільного судочинства, виступаючи як окремий інститут (глава V ЦПК), так і пронизуючи його правові положення та категорії: принципи (змагальність, диспозитивність), інститути (складова змісту позовної заяви). Однак доказ сам по собі, об'єктивно існуючи в пасивному стані, ще не набуває гарантії ефективного судового захисту. Для цього важлива активна участь всіх учасників процесу, як осіб, що беруть участь у справі – сторін, третіх осіб, їх представників, так і інших учасників процесу (свідків, експертів, спеціалістів тощо), головною метою участі яких є допомога у встановленні фактичних обставин справи і відповідно позицій тієї чи іншої сторони. Дійсно, право на судовий захист і докази існують паралельно відносно один одного, доки не виникне факт або усвідомленість порушення, невизнання чи оспорення прав, свобод, інтересів, саме в цей момент вони стають залежними одне від одного, адже підтвердженням прав (обставин) є докази. Хоча, момент залучення доказів у справу і здійснення процесу доказування в цивільному процесі різняться між собою. Доказ фігурує ще в позовній заяві, а процес доказування зі стадії підготовки справи до судового розгляду. Одразу звернемо увагу, що в певних випадках у стадіях на відміну від доказів, процес доказування може не виникнути взагалі, наприклад, в разі відмови позивача від позову, визнання позову відповідачем, укладення мирової угоди. Фурсою С.Я. та Цюрою Т.В. виокремлено у процесі доказування наступні стадії: 1) формування предмету доказування, 2) збирання доказів, 3) процедура їх надання, 4) аналіз доказів на предмет їх належності, допустимості як доказу по конкретній справі, достатності доказів у сукупності для доведення певної обставини; значимості як доказу по конкретній справі та переваги над доказами іншої сторони [1; с. 20]. Така класифікація влучно відображає стадії процесу доказування орієнтовано відносно дії в просторі, натомість, якщо брати до уваги звернення до суду та його форми в процесі провадження, то залишаються поза увагою такі важливі етапи, як зазначення доказів (без цього етапу не виникне реального здійснення прав – порушення провадження у справі), повідомлення про докази, їх обґрунтування.

Докази та доказування є основними складовими принципів змагальності (стаття 10 ЦПК), диспозитивності (стаття 11 ЦПК України), судового рішення (стаття 212, 215 ЦПК) тощо, які, в свою чергу виступають гарантіями права на судовий захист. Виходячи із змісту цього права, такі елементи повинні доповнювати один одного, взаємозумовлювати та підтверджувати один одного і виступають його невід'ємним елементом. При цьому, права щодо подання доказів (ч. 2 статті 10 ЦПК) кореспондуються з таким же обов'язком (ч. 1 статті 131 ЦПК) та доказуванням і доведенням цих обставин перед судом (ч. 3 статті 10 ЦПК). Єдиним випадком звільнення сторін від обов'язку доказування є підстави, передбачені статтею 61 ЦПК (обставини, визнані сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі; обставини, визнані судом загальновідомими, тобто обставини, які відомі широкому колу осіб, в тому числі й суду: війни, терористичні акти, паводки, пожежі, землетруси, які виникли на певній території і відомі певному колу осіб, тощо). За новим ЦПК України у цивільному процесі коло дій судді звужене до оцінки доказової бази, представленої обома сторонами. Суд у цивільному процесі не повинен ані витребувати, ані шукати докази, у збирання доказів не втручається, він може лише надати свою допомогу в їх отриманні в разі утруднення в їх наданні – забезпечити їх. Забезпечення доказів є гарантією їх дослідження, оцінки.

Тем не менш не будь-який доказ буде братися до уваги при оцінці судом, а лише той, який відповідатиме обов'язковим вимогам – належності та допустимості. Проблематику у використанні таких правових категорій викликає не скільки понятійний апарат, який закріплений законодавчо та є постійним предметом дослідження у юридичній доктрині, а безпосереднє застосування таких теоретичних положень на практиці.

Нормативне закріплення такі правила знайшли у статтях 58-59 ЦПК України. Так, належними є докази, які містять інформацію щодо предмета доказування; допустимими – у разі відсутності їх одержання з порушенням порядку встановленого законом. Наряду з цим широкого висвітлення набули положення щодо належності та допустимості доказів і у вітчизняній доктрині. Зокрема, Фурса С.Я. визначає, що належними є докази, які мають значення для справи, тобто за їх допомогою можуть бути підтверджені взаємопов'язані з ними істотні обставини, які відповідно до норми матеріального права створюють фактичну основу спірних правовідносин, а допустимими можуть вважатися тоді, коли не порушено процесуальний порядок отримання цього доказу та правильно здійснено оцінку змісту та форми цього доказу [2; с. 323,332]. М.І. Балюк та Д.Д. Луспеник пропонують належність характеризувати як суть, а допустимість як форму [3; с. 140]. Комаров В.В. фактично ототожнює належність доказів з предметом доказування, тобто колом тих юридичних фактів з конкретної справи, які передбачені нормою матеріального права, на основі якої буде вирішена справа; у питанні допустимості в цілому притримується загального підходу щодо відповідності процесуальної форми (засобів доказування) вимогам закону, однак розглядає таку ознаку у широкому та вузькому розумінні [4; с. 489-490].

Та, не торкаючись окремих деталей, можемо погодитися з наведеними підходами науковців щодо змісту цих характеризуючих ознак доказів, однак дійсну суть таких категорій можна пізнати лише проаналізувавши їх фактичне вираження у інших нормах ЦПК України.

Так, у статтях 58-59 ЦПК України наряду з розкриттям субстанції категорій належності та допустимості доказів встановлюються імперативні правила щодо дій суду в разі невідповідності їх встановлених вимогам. Суд не бере до розгляду докази, які не стосуються предмету доказування (ч.3 ст.58 ЦПК) та не бере до уваги ті, які одержані з порушенням порядку встановленого законом (ч.3 ст.59 ЦПК України). Цікавим з наукової точки зору є застосована у наведених статтях термінологія "не бере до уваги та не бере до розгляду" і фактичне виконання цих положень під час здійснення правосуддя. Саме тому при вивченні цих питань потрібно розібратися з екстралінгвістичною інформацією щодо ключових елементів таких словосполучень. Зокрема, увага – це психологічна категорія, яка позначає зосередженість і спрямованість психічної діяльності на певний об'єкт [5], а розгляд, як дію, розбір чого-небудь з подальшим винесенням рішення [6]. Перетворивши такі

визначення на законодавчо закріплені положення щодо ознак доказів виходить, що в разі неналежності доказу суд не повинен вчиняти дії по його огляду та не приймати жодного рішення відносно останнього, в разі ж недопустимості засобу доказування не здійснювати його пізнання, дослідження, оцінку, не пропускати його через свідомість, тобто не використовувати по відношенню до нього розумову діяльність. Іншими словами, якщо наданий доказ не стосується предмету доказування, то суд його залучає до справи, але в ході розгляду справи не проводить в частині нього жодних дій. Більш складним для застосування на практиці виявляються положення щодо доказів, які не відповідають вимогам закону, оскільки в такому разі основою виступають не чіткі механічні дії, а психічні процеси, які не можна загнати у певні рамки і заборонити будь-яке мислення щодо них.

Проте, навіть розглянувши ідеальну модель майстерності та бездоганності судді, здатного суворо дотримуватись названих вимог у своїй професійній діяльності такі дії відносно неналежних доказів та недопустимих засобів доказування не відповідають імперативно закріпленим правилам поводження з ними під час ухвалення судового рішення. За загальними правилами, встановленими статтею 212 ЦПК України судом оцінюються докази на підставі їх повного, всебічного, об'єктивного та безпосереднього дослідження, не маючи наперед встановленого значення, а вже за результатами такої оцінки вирішується питання про їх прийняття чи відмову у прийнятті. Але встановити порушення відносно їх змісту чи форми можливо лише під час їх дослідження, а вирішити питання щодо прийняття чи відмови під час оцінки. З наведених дефініцій, очевидно, що кожен доказ, отриманий судом підлягає дослідженню та оцінці і зрозуміло, що для цього він повинен бути розглянутий та підданий пізнанню з обов'язковим задіюванням психічної діяльності. Разом з цим, п.3 ч.1 статті 215 ЦПК України визначено вимоги щодо відображення такої оцінки у рішенні, а саме: зазначити мотиви, з яких суд бере до уваги (на підставі пропущення їх через власну свідомість – Т.К.) або відхиляє їх. Саме ця норма конкретизує дії суду, адже не можна відхилити те, що спочатку не було прийнято, не проаналізовано та належно не оцінено.

Отже, судом обов'язково всі докази та засоби доказування повинні бути розглянуті в силу вимог щодо обов'язку осіб подати всі наявні у них докази та нормативного закріплення доказів – як будь-яких фактичних даних, на підставі яких саме суд встановлює наявність або відсутність обставин, а вже при встановленні їх неналежності чи не допустимості застосовувати правила щодо їх відхилення, тобто не можливість підтвердження за їх допомогою вимог чи заперечень сторін.

Однак, насправді ці нормативні та теоретичні положення так і будуть залишатися деклараціями, якщо не буде належного їх втілення у практичній діяльності.

Так, у справі В. за позовом до Д. про поділ спільного часткового майна Д. на обґрунтування своїх заперечень щодо утримання належної йому частки майна додав копію замовлення на придбання товарів. При огляді даного документа з'ясувалося, що в ньому не міститься прізвища замовника, підписів сторін про узгодження асортименту, кількості товару, а на штампі "сплачено" немає відмітки дати здійснення такої оплати. Необхідним у цій ситуації є аналіз таких недоліків документа з аспектів належності та допустимості доказу.

Ч.2 статті 11 Закону України "Про захист прав споживачів" визначає, що під час продажу товару продавець зобов'язаний видати споживачеві розрахунковий документ встановленої форми, що засвідчує факт купівлі, з позначкою про дату продажу. Розрахунковим же документом в силу статті 1 вказаного Закону вважається квитанція, товарний чи касовий чек, квиток, талон або інший документ. Як бачимо, вичерпного переліку найменувань та форм розрахункових документів Закон не дає, однак встановлює невід'ємні вимоги до його чинності, зокрема позначку про дату продажу. Цивільним кодексом загалом визначено предмет договору роздрібної купівлі-продажу, де продавець, який здійснює підприємницьку діяльність з продажу товару, зобов'язується передати покупцеві товар, що звичайно призначається для особистого, домашнього або іншого використання, не пов'язаного з підприємницькою діяльністю, а покупець зобов'язується прийняти товар і оплатити його (ч.2 ст.698 ЦК України). Ч.3 даної статті відсилає в разі не врегулювання ЦК України окремих питань до законодавства про захист прав споживачів. П.18 Правил роздрібної торгівлі непродовольчими товарами, затвердженими Наказом Міністерства економіки України від 19.04.2007 року № 104 встановлює, що розрахунки за продані товари та надані послуги можуть здійснюватися готівкою та/або в безготівковій формі (із застосуванням платіжних карток, платіжних чеків, жетонів тощо) відповідно до законодавства. Разом з товаром споживачеві в обов'язковому порядку видається розрахунковий документ установленої форми на повну суму проведеної операції, який засвідчує факт купівлі товару та/або надання послуг. Знову звернемося до ст.59 ЦПК України щодо допустимості доказів, де в ч.2 сформульовано вимогу щодо підтвердження обставин справи, певними засобами доказування коли це встановлено законом. Як бачимо, наведені нормативні документи закріплюють імперативні правила щодо допустимого розрахункового документа. У нашому випадку ми можемо вести мову про встановлену форму – замовлення, як підтвердження укладання письмового договору роздрібної купівлі-продажу товару, однак за умови його заповнення – підписи замовника та виконавця та вказівки дати здійснення оплати товару. Звісно, це не виключає можливості додати до даного документа товарний чек чи квитанцію. Що ж стосується належності доказу, то у графі Замовник вказано формулювання "Роздрібний покупець". У нас же розглядуваний доказ подається на обґрунтування заперечень відповідача Д., а тому тільки за умови вказівки прізвища Д. у даному документі такий доказ можна ідентифікувати відносно приналежності до даної справи.

Звісно за викладених положень певні норми ЦПК України потребують змін. Зокрема, із статті 58 ЦПК виключити частини 3, а із статті 59 ЦПК України частину 1, уніфікувати термінологію у ч.4 статті 212 ЦПК України шляхом заміни термінів – прийняття на взяття до уваги, а відмови у прийнятті на відхилення.

1. Фурса С.Я., Цюра Т.В. Докази і доказування у цивільному процесі: Науково-практичний посібник. – К.: Видавець Фурса С.Я., КНТ, 2005. – 256 с. – (Серія: Процесуальні науки). 2. Цивільний процес України: академічний курс: [підручник для студ.юрид.спец.вищ.навч.закл.] / [Фурса С.Я., Фурса Є.І., Гетманцев О.В. та ін.]; за ред.С.Я. Фурси. – К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2009. – Серія "Процесуальні науки". – 848 с. 3. Балюк М.І., Д.Д. Луспеник. Практика застосування цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях). Коментарії, рекомендації, пропозиції / М.І. Балюк, Д.Д. Луспеник – Х.: Харків юридичний, 2008. – 708 с. (Серія "Судова практика"). 4. Курс цивільного процесу: підручник / В.В. Комаров, В.А. Бігун, В.В. Баранкова та ін.; за ред. В.В. Комарова. – Х.: Право, 2011. – 1352 с. 5. Современный толковый словарь изд. "Большая Советская Энциклопедия" http://www.classes.ru/all-russian/russian-dictionary-synonyms-term-8560.htm#dal. 6. Большой энциклопедический словарь Ушакова http://www.classes.ru/all-russian/russian-dictionary-Ushakov-term-63509.htm

Надійшла до редколегії 30.01.12

УДК 346.2:336.761(477)

А. Попова, канд. юрид. наук

ФІНАНСОВІ ПОСЕРЕДНИКИ НА ФОНДОВОМУ РИНКУ

У статті досліджене поняття фінансових посередників на фондовому ринку та визначене їх місце у складі учасників ринку цінних паперів.

Ключові слова: фінансові посередники, фондовий ринок, учасники ринку цінних паперів.

В статье исследовано понятие финансовых посредников на фондовом рынке и определенное их место в составе участников рынка ценных бумаг.

Ключевые слова: финансовые посредники, фондовый рынок, участники рынка ценных бумаг.

This article explores the concept of financial intermediaries in the stock market and determined their place in the securities market participants.

Keywords: financial intermediaries, stock market, securities market participants.

Перебудова економіки України супроводжується процесами реформування відносин власності, формування та розвитку повноцінного, ефективно діючого ринку цінних паперів, який є багатоаспектною соціально-економічною системою, тісно пов'язаною з іншими сферами суспільного життя. Одним із основних інститутів такої системи є фінансові посередники на фондовому ринку, які мають особливий статус, що пояснюється специфікою виконуваних ними функцій.

Дослідженню поняття фінансових посередників протягом останніх років було присвячено ряд наукових праць вчених А.В. Калини, А.А. Кощєєва, В.В.Корнєєва та інших. У своїх працях В.І. Павлов, І.В. Кривов'язюк та В.В.Колесник лише використовували поняття "посередники", Ю.Є. Петруня, С.В. Черкасова і Р.С.Сорока досліджували поняття торговця цінними паперами, але при цьому відсутнє універсальне законодавче визначення поняття торговця цінними паперами як професійного учасника ринку цінних паперів, а також детальний аналіз всіх суб'єктів, що є фінансовими посередниками на фондовому ринку.

З огляду на вищезазначене, вважаємо за необхідне комплексно дослідити поняття фінансових посередників на фондовому ринку, компанії з управління активами, торговця цінними паперами, а також основні види учасників фондового ринку з урахуванням аналізу професійних учасників ринку цінних паперів.

На основі проведеного дослідження спробуємо дати визначення поняття фінансових посередників на фондовому ринку, проаналізувати їх місце у складі учасників фондового ринку.

Відповідно до ст. 2 Закону України "Про цінні папери та фондовий ринок" [17] (далі – ЗпЦП) учасниками фондового ринку є: емітенти, інвестори, саморегулівні організації та професійні учасники фондового ринку. Фінансові посередники належать до такої групи учасників фондового ринку як професійні учасники ринку цінних паперів.

Виділення із загального кола учасників фондового ринку осіб, діяльність яких повинна здійснюватись у відмінному від інших учасників ринку правовому режимі, пов'язане з появою поняття професійної діяльності на ринку цінних паперів.

Такі спеціальні суб'єкти фондового ринку діють незалежно один від одного, систематично з метою досягнення економічного результату.

Законодавство містить декілька визначень поняття "професійний учасник фондового ринку". Закон України від 30 жовтня 1996 року "Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні" [11] визначає професійних учасників ринку цінних паперів лише як осіб, які здійснюють професійну діяльність на ринку цінних паперів (абз. 9 ст. 1). У визначенні не наведені кваліфікаційні ознаки зазначених осіб, які надавали б чітке уявлення про особливості цього поняття.

Згідно з ч. 2 ст. 2 Закону України від 23 лютого 2006 року "Про цінні папери та фондовий ринок" професійні учасники фондового ринку визначаються як юридичні особи, які на підставі ліцензії, виданої Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку (далі – НКЦПФР), провадять на фондовому ринку професійну діяльність, види якої визначені законами України.

До професійних учасників фондового ринку належать: торговці цінними паперами (у тому числі банки), компанії з управління активами, реєстратори, депозитарії (у тому числі, клірингові депозитарії), зберігачі та фондові біржі.

Така значна кількість професійних учасників фондового ринку обумовлює необхідність їх класифікації, проте в літературі наукові розробки класифікації професійних учасників фондового ринку майже відсутні. Практична ж потреба у здійсненні такої класифікації значна, оскільки суттєво полегшує процес дослідження правового становища професійних учасників фондового ринку при розгляді їх за групами.

На нашу думку, професійних учасників фондового ринку можна класифікувати за декількома критеріями:

І. За характером професійної діяльності, яку здійснюють професійні учасники фондового ринку, пропонуємо їх поділити на:

1) фінансових посередників на фондовому ринку (торговці цінними паперами (у тому числі банки) та компанії з управління активами;

2) прямих учасників Національної депозитарної системи (реєстратори, депозитарії (у тому числі клірингові депозитарії) та зберігачі);

3) організаторів торгівлі – фондові біржі.

Перша група професійних учасників фондового ринку називається "фінансові посередники на фондовому ринку". Слід зазначити, що вітчизняна література і законодавство не містять вичерпного визначення поняття "фінансовий посередник". Вперше воно з'явилося у Постанові Кабінету Міністрів України від 30 січня 1996 року "Про заходи щодо розвитку фондового ринку та вдосконалення його державного регулювання" [19]. А.В.Калина та А.А. Кощєєв під фінансовим посередником розуміють господарюючого суб'єкта, який перерозподіляє фінансові ресурси шляхом здійснення операцій з цінними паперами [2, с. 168]. На думку В.В. Корнєєва, фінансові посередники – це спеціалізовані професійні оператори ринку, інвестиційно-кредитні установи, що перерозподіляють ресурси між постачальниками та споживачами фінансового капіталу, між інвесторами/кредиторами та реципієнтами коштів на основі дії принципу зв'язку в динаміці руху активів [5, с. 37]. Деякі автори використовують поняття "посередники" [4, с. 107; 7, с. 177], оскільки в Постанові Верховної Ради України від 22 вересня 1995 року "Про Концепцію функціонування та розвитку фондового ринку України" [18] серед учасників фондового ринку виділяються посере-

© Попова А., 2012

дники – юридичні особи, діяльність яких тісно пов'язана з наданням професійних послуг щодо опосередкування діяльності на фондовому ринку емітентів та інвесторів.

В.М. Петров у своїй праці визначає посередника як юридичну або фізичну особу, яка знаходиться між іншими контрагентами комерційного процесу і виконує функції їх зведення між собою для обміну товарами, послугами та інформацією [8, с. 127]. Отже, назва групи "фінансові посередники на фондовому ринку" зумовлена характером діяльності, що здійснюють професійні учасники фондового ринку, які входять до складу цієї групи. Вони перерозподіляють ресурси між постачальниками і споживачами фінансових послуг, а додавання словосполучення "фондовий ринок" зумовлено місцем здійснення професійної діяльності. Закон України від 12 липня 2001 року "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг" [14] вводить поняття фінансової установи, яка по суті і є фінансовим посередником. Тому ми використовуємо саме поняття "фінансові посередники", оскільки згідно з ч. 6 ст. 1 Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг" до ринків фінансових послуг належать професійні послуги на ринках операцій з цінними паперами. Такі послуги в нашому випадку надають торговці цінними паперами (в т. ч. банки) та компанії з управління активами.

Друга група професійних учасників фондового ринку отримала назву "прямі учасники Національної депозитарної системи", оскільки вони складають структуру Національної депозитарної системи і є її прямими учасниками згідно з ст. 1 Закону України від 10 грудня 1997 року "Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні" [12]. Ці професійні учасники фондового ринку складають інфраструктуру ринку цінних паперів – це "сукупність технологій, що використовуються на ринку для укладання та виконання угод, матеріалізована в різних технічних засобах, інститутах (організаціях), нормах і правилах" [10, с. 555]. Такими інфраструктурними інститутами, які обслуговують інтереси учасників фондового ринку, є депозитарії (у тому числі клірингові депозитарії), реєстратори та зберігачі. Закон також виділяє опосередкованих учасників, зокрема: організаторів торгівлі цінними паперами, банки, торговців цінними паперами та емітентів, але вони відповідно до запропонованої вище класифікації входять до складу інших груп.

Третя група має назву "організатор торгівлі", бо фондова біржа здійснює такий вид професійної діяльності на фондовому ринку як діяльність з організації торгівлі на фондовому ринку. Організатор торгівлі виділяється як професійний учасник фондового ринку відповідно до Закону України "Про цінні папери та фондовий ринок".

На нашу думку, було б доцільним в Законі України "Про цінні папери та фондовий ринок" закріпити визначення поняття організатора торгівлі на фондовому ринку як професійного учасника, виключним видом діяльності якого є створення організаційних, технологічних, інформаційних, правових та інших умов та надання послуг, що безпосередньо сприяють укладенню угод на біржовому ринку цінних паперів в Україні.

ІІ. За можливістю поєднувати свою професійну діяльність з іншими видами господарської діяльності професійних учасників фондового ринку пропонуємо поділити на:

1) професійних учасників фондового ринку, які можуть здійснювати виключно свій вид професійної діяльності – всі професійні учасники фондового ринку не можуть здійснювати будь-який інший вид господарської діяльності, крім професійної діяльності на ринку цінних паперів.

2) професійних учасників фондового ринку, які можуть поєднувати кілька видів професійної діяльності на ринку цінних паперів:

а) торговці цінними паперами (крім банків) – це професійний учасник фондового ринку, для якого операції з цінними паперами становлять виключний вид їх діяльності (ч. 1 ст. 17 ЗпЦП), але торговець цінними паперами може отримати ліцензію на здійснення депозитарної діяльності зберігача цінних паперів (ч. 3 ст. 26 ЗпЦП);

б) для компаній з управління активами діяльність з управління активами інституційних інвесторів становить виключний вид професійної діяльності на фондовому ринку і не може поєднуватись з іншими видами професійної діяльності, крім випадків ведення нею реєстру власників іменних цінних паперів ІСІ, передбачених законом (ч. 5 ст. 26 ЗпЦП);

в) депозитарій – юридична особа, яка провадить виключно депозитарну діяльність та може здійснювати розрахунково-клірингову діяльність за угодами щодо цінних паперів (клірингový депозитарій) [12, абз. 7 ст. 1];

г) банки – юридична особа, яка може здійснювати діяльність з торгівлі цінними паперами (дилерську діяльність, брокерську діяльність, діяльність з управління цінними паперами, андеррайтинг), депозитарну діяльність зберігача цінних паперів, діяльність з ведення реєстрів власників іменних цінних паперів (крім діяльності з ведення власного реєстру власників цінних паперів [20, пункт 1.1. глави 1].

ІІІ. Залежно від мети одержання прибутку від здійснення професійної діяльності професійних учасників фондового ринку можна поділити на:

1) професійних учасників РЦП, які здійснюють діяльність з метою одержання прибутку – торговці цінними паперами, компанії з управління активами, професійні адміністратори недержавних пенсійних фондів, реєстратори, депозитарії та зберігачі;

2) професійних учасників РЦП, які здійснюють діяльність без мети одержання прибутку – фондові біржі [ЗпЦП, ч. 1 ст. 21].

Таким чином, фінансові посередники складають одну з найбільших груп професійних учасників фондового ринку, до складу якої входять торговці цінними паперами та компанії з управління активами.

Торговець цінними паперами як професійний учасник фондового ринку – це суб'єкт господарювання – юридична особа, яка створюється у встановленому законом порядку у формі господарських товариств, здійснює діяльність з торгівлі цінними паперами на підставі ліцензії НКЦПФР і володіє спеціальною господарською правосуб'єктністю.

Діяльність з торгівлі цінними паперами – це вид професійної діяльності на фондовому ринку, що здійснюється торговцями цінними паперами (ст. 17 ЗпЦП), і включає брокерську діяльність, дилерську діяльність, андеррайтинг та діяльність з управління цінними паперами.

Компанії з управління активами здійснюють діяльність з управління активами інституційних інвесторів за винагороду від свого імені або на підставі відповідного договору про управління активами інституційних інвесторів (ст. 18 ЗпЦП).

Як правило, інвестори з точки зору їх статусу поділяються на два види:

1. *індивідуальних інвесторів* – фізичні особи, а також юридичні особи, для яких інвестиційна діяльність не є єдиним або одним із основних видів діяльності;

2. *інституційних інвесторів,* які здійснюють діяльність по залученню коштів індивідуальних інвесторів, які потім вкладаються у цінні папери інших емітентів.

Інституційними інвесторами є інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди), інвестиційні фонди, взаємні фонди інвестиційних компаній, недержавні пенсійні фонди, фонди банківського управління, страхові компанії, інші фінансові установи, які здійснюють операції з фінансовими активами в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, – також за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів (ч. 2 ст. 2 ЗпЦП).

На сьогоднішній день активність інституційних інвесторів перебуває на достатньо високому рівні, зростає кількість інвестиційних фондів, недержавних пенсійних фондів, страхових компаній та інших установ, що акумулюють особисті заощадження громадян.

Як зазначалося вище, діяльність з управління активами інституційних інвесторів складається, зокрема, з:

1) діяльності з управління активами інститутів спільного інвестування (далі – ІСІ), що здійснює компанія з управління активами [13, ч. 1 ст. 29];

2) діяльності з управління активами пенсійних фондів – професійна діяльність, що розуміється у значенні, визначеному Законом України "Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні" та пов'язана з управлінням пенсійними активами Накопичувального фонду з метою збереження їх вартості та отримання інвестиційного доходу на користь застрахованих осіб [15, ч. 24 ст. 1], яку можуть здійснювати:

а) компанія з управління активами – щодо активів пенсійних фондів [16, ч. 1 ст. 34], щодо пенсійних активів Накопичувального фонду [15, ч. 3 ст. 78];

б) професійний адміністратор недержавних пенсійних фондів – щодо активів пенсійних фондів, адміністратором яких він є [16, ч. 1 ст. 34];

в) банк – щодо активів створеного ним корпоративного пенсійного фонду [16, ч. 1 ст. 34].

Коріння такого явища як спільне інвестування знаходиться ще в середньовіччі, в часи хрестових походів. Перші інститути спільного інвестування, які виникли на території Європи, пов'язані з тим, що більшість населення ходило визволяти труну Господню, залишаючи своє майно в рідному краї. Тому виникла необхідність, щоб хто-небудь доглядав це майно та управляв ним. Таким чином, першими управлінцями, прообразами сучасних компаній з управління активами, були середньовічні монахи. Перший приклад спільного інвестування на території України – гроші Великого козацького коша. Більша частина трофеїв, здобутих під час військових дій, складалася разом, які потім використовувалися для задоволення суспільних потреб: закупівля продовольчих товарів, зброї, одягу тощо [1, с. 35].

В Україні до 2001 року серед фінансових посередників, основною функцією яких є диверсифікація інвестицій та управління портфелями інвестицій, виділяли інвестиційні фонди та взаємні фонди інвестиційних компаній, довірчі товариства [6, с. 225]. Відповідно до чинного законодавства з 2001 року з'являються нові структури під загальною назвою інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди), особливістю яких є те, що вони орієнтовані на залучення грошових коштів [3, с. 51].

Управління активами інститутів спільного інвестування (далі – ІСІ) здійснює компанія з управління активами. Чинне законодавство України містить декілька визначень компанії з управління активами. Так, згідно з ч. 12 ст. 3 Закону України від 15 березня 2001 року "Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)" компанія з управління активами визначається як господарське товариство, яке здійснює професійну діяльність з управління активами інституційних інвесторів на підставі ліцензії, що видається НКЦПФР. Відповідно до ч. 6 ст. 1 Закону України від 9 липня 2003 року "Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування" [15] компанія з управління активами – юридична особа, яка здійснює управління активами на підставі ліцензії на провадження професійної діяльності на фондовому ринку (діяльності з управління активами інституційних інвесторів) та обирається за результатами конкурсу. Останнє визначення компанії з управління активами відрізняється від попереднього лише посиланням на особливості обрання юридичної особи, що має намір здійснювати діяльність з управління активами інституційних інвесторів.

Довгий час (до липня 2011 року, тоді як компанії з управління активами почали існувати з 2001 року) наведені визначення характеризували компанію з управління активами односторонньо: як юридичну особу, що здійснює управління активами ІСІ або управління активами пенсійних фондів. На той час лише у Законі України "Про недержавне пенсійне забезпечення" був відсутній цей недолік, оскільки згідно з ч. 12 ст. 1 якого компанія з управління активами є юридичною особою, яка провадить професійну діяльність з управління активами на підставі відповідної ліцензії на провадження такої діяльності. Така недосконаліть законодавчих визначень компанії з упавління активами нами критикувалась [9, с. 36-37], оскільки закріплювали її право здійснювати лише один з видів професійної діяльності з управління активами, тоді як компанія з управління активами відповідно до чинного законодавства здійснює діяльність з управління активами інституційних інвесторів (діяльність з управління активами), а саме: управління активами ІСІ, інвестиційних фондів, взаємних фондів інвестиційних компаній, недержавних пенсійних фондів, фондів банківського управління, страхових компаній та інших фінансових установ. Але і ці визначення є неповними, оскільки закріплюють не всі основні ознаки компанії з управління активами як професійного учасника фондового ринку.

З огляду на це, пропонуємо визначати компанію з управління активами як суб'єкта господарювання – юридичну особу, яка створюється у встановленому законом порядку у формі господарського товариства, здійснює діяльність з управління активами інституційних інвесторів, визначених Законом України "Про цінні папери та фондовий ринок" на підставі ліцензії НКЦПФР і володіє спеціальною господарською правосуб'єктністю.

Отже, фінансові посередники на фондовому ринку, що складають окрему групу професійних учасників ринку цінних паперів, є учасниками господарських відносин (торговці цінними паперами і компанії з управління активами), здійснюють такі види господарської діяльності як професійна діяльність з торгівлі цінними паперами та діяльність з управління активами інституційних інвесторів з метою одержання прибутку, реалізуючи при цьому господарську компетенцію (сукупність господарських прав та обов'язків, закріплених у відповідних нормативно-правових актах, що регулюють певний вид професійної діяльності), мають відокремлене майно і несуть відповідальність за своїми зобов'язаннями в межах цього майна, крім випадків, передбачених законодавством. Особливості ліцензування діяльності фінансових посередників на фондовому ринку, їх права та обов'язки будуть предметом подальших досліджень.

1. Иванов Е. Большая красивая игра // Финансовые услуги. – 2003. – №2. – С. 35-37. 2. Калина А.В., Корнеев В.В., Кощеев А.А. Рынок ценных бумаг (теория и практика): Учебное пособие. – К.: МАУП, 1997. –

216 с. 3. Ковтюх В. Класифікація ІСІ в Україні та законодавчі вимоги до організації їх діяльності // Ринок цінних паперів України. – 2002. – №7-8. – С. 51-56. 4. Колесник В.В. Введение в рынок ценных бумаг. – К.: А.Л.Д., 1995. – 176 с. 5. Корнєєв В.В. Фінансові посередники: інституційна роль та інструментарій // Фінанси України. – 2000. – №2. – С. 37-40. 6. Кравченко Ю.Я. Рынок ценных бумаг: Курс лекций. – К.: ВИРА – Р, 2002. – 368 с. 7. Павлов В.І., Кривов'язюк І.В. Ринок цінних паперів: Курс лекцій. – Луцьк: Надсир'я, 1998. – 342 с. 8. Петров В.М. Основи комерційної діяльності: Навчальний посібник / Харк. держ. аграр. ун-т ім. В.В. Докучаєва. – Харків, 2002. – 200 с. 9. Попова А.В. Правове становище професійних учасників ринку цінних паперів в Україні / Дис... канд. юрид. наук. – К., 2006. – 219 с. 10. Приватизація, інвестиції та фондовий ринок: правові засади та практика. – У 4-х т. / За заг. ред. С.О. Довгого та В.М. Литвина. – Т. 4: Цінні папери та фондовий ринок. – К.: Укртелеком, 2001. – 728 с. 11. Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні: Закон України від 30 жовтня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 51. – Ст. 292. 12. Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні: Закон України від 10 грудня 1997 року // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 15. – Ст. 67. 13. Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди): Закон України від 15 березня 2001 року // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – №21. – Ст. 103. 14. Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг: Закон України від 12 липня 2001 року // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – №1. – Ст. 1. 15. Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування: Закон України від 9 липня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №49-51. – Ст. 376. 16. Про недержавне пенсійне забезпечення: Закон України від 9 липня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №47-48. – Ст. 372. 17. Про цінні папери та фондовий ринок: Закон України від 23 лютого 2006 року // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – №31. – ст. 268. 18. Про Концепцію функціонування та розвитку фондового ринку України: Постанова Верховної Ради України від 22 вересня 1995 року №342 // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – №33. – Ст. 257. 19. Про заходи щодо розвитку фондового ринку та вдосконалення його державного регулювання: Постанова Кабінету Міністрів України від 30 січня 1996 року №140 // Урядовий кур'єр. – 1996. – №2. – С. 25. 20. Про затвердження Положення щодо організації діяльності банків та їх відокремлених підрозділів при здійсненні ними професійної діяльності на фондовому ринку: Рішення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 16 березня 2006 року №160 // Офіційний вісник України. – 2006. – №15. – С. 314.

Надійшла до редколегії 30.01.12

УДК 347.961

Н. Горбань, здобувач

РЕАЛІЗАЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА У НОТАРІАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

У статті розглянуто особливість реалізації конституційного принципу верховенства права у нотаріальному процесі.

Ключові слова: верховенство права, принцип верховенства права, нотаріальний процес.

В статье рассмотрены особенности реализации конституционного принципа верховенства права в нотариальном процессе.

Ключевые слова: верховенство права, принцип верховенства права, нотариальный процесс.

The article deals with the peculiarities of the constitutional principle of the rule of law in the notarial process.

Keywords: rule of law, the rule of law, notarial process.

Конституційний принцип верховенства права є фундаментальним для всієї правової системи України.

Останнім часом термін "верховенство права" застосовується у багатьох нормативних актах, кодексах, законах. У науковій, навчально-методичній літературі, в різноманітних публікаціях серед авторів намічається тенденція не лише з'ясувати зміст поняття "верховенство права", а й заслуговують на увагу спроби проаналізувати реалізацію принципу верховенства права в різних галузях та їх окремих інститутах, адже сам факт констатації, без наявності чіткої змістовної визначеності, розуміння принципу верховенства права, не дає підстав стверджувати про його безумовну дію в правовому просторі України. Тому не випадково на дослідженні принципу верховенства права в правовій науці зосереджена увага як фахівців теорії права, так і науковців різних його галузей. Серед них заслуговують на увагу праці В.Б. Авер'янова, С.П. Головатого, Н.Л. Добрянської, А.П. Зайця, В.О. Зайчука, В.М. Кампо, М.І. Козюбри, А.М. Колодія, В.В. Копєйчикова, Д.М. Лукянця, А.А. Мелешевич, В.Ф. Погорілка, П.М. Рабіновича, А.О. Селіванова, В.Ф. Сіренка, Б. Таманаги, Ю.М. Тодики, С.Я. Фурси, В.М. Шаповала, С.В. Шевчука, Ю.С. Шемшученка, О.Х. Юлдашева.

У суспільстві, в якому декларується верховенство права, повинні бути створені відповідні юридичні гарантії не тільки належного забезпечення прав і свобод тих чи інших суб'єктів права, а і гарантії їх охорони і захисту. Така послідовність наведена не випадково, оскільки як в правовій державі кожна особа має безперешкодно володіти, користуватися, розпоряджатися всіма наданими їй державою правами у повному об'ємі, чітко усвідомлюючи, що державою створені правові механізми, відповідні компетентні органи, за допомогою яких кожен може розраховувати на реалізацію, охорону і захист своїх прав.

Дія принципу верховенства права тісно пов'язується із діяльністю органів судової влади як однієї із гілок державної влади, на яку згідно зі статтями 55,124 Конституції України [1] покладений обов'язок захищати права і свободи людини і громадянина та здійснювати правосуддя у державі. Звернення до суду за захистом порушених прав та інтересів повинне застосовуватись як винятковий захід, коли особа вичерпала усі позасудові способи охорони та захисту своїх прав та інтересів.

На думку автора, необхідно усвідомити, належно оцінити та підвищити значимість нотаріату як органу, який виконує правоохоронну функцію та належить до правоохоронних органів держави, хоча на законодавчому рівні така констатація відсутня. З огляду на це, можна стверджувати, що роль нотаріату не може зводитися лише до "превентивного правосуддя" [2, с.41]. Вона є значно ширшою, оскільки нотаріус, вчиняючи нотаріальну дію щодо осіб, які звернулись до нього, не тільки повинен попередити виникнення можливих правопорушень у майбутньому, надаючи нотаріальним документам безспірного характеру [3, с. 42], але і повинен припиняти такі правопорушення на момент звернення особи до нього, зокрема, шляхом відмови у вчиненні нотаріальної дії (стаття 49 Закону України "Про нотаріат" – надалі Закону) чи негайним зверненням до правоохоронних органів (стаття 51 Закону) для вжиття необхідних заходів. Але основне у такій діяльності, щоб нотаріус сам не порушував закон [4]. Отже, дотримуючись нотаріальної процедури, нотаріус виконує попереджувальну функцію шляхом охорони безспірних прав і інтересів фізичних та юридичних осіб на стадії їх реалізації. Тому роль і значення нотаріальної функції, як провоохоронної, мала б бути більш значимою та застосованою до більш ширшого кола правовідносин.

Гарантований державою порядок фіксації безспірних прав та фактів з метою надання їм, згідно зі стат-

© Горбань Н., 2012

тею 1 Закону України "Про нотаріат" [5], юридичної вірогідності, можна розглядати як один із практичних процесуальних механізмів реалізації принципу верховенства права, оскільки через правозастосування, у процесі позасудового захисту прав та інтересів людини, яким є нотаріат, стає зрозумілим величезний потенціал цього принципу для забезпечення законності нотаріальних актів та правових наслідків, які настають для учасників процесу після їх оформлення. З огляду на вищезазначене вважаю, що дослідженню реалізації конституційного принципу верховенства права у нотаріальному процесі необхідно приділяти поглиблену увагу, оскільки нотаріальний процес знаходиться на стадії реформування та удосконалення його законодавчої регламентації.

В силу того, що приписи процесуальних норм виступають завжди як категоричне веління щодо суб'єктів, які уповноважені організовувати правозастосовний процес, то і безпосередня дія принципу верховенства права у нотаріальному процесі покладає обов'язок на цих суб'єктів суворо дотримуватись правових норм з метою захисту прав, свобод та законних інтересів людини і громадянина, прав та законних інтересів юридичних осіб, інтересів держави.

Зміни в умовах суспільного життя скориговують вимоги до законів, які іноді не відповідають потребам сьогодення. За таких умов значення права, як ширшої категорії порівняно із законами, зростає, а тому і необхідністю та доцільністю є застосування принципів права, які у юридичній формі відображають керівні ідеї відповідної галузі або права в цілому та становлять собою загальні засади механізму правового регулювання. Принцип верховенства права забезпечується зусиллями юридично досвідченого, високопрофесійного законодавця, який у своїй правотворчій діяльності максимально намагається відобразити і "трансформувати" потреби суспільства, зокрема за допомогою правових норм, що регулюють суспільні відносини, в системність нормативних актів, а отже, в системність самого права [6, с. 418-426].

Джудіт Шкляр пише: " Дотримання букви закону – це передусім принцип практичної діяльності представників правничої професії… Тенденції вважати закон таким, що існує як окрема сутність, чітко відмінна від моралі й політики, має дуже глибокі корені у поглядах професійних правників на свої функції; вона формує саму основу більшості наших правничих інституцій і процедур" [7, с. 8-9].

Для нотаріального процесу конституційні принципи відіграють надзвичайно важливу роль, оскільки на їх основі формуються галузеві принципи нотаріального процесу, які узагальнюють базові тенденції генези правових норм у сфері безспірної юрисдикції.

Стаття 1 Конституції України проголошує, що Україна є правовою державою, яка основним своїм обов'язком визнає гарантування прав і свобод людини. Конституційне закріплення принципу верховенства права (стаття 8) є свідченням того, що його піднесено на рівень державної ідеології. Крім того визнання і дія принципу верховенства права, як зазначається у Рішенні Конституційного Суду України від 10 червня 2010 року №15-рп/2010 [8], є однією із засад правової системи України. Така подвійна констатація в Основному Законі держави значимої ролі права не міститься у Конституції жодної країни світу.

У процесуальному законодавстві сутність принципу "верховенство права" визначена у статті 8 Кодексу адміністративного судочинства України [9].

Офіційне тлумачення поняття "верховенство права" міститься у Рішенні Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ст. 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 2 листопада 2004 року (№ 15-рп/2004) [10]. Аналізуючи дане визначення, М.І. Козюбра виділив:

по-перше верховенство права означає панування права у суспільстві;

по-друге закріплення принципу верховенства права у Конституції України вимагає від держави його втілення у правотворчу діяльність і у правозастосування;

по-третє принцип верховенства права в жодному разі не зводиться до верховенства закону, оскільки в основу названого принципу покладена ідея розрізнення, відокремлення права і закону [11].

Виділене є ключем для розуміння змісту принципу верховенства права та особливостей його реалізації у нотаріальному процесі.

Нотаріальний процес, що складається із сукупності дій суб'єктів та правовідносин між ними, які зумовлені вчиненням нотаріальних проваджень та врегульовуються нотаріальною процедурою, має узгоджуватися із конституційними принципами. Врахувавши цінність позиції С.Я. Фурси щодо принципів нотаріату, можна зробити висновок, що зміст будь-якого принципу нотаріального процесу можливо дослідити лише через комплексний аналіз правових норм та зміст інших властивих йому принципів. "Так, принцип диспозитивності не може бути реалізований самостійно, бо він тісно пов'язаний з принципом сприяння громадянам, установам, підприємствам і організаціям у здійсненні їх прав і охоронюваних законом інтересів, а також безпосередньо залежить від принципів законності та обґрунтованості нотаріальних актів" [12, с. 105].

Як ідеал, на думку багатьох вчених, розглядається проголошення дії принципу верховенства права в Україні, так і дія цього принципу в нотаріаті має сприяти створенню такого нотаріального процесу, який би ідеально відповідав сьогоденним вимогам суспільства. Нотаріальний процес можна розглядати як один із процесуальних механізмів забезпечення верховенства права. Проте українське законодавство пішло по іншому шляху. Так, статтею 16 Цивільного кодексу України передбачені лише способи захисту цивільних справ судом. Більше того, ідеологія цивільного законодавства виходить із того, що право особи на захист виникає лише у разі його порушення, невизнання або оспорювання (ст. 15 Цивільного кодексу України) [13]. Але на нотаріат, за загальним правилом, державою покладено виконання правоохоронної функції. Як виняток, нотаріус здійснює захист цивільних прав шляхом вчинення виконавчого напису на боргових документах у випадках і в порядку, встановленому законом (стаття 18 Цивільного кодексу України). Саме правозахисна функція є складовою правоохоронної, тому доцільно встановити правоохоронні функції різних державних органів та уповноважених державою суб'єктів. Очевидно, перед встановленням правозахисних повноважень доцільно закріпити правоохоронні функції і лише потім акцентувати увагу на правозахисних. Слідує висновок, звуження способів захисту прав прямо суперечить статтям 3, 55, 59 Конституції України, в силу яких громадянам має гарантуватися державна охорона та захист прав і свобод, у тому числі шляхом надання кваліфікованої правової допомоги (зокрема, нотаріусом), а судовий захист порушених чи оспорюваних прав має розглядатися лише як одна із форм державного захисту. Тобто Конституція України закріплює обов'язок держави забезпечити пра-

во громадян на усунення порушень їх прав. Тому у Цивільному кодексі України повинна мати місце норма не лише про способи захисту цивільним прав судом, а й про охорону безспірних цивільних прав нотаріусом шляхом посвідчення безспірних прав та фактів, що мають юридичне значення, з метою надання їм юридичної вірогідності (достовірності).

У зв'язку з цим вважаю доцільним змінити назву та редакцію статті 18 Цивільного кодексу України та викласти її у редакції:

"Стаття 18. "Охорона та захист прав та інтересів нотаріусом"

1. Охорона безспірних цивільних прав нотаріусом здійснюється шляхом посвідчення дійсного волевиявлення безспірних прав та фактів, що мають юридичне значення, з метою надання їм юридичної вірогідності (достовірності).

2. Нотаріус здійснює захист цивільних прав шляхом вчинення виконавчого напису на борговому документі у випадках і в порядку, встановлених законом".

Висновок: при реалізації конституційних гарантій саме нотаріат повинен стати гарантованим способом охорони прав та винятковим способом захисту порушених безспірних прав фізичних та юридичних осіб, у випадках, встановлених законом.

Нотаріальні органи виконують правозастосовну, праворегулюючу та правоохоронну функцію, здійснюють свою діяльність в рамках компетенції, якою наділила їх держава, на її користь та на користь суспільства в цілому, гарантуючи при цьому і створюючи умови для реалізації прав і законних інтересів будь-якого суб'єкта правовідносин.

Вчиняючи нотаріальні, дії нотаріус застосовує вищезазначені норми матеріального права та наділяється повноваженнями не тільки надати правовідносинам визначеної законом форми або констатувати відсутність суперечностей їх із законом, але й за можливості, визначити права та обов'язки суб'єктів правовідносин на кожному можливому етапі їх здійснення до повного виконання сторонами умов провадження (угоди) [12, с. 25]. У цьому проявляється правозастосовна функція нотаріату. Щодо правовідносин у нотаріальному процесі, то вони мають бути врегульовані законами чи іншими нормативно-правовим актами, щоб в жодному разі не порушувати основні права і свободи особи. Нотаріусам доводиться не тільки збалансовувати інтереси клієнтів, знаходячи оптимальне законне рішення для вирішення їх проблеми, але й маневрувати між інтересами третіх осіб, які часто беруть участь у підготовці та створенні самої угоди (це спеціалісти з нерухомості, експерти тощо), які доволі часто намагаються "сподвигнути" нотаріуса на відхилення від закону з метою задоволення власних вимог. Дія принципу верховенства права передбачає, що нотаріус одноосібно несе відповідальність за законність вчиненої ним нотаріальної дії. Тому давно існує пропозиція щодо надання нотаріусам більших повноважень з посвідчення більш розширеного переліку нотаріальних проваджень. Але нотаріуси, з одного боку, змушені діяти за наперед встановленими і затвердженими формами документів, а, з іншого, задоволені можливістю уникнути відповідальності за помилки, які можуть виникнути в результаті самостійної діяльності. Питання тут стоїть про їх кваліфікацію, формальні вимоги з боку контролюючих їх діяльність представників Мін'юсту тощо.

Відносно поширення статей 3, 8 Конституції України на нотаріальний процес, то теоретично це можливо і доцільно, але практичне відтворення принципу верховенства права в нотаріальній практиці раціонально запроваджувати з певними обмеженнями. На наш погляд, мають наділятися певними повноваженнями лише досвідчені нотаріуси, досвід роботи яких має узагальнюватися, ставати підставою для методологічного опрацювання і наступного нормативного закріплення. У зв'язку з цим можна пропагувати необхідність застосування принципу верховенства права в нотаріальному процесі, але з певними застереженнями, які пов'язані з сучасним станом у нотаріаті України, коли значна частина нотаріусів не здатна працювати без шаблонів документів. Таким чином, права громадян будуть поступово розширюватися без істотного ризику виникнення правопорушень. Саме це і можна назвати ефективним захистом конституційних прав і свобод громадян в правовій державі.

Щодо учасників нотаріальних правовідносин, то вони стають ними лише якщо є носіями відповідних прав та обов'язків і крім того на них покладається обов'язок добросовісно, не порушуючи права та інтереси інших заінтересованих осіб, користуватися та розпоряджатися тим, що надано їм за законом.

Отже, у статті 3 Конституції України планка прав людини настільки високо піднята, що можна припустити їх абсолютизацію. Наприклад, людина приходить до нотаріуса і вимагає посвідчити заповіт не відображаючи його в реєстрах, без відповідної оплати тощо. Зрозуміло, що в даному конкретному випадку нотаріус не вправі слідувати за вимогою заявника, а змушений буде дотримуватися встановленої процедури. З цього положення можна зробити висновок, що принцип верховенства права включає принцип законності. А принцип законності у власному розумінні цього поняття означає визначальну, провідну роль закону у правовій системі, зокрема в системі джерел права.

Нотаріальному процесу властива правотворча діяльність, яка зумовлена реалізацією норм різних галузей права, узгоджена дія яких перевіряється у нотаріальному процесі разом з нотаріальною процедурою, що породжує необхідність швидкого і обґрунтованого внесення змін, якщо виникають суперечності і конфлікти у нотаріальних правовідносинах.

При здійсненні нотаріального процесу нотаріусу надається право непримусово визначати межі дозволеної поведінки в тих безспірних правовідносинах, що врегульовані законом, а також, випрацьовувати декілька альтернативних варіантів правової поведінки, які не мають прямої заборони в законі і не порушують прав інших суб'єктів, а крім того, коли навіть такі правовідносини не мають аналогів. Нотаріус вправі аналізувати вимоги закону і робити висновки щодо можливості застосувати аналогію із законом для виконання покладених на нього правоохоронних функцій і реалізації волевиявлення сторін правочину. Тому сьогодні прийнято говорити й про аналогію закону і права. Це також доводить необхідність підняття рівня сприйняття прав людини над межами, які встановлені у законі. Ми не можемо засуджувати людину, яка опинилася у стані, коли оточуючі її близькі люди, знайомі та інші викликають недовіру або роздратування і вона бажає посвідчити заповіт на ім'я тварини. Це її право – розпорядитися нажитим нею особисто майном, але нотаріус не вправі цього робити не тому, що це заборонено законом. Прямої норми закону, яка б забороняла посвідчити заповіт на ім'я тварини не має, але тварина не може бути суб'єктом цивільних і, зокрема, спадкових правовідносин. Тому нотаріус має бути готовим запропонувати інші шляхи втілення волі такої особи, зокрема, шляхом по-

свідчення спадкового договору, заповідального відказу тощо, але не викривляючи волі такої особи.

Забороняючи одні дії, дозволяючи інші, заохочуючи треті, встановлюючи відповідальність за порушення своїх приписів, право таким шляхом вказує необхідні, суспільно корисні варіанти поведінки суб'єктів, обмежує чи розширює сферу їх особистих бажань і устремлінь, припиняє шкідливу діяльність. Будь-які відносини здобувають характер правовідносин в тому випадку, коли вони виникають на основі і відповідно до норм права і не суперечать волі держави [14, с. 509].

Але істотною перешкодою на шляху безпосереднього застосування зазначених положень може стати неоднозначне сприйняття поняття "право", яке має декілька значень. Однак, право не можна ототожнювати із законом, його окремою нормою тощо – це однозначно. Підтвердити дану тезу можна на підставі формального домінування положень Конституції над іншими законами, а останніх – над підзаконними актами і це не проста ієрархія нормативно-правових актів в дії.

З цього положення можна зробити висновок, що принцип верховенства права включає принцип законності. А принцип законності у власному розумінні цього поняття означає визначальну, провідну роль закону у правовій системі, зокрема в системі джерел права. Принцип верховенства права є відображенням доктринального рівня правової свідомості в законодавчих нормах, а також необхідною умовою їх ефективної реалізації, тобто саме верховенство права є необхідним виміром цивілізованого співвідношення між "духом" та "буквою" закону [15, с.12].

Традиційно законність вчені відносять до принципів права [16, с. 17-18; 2, с. 111-112]. Згідно наведеною вище класифікацією, законність є конституційним принципом. Свого часу Фурса С.Я. також відносила до принципів нотаріального процесу принцип законності [17, с. 70-72], проте нині її бачення дещо змінилося, виходячи з аналізу сутності, екзистенції, духу права та його співвідношення із законністю. Законність–це вимога суворого і точного дотримання та виконання усіх юридичних норм, усіх правових приписів усіма суб'єктами, тобто громадянами, їх об'єднаннями, посадовими особами, державними органами. Насамперед тих, які закріплені у законах. Поняття "законність" в буквальному юридичному значенні виражає загальнообов'язковість права як його провідну ознаку. Оскільки існує право, то існує й законність, сутність якої проявляється у необхідності суворого впровадження у життя норм права [18, с. 38, 46].

Розрізнення й відокремлення права і закону не означає протиставлення цих явищ, які належать до різних ієрархічних рівнів правової системи: право є вищим за закон. Забезпечення пріоритетності закону в ієрархії нормативних актів складає одну з важливих передумов реалізації верховенства права. Права людини є безпосередньо чинним правом і можуть застосовуватись "contra legem" (всупереч закону), якщо цей закон їм суперечить. Тому, практична реалізація принципу верховенства права буде більш дієвою за умови його сполучення з основними невідчужуваними (природними) правами людини, саме в яких матеріалізується ідея справедливості [19].

Але навіть сьогодні кожна людина вправі вимагати від нотаріуса вчинення нотаріальних проваджень, які не передбачені законодавством України, на підставі статті 3 Конституції України. У нотаріуса ж є право відмовити у вчиненні нотаріального провадження лише в тому випадку, коли вчинення такого нотаріального провадження суперечить вимогам законодавства, правам та інтересам інших осіб. Саме тому, на наш погляд, у статті 7 Закону України "Про нотаріат" визначено, що нотаріуси у своїй діяльності керуються законами України, постановами Верховної Ради України, указами і розпорядженнями Президента України, постановами і розпорядженнями Кабінету Міністрів України тощо, а не тільки їх застосовують.

1. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996 – № 30. – ст. 141. 2. Комаров В.В., Баранкова В.В. Нотаріат в Україні. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 320 с. 3. Там само. 4. Фурса С.Я. Теорія і практика правового забезпечення діяльності нотаріуса: кримінальний процес та криміналістика / Юриспруденція: Теорія і практика. – 2011. – № 2(76). – С. 34-44. 5. Про нотаріат. Закон України від 2 вересня 1993 р. // Відомості Верховної Ради України від 28.09.1993 – 1993 р., № 39, стаття 383. 6. Чашин Теория государства и права: Учеб. – М.: Дело и Сервис, 2008. – 688 с. 7. Shklar, Legalism, p. 8-9. 8. Рішення Конституційного Суду України від 10 червня 2010 р. №15-рп/2010 // Офіційний вісник України від 19.07.2010 – 2010 р., № 52, стор. 21, стаття 1745, код акту 51893/2010. 9. Кодекс адміністративного судочинства України від 06 липня 2005 р. №2747-IV // Офіційний вісник України від 26.08.2005 – 2005 р., № 32, стор. 11, стаття 1918, код акту 33303/2005. 10. Рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 // Офіційний вісник України від 26.11.2004 – 2004 р., № 45, стор. 41, стаття 2975, код акту 30642/2004. 11.http://www.uapp.net/netcat_files/460_21. pdf. 12.Фурса С. Я. Теоретичні основи нотаріального процесу в Україні: дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03 "Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право" / НАН України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2003. – 426 с. 13. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. №435-IV // Відомості Верховної Ради України від 03.10.2003 – 2003 р., № 40, стаття 356. 14.Теория государства и права. / Байтин М.И., Борисов В.В., Григорьев Ф.А. и др. – М.: Юристъ, 2001. – 771 с. 15. Принцип верховенства права: проблеми теорії та практики: Монографія / У двох книгах / За заг. ред. Ю.С. Шемшученка; [ред. кол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін.] / Книга перша: Верховенство права як принцип правової системи: проблеми теорії / Відп. ред. Н.М. Оніщенко. – К.: Видавництво "Юридична думка", 2008. – 344 с. 16. Радзієвська Л.К., Пасічник С.Г. Нотаріат в Україні: [Навч. посібник] / За відп. ред. Л.К. Радзієвської. – К.: Юрінком Інтер, 2000. – 528 с. 17. Фурса С.Я, Фурса Є.І. Нотаріат в Україні. Теорія і практика: Навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. – К.: А. С. К., 2001. – 976 с. 18. Алексеев С.С. Право. Азбука, теория, философия. Опыт комплексного исследования. – М.: Статут, 1999. – 709 с. 19. Правозастосування в судовому адміністративному процесі України: дис.. канд. юрид. наук: 12.00.07 [Електронний ресурс] / К. О. Клименко; Нац. ун-т держ. подат. служби України. – Ірпінь, 2008. – 175 с.

Надійшла до редколегії 30.01.12

УДК 342.2

А. Бучинська, здобувач

ПРИНЦИП СУБСИДІАРНОСТІ ЯК ПІДСТАВА ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ПОЛЬЩІ ТА УКРАЇНИ

У статті, на підставі порівняльного аналізу законодавства Польщі та України, досліджується принцип субсидіарності, відповідно до якого повинен відбуватись розподіл повноважень різних рівнів публічної влади у державі. Автор робить висновок про необхідність закріплення в Україні принципу субсидіарності на законодавчому рівні, для ефективного здійснення управління органами місцевого самоврядування.

Ключові слова: децентралізація державного управління, принцип субсидіарності, розподіл повноважень, публічні справи, рівні територіального самоврядування.

В статье, на основании сравнительного анализа законодательства Польши и Украины, исследуется принцип субсидиарности, согласно которому должен происходить распределение полномочий различных уровней публичной власти в государстве. Автор делает вывод о необходимости закрепления в Украине принципа субсидиарности на законодательном уровне, для эффективного осуществления управления органами местного самоуправления.

Ключевые слова: децентрализация государственного управления, принцип субсидиарности, распределение полномочий, публичные дела, уровне территориального самоуправления.

The article, based on comparative analysis of legislation in Poland and Ukraine, studied the principle of subsidiarity, whereby the distribution of powers should take place at different levels of public authority in the country. The author concludes the need for consolidation in Ukraine, the principle of subsidiarity at the legislative level for the effective performance of local authorities.

Keywords: decentralization of public administration, the principle of subsidiarity, the distribution of powers, public affairs, local government level.

Місцеве самоврядування є невід'ємною складовою кожної демократичної держави. Як зазначено в преамбулі Європейської хартії місцевого самоврядування, саме місцеве самоврядування є однією з головних підвалин будь-якого демократичного режиму. Більш того, одним з демократичних принципів, визнається право громадян на участь в управлінні державними справами. Таким чином, як виникає з преамбули, управління державними справами, найбільш безпосередньо може здійснюватися на місцевому рівні і саме існування органів місцевого самоврядування, наділених реальними повноваженнями, може забезпечити ефективне і близьке до громадянина управління. В Хартії не просто задекларовано право органів місцевого самоврядування управляти державними справами на місцевому рівні, але закріплений реальний механізм реалізації даного права. Зокрема, в ч. 2 і 3 ст. 4 Хартії встановлено, що органи місцевого самоврядування в межах закону мають повне право вільно вирішувати будь-яке питання, яке не вилучене із сфери їхньої компетенції і вирішення якого не доручене жодному іншому органу.

На думку, польського вченого Х. Іздебського в ч. 2 і 3 ст. 4 Хартії сформульовано принцип субсидіарності, хоча в даному фундаментальному документі, не вжито цієї назви. Відповідно до вищезазначеної норми, територіальні громади мають повне право, в межах закону, вільно вирішувати будь-яке питання, що не вилучене із сфери їхньої компетенції і вирішення якого не доручене жодному іншому органу влади. В цілому, відповідальність за публічні справи, в першу чергу, повинні нести органи влади, які мають найтісніший зв'язок з громадянами. Наділяючи тією чи іншою функцією інший орган, необхідно враховувати обсяг і характер завдання, а також вимоги досягнення ефективності та економії [1, 94-95].

Метою статті є дослідити нормативно-правову базу і доктринальні положення на предмет застосування принципу субсидіарності при діяльності органів місцевого самоврядування. Завданням є порівняти і проаналізувати застосування принципу субсидіарності при діяльності органів місцевого самоврядування Польщі і України, та з урахуванням польського досвіду, вказати на необхідність, закріпити принцип субсидіарності в законодавстві України.

З принципом субсидіарності як одного з головних принципів в діяльності органів місцевого самоврядування, нерозривно пов'язане поняття децентралізації державної влади. Місцеве самоврядування є нічим іншим, як проявом реалізації принципу децентралізації державної влади на рівень територіальних спільнот та обраних ними у демократичний спосіб органів [2, 14]. В зв'язку з цим, принцип субсидіарності необхідно розглядати через призму децентралізації державного управління.

Водночас варто зазначити, що місцеве самоврядування, має характер територіальної децентралізації, коли повноваження по здійсненню функцій та завдань державної влади (державного управління) адресуються конституцією та/або законами чи іншими нормативно-правовими актами на рівень відповідних органів публічної влади, що створюються у відповідних територіальних утвореннях. Без такої децентралізації не може обійтися будь-яка держава. Це зумовлено тим, що центральні державні органи не можуть забезпечити здійснення завдань і функцій державного управління на всій території держави, оскільки хоч якою не була б досконалою організація влади в центрі, вона не буде ефективною, якщо не буде спиратися на таку ж досконалу організацію влади на місцях. [3, 22].

Варто підкреслити, що і в Україні, і в Польщі процес становлення місцевого самоврядування, розпочався практично одночасно. В Польщі територіальне самоврядування, після проведення реформи в два етапи, діє на всіх трьох рівнях адміністративно-територіального поділу (гміна, повіт, воєводство) держави. На першому етапі реформи, яку здійснено в 1990 році, місцеве самоврядування запроваджено на рівні гміни, яка була визнана основною (базовою) одиницею територіального самоврядування. На другому етапі реформування адміністративно-територіального устрою, який розпочато 1 січня 1999 р., крім гміни, яка є базовим (найнижчим) рівнем, територіальне самоврядування запроваджено на локальному рівні – повіт та регіональному рівні – воєводство. І тільки на рівні воєводства, яких до речі в Польщі всього 16 (замість 49), крім органів самоврядування, управління здійснюється воєводою, що представляє інтереси держави, і який призначається і звільняється Прем'єр-Міністром Республіки Польщі. Звідси, виникає, що саме територіальне самоврядування, головним чином в особі відповідних органів, покликане реалізовувати публічні справи.

В Україні місцеве самоврядування запроваджено тільки на найнижчому рівні адміністративно-територіального поділу держави, а саме на рівні сіл, селищ та міст. Так насправді, тільки з прийняттям Конституції України та профільного закону "Про місцеве

© Бучинська А., 2012

самоврядування в Україні" розпочався процес формування місцевого самоврядування в Україні. Відповідно до ч. 1 ст. 140 Конституції України, місцеве самоврядування є правом територіальної громади – жителів села чи добровільного об'єднання у сільську громаду жителів кількох сіл, селища та міста – самостійно вирішувати питання місцевого значення в межах Конституції і законів України. Таким чином, територіальне самоврядування в нашій державі, є власне місцевим, тому що діє тільки на найнижчому рівні адміністративно-територіального поділу держави, а саме на рівні сіл, селищ та міст. На рівні району та області діють тільки органи місцевого самоврядування, що представляють спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ та міст, натомість правовий статус територіальних громад на цих рівнях законодавчо не визначений, іншим словом, так насправді цих громад не існує. Виникає питання, які спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ та міст представляють районні і обласні ради, і яким чином реалізовуються рішення відповідних рад, якщо вони не мають сформованих власних виконавчих органів.

Залежно від того, на яких саме рівнях адміністративно-територіального поділу населення користується правом на самоврядування, унітарні держави класифікуються на: децентралізовані, відносно децентралізовані і централізовані [3, 23]. Якщо дотримуватись даного поділу, необхідно вказати на факт, що Польща є дійсно децентралізованою державою, тому що територіальне самоврядування реально функціонує на всіх рівнях адміністративно-територіального поділу, включаючи адміністративно-територіальні одиниці найвищого рівня, якими є воєводства. Натомість, Україна є відносно децентралізованою державою, в якій місцеве самоврядування функціонує лише на так званому первинному рівні адміністративно-територіального поділу, тобто на рівні громад.

Безперечно, подальший розвиток і реальне функціонування місцевого самоврядування в Україні, можливе тільки при здійсненні децентралізації державного управління на всіх рівнях адміністративно-територіального поділу держави, зокрема району і області. І тільки, в такий спосіб здійснена децентралізація, дасть змогу запровадити принцип субсидіарності. Як відомо, принцип субсидіарності закріплений в Європейській хартії місцевого самоврядування, яка без застережень була ратифікована і Польщею і Україною, в зв'язку з чим її норми стали частиною як польського так і українського національного законодавства.

Основна ідея принципу субсидіарності полягає в тому, що публічна влада повинна втручатися лише тією мірою і в тих межах, за яких суспільство та його групи, починаючи від індивідуумів до сім'ї, територіальних громад та інших значніших груп, не в змозі задовольнити свої різнобічні потреби. Вперше цей принцип отримав достатньо повне формулювання в енцикліці папи Пія XI, яку було опубліковано 1931 р. з нагоди 40-ї річниці Rerum novarum: "Не можна змінювати або порушувати цей найбільш важливий принцип соціальної філософії: повноваження, які вони здатні здійснювати з власної ініціативи і власними засобами, не повинні бути відібрані у людей та передані до громади, так, було б несправедливо і суттєво порушило б громадський порядок, якщо забрати у нижчого соціального утворення функції, які воно може здійснювати саме, і передати їх соціальному утворенню вищого порядку. Єдина мета будь-якого суспільного втручання полягає в тому, щоб допомогти членам суспільства, а не знищити або поглинути їх" [4, 480].

На підставі порівняльного аналізу, розглянемо, яким чином принцип субсидіарності закріплений в законодавстві Польщі та України.

Конституція Польщі в ст.ст. 15, 16, які містяться в І розділі під назвою "Республіка Польща" закріплює, що територіальний устрій держави забезпечує децентралізацію державної влади. Здійснення публічної влади покладено на територіальне самоврядування. Значна частина публічних справ, на підставі законів, здійснюється територіальним самоврядуванням від свого імені і під особисту відповідальність [5].

В польській науковій доктрині Х. Іздебський, здійснюючи аналіз ст.ст. 15 і 16 Конституції Польщі вказує, що основний (базовий) територіальний поділ здійснено саме для територіального самоврядування. В результаті, територіальне самоврядування являється підставою децентралізації державної влади. Це основний принцип, тому що в своїй суті має демократичний характер – означає передачу органам обраним локальними і регіональними громадами значної частини публічних справ [1, 19].

На думку, польських науковців, зокрема Х. Іздебського [1, 20], Є. Новацької [6, 40], Б. Дольніцького [7, 56], принцип субсидіарності також сформульовано в преамбулі Конституції Польщі. В ній зазначено, що принцип субсидіарності зміцнює повноваження громадян і їх громад. На думку, Х. Іздебського цей принцип становить основу для визначення сутності публічних справ, тому що на його підставі здійснюється поділ завдань між територіальним самоврядуванням і державою, потім здійснюється поділ завдань між різні щаблі самоврядування і державною владою, а також визначаються основні принципи реалізації публічних справ [1, 20]. Публічні завдання повинні здійснюватись на найнижчому з можливих рівнів публічної влади. Якщо може виконати їх гміна, то не потрібно залучати інший рівень територіального самоврядування. Держава може і повинна втручатись тільки тоді, коли органи територіального самоврядування найнижчого рівня не в змозі виконати завдання [1, 96].

Інша польська дослідниця Є. Новацька, в свою чергу, зазначає, що завдання держави повинні реалізовуватись територіальним самоврядуванням, яке діє в єдиній системі публічної влади. Держава здійснює тільки ті завдання, які не можуть бути виконані громадянами або їх організаціями. В позитивному аспекті, принцип субсидіарності означає, що завдання можуть виконуватись організаційними структурами нижчого рівня в порядку визначеному законом. Більш того, науковець вказує, що право на самоврядування – це конституційне право жителів самоврядної громади здійснювати державне управління, яке реалізується шляхом прийняття рішень на місцевому рівні безпосередньо або через обрані органи [6, 41].

Б. Дольніцький звертає увагу на те, що принцип субсидіарності відіграє провідну роль в адміністративному праві при визначенні регулятивної функції держави і допустимої сфери інгеренції державної влади відносно громадян [7, 56].

Конституційний принцип субсидіарності знайшов своє відображення також на законодавчому рівні. Відповідно до ч. 1 ст. 6 Закону Польщі "Про самоврядування гміни", до сфери діяльності гміни відносяться всі публічні справи місцевого значення, не віднесені до компетенції інших суб'єктів [8]. Як зазначає польський дослідник Б. Дольніцький, "... жителі гміни об'єднанні у самоврядну організацію самі повинні вирішувати свої справи" [7, 62].

Аналіз польської нормативно-правової бази і теоретичних положень, дає підставу стверджувати, що принцип субсидіарності знайшов реальне закріплення на законодавчому рівні і застосування в діяльності органів територіального самоврядування. Як бачимо, на польському досвіді, даний принцип може бути втілений тіль-

ки у випадку децентралізації державного управління на всіх рівнях адміністративно-територіального поділу держави. Саме, територіальне самоврядування, під яким слід розуміти територіальну громаду (колектив), покликане регламентувати і управляти значною частиною справ публічного характеру під свою відповідальність і в інтересах їх жителів. Зрозуміло, що територіальні громади, в більшій мірі, діють через обрані ними демократичним шляхом органи. Таким чином, саме органи територіального самоврядування, діючи на підставі принципу субсидіарності, управляють публічними справами. Необхідно звернути увагу на той факт, що законодавець надав гміні, яка є найнижчим рівнем адміністративно-територіального поділу і найближче до громадян, право вирішувати всі публічні справи, крім тих, які віднесені до сфери діяльності самоврядування на рівні повіту і воєводства. Досліджуючи принцип субсидіарності, можна зробити висновок, що територіальне самоврядування управляє і вирішує публічні (державні) справи, а не питання місцевого значення.

В аспекті питань, що розглядаються в даній статті, варто зауважити, що відповідно до ст. 132 Конституції України, територіальний устрій України ґрунтується на засадах єдності та цілісності державної території, поєднання централізації і децентралізації у здійсненні державної влади. Виникає питання, яким чином може поєднуватись централізація і децентралізація державної влади, якщо ці поняття є зовсім протилежними. На думку О. Фрицького, в ст. 6 Конституції йдеться про дійсне здійснення державної влади органами України, а ст. 7 Основного Закону лише визнає і гарантує існування місцевого самоврядування, що ставить владу і самоврядування у явно нерівне становище [9, 481].

В зв'язку з тим, що існуючі моделі державного управління та місцевого самоврядування в Україні, а також система їхніх відносин не завжди забезпечують інтереси самої держави та основні життєві потреби людини, було прийнято постанову Верховної Ради України "Про Рекомендації парламентських слухань "Децентралізація влади в Україні. Розширення прав місцевого самоврядування" від 15 грудня 2005 року. В постанові наголошується, що втілення конституційного принципу народовладдя, переживає глибоку системну кризу, основною ознакою якої є недостатня спроможність органів влади забезпечити адекватну участь народу в управлінні суспільно-політичними та соціально-економічними процесами в державі, а відтак врахувати інтереси абсолютної більшості людей і гарантувати їм гідний рівень життя. Також, зазначається, що діюча в Україні система організації влади на місцевому рівні потребує вдосконалення відповідно до загальноприйнятих європейських принципів, закладених у Європейській хартії місцевого самоврядування, зокрема принципу субсидіарності, який полягає у наділенні найближчих до людини ланок влади максимальними за даних умов повноваженнями [10]. Така постанова, ще раз доводить той факт, що в Україні має місце відносна децентралізація, а це означає не можливість реалізації принципу субсидіарності. Слід наголосити, що саме принцип субсидіарності визначається Хартією, як підстава функціонування територіального самоврядування і органів самоврядування, що здійснюють управління публічними (державними) справами.

Закон України "Про місцеве самоврядування в Україні" в ст. 4 визначає основні принципи місцевого самоврядування, серед яких*:* народовладдя; законність; гласність; колегіальність; поєднання місцевих і державних інтересів; виборність; правова, організаційна та матеріально-фінансова самостійність у межах повноважень, визначених законом; підзвітність та відповідальність перед територіальними громадами, їх органами та посадовими особами; державна підтримка та гарантії місцевого самоврядування; судовий захист прав місцевого самоврядування [11]. Як видно, з наведеного, ані в Конституції України, ані в законі "Про місцеве самоврядування" принцип субсидіарності не знайшов нормативного закріплення.

В Україні не проводилось фундаментальних досліджень з приводу застосування принципу субсидіарності в діяльності органів місцевого самоврядування. Взагалі, даному принципу приділяється мало уваги у вітчизняних наукових публікаціях. В більшій мірі, про принцип субсидіарності, згадується тільки при дослідженні положень Європейській хартії місцевого самоврядування.

Наприклад, Б. Калиновський досліджуючи конституційні принципи місцевого самоврядування в Україні, зазначає, що враховуючи загальноєвропейський вибір України, концептуальні основи місцевої політики доцільно запроваджувати на принципах, апробованих у країнах Євросоюзу, а саме: субсидіарності, децентралізації, повсюдності, регіоналізму, стратегічного планування, партнерства. Безумовно, застосовувати їх потрібно на українському, національному ґрунті, одночасно адаптуючи законодавство до європейських правових стандартів [12, 18]. В свою чергу, В. Куйбіда аналізуючи принципи і методи діяльності органів місцевого самоврядування, вказує на розмежування функцій, спираючись на принцип субсидіарності, між державними органами та органами місцевого самоврядування, який є необхідною умовою створення ефективної системи управління [13, 69].

Підсумовуючи сказане, слід наголосити, що запровадження принципу субсидіарності в Україні, можливе тільки при здійсненні повної децентралізації державної влади, шляхом запровадження реального механізму функціонування територіального самоврядування на рівні району і області. З цією метою необхідно: по-перше, визначити правовий статус територіальних громад району і області; по-друге, ліквідувати державні адміністрації, замість яких повинні діяти виконавчі органи призначені відповідними районними і обласними радами. З урахуванням, досвіду Польщі, варто передати управління і вирішення всіх публічних справ на користь місцевих громад.

1. H. Izdebski Samorząd terytorialny Podstawy ustroju i działalności. Wydanie III Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2004. – 272 s. 2. Борденюк В. Місцеве самоврядування в механізмі держави: конституційно-правовий аспект // Право України. – 2003. – № 4. – С 12–17. 3. Борденюк В. Децентралізація державної влади і місцеве самоврядування: поняття, суть та форми (види) // Право України. – 2005. – № 1. – С 21–25. 4. Кравченко В. В. Конституційне право України: Навчальний посібник. – Вид. 6-те, виправл. та доповн.- К.: Атіка, 2008. – 592 с. 5. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dn. 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997, Nr 78 poz. 483 ze źm.) 6. E.J. Nowacka Samorząd terytorialny jako forma decentralizacji administracji publicznej. Wydanie 1. LexisNexis, Warszawa 2010. – 160 s. 7. B. Dolnicki Samorząd terytorialny, 4 wydanie Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., Warszawa 2009. – 418 s. 8. Ustawa z dnia 8 marca 1990 samorządzie gminnym, (tekst jedn.: Dz.U. z 1996 r. Nr 13, poz. 74) 9. Фрицький О.Ф. Конституційне право України: Підручник. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – 2-е вид., перероб. та допов. – 510 с. 10. Постанова Верховної Ради України "Про Рекомендації парламентських слухань "Децентралізація влади в Україні. Розширення прав місцевого самоврядування" від 15 грудня 2005 року // http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3227-15 11. Закон України Про місцеве самоврядування в Україні від 21.05.97 р. (ВВР), 1997, N 24, ст.170 зі зм. 12. Конституційні принципи місцевого самоврядування в Україні: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 14.00.02 [Електронний ресурс] / Б.В. Калиновський; Київ. нац. ун-т ім. Т.Шевченка. – К., 2004. – 21 с. – укр. 13. Куйбіда В. С. Принципи і методи діяльності органів місцевого самоврядування: Монографія. – К.: МАУП, 2004. – 432 с.: іл. – Бібліогр.: с. 373-431/

Надійшла до редколегії 30.01.12

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 правоорозуміння 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. Тимощук, 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 XX 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, невирішеним 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.

© Міхровська М., 2012

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 вужчим.

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 складовою 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, очевидною 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, нажаль, 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 підтримаємо дану позицію, оскільки, на нашу думку, законом має бути визначений чіткий та вичерпний перелік адміністративних послуг, що можуть надаватись 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 перепоною 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 адміністрат-

ративного 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 послуг 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 надаватись 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 09.12.10 р. "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-VI// 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 упорядкування 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]. – Режим доступу: http://portal.rada.gov.ua/ 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'янов // 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" No. 6(12)/2003, [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ucipr.kiev.ua/ 17. Аналітичний звіт щодо корупційних ризиків у сферах надання адміністративних послуг та контрольно-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., Дерець В.А., Школик А.М. та ін..; За заг.ред. Авер'янова В.Б. – К.: Юстініан, 2007. – 288 с. 20. І.Коліушко. Пріорітети 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 30.01.12

УДК 346.9 : 347.952

О. Науменко, асист.

АДМІНІСТРАТИВНА КОНЦЕПЦІЯ ВИКОНАВЧОГО ПРОВАДЖЕННЯ: КРИТИЧНИЙ АНАЛІЗ

У статті проаналізовано основні аргументи прихильників віднесення виконавчого провадження до адміністративного (або адміністративно-процесуального) права та здійснено їх критичний аналіз.

Ключові слова: виконавче провадження, адміністративна теорія (концепція), адміністративне право, адміністративний процес, публічне управління, управлінський вплив, виконавче право.

В статье проанализированы основные аргументы сторонников отнесения исполнительного производства к административному (или административно-процессуальному) праву и осуществлен их критический анализ.

Ключевые слова: исполнительное производство, административная теория (концепция), административное право, административный процесс, публичное управление, управленческое влияние, исполнительное право.

The article addresses the main arguments used by proponents of attributing an enforcement procedure to administrative (or administrative procedural) law and provides for critical analysis of such arguments.

Key words: court enforcement proceeding, administrative theory (concept), administrative law, administrative process, public administration, managerial influence, executive law.

Наукова дискусія щодо місця норм, які регулюють виконавче провадження, в системі права почала зароджуватись ще у XIX ст. Так, Сєргєєвіч В. ще у 1883 р. писав, що "останнім моментом процесу виступає виконання вироку" (у значенні рішення – прим. автора) [29, с. 980], а Побєдоносцев П. у 1872 р. висловлював протилежну думку і вважав, що "постановивши рішення, суд не повинен вживати заходів до його виконання" [цитується за роботою: 12, с. 12]. Подібної позиції дотримувався і Вербловський В., що фактично послугувало теоретичною основою законодавства про незалежність судового пристава від суду [12, с. 12-13].

І до сьогоднішнього дня питання щодо місця виконавчого провадження в системі права України не вирішено, оскільки у науковій літературі немає єдиної позиції щодо нього. Думки науковців з даної проблеми розподілились на три основних напрямки, які умовно можна визначити як три основні концепції (теорії).

Прихильники першої з них відносять виконавче провадження до господарського та цивільного процесів (судова теорія). Представниками цієї концепції виступають Амельченко М.В., Гринько Ю.І., Заворотько П.П., Притика Д.М., Штефан М.Й. та інші.

Прихильники другої концепції називають виконавче провадження самостійною галуззю права (теорія самостійності). Найбільш яскравими її представниками є Білоусов Ю.В., Тертишніков В.І., Фурса С.Я., Шерстюк В.М., Юков М.К., Ярков В.В. та інші.

Третя група науковців (Гук Б.М., Крупнова Л.В., Теліпко В.Е., Щербак С.В. та ін.) відносить виконавче провадження до системи адміністративного або адміністративно-процесуального права [9, с. 58; 10, с. 2, 4, 5, 7, 8, 9; 17, с. 8, 16; 23, с. 72; 27, с. 1, 5, 8, 10, 15; 28, с. 74; 35, с. 20; 36, с. 119-120; 37, с. 33; 38, с. 4-5; 39, с. 2, 4, 6, 7, 12; 40, с. 79] (адміністративна теорія). Ця позиція до останнього часу була найбільш новою в сучасній українській правовій думці і була обумовлена прийняттям Законів України "Про виконавче провадження" від 21.04.1999 р. № 606-XIV [4] (далі – ЗУ "Про виконавче провадження") та "Про державну виконавчу службу" від 24.03.1998 р. № 202/98-ВР [3] (далі – ЗУ "Про ДВС").

Метою цієї статті є аналіз цієї третьої (адміністративної) теорії виконавчого провадження та вирішення питання щодо її обґрунтованості.

Аналіз наукової літератури свідчить, що в основі адміністративної концепції лежать наступні аргументи: 1. органи примусового виконання після прийняття ЗУ "Про ДВС" віднесено до виконавчої гілки влади, тобто до системи адміністративних органів; 2. механізм примусового виконання судових рішень є адміністративно-правовим, тобто здійснюється у вигляді адміністративного примусу з перевагою адміністративно-правових методів; 3. виконавче провадження є особливим видом управлінської діяльності; 4. працівники державної виконавчої служби (далі – ДВС) мають статус державного службовця, їх статус є адміністративно-правовим; 5. правовідносини у сфері виконавчого провадження також мають адміністративно-правовий характер; 6. відповідальність за порушення норм, що регулюють виконавче провадження, є адміністративною.

Однак дана позиція є, на наш погляд, недостатньо обґрунтованою та вельми спірною, що також підтверджується непослідовністю думок самих прихильників цієї концепції. Так, автори навчального посібника "Виконання судових рішень" висловлюють суперечливі твердження стосовно того, що "законодавство про виконавче провадження – це сукупність правових норм, *які входять до системи адміністративно-процесуального права* і *предметом регулювання яких є суспільні відносини,* що виникають у процесі діяльності органів державної виконавчої служби України, спрямованої *на примусове виконання рішень* ..." (курсив наш – О.Н.), і одночасно, що "в процесі *примусового виконавчого провадження* можуть виникнути *не тільки адміністративні процесуально-виконавчі правовідносини, а й цивільно-процесуальні, арбітражно-процесуальні* (курсив наш – О.Н.) правовідносини між органом державної виконавчої служби і судом, арбітражним судом" [38, с. 4, 5]. Немов продовжуючи думку попередніх авторів, Гук Б.М. так само суперечливо зазначає, що "відкидаючи ідею віднесення виконавчого провадження до цивільного чи господарського процесу, автор розглядає його як складову частину адміністративного процесу у вигляді адміністративного провадження", і одночасно, що "на основі аналізу окремих груп правовідносин виконавчого провадження доведено *перевагу* (курсив наш – О.Н.) у ньому адміністративно-правових відносин над цивільно-правовими..." [10, с. 8, 9]. А Крупнова Л.В., аналізуючи реалізацію адміністративно-правового статусу працівників ДВС вказує, що "перебуваючи в загальних правовідносинах, працівник державної виконавчої служби не використовує заходи

© Науменко О., 2012

адміністративного примусу, відсутні також правовідносини "влада-підпорядкування" [17, с. 8].

Проаналізуємо ці аргументи.

На сьогоднішній день у науковій літературі склалися різні точки зору відносно поняття "процес". Так, одні вчені вважають, що процес – це лише діяльність судових органів, впорядкована нормами права, інші – пов'язують процесуальні норми виключно із застосуванням юридичних санкцій. Ще одна група вчених відстоює позицію, за якою процес – це форма життя будь-якого явища [30, с. 90].

Що стосується саме поняття "адміністративний процес", то у науковій літературі також виокремилось декілька точок зору на питання щодо сутності та змісту цього поняття. Як правильно зазначив один з найбільш авторитетних фахівців сучасності у даній сфері Кузьменко О.В., без жодного перебільшення можна стверджувати, що настільки кардинальних розбіжностей думок, які мають місце з приводу розуміння сутності явища адміністративного процесу, його юридичної природи та предмета регулювання, немає і, напевне, ніколи не буде мати жоден з інших видів процесуального права. Широта матеріального поля регуляторного впливу адміністративно-процесуальних норм обумовлює відносну складність чіткого окреслення спектру суспільних відносин, що становлять зміст предмета їх регулювання [19, с. 59, 60]. Однак, незважаючи на складність питання щодо поняття "адміністративний процес", в узагальненому вигляді існуючі позиції можна звести до двох основних точок зору. Прихильники першої точки зору (яку можна назвати широким розумінням адміністративного процесу) включають до нього два блоки норм: адміністративне процесуальне (судове) право і адміністративне процесуальне (позасудове) право [8, с. 3]. Першочергово це широке розуміння адміністративного процесу уособлювалось у так званій управлінській концепції (згідно з якою до нього включалися і юрисдикційні процеси, і адміністративні провадження. Причому частина науковців не погоджувалась із тим, що адміністративні провадження (процедури) належать до предмета регулювання адміністративного процесу, а відносили їх до предмету регулювання адміністративного права). Однак після прийняття Кодексу адміністративного судочинства України від 6.07.2005 р. № 2747-IV [6] (далі – КАС) до предмету адміністративного процесу було також включено адміністративне процесуальне (судове) право. Друга група науковців пов'язує термін "адміністративний процес" із діяльністю спеціалізованого (адміністративного) суду [15, с. 53]. Цю позицію умовно можна назвати вузьким розумінням адміністративного процесу.

Більше того, саме цей останній підхід відповідає сучасним європейським тенденціям розвитку адміністративної науки. Для прикладу, у Німеччині зміст поняття "адміністративний процес" включає лише судове провадження, тобто порядок вирішення адміністративно-правових спорів у суді [зазначається за роботою: 22, с. 18]. Аналогічно – у Франції, Італії, Польщі, Туреччині, де також існують спеціалізовані адміністративні суди та Іспанії, Нідерландах, Швейцарії, де існують спеціалізовані адміністративні палати у структурі загальних судів [7, с. 11].

Отже, саме ця друга точка зору у світлі останніх наукових досліджень у сфері адміністративного процесу, які мали місце після прийняття КАС, містить оновлені підходи до розуміння терміну "адміністративний процес" і є, на наш погляд, цілком обґрунтованою та такою, що відповідає реаліям сьогодення.

А тому саме з огляду на ці дослідження ми доходимо до однозначного висновку щодо неможливості віднесення до його складу виконавчого провадження. Це пов'язано з тим, що, як зазначають автори цих досліджень, адміністративний процес виникає виключно у спеціалізованому судовому органі – адміністративному суді з приводу порушення законних прав, свобод, інтересів фізичних та юридичних осіб суб'єктами владних повноважень. Адміністративний процес визначається як урегульовані нормами адміністративного процесуального права правовідносини, що виникають *між адміністративним судом* (курсив наш – О.Н.), сторонами та іншими учасниками адміністративної справи, з приводу розгляду та вирішення цим судом публічно-правових спорів, учасниками яких є, по-перше, суб'єкти державно-владних повноважень, по-друге, фізичні та юридичні особи. З викладеного можна зробити висновок, що адміністративний процес і адміністративна процедура є зовнішнім проявом діяльності відповідної судової та виконавчої влади. Тому неприпустимо ототожнювати ці два процеси, які є атрибутами двох незалежних одна від одної гілок влади. Адміністративна процедура – ніщо інше, як вираження організаційно-розпорядчої та виконавчої діяльності суб'єктів публічного управління; правова категорія виключно позасудового характеру [15, с. 50, 53].

Зважаючи на те, що виконання судових рішень покладається на ДВС, то слід визнати неприйнятною точку зору про віднесення виконавчого провадження до адміністративного процесу.

Водночас виникає питання щодо можливості віднесення його до однієї з адміністративних процедур (проваджень) у складі адміністративного права (або адміністративного процесу в широкому його розумінні).

Для з'ясування вказаного питання звернемось до поняття адміністративного права та предмету його регулювання, а також адміністративного процесу (в широкому його розумінні).

Так, Колпаков В.К. зазначає, що за допомогою засобів адміністративного права "здійснюються зовнішнє вираження і юридичне оформлення *публічного інтересу в управлінні* (курсив наш – О.Н.), де публічний інтерес – це інтерес соціальної спільності, що визнаний і задоволений державою. Визнання *публічними управлінських інтересів* перетворює їхніх носіїв на *суб'єкти публічного управління*" (курсив наш – О.Н.) [14, с. 32]. Про обов'язковість наявності в адміністративному праві сфери державного управління йдеться й у інших роботах цього автора [13, с. 314]. На основі викладеного Кузьменко О.В. (який підтримує так звану управлінську концепцію, тобто є представником широкого розуміння адміністративного процесу [19, с. 64-65]) доходить висновку, що "предметом адміністративного права є правові відносини, які складаються у сфері діяльності *публічної адміністрації* по задоволенню *публічних інтересів*" (курсив наш – О.Н.) [19, с. 49]. У свою чергу адміністративний процес він визначає як урегульовану адміністративно-процесуальними нормами діяльність *публічної адміністрації*, спрямовану на реалізацію норм відповідних матеріальних галузей права в ході розгляду і вирішення індивідуально-конкретних справ по задоволенню *публічних інтересів* (курсив наш – О.Н.) [19, с. 50].

Ще один визнаний фахівець у галузі адміністративного права Стеценко С.Г. визначає адміністративне право як сукупність правових норм, які регулюють суспільні відносини, що виникають у процесі *публічного управління* (курсив наш – О.Н.) економічною, соціально-культурною та адміністративно-політичною сферами життя, а також у процесі забезпечення реалізації та захисту прав, свобод і законних інтересів фізичних та юридичних осіб з боку органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування [34, с. 12]. Водночас

він вказує, що управлінська складова займає чільне місце серед складових предмета адміністративного права, а "інші складові предмета цієї галузі (публічно-сервісна діяльність органів публічної адміністрації, реалізація делегованих повноважень органами місцевого самоврядування та громадськими організаціями, застосування заходів адміністративної відповідальності, реалізація юрисдикції адміністративних судів), *поза сумнівом*, утілюються в життя за допомоги *тих чи інших управлінських дій* (курсив наш – О.Н.) [34, с. 45].

Про обов'язкову наявність у адміністративному праві та процесі сфери державного управління зазначається й у інших роботах зазначених вище та інших авторів [18, с. 24; 20, с. 23; 21, с. 15; 22, с. 18; 31, с. 89, 90; 32, с. 74; 33, с. 94].

Отже, *спільною точкою перетину, ключовою категорією* для усіх дослідників у галузі адміністративного права і процесу, незалежно від підтримуваної кожним із них концепції, є наявність *сфери державного, тобто публічного, управління.*

Для визначення питання, чи відноситься діяльність ДВС, пов'язана з виконанням передбачених законом рішень, у тому числі й рішень господарських судів, до сфери публічного управління, проаналізуємо термін "управління".

Так, Стеценко С.Г. *управління* визначає як цілеспрямований *вплив* суб'єкта управління на об'єкт управління з метою створення ефективно функціонуючої системи та досягнення необхідних результатів. У свою чергу, *система управління* складається з таких *частин: суб'єкт* управління, *об'єкт* управління, *управлінський вплив* (курсив наш – О.Н.) та зворотний зв'язок [34, с. 46-47]. Причому *управлінський вплив*, який, на наш погляд, представляє для нас найбільший інтерес у ракурсі даного наукового дослідження, визначається ним як "процес *керування*, що здійснюється суб'єктом управління, завдяки якому забезпечується *підпорядкування об'єкта суб'єктові* та *реалізується* на практиці *мета* управління" (курсив наш – О.Н.) [34, с. 46].

На наш погляд, *при виконанні визначених законом рішень*, у тому числі й рішень господарських судів, вказаний вище *управлінський вплив* суб'єкта управління на об'єкт управління *відсутній*. Це пов'язано з тим, що:

1. державний виконавець, який безпосередньо здійснює передбачені рішенням та законом примусові заходи, *не керує* учасниками виконавчого провадження, а лише виконує вимоги (приписи) як самого документа, який підлягає виконанню, так і законодавства про виконавче провадження;

2. при цьому "керування" не слід плутати та ототожнювати з обов'язковістю вимог державного виконавця, оскільки остання пов'язана та витікає з принципу обов'язковості виконання судових рішень, який закріплений у ст. 124 Конституції України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР [2] (далі – КУ), а не з управлінських повноважень;

3. *підпорядкування* (*адміністративно-правове за своїм характером*) об'єкта суб'єктові *також відсутнє*, оскільки у процесі виконавчого провадження ні сторони, ні інші учасники виконавчого провадження не підпорядковуються державному виконавцю. За загальним правилом, останній виконує визначені законом і конкретним рішенням дії, а учасники виконавчого провадження не мають права йому перешкоджати, а законні його вимоги зобов'язані виконувати. Однак це не означає, що вони йому підпорядковуються з адміністративно-правової точки зору. Обов'язковість вимог державного виконавця можна порівняти з обов'язковістю вимог судді. Але ж цього не випливає, що цивільний чи господарський процес регулюється нормами адміністративного (адміністративно-процесуального) права. *Підпорядкованість* у виконавчому провадженні має свій специфічний прояв і *розглядається виключно крізь призму обов'язковості законних вимог державного виконавця*, які спрямовані на виконання відповідного рішення. Отже, у даному випадку також не слід ототожнювати обов'язковість вимог державного виконавця з підпорядкуванням (з адміністративно-правової точки зору);

4. мета виконавчого провадження, як зазначалось вище, полягає у реальному захисті прав і охоронюваних законом інтересів суб'єктів та реалізується через завдання ДВС щодо своєчасного, повного і неупередженого виконання рішень, передбачених законом (ст. 1 ЗУ "Про ДВС"). Отже, як бачимо, *ці мета та завдання за своєю суттю та змістом не є управлінськими*, не є організаційними. Причому необхідно уточнити, що у даному випадку не аналізуються організаційні повноваження Міністерства юстиції України у сфері виконавчого провадження як органу державної виконавчої влади, наділеного виконавчо-розпорядчими функціями.

Однак слід відзначити складність досліджуваного питання, яка обумовлена генезисом норм, що регулюють виконавче провадження, зокрема тим, що зміст виконавчих правовідносин відмежувався від цивільно-процесуальних та господарсько-процесуальних, біля витоків яких знаходиться владна діяльність суду як однієї з гілок державної влади, що знайшло свій відбиток у специфічних владних началах діяльності ДВС: *вони випливають* не з адміністративно-правового статусу ДВС, а *з владної діяльності суду та обов'язковості виконання його рішень.*

Також важливо зауважити, що у даному випадку аналізу підлягають лише відносини, безпосередньо пов'язані з провадженням виконавчих дій державним виконавцем при виконанні відповідного рішення, і не розглядаються відносини, пов'язані з організаційною структурою ДВС та її місцем у системі державних органів.

Крім того, необхідно ще раз зауважити, що не випадково нами було зроблено уточнення щодо специфіки "керування" та "підпорядкування" у виконавчому провадженні, оскільки зроблені нами висновки стосуються виключно процедури виконання судових рішень і не стосуються організаційних повноважень Міністерства юстиції України у сфері виконавчого провадження як органу державної виконавчої влади, наділеного виконавчо-розпорядчими функціями, та організаційної структури ДВС і її місця у системі державних органів.

Отже, якщо при виконанні судового рішення *управлінський вплив* суб'єкта управління на об'єкт управління *відсутній,* то це означає, що відсутні необхідні елементи (частини) системи управління. А якщо немає всіх елементів системи, то немає і самої системи.

Більше того, управлінський вплив – це не єдиний елемент системи управління, який відсутній. Серед *суб'єктів* адміністративно-правового регулювання у сфері юстиції відсутня ДВС, яка безпосередньо виконує визначені законом рішення, а серед *об'єктів* управління відсутні сторони та інші учасники виконавчого провадження. Натомість до суб'єктів управління віднесено Міністерство юстиції України, а ДВС – до об'єктів управління [дивись, наприклад: 34, с. 572, 577]. Все це підтверджує правильність зроблених вище висновків щодо необхідності розмежування відносин, які виникають при безпосередньому виконанні ДВС визначених законом рішень, та управлінських відносин, які виникають між Міністерством юстиції України та ДВС.

З вказаного можна зробити висновок, що у процесі реалізації державним виконавцем визначеного законом

рішення, в тому числі й рішення господарського суду, відсутні і управлінський вплив державного виконавця на сторін та інших учасників виконавчого провадження (так званий управлінський вплив суб'єкта управління на об'єкт), і ДВС не є суб'єктом управління, і сторони та інші учасники виконавчого провадження не є об'єктами управління. А це означає, що відсутня і сама система управління, а отже, і саме державне, тобто публічне управління. А якщо відсутнє публічне управління, то *відсутні будь-які підстави відносити виконавче провадження до числа адміністративних процедур (проваджень) у складі адміністративного права (або адміністративного процесу в широкому його розумінні).*

Ще одним додатковим аргументом на користь зазначеного вище є те, що сфера державного управління передбачає обов'язкову наявність виконавчо-розпорядчих функцій [11, с. 111; 13, с. 53]. Про відсутність таких функцій у ДВС свідчать, по-перше, завдання ДВС щодо своєчасного, повного і неупередженого примусового виконання рішень, передбачених законом (ст.1 ЗУ "Про ДВС"), а, по-друге, про це свідчить і саме визначення виконавчого провадження, дане в ст.1 ЗУ "Про виконавче провадження": виконавче провадження як завершальна стадія судового провадження та примусове виконання рішень інших органів (посадових осіб) – це сукупність дій органів і посадових осіб, визначених у цьому Законі, що спрямовані на примусове виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб), які провадяться на підставах, в межах повноважень та у спосіб, визначених цим Законом, іншими нормативно-правовими актами, прийнятими відповідно до цього Закону та інших законів, а також рішеннями, що відповідно до цього Закону підлягають примусовому виконанню.

З урахуванням зазначеного вище вважаємо необґрунтованою точку зору, висловлену авторами одного з науково-практичних коментарів до ЗУ "Про виконавче провадження" стосовно того, що правовідносини, що виникають у виконавчому провадженні, є адміністративно-процесуальними, оскільки відносини між державним виконавцем та сторонами виконавчого провадження мають владний характер, є відносинами влади та підлеглості, адже ДВС – це орган держави [36, с. 117-118], а також інших прихильників адміністративної теорії належності виконавчого провадження, зокрема, Гука Б.М., Щербак С.В. стосовно того, що виконавче провадження є особливим видом управлінської діяльності [10, с. 5, 7; 39, с. 7].

Що ж до інших аргументів прихильників адміністративної теорії належності виконавчого провадження, які нами ще не аналізувались, однак мають бути розглянуті, то до них належать такі:

1) ДВС входить до структури Міністерства юстиції України, тобто примусове виконання рішень суду та інших юрисдикційних органів здійснюється органами державної виконавчої влади [37, с. 33-34]. Іншими словами кажучи, з позиції цих авторів органи примусового виконання після прийняття ЗУ "Про ДВС" віднесено до виконавчої гілки влади, тобто до системи адміністративних органів;

2) державний виконавець має визначений законом правовий статус державного службовця;

3) відповідальність у виконавчому провадженні є адміністративною і передбачається нормами Кодексу України про адміністративні правопорушення від 7.12.1984 року № 8073-X [1] з змінами і доповненнями (далі – КпАП) (ст.188-13 "Невиконання законних вимог державного виконавця") [37, с. 33].

Тобто підставою для виникнення і розвитку адміністративної теорії належності виконавчого провадження послугувало виведення ДВС із структури судової влади та віднесення її до системи органів Міністерства юстиції України (ст.1 ЗУ "Про ДВС"), яке, в свою чергу, належить до системи органів державної виконавчої влади, має управлінські повноваження та владно-розпорядчі функції.

Однак, на наш погляд, не можна визначати місце виконавчого провадження в системі права України, ґрунтуючись на положеннях діючого законодавства стосовно правового статусу Міністерства юстиції України, як це має місце в даному випадку, оскільки, по-перше, судові та інші визначені законом рішення виконує не Міністерство юстиції України, а ДВС, яка хоч і входить до системи його органів, однак має своє призначення. Тобто таке формулювання в Законі не дає, з нашої точки зору, підстав для автоматичного віднесення її до органу виконавчої влади, тобто до органу, який здійснює управлінську діяльність, оскільки статус відповідного органу визначається перш за все його функціями, завданнями і повноваженнями, а не формальними ознаками. Більше того, нами уже було визначено, що ДВС при виконанні визначеного законом рішення не виконує управлінські функції. Окрім того, навіть до самої ст.1 ЗУ "Про ДВС", яка визначає її як орган Міністерства юстиції України, є застереження щодо специфіки її завдань: своєчасне, повне і неупереджене примусове виконання рішень, передбачених законом. Щодо функцій і повноважень, то аналіз чинного законодавства дозволяє зробити висновок, що вся діяльність ДВС спрямована на виконання передбачених законом рішень, а не на здійснення управлінських функцій.

А, по-друге, перед теоретиками права стоять більш далекоглядні завдання, спрямовані на аналіз об'єктивних чинників, а тому й на вдосконалення чинного законодавства. Тим більше, що в наш час останнє дуже часто змінюється. Однак це не означає, що після кожної спроби законодавця по-новому врегулювати суспільні відносини теоретики можуть постійно змінювати точку зору на місце відповідних норм в системі права України.

А тому, з огляду і на ці аргументи, навряд чи обґрунтованою видається позиція прихильників віднесення виконавчого провадження до адміністративного чи адміністративно-процесуального права (в широкому його розумінні).

Стосовно наступного аргументу щодо того, що відповідальність у виконавчому провадженні є адміністративною, то він взагалі не витримує ніякої критики, оскільки за порушення норм законодавства про виконавче провадження передбачена також кримінальна відповідальність. Так, ст.382 Кримінального кодексу України від 5.04.2001 р. № 2341-III [5] (далі – ККУ) передбачає кримінальну відповідальність за невиконання судового рішення [додатково дивись: 24, с. 464-465; 25, с. 748-749]. Також відповідальність може наставати і за ст.367 ККУ ("Службова недбалість"). Це не враховуючи статей, які передбачають кримінальну відповідальність за невиконання інших рішень судів (ст.ст.164, 165, 389, 390, 393, 395) [26, с. 922-924, 949-952 та ін.].

Окрім того, цілком слушні аргументи для спростування адміністративної теорії виконавчого провадження висловлені авторами підручника "Цивільне виконавче право". Вони вказують, що підхід окремих дослідників до питання щодо місця цивільного примусового виконавчого права як інституту адміністративного права є хибним і далеким як від волі законодавця, так і від умов правової дійсності. У прихильників зазначеного підходу

закономірно повинні виникати численні питання. Наприклад: як бути з рівноправністю сторін виконавчого провадження, яке є абсолютно не характерним адміністративному праву; як бути із принципом диспозитивності у виконавчому праві, який поки що не може бути ґрунтовно пояснений у рамках адміністративно-правової концепції; як бути з правом стягувача на відкриття виконавчого провадження та укладення мирової угоди та ін. [16, с. 35-36].

Таким чином, позиція науковців, які намагаються віднести виконавче провадження до адміністративного права (процесу), не є достатньо обґрунтованою і послідовною.

Отже, підсумовуючи зазначене вище вважаємо, що слід визнати неприйнятною точку зору про віднесення виконавчого провадження до адміністративного процесу (у вузькому його розумінні). Так само як і відсутні переконливі аргументи на користь віднесення його до сфери регулювання адміністративного права в якості однієї з його адміністративних процедур (проваджень) або адміністративного процесу в широкому його розумінні, а тому і цю позицію вважаємо неприйнятною.

На наш погляд, на сьогоднішній день є всі підстави стверджувати, що у системі права України формується окрема галузь – виконавче право. Виходячи з того, що формування кола суспільних відносин, які мають регулюватися ним, повинно здійснюватись за рахунок наявності того "оригінального", не притаманного будь-якій іншій галузі права "ядра", яке складають власне виконавчі відносини, а також за рахунок включення до нього інших, пов'язаних з ними відносин (господарських процесуальних, цивільних процесуальних, адміністративних, адміністративних процесуальних тощо), – все це підпадає під особливості предмета саме комплексної галузі права, – приходимо до висновку, що перед нами – комплексна галузь права.

1. Відомості Верховної Ради УРСР. – 1984. – Додаток до № 51. – Ст. 1122. 2. Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141. 3. Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 36-37. – Ст. 243. 4. Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 24. – Ст. 207. 5. Офіційний вісник України. – 2001. – № 21. – Ст. 920. 6. Відомості Верховної Ради України – 2005. – № 35-36. – Ст. 446. 7. Адміністративна юстиція: європейський досвід і пропозиції для України. / Автори – упорядники: Коліушко І.Б., Куйбіда Р.О. – Київ: Факт, 2003. – 536 с. 8. Адміністративне процесуальне (судове) право України: Підручник. / За заг. ред. Ківалова С.В. – Одеса: Юридична література, 2007. 9. Боярінцева М.А. Нормативне регулювання та практичні аспекти виконання рішень, ухвал, постанов господарських судів. // Вісник господарського судочинства. – 2003. – № 1. – С. 56-59. 10. Гук Б.М. Адміністративно-правове регулювання механізму примусових заходів виконавчого провадження. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. / Академія управління МВС. – Київ, 2010. – 20 с. 11. Демський Е.Ф. Адміністративно-процесуальне право України: від адміністративних процедур до галузі права. // Збірник наукових праць першої міжнародної науково-практичної конференції на тему: "Проблеми процесуальної науки: історія та сучасність". Присвячена світлій пам'яті вчених-процесуалістів Київської школи. 25-26 листопада 2010 р. / Ред. кол.: Гриценко І.С., Фурса С.Я., Сиза Н.П. та ін. – Київ, 2010. – С. 109-114. 12. Заворотько П.П., Пастухов В.П. Виконання судових рішень в Українській РСР: Історико-правовий нарис. – Київ: Вища школа, 1973. – 216 с. 13. Колпаков В.К. Адміністративне право України: Підручник. – Київ: Юрінком Інтер, 1999. – 736 с. 14. Колпаков В.К. Адміністративно-деліктний правовий феномен: Монографія. – Київ: Юрінком Інтер, 2004. – 528 с. 15. Комзюк А.Т., Бевзенко В.М., Мельник Р.С. Адміністративний процес України: Навчальний посібник. – Київ: Прецедент, 2007. – 531 с. 16. Копайгора І.Д., Панченко М.І., Олюха В.Г., Ан М.І., Нечаєв А.В. Цивільне виконавче право України: Підручник / За заг. ред. Копайгори І.Д. – Львів: "Магнолія – 2006", 2007. – 538 с. 17. Крупнова Л.В. Адміністративно-правовий статус працівника державної виконавчої служби України. Автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.07. / Національний університет державної податкової служби України. – Ірпінь, 2008. – 18 с. 18. Кузьменко О. Адміністративний процес: сутність і структура. // Право України. – 2003. – № 2. – С. 22-26. 19. Кузьменко О.В. Теоретичні засади адміністративного процесу: Монографія. – Київ: Атіка, 2005. – 352 с. 20. Кузьменко О. Генеза адміністративно-процесуального права. // Право України. – 2004. – № 6. – С. 21-23. 21. Кузьменко О. Міркування про природу адміністративного процесу. // Право України. – 2007. – № 3. – С. 12-15. 22. Лагода О. Адміністративна процедура, її значення та місце в адміністративно-процесуальній діяльності. // Право України. – 2006. – № 4. – С. 16-18. 23. Науково-практичний коментар до законів України "Про державну виконавчу службу", "Про виконавче провадження" / Авер'янов В.Б., Горбунова Л.К., Комаров В.В. та ін. / Відп. ред. Лавринович О.В. – Київ: Юрінком Інтер, 2005. – 320 с. 24. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. У 2-х т. – Т. 2. / За заг. ред. Андрушка П.П., Гончаренка В.Г., Фесенка Є.В. – 3-тє вид., перероб. та доп. – Київ: Алерта, КНТ, Центр учбової літератури, 2009. – 624 с. 25. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-те вид., перероблю. та доповн. / Відп. ред. Яценко С.С. – Київ: А.С.К., 2006. – 848 с. 26. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року. / За ред. Мельника М.І., Хавронюка М.І. – Київ: Каннон, 2001. – 1104 с. 27. Перепелица А.І. Організаційно-правові засади діяльності державної виконавчої служби в Україні. Автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.07. / Національна академія державної податкової служби України. – Ірпінь, 2005. – 19 с. 28. Саєнко С.І. Виконавчі правовідносини в адміністративно-деліктному провадженні: питання вдосконалення законодавчого регулювання. // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ. У 4-х ч. Ч. 4. – 2007. – Спец. випуск № 3. – С. 71-80. 29. Сергеевич В. Лекции и исследования по истории русского права. – Санкт-Петербург: Типография А.Траншеля, 1883. – 997 с. 30. Совгиря О.В. Конституційно-процесуальне право України як галузь права: сучасний стан та перспективи розвитку. // Збірник наукових праць першої міжнародної науково-практичної конференції на тему: "Проблеми процесуальної науки: історія та сучасність". Присвячена світлій пам'яті вчених-процесуалістів Київської школи. 25-26 листопада 2010 р. / Ред. кол.: Гриценко І.С., Фурса С.Я., Сиза Н.П. та ін. – Київ, 2010. – С. 89-93. 31. Сорокин В.Д. К вопросу о кодификации административно-процессуальных норм. // Вестник Ленинградского университета. Год издания 25-ый. № 17. Серия экономики, философии и права. Вып. 3. – Ленинград: Изд-во Ленинградского ун-та, 1970. – С. 88-96. 32. Сорокин В.Д. О понятии и видах административно-процессуальных норм. // Вестник Ленинградского университета. Год издания 21-ый. № 17. Серия экономики, философии и права. Вып. 3. – Ленинград: Изд-во Ленинградского ун-та, 1966. – С. 71-79. 33. Сорокин В.Д. О реализации административно-процессуальных норм. // Вестник Ленинградского университета. Год издания 22-ой. № 5. Серия экономики, философии и права. Вып. 1. – Ленинград: Изд-во Ленинградского ун-та, 1967. – С. 93-101. 34. Стеценко С.Г. Адміністративне право України: Навчальний посібник. – Вид. 2-ге, перероб. та доп. – Київ: Атіка, 2009. – 640 с. 35. Теліпко В.Е. Науково-практичний коментар Законів України "Про виконавче провадження", "Про державну виконавчу службу", "Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини". Станом на 01.02.2011 р. – Київ: Центр учбової літератури, 2011. – 616 с. 36. Фурса С.Я., Фурса Є.І., Щербак С.В. Закони України "Про державну виконавчу службу", "Про виконавче провадження", "Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини": Науково-практичний коментар. – Київ: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2008. – 1172 с. 37. Фурса С.Я., Щербак С.В. Виконавче провадження в Україні: Навчальний посібник. – Київ: Атіка, 2002. – 480 с. 38. Штефан М.Й., Омельченко М.П., Штефан С.М. Виконання судових рішень: Навчальний посібник. – Київ: Юрінком Інтер, 2001. – 320 с. 39. Щербак С.В. Адміністративно-правове регулювання виконавчого провадження в Україні. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. / НАН України. Інститут держави і права імені В.М. Корецького. – Київ, 2002. – 16 с. 40. Щербак С. Місце виконавчого провадження в системі права України. // Підприємництво, господарство і право. – 2001. – № 6. – С. 75-79.

Надійшла до редколегії 30.01.12

Т. Котенко, асист.

ФУНКЦІОНАЛЬНЕ ПРИЗНАЧЕННЯ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ЯК ОБ'ЄКТ ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНИХ ДОСЛІДЖЕНЬ

В статті досліджуються питання загальнотеоретичного розуміння функціонального призначення місцевого самоврядування, проводиться їх узагальнення та зроблено висновки щодо проблематики розуміння функціонального призначення місцевого самоврядування.

Ключові слова: функціональний аналіз, місцеве самоврядування.

В статье исследуются вопросы истории становления и развития правового регулирования кассационного производства в гражданском процессе Украины. Автором исследовано становление правового регулирования кассационного производства, проведена характеристика этапов становления и обосновано тенденции его развития.

Ключевые слова: кассационное производство, гражданское судопроизводство.

In the article the questions of history of becoming and development of the legal adjusting of appeal realization are probed in the civil legal proceeding of Ukraine. Author is conduct a division into periods of becoming of the legal adjusting of appeal realization, the becoming stages are described and progress trends are selected.

Keywords: civil legal procedure, civil legal activity.

Роль та значення будь-якого державно-правового явища чи процесу відображається, насамперед, у його функціях, що характеризують систему напрямів впливу цього процесу чи явища на правову реальність. Місцеве самоврядування як самостійний елемент управління суспільством є засобом самоорганізації суспільства та розбудови механізмів впорядкування відносин в середині відповідного соціального середовища. Значення та роль функцій у правознавстві, в тому числі і функцій місцевого самоврядування, має як практичне, так і теоретичне значення. Це пояснюється тим, що саме функції:

- по-перше, характеризують особливості правового впливу на розвиток суспільства;
- по-друге, надають змогу узагальнити напрямки правового впливу на суспільні відносини, їх дослідити та виробити шляхи їх вдосконалення.

Слід наголосити також і на принциповості наукового переосмислення державно-правових явищ та процесів в контексті їх функціонального аналізу, що надасть змогу узагальнити їх призначення в сучасних умовах розбудови держави та права. На прикладі муніципальної влади О. В. Батанов приходить до висновку про те, що функціональний аналіз муніципальної влади:

- сприятиме проникненню у політико-правову природу цього виду публічної влади;
- розкриватиме обсяг, характер і зміст діяльності суб'єктів системи місцевого самоврядування – територіальних громад, окремих жителів – членів цих територіальних громад, їх мікро-територіальних об'єднань, органів та посадових осіб місцевого самоврядування.

Лише визначивши функції муніципальної влади, можна уявити, яку роль вона відіграє у механізмі вирішення питань місцевого значення та надання публічних послуг населенню, у громадянському суспільстві, політичній системі суспільства, конституційному механізмі взагалі та яке її соціально-політичне призначення [1]. Справедливо зазначається вченими, що функціональна характеристика явища місцевого самоврядування й досі залишається неповною, а часом і суперечливою, що значною мірою перешкоджає проникненню в його справжню політико-правову природу, а, отже, виробленню прагматичних підходів щодо його розвитку в перспективі [2].

Беззаперечно, проведення функціонального аналізу державно-правових явищ, в тому числі і муніципальної влади, має ключове значення в юридичній науці, оскільки відображає природу відповідного явища та роль тих суб'єктів, які визначають розвиток відповідного явища в юриспруденції. З огляду на принциповість місцевого самоврядування як теоретико-правового і практичного явища в цій науковій роботі в якості об'єкту дослідження можливо виокремити проблематику загальнотеоретичного розуміння функціонального призначення місцевого самоврядування. Вивчення вказаного питання надасть змогу встановити особливості ролі, значення та місця місцевого самоврядування в сучасних умовах функціонування та розбудови громадянського суспільства. Починаючи зазначене дослідження, насамперед, слід виокремити завдання, а саме:

- узагальнити погляди вчених щодо розуміння функціонального призначення місцевого самоврядування;
- встановити особливості загальнотеоретичного розуміння функціонального призначення місцевого самоврядування та обґрунтувати власне бачення проблематики розуміння функцій місцевого самоврядування.

Розглядаючи проблематику функціонального призначення місцевого самоврядування слід наголосити, що в юридичній літературі погляди вчених на вказані питання мають досить різновекторний характер. Незважаючи на досить високий рівень "наукової активності" у дослідженні місцевого самоврядування в цілому, та функцій місцевого самоврядування, зокрема, питання функціонального призначення місцевого самоврядування не отримали остаточного і одностайного розуміння. На нашу думку, функціональне призначення будь-якого явища чи інституції громадянського суспільства має вихідний, основоположний характер, оскільки визначає його роль і значення для розвитку і розбудови самого громадянського суспільства. Тому і наукове дослідження особливостей функціонального призначення відповідного явища чи інституції потребує першочергової уваги зі сторони науковців, оскільки встановлення закономірностей функціонування має бути закладено в основу вдосконалення та розбудови відповідного явища або інституції.

Виходячи з цього, слід наголосити, що місцеве самоврядування як ключовий інститут громадянського суспільства, потребує надання переосмислених науково обґрунтованих відповідей на проблематику основних напрямів його функціонування, що надасть змогу забезпечити розвиток демократичних засад життєдіяльності суспільства та держави.

Складність наукового дослідження функціонального призначення місцевого самоврядування підтверджується також і міждисциплінарним характером місцевого самоврядування як об'єкту юридичної науки, оскільки різноманітні аспекти функцій місцевого самоврядування можуть становити об'єкт дослідження як науки теорії держави і права, так і ряду галузевих наук, а саме: науки конституційного права, науки адміністративного права тощо.

В юридичній літературі неодноразово вченими піднімалося питання необхідності вдосконалення місцевого самоврядування, в тому числі і в аспекті оптимізації його ролі і призначення у вирішенні питань місцевого

© Котенко Т., 2012

значення. На думку О. В. Батанова, інституціоналізація та розвиток (місцевого самоврядування – *Т. К.*) нерозривно пов'язані з демократизацією державного і громадського життя, з розвитком в Україні інститутів громадянського суспільства та правової держави, що об'єктивно приводить до самообмеження держави, прерогатив державної влади та органів, які її реалізують, на користь інших суб'єктів політичної системи, а також детермінує визнання та легалізацію державою інших, недержавних інтересів, які продукують локальні соціальні утворення – територіальні громади [3]. Саме в умовах трансформації ролі та призначення держави, як альтернатива з'являються та розвиваються ті інституції, які є альтернативними державі та наділяються управлінськими повноваженнями. Тому слід погодитись з вченим в тому, що така зміна векторів функціонування держави в контексті її "самообмеження на користь інших недержавних суб'єктів", потребує насамперед, наукового переосмислення функціонального призначення як держави, так і місцевого самоврядування як суб'єкта, що має владні повноваження та здійснює управління суспільством.

На нашу думку, лише наука теорія держави і права здатна дослідити функціональне призначення місцевого самоврядування з позиції загальнотеоретичних закономірностей їх сутності та динаміки розвитку, що надасть змогу в цілому виявити закономірності зародження, виникнення, розвитку та вдосконалення місцевого самоврядування як функціонального явища. Продовжуючи власну думку вчений наголошує на тому, що вагоме місце у системі методів наукового пізнання муніципальної влади (як результату функціонування (владарювання) суб'єктами місцевого самоврядування – *Т. К.*) займає метод функціонального аналізу. Адже ключовим поняттям, за допомогою якого розкривається зміст і сутність системи місцевого самоврядування, є муніципальна влада, діяльність щодо її здійснення, функції. Фактично у широкому розумінні систему місцевого самоврядування й утворюють різні організації, інститути, установи набуття муніципальної влади, боротьби за її утримання, використання, організацію та функціонування. А те, як ця влада здобувається, як легально функціонує у самому загальному сенсі й становить зміст системи місцевого самоврядування, а звідси – детермінує систему її функцій [4].

Історія розвитку радянської науки теорії держави і права доводить той факт, що теоретичні закономірності зародження, виникнення, розвитку і функціонування місцевого самоврядування не мали статусу окремого напрямку дослідження, оскільки як таке місцеве самоврядування не виокремлювалось, а на місцях діяли владні органи, що формувалися та функціонували на засадах загальної системи рад. Тому і в науці теорії держави і права не було приділено належної уваги місцевому самоврядуванню як окремому інституту громадянського суспільства та як форми противаги державній владі на місцях. Місцеве самоврядування виокремлюється в якості окремого напряму наукового дослідження у вітчизняній науці теорії держави і права лише наприкінці XX століття, коли зароджується саме місцеве самоврядування як практичний інститут. Тому на сьогодні місцеве самоврядування в Україні знаходиться в стані розбудови як окремий напрям будівництва системи соціального управління, так і як напрям наукового дослідження юридичними науками, в тому числі і наукою теорії держави і права.

Аналізуючи юридичну літературу в сфері теорії держави і права, слід зазначити, що проблематика поняття, сутності та функціонального призначення місцевого самоврядування розкривається вченими в небагатьох літературних джерелах і, як правило, в навчальних підручниках в розділах з теорії держави. С. В. Бобровник функціональне призначення місцевого самоврядування окремо не розкриває, проте характеризуючи його сутність та роль у забезпеченні управління суспільством, проводить аналіз вказаних питань з позиції функціонального призначення місцевого самоврядування. Так, на думку професора, самоврядування, ключовим різновидом якого є і місцеве самоврядування:

- по-перше, є типом соціального управління, за якого об'єкт і суб'єкт управління збігаються, що надає можливість населенню управляти власними справами, спільно приймати рішення та діяти з метою їх реалізації;
- по-друге, є однією з форм організації людського співіснування, що базується на принципах свободи, рівності і безпосередньої участі в управлінні;
- по-третє, воно становить політико-правовий інститут, у межах якого здійснюється управління місцевими справами через самоорганізацію місцевого населення та за згодою і за підтримки держави [5].

З огляду на це функціональним призначенням як самоврядування, так і місцевого самоврядування, буде надання місцевому населенню права управляти власними справами та приймати відповідні рішення, забезпечення управління суспільством на демократичних засадах. Продовжуючи характеристику співвідношення органів місцевого самоврядування та органів держави, вченою проводиться аналіз їх спільних та відмінних рис, при чому окрема їх частина визначає спільність та відмінність цих органів саме на засадах їх функціонального призначення. Так до таких спільних рис, що засновані на засадах функціонального призначення місцевого самоврядування, вченою відносяться наступні:

- "органи держави, як і органи самоврядування, здійснюють спільні функції по управлінню суспільством шляхом встановлення і гарантування діяльності суб'єктів; їх повноваження конкретизуються законами та підзаконними актами;
- функціонують на основі принципу розподілу повноважень та певним чином взаємодіють у процесі здійснення своїх повноважень".

В свою чергу відмінність між органами місцевого самоврядування та органами держави також може бути виокремлено з позиції їх різного функціонального призначення, а саме: "повноваження органів держави визначають зміст управлінської функції держави, а повноваження органів місцевого самоврядування спрямовані на вирішення проблем певної території із самоврядування [6].

Окрім того, підбиваючи підсумки взаємодії органів місцевого самоврядування та органів держави, резюмується думка про те, що саме на функціональному рівні ця взаємодія і отримує свою реалізацію, оскільки вказані органи "забезпечують найбільш доцільний рівень упорядкування суспільних відносин та забезпечення функціонування суспільства як певним чином організованої соціальної системи" [7].

Так само і В. О. Котюк зробив спробу у власному підручнику з Загальної теорії держави і права провести розмежування органів державної влади на місцях та органів місцевого самоврядування. Вчений наголошує на тому, що таке співвідношення засноване на особливостях адміністративно-територіального устрою України, що засновується на системі принципів, які закріплені у ст. 123 Конституції України, а саме:

1) принцип єдності й цілісності державної території;
2) принцип поєднання централізації та децентралізації у здійсненні державної влади;

3) принцип збалансованості соціально-економічного розвитку регіонів з урахуванням їхніх історичних, економічних, екологічних, географічних і демографічних особливостей, етнічних і культурних традицій [8].

А вже реалізація цих принципів адміністративно-територіального устрою України здійснюється в тому числі і на умовах паралельного функціонування органів державної влади на місцях та органів місцевого самоврядування. Тому і розмежування цих органів, як і їх взаємодія, має бути засновано на засадах їх функціонального призначення.

О. Ф. Скакун, обґрунтовуючи власні погляди щодо сутності, змісту, суб'єктів та функціонального призначення місцевого самоврядування, виходить з природи управління суспільством, в цілому, та громадою в певній місцевості, зокрема. На думку вченої, територія будь-якої держави поділяється на адміністративно-територіальні одиниці, а соціальна природа адміністративно-територіальних утворень різноманітна. Тому можна виділити два шляхи їх утворення:

- природний – поселення, міста, села, селища виникають внаслідок історичного природного (общинного) групування людей для спільного життя (знизу);
- штучний – райони, повіти (районне ланка), області, губернії (обласне ланка) є результатом видання і реалізації актів державної влади (зверху).

В адміністративно-територіальних одиницях, що сформувалися природним шляхом, як правило, обираються органи самоврядування, які займаються місцевими справами. В адміністративно-територіальних одиницях, сформованих штучним шляхом, управління здійснюється агентами держави (губернатором, префектом, головою районної адміністрації), призначуваними центральною владою – президентом, урядом. У таких адміністративно-територіальних одиницях можуть обиратися органи місцевого самоврядування з тим, щоб представити інтереси природних адміністративно-територіальних утворень [9].

В наступних літературних джерелах, автором яких є О. Ф. Скакун, професор акцентує увагу на проблемі співвідношення "місцевого державного управління та місцевого самоврядування" як загальнотеоретичного питання, що є об'єктом дослідження теорії держави і права як науки, та відображається в окремій темі теорії держави і права як навчальної дисципліни. Зокрема, вчена наголошує на тому, що місцеве самоврядування є спеціальною формою публічної влади та є особливим видом соціального управління. Воно виражається у здійсненні встановлених законом прав (можливостей) територіальних громад громадян та органів, що ними обираються, під свою відповідальність, змістом чого є можливість вирішувати всі питання місцевого значення в межах закону та виходячи з інтересів населення [10]. З огляду на таке розуміння місцевого самоврядування, слід відзначити, що в його основу знову ж таки закладається ідея "здійснення прав з метою вирішення питань місцевого значення", що становить ключову особливість функціонального призначення місцевого самоврядування. В подальшому вчена окремо не виділяє функції місцевого самоврядування, проте формулює так звані "напрями діяльності місцевого самоврядування", до яких відносить:

1) нормотворчість;
2) правозастосування;
3) контроль над правозастосуванням;
4) представництво інтересів місцевого населення [11].

Незважаючи на таке формулювання ("напрями діяльності місцевого самоврядування"), що відображає характеристику функцій будь-якого явища чи процесу в юриспруденції, все ж таки слід зазначити, що виокремленні напрями діяльності більше відображають види юридичної практичної діяльності, що здійснюється суб'єктами місцевого самоврядування та мають відповідні юридичні наслідки.

Так само і, проводячи розмежування місцевих органів державної влади та місцевого самоврядування, вченою наголошується на таких відмінностях, що мають характер функціонального призначення. Так до таких відмінностей відносяться:

- по-перше, те, що органи місцевого самоврядування здійснюють функції комунального (муніципального) управління;
- по-друге, те, що органи місцевого самоврядування здійснюють свою діяльність на основі затверджених програм соціально-економічного та культурного розвитку.

А. М. Колодій та А. Ю. Олійник в своїх дослідженнях окремо не розглядають функціональне призначення місцевого самоврядування, проте акцентують увагу на тому, що саме законодавчо закріплене визначення місцевого самоврядування в Україні як "гарантованого державою права та реальної здатності територіальної громади – жителів села чи добровільного об'єднання у сільську громаду жителів кількох сіл, селища, міста – самостійно або під відповідальність органів та посадових осіб місцевого самоврядування вирішувати питання місцевого значення у межах Конституції і законів України" вже наголошують на функціональному призначенні місцевого самоврядування, що виявляється у "вирішенні питань місцевого значення" [12].

В. І. Червонюк, будучи прихильником державницької концепції місцевого самоврядування, зробив спробу розглянути місцеве самоврядування з позиції його походження від держави та державної влади в контексті його функціонального призначення. Тобто функції місцевого самоврядування є похідними від функцій держави, що реалізуються на місцях. В цьому контексті вчений зазначає про те, що саме держава по відношенню до місцевого самоврядування:

- по-перше, сприяє створенню громадянського суспільства та підпорядковує місцеве самоврядування своєму служінню;
- по-друге, забезпечує в рівних можливостях участь як органів держави, так і органів місцевого самоврядування в усіх сферах життєдіяльності суспільства, засновуючись на принципах справедливості;
- по-третє, визначає межі свого впливу в сфери повноважень інститутів місцевого самоврядування [13].

В свою чергу В. М. Сирих, розглядаючи особливості місцевого самоврядування та його призначення у суспільстві, окремо не виокремлює функції місцевого самоврядування, проте вважає що основним і єдиним призначенням місцевого самоврядування є створення альтернативного державній владі механізму управління суспільством, який би сприяв тому, що "система відносин у суспільстві максимально сприяла б особистості найбільш повно розкрити свою індивідуальність, досягнути успіху тощо" [14]. Таким чином вчений наголошує на такому призначенні місцевого самоврядування як забезпечення конкурентності з владою держави, яка реалізує інтереси і потреби держави. При чому місцеве самоврядування функціонує з метою сприяти реалізації потреб і інтересів індивідів поряд з реалізацією потреб та інтересів держави. Дещо подібними є погляди і А. Б. Венгерова, який вважає, що місцеве самоврядування виконує роль проміжної ланки у взаємозв'язку між громадянами і державою, і саме на місцеве самоврядування покладається функція

забезпечення керованості суспільства без втручання органів державної влади [15].

Альтернативними до вищезазначених є погляди вчених щодо розуміння функцій місцевого самоврядування як таких, що походять від функцій держави. Відповідно до цього підходу вченими наголошується на тому, що місцеве самоврядування є проявом політичної функції держави щодо "цілепокладання" на органи місцевого самоврядування завдань вирішення питань на місцевому рівні [16]. Такий підхід, на нашу думку, відображає тісний взаємозв'язок функціонального призначення держави та місцевого самоврядування, проте применшує роль та значення місцевого самоврядування як природної форми саморегулювання відносин відповідної територіальної громади, з огляду на історичні коріння місцевого самоврядування, його природу та сутність. Такі погляди вчених відображають примат держави як політико-територіальної організації влади, проте не в повній мірі враховують функціональний потенціал інституцій самоврядування населення як засобів управління суспільством.

Узагальнюючи погляди вчених – теоретиків держави і права, які досліджували проблематику місцевого самоврядування як загальнотеоретичного інституту, можливо підсумувати наступне:

1) місцеве самоврядування як окремий напрям дослідження теорії держави і права, виокремлюється лише в сучасній юридичній літературі та має досить епізодичний характер дослідження;

2) наукове дослідження місцевого самоврядування та його функціонального призначення на сьогодні переважно зумовлюється тією чи іншою концепцією місцевого самоврядування та здійснюється, як правило, шляхом порівняння (співвідношення) з державно-владним впливом на суспільні відносини;

3) наука теорія держави і права відчуває гострий дефіцит у наукових дослідженнях місцевого самоврядування як загальнотеоретичного феномену, в тому числі і дослідженнях проблематики його функціонального призначення;

4) функціональне призначення місцевого самоврядування як правило розглядається опосередковано через визначення напрямків діяльності суб'єктів місцевого самоврядування або шляхом порівняння з функціонуванням органів державної влади та держави в цілому;

5) місцеве самоврядування як об'єкт наукового юридичного дослідження набуває міждисциплінарного характеру, ключову роль в якому відіграє теорія держави і права як дисципліна, що вивчає загальні закономірності місцевого самоврядування;

6) функціональний аналіз як ключовий методологічний напрям наукового дослідження державно-правових явищ та процесів, набуває підвищеного рівня актуальності в умовах переосмислення місцевого самоврядування та його ролі в сучасних умовах розбудови громадянського суспільства в Україні.

1. Батанов О. В. Муніципальна влада в Україні: проблеми теорії та практики: Монографія / Відп. Ред. М. О. Баймуратов. – К.: Юридична думка, 2010. – С. 369. 2. Борденюк В. І. Місцеве самоврядування та державне управління: конституційно-правові основи співвідношення та взаємодії: Монографія. – К.: Парламентське видавництво, 2007. – С. 429. 3. Батанов О. В. Там само. – С. 367. 4. Батанов О. В. Там само. – С. 368. 5. Теорія держави і права. академічний курс: [Підручник] / [За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – 2-ге вид., перероб. і допов.]. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С. 168. 6. Там само. – С. 171. 7. Там само. – С. 172. 8. Котюк В. О. Загальна теорія длержави і права: Навчальний посібник. – К.: Атіка, 2005. – С. 342. 9. Скакун О.Ф. Теория государства и права: Учебник. – Харьков: Консум; Ун-т внутр. дел, 2000. – С. 345. 10. Скакун О. Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс) [учебник]. / О. Ф. Скакун. – Х.: Эспада, 2007. – С. 169. 11. Скакун О. Ф. Там само. – С. 169. 12. Колодій А. М., Олійник А. Ю. Державне будівництво і місцеве самоврядування: Навч. посіб. – К.: Юрінком Інтер, 2000. – С. 164. 13. Червонюк В. И. Теория государства и права: [учебник] / В. И. Червонюк. – М.: ИНФРА-М, 2006. – С. 642-643. 14. Проблемы теории государства и права. Учебник / Под ред. В. М. Сырых. – М.: Эксмо, 2008. – С. 130. 15. Венгеров А. Б. Теория государства и права: учеб. [для юрид. вузов] / А. Б. Венгеров. – 5-е изд., стер. – М.: Омега-Л, 2008. – С. 602-603. 16. Теория государства и права: учебник / под. Ред. А. Г. Хабибулина, В. В. Лазарева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: ИД "Форум": Инфра-М, 2009. – С. 95.

Надійшла до редколегії 30.01.12

О. Плахотнік, канд. юрид. наук

РЕФОРМУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ УКРАЇНИ ТА РЕАЛІЗАЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА ЛЮДИНИ НА ЗАХИСТ В УМОВАХ ВПРОВАДЖЕННЯ ЄВРОПЕЙСЬКИХ СТАНДАРТІВ СУДОЧИНСТВА

Аналізуються проблеми реформування кримінально-процесуального законодавства в Україні. Розглядається право людини і громадянина на захист у чинному законодавстві, проекті кримінально-процесуального кодексу, міжнародних документах. Зіставляються визначення захисник і адвокат. Пропонується доопрацювання проекту кримінально-процесуального кодексу № 9700.

Ключові слова: кримінально-процесуальне законодавство, міжнародні документи, стандарти Ради Європи, проект кримінально-процесуального кодексу України № 9700, права і свободи людини, правова допомога, захисник, адвокат.

Анализируются проблемы реформирования криминально-процессуального законодательства в Украине. Рассматривается право человека и гражданина на защиту в действующем законодательстве, проекте криминально-процессуального кодекса, международных документах. Сопоставляются определения защитник и адвокат. Предлагается доработка проекта криминально-процессуального кодекса № 9700.

Ключевые слова: криминально-процессуальное законодательство, международные документы, стандарты Совета Европы, проект криминально-процессуального кодекса Украины № 9700, права и свободы человека, правовая помощь, защитник, адвокат.

Problems of reforming of the criminal and procedural legislation in Ukraine are analyzed. It is considered a human right and the citizen on protection in the current legislation, the project of the criminal and procedural code, the international documents. Definitions the defender and the lawyer are compared. Completion of the project of the criminal and procedural code № 9700 is offered.

Key words: criminal and procedural legislation, international instruments, standards of the Council of Europe, a project of criminal Procedure Code of Ukraine № 9700, human rights and freedoms, legal aid, a defender, a lawyer.

Розвиток кримінально-процесуального законодавства в Україні супроводжується цілою низкою законопроектів, які пропонують внесення змін з метою удосконалення Кримінально-процесуального кодексу від 28.12.1960 року (далі – чинний КПК) [3], але законодавство, яке регулює порядок здійснення кримінального судочинства, має забезпечувати не лише кримінальне покарання, а й гарантувати належне дотримання прав людини у кримінальному процесі та рівні процесуальні можливості сторін обвинувачення і захисту, які сприятимуть реальному утвердженню змагальності кримінального процесу.

© Плахотнік О., 2012

В цілому внесення поодиноких змін не призведе до змістовної перебудови кримінального процесу, а для забезпечення нових соціально-політичних умов життя суспільства і держави у сучасних умовах потрібно прийняти новий Кримінально-процесуальний кодекс, основою якого буде не обвинувальна (інквізиційна), а змагальна модель кримінального судочинства в якій всі положення будуть відповідати Конституції України, міжнародним документам та європейським стандартам судочинства.

Серед зареєстрованих проектів Кримінально-процесуального кодексу у Верховній Раді України є проекти: № 7431 від 23.06.2001; № 3456 від 29.04.2003; № 3456–1 від 19.05.2003; 3456–д від 18.11.2005; № 0952 від 25.05.2006; № 1233 від 13.12.2007; № 9700 від 13.01.2012 та Проект Кодексу України кримінального процесу № 9700–1 від 13.01.2012. Робота над проектами Кримінально-процесуального кодексу потребує значних зусиль, реалізації завдань та міжнародних зобов'язань, які стоять перед Україною. Найбільш прогресивним та змістовним став проект Кримінально-процесуального кодексу № 9700 (далі – проект КПК) [4], який потребує значної уваги з боку науковців та депутатів, як суб'єктів законодавчої ініціативи, з метою приведення норм проекту КПК до європейських стандартів судочинства.

Сьогодні існує багато точок зору стосовно внесення змін до кримінально-процесуального законодавства, а професійні дискусії з цих питань стають дедалі змістовними, але у процесі удосконалення потрібне розуміння, наскільки треба удосконалити відповідні норми і чи потрібно йти саме таким шляхом удосконалень для реалізації Україною міжнародних зобов'язань.

Виникає питання, чому не внести змістовні зміни до існуючого чинного КПК та не привести у відповідність необхідні положення чинного КПК до вимог Ради Європи? Майже кожний проект кримінально-процесуального кодексу включає в себе дублювання деяких положень чинного КПК з відповідним внесенням змін. Це говорить про те, що чинний КПК складається з фундаментальних принципів, які вже відпрацьовані на теоретичному та практичному рівні, *але щодо питань реалізації міжнародних стандартів судочинства, забезпечення конституційних прав людини, дії "європейських" правових норм потрібно удосконалити не лише окремі положення*, а повністю переглянути існуючу *систему кримінальної юстиції* [2].

Розглядаючи чинне кримінально-процесуальне законодавство України з позиції стандартів Ради Європи у сфері захисту прав людини і основоположних свобод, можна дійти висновку, що чинний КПК відображає ідеологію та правові цінності, які вже не відповідають сучасним потребам європейської спільноти. Рада Європи жорстко критикує чинний КПК, зокрема через практично повну відсутність змагальності та усунення сторони захисту від участі у збиранні та фіксації доказів; його надмірну авторитарність та забюрократизованість процесу, в якому судове засідання відіграє дуже обмежену роль; відсутність ефективних гарантій належного судочинства; надмірність та великою мірою неврегульованість повноважень прокуратури, яка головним чином відповідає за забезпечення законності, а не за проведення розслідування; відсутність судового контролю за діяльністю слідчих органів та міліції; сильний інституційний тиск щодо винесення обвинувального вироку та відсутність незалежності суддів; порушення демократичних стандартів, щодо остаточності судового рішення; поваги до рішення суду, та ін.

Для забезпечення зобов'язань перед Радою Європи, чинне кримінально – процесуальне законодавство України повинно бути побудоване на тих же демократичних засадах, що й більшість кримінально-процесуальних кодексів континентальної Європи, повинно бути ефективним щодо захисту прав людини та бути надійною базою для основних реформ у кримінальному процесі України.

Сьогодні проект КПК прийнятий за основу у першому читанні 09.02.2012 та готується на друге читання. Проект КПК пройшов громадське обговорення на сайті Міністерства юстиції України, отримав позитивний висновок Європейської комісії за демократію через право, пройшов слухання у комітеті Верховної Ради України з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності, перше читання у Верховній Раді України. Дивлячись на такі результати висновків і розглядів, можна стверджувати, що цей проект КПК може бути прийнятий у другому читанні, але розглядаючи проект КПК в контексті реалізації права людини на захист та стосовно повноважень захисника, виникає бажання звернути увагу на норми чинного КПК та удосконалити відповідні норми проекту КПК в аспекті визначеної проблеми.

Стосовно повноважень захисника та права людини і громадянина на захист, потрібно порівняти норми чинного КПК із нормами проекту КПК і зроблені висновки співставити із міжнародними нормами. Крім того, необхідно дослідити процесуальні повноваження суб'єктів, які мають право на захист, та суб'єктів, які уповноважені захищати права і свободи людини та громадянина у кримінальному процесі України.

На думку автора, *у процесі реалізації захисту прав і свобод людини і громадянина потрібно дотримуватись міжнародних та конституційних вимог, уникати звуження і обмеження реалізації прав та свобод людини і громадянина на захист.*

Спочатку треба звернути увагу на змагальність і диспозитивність, як на одні з головних принципів кримінального процесу, та визначити сторони обвинувачення і захисту. Статтею 16–1 чинного КПК [3], встановлено, що розгляд справ у судах відбувається на засадах *змагальності*. Державне обвинувачення в суді здійснює прокурор, також обвинувачення здійснює потерпілий або його представник. *Захист підсудного здійснює сам підсудний, його захисник або законний представник*. Прокурор, підсудний, його захисник чи законний представник, потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач та їх представники беруть участь *у судовому засіданні як сторони і користуються рівними правами* та свободою у наданні доказів, їх дослідженні та доведенні їх переконливості перед судом. Суд, зберігаючи об'єктивність і неупередженість, створює необхідні умови для виконання сторонами їх процесуальних обов'язків і здійснення наданих їм прав. Функція розгляду справи покладається на суд.

Отже, чинний КПК закріплює змагальність, реалізацію конституційних прав на захист, визначає сторони кримінального процесу та рівні права сторін. Це говорить про те, що критика спрямована в сторону неналежного забезпечення змагальності в існуючому кримінальному процесі знаходиться "на межі" реалізації цього принципу, його практичного застосування відповідно до моделі європейських стандартів судочинства.

Статтею 21 чинного КПК передбачено, що *підозрюваному, обвинуваченому і підсудному забезпечується право на захист та право мати захисника*. Особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор, суддя і суд зобов'язані до першого допиту підозрюваного, обвинуваченого і підсудного *роз'яснити їм право мати захисни-*

ка і скласти про це протокол, а також *надати підозрюваному, обвинуваченому і підсудному можливість захищатися встановленими законом засобами* від пред'явленого обвинувачення та забезпечити охорону їх особистих і майнових прав. Статтями 42, 43 *обвинувачений та підозрюваний має право мати захисника і побачення з ним до першого допиту*. Тобто чинний КПК закріплює посадові обов'язки органів, право обвинуваченого та підсудного знати, в чому його обвинувачують; право обвинуваченого і підсудного *знати свої права та право мати захисника* [3].

Статтею 20, проекту КПК закріплено право підозрюваного і обвинуваченого на захист, яке полягає у наданні можливості надати усні або письмові пояснення з приводу підозри чи обвинувачення, право збирати і подавати докази, брати особисту участь у кримінальному провадженні, а також *користуватися правовою допомогою захисника*.

Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд, зобов'язані роз'яснити підозрюваному, обвинуваченому його права та *забезпечити право на кваліфіковану правову допомогу з боку обраного ним або призначеного захисника*. Підозрюваному, обвинуваченому правова допомога надається безоплатно – за рахунок держави. Участь у кримінальному провадженні захисника підозрюваного, обвинуваченого, представника потерпілого не звужує процесуальних прав підозрюваного, обвинуваченого, потерпілого [4].

Цією статтею у проекті КПК, на думку автора, закріплюється важливе право збирати і подавати докази, брати особисту участь у кримінальному провадженні, підозрюваний і обвинувачений має право на кваліфіковану правову допомогу безоплатно (за рахунок держави). Враховуючи можливість безоплатної правової допомоги за рахунок держави та відсутність в наведеній статті процесуального статусу підсудного, краще внести зміни і додати статус підсудного до обвинуваченого та закріпити право на безоплатну правову допомогу у виправданого, тоді ця норма буде відповідати всім процесуальним статусам пов'язаним з презумпцією невинуватості. Окрім того, норма, яка закріплює участь захисника у кримінальному провадженні *без звуження процесуальних прав підозрюваного, обвинуваченого, потерпілого*, потребує детального аналізу закріплених прав після визначення статусу захисника, оскільки права людини не можуть бути обмеженні участю захисника так само, як і право на вільний вибір захисника не повинно бути обмеженим.

Говорячи про *захист*, потрібно звернути увагу на *захисника* у чинному КПК та проекті КПК, також порівняти права та процесуальні можливості захисника у чинному КПК та проекті КПК.

Виникає необхідність дати визначення захиснику. Статтею 44 чинного КПК визначено, що захисником є особа, яка в порядку, встановленому законом, уповноважена здійснювати захист прав і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого та *надання їм необхідної юридичної допомоги при провадженні у кримінальній справі*. Захисниками допускаються особи, які мають свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю в Україні *та інші фахівці у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи.* У випадках і в порядку, передбачених чинним КПК, як захисники допускаються близькі родичі обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, його опікуни або піклувальники [3].

Ця норма дає визначення захиснику та встановлює вимоги до захисників та інших фахівців у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги. Також закріплюється право допустити близьких родичів, як захисників до участі у справі.

На відміну від чинного КПК, статтею 45 проекту КПК *захисником є адвокат*, який здійснює захист підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого, а також особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування. *Захисником не може бути адвокат, який не внесений до Єдиного реєстру адвокатів та адвокатських утворень або виключений з нього* [4].

Суперечливим, на думку автора, є визначення, яке дається захиснику у пунктах 1, 2 статті 45 проекту КПК, а саме те, що *захисником є адвокат*, який здійснює захист підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого, а також особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, та те що *захисником не може бути адвокат, який не внесений до Єдиного реєстру адвокатів та адвокатських утворень* або виключений з нього.

Аналізуючи статтю 45 проекту КПК виникає питання, чому не йдеться про *інших фахівці у галузі права, які за законом мають право на надання правої допомоги*? Наприклад, у Концепції реформування кримінальної юстиції закріплено можливість обирати захисника (представника) підозрюваним, обвинуваченим, потерпілим, *як правило, з числа адвокатів,* при цьому слід забезпечити процесуальні гарантії конфіденційності спілкування захисника (представника) з підозрюваним, обвинуваченим, потерпілим. Органи досудового розслідування, державний обвинувач і суд мають бути позбавлені процесуальних можливостей втручатися у вибір захисника та перешкоджати його участі у справі [2]. Формулювання "*як правило, з числа адвокатів*" за своєю суттю є диспозитивним правом людини на вільний вибір захисника своїх прав. З цього трактування можна зрозуміти, що Концепція реформування кримінальної юстиції чітко не визначає, *що захисником повинен бути тільки адвокат*, а в результаті у проекті КПК пропонується чітке визначення захисника, як адвоката. Можна передбачити, що таким чином у проекті КПК пропонується підвищити вимоги до надання правової допомоги, але як тоді бути з суб'єктами підприємницької діяльності, які надають правову допомогу клієнтам у порядку, визначеному законодавством України і не входять до Єдиного реєстру адвокатів та адвокатських утворень?

Щоб відповісти на ці суперечливі питання – потрібно дослідити норми Конституції України, а саме у частині третій статті 29 Конституції України закріплено положення, які гарантують кожному заарештованому чи затриманому можливість користуватися правовою допомогою захисника.

Право на правову допомогу, *свободу у виборі захисника* та право на безоплатну правову допомогу є у кожного, відповідно до частини першої статті 59 Конституції України [1].

З одного боку можна сказати, що пунктом 1, статті 45 проекту КПК це право можна реалізувати, обравши найкращого захисника серед інших, але це право, на думку автора, буде обмежене, оскільки статтею 45 проекту КПК чітко визначено, що захисником має бути адвокат, який внесений до Єдиного реєстру адвокатів та адвокатських утворень.

Також слід додати, що пунктами 7, 8 статті 12 Закону України "Про безоплатну правову допомогу" [6], визначено, що органи місцевого самоврядування можуть залучати до надання безоплатної первинної правової

допомоги *адвокатів або інших фахівців у відповідній галузі права*. *Адвокат, інший фахівець у відповідній галузі права чи юридична особа приватного права*, з якими укладено договір про надання первинної правової допомоги, зобов'язані надавати високоякісну допомогу в обсязі та строки, визначені договором.

Отже, Законом України "Про безоплатну правову допомогу" закріплена можливість надання безоплатної правової допомоги за адвокатами, фахівцями у галузі права чи юридичними особами приватного права. На думки автора, норми, які забезпечують свободу вибору і не звужують права людини на захист повністю відповідають частині першій статті 59 Конституції України.

Другою частиною статті 59 Конституції України закріплено право на захист від обвинувачення та надання правової допомоги, а при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура.

Ця частина статті 59 Конституції України з першого погляду відповідає запропонованим змінам у проекті КПК, які виключають інших фахівців у галузі права і залишають лише адвокатів, але ця норма тільки закріплює правове регулювання діяльності і статус адвокатури при реалізації адвокатурою своїх завдань відповідно до Закону України "Про адвокатуру" [5].

Особливої уваги в даному випадку заслуговує стаття 64 Конституції України, а саме те, що *Конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені крім випадків, передбачених Конституцією України*. *Не можуть бути обмежені права і свободи,* передбачені статтею 59 Конституції України.

Тепер слід звернути увагу на міжнародні документи, а саме на Загальну декларацію прав людини [7] та Конвенцію про захист прав і основоположних свобод [8].

Пунктом 1, статті 11 Загальної декларації прав людини [7] закріплено право *кожної людини на захист від обвинувачення при якому людині забезпечують усі можливості для захисту.*

Підпунктом С, пункту 3, статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [8] закріплено *право захищати себе особисто чи використовувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд*, або – за браком достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника – одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя. Отже, проаналізувавши цю статтю, можна стверджувати, що Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод закріплено *право обирати захисника на власний розсуд*.

Підпунктами B, D пункту 3, статті 6 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права [9] закріплено *право захищати себе особисто або за посередництвом обраного захисника. Мати достатній час і можливості для підготовки свого захисту і спілкуватися з обраним самим ним захисником.*

Дослідивши міжнародні документи, які визнані Верховною Радою України (а відповідно до статті 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України), можна зробити висновок, що право на вільний вибір захисника є похідним відповідно до норм закріплених у цих міжнародних документах.

Слід також проаналізувати резолютивну частину рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Солдатова Геннадія Івановича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України, статті 44 Кримінально-процесуального кодексу України, статей 268, 271 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про право вільного вибору захисника), м. Київ, 16 листопада 2000 року Справа N 1–17/2000 N 13–рп/2000 [10].

Конституційний Суд України вирішив:

1. Положення частини першої статті 59 Конституції України про те, що *"кожен є вільним у виборі захисника своїх прав"*, в аспекті конституційного звернення громадянина Солдатова Г.І. треба розуміти як *конституційне право підозрюваного, обвинуваченого і підсудного при захисті від обвинувачення* та особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, *з метою отримання правової допомоги вибирати захисником своїх прав особу*, *яка є фахівцем у галузі права і за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи*.

2. Положення частини другої статті 59 Конституції України про те, що "для забезпечення права на захист від обвинувачення *в Україні діє адвокатура", треба розуміти як одну із конституційних гарантій, що надає підозрюваному, обвинуваченому і підсудному можливість реалізувати своє право вільно вибирати захисником у кримінальному судочинстві адвоката – особу, яка має право на заняття адвокатською діяльністю.*

3. *Визнати такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними)*: *– положення* частини першої статті 44 Кримінально-процесуального кодексу України, *за яким обмежується право на вільний вибір підозрюваним, обвинуваченим і підсудним як захисника своїх прав, крім адвоката, іншого фахівця у галузі права, який за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи*.

Дослідивши рішення Конституційного Суду України [10], можна сказати, що *вільний вибір захисника*, який є фахівцем у галузі права і за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи та вільний вибір захисника у кримінальному судочинстві, адвоката, особу, яка має право на заняття адвокатською діяльністю є *конституційним правом* громадянина, а *обмеження права на вільний вибір* захисника, крім адвоката, іншого фахівця у галузі права, який за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи є *неконституційним*.

Чинним законодавством чітко визначено те що, захисником є особа, яка в порядку, встановленому законом, уповноважена здійснювати захист прав і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого та надання їм необхідної юридичної допомоги при провадженні у кримінальній справі. *Як захисники допускаються особи, які мають свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю в Україні та інші фахівці у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи*.

З огляду на проведене дослідження у проекті кримінально-процесуального кодексу України № 9700 доцільно виключити обмеження конституційних прав людини щодо надання правової допомоги та замінити визначення захисника, як адвоката на захисника, як фахівця у галузі права, яке є у чинному законодавстві України. На думку автора, у процесі реалізації прав і свобод людини і громадянина на захист, *потрібно уникати звуження змісту та обсягу існуючих конституційних прав і свобод*. Диспозитивне право на вільний вибір захисника та інших фахівців у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги, закріплене у новому кримінально-процесуальному кодексі України, буде повністю відповідати європейським стандартам судочинства та конституційним правам і свобо-

дам людини і громадянина, що у свою чергу дозволить Україні "уніфікувати" кримінальний процес та належним чином виконати зобов'язання перед Радою Європи.

1. Конституція України від 28.06.1996/ Відомості Верховної Ради України. – 23.07.1996. – № 30. – стаття 141. 2. Указ Президента України №311/2008 від 08.04.2008, Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 15 лютого 2008 року "Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів"/ Урядовий кур'єр. – 17.04.2008. – № 72. 3. Кримінально-процесуальний кодекс України від 28.12.1960. Відомості Верховної Ради УРСР. – 12.01.1961. – № 2. – стаття 15. 4. Проект кримінально-процесуального кодексу України № 9700 від 13.01.2012// 9 сесія, VI скликання. – Суб'єкт законодавчої ініціативи: Президент України Янукович В.Ф., Головний комітет: Комітет з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності. 5. Закон України "Про адвокатуру" від 19.12.1992/ Голос України. – 29.01.1993. 6. Закон України "Про безоплатну правову допомогу" від 02.06.2011 // Голос України. – 08.07.2011. – № 122. 7. Загальна декларація прав людини (рос/укр) ООН; Міжнародний документ від 10.12.1948 // Голос України. – 10.12.2008. – № 236. 8. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод; Міжнародний документ від 04.11.1950/ Офіційний вісник України. – 16.04.1998. – № 13, / № 32. – 23.08.2006 /. – С. 270. 9. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права; Міжнародний документ від 16.12.1966/ Ратифікація від 19.10.1973, підстава – 2148–08.– Указ Президії Верховної Ради Української РСР "Про ратифікацію Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права та Міжнародного пакту про громадянські і політичні права". 10. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Солдатова Геннадія Івановича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України, статті 44 Кримінально-процесуального кодексу України, статей 268, 271 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про право вільного вибору захисника) м. Київ, 16 листопада 2000 року. – Справа N 1–17/2000 N 13–рп/2000 // Офіційний вісник України. – 08.12.2000. – № 47. – С. 109. – стаття 2045. – код акту 17236/2000.

Надійшла до редколегії 30.01.12

І. Сахарук, асп.

ВДОСКОНАЛЕННЯ МЕХАНІЗМУ НЕДОПУЩЕННЯ ДИСКРИМІНАЦІЇ У СФЕРІ ПРАЦІ ЗА СТАНОМ ЗДОРОВ'Я

У статті здійснено аналіз норм міжнародного та національного трудового законодавства, а також досвіду зарубіжних країн щодо захисту від дискримінації за станом здоров'я. Досліджено спеціальні гарантії щодо захисту окремих категорій працівників, які найчастіше зазнають дискримінації за станом здоров'я: осіб з обмеженими можливостями (інвалідів), хворих на ВІЛ/СНІД, осіб із генетичними захворюваннями. Внесено пропозиції по вдосконаленню правового забезпечення і правозастосовної практики у вказаній сфері.

Ключові слова: дискримінація, особи з обмеженими можливостями, інваліди, ВІЛ-позитивні особи, політика позитивних дій, квотування робочих місць, генетичний код.

В статье осуществлен анализ норм международного и национального трудового законодательства, а также опыта зарубежных стран по защите от дискриминации по состоянию здоровья. Исследованы специальные гарантии защиты отдельных категорий работников, которые зачастую подвергаются дискриминации по состоянию здоровья: лиц с ограниченными возможностями (инвалидов), больных ВИЧ/СПИДом, лиц с генетическими заболеваниями. Внесены предложения по усовершенствованию правового обеспечения и правоприменительной практики в указанной сфере.

Ключевые слова: дискриминация, лица с ограниченными возможностями, инвалиды, ВИЧ-положительные лица, политика позитивных действий, квотирование рабочих мест, генетический код.

The article analyzes the international and national labour legislation and practices of foreign countries concerning protection against discrimination for reasons of health. Investigated specific guarantees to protect certain categories of employees, who often exposed to this type of discrimination: people with disabilities (the invalid), HIV/AIDS, people with genetic diseases. Determined proposals on improvement of legal basis and law enforcement practice in researched sphere.

Keywords: discrimination, persons with disabilities, invalids, HIV-positive persons, the policy of positive action, quotas for workplacesб the genetic code.

Недопущення дискримінації, зокрема у сфері праці, в сучасному суспільстві сприймається як правова аксіома. Норми стосовно рівності прав та можливостей відображені міжнародними актами та національним законодавством. Зокрема, відповідно до ст. 3 Конституції України, людина, її права і свободи, а також соціальна рівність та рівноправність є найвищою соціальною цінністю [1]. А ст. 24 Основного Закону регламентує недопущення привілеїв та обмежень за будь-якими дискримінаційними ознаками. Нормативно закріплено рівність трудових прав працівників і ст. 2-1 Кодексу законів про працю [2]. Проте, на практиці, дискримінаційні дії роботодавців, особливо в процесі добору кадрів, набувають все більшого поширення.

Конвенція Міжнародної організації праці № 111 про дискримінацію в галузі праці та занять 1958 р. (ратифікована Україною 30 червня 1961 р.) визначає найважливіші дискримінаційні ознаки – раса, колір шкіри, стать, вік, релігія, політичні переконання, національна приналежність, соціальне походження [3]. Даний перелік, згідно з нормами Конвенції, виправдано не є вичерпним, оскільки розвиток суспільних відносин призводить до виникнення нових видів дискримінації. Так, останнім часом все більшого поширення набуває дискримінація у сфері праці за станом здоров'я. При цьому, якщо дискримінація за ознакою інвалідності є вже "традиційною" українському суспільстві, то сьогодні вона поширилась і на осіб з вадами здоров'я, які не впливають взагалі, або мінімально впливають на виконання трудової функції.

Дослідженням проблеми захисту від дискримінації за станом здоров'я займались І. Козуб, В. Лось, В. Рябуха, Т. Семигіна, І. Твердовський, О. Тищенко, А. Тютюнник тощо. Крім того, ця проблем постійно перебуває в центрі уваги правозахисних організацій, зокрема Української Гельсінської спілки з прав людини та Харківської правозахисної групи. Метою даної статті є аналіз діючого міжнародного і національного законодавства щодо недопущення дискримінації за станом здоров'я, виявлення проблем та внесення пропозицій стосовно вдосконалення практики реалізації нормативних положень у цій сфері.

Стан здоров'я як дискримінаційна ознака не виділяється окремо міжнародним та національним законодавством, в тому числі і Конвенцією МОП № 111, яка є основоположною щодо регламентації заборони дискримінації у сфері праці [3]. Це пояснюється, в першу чергу, тим, що Конвенція відображає традиційні види дискримінації, які були найбільш поширеними на момент прийняття цього акту. І хоча перелік ознак, за якими може проводитись дискримінація, не носить вичерпного характеру, доцільним є перегляд Конвенції з метою доповнення цього переліку тими ознаками, які в сучасному суспільстві все більше застосовуються роботодавцями, в тому числі і стану здоров'я. Саме таким шляхом пішли розробники проекту Трудового кодексу України №1108, ст. 3 якого містить значно розширений перелік дискримінаційних ознак порівняно з аналізованою Конвенцією та діючим національним законодавством [4]. До таких ознак у

© Сахарук І., 2012

проекті віднесено і стан здоров'я, в тому числі інвалідність та наявність чи підозра захворювання на ВІЛ/СНІД.

Стан здоров'я особи залежно від виду та характеру захворювання може як впливати на виконання трудових обов'язків, так і не позначатись на працездатності особи взагалі. В першому випадку мова йде про інвалідів, в другому – про осіб, які мають інші захворювання, зокрема туберкульоз, ВІЛ/СНІД, певні генетичні хвороби тощо. Дослідження вказаних категорій потребує різних підходів, оскільки обмеження щодо прийняття на роботу за станом здоров'я можуть бути як виправданими, так і дискримінаційними.

Особи з обмеженими можливостями (інваліди) на ринку праці відносяться до найменш конкурентоспроможної категорії працівників, що посилює їх незахищеність від дискримінації у сфері праці. В Україні у 2011 р. кількість осіб з порушеннями фізичного чи психічного розвитку становила 2,71 млн. (5,9% від загальної кількості населення), хоча цю цифру слід вважати заниженою. Невідповідність офіційної статистики обумовлена відсутністю можливості, а в певних випадках і бажання людей з вадами здоров'я отримати статус інваліда. Крім того, в Україні немає єдиної системи моніторингу стану людей з інвалідністю, оскільки "статистична звітність збирається різними державними органами відокремлено, має різну методологічну базу збору первинних даних, що унеможливлює їх порівняння і аналіз для визначення потреб інвалідів" [5].

Проте, навіть якщо брати до уваги офіційні дані, чисельність осіб з інвалідністю є настільки значною, що необхідне надання таким особам посиленого правового захисту з метою забезпечення рівності їх прав та можливостей, зокрема і у сфері праці.

Згідно зі ст. 27 Конвенції ООН про права інвалідів від 13 грудня 2006 р. (ратифікованої Україною 16 грудня 2009 р.), забороняється дискримінація за ознакою інвалідності у всіх питаннях, які стосуються зайнятості, зокрема умов прийому на роботу, наймання та зайнятості, збереження роботи, просування по службі та безпечних і здорових умов праці [6]. На забороні дискримінації стосовно інвалідів наголошено і ст. 1 Закону України "Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні" від 21 березня 1991 р. [7].

Перш, ніж перейти до аналізу проблем реалізації нормативних положень щодо заборони дискримінації інвалідів у сфері праці, необхідно дати визначення поняттю "інвалід". Так, "Стандартними правилами забезпечення рівних можливостей для інвалідів" 20 грудня 1993 р. під терміном "інвалід" розуміють будь-яку особу, яка не може самостійно забезпечити ведення цілком або частково свого особистого і/або соціального життя через недолік від уродженого або не уродженого характеру, фізичних або розумових здібностей [8]. А Закон України "Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні" інвалідом визнає особу зі стійким розладом функцій організму, зумовленим захворюванням, наслідком травм або з уродженими дефектами, що призводить до обмеження життєдіяльності, до необхідності в соціальній допомозі і захисті [7]. Щодо інвалідності у сфері праці, то відповідно до Рекомендації МОП №168 щодо професійної реабілітації та працевлаштування інвалідів 1983 р., термін "інвалід" поширюється на осіб, можливості котрих отримувати та зберігати підходящу роботу і просуватись по службі значно обмежені у зв'язку з належним чином підтвердженим фізичним або психічним дефектом [9].

У сучасному законодавстві більшості розвинених країн світу термін "інвалід" не вживається. Натомість, використовуються поняття "особи з обмеженими можливостями", "особи з обмеженою працездатністю", "особи з особливими потребами" тощо. Такий підхід є обґрунтованим, оскільки дозволяє розглядати осіб з певними фізичними або психічними вадами як таких, що є певною мірою працездатними, хоча й потребують додаткового правового захисту. Крім того, в суспільстві сам термін "інвалід" часто викликає упередження та стереотипи, з огляду на що доцільним вважаємо заміну його в законодавстві поняттям "особи з обмеженими можливостями".

Незважаючи на проголошення рівності трудових прав осіб з обмеженими можливостями, на практиці вона часто не переростає в рівність можливостей. Адже, в більшості випадків, їх працевлаштування ускладнюється потребою в створенні спеціальних умов для виконання трудової функції, що зумовлює додаткові витрати роботодавця. Саме тому, останнім економічно невигідно укладати трудові договори із особами з обмеженими можливостями. А навіть у випадку їх працевлаштування, робота таких осіб часто вважається малокваліфікованою, і, відповідно, низькооплачуваною.

В доктрині національного трудового права норми щодо трудової діяльності осіб з обмеженими можливостями є спеціальними, оскільки встановлюють для них додаткові пільги та гарантії. Це так звана "політика позитивних дій", яка не вважається дискримінацією щодо інших працівників. Проте, як зазначається в доповіді правозахисних організацій щодо реалізації прав людини, "в Україні політика "позитивних дій" по відношенню до людей з інвалідністю підміняється існуванням певного набору пільг, процес отримання яких іноді сам по собі стає дуже принизливою процедурою" [10].

Закон України "Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні" встановлює норматив робочих місць для працевлаштування інвалідів у розмірі 4% середньооблікової чисельності штатних працівників облікового складу за рік, а якщо працює 8-25 осіб, – у кількості одного робочого місця [7]. За невиконання вказаного нормативу законодавство передбачає накладення на роботодавців адміністративно-господарських санкцій.

Позитивно оцінюючи саму ідею встановлення квотування щодо працевлаштування осіб з обмеженими можливостями, необхідно визнати значні недоліки її впровадження в Україні. По-перше, названим Законом встановлено обов'язок роботодавців самостійно здійснювати працевлаштування цих осіб відповідно до вказаних нормативів. Проте, вважаємо, що пошук підходящої роботи для осіб з обмеженими можливостями повинна здійснювати держава в особі уповноважених органів, зокрема, Державної служби зайнятості. Саме тому, більш обґрунтованим є встановлення обов'язку для роботодавців лише облаштовувати робочі місця або створювати спеціальні робочі місця для таких осіб, а їх підбором та направленням для працевлаштування зобов'язати займатись Державну службу зайнятості. І якщо остання не направляє особу з обмеженими можливостями на відповідне підприємство, установу, організацію для укладення трудового договору, роботодавець не повинен сплачувати штрафних санкцій.

По-друге, законодавством не враховано той факт, що умови праці на підприємствах окремих галузей (наприклад, пов'язаних з особливим фізичним навантаженням або підвищеною мобільністю) можуть бути непридатними для працевлаштування осіб з обмеженими можливостями. У таких підприємств, як зазначається в аналітичному звіті Правничого комітету Європейської Бізнес Асоціації, "не залишається іншого вибору, як

сплачувати штраф або утримуватися від розкриття фактичної середньооблікової чисельності працюючих та (або) розміру середньорічної зарплати [11, с.3]. Тому, встановлення вказаних нормативів для всіх без винятку роботодавців є необґрунтованим, так як для підприємств зі шкідливими і небезпечними умовами праці штрафні санкції стають, фактично, ще одним "податком". Пропонуємо в національному законодавстві закріпити підхід, згідно якого відсоток робочих місць для обов'язкового працевлаштування інвалідів буде визначатися виходячи не з середньооблікової чисельності працівників, а з кількості робочих місць, на яких можуть реально працювати особи з обмеженими можливостями.

З іншого боку, встановлення нормативів робочих місць для осіб з обмеженими можливостями не вирішує проблему їх працевлаштування. Найчастіше роботодавцю простіше сплачувати штраф кожного року, ніж облаштовувати робоче місце для вказаних осіб і встановлювати для них інші пільги, передбачені законодавством. Так, за даними Міністерства соціальної політики України, за 2010 р. 5767 роботодавців сплатили адміністративно-господарські санкції за невиконання нормативу робочих місць для працевлаштування інвалідів. При цьому, ця цифра збільшилась більш як у тричі порівняно з 2009 р., коли кількість таких роботодавців становила 1716 [12].

Крім того, за інформацією Рахункової палати, переважна більшість бюджетних установ ігнорує реєстрацію у Фонді соціального захисту інвалідів, подання звітності з працевлаштування, а відтак і виконання нормативу. Із 51,3 тис. бюджетних установ (у 2010 р.), наявних у базі Пенсійного фонду України, зареєструвалися у Фонді соціального захисту інвалідів та подали до нього звітність менше половини, а норматив виконують лише 11,3 тис. таких установ [5]. Така ситуація негативно відображається на сучасному стані працевлаштування осіб з обмеженими можливостями, оскільки державні підприємства, установи організації не тільки не виконують встановлену квоту робочих місць для інвалідів, але й показують приклад для наслідування для роботодавців приватної сфери. Вважаємо, що підприємства, установи, організації державної форми власності, і, в першу чергу, органи державної влади та місцевого самоврядування, повинні стати "модельним роботодавцем", що забезпечує реалізацію трудових прав усіх категорій громадян, в тому числі інвалідів, не допускаючи їх дискримінації у сфері праці. Тим більше, що доступ осіб з обмеженими можливостями до державної служби сприятиме врахуванню та захисту інтересів цієї категорії при прийнятті державних/місцевих рішень.

Ще однією проблемою залишається нераціональне використання коштів, отриманих в якості адміністративно-господарських санкцій від роботодавців. Згідно з п. 43 "Державної програми розвитку системи реабілітації та трудової зайнятості осіб з обмеженими фізичними можливостями, психічними захворюваннями та розумовою відсталістю на період до 2011 року", затвердженої постановою Кабінету Міністрів України 12 травня 2007 р., встановлено необхідність спрямовувати не менш як третину коштів, що надходять до Фонду соціального захисту інвалідів від застосування санкцій, на створення нових робочих місць для працевлаштування інвалідів [13]. Проте, за результатами аудиту Рахункової палати щодо ефективності використання коштів державного бюджету у 2008-2009 рр. на соціальну, трудову та професійну реабілітацію інвалідів у Львівській, Волинській, Рівненській і Тернопільській областях було встановлено, що лише 15% коштів використані для реалізації вказаного завдання, тоді як 85% – на оснащення реабілітаційних центрів та забезпечення діяльності відділень Фонду [14]. Крім того, аудит показав, що показники відділень Фонду щодо створення робочих місць є завищеними та необґрунтованими: переважна їх частина фактично не підтверджена, а окремі з них взагалі не мають відношення до працевлаштування інвалідів [14].

Отже, діючий підхід до системи квотування робочих місць не забезпечує реалізацію основного завдання такого квотування – працевлаштування осіб з обмеженими можливостями. Саме тому, необхідним є розробка додаткового комплексу заходів щодо недопущення дискримінації інвалідів у сфері праці.

На основі аналізу міжнародно-правових актів, такі заходи можна умовно поділити на три групи: 1) щодо включення осіб з обмеженими можливостями у вільний ринок праці; 2) щодо створення спеціалізованих підприємств для їх працевлаштування; 3) щодо розширення можливостей для індивідуальної трудової діяльності, підприємництва, організації власної справи.

Перша група заходів повинна включати, зокрема, вдосконалення професійної реабілітації, професійної підготовки та перекваліфікації осіб з обмеженими можливостями. В даному випадку необхідним є встановлення індивідуального підходу до вказаних осіб, залежно від ступеня втрати працездатності, розумових та фізичних здібностей особи, який може бути здійснено лише спеціально підготовленими фахівцями.

Крім того, до цієї групи заходів потрібно включити обов'язковість працевлаштування осіб з обмеженими можливостями в державному секторі, в тому числі, в органах публічної влади (за рахунок виконання встановлених квот), а також стимулювання їх працевлаштування в приватному секторі. Таке стимулювання може здійснюватись за рахунок надання роботодавцям дотацій, зокрема, для облаштування робочих місць. Хоча надання таких дотацій законодавчо встановлено ("Порядок надання дотацій роботодавцю за рахунок коштів Фонду соціального захисту інвалідів на створення спеціальних робочих місць для інвалідів, зареєстрованих у державній службі зайнятості", затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2006 р. (в редакції від 23 листопада 2011 р.) [15], за інформацією Рахункової палати цей механізм не використовується [14].

Можливими є надання роботодавцям інших пільг, наприклад, звільнення від сплати страхових внесків щодо працевлаштованих осіб з обмеженими можливостями. Слід також звернути увагу на можливість додаткового стимулювання роботодавців, які "перевиконують квоту" щодо працевлаштування осіб з обмеженими можливостями. В Німеччині, наприклад, такі роботодавці одержують 80% заробітку кожного додаткового інваліда у вигляді субсидій (протягом перших двох років), в Швеції – 50% (протягом всього часу), в Угорщині – 35% [11, с.6].

Що стосується спеціалізованих підприємств для працевлаштування осіб з обмеженими можливостями, то вони повинні створюватись державою або спільно з недержавними підприємствами, установами, організаціями у випадках, коли зайнятість неможливо забезпечити на вільному ринку праці. Проте, на сьогодні не тільки не створюються нові підприємства, але й "робочі місця на діючих спеціалізованих підприємствах (зокрема, громадських організацій інвалідів Українське товариство глухих і Українське товариство сліпих) скорочуються" [5].

Не реалізуються в Україні сьогодні і заходи третьої групи, щодо розширення можливостей для індивідуальної діяльності, підприємництва осіб з обмеженими можливостями, для чого необхідним є також надання фі-

нансової допомоги та додаткових пільг державою для осіб, які бажають займатись такою діяльністю.

Нарівні з удосконаленням системи квотування робочих місць, вжиття комплексу названих заходів сприятиме покращенню ситуації щодо зайнятості осіб з обмеженими можливостями в Україні. Водночас, необхідним є подолання існуючих в суспільстві стереотипів та упереджень щодо осіб з обмеженими можливостями. Зокрема, Конвенція про права інвалідів встановлює, що для цього необхідно здійснювати заходи щодо ведення суспільно-просвітних кампаній, покликаних виховувати сприйнятливість до прав інвалідів; сприяти визнанню навичок, чеснот і здібностей інвалідів; спонукання ЗМІ до такого зображення інвалідів тощо. Така діяльність проводиться в Україні громадськими організаціями, проте, повинна здійснюватись за активної участі держави.

Адже інвалідність сьогодні – не просто медична патологія та особиста проблема, а проблема суспільства, оскільки їх обмежені можливості часто є наслідком соціальних умов, що перешкоджають самореалізації, в тому числі у сфері праці. Тому необхідною є зміна направленості законодавства на реальне забезпечення прав осіб з обмеженими можливостями, а не просто їх соціальний захист. Просвітницька робота та підвищення правової культури населення, нарівні з законодавчими змінами, сприятиме не просто забороні дискримінації, але, в подальшому, її недопущенні щодо осіб з обмеженими можливостями.

Ще однією вразливою категорією осіб, що зазнають дискримінації у сфері праці за станом здоров'я, є хворі на ВІЛ/СНІД. У 2005 році Україна посідала перше місце серед країн Східної Європи за швидкістю поширення ВІЛ/СНІДу, в 2011 р. цей показник знижено (4 місце). За даними Державної служби України з питань протидії ВІЛ-інфекції/СНІДу та інших соціально небезпечних захворювань, у 2011 р. в Україні офіційно зареєстровано 204403 ВІЛ-інфіковані особи, при цьому, тільки у січні 2012 року офіційно зареєстровано 1620 осіб [16]. Такі цифри показують небезпечність та поширеність ВІЛ/СНІДу серед населення нашої держави, що зумовлює необхідність вжиття відповідних правових заходів для додаткового захисту цією категорії, зокрема і у сфері праці.

Так, за даними дослідження Всеукраїнської мережі людей, які живуть з ВІЛ, кожен десятий з опитаних повідомив про втрату через СНІД оплачуваної роботи, а ще 9% респондентів з цієї причини довелось змінити місце роботи [17, с.112]. Варто погодитись з О.В. Тищенко, що СНІД призводить до порушень основоположних трудових прав, що виявляється в дискримінації та стигматизації працівників, що мають проблему ВІЛ/СНІДу [18, с.157]. Дискримінація стає перепоною для ВІЛ-позитивних людей як на шляху до отримання певних професій чи кар'єрного просування в процесі трудової діяльності, так і взагалі перешкоджає отриманню ними роботи чи тієї винагороди за працю, якої вони заслуговують [17, с.112].

Крім вищеназваної Конвенції МОП №111, що містить загальну заборону дискримінації у сфері праці, важливе значення має підписана Україною Декларація про прихильність справі боротьби із ВІЛ/СНІДом, ухвалена ООН 27 червня 2001 р., яка зобов'язує уряди країн-членів розробляти національну та директивну базу, яка б забезпечувала захист на робочому місці прав та гідності осіб, які живуть із ВІЛ/СНІДом [19]. У посібнику МОП "ВІЛ/СНІД та сфера праці", схваленому в Женеві у 2001 р., вказується, що ВІЛ-інфіковані працівники повинні мати змогу виконувати доступну та підходящу роботу, якщо вона не протипоказана їм за медичними показаннями, так довго, як і при інших захворюваннях [20].

В Україні на сьогодні нормативно-правова база щодо боротьби з дискримінацією ВІЛ-позитивних людей, залишається обмеженою. Так, згідно з ч.3 ст.14 Закону "Про протидію поширенню хвороб, зумовлених вірусом імунодефіциту людини (ВІЛ), та правовий і соціальний захист людей, які живуть з ВІЛ" від 12 грудня 1991 р. (в редакції від 23 грудня 2010 р.), дискримінація особи на підставі наявності в неї ВІЛ-інфекції, а також належності людини до груп підвищеного ризику інфікування ВІЛ забороняється [21]. При цьому, до груп підвищеного ризику згідно з законом відносяться групи населення, яким з урахуванням особливостей їх поведінки та поведінки їхнього оточення загрожує підвищений ризик контакту з джерелом ВІЛ. А відповідно до ст. 16 цього ж закону, звільнення з роботи, відмова у прийнятті на роботу, обмеження інших прав людей, які живуть з ВІЛ, на підставі їх ВІЛ-позитивного статусу забороняється. Неправомірні дії посадових осіб, які порушують права людей, які живуть з ВІЛ, їхніх рідних і близьких, можуть бути оскаржені до суду [21].

Згідно ч. 3 ст. 22 КЗпП, вимоги щодо стану здоров'я працівника, можуть встановлюватись законодавством [2]. Водночас, ч. 2 ст. 24 КЗпП регламентує обов'язок осіб, що мають намір укласти трудовий договір, подавати документ про стан здоров'я лише у випадках, передбачених законодавством. Ця норма стосується тих працівників, трудова діяльність яких пов'язана, зокрема, з обслуговуванням населення або підвищеною небезпекою для оточуючих, а також неповнолітніх. Відповідно, від осіб, щодо яких законодавчо не встановлено необхідності проходити попередні медичні огляди, роботодавець не має права вимагати документів про стан здоров'я.

Незважаючи на наявність правової бази щодо заборони дискримінації хворих на СНІД, на практиці роботодавці з великою обережністю ставляться до таких осіб, намагаються уникнути прийому їх на роботу, або при першій нагоді звільнити, якщо дізнаються про наявність такого захворювання. І це відбувається незважаючи на те, що науково доведено: ВІЛ не передається побутовим шляхом та найчастіше не впливає негативно на профпридатність. Вважаємо, що основною причиною дискримінації цієї категорії є упередження, які супроводжують СНІД.

Дискримінація працівників, дійсно або ймовірно хворих ВІЛ/СНІДом, може приймати різні форми. Широко поширена сьогодні вимога пройти тестування на ВІЛ при прийомі на роботу і відмова в працевлаштуванні у разі позитивного результату. При цьому, варто відзначити, що трудовим законодавством не передбачено обов'язковість ВІЛ-тестування працівників при проходженні медичних оглядів. Тому, роботодавець не може вимагати від працівника надання документу, який підтверджує чи спростовує захворювання на СНІД. Тим більше, ст.186 Цивільного кодексу гарантує право на таємницю про стан свого здоров'я, діагноз, а також про відомості, одержані при медичному обстеженні [22].

Дискримінація може також виявлятися в інших формах, таких як переміщення на посади, що вимагають нижчої кваліфікації і навиків; відмова у страхових виплатах для покриття витрат, пов'язаних з ВІЛ/СНІДом; зниження заробітної плати, звільнення з роботи при збереженій працездатності тощо. Іноді вороже відношення до ВІЛ-інфікованих працівників змушують їх звільнятись.

Поширеність дискримінації по відношенню до ВІЛ-позитивних осіб зумовлює необхідність проведення ефективної політику щодо захисту цієї категорії праців-

ників. Вважаємо, що найперше потрібно внести до трудового законодавства норми щодо недопущення дискримінації людей, хворих на ВІЛ/СНІД. Позитивно в даному аспекті слід відзначити положення ст. 4 Проекту Трудового кодексу № 1108, де серед дискримінаційних підстав окремо зазначено підозру чи наявність захворювання на ВІЛ-СНІД [4].

Необхідним є створення умов для продовження трудової діяльності ВІЛ-позитивних осіб. З огляду на це, потрібно забезпечити ефективну реалізацію щодо цієї категорії працівників норми КЗпП, яка визначає: якщо працівник за станом здоров'я потребує надання іншої роботи, роботодавець зобов'язаний перевести його, за згодою, тимчасово або без обмеження терміну [2, ст.170].

Для успішної боротьби з дискримінацією хворих на СНІД важливе значення має соціальний діалог між роботодавцями і працівниками за участю держави. Слушним є твердження В. Лося щодо необхідності запровадження додатково заходів не законодавчого характеру, як от ініціатив на виробництві, покликаних змінити ставлення і поведінку роботодавців та працівників до людей, хворих на СНІД. Прикладом слугувати практичний посібник МОП "ВІЛ/СНІД та сфера праці" [20], який використовується багатьма країнами, а також колективні угоди, які укладаються на рівні галузей або окремих підприємств [17, с.112].

Але, найголовніше, сьогодні потрібно сформувати толерантне ставлення суспільства до ВІЛ-позитивних людей. І тут необхідним є підвищення правової культури населення, а також проведення роз'яснювальної роботи, в тому числі за допомогою ЗМІ. Потрібно усвідомити, що, на жаль, сьогодні від СНІДу ніхто не застрахований, проте, способи його поширення є достатньо обмеженими. Тому дискримінація в трудових відносинах осіб, хворих на ВІЛ/СНІД, є не лише незаконною, але й необґрунтованою.

Дискримінації у сфері праці можуть піддаватись й особи з іншими захворюваннями, в тому числі генетичними. У деяких країнах результати генетичного тестування впливають на вирішення подальшої роботи працівника, оскільки роботодавці зацікавлені у звільненні осіб, генетичний код яких свідчить про схильність до певної хвороби в майбутньому [23]. Тому, в даному випадку рішення про відмову в працевлаштуванні, що прийняте на підставі ймовірних захворювань людини в майбутньому, а не її спроможності виконувати роботу, також є дискримінацією. Така дискримінація на робочому місці доведена та опротестована рядом судів у всьому світі. Деякі країни-члени ЄС, зокрема, Франція, Швеція та Данія, внесли пропозиції про введення закону щодо заборони генетичної дискримінації. А в таких країнах як Австрія, Нідерланди, Люксембург, Греція та Італія, заборонений або обмежений збір генетичної інформації про працівників без їхньої згоди [24]. Такі законодавчі норми необхідно передбачити і в національному законодавстві.

Отже, для ефективної боротьби з дискримінацією за станом здоров'я у сфері праці необхідним є як вдосконалення діючого національного законодавства та механізму його реалізації, так і подолання існуючих в суспільстві стереотипів та упереджень, які зумовлюють таку дискримінацію. Лише комплексний підхід дозволить забезпечити недопущення трудової дискримінації за станом здоров'я.

1. Конституція України прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради – 1996. – №30. – ст. 141. 2. Кодекс законів про працю України від 10 грудня 1971 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1971. – Додаток до № 50. 3. Про дискримінацію в галузі праці та занять : Конвенція № 111 МОП 1958 р. // Конвенції та рекомендації, ухвалені МОП. 1919-1964. – Женева, 2001. – Т.1. – с.648-651. 4. Проект Трудового кодексу України № 1180 (текст, підготовлений до другого читання) // [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://portal.rada.gov.ua. 5. Стандарти – європейські, проблеми – українські // [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.ac-rada.gov.ua/control/main/uk/publish/article/16731542;jsessionid =B7CFC3326357DD902A2D298EC37DD632. 6. Про ратифікацію Конвенції про права інвалідів і Факультативного протоколу до неї: Закону України від 16 грудня 2009 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – №9. – Ст.177. 7. Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні: Закон України від 21 березня 1991 р. // Відомості Верховної Ради. – 1991. – № 21. – Ст. 252. 8. Стандартні правила забезпечення рівних можливостей для інвалідів: Резолюція 48/96 Генеральної Асамблеї ООН від 20 грудня 1993 р. // [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua. 9. Щодо професійної реабілітації та працевлаштування інвалідів: Рекомендація МОП №168 1983 р. // [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua. 10. Права людини в Україні: узагальнена доповідь правозахисних організацій (2007 р.) // Інформаційний портал Харківської правозахисної групи. Режим доступу: http://khpg.org.index.php?id=1217068997. 11. В центрі уваги: працевлаштування інвалідів: аналітичний звіт Правничого комітету Європейської Бізнес Асоціації. – 2008 р. – 8 с. // [Електронний ресурс]. Режим доступу: www.eba.com.ua/files/documents/Disabled_UKR_Web.pdf. 12. Реабілітація та зайнятість інвалідів (аналітичні матеріали за 2010 рік, підготовлені відділом реабілітації та зайнятості інвалідів Департаменту у справах інвалідів) // [Електронний ресурс]: Режим доступу: http://www.mlsp.gov.ua. 13. Державна програма розвитку системи реабілітації та трудової зайнятості осіб з обмеженими фізичними можливостями, психічними захворюваннями та розумовою відсталістю на період до 2011 року, затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 12 травня 2007 р. № 716 // Офіційний вісник України. – 2007. – №37. – Ст.1470. 14. Безробітні інваліди хочуть працювати // [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.ac-rada.gov.ua/control/main/uk/ publish/article/16730764. 15. Порядок надання дотацій роботодавцю за рахунок коштів Фонду соціального захисту інвалідів на створення спеціальних робочих місць для інвалідів, зареєстрованих у державній службі зайнятості: Постанова Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2006 р. (в редакції від 23 листопада 2011 р.) // Офіційний вісник України. – 2011. – №93. – Ст.3386. 16. Офіційний сайт Державної служби України з питань протидії ВІЛ-інфекції/СНІДу та інших соціально небезпечних захворювань // Режим доступу: http://dssz.gov.ua/index.php/uk/pro-slujbu. 17. Виклик та подолання: ВІЛ/СНІД та права людини в Україні // [Електронний ресурс]. Режим доступу:http://www.undp.org.ua/files/ en_84025aids_book.pdf. 18. Тищенко О.В. Соціальна робота та права людини: навчальний посібник. – К.: ВГЛ "Обрії", 2010. – 240 с. 19. Декларація про прихильність справі боротьби із ВІЛ/СНІДом: Резолюція S-26/2 Спеціальної сесії Генеральної Асамблеї ООН від 27 червня 2001 р. // [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua. 20. Посібник МОП "ВІЛ/СНІД та сфера праці" 2001 р. // [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.ilo.org/public/english/protection/ trav/aids/publ/code.html. 21. Про протидію поширенню хвороб, зумовлених вірусом імунодефіциту людини (ВІЛ), та правовий і соціальний захист людей, які живуть з ВІЛ: Закон України від 12 грудня 1991 р., в редакції від 23 грудня 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – №30. – Ст.274. 22. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356. 23. Дискримінація у сфері праці в Європі: інформаційний лист Міжнародної організації праці // [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.ilo.org/ public/english/region/eurpro/budapest/download/ pressrelease/european_fact_sheet_ukr.pdf. 24. Кокіна В. Сфера праці: дискримінація існує // Урядовий кур'єр. – 18.05.2007 // [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.kmu.gov.ua/control/ publish/ article?art_id=79176049.

Надійшла до редколегії 30.01.12

О. Владиченко, здобувач

ЗАКОНОДАВЧЕ ВИЗНАЧЕННЯ КОЛА СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ У СФЕРІ РЕАЛІЗАЦІЇ ВУГІЛЬНОЇ ПРОДУКЦІЇ

Обґрунтована актуальність уточнення кола суб'єктів господарювання у сфері реалізації вугільної продукції, з урахуванням особливостей їх правового статусу та змісту здійснюваної ними діяльності. Проведено аналіз нормативно-правових актів, що визначають поняття "гірничі підприємства", "вугледобувні підприємства", "вуглепереробні підприємства", які є безпосередніми виробниками вугільної продукції. Доведена необхідність участі коксохімічних підприємств у реалізації такої продукції. Визначена доцільність проведення біржової торгівлі вугільною продукцією тільки за участю її безпосередніх виробників без залучення до цієї торгівлі посередників.

Ключові слова: вугільна продукція, реалізація, вугільна промисловість, господарська діяльність, суб'єкти господарювання, біржова торгівля, гірничі підприємства, вугільні підприємства.

Обоснована актуальность уточнения круга субъектов хозяйствования в сфере реализации угольной продукции, с учетом особенностей их правового статуса и содержания осуществляемой ими деятельности. Проведен анализ нормативно-правовых актов, определяющих понятие "горные предприятия", "угледобывающие предприятия", "углеперерабатывающие предприятия", которые являются непосредственными производителями угольной продукции. Доказана необходимость участия коксохимических предприятий в реализации этой продукции. Определена целесообразность проведения биржевой торговли угольной продукцией только при участии ее непосредственных производителей без привлечения к этой торговле посредников.

Ключевые слова: угольная продукция, реализация, угольная промышленность, хозяйственная деятельность, субъекты хозяйствования, биржевая торговля, горные предприятия, угольные предприятия.

The urgency of clarifying the terms of business entities in the sale of coal products, taking into account the peculiarities of their legal status and content of their activities. The analysis of the regulations defining the term "mining company", "coal mines", "coal-processing enterprises", which are the direct manufacturers of coal products. The necessity of the participation of coke enterprises in the implementation of this product. Determined the usefulness of the exchange trading of coal production only with the participation of direct producers without the involvement of middlemen in this trade.

Key words: coal production, sale, coal industry, economic activity, business entities, exchange trade, mining companies, coal companies.

Вугільна промисловість України відноситься до найважливіших галузей економіки, оскільки її продукція є одним із основних національних енергоресурсів, який може бути альтернативою газу, що певним чином забезпечує енергетичну незалежність держави. В зв'язку з цим активізується процес реформування саме цієї галузі, який супроводжується її структурною перебудовою. Все це спричинило суттєві зміні в організації та здійсненні видобутку та переробки вугілля, основною завершальною стадією яких є реалізація вугільної продукції. Значимість цієї стадії полягає в тому що саме від неї залежить рентабельність діяльності виробників цієї продукції, зокрема, вугледобувних та вуглепереробних підприємств. Однак вони не є поодинокими на оптовому ринку вугільної продукції, оскільки на ньому присутні й інші посередники, у тому числі й державне підприємство "Вугілля України", які намагаються придбавати у вугледобувних та вуглепереробних підприємств продукцію за найнижчою ціною, а реалізувати її споживачам як можна дорожче. Все це негативно впливає, з одного боку, на ефективність діяльності безпосередніх виробників вугільної продукції, а, з іншого боку, на розвиток інших галузей економіки, які є основними споживачами такою продукції. А тому питання визначення кола суб'єктів господарювання, які реалізують вугільну продукцію, потребує відповідного уточнення. До того ж особливо гостро встає вирішення саме цього питання після схвалення Кабінетом Міністрів України 26 жовтня 2011 р. Концепції переходу на біржову форму продажу вугілля, реалізація якої потребує удосконалення відповідної законодавчої бази [13]. Таке удосконалення, перед усім, стосується уточнення кола саме цих суб'єктів, оскільки від цього в певній мірі залежить формування ціни на цей енергоносій, про широке застосування якого замість газу наголошують в останній час органи державної влади [1].

Питання суб'єктного складу у вугільній промисловості досліджувались в юридичній та економічній літературі іншими авторами, серед яких А.Г. Бобкова [2, с. 152-159], О.І. Чілікін [16], М.О. Вебер [3, с. 150-152], О.Ю. Ілларіонов [8, с. 90-97] та ін. Разом з тим до теперішнього часу залишається невирішеним питання щодо окреслення саме кола суб'єктів господарювання у сфері реалізації вугільної продукції, що також підтверджується положеннями Концепції переходу на біржову форму продажу вугілля, згідно з якою до недоліків існуючого вугільного ринку відноситься наявність посередників на ринку цієї продукції, у тому числі й державного підприємства "Вугілля України".

Вищевикладене вказує на те, що однією з проблем, рішення якої є актуальним в даний час є уточнення кола суб'єктів господарювання, які здійснюють реалізацію вугільної продукції та обмеження участі у цьому процесі посередників. *А тому метою цієї статті є обґрунтування пропозицій щодо уточнення суб'єктного складу у цій сфері господарювання з урахуванням особливостей їх правового статусу та змісту здійснюваної ними діяльності.*

Для вирішення цієї проблеми необхідно чітко визначити, по-перше, суб'єктів, для яких реалізація вугільної продукції є безпосередньо завершальним етапом виробництва, тобто вони виступають як виробники цієї продукції, а, по-друге, суб'єктів, які безпосередньо організовують цю реалізацію.

До першої групи, зокрема, відносяться суб'єкти господарювання, які здійснюють діяльність у вугільній промисловості. А тому для обґрунтування їх безпосередньої участі в реалізації вугільної продукції необхідно більш детально визначити хто є такими суб'єктами господарювання, а саме їх види.

До теперішнього часу ці суб'єкти визначаються загальними нормами господарського законодавства і спеціальними нормами гірничого законодавства. Так, відповідно до ч. 2 ст. 55 Господарського кодексу України (далі – ГК України) до суб'єктів господарювання відносяться:

– господарські організації – юридичні особи, створені відповідно до Цивільного кодексу України, державні, комунальні та інші підприємства, створені відповідно до цього Кодексу, а також інші юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані у встановленому законом порядку;

– громадяни України, іноземці та особи без громадянства, що здійснюють господарську діяльність й зареєстровані відповідно до закону як підприємці [7].

© Владиченко О., 2012

Саме цей перелік суб'єктів господарювання підтверджується в ст. 263 ГК України, що визначає положення про господарсько-торговельну діяльності, одним із видів якої, на думку автора,, безпосередньо є реалізація вугільної продукції [5, с. 78].

Більш детальніше визначаються ці суб'єкти в спеціальному законодавстві, а саме в Гірничому законі України, в ст. 1 якого закріплено, що видобуток корисних копалин здійснюють гірничі підприємства [6]. А оскільки у відповідності з постановою Кабінету Міністрів України від 12 грудня 1994 р. "Про затвердження переліків корисних копалин загальнодержавного та місцевого значення" до корисних копалин загальнодержавного значення відносяться антрацит, буре та кам'яне вугілля [12], то гірничі підприємства безпосередньо займаються видобутком вугілля, невід'ємною складовою якого є його реалізація.

Разом з тим положення Гірничого закону України потребують більш детального аналізу щодо визначення цих підприємств. Це зумовлено тим, що, по-перше, у цьому Законі гірничі підприємства визначаються не як суб'єкти господарювання, а як цілісні технічно та організаційно відокремлені майнові комплекси засобів та ресурсів для видобутку корисних копалин, будівництва й експлуатації об'єктів із застосуванням гірничих технологій. Що не відповідає, перед усім, положенням Конституції України, у відповідних статтях якої підприємство розглядається як суб'єкт, а не об'єкт права (ст.ст. 46, 86, 142, 143 та ін.) [9]. А тому необхідно підтримати точку зору М.О. Вебер, відносно того, що неприпустиме ототожнення гірничого підприємства та цілісного майнового комплексу. Оскільки самі по собі такі комплекси будь-яких суб'єктів господарювання, у тому числі гірничих підприємств, не можуть функціонувати без участі трудових колективів та органів управління. А тому, як справедливо вважає цей автор, не має підстав для ототожнення гірничого підприємства з майном [4, с. 183], як це зроблено в Цивільному кодексі України [15].

По-друге, в Гірничому законі України уточнюється що до гірничих підприємств відносяться шахти, рудники, копальні, кар'єри, розрізи, збагачувальні фабрики тощо, а також визначаються поняття "шахта" та "кар'єр". Разом з тим, поза увагою законодавця залишилося визначення поняття "збагачувальна фабрика" як суб'єкта господарювання, що реалізує вугільну продукцію. І це, незважаючи на те, що згідно з ст. 2 дія цього Закону поширюється на правовідносини у сфері діяльності гірничих підприємств, що займаються не тільки видобутком а й переробкою корисних копалин, яку здійснюють збагачувальні фабрики, що є гірничими підприємствами у відповідності з ст. 1 Гірничого закону України.

По-третє, в Гірничому законі України звужується коло суб'єктів господарювання, які можуть видобувати та переробляти вугілля, оскільки у відповідності до ст. 1 цього Закону видобуток та переробку корисних копалин, у тому числі вугілля, здійснюють тільки гірничі підприємства, а тому обмежується право громадян-підприємців щодо участі у цій сфері господарювання.

Звідси, згідно з Гірничим законом України видобуток, переробку, а також реалізацію вугілля і вугільної продукції можуть здійснювати тільки гірничі підприємства. Разом з тим цей Закон потребує відповідного доопрацювання щодо визначення гірничого підприємства як суб'єкта господарювання, а також поняття "збагачувальна фабрика", що безпосередньо здійснює переробку вугілля, результатом якої і є вугільна продукція.

Більш детальніше суб'єкти господарювання у сфері реалізації вугільної продукції визначаються в перспективному законодавстві, зокрема в проекті Закону України "Про вугільну промисловість". Так, в ст.1 цього проекту визначається поняття "вугільна промисловість", під якою пропонується розуміти, по-перше, галузь економіки, що забезпечує споживачів вугільною продукцією; по-друге, сукупність вугледобувних, вуглепереробних, шахтобудівельних підприємств, наукових установ разом з об'єктами інфраструктури, що забезпечують видобування вугілля, його первісну переробку та постачання вугільної продукції споживачам [14]. Тобто суб'єктами, які безпосередньо реалізують вугільну продукцію, у цьому проекті Закону визначаються вугледобувні та вуглепереробні підприємства.

До того ж на відміну від Гірничого закону України в проекті Закону України "Про вугільну промисловість" вугільні підприємства представлені уже як суб'єкти господарювання, а не об'єкти. Так, зокрема, згідно з ст. 1 цього проекту Закону вугледобувне підприємство – це юридична особа будь-якої організаційно-правової форми та будь-якої форми власності, предметом діяльності якої є видобування вугілля. Це може бути підприємство, до складу якого входять одна чи декілька шахт, розрізів із статусом структурного підрозділу, або самостійна шахта, розріз. Під вугледобувним підприємством у цьому проекті Закону розуміється також акціонерна, холдингова компанія, до складу якої входять шахти, розрізи із статусом її дочірніх підприємств.

Разом з тим вищевказаний проект Закону потребує доопрацювання щодо уточнення окремих положень, пов'язаних з визначенням суб'єктів господарювання у вугільній промисловості. Так, виходячи зі змісту проекту Закону України "Про вугільну промисловість", він не узгоджується з Гірничим законом України, оскільки в останньому використовується узагальнююче поняття гірничі підприємства, а проекті Закону не вказано що вугільні підприємства є різновидом гірничих. Також в проекті Закону як і в Гірничому законі України не приділяється належна увага вуглепереробним підприємствам, до яких відносяться збагачувальні фабрики.

А тому, незважаючи на те, що в цьому проекті більш чітко визначаються суб'єкти господарювання у вугільній промисловості, він потребує відповідного доопрацювання, оскільки необхідно уточнити, що вугільні підприємства є різновидом гірничих підприємств, а також визначити поняття вуглепереробного підприємства, яким є, зокрема, збагачувальна фабрика.

Крім того, необхідно виділити й інші суб'єкти господарювання, які причетні до реалізації вугільної продукції, враховуючи особливості їх технологічного змісту діяльності, незважаючи на те що вони не є суб'єктами вугільної промисловості. До таких суб'єктів зокрема відносяться коксохімічні підприємства, для яких основною сировиною виробництва є коксівне вугілля, шляхом переробки якого вони виготовляють кокс, та інші побічні продукти (бензол, сульфат, кислоту тощо).

Звідси, суб'єктами, для яких реалізація вугільної продукції являється завершальним етапом виробництва є вугледобувні, вуглепереробні та коксохімічні підприємства, а тому вони мають приймати безпосередню участь у цій реалізації.

Як було сказано раніше, до суб'єктів господарювання у сфері реалізації вугільної продукції, окрім виробників вугільної продукції, необхідно віднести й тих, хто приймає участь в організація цієї реалізації. Такими суб'єктами у відповідності з Концепцією переходу на біржову форму продажу вугілля є товарні біржі. Але, враховуючи особливості цього процесу, необхідно більш детально розглянути питання щодо кола членів таких бірж та їх видів.

Відповідно до ст. 1 Закону України "Про товарну біржу" така біржа є організацією, що об'єднує юридичних і

фізичних осіб, які здійснюють виробничу і комерційну діяльність, і має за мету надання послуг в укладенні біржових угод, виявлення товарних цін, попиту і пропозицій на товари, вивчення, упорядкування і полегшення товарообігу і пов'язаних з ним торговельних операцій. Товарна біржа діє на основі самоврядування, господарської самостійності, є юридичною особою, має відокремлене майно, самостійний баланс, власні поточні та вкладні (депозитні) рахунки в банках, печатку із своїм найменуванням. Вона не займається комерційним посередництвом і не має на меті одержання прибутку [11].

Окрім того, у ст. 279 ГК України товарна біржа визначається особливим суб'єктом господарювання, який надає послуги в укладенні біржових угод, виявленні попиту і пропозицій на товари, товарних цін, вивчає, упорядковує товарообіг і сприяє пов'язаним з ним торговельним операціям. З точки зору Ю.О. Моїсеєва, кожний із цих напрямів є обов'язковим для товарної біржі. Однак функціонування цих бірж в умовах ринкової економіки, на його, думку передбачає наявність й інших напрямів діяльності, зокрема, забезпечення клірінга та розрахунків, надання депозитарних послуг, розповсюдження інформації, навчання учасників ринку тощо. При цьому ці напрями діяльності товарної біржі повинні відповідати меті торговельно-біржової діяльності [10, с. 849], що має безпосереднє відношення й до товарних бірж, які приймають участь у реалізації вугільної продукції.

В.С. Щербина робить висновок, що біржа є господарською організацією, яка виконує певні, а саме ринкові регулятивні (організаційні та економічні) функції в економіці завдяки виявленню курсу товарних цін, попиту і пропозиції. Основна її мета – сприяти зведенню в одному місці (на біржі) попиту і пропозиції на певні товари, обслуговування їх обороту. До того ж цей автор розглядає товарну біржу як регулятор цін. На його думку, завдяки коливанню біржового попиту і біржової пропозиції тут не може бути державного регулювання цін [17, с. 150, 152].

Враховуючи положення ст. 1 Закону України "Про товарну біржу", щодо визначення біржі як організації, що об'єднує юридичних і фізичних осіб, які здійснюють виробничу і комерційну діяльність, а також ч. 3 ст. 279 ГК України, відповідно до якої товарна біржа створюється на основі добровільного об'єднання заінтересованих суб'єктів господарювання, необхідно наголосити, що членами такої біржі можуть бути тільки суб'єкти господарювання.

Отже, безпосереднім учасником відносин у сфері реалізації вугільної продукції мають бути товарні біржі, які узгоджують попит та пропозицію на цю продукцію та організовують її реалізацію.

Але у відносинах реалізації вугільної продукції, з метою стабілізації ціни на вугільну продукцію, коло таких суб'єктів господарювання необхідно обмежити, з одного боку виробниками цієї продукції, а, з іншого боку безпосередніми споживачами такої продукції, які можуть укладати біржові угоди у відповідності з Законом України "Про товарну біржу". Таке обмеження кола суб'єктів, які можуть укладати біржові угоди на відповідних торгах, зумовлено необхідністю виключення посередників з цього процесу, участь яких значно впливає на підвищення цін на вугільну продукцію.

До того ж обмеження кола суб'єктів біржових торгів суттєво впливає на вид товарної біржі, оскільки якщо її членами будуть тільки виробники вугільної продукції, то відповідно асортимент такої біржі буде представлений тільки цією продукцією, яка буде виключним предметом біржової торгівлі, а сама біржа вузькоспеціалізованою.

Звідси, вважається доцільним обмежити коло суб'єктів господарювання, які можуть бути членами товарної біржі, яка реалізує вугільну продукцію, вугільними, вуглепереробними та коксохімічними підприємствами, виключним предметом біржової торгівлі якої буде саме вугільна продукція, а сама біржа вузькоспеціалізованою.

Таким чином, вищенаведене дає можливість зробити висновок, що коло суб'єктів господарювання, які мають реалізувати вугільну продукцію необхідно обмежити вугільними, вуглепереробними та коксохімічними підприємства, як безпосередньо виробляють цю продукції, а також вузькоспеціалізованими товарними біржами, створеними цими виробниками, які здатні узгодити попит та пропозицію на цю продукцію та організувати її реалізацію, з метою стабілізації ціни на цей біржовий товар.

Запропоноване вище коло суб'єктів господарювання у сфері реалізації вугільної продукції доцільно визначити у законодавстві, з метою виключення посередників та формування реальної ціни на цей вітчизняний енергоносій, як альтернативний газу.

1. Азаров пропонує українцям використовувати вугілля замість газу // Україна комунальна. – 2012. – 13 січня. 2. Бобкова А.Г. Господарсько-правові питання розвитку підприємств гірничодобувної галузі // Щорічник українського права. – 2010.- № 2. – С. 152-159. 3. Вебер М.О. Правовое регулирование создания горного предприятия // Законодательное обеспечение экономической политики государства и юридическое образование : матер. Междунар. Науч.-практ. Конф. (Донецк-Святогорск, 16-17 апр. 2009 г.) / МОН Украины, Донецкий национальный университет; ред. кол. : А.Г. Бобкова и др. – Донецк : Юго-Восток, 2009. – С. 150-152. 4. Вебер М.О. Гірниче законодавство України: проблеми та шляхи вдосконалення // Экономико-правовые исследования в XXI веке: пробелы и экономически необоснованные нормы в законодательстве, регулирующем хозяйственную деятельность в Украине и пути их устранения: материалы Второй международной научно-практической конференции (г. Донецк, 2-5 июня 2009 г.) / Ин-т экономико-правовых исследований НАН Украины. – Донецк: узд-во "Вебер" (Донецкое отделение), 2009. – С. 181-186. 5. Владиченко О.О. Щодо законодавчого закріплення поняття реалізації вугільної продукції // Форум права. – 2011. – № 4. – С. 77-82 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-4/11voorvp.pdf 6. Гірничий закон України : від 06 жовтня 1999 р. (станом на 05 липня 2011 р.) // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 50. – Ст. 433. 7. Господарський кодекс України : від 16 січня 2003 р. (станом на 22 грудня 2011 р.) // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 462. 8. Илларионов А.Ю. Адаптация угольного законодательства Украины к нормам Европейского Союза // Экономика и право. – 2008. – № 2. – С. 90-97. 9. Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. (станом на 01 лютого 2011 р.) // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141. 10. Моисеев Ю.А. Товарная биржа // Хозяйственный кодекс Украины: Научно-практический комментарий / Под общ. ред. А. Г. Бобковой. – Харьков: Издатель ФЛ-П Вапнярчук Н. Н., 2008. – С. 848-852. 11. Про товарну біржу: Закон України від 10 грудня 1991 р. (станом на 23 грудня 2010 р.) // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 10. – Ст. 139. 12. Про затвердження переліків корисних копалин загальнодержавного та місцевого значення: постанова Кабінету Міністрів України від 12 грудня 1994 р. (станом на 25 січня 2012 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: // http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/827-94-п 13. Про схвалення Концепції переходу на біржову форму продажу вугілля: розпорядження Кабінету Міністрів України від 26 жовтня 2011 р. // Офіційний вісник України. – 2011. – № 84. – Ст. 3086. 14. Проект Закону України "Про вугільну промисловість" [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=25530. 15. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. (станом на 22 грудня 2011 р.) // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461. 16. Чиликин А.И. Предприятия угольной промышленности Украины в системе рыночных отношений: теория и практика. – Донецк: ИЭПИ НАН Украины, 2000. – 256 с. 17. Щербина В. С. Суб'єкти господарського права: Монографія // В.С. Щербина. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 264 с.

Надійшла до редколегії 30.01.12

УДК 347.1

О. Кармаза, канд. юрид. наук

ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ ЗАХИСТУ ТА ОХОРОНИ ПРАВА ГРОМАДЯН НА ЖИТЛО

У статті досліджуються правові категорії "охорона права на житло" та "захист права на житло", і співвідношення між ними.

Стаття направлена на изучение сущности правовых категорий "охрана права на жилище" и "защита права на жилище", их соотношение.

Ключевые слова: право на жилище, защита права на жилище, способы защиты, формы защиты, средства защиты, охрана защиты права.

Key word: housing rights, securing of housing rights, means of securing, forms of securing, ways of securing, ensuring of securing.

The articles provides research of the following legal categories: "ensuring of housing rights", and "securing of housing rights", as well as correlation among them.

Ключові слова: право на житло, захист права на житло, способи захисту, форма захисту, засіб захисту, охорона захисту права.

Проблема захисту та охорони природних прав громадян як для науки теорії держави та права, так і для інших юридичних наук, не є новою. Її досліджували, зокрема, О.Дзера, М.Галянтич, Н.Кузнєцова, П. Рабінович, З.Ромовська, Н.Саніахметова, Р.Шишка, Р. Стефанчук, Я.Шевченко, С.Фурса, Є.Фурса, Є.Харитонов, М.Штефан та інші. Однак, в умовах розробки нового Житлового кодексу України виникає необхідність вироблення дієвих механізмів охорони та захисту житлових прав громадян в Україні.

Поняття "захист прав" та "охорона прав", а також "право на захист" та "право на охорону" є різними за змістом юридичними поняттями, які досліджуються як наукою цивільного права, так й іншими науками. Метою статті є дослідження теоретичних аспектів захисту та охорони прав громадян на житло, визначення їх співвідношення.

Поняття "захист" та "охорона" прав в доктрині цивільного права розглядаються по-різному. Так, вони є тотожними (А.Арзамасцев, В.Тарасова, С.Донцов) або "захист" розглядається як більш вузьке поняття в порівнянні з "охороною" (Н.Автаєва, В.Бутилін, С.Вавженчук, Н.Матузов), або кожне з них має власний зміст (О.Дзера, Н.Кузнєцова, В.Косак) тощо.

Так, А.Арзамасцев, С.Донцов та В.Темченко вважають, що на практиці не прийнято розрізняти поняття "захист" та "охорона" прав; у нормативному контексті вони вживаються як синоніми чи схожі за значенням поняття [2].

М.Галянтич звертає увагу на те, що охорона без захисту самостійно існувати не може; захист виявляється тільки в момент порушення встановленого режиму охорони прав і законних інтересів громадян на житло [5, с. 424]. А.Дрішлюка та Л.Лічмана зазначають, що між цими поняттями існує межа, яка пов'язується із настанням правопорушення [7, с.305]. О.Скакун також розглядає ці поняття через призму правопорушення: механізм охорони прав людини включає заходи з профілактики правопорушень для утвердження правомірної поведінки особи, а механізм захисту прав людини – заходи, що призводять до відновлення порушених прав неправомірними діями і відповідальності особи, яка вчинила ці правопорушення [17]. Аналогічну точку зору мають О.Лукашева та О.Богданова [10].

На думку Т.Пащук, що охорона здійснюється без юрисдикційної діяльності компетентних органів (без процедури вирішення правового спору) і спрямована на попередження порушення прав людини; захист – в процесі юрисдикційної діяльності (в порядку вирішення правового спору), результатом якої є застосування будь-якого різновиду державного примусу [15].

Прибічники іншої концепції розмежовують ці два поняття. Так, охорона – це встановлення загального правового режиму, а захист – це засоби, які застосовуються у випадку, коли права та свободи людини порушені чи оспорюються [4].

Законодавство України не розкриває значення термінів "охорона прав" та "захист прав", вживаючи їх у різному значенні. Наприклад, в статтях 14, 24, 34, 35, 39, 44, 49, 51, 54, 138 тощо Конституції України термін "охорона" вживається у значенні "охорона здоров'я", "охорона праці", "охорона прав і свобод", "охорона звання Президента" тощо; термін "захист" – "захист конституційних прав" (стаття 8), "захист мов національних меншин" (стаття 10), "захист прав" (стаття 13), "соціальний захист", "захист суверенітету і територіальної цілісності" (стаття 17) тощо. В законах України, які регулюють відносини щодо охорони певних об'єктів (наприклад, охорона культурної спадщини), поряд з нормами щодо охорони певних об'єктів, в окремий розділ виділено питання захисту (наприклад, в Законі України "Про охорону культурної спадщини" розділ VI "Захист традиційного характеру середовища та об'єктів культурної спадщини"). Цивільний кодекс України не дає визначення зазначених термінів, але мова, зокрема, йдеться про судовий захист (стаття 3), права на захист цивільного права та інтересу (глава 3), захист цивільних прав (статті 16 – 18, 67, 69, 152, 200, 256, 275, 386 тощо), а також про охорону здоров'я (стаття 283), охорону інтересів особи (стаття 308), охорону комерційного найменування (стаття 489), охорону комерційної таємниці (стаття 507) тощо. В Житловому кодексі України звертається увага на соціальний захист (стаття 4), охорону житлового фонду (стаття 1), житлові права, що охороняються законом (стаття 9) тощо.

В тлумачних словниках "охорона" означає берегти, оберігати, захищати, тримати в цілісності, спасати; слідкувати, щоб не зробили шкоди кому-небудь або чому-небудь; оберігати від небезпеки, забезпечувати від загрози нападу, стерегти; захищати від чого-небудь [13].

В доктрині термін "охорона" розглядається, зокрема, через призму охорони цивільних (житлових) прав, правових засобів охорони, охоронної функції цивільного права, правової охорони тощо. Так, М.Галянтич зазначає, що охорона житлових прав – це сукупність механізмів, які забезпечують нормальний хід реалізації права громадян на житло [5, с.425]. На думку Л. Красавчикової, охорона за своєю структурою диференціюється на три гілки: регулятивну, забезпечуючу та захисну [9]. О.Іоффе розрізняє охорону відносин власності в широкому значенні, як нормальний та безперешкодний розвиток економічних відносин, а також охорону відносин у вузькому значенні, як захист [8].

© Кармаза О., 2012

На наш погляд, правову категорію "охорона житлових прав" можна розглядати як сукупність заходів правового, економічного, політичного, організаційного та іншого характеру, визначених нормами права, та які спрямовані на забезпечення природного права громадян на житло та створення належних умов для реалізації ними цього права. Здійснення охорони житлових прав, зокрема, відбувається шляхом встановлення у законі обов'язкової для всіх міри належної поведінки особи стосовно охоронюваного об'єкту – житлових прав, а також наслідків, що наступають при порушенні, встановленої законом такої поведінки.

Охорона права громадян на житло, на нашу думку, це діяльність уповноважених суб'єктів щодо захисту природного права громадян на житло, гарантованого державою. Тобто, охорона права громадян на житло зводиться до передбачених законом засобів та способів, які спрямовані на забезпечення, відновлення та визнання права на житло при його порушенні, невизнанні чи оспорюванні. Житловий кодекс України передбачає, що охорона права громадян на житло забезпечується, наприклад, такими способами, як: бронювання жилого приміщення та видача охоронного свідоцтва (статті 73-75), збереження жилого приміщення за тимчасово відсутніми громадянами (стаття 71), виселення із наданням громадянам іншого благоустроєного жилого приміщення (статті 110-112) тощо. Відповідно до норм Цивільного кодексу України (статті 1283 та 1284) охорона спадкового майна здійснюється в інтересах спадкоємців, відказоодержувачів та кредиторів спадкодавця з метою збереження його до прийняття спадщини спадкоємцями.

В тлумачних словниках термін "захист" розкривається, зокрема, як: активна протидія негативному впливу; те, що слугує обороною або рятує від чогось неприємного, небезпечного; охорона, заступництво, підтримка [19].

В доктрині поняття "захист" розглядається як: сукупність засобів юридичного характеру, направлених на боротьбу з протиправними діями людей, з правопорушеннями; засоби, які попереджують правопорушення, та забезпечують ліквідацію їх наслідків [3]; система юридичних норм, направлених на попередження правопорушення та усунення їх наслідків [11]; державно-примусова діяльність, направлена на відновлення порушеного права, забезпечення виконання юридичного обв'язку [1] тощо.

Особливостями юридичної природи захисту, на думку Т.Підклубної, є: правозастосовча діяльність – здійснюється компетентним органом чи управомоченою особою самостійно; механізм реалізації діяльності гарантується державою; мета діяльності – відновлення порушеного, оспорюваного чи невизнаного права або інтересу; підставою застосування захисту прав та інтересів є їх порушення, невизнання чи оспорювання; обов'язкова наявність суб'єкта – особи, суб'єктивне право або інтерес якої порушено, невизнано чи оспорюється; захист цивільних прав та інтересів містить диспозитивний характер [14].

У доктрині термін "захист" досліджується, зокрема, через призму "захисту прав власника", "захисту цивільних прав", "права на захист" тощо. Так, Я.Шевченко, під поняттям "захист права власника" розуміє забезпечення чи відновлення порушеного права власності компетентним органом або самим власником [21, с. 539], а під "захистом цивільних прав" – застосування цивільно-правових засобів з метою забезпечення цивільних прав [21, с. 540 – 541].

Як вбачається із доктринальних визначень, у понятті "захист" на першому плані існує процесуальний зміст – можливість здійснення уповноваженою особою чи компетентними органами спеціальної діяльності, направленої на попередження правопорушення та відновлення порушеного, невизнаного або оспорюваного права. Система захисту прав громадян на житло в її цілісності, включає в себе не тільки державну, але й суспільну складову. Тобто, захист права громадян на житло здійснюється не лише державою в особі органів державної влади, їх посадових та службових осіб, органами місцевого самоврядування, але й інститутом громадянського суспільства, зокрема, різноманітними неурядовими, правозахисними та іншими як національними, так і міжнародними організаціями, шляхом самозахисту.

Тобто, зміст захисту права громадян на житло, зокрема, виявляється у законодавчо передбаченій можливості уповноваженої особи використовувати з метою захисту порушеного, невизнаного або оспорюваного права дозволені законом дії, в тому числі й дії самозахисту, з вимогою примусити зобов'язану особу до правомірної поведінки, та відновлення порушеного, невизнаного або оспорюваного права.

Ознаками захисту права громадян на житло, зокрема, є те, що така діяльність: є правовою діяльністю – ґрунтується на нормах права; охоронно-правозастосувальною діяльністю; здійснюється з метою здійснення юридичного обов'язку, необхідного для реалізації права людини, або для відновлення цього права у разі його порушення, або для попередження чи припинення такого порушення; спрямована на забезпечення приватного інтересу; ініціюється, в більшості випадків, особою, суб'єктивне право, якої порушене, невизнане або оспорюється; не повинна суперечити моральним засадам суспільства тощо.

Проаналізувавши доктринальні бачення щодо змісту понять "захист права громадян на житло" та "захист житлових прав", відмітимо, що перше поняття стосується правозастосувальної діяльності, а друге – як правозастосувальної, так і правотворчої діяльності; захист житлових прав – це не тільки захист права, а й юридична допомога, яка надається юрисдикційними і неюрисдикційними органами, такий захист відбувається на всіх стадіях реалізації цього права, тоді як захист права громадян на житло – на стадії користування; мета захисту житлового права – забезпечення правового захисту громадянина в цілому, мета іншого – захистити від порушення або відновити порушене, невизнане або оспорюване право; захист права громадян на житло поширюється на суб'єктивне право, а захист житлового права – на об'єктивне та суб'єктивне право тощо.

Крім цього, в доктрині "захист" розглядається через призму "права громадян на захист". Так, в широкому значенні "право громадян на захист" є природним, самостійним, універсальним, конституційно визначеним та гарантованим державою правом людини. Це право входить до основи правового статусу особи; визначає зміст та спрямованість діяльності держави; забезпечення цього права є одним із головних обов'язків держави. Зміст права на захист полягає у забезпеченні кожного громадянина в Україні реальної можливості вимагати від держави створення необхідних умов для захисту свого суб'єктивного права. Право на захист не може бути обмежено, крім випадків, передбачених Конституцією України.

З позиції теорії конституційного права захисту, зокрема, підлягають житлові права людини, до яких, наприклад, відносяться: право на житло (стаття 47 Конституції), право на достатній життєвий рівень, що включає також достатнє житло (стаття 48 Конституції), недоторканість житла (стаття 30 Конституції України) тощо.

Цивільне законодавство забезпечує захист цих прав за допомогою засобів та способів захисту на підставі загальних засад, які включають неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя, неприпустимість позбавлення права власності на житло, крім випадків встановлених Конституцією та законами України; свободи договору; судового та адміністративного захисту цивільного права та інтересу; справедливості, добросовісності та розумності (стаття 3 ЦК України). Цивільний кодекс України містить імперативні вимоги до суб'єктів житлових відносин: при здійсненні свого права утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, не допускати дій, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також щодо зловживання правом в інших формах (стаття 13 ЦК України). У разі недодержання особою при здійсненні свого права передбачених вище вимог, суд може зобов'язати її припинити зловживання своїм правом (стаття 13 ЦК України).

Традиційною вважається концепція, згідно якої право громадян на захист є складовою частиною суб'єктивного права, поряд з правом на власні дії, а також правом вимагати певної поведінки від зобов'язаних осіб [18]. Існує й інша точка зору. Так, право на захист розглядається не як складова суб'єктивного права, а як самостійне окреме суб'єктивне право, що виникає в момент порушення чи оспорювання охоронюваного законом регулятивного суб'єктивного права, та реалізується в рамках охоронного цивільного правовідношення, що виникає при цьому [16]. Тобто, самостійність права на захист зумовлена особливістю його виникнення. Зокрема, такі погляди узгоджуються із статтею 15 ЦК України, відповідно до якої право на захист свого цивільного права особа має у випадку його порушення, невизнання або оспорювання. Право на захист особа здійснює на свій розсуд (стаття 20 ЦК). Існує й третя концепція, за якою право на захист вважається одним із правомочностей суб'єктивного права, але в результаті правопорушення воно трансформується в самостійне суб'єктивне право [12].

В суб'єктивному значенні право громадян на захист – це самостійне суб'єктивне цивільне право, яке виникає в момент порушення регулятивного цивільного права та виникнення правоохоронного цивільного правовідношення, та яке пов'язане із усуненням перешкод у здійсненні права, попередженням у майбутньому правопорушень, зупиненням існуючого правопорушення, відновленням порушених, невизнаних або оспорюваних житлових прав, притягненням винної особи до цивільно-правової відповідальності тощо.

Тобто, суб'єктивне право на захист може здійснюватися як за допомогою безпосередніх дій зацікавленої особи, так і за допомогою владних дій компетентних державних та/чи недержавних правозахисних органів. Право на захист виникає у особи, яка наділена регулятивним суб'єктивним правом, у випадку його порушення, невизнання або оспорювання. Захисту підлягають не тільки суб'єктивне право, але й інтерес, які охороняються законом, та не суперечать загальним засадам цивільного законодавства (стаття 15 ЦК України).

Зміст права на захист В.Грібанов розглядає як вимогу, яка складається із двох можливостей: матеріально-правової та процесуальної [6]. Матеріально-правовий зміст суб'єктивного права на захист містить вид та міру поведінки уповноваженої особи у встановленій законом формі за допомогою передбачених законом правових засобів використовувати не заборонені правові способи примусової дії на правопорушника, включаючи міри самозахисту або юрисдикційного захисту [20]. Процесуальна сторона допомагає уповноваженій особі звернутися у встановленому законом порядку до відповідних органів державної влади, органів місцевого самоврядування, до інших уповноважених суб'єктів захисту, включаючи міждержавні організації правового захисту, з вимогою про примушення зобов'язуючої особи до певної поведінки, або ж самостійно врегулювати спір.

Тобто, як слушно зазначає М.Галянтич, зміст права на захист визначається комплексним поєднанням норм матеріального та процесуального права, які встановлюють: зміст правоохоронних заходів; підстави їх застосування; коло суб'єктів, уповноважених їх застосовувати; процесуальний і процедурний порядок їх застосування; матеріально-правові та процесуальні права суб'єктів, щодо яких застосовуються відповідні заходи. Право на захист – це юридично закріплене право особи звернутися з вимогою про відновлення порушеного права або припинення порушення права [7, с.309]. Однак, останнє положення потребує уточнення, оскільки не враховано інституту самозахисту, який інколи не співпадає з правозахисною діяльністю компетентних органів.

Таким чином, право на захист є можливістю здійснення уповноваженою особою самостійних фактичних та юридичних дій без звернення за захистом до визначених законом органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб, шляхом застосування особою засобів протидії, які не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства (у формі самозахисту), або шляхом звернення за захистом до визначених законом органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб, чи інших уповноважених законом суб'єктів захисту для застосування примусових заходів цивільно-правового захисту та притягнення винної особи до відповідальності у встановленому законом порядку.

Тобто, як вбачається із доктринальних визначень поняття "право громадян на захист" подібне до поняття "захист права громадян на житло".

Узагальнюючи правові визначення "охорони прав" та "захисту прав" відмітимо, що "охорона житлових прав" – це сукупність організаційних, правових та інших заходів, передбачених законом, що не порушують загальних моральних принципів суспільства, та які забезпечують громадянам реалізацію їх природних житлових прав. До охоронних заходів в широкому розумінні відносяться заходи, за допомогою яких забезпечується як розвиток цих прав, так і відновлення прав у випадку порушення, невизнання чи оспорювання. В основі охорони житлових прав визначальним також є принцип забезпечення непорушності житлових прав. Поняття "захист житлових прав" за своїм змістом є вужчим поняттям у порівнянні з "охороною житлових прав".

Захист права громадян на житло пов'язується із правозастосовною діяльністю уповноважених законом органів. Коли право порушене – в дію вступає захист. Залежно від форми та суб'єкту захисту, зокрема, розрізняють захист права громадян на житло міжнародно-правовими органами (Європейським судом з прав людини), Президентом України, органами державної влади та місцевого самоврядування, їх посадовими особами, захист неурядовими правозахисними організаціями, захист прав нотаріусом, самозахист тощо.

1. Алексеев С.С. Общая теория права. – Т. 1. – М., 1981. – С. 280. 2. Арзамасцев А.Н. Охрана социалистической собственности по советскому гражданскому праву. – Л., 1956. – С. 21; Донцов С.Е. Гражданско-правовые внедоговорные способы защиты социалистической собственности. – М. 1980. – С. 6-7.; Темченко В. Особливості юридичного змісту термінів "захист" та "охорона" у механізмі забезпечення прав людини / В.Темченко // Вісник Академії управління МВС. – 2007. – № 2 – 3. – С. 58-65. 3. Басин Ю.Г. Основы гражданского законодательства о защите субъективных гражданских прав // Проблемы применения основ судопроизводства Союза ССР и союзных республик: Сб. материалов. Саратов: Изд-во Сарат. юрид. ин-та, 1971. – С. 34; Советское гражданское право: Учебник: В 2 ч. / Под ред. В.Т. Смирнова, Ю.К. Толстого,

А.К. Юрченко. – 2-е изд. – Л., 1982. – Ч. 1. – С. 190; Ларин А.М. Защита прав человека и гражданина в уголовном судопроизводстве // Общая теория прав человека / Под общ. ред. Е.А. Лукашевой. – М.: Норма, 1996. – С. 169. 4. Ведяхин В.М., Шубина Т.Б. Защита права как правовая категория // Правоведение. – 1998. – N 1. 5. Галянтич М.К. Житлове право України: Навч.посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 528 с. 6. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. – М., 2001. – С. 104 – 106. 7. Здійснення та судовий захист суб'єктивних житлових прав. Монографія / Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва АПрН України. – Київ – Тернопіль: Підручник і посібник. – С. 305. 8. Иоффе О.С. Советское гражданское право. – М., 1967. – С. 472. 9. Красавчикова Л.О. Личная жизнь граждан под охраной закона. – М., 1983. – С. 25 – 36. 10. Лукашева Е.А. Реализация прав граждан в условиях развитого социализма. – М.: Наука, 1983. – С. 100; Богданова Е.Е. Защита от контрагента. Проблемы субъективных гражданских прав и интересов в договорных отношениях. – М.: Приор-издат, 2006. – С. 16. 11. Малеин Н.С. Гражданский закон и права личности в СССР. – М.: Юрид. лит., 1981. – С. 192. 12. Менглиев Р.Ш. Защита прав владения. – Душанбе, 2002. – С. 14 – 15. 13. Новий тлумачний словник української мови у чотирьох томах. Том 3. – Укладач. В.Яременко, О.Сліпушко. – К.: Вид-во "Аконіт", 2000. – С. 170.; Даль В.И. Толковый словар живого великорусского языка. – Т.2. – М.: Русский язык, 1979. – С. 774. 14. Право на захист цивільних прав та інтересів: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Т.М. Підлубна; Ін-т держави і права ім. В.М.Корецького НАН УКраїни. – К., 2009. – 20 с. 15. Право людини на ефективний державний захист її прав та свобод: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Т.І. Пашук; Львів. нац. ун-т ім. І.Франка. – Л., 2006. – 16 с. 16. Ромовська З.В. Проблеми захисту в радянському сімейному праві: автореф. дис…д-ра. юрид. наук: 12.00.03 / Харківський юр. ін-т. ім. Ф.Е. Дзержинського – Х., 1987. – С.16; Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность. – М., 1976. – С. 72 – 79; Гражданское право: Учебник: В 3 т. / Под ред. А.П. Сергеева. – М., 2008. – Т. 1. – С. 541. 17. Скакун О.Ф. Теорія держави і права: Підручник. / Пер. з рос. – Харків: Консум, 2008. – С. 190. 18. Советское гражданское право / Под ред. В.Ф. Маслова и А.А. Пушкина: В 2 ч. – Харьков, 1983. – Ч. 1. – С. 248; Гражданское право. Т.1./ Под ред. Е.А.Суханова. В 2-х томах. – Изд. второе. – М., 1998. – С. 409.; Гражданское право: Учебник: Ч. 1 / Отв. ред. В.П. Мозолин, А.И. Масляев. – М.: Юристъ, 2005. – С. 87. 19. Словарь русского языка. Сост. С.И. Ожегов. Издание третье. Под общ. ред. С.П. Обнорского. – М., 1953. – С. 437 – 438; Новий тлумачний словник української мови: В 3-х т. / Укладачі: В.В.Яременко, О.М.Сліпушко. – К., 2006. – Т. 2 – С.507. 20. Харитонов Е.О., Саниахметова Н.А. Гражданское право. Частное право. Цивилистика. Физические лица. Юридические лица. Вещное право. Обязательства. Виды договоров. Авторское право. Представительство. Учеб.пособие. – К.:А.С.К., 2002. – 230 с. 21. Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С.Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: "Укр.енцикл.", 1998. – Т.2: Д-Й. – 1999. – 741 с.

Надійшла до редколегії 30.01.12

УДК 349.6

О. Ніжніченко, асп.

ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ РОЗУМІННЯ СТИМУЛЮВАННЯ В ЕКОЛОГІЧНОМУ ПРАВІ

В статті проаналізовано недоліки і переваги теоретичних підходів до розуміння правового стимулювання. На основі поєднання найкращих рис розглянутих підходів обґрунтовано формування власної концепції стимулювання в рамках екологічного права.

Ключові слова: концепції правового стимулювання, стимулювання в екологічному праві, екологічно-правомірна поведінка, засоби стимулювання, механізм правового регулювання екологічних відносин.

В статье проанализированы недостатки и преимущества теоретических подходов к пониманию правового стимулирования. На основе сочетания лучших качеств рассмотренных подходов обосновано формирование собственной концепции стимулирования в рамках экологического права.

Ключевые слова: концепции правового стимулирования, стимулирование в экологическом праве, экологически правомерное поведение, средства стимулирования, механизм правового регулирования экологических отношений.

The article analyzes advantages and disadvantages of theoretical approaches to understanding the legal incentives. Based on a combination of considered approaches best qualities the formation of the incentive concept is justified in the framework of the environmental law.

Keywords: legal incentive concepts, incentives in environmental law, ecological lawful behavior, means of incentives, mechanism of legal regulation of the environmental relations.

Поняття стимулювання відоме у різних сферах суспільної діяльності. Як спосіб досягнення необхідної мети стимулювання застосовується в маркетингу, менеджменті, економіці; як метод виклику реакції або впливу на процеси – в медицині, психології, фізіології, біохімії тощо. Окремі аспекти застосування стимулювання (стимуляції) вивчаються цілим рядом технічних, фізико-математичних, соціологічних, педагогічних, сільськогосподарських, ветеринарних, фармацевтичних наук, а також наук з державного управління*. Властиве стимулювання і праву та може розглядатися у якості самостійного правового явища. Про це свідчить і активне оперування ним як способом досягнення позитивної правової поведінки у законодавстві, і неабиякий інтерес до стимулювання у правовій доктрині.

Сфера досліджень стимулювання як правової категорії на сьогоднішній день стає дедалі ширшою. Окремі проблеми правового стимулювання розглядалися і в межах загальної теорії права, і представниками галузевих юридичних наук. Починаючи з середини 1980-х рр. у літературі стали виділяти стимулюючу функцію права, стимулюючі норми права, норми-стимули, стимулювання почало розглядатися як один із способів реалізації правових норм, як один із основних правових засобів, що входять до методу правового регулювання, в якості міжгалузевого правового принципу, самостійного методу і правового засобу забезпечення правомірної поведінки і правової активності особистості, в якості позитивно-стимулюючого методу правового регулювання, не в якості метода правового регулювання в традиційному значенні слова, а в якості більш об'ємного елемента інформаційної дії права [2, с. 52; 8, с. 3; 20]. Дослідження окремих особливостей стимулювання проводилося у межах цивільного, господарського, трудового, адміністративного, кримінального права.

На загальнотеоретичному рівні найбільш вагомі дослідження правового стимулювання були проведені такими вченими, як С.С. Алексєєв, В.М. Ведяхін, В.Г. Красовська, В.М. Кудрявцев, О.В. Левін, І.М. Луценко, О.В. Малько, С.В. Мірошник та Р.О. Халфіна. Одним із перших на правові стимули звернув увагу в своїх роботах науковець В.М. Кудрявцев. В якості самостійного предмету вивчення правові стимули і обмеження досліджував О.В. Малько, а С.В. Мірошник навіть розробила теорію правового стимулювання.

В сучасній українській теорії права стимулюванню приділяється вкрай мало уваги: в підручниках про правове стимулювання або не згадується взагалі, або йдеться побіжно у розрізі тем юридичної відповідальності, правового регулювання, правової поведінки тощо. Серед українських теоретиків зазначену проблематику відносно недавно почали розробляти В.Г. Красовська та І.М. Луценко.

Питання стимулювання раціонального природокористування з точки зору економічних закономірностей акти-

* Як сукупність прийомів, застосовуваних для виклику реакції або впливу на біохімічні, психологічні, фізіологічні процеси тощо більш вживаним є термін "стимуляція", а "стимулювання" використовується в якості синоніму.

© Ніжніченко О., 2012

вно досліджуються відносно новою економічною наукою – економікою природокористування, де таке стимулювання розглядається як сукупність ринкових інструментів, за допомогою яких мінімізуються екологічні витрати. В науці екологічного права теж приділяється увага питанням економічного стимулювання раціонального використання природних ресурсів (С.В. Архіпкін, В.В. Костицький, Б.Г. Розовський, М.В. Шульга), стимулювання охорони навколишнього природного середовища (В.І. Баршинов, О.В. Даниленко, Н.Р. Кобецька, М.В. Краснова, Т.В. Петрова), стимулювання в галузі забезпечення екологічної безпеки (В.І. Андрейцев, С.М. Романко).

"Визначте точно значення слів, і ви позбавите людство половини помилок" – цей відомий і широко цитований вислів Рене Декарта стосується в тому числі термінології обраного напряму дослідження.

Складна правова природа стимулювання проявляється вже при перших спробах дати його чітке визначення. При цьому виникає ряд питань, без розгляду яких неможливе повноцінне предметне дослідження.

На нашу думку, змістовне наповнення поняття правового стимулювання головним чином залежить від вирішення трьох наступних питань. По-перше, чи можна говорити про існування стимулів негативного характеру? По-друге, чи підлягає стимулюванню лише активна, а чи також пасивна правомірна поведінка особи? Врешті-решт, чи слід включати до змісту стимулювання так зване загальне сприяння, покликане створити відповідні умови (наприклад, у вигляді законодавчого розширення прав громадян, деталізації процедур реалізації прав у підзаконних актах, або ж закріплення у декларативних нормах загального обов'язку держави сприяти певним категоріям суб'єктів)?

Власне термін "стимул" походить від латинського слова stimulus, що використовувалося римлянами для позначення загостреного прута або гостроконечної палиці, якою поганяли тварин [7, с. 667; 22]. Великий тлумачний словник сучасної української мови визначає стимул наступним чином: 1. Те, що викликає зацікавленість у здійсненні чого-небудь; спонукальна причина до здійснення чогось. 2. Подразник, який викликає реакцію [3, с. 1195].

Вживання слів "стимулювання", "заохочення", "економічні важелі", "стимули", "стимулюючі заходи" тощо у текстах нормативно-правових актів України стало настільки розповсюдженим, що здається абсолютно зрозумілим. При цьому законодавча дефініція стимулювання відсутня. Виняток складає Закон України "Про стимулювання розвитку регіонів" від 8 вересня 2005 року № 2850-IV [17], в якому таке стимулювання визначається через комплекс правових, організаційних, наукових, фінансових та інших заходів, спрямованих на досягнення сталого розвитку регіонів на основі поєднання економічних, соціальних та екологічних інтересів на загальнодержавному та регіональному рівнях, максимально ефективного використання потенціалу регіонів в інтересах їх жителів та держави в цілому. Однак подібне визначення стимулювання не відображає його сутнісні ознаки, а лише характеризує загальну спрямованість відповідних заходів у сфері розвитку регіонів.

Разом із тим, наведене визначення в частині його складових є корисним для наукового опосередкування поняття стимулювання в екологічному праві: як комплексу правових, організаційних, економічних (фінансових) та інших заходів, здійснюваних за допомогою відповідних засобів і спрямованих на ефективне використання природних ресурсів, охорони довкілля та забезпечення екологічної безпеки.

Так, власне правовими засобами стимулювання в екологічному праві можуть виступати самі правові норми, в яких визначаються стимули позитивного та/або негативного характеру. Наприклад, ст. 3 (п. "й") Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" від 25 червня 1991 року № 1264-XII [16] закріплює принцип охорони навколишнього природного середовища, який виражається у поєднанні заходів стимулювання і відповідальності в означеній галузі. Значення такої норми, з одного боку, носить імперативний, владний характер, а з іншого – дозволяє враховувати поєднання моделей майбутньої поведінки суб'єктів екологічних правовідносин.

З таких позицій стимулювання "вплітається" у механізм правового регулювання екологічних відносин як правовий засіб впливу на поведінку його суб'єктів.

Водночас, стимулювання в екологічному праві виражає певне організаційне начало, що дозволяє розглядати його через призму організаційних засобів, особливо коли виникає потреба відповісти на питання: хто і як застосовує у відповідних правовідносинах засоби стимулювання. При цьому ми беремо до уваги ті випадки стимулювання в екологічному праві, які чітко окреслюють коло суб'єктів екологічно-стимуляційних відносин: а) суб'єкти, які застосовують засоби стимулювання; б) суб'єкти, щодо яких застосовуються такі засоби. Наприклад, Порядок використання у 2010 році коштів Стабілізаційного фонду, виділених для здійснення заходів з охорони та підвищення родючості ґрунтів, затверджений Постановою КМУ від 29 вересня 2010 року № 892 [14] визначає коло суб'єктів, уповноважених приймати рішення щодо застосування заходів стимулювання на кожному конкретному етапі та відповідному рівні (Мінагрополітики України, управління агропромислового розвитку місцевих органів виконавчої влади та спеціально утворювані комісії на місцях), вимоги до суб'єктів, що мають право на отримання економічних стимулів у вигляді компенсації та інші організаційні вимоги і правила щодо проведення таких заходів стимулювання.

Відповідно екологічно-економічними засобами доцільно розглядати існуючу згідно з екологічним законодавством систему податкових та інших грошових пільг, компенсацій, субсидій, дотацій та заохочень. Зокрема, такі засоби передбачені ст. 48 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища", п. 4 ст. 29 Водного кодексу України [4], ст. 205 Земельного кодексу України [6] тощо. Вони закріплені у ряді норм Податкового кодексу України [11] (наприклад, звільнення від плати за землю заповідників, заказників, ботанічних садів тощо згідно пп. 282.1.1 п. 282.1 ст. 282; звільнення від сплати екологічного податку за розміщення окремих видів відходів як вторинної сировини п. 240.5 ст. 240).

Відповідаючи на окреслені нами вище питання слід притримуватися принципу, згідно з яким змістовної єдності і, відповідно, несуперечності всіх юридичних понять можна досягти "лише при наявності вихідного загального юридичного поняття і відповідності йому всіх більш конкретних юридичних понять" [18, с. 5]. Висновки і положення теорії держави і права "необхідні для галузевих наук в якості вихідних, основоположних при дослідженні спеціальних галузевих питань" [19, с. 14], вони слугують "вихідною базою, основою для розробки менш загальних, спеціальних понять у рамках галузевих юридичних дисциплін" [10, с. 46]. Сукупність юридичних понять лише тоді утворює цілісну і несуперечливу систему, коли вони виражають один і той же юридико-змістовний початок, представлений в абстрактному вигляді у вихідному загальному юридичному понятті і конкретизований в системі понять всієї юридичної науки загалом [18, с. 5]. У зв'язку із цим питання правового стимулювання охорони навколишнього природного середовища, раціонального використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки, яке вивчається екологічним правом, слід досліджувати у нероз-

ривній єдності та на основі вже існуючих загальнотеоретичних правових напрацювань.

В правовій доктрині сформувалося два основні підходи до розуміння поняття стимулювання. Представники так званої вузької концепції вважають, що правове стимулювання може нести для особи наслідки лише позитивного характеру, проявляється у заходах заохочення і слугує своєрідною винагородою для стимульованого суб'єкта за його соціально корисну поведінку. Найбільш яскраво зазначений підхід відображено у працях О.В. Малько, В.Г. Красовської, О.В. Левіна. Інші правознавці (наприклад, Р.О. Халфіна), притримуючись широкої концепції стимулювання, відносять до цього поняття не лише заохочувальні, але і обмежувальні заходи (впровадження заборон, встановлення відповідальності за порушення правових норм, покладання додаткових обов'язків). Відповідно говорять про позитивне стимулювання та негативне або "дестимулювання".

Основні положення широкої концепції правового стимулювання, перенесені у площину екологічного права, можна звести до наступного:

1. Обґрунтовується позиція розгляду всього комплексу заходів впливу на рішення природоохоронного характеру, що приймаються суб'єктами права. Більше того, деякі автори вважають, що саме юридична відповідальність відіграє роль потужного стимулу і становить міцну основу стимулювання взагалі.

2. Визначальним моментом є досягнення поставленої цілі (збільшення площ родючих земель, зменшення обсягів утворення відходів, покращення якісних характеристик навколишнього природного середовища).

3. До уваги не береться процес впливу норми права на психіку стимульованого суб'єкта.

4. У якості додаткового аргументу єдності заохочень та обмежень наводять їх спільну етапність при стимулюванні: 1) закріплення стимулу в нормі права, 2) доведення інформації до стимульованих суб'єктів, 3) вплив норми права на психіку та свідомість, 4) вчинення суб'єктом соціально корисної дії, 5) застосування санкції (з тією лише різницею, чи виражена санкція у позитивній формі, чи у негативній).

В межах екологічного права широкий підхід яскраво представлено у роботах Б.Г. Розовського і В.І. Баршинова. Зокрема, у своїй монографії "Правове стимулювання раціонального природокористування" Б.Г. Розовський аналізує можливості використання норм цивільного, трудового та кримінального права для попередження забруднення навколишнього природного середовища [21]. Сучасний російський вчений Баршинов В.І. в основу свого дисертаційного дослідження заклав положення про необхідність поєднання економічних та адміністративних (обмежувальних) заходів для досягнення цілей стимулювання охорони навколишнього середовища [1].

Віддаючи перевагу широкому підходу до поняття правового стимулювання, слід пам'ятати і про його недоліки. Зокрема, необґрунтованим вважаємо злиття понять юридичної відповідальності та стимулювання. В чому унікальність відповідальності, якщо вона охоплюється поняттям стимулювання і представлена як негативний різновид? Безперечно, закріплення у правових нормах заходів відповідальності стимулює особу утримуватися від правопорушень, однак і все право в цілому носить стимулюючий характер. Будь-яка інформація, доведена до суб'єктів, теж здійснює певний стимулюючий вплив. Разом із тим, невже це означає, що кожну норму можна назвати правовим стимулом, а усі правові явища слід відносити до стимулювання.

Відповідальність (у розумінні негативних заходів, ретроспективна) встановлюється за неправомірну поведінку. По суті, в особи відсутній вибір, до неї застосовуються примусові заходи. Разом із тим, очевидно, що примус, як елемент негативної відповідальності, не властивий стимулюванню у власному розумінні цього слова, суперечить його внутрішньому змісту.

Розуміння стимулювання в екологічному праві з позицій вузької концепції ґрунтується на таких основних моментах:

1. До стимулювання відносяться лише позитивні заходи: надання пільг, заохочень, додаткових прав.

2. Основною функцією стимулу вважають розвиток у стимульованого суб'єкта бажання вчинити дію, тобто аналізується інформаційно-психологічний вплив правових стимулів на особу.

3. Оскільки важливим є процес формування такого бажання, то імперативна норма, яка встановлює заборону, обмежує волю суб'єктів права і не може бути визнана стимулом.

4. Вважають, що досягнення заохоченням та обмеженням спільної мети у вигляді соціально корисної та екологічно-правомірної поведінки не є достатнім аргументом для їх обопільного віднесення до поняття стимулювання.

Прикладом вузького підходу до стимулювання в екологічному праві можна назвати роботу Даниленко О.В., в якій вчена проводить оцінку організаційно-правового механізму заохочення за виконання вимог і заходів з охорони навколишнього середовища державними та громадськими організаціями [5].

На нашу думку, не позбавлена суперечностей та недоліків і вузька концепція правового стимулювання. Особливо це проявляється в екологічному праві, при аналізі ряду правових норм. Зокрема, чи можна віднести, за такого підходу, до стимулювання імперативну норму ст. 326 Податкового кодексу України? В зазначеній статті йдеться про те, що у разі відсутності вимірювальних приладів, якщо можливість їх встановлення існує, збір за спеціальне використання води сплачується у двократному розмірі. Отже, з одного боку передбачаються негативні наслідки у вигляді збільшення розміру сплачуваної суми податку, з іншого боку – вказана норма не забороняє спеціальне використання води без вимірювальних приладів. Як ми бачимо, залишається свобода вибору: платити подвійний податок чи встановити спеціальні вимірювальні прилади. На наше переконання, саме такі заходи і слід називати негативним стимулюванням: вони не належать до заходів юридичної відповідальності, оскільки передбачаються за поведінку, що не виходить за рамки правомірної і згідно закону не визнається деліктом, однак очевидно, що вони безпосередньо спрямовані на стимулювання суб'єктів здійснювати заходи природоохоронного характеру.

Безумовно, обидві концепції мають раціональне зерно і їх положення можуть бути застосовані в межах екологічного права. Саме тому ми пропонуємо поєднати їх найкращі риси, в результаті чого до стимулювання слід віднести заходи позитивного та негативного характеру, що спонукають до правової активності, за виключенням заходів ретроспективної відповідальності. При цьому не заперечується стимулююча функція відповідальності, однак вона залишається окремою самостійною категорією, з властивим їй примусом.

В сучасному українському законодавстві простежується домінування вузького розуміння стимулювання. Так, у вже згадуваному вище п. "й" ст. 3 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" говориться про принцип "поєднання заходів стимулювання і відповідальності у справі охорони навколишнього природного середовища", а ст. 48 зазначеного закону серед визначених шляхів здійснення стимулювання раціонального використання природних ресурсів та охорони навколишнього природного середовища не передбачає заходів відповідальності. Вказаний підхід збережено і в Законі України "Про Основні засади

(стратегію) державної екологічної політики України на період до 2020 року" № 2818-VI від 21 грудня 2010 року [15], і в природоресурсному (ст. 205 Земельного кодексу України, ст. 99 Лісового кодексу України [9]), і в природоохоронному (наприклад, ст. 40 Закону України "Про відходи" [12]) законодавстві, а також у ряді інших законодавчих та підзаконних нормативно-правових актів.

Разом із тим, законодавець постійно наголошує на необхідності проводити збалансовану екологічну політику, яка, з одного боку, спрямована на підвищення вимог і відповідальності до суб'єктів екологічних правовідносин, а з іншого боку – на розширення меж стимулювання впровадження природоохоронних заходів. Лише поєднання заходів стимулювання і відповідальності у механізмі правового регулювання екологічних відносин та комплексне правове регулювання здатні створити належний рівень забезпечення екологічної безпеки, збереження та відтворення природних ресурсів та охорони навколишнього природного середовища.

Від того, як ми розуміємо правове стимулювання, чи включаємо до нього заходи юридичної відповідальності, в значній мірі залежить відповідь на друге окреслене нами питання.

Річ у тому, що юридична відповідальність наступає за правопорушення як у формі дії, так і у формі бездіяльності. Відповідно, якщо правове стимулювання розглядати у широкому розумінні, то у більшості випадків стимулюватися буде саме пасивна форма поведінки – утримання від вчинення правопорушень. Разом із тим, вважаємо, що основне призначення правового стимулювання в екологічному праві полягає в активізації екологічно-правомірної поведінки суб'єктів. Навіть у тих випадках, коли мова йде про стимулювання господарюючого суб'єкта до зменшення негативного впливу на навколишнє природне середовище шляхом скорочення викидів і скидів, зменшення рівнів забруднення тощо, такий суб'єкт господарювання здійснює активну правомірну поведінку: встановлює додаткове очисне обладнання, оптимізує виробництво, впроваджує новітні технології тощо. Таким чином, при правовому стимулюванні відбувається інтенсифікація суспільно корисної діяльності і особа заохочується до правової активності.

Стимулювання може бути виражене у законодавстві словами "надання переваг", "першочергове забезпечення отримують…", "пріоритет надається…" тощо. Однак чи завжди вживання зазначених конструкцій говорить про обов'язкову наявність стимулювання?

Назвемо умовно вживання подібних словосполучень одним із випадків загального сприяння. Мова йде також про такі поширені явища: а) закріплення прав громадян або їх деталізація у законодавстві, що сприяє їх правовій активності (наприклад, Положення про порядок надання екологічної інформації, затверджене Наказом Міністерства охорони навколишнього природного середовища № 169 від 18.12.2003 [13]); б) закріплення у нормах обов'язку державних органів, органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб "сприяти", "створювати належні умови", "надавати допомогу" тощо.

Вважаємо, що загальне сприяння слід відокремлювати від правового стимулювання, оскільки перше лише закладає основи для подальшого, більш детального правового регулювання, виражає загальну спрямованість державної політики у тій чи іншій сфері, створює правовий "фон". На відміну від нього правове стимулювання має більш чітку вираженість, зазвичай передбачає конкретні права і обов'язки суб'єктів правовідносин, проявляється у потужному правовому регулюванні.

Підсумовуючи викладене вище, вважаємо, що стимулювання в екологічному праві слід розглядати з наступних позицій:

1. До засобів стимулювання слід відносити як заохочувальні, так і частину негативних (окрім ретроспективної відповідальності).

2. Засоби правового стимулювання в ряді випадків можуть відігравати допоміжну роль у боротьбі з екологічними правопорушеннями, а однією із функцій юридичної відповідальності визнається стимулююча. Однак ці правові явища не слід ототожнювати.

3. Основне призначення стимулювання полягає в активізації екологічно-правомірної поведінки суб'єктів, в тому числі суспільно необхідної діяльності. Бездіяльність не підлягає стимулюванню, отже заохочується активна екологічно-правова поведінка.

4. Правове екологічне стимулювання слід відрізняти від загального сприяння, яке лише створює підґрунтя для подальшого правового регулювання.

З урахуванням сказаного, стимулювання в екологічному праві доцільно розглядати як визначену екологічним законодавством систему правових, організаційних, економічних та інших заохочувальних засобів, які спрямовані на підвищення рівня суспільно необхідної екологічно-правової поведінки суб'єктів у галузі ефективного використання природних ресурсів, охорони навколишнього природного середовища та забезпечення екологічної безпеки.

1. Баршинов В.И. Правовое регулирование стимулирования охраны окружающей среды: дисс. …канд. юрид. наук: 12.00.06. – М., 2009. – 183 с. 2. Ведяхин В.М. Правовые стимулы: понятие, виды // Правоведение. – 1992. – № 1. – С. 52-54. 3. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ "Перун", 2004. – 1440 с. 4. Водний кодекс України від 6 червня 1995 року № 213/95-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 24. – Ст. 189. 5. Даниленко О.В. Стимулирование охраны природы в народном хозяйстве (организационно-правовые проблемы). – М.: Наука, 1989. – 128 с. 6. Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 року № 2768-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 3. – Ст. 27. 7. Крысин Л.П. Толковый словарь иноязычных слов. – М.: Рус. яз., 1998. – 848 с. 8. Левин О.В. Стимулирование в праве. Теоретические и практические аспекты: Дис. … канд. юрид. наук: 12.00.01. – Саранск, 2006. – 172 с. 9. Лісовий кодекс України в редакції Закону України від 8 лютого 2006 року № 3404-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 21. – Ст. 170. 10. Марченко М.Н. Теория государства и права: Учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 640 с. 11. Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 року № 2755-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 13 (№ 13-14, № 15-16, № 17). – Ст. 112. 12. Про відходи: Закон України від 5 березня 1998 року № 187/98-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 36. – Ст. 242. 13. Про затвердження Положення про порядок надання екологічної інформації: Наказ Міністерства охорони навколишнього природного середовища України від 18 грудня 2003 року № 169 // Офіційний вісник України. – 2004. – № 6. – Ст. 358. 14. Про затвердження Порядку використання у 2010 році коштів Стабілізаційного фонду, виділених для здійснення заходів з охорони та підвищення родючості ґрунтів: Постанова Кабінету Міністрів від 29 вересня 2010 року № 892 // Офіційний вісник України. – 2010. – № 74. – Ст. 2635. 15. Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики на період до 2020 року: Закон України від 21 грудня 2010 року № 2818-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 26. – Ст. 218. 16. Про охорону навколишнього природного середовища: Закон України від 25 червня 1991 року № 1264-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 41. – Ст. 546. 17. Про стимулювання розвитку регіонів: Закон України від 8 вересня 2005 року № 2850-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 51. – Ст. 548. 18. Проблемы общей теории права и государства: Учебник для вузов / Под общ. ред. академика РАН, д.ю.н., проф. В.С. Нерсесянца. – М.: Норма, 2004. – 832 с. 19. Радько Т.Н. Теория государства и права: учеб. – 2-е изд. – М.: Проспект, 2010. – 752 с. 20. Ревина С.Н. К вопросу о применении правовых стимулов [Електронний ресурс]: Статья с сайта rusnauka.com. – Режим доступа: http://www.rusnauka.com/10_NPE_2011/Pravo/9_83212.doc.htm. 21. Розовский Б.Г. Правовое стимулирование рационального природопользования. – К.: "Наукова думка", 1981. – 238 с. 22. Стимул [Електронний ресурс] : Матеріал з Вікіпедії – вільної енциклопедії. – Режим доступу: http://uk.wikipedia.org/wiki/Стимул. – Назва з екрана.

Надійшла до редколегії 30.01.12

Наукове видання

ВІСНИК

КИЇВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА

ЮРИДИЧНІ НАУКИ

Випуск 91

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$^{1/8}$. Ум. друк. арк. 14,3. Наклад 300. Зам. № 212-6088.
Гарнітура Arial. Папір офсетний. Друк офсетний. Вид. № Ю 2.
Підписано до друку 27.04.12

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